

## XI JORNADA NOTARIAL IBEROAMERICANA\*

### TEMA I: PANORAMA ACTUAL DE LAS GARANTÍAS EN EL DERECHO PRIVADO. GARANTÍAS MOBILIARIAS E INMOBILIARIAS. PERSONALES Y REALES

#### Autoridades de la Comisión

**Coordinador internacional:** Adrián R. Iturbide Galindo

**Secretaria:** María Cecilia Herrero de Pratesi

#### Comisión redactora

Adrián R. Iturbide Galindo (México)

María Cecilia Herrero de Pratesi (República Argentina)

Fernando Rodríguez Prieto (España)

Lus Teresita Ayala Talavera (Paraguay)

#### Ponencia de la República Argentina

#### Introducción

El tema que nos convoca, de vasto contenido, ha sido objeto de enjundiosas elaboraciones en la doctrina nacional.

Una inquietud que nos surgió al abordar su presentación, de incuestionable importancia por su proyección económica en tanto se enraíza en el equi-

---

\*Buenos Aires, 10 al 13 de marzo de 2004.

*N. de R.:* Se publican en este número las conclusiones de los tres temas de las Jornadas así como la ponencia del tema I. Las restantes ponencias aparecerán en las próximas ediciones de *Revista del Notariado*.

librio y seguridad de las relaciones patrimoniales –motores de la inversión y la producción– fue evitar, en lo posible, reiterar nociones jurídicas que han sido solventemente expuestas con anterioridad, procurando, en cambio, aportar un enfoque actual en el desarrollo de su contenido.

Es por ello que, si bien los conceptos y figuras de garantías que analizaremos en su mayoría no conforman temas novedosos, los enfocaremos desde la óptica de su utilidad y funcionalidad actuales, pues la realidad nos demuestra una creciente necesidad de utilización de garantías y la aparición de nuevas formas de garantía –como consecuencia de múltiples causas políticas, socio-económicas y financieras– tendientes a conjugar seguridad y celeridad en el ejercicio y goce de los derechos patrimoniales y economía en su instrumentación.

#### I. Significado del concepto “garantía”, con especial referencia a la doctrina argentina

Distinguidos autores nacionales han estudiado el alcance del concepto.

Coincidentemente, todos reconocen la dificultad en lograr una definición exacta, uniforme del vocablo, pues éste presenta diversidad de sentidos según las ramas del derecho que lo abarca.

Aun dentro del Derecho Privado, se concuerda que el término “garantía” comprende diversas significaciones. En un sentido lato o muy amplio, dentro del ámbito del derecho de las obligaciones, **la garantía es el medio tendiente a asegurar el crédito, el goce de un derecho, el cumplimiento de una obligación.**

En tal sentido se refiere que el deudor garantiza con todos sus bienes su responsabilidad por el cumplimiento de las obligaciones a su cargo, de modo que su patrimonio así constituye la **garantía común** de sus acreedores. La ley, a través de diversas figuras tales como medidas precautorias o cautelares, tiende a proteger esa **garantía común** y confiere al acreedor la posibilidad de requerir judicialmente la preservación del patrimonio de su deudor, ya sea a través de acciones tendientes a evitar la salida de algún bien del patrimonio del deudor, su conservación o su recomposición en caso de actos fraudulentos.

Asimismo, el ordenamiento reconoce **otros medios de protección al crédito**, que no siendo de su esencia –ya que éste no tiene por sí mismo–, se le “añaden” para acrecentar la seguridad de que la prestación debida por el deudor

---

Autores de trabajos que acompañan e integran esta presentación, en orden alfabético: *María T. Acquarone de Rodríguez, Yolanda E. Ambrogi de Vieyra, Eloísa A. Baca Martínez, Claudia Viviana Bochaty, Beatriz L. Brailovsky, Patricia M. Casal, Agustín Ceriani Cernadas, Eduardo Gabriel Clusellas, Patricia Valeria Curcio, Ana Lía Díaz Prandi, Ilse Ellerman, Adriana Silvina Ferlan, Marina P. Fernández Villanueva, Lucía Fischbarg, Julieta Gallino, Flora M. Katz, María Teresa Komatsu, Silvina Lasarte, Jorge Hugo Lascala, Federico Leyría, Martha I. Linares de Urrutigoyti, Marcelo Luis Lizurume, Aída Norma Luchetti, Amalia M. Luján, Erika Medina, Susana L. Messina, María Liliana Morón, Agustín Novaro, Carolina Ormaechea, Mónica Margot Oroquieta Fernández, Federico Jorge Panero (h), Lidia N. Patania de Botte, Irene Pujol, Verónica Rocchi, Gabriela Rúa Peñavera, Ariel Tesei, Marcela Haydée Tranchini, María Teresa Turati, Martín Valiante, Silvia Raquel Vieyra, Marcelo A. Volco, Mariela Scardaccione, Rita A. Slimovich de Burstein. Colaboraciones de Marcelo A. de Hoz, Alfonso Gutiérrez Zaldívar, Marta E. Goldfarb, Andrés H. Pelosi y Norma Gutiérrez Morales.*

será cumplida. Tales como las garantías de evicción y redhibitoria, las acciones posesorias, las acciones reales, las acciones: revocatoria, de subrogación y simulación, el derecho de retención, los privilegios, la “*exceptio non adimpleti contractus*”, la fianza, la cláusula penal, los derechos reales de garantía y otros más, de tal suerte que ellos procuran asegurar el cumplimiento de la obligación o el goce del derecho.

En este punto, creemos importante precisar la distinción entre las nociones de “responsabilidad” y “garantía”, a fin de evitar erróneas interpretaciones.

Dentro del ámbito contractual y extracontractual, habrá responsabilidad del deudor cuando éste incumpla la prestación a su cargo. La falta de cumplimiento del deudor, del comportamiento debido al acreedor en tiempo y forma adecuados, posibilita que éste ejerza sus derechos sobre el patrimonio del deudor. Así, los bienes en general del deudor, o alguno o uno de sus bienes o cosas, y tal vez los de un tercero quien se hubiera obligado por el deudor, serán la garantía que permitirá efectivizar esa responsabilidad. Claramente se distinguen ambos conceptos entendiendo que la responsabilidad siempre se predica del sujeto que está en situación de deber; las cosas o los bienes no son “responsables”, sino que son **garantía**, en tanto estén sometidos a los poderes de agresión del acreedor.

Finalmente, en un sentido estricto o en su acepción más restringida con miras a lograr un encuadre del concepto, se ha sostenido que la “**garantía**” se presenta como una nueva potestad o facultad que podrá ser personal (obligación) o real, concomitante a una relación obligacional preexistente, existente o futura, tendiente a reforzar al acreedor la seguridad de que ha de ver realizado su derecho.

Como corolario de los enfoques doctrinarios expuestos, sostenemos que en el ámbito del derecho privado, con especial referencia al derecho de las obligaciones, **las garantías tienden a brindar eficacia a los derechos y efectividad a la responsabilidad del deudor a la vez que conforman una importante solución económica en el desarrollo de las relaciones patrimoniales.**

## II. Criterios de clasificación de las garantías

Tradicionalmente, considerando la potestad que confieren al acreedor, se han clasificado a las garantías en **personales** y **reales**.

Las primeras permiten al acreedor exigir de un tercero distinto del deudor principal, una determinada conducta, tendiente a satisfacer su interés. “Estas garantías personales o seguridades personales no crean un derecho de preferencia ni constituyen un privilegio en favor del acreedor, sino que simplemente adicionan un derecho subjetivo, puramente personal o de crédito, en favor del beneficiario”, conforme lo sostiene C. G. Villegas.

Las garantías reales, por su parte, otorgan al acreedor la facultad de satisfacer su derecho o acreencia mediante la realización de un bien especialmente afectado a asegurar su cumplimiento. A su vez, según que la cosa sobre la cual recae sea mueble o inmueble, las garantías reales serán **mobiliarias** o **inmobiliarias**. Esta afectación de la cosa tiende a dar protección al acreedor fren-

te a un posible aumento del pasivo de su deudor: *ius preferendi*, o la disminución o aun desaparición del activo: *ius persequendi*.

Ha sido en el ámbito de las garantías personales en donde la autonomía de la voluntad ha permitido –y así se ha concretado– la creación de figuras novedosas. Esta “piedra fundamental” de las relaciones contractuales ha permitido un importante avance en la creación de nuevas formas de garantía. Ese novedoso desarrollo, al que se nombra como un “nuevo derecho de garantías”, deviene impulsado por los múltiples cambios sucedidos a nivel mundial, en el último trienio, en los medios y modos de comunicación y tecnologías, los ocurridos en el orden cultural, socio-económico y geopolítico, que han determinado la aparición de nuevas formas de contratación y una creciente necesidad de buscar mayor celeridad y seguridad en el cumplimiento de lo pactado.

En este orden de ideas, creemos **fundamental** destacar el **criterio** que debe considerarse para resolver si una figura de garantía importa un nuevo derecho real, o bien se trata de una nueva modalidad de garantía, estructurada sobre la base de la autonomía de la voluntad, acompañada por un derecho real reconocido por la ley. Esto resulta de crucial importancia pues en el ordenamiento legal de la República Argentina, en materia de derechos reales, aparece el *numerus clausus*, principio rector por el que no se pueden crear otros derechos reales que los dispuestos por ley, ni se pueden modificar los existentes, pues ello determinaría la nulidad del nuevo derecho.

En tal sentido, sostenemos que **no toda garantía real**, es decir aquella que otorga al acreedor la facultad de satisfacer su acreencia mediante la realización de una cosa especialmente afectada, importe necesariamente la **creación o constitución de un nuevo derecho real** para funcionar como tal.

Expuesto desde otra óptica, el principio de la autonomía de la voluntad en la contratación, en tanto no colisione con la estructura de orden público impuesta por los derechos reales, determina que las cláusulas y condiciones establecidas por las partes contratantes para regular la garantía, es decir, el modo en que se hará efectiva la responsabilidad del deudor por la prestación debida, no importen necesariamente la creación de un nuevo derecho real. Así, por ejemplo, en el *fideicomiso en garantía*, el derecho real de dominio fiduciario sobre el bien transmitido es causado en el contrato de fideicomiso, por el cual se acuerda que el deudor deba transmitir el dominio fiduciario del bien, con una función específica, es decir, de garantía, pero no por ello modifica o altera el contenido propio del derecho real, ni genera un nuevo derecho. En idéntico sentido, no creemos que el *Lease back*, en su función de garantía, genere ningún derecho real nuevo a favor del tomador, pese a la existencia cierta y real del derecho de adquirir la cosa objeto de su contrato a través del efectivo ejercicio de la opción de compra y pago del precio por dicha opción, considerando que se trata de una cláusula de carácter personal con trascendencia real, pero que de ninguna manera determina un nuevo derecho real, el cual sigue siendo el de dominio.

Las consideraciones antedichas integrarán luego, en mayor extensión, las conclusiones que cerrarán esta ponencia argentina.

Otro criterio de clasificación de las garantías, que sostiene la doctrina, es el grado de vinculación o accesoriedad existente entre la garantía y la prestación garantizada. Así, se observan garantías de subordinación y coordinación; son ejemplos de las primeras: la fianza, hipoteca y prenda; de coordinación, entre otras, las garantías cambiarias (arts. 16, 18, 53 y 56 de la ley 24452), tales como el endoso y el aval, en las que el endosante o el avalista, garantes del pago del cheque, letra de cambio o pagaré, según el caso, asumen una responsabilidad cambiaria refleja por su intervención en el título. Ellos no pueden invocar la invalidez de la obligación avalada, salvo defectos de forma del título cambiario. En tal sentido se sostiene que no existiría, en consecuencia, vínculo de subordinación con la prestación garantizada, sino de coordinación pues su eficacia no está sujeta a la suerte de la obligación avalada. Serán de abstracción las llamadas garantías autónomas, o abstractas, donde existiría una independencia del negocio causal afianzado.

Considerando la situación de los elementos que conforman la garantía, se las puede considerar “internas”, en tanto todos ellos se encuentren ubicados en un mismo estado, e internacionales cuando alguno de los elementos personales, reales o conductistas, se encuentran vinculados a diferentes jurisdicciones. Por ejemplo, cuando las partes contratantes posean domicilios en distintos Estados, los bienes objeto de la garantía estén situados o se trasladen a diferentes Estados o bien el lugar de celebración y el de cumplimiento de la obligación se encuentren en territorios nacionales diversos. Al respecto, resulta de especial interés el análisis sobre la normativa aplicable y las previsiones contractuales que deben observarse al momento de otorgarse una garantía con alcance internacional, conforme se indica en el trabajo que acompaña esta ponencia.

Por último, siguiendo las enseñanzas del jurista español Luis Díez Picazo, según que el *aliud* que refuerza el crédito sea impuesto de un modo directo por la ley o lo sea por acuerdo de partes, podremos clasificar a las garantías en legales (ej.: derecho de retención, evicción, etc.) o convencionales (ej.: fianza, hipoteca, etcétera).

### III. Panorama actual de las garantías en el derecho privado argentino

En este punto desarrollaremos un breve acercamiento hacia aquellas garantías que, dispuestas expresamente por el ordenamiento jurídico privado nacional o incorporadas al tráfico jurídico desde la órbita de la autonomía de la voluntad, son habitualmente empleadas para asegurar el ejercicio de un derecho (patrimonial) o el cumplimiento de la prestación debida al acreedor.

No pretendemos agotar el análisis de todas las garantías posibles, sino tratar —en una apretada síntesis—, aquellas que habitualmente nos son consultadas en nuestras notaría, requiriéndose en muchos casos nuestra intervención para su constitución.

## Fianza

En nuestro derecho, la fianza es regulada tanto por el Código Civil –fianza Civil– como por el Código de Comercio –fianza comercial–.

Se trata de la más típica garantía personal, pues por ella **una parte se obliga** por un tercero-deudor, frente al acreedor de ese tercero, y compromete –a fin de asegurar el cumplimiento de la obligación afianzada– un determinado comportamiento personal.

Sin perjuicio de aquellos supuestos excepcionales en los que la fianza pueda ser impuesta por ley o por orden judicial, son caracteres del contrato los siguientes: a) consensual; b) formal *ad probationem*, toda vez que si es negada en juicio, sólo puede ser probada por escrito según lo dispone el art. 2006 del Cód. Civ.; c) típico; d) unilateral, como regla, pues sólo surgen obligaciones para el fiador; e) es de carácter dispositivo, toda vez que implica para el fiador un verdadero acto de disposición; f) accesorio y subsidiario, salvo el supuesto de principal pagador, toda vez que supone la existencia de una obligación que garantiza y la secunda.

Merece especial atención lo dispuesto por el art. 1987 del Código Civil: “Puede también constituirse la fianza como acto unilateral antes que sea aceptada por el acreedor”. Creemos, coincidiendo con parte de la doctrina, que la norma es clara al respecto y que permite, además de la fianza contractual, legal o judicial (arts. 1986 y 1998 Cód. Civ.), que la voluntad unilateral, también sea causa fuente de su constitución.

Las obligaciones de cualquier género y especie pueden ser afianzadas, incluso las futuras e indeterminadas (art. 1993 Cód. Civ.), pero su validez y extensión está sujeta a la de la obligación afianzada (conf. arts. 1994 y 1995 Cód. Civil).

El Código Civil regula tres tipos de fianza: simple, solidaria y la del principal pagador. En la primera, rige el beneficio de excusión por el que, salvo los supuestos que prevé el Código Civil en su art. 2013, ante el reclamo del cumplimiento de la fianza, puede el fiador paralizar la acción del acreedor, hasta tanto no haya intentado éste la ejecución forzosa del deudor, sin éxito o bien hasta agotar los bienes disponibles. Asimismo rige, en caso de pluralidad de fiadores, el beneficio de división, por el cual cada fiador responde sólo por una parte proporcional de lo adeudado.

La fianza es solidaria, cuando así se lo estipule expresamente, o cuando el acreedor fuere la hacienda nacional o provincial, o bien, el fiador renuncia al beneficio de excusión.

Lo esencial que distingue la fianza solidaria de la fianza simple es la privación de los beneficios de excusión y división, si fuera el caso, pero no convierte al fiador en deudor directo (doct. art. 2004 Cód. Civil).

La fianza otorgada como “Principal Pagador”, probablemente la más utilizada, casi con exclusión de las demás sobre todo en los contratos de locación, determina que quien así se obliga será tratado como deudor solidario y se le aplicarán las disposiciones sobre los codeudores solidarios y queda obligado de manera directa.

Por último, la fianza comercial según su regulación resulta ser una fianza solidaria, pero se presenta cuando su objeto es asegurar el cumplimiento de un acto o contrato de comercio aunque el fiador no sea comerciante.

#### Aval cambiario

La ley 24452, (ADLA 1995/A/133) establece en su art. 51 que “El pago de un cheque puede garantizarse total o parcialmente por un aval. Esta garantía puede otorgarla un tercero o cualquier firmante del cheque”.

El decreto-ley 5965/63 (aplicable a la letra de cambio y pagaré) contenía idéntica disposición, en su art. 32.

Se trata de una garantía personal, propia de los títulos cambiarios, por la que una persona, avalista (que puede ser obligado cambiario o no) se obliga al pago de la deuda contenida en un título, sea en forma total o parcial, como deudor directo y principal frente a los tenedores legitimados.

Es un acto jurídico unilateral, aunque consideramos que puede existir entre avalista y afianzado un contrato base, causa fuente del aval.

Su constitución no es de fuente contractual sino que se formaliza con la rúbrica del obligado en el reverso del cheque, con la leyenda “por aval” o similar, o bien por instrumento separado de donde surja con precisa identificación el título cambiario que se garantiza (conf. art. 52 ley 24452).

Esta garantía importa una obligación principal y no accesorias, aunque “coordinada” con la obligación afianzada, en virtud de que el avalista resulta obligado frente al beneficiario, portador legítimo del título cambiario que reclame su pago, como responsable directo de éste, en un mismo *status* de responsabilidad que la del librador y demás obligados cambiarios en caso de sucesivos endosos.

Su generalizada aplicación nos exige de mayores consideraciones sobre su recepción y utilización en la práctica mercantil.

#### Certificación bancaria sobre afectación de fondos para el pago de un cheque

El art. 48 de la ley 24452 establece que “El girado puede certificar un cheque a requerimiento del librador o de cualquier portador, debitando en la cuenta sobre la cual se lo gira la suma necesaria para el pago. El importe así debitado queda reservado para ser entregado a quien corresponda y sustraído a todas las contingencias que provengan de la persona o solvencia del librador, de modo que su muerte, incapacidad, quiebra o embargo judicial, posteriores a la certificación, no afectan la provisión de fondos certificada, ni el derecho del tenedor del cheque, ni la correlativa obligación del girado de pagarlo cuando le sea presentado.

La certificación no puede ser parcial ni extenderse en cheques al portador.

La inserción en el cheque de las palabras “visto”, “buenos” u otras análogas suscriptas por el girado significan certificación.

La certificación tiene por efecto establecer la existencia de una disponibilidad e impedir su utilización por el librador durante el término por el cual se certificó.

La certificación, al añadirse al cheque, cumple una indiscutible función de garantía al asegurar su pago mediante una afectación especial de los fondos, bajo la órbita del girado y bajo su reserva en cuenta especial, de tal forma que, por el plazo de su vigencia, los fondos necesarios para efectivizar dicho pago están libres de cualquier posible contingencia que pudiera afectar al librador y de tal modo repercutir en el derecho del beneficiario.

El plazo de validez máximo previsto por la ley para la vigencia de la certificación es de cinco días hábiles bancarios; transcurrido dicho plazo caduca la “certificación” (es decir, la reserva de fondos), sin perjuicio de la subsistencia de la vigencia del cheque como tal (conf. art. 49 ley 24452).

#### Seguros de caución

El seguro de caución es aquel por el cual una compañía de seguros acuerda con el tomador del seguro garantizar el cumplimiento de una determinada prestación a su cargo a cambio del pago de las primas, precio o premio. La aseguradora, con causa en este contrato, se obliga a mantener indemne a un tercero acreedor del tomador –beneficiario del seguro– ante un posible incumplimiento de la obligación a cargo del tomador.

Sin perjuicio de las evidentes similitudes que este contrato presenta con la fianza solidaria y su dudosa calificación como seguro típico, se trata de una garantía personal, a través de la cual se promete, mediante una indemnización previamente estipulada, la “cobertura” o resguardo al acreedor-beneficiario del seguro, por el incumplimiento del deudor-tomador, asegurado.

Debe tenerse presente que resulta indispensable contar con autorización de la Superintendencia de Seguros de la Nación, como órgano de contralor de la actividad del seguro, para que la aseguradora esté legitimada para otorgar esta garantía bajo la forma de un contrato de seguro.

Su utilización en la República Argentina reviste una práctica generalizada, sobre todo en licitaciones o contrataciones con entes autárquicos o estatales, como exigencia impuesta a las empresas contratistas, atendiendo especialmente la seguridad que –al menos en teoría– brinda la solvencia que toda compañía aseguradora debe mantener en todo momento, y asimismo la imposibilidad de la compañía aseguradora de invocar excepción de cumplimiento por falta de pago de la prima por el tomador del seguro.

#### Cartas o letras de patrocinio

También llamadas cartas de patronazgo o cartas de recomendación, se refieren a aquellas declaraciones de variado contenido, como se verá, cuya finalidad principal es expresar la relación de control que el declarante, patrocinante o emisor de la carta tiene sobre otra persona. Ordinariamente se confieren entre sociedades vinculadas, cuando la patrocinante (sociedad controlante) dirige la carta de patrocinio a un banco en que la sociedad controlada habrá de solicitar un crédito, haciéndole saber la vinculación económica que las une.

Según el contenido de las declaraciones u obligaciones que asuma la sociedad emisora de la carta de patrocinio, la doctrina distingue las llamadas “de-

claraciones de verdad”, entre las cuales se ubican las que el Código llama “cartas de recomendación”, por las que sólo se asegura la existencia de alguna cualidad en quien procura créditos, o bien, de determinada vinculación, y sólo dan derecho a reclamo de daños si la afirmación es efectuada con mala fe o negligencia. Si, en cambio, la sociedad emisora de la carta asume **compromiso de mantener o generar una conducta futura**, en una situación de hecho o de derecho, que importe una obligación de hacer o no hacer, la responsabilidad del patrocinante se limita o ajusta al incumplimiento de tal obligación, distinta del pago, por lo cual estas cartas, aunque no constituyendo fianza, igualmente obligan por las consecuencias de su incumplimiento.

La aplicación de este instituto en nuestro país no es generalizada, aunque resulta plenamente admitido en el marco del art. 1197 del Código Civil. Asimismo, no obstante ser usual que las cartas de patrocinio carezcan de contenido obligacional para el emisor, su práctica demuestra que revisten un eficaz elemento de presión, ya que el incumplimiento por la sociedad patrocinada o beneficiada por la carta, acarrea un descrédito muy significativo para la controlante que normalmente dispondrá para arbitrar los medios necesarios para que la obligación se cumpla.

Si bien conforme los conceptos vertidos, las cartas de patrocinio no son en su naturaleza, figura o institución de garantía de acuerdo con los alcances analizados de este concepto, la práctica de este instituto es creciente en la realidad moderna pues resulta de ágil y fácil implementación, a la vez que vinculan “institucionalmente” a su emisor en la responsabilidad de la prestación debida por la persona patrocinada.

#### Garantías a primera demanda

La insuficiencia de las garantías tradicionales ante contrataciones internacionales de significativo contenido económico y compleja estructuración, la necesidad de dar mayor seguridad o respaldo a inversiones de altísimo riesgo, en las que el incumplimiento de las obligaciones a cargo de una de las partes comprometía de una manera sustancial a la otra, fueron las circunstancias que determinarían, esencialmente, la búsqueda de soluciones prácticas que acrecentaran la seguridad en ese tipo de situaciones, procurando aunar en una misma figura, reconocida solvencia del garante, su “desconexión” o independencia de la obligación garantizada –excluyendo a la garantía de las vicisitudes que pudieren alcanzar a aquélla– y celeridad en la realización de la garantía.

Así, desde hace tiempo, se produjo la aparición de esta modalidad de garantía, propia del derecho anglosajón.

La figura ha recibido variadas denominaciones: fianza a primera demanda o fianza incondicional, garantía bancaria, garantía contractual, garantía incondicional, garantía a primera demanda o por simple demanda o a primer requerimiento, garantía abstracta, automática, garantía independiente, o las más conocidas por su difusión internacional, “*stand by letters of credit*”, o “*letters of indemnity*”, entre otras.

Se la ha definido como un “contrato por el cual un sujeto, dotado de una

sólida posición financiera (normalmente un banco o una compañía de seguros), se obliga a pagar un determinado importe al beneficiario, con el fin de garantizar la prestación de un tercero, a simple demanda del beneficiario mismo y, por regla, con renuncia a hacer valer cualquier excepción relativa a la existencia, validez o coercibilidad del vínculo garantido, existente entre el beneficiario y el deudor principal, al cual el garante permanece extraño”.

Estas garantías, de naturaleza personal, generan una relación compleja, generalmente entre tres partes: 1) **el ordenante de la garantía**, que es quien debe satisfacer la prestación y busca que un tercero garantice tal cumplimiento “a primera demanda”; 2) **el beneficiario de la garantía**, que es acreedor de la prestación y busca su aseguramiento; 3) **el garante**, generalmente un banco, una entidad financiera o una compañía de seguros, que es quien se compromete a pagar una suma determinada de dinero a primer requerimiento del beneficiario.

Analizada en su naturaleza económica, esta figura importa un crédito que el garante otorga al ordenante (deudor), suspendido o supeditado –*stand by*– hasta que así lo requiera el beneficiario (acreedor), por lo que ese crédito habitualmente sólo será conferido si el ordenante dispone de reconocida solvencia o bien afecta a favor de la entidad garante activos propios suficientes para “contragarantizar” al garante.

Siguiendo destacada doctrina podemos señalar como rasgos salientes de esta figura, los siguientes: a) doble grado de abstracción, pues en primer lugar la garantía vincula al garante con el beneficiario, de manera totalmente independiente de las relaciones que la generaron y, en segundo lugar, con prescindencia o total “desconexión” del contrato base o fundamental. b) Es personal y, en general, es vedada para ser contraída por personas físicas. c) Irrevocable por plazo determinado o determinable. d) Autónoma, porque el garante contrata una obligación con contenido propio, cuyas reglas son las previstas para la garantía, con total independencia de las normas que rijan la relación de las partes en el contrato base.

Expuestos sintéticamente los lineamientos de la figura, creemos de interés destacar que su aplicación, reconocida para el tipo de contratación antes referida, en la República Argentina ya ha sido incluso aceptada localmente como garantía en proceso judicial. En ese caso, solicitado y ordenado el trabado de medidas cautelares en un proceso de conocimiento, la parte demandada ofreció en sustitución de la medida ordenada (embargo de fondos) el otorgamiento de aval bancario a satisfacción del tribunal, el cual se instrumentaría mediante la apertura de una carta de crédito *stand by letter* irrevocable, emitida por la casa matriz de un banco internacional de primera línea, el cual se obligaba a poner a disposición del tribunal, a primer requerimiento, la totalidad de los fondos comprendidos en la cautelar dispuesta.

Dicha sustitución de garantía fue efectivamente aceptada por el tribunal y, de esa manera, se garantizó adecuadamente el cumplimiento de las eventuales contingencias judiciales sin necesidad de mantener inmovilizados los fondos pertinentes en ningún tipo de depósito judicial.

### Cesión de créditos en garantía

Una modalidad de garantía, utilizada habitualmente por las empresas comerciales como modo de procurar, ampliar o abaratar sus líneas de crédito con entidades financieras, es la de recurrir a la cesión de facturas en garantía de esa operatoria de financiación.

La operatoria, generalmente, se da de la siguiente manera: la empresa requirente de crédito –normalmente dedicada a la actividad industrial y/o comercial– cede al banco o entidad financiera, total o parcialmente, su cartera de créditos –normalmente instrumentados mediante facturas y eventualmente cheques y/o pagarés–, con la finalidad de asegurar un préstamo o un saldo deudor que tenga o pueda llegar a tener, o de una línea de créditos que la entidad financiera le ha concedido y que periódicamente renueva.

Es frecuente que mientras el deudor-cedente cumpla con la prestación afianzada, no se realice la notificación de la cesión; excepcionalmente, se autoriza a que el cedente continúe con la cobranza de los créditos, que a medida que sean percibidos debe el cedente sustituirlos por otros, ya que los créditos cedidos constituyen las prestaciones que harán efectiva la garantía.

En caso de incumplimiento por el deudor cedente a sus obligaciones, el cesionario-acreedor efectiviza su derecho de percepción de los créditos cedidos imputando lo percibido a la cancelación total o parcial de lo comprometido por el deudor cedente.

La naturaleza jurídica de la cesión de créditos en garantía fue analizada en diversas resoluciones judiciales, entendiéndose en algunos casos que se trataba de una prenda de créditos y, en otros, considerada como un negocio fiduciario en garantía. En cualquier caso, la cesión se presenta como una garantía accesoria.

Sin embargo, más allá de ello, las vicisitudes en las cobranzas de los créditos cedidos, soporte de la garantía, o eventuales embargos sobre ellos, han determinado que el uso de esta modalidad de garantía no se haya generalizado entre las entidades bancarias.

Consideramos que la fiducia en garantía de créditos, hoy admitida por la ley 24441, conforme las ventajas que el fideicomiso comporta, otorga con mayor amplitud la seguridad que se busca en este tipo de contratación.

### Titulización o securitización de carteras de créditos

La ley 24441 introduce en la legislación argentina una serie de herramientas legales, en procura de fomentar la inversión y crecimiento del mercado habitacional. Una de ellas está brindada por las previsiones dispuestas en los artículos 70, 71 y 73 de la ley, que permiten la comercialización de carteras de créditos en masa, es decir, agrupados, para vincularlos a un proceso de securitización o titulación, aglutinando créditos que, en muchos casos, por su escasa entidad económica, no serían redituables en transmisiones individuales.

“La securitización es un proceso que transforma una masa de activos o créditos en un conjunto de títulos valores que se colocan entre inversores. La reunión de un paquete de activos es de la esencia de la securitización que consis-

te, precisamente, en aglutinar un conjunto de activos para que sirvan de respaldo a la emisión de títulos valores o participaciones que serán colocadas entre inversores.

“Pero para la implementación de tal procedimiento a gran escala –mediante cesión de carteras de créditos–, nuestro sistema jurídico presentaba serias dificultades. Eran dos las objeciones que se señalaban dentro del régimen de la cesión de créditos del Código Civil: por un lado, la necesidad de notificar al deudor cedido o su aceptación por acto público (artículos 1459 y 1467 del Código Civil), la que se justifica respecto del deudor cedido, pero no respecto de los demás terceros quienes generalmente no se enteran de aquella notificación. Además, perjudicaba a la securitización la posibilidad de que el deudor cedido opusiera al cesionario todas las excepciones que podría hacer valer contra el cedente (artículo 1474 del Código Civil), pues introducía un factor de incertidumbre para quienes adquiriesen una participación o un título garantizado con dichos créditos.

“La reforma al régimen de la cesión de créditos (artículos 70 a 72 de la ley 24441) y, especialmente el artículo 72 incs. a) y b) establece excepciones a las normas del Código Civil y soluciona los problemas comentados cuando la cesión de carteras se realice para emitir títulos valores con oferta pública en el marco de procesos de securitización.

“En tales supuestos se prescribe que no es necesaria la notificación al deudor cedido siempre que exista previsión contractual en tal sentido y que la cesión será válida desde su fecha. Esta última prescripción está dirigida a los terceros.

“En cuanto a las excepciones sólo pueden serles opuestas al cesionario dos categorías: a) las fundadas en la invalidez de la relación crediticia, y b) el pago documentado de fecha anterior a la cesión.

“Por otra parte, el artículo 72 establece que la cesión puede efectuarse en un único acto (lo cual no estaba prohibido por la normativa del Código Civil), individualizándose cada crédito con expresión de monto, plazos, intereses y garantías.

“El mismo artículo establece que los documentos probatorios del derecho cedido se entregarán al cesionario o fiduciario o, en su caso a un depositario o al depositario del fondo común de créditos.

“La expresión ‘documentos probatorios’ debe entenderse referida, cuando la cesión se otorga por escritura pública, a la entrega de las copias autorizadas por los escribanos de las escrituras pasadas en su protocolo (artículo 1006 Código Civil), se trate de primeras o ulteriores copias. Dichas copias, expedidas con las formalidades exigidas por el Código Civil y las respectivas leyes locales que organizan el notariado, hacen plena fe como la escritura matriz (artículo 1010 Código Civil).

“Esa entrega, reiteramos, no es requisito para la formación del contrato de cesión, ni para que opere la transferencia de los créditos entre las partes. Los artículos 1434, 1457 Código Civil y, específicamente, el artículo 72 de la ley

obligan a entregar los documentos porque con ello se facilita la acción del cesionario o del fiduciario que quiere hacer valer el crédito adquirido.

“Desde la perspectiva de la securitización, como partícipe secundario o contingente, aparece la figura del *depositario* de los instrumentos relativos a los activos a securitizar. El depositario puede ser el propio originante, un tercero, o el mismo vehículo que se utiliza para aislar los activos, en nuestro caso el fiduciario”.

Finalmente, la posibilidad de obtener un ‘mejoramiento’ o potenciación en la calidad de los activos titulizados a securitizados, con el propósito de reducir el riesgo general de la emisión de títulos, así como las particulares características de tal proceso, cuando se verifica a través de un fideicomiso financiero, y el régimen especial dispuesto para las letras hipotecarias por la ley 24441, mecanismos que procuran conformar un sistema de transmisión de créditos ágil y económico, son analizados en forma clara y exhaustiva en el trabajo que hemos seguido para la presentación del tema.

#### Factoring

En tanto aceptamos que la garantía es un modo especial de asegurar la efectividad de un crédito, añadiéndole algo que por sí mismo no tiene, debemos reconocer que cuanto más se neutralice o disminuyan los riesgos en la cobranza del crédito, mejor y más eficaz será la garantía.

El *factoring* supone un contrato permanente entre una sociedad y los clientes, por el cual la primera se encarga de comprar los créditos comerciales de estos últimos y el cobro de las mismas (Modesto Bestos, *Factoring y franchising*, Madrid, 1990, p. 19).

En realidad, en el *factoring* hay un “complejo de operaciones” por las que se confieren anticipos sobre créditos provenientes de ventas, comprometiéndose el “factor” a adquirirlos, a asumir sus riesgos, gestionar sus cobros y prestar asistencia técnica y administrativa al “factoreado”. Así la empresa de factor ofrece dentro de esa complejidad de servicios, la asistencia y asesoramiento, cobranza extrajudicial, judicial, auditoría e información sobre solvencia de los clientes, en definitiva, una serie de obligaciones a las que se obliga, que determinan una importante gestión en la cobranza.

En su operatividad, el factoreado se obliga a ceder sus créditos actuales o futuros y, una vez aprobados por el factor, éste le da el dinero correspondiente al valor nominal del crédito, del que deduce el costo del tiempo estipulado de recupero y el precio de los servicios que presta. Luego el factor procura el cobro del crédito y si no lo logra –en el supuesto de que el factor no asuma los riesgos de cobranza– pasado cierto tiempo predeterminado por las partes, la factura es devuelta al cedente o compensada con otras.

Puede pactarse, sin embargo, que la empresa asuma total o parcialmente el riesgo de la incobrabilidad, sin reclamo alguno hacia el cedente o acción de recupero. En este caso, el contrato de *factoring* asume nítidamente un rol de garantía, pues como expusieramos precedentemente, suprimir el riesgo importa una operación de garantía.

Se trata de un contrato atípico, con tipicidad social, que nuestra legislación no reglamenta, pero ha sido receptado en la práctica habitual de gestión empresarial. En cuanto a sus caracteres, podemos enunciar que es un contrato **comercial, consensual**, pues sus efectos se producen desde que las partes hayan expresado recíprocamente su consentimiento, **bilateral**, dado que es fuente de obligaciones recíprocas para el factor y el factoreado, **oneroso, de tracto sucesivo o ejecución continuada, masivo**, pues su objeto no es un crédito aislado sino que se requiere una masa de operaciones que permita evaluar riesgos, de **colaboración**, dado que el fin principal para el factoreado o proveedor de los créditos es optimizar la cobranza y gestión de cobro de su empresa a través de la asistencia y servicios que le presta el factor; debe a su vez prestar a éste toda la colaboración en el recupero y cobranza de los créditos. En cuanto a su forma, el *factoring*, como consecuencia de las prestaciones a cargo de las partes –cesión de créditos, conf. art. 1454–, debe ser celebrado por escrito.

#### Hipoteca

Se trata de una institución de garantía, de validez jurídica universal, idónea para garantizar todo tipo de obligaciones y de indiscutible trascendencia económica, pues ella permite al deudor continuar con la propiedad y posesión de la cosa, sin restringirle ningún tipo de facultad sobre ella, a excepción de las que atenten contra el valor de la garantía.

No es nuestro propósito realizar un estudio pormenorizado de esta garantía, sino sólo enunciar los principios generales que el ordenamiento nacional fija para ella y detenernos en aquellos aspectos que presentan interés actual.

En nuestro derecho, se trata de un derecho real que no se ejerce por la posesión y recae exclusivamente sobre inmuebles, buques y aeronaves, en estos dos últimos casos, normados por leyes especiales. Otorga a su titular (acreedor hipotecario) un privilegio que se encuentra entre los de más alto rango.

Es una garantía **necesariamente accesoria** de la obligación garantizada, **indivisible**, pues todas y cada una de las cosas hipotecadas garantizan la totalidad y cada parte de la deuda, salvo acuerdo en contrario; debe ser **registrada** a efectos de su oponibilidad a terceros, y en nuestro derecho siempre es de origen **convencional**, es decir, se constituye por el acuerdo entre acreedor y el dueño de la cosa que se afecta (normalmente el deudor, o un tercero ajeno a la relación crediticia), otorgado en las condiciones de forma y fondo que se exigen. Para su validez, es esencial cumplir con el recaudo de **especialidad** en sus dos aspectos: en cuanto al crédito y el objeto o cosa afectada a la garantía.

El derecho real de **hipoteca regulado por el Código Civil** recae sólo sobre inmuebles y se extiende a todos los accesorios de éste, mientras permanezcan unidos a éste, así como a toda mejora sobreviniente, construcciones realizadas, a las ventajas inherentes a la extinción de las servidumbres que pudieran afectar al inmueble, a los alquileres debidos por los arrendatarios y a las indemnizaciones adeudadas por los aseguradores del inmueble, en caso de siniestro (conf. art. 3110 Cód. Civil).

La doctrina es coincidente en sostener como **caracteres esenciales** de este

derecho, la especialidad y la accesoriedad. Si bien se discurre sobre el alcance de tales principios, destacamos que la especialidad en cuanto al objeto (arts. 3109, 3131 y cctes.) se cumple mediante la precisa individualización jurídica, catastral y registral del inmueble.

Merece una especial mención la posibilidad actual, prevista en la ley 25509 de Derecho Real de Superficie Forestal, de gravarse el derecho de superficie. En tal sentido, la posibilidad de hipotecarse la superficie forestal es tema de tratamiento en trabajos que acompañan esta presentación y, asimismo, motivo de enunciado especial en las conclusiones que acompañan esta presentación.

La especialidad en cuanto al crédito se conceptúa, en general, integrada en un doble aspecto, uno referido a la expresión de la causa fuente que da génesis a la obligación principal a la que accede la hipoteca, y otro, mediante la indicación de la suma cierta y determinada del crédito garantizado. En este segundo aspecto, la especialidad importa la delimitación de la responsabilidad que pesa sobre el deudor hipotecario. Dicho de otra manera, la especialidad de la hipoteca importa establecer el máximo de la responsabilidad hipotecaria del deudor.

En el derecho argentino, todas las hipotecas son de seguridad, ya que acceden al crédito garantizado. Sin perjuicio de ello, ha constituido una vasta discusión entre los juristas nacionales el problema de las hipotecas abiertas, comprendiéndose en este concepto las siguientes: 1) las hipotecas establecidas en garantía de créditos indeterminados, 2) las hipotecas de rango compartido o preferente (conf. art. 3135 Cód. Civ. y art. 17 de la ley 17801). Al respecto, la doctrina es coincidente sobre la validez de las hipotecas de rango compartido y de rango preferente. Asimismo lo es respecto de la invalidez de la hipoteca constituida para garantizar créditos indeterminados, siendo ella nula, de nulidad absoluta por vulnerar uno de los caracteres esenciales de este derecho. Como bien se ha ejemplificado, es inválida una hipoteca que garantice todas las obligaciones presentes y futuras entre dos partes, sin otras especificaciones, aun cuando se establezca en el contrato un tope por la responsabilidad hipotecaria.

Conforme lo muy sintéticamente aquí expuesto, consideramos trascendente para el derecho argentino la propuesta de modificación al régimen legal vigente que contiene el artículo 2093 del Proyecto de Código Civil del año 1998, al establecer, en su párrafo 3º, la posibilidad de garantizar créditos indeterminados, sea que su causa exista al tiempo de su constitución o posteriormente, cumpliéndose con el principio de especialidad en cuanto al crédito, consignándose un monto máximo garantizado por todo concepto y un plazo máximo que, en la propuesta de reforma al Código Civil, se establece en diez años.

Sobre la forma exigida para su constitución, la hipoteca sobre inmuebles debe, bajo pena de nulidad, constituirse por escritura pública. En este punto, resulta de fundamental importancia la labor de asesoramiento que los notarios cumplimos, con especial consideración al hecho de que en la actualidad

la mayor parte de los contratos hipotecarios, particularmente aquellos en los que la parte acreedora es un banco o entidad financiera, resultan verdaderos contratos de adhesión.

#### Hipoteca naval

La hipoteca naval está regulada entre los arts. 499 y 514 de la ley 20094 [ED 50-6X7]. Puede constituirse sobre todo buque de matrícula nacional de diez o más toneladas de arqueo total o buque en construcción de similares características. Los de menor tamaño pueden ser gravados con prenda (art. 499).

A diferencia de la hipoteca regulada por el Código Civil referida a inmuebles, la hipoteca naval se constituye por escritura pública o documento privado autenticado. Es oponible a terceros desde la fecha de su inscripción en el Registro Nacional de Buques (art. 501).

Rigen a su respecto los principios esenciales de este derecho expuestos en el apartado precedente, y conforme lo dispuesto en el art. 513, se le aplican subsidiariamente las normas del Código Civil.

El privilegio que la hipoteca naval otorga a su acreedor se extingue a los tres años contados desde la inscripción, salvo que haya sido renovada o que el plazo de amortización fuere mayor (art. 509), en cuyo caso, debería extenderse la registración por el plazo de vigencia de la obligación a la cual accede.

El rango del privilegio del acreedor hipotecario naval está ubicado inmediatamente después de los privilegios máximos concedidos, en su orden, a los gastos de justicia hechos en interés común de los acreedores para la conservación del buque, o para proceder a su venta y a la distribución de su precio, a los derivados del contrato de ajuste, leyes laborales y convenios colectivos de trabajo, los créditos por impuestos, contribuciones y tasas retributivas de servicios derivados del ejercicio de la navegación o de la explotación comercial del buque, los causados por muerte o lesiones corporales que ocurran en tierra, a bordo o en agua, en relación directa con la explotación de buque, los derivados por responsabilidad extracontractual del propietario o armador, causados por daños a las cosas que se encuentran en relación directa a la explotación del buque y, finalmente, los que provengan por asistencia o salvamento, remoción de restos náufragos y contribuciones en averías gruesas (arts. 511 y 476, ley 20094).

Si el derecho real recayere sobre un buque en construcción, se ubica en orden inmediatamente anterior al crédito del constructor, siempre que el contrato de construcción se haya inscripto en el Registro Nacional de Buques (arts. 511 y 490).

#### Hipoteca aeronáutica

Esta garantía se encuentra regulada en el Código Aeronáutico, arts. 52 a 57.

Son su objeto las aeronaves, en todo o en sus partes indivisas, aun cuando estén en construcción. También pueden hipotecarse los motores inscriptos conforme al art. 41 de ese Código. No son susceptibles de prenda.

La forma requerida para la constitución de la hipoteca aeronáutica es la de

instrumento público o privado “debidamente autenticado”, y se impone su registración en el Registro Nacional de Aeronaves a efectos de darle oponibilidad y preferencia frente a terceros.

Según lo dispone el art. 56, “la hipoteca se extingue de pleno derecho a los 7 años de la fecha de su inscripción, si ésta no fuese renovada”.

El privilegio que ella confiere es de mayor jerarquía, comparativamente, que el establecido para la hipoteca naval. En tal sentido, el art. 57 del Código Aeronáutico dispone que el acreedor hipotecario tiene rango posterior a todos los privilegios referidos en el art. 60.

Por último, al igual que la hipoteca naval, rigen respecto de la hipoteca aeronáutica, en todo aquello que no estuviere previsto y siempre que sea compatible, las normas de la hipoteca civil.

#### Anticresis

Conforme se regula en los artículos 3239 a 3261 del Código Civil, la anticresis en nuestro ordenamiento es una garantía real, accesoria de un préstamo dinerario, por la cual el deudor o un tercero que se obliga por él entrega al acreedor la posesión de un inmueble de su propiedad, para que tome de él los frutos, productos o rentas que produce y los aplique al pago de los intereses del préstamo y, si excediera o no los tuviere, al capital.

De lo expuesto se desprende que el objeto de la garantía lo constituyen los frutos –civiles y naturales– y productos del inmueble, pero no el inmueble mismo. El inmueble debe ser entregado al acreedor pero sólo para permitirle que haga suyo los frutos (ej.: levantar la cosecha y venderla), productos y rentas.

Conforme lo determina el art. 3240 del Código Civil, la anticresis sólo queda perfeccionada por la entrega real del inmueble. No obstante lo dispuesto por esta norma, dado que se impone para su constitución la transmisión de un inmueble, para su instrumentación se requiere escritura pública (art. 1184, inc. 1) y debe ser registrada a efectos de su oponibilidad a terceros (arts. 2505 y 2° ley 17801).

Al igual que la hipoteca y la prenda, la anticresis participa de los caracteres de accesoriadad (art. 3261), indivisibilidad (art. 3245) y especialidad en cuanto al crédito y al objeto.

El acreedor anticresista tiene, conforme lo dijimos, el derecho de percibir los frutos, productos y rentas del inmueble para la cancelación de los intereses y/o del capital de su crédito. Asimismo, conforme art. 3245, se le asigna derecho de retención y consecuentemente puede negar la entrega del inmueble al deudor, hasta que la deuda no haya sido pagada, y al igual que en la prenda civil, se le concede al acreedor el derecho de retener el inmueble por un crédito distinto pero posterior, contraído entre las mismas partes (art. 3261).

Conforme regla el art. 3251, el acreedor puede solicitar la venta del inmueble afectado, pero **no le otorga privilegio** alguno sobre el precio de realización de la cosa. La venta, que deberá efectuarse en pública subasta, importa para el acreedor la renuncia a su derecho de retención.

Esta garantía ha sido utilizada en una época de nuestro país en la que el Es-

tado Nacional desarrolló grandes obras, tales como las autopistas. Se recurrió a ella a efectos de garantizar el pago a las empresas constructoras por las obras realizadas transfiriéndoseles las rentas de las autopistas establecida por un derecho de peaje por su tránsito; tal peaje era cobrado directamente por la empresa constructora, que lo imputaba a cuenta de los intereses de la deuda, y si hubiera excedentes, a cuenta del capital.

Prenda en la legislación argentina

*El artículo 3204 del Código Civil establece: “Habrá constitución de prenda cuando el deudor, por una obligación cierta o condicional, presente o futura, entregue al acreedor una cosa mueble o un crédito en seguridad de la deuda”.*

El artículo 580 del Código de Comercio define al contrato de prenda comercial como aquel por el cual el deudor o un tercero a su nombre, entrega al acreedor una cosa mueble, en seguridad y garantía de una operación comercial.

De las definiciones expuestas y demás disposiciones legales que regulan su funcionamiento destacamos que la prenda en la legislación argentina es un derecho real de garantía, recae sobre cosas muebles (prenda civil y comercial) y, asimismo, en caso de prenda con registro, sobre bienes muebles, inmuebles por su destino y bienes que comporten propiedad comercial, industrial y artística. Constituye un privilegio en favor del acreedor prendario sobre el precio de realización de la cosa, que se extiende al capital de la deuda, sus intereses y los gastos o expensas, efectuados por el acreedor para conservar la cosa y para realizar la venta (conf. arts. 582 Cód. de Comercio, ley 12962 y 3228 Cód. Civil).

Una primera clasificación de la prenda, como posible garantía en nuestro ordenamiento, está dada según la obligación a la que accede. Así, se reconoce como prenda civil la otorgada en garantía del cumplimiento de una obligación civil (arts. 3204 y ss. del Código Civil) y prenda comercial, cuando es brindada en garantía de una operación comercial (arts. 580 y ss. del Código de Comercio y decreto ley 15348/46).

Como semejanzas de las que participan la prenda civil y comercial, podemos enunciar que comparten los principios de especialidad en cuanto al crédito, accesoriedad e indivisibilidad; en su forma de instrumentarse, pues ambas deben ser otorgadas por escrito; sin embargo, en la prenda civil, se exige para su oponibilidad a terceros la fecha cierta, no así en la prenda comercial. Las diferencias, por su parte, son fundamentalmente las siguientes: a) Tradición de la cosa prendada: tanto en el sistema civil como en el derecho comercial hace falta la tradición de la cosa; sin embargo, en la prenda civil ésta tiene carácter real (art. 3205 Código Civil), en tanto que en la prenda comercial puede tratarse de una tradición real o simbólica de la cosa (art. 584 del Código de Comercio). b) Situación del deudor cedido: cuando lo empeñado sea un crédito, en materia civil, es menester notificar la prenda al deudor cedido (art. 3209 Código Civil); en materia comercial, en cambio, no es menester esa notificación cuando la prenda consista en títulos de deuda, acciones de compa-

ñas o papeles de crédito (art. 584 *in fine* del Código de Comercio). c) Procedimiento para el cobro: en el supuesto de incumplimiento del deudor prendario, tratándose de prenda civil, el acreedor deberá procurar el pago debido accionando judicialmente, y sólo está facultado a retener la cosa hasta ser desinteresado de su crédito (art. 3224 y cctes. del Código Civil). En cambio, el acreedor de una prenda comercial, cuando se trata de acciones, títulos públicos o entes oficiales, puede ejecutar la prenda en subasta pública, sin intervención del juez (art. 585 del Código de Comercio).

A su vez, la prenda comercial se subdivide en prenda común y prenda con registro o sin desplazamiento, regulada por decreto ley 15348/46 ratificado por la ley 12962, en su redacción actual, t. o. dec. 897/95. La prenda con registro, por su parte, puede constituirse en su versión flotante.

El régimen dispuesto para la **prenda con registro o prenda fija** permite preñar todos los bienes muebles o semovientes y los frutos o productos, aunque estén pendientes o se encuentren en pie. Las cosas inmuebles por su destino, las que en caso de ser parte de una finca hipotecada, se requiere conformidad del acreedor hipotecario. Puede también tener por objeto los derechos y bienes que comportan la propiedad comercial, industrial y artística (marcas, patentes, dibujos, modelos industriales, distinciones honoríficas, etcétera).

Sin duda, este tipo de prenda es la que mayor utilidad posee en nuestro sistema, pues ofrece una evidente ventaja: los bienes objeto de la garantía quedan en poder del constituyente (art. 2 ley 12962), es decir, no se produce su desplazamiento, y consecuentemente puede el constituyente continuar ejerciendo sus facultades como titular de dominio de la cosa en la medida en que no se afecte la garantía, con las limitaciones que dispone la misma ley, por ej.: imposibilidad de constituir una misma prenda, salvo autorización escrita del acreedor, conf. art. 7, etc. Ello resulta de fundamental importancia cuando los bienes afectados en prenda son de la producción o del giro habitual del deudor, ya que de tal modo éste puede continuar utilizándolos para su destino productivo y consecuentemente para generar los recursos que permitan el pago de la deuda.

En tal sentido, creemos novedosa la propuesta efectuada en trabajo que acompaña esta presentación, referida a la posibilidad de preñar la Cuota de Captura que corresponde a un “Permiso de Pesca”, cuya naturaleza jurídica y funcionamiento allí se desarrollan, el cual, conforme lo dispuesto por la ley 24922, resulta obligatorio obtener por toda persona, sociedad o empresa que desee dedicarse al ejercicio de la pesca comercial y al transporte o comercio de los frutos obtenidos por tal actividad, siempre sujeto al contralor de la autoridad de aplicación que lo otorga, quien supervisa el ejercicio de esta especial actividad industrial.

El régimen general de prenda con registro –tanto fija como flotante– posibilita que cualquier persona capaz de disponer –física o jurídica– pueda ser acreedor y deudor prendario con independencia de la actividad a que se dedique. Prevé, asimismo, que los contratos de prenda deben ser formalizados por escrito, en formularios otorgados por las respectivas oficinas del Registro de

Prenda. El contrato surte efectos entre las partes desde su celebración, y con respecto a terceros, desde su inscripción en la forma establecida por la norma.

Destacamos, a continuación, los principales caracteres que diferencian la prenda fija de la que se constituye en su versión “flotante”: a) A diferencia de lo ya referido respecto de los elementos susceptibles de prendarse en la prenda fija, en la flotante, los bienes prendables se circunscriben a las “mercaderías y materias primas en general”, que pertenezcan a un establecimiento comercial o industrial (art. 14 decreto 15348/46). A partir de la reforma dispuesta por el dec.-ley 897/95, puede constituirse prenda flotante sobre créditos que conforman la actividad de un establecimiento con objeto financiero, “afectándose” a esos fines la documentación respaldatoria de su instrumentación (sean documentos públicos o privados donde conste la adquisición del derecho crediticio). b) Sobre el lugar de su registración: tanto la prenda fija como la flotante se hacen en formularios especiales y se deben inscribir en el Registro Nacional de Créditos Prendarios, pero la competencia del Registro en el que debe registrarse el contrato es diferente: en la prenda fija, ha de serlo el del lugar en que se encuentran los bienes prendados (art. 12 decreto 15348/46); en cambio, el contrato de prenda flotante se debe inscribir en el registro correspondiente al domicilio del deudor (art. 16 decreto 15348/46). c) En cuanto a los efectos: la prenda fija, tanto en sentido material como en sentido jurídico, produce una inmovilización del bien prendado ya que, en principio, el deudor no puede volver a prendarlo, salvo conformidad escrita del acreedor prendario (art. 7 decreto 15348/46), venderlo, salvo que el adquirente asuma la garantía (art. 9 decreto 15348/46), o trasladarlo (art. 13 decreto 15348/46), todo lo cual contrasta con las amplias facultades que tiene el deudor en la prenda flotante, pues puede transformar y vender y, obviamente, trasladar las cosas originariamente prendadas, no restringiéndose su libre disponibilidad a los efectos de la garantía (art. 14 *in fine* ley 12962).

La prenda con registro permite una fácil circulación del crédito, pues el contrato prendario inscripto es transmisible por endoso, el que a su vez debe ser intervenido por el Registro a efectos de su oponibilidad a terceros (art. 24). Asimismo, la ley procura agilizar los trámites tendientes a lograr el cumplimiento del contrato pues otorga al certificado de prenda fuerza ejecutiva (art. 26) y regula, en su art. 29 en adelante, un procedimiento ágil que limita las defensas oponibles por el ejecutado y reduce los trámites procesales.

Sin embargo, debemos destacar como inconveniente que en nuestro país existen numerosas oficinas de registros prendarios, que no se encuentran adecuadamente vinculadas entre sí, lo cual puede llegar a posibilitar la realización de maniobras fraudulentas en determinados supuestos.

El mayor reproche está dirigido al sistema de ejecución de la garantía. En efecto, el artículo 39 del decreto ley 15348/46 sólo permite a las instituciones financieras obtener órdenes judiciales inmediatas de secuestro y llevar a cabo la venta privada de los bienes. A tenor del artículo 36, les está vedado a los acreedores privados acordar con sus deudores otros procedimientos que no sean los establecidos legalmente.

## Prenda agraria

Las especiales características de la explotación agropecuaria que, además de riesgosa, importa la necesidad de una espera en el tiempo para recoger los frutos de la actividad, requiere inexorablemente del crédito para afrontar la producción.

La ley 9644 del 30 de septiembre de 1914, antecedente de la prenda con registro, otorgó al momento de su sanción una herramienta eficaz para promover el crédito en esta tan especial explotación.

Si bien esta ley no ha sido derogada, confrontadas sus disposiciones con las contenidas en la ley 12962, surge que los bienes objeto de la garantía, el privilegio y demás regulación, comprenden –aunque en mayor amplitud– los términos de la ley 9644.

Si bien ambos regímenes son similares, subsisten ciertas diferencias, por ejemplo, en materia de excepciones oponibles en la ejecución, por lo que, conforme lo dispuesto en el art. 49 de la ley 12962, estará sujeto a lo que las partes dispongan determinar bajo qué marco normativo se regulará la garantía prendaria que se constituya.

## Warrant

El vocablo *warrant*, que deriva del latín *warrantum*, fue llevado luego al idioma inglés, siendo su significado literal: “garantía”.

Los *warrants*, como títulos que confieren a su tenedor un derecho de prenda sobre mercaderías depositadas, nacen como respuesta a la necesidad de evitar la inmovilización de grandes cantidades de mercaderías en los puertos de Inglaterra. Así se libraba a favor del depositante un doble título, que abarcaba, por un lado, un recibo o certificado que acreditaba la propiedad de la mercadería depositada y otro, *warrant*, destinado a facilitar la colocación en prenda de esa mercadería.

Su regulación, en el país, está dispuesta por las leyes 928 del año 1878 (*warrant* aduanero), 9643 del año 1914 (*warrant* sobre frutos y productos agrícolas, ganaderos, mineros, forestales o manufacturas nacionales) y demás decretos reglamentarios.

Para la estructuración de tales depósitos existen dos sistemas, el sistema inglés, que permite crear libremente los almacenes y otro, el sistema francés, que faculta su creación sólo con autorización del Estado. La República Argentina ha seguido este último sistema.

A efectos de que los depósitos particulares obtengan la autorización del Poder Ejecutivo para expedir tales certificados y *warrants*, la ley argentina exige la acreditación de recaudos tendientes a asegurar solvencia en la persona del depositario, y cumplimiento de adecuadas medidas de seguridad y custodia de las cosas y productos depositados.

Como figura de garantía, el mecanismo de funcionamiento es el siguiente: el comerciante o productor obtiene, contra el depósito de la cosas, productos o mercaderías, un **certificado** –emitido por el almacén depositario– que se conforma con dos partes: una, *el certificado de depósito*, que acredita la pro-

piedad de las mercaderías depositadas y que a través de su endoso transfiere su dominio; la otra parte, el *warrant*, instrumento de crédito, destinado a la circulación, otorgado a fin de que el depositante pueda conseguir crédito sobre la base de constituir, mediante el endoso del documento, un derecho de prenda de absoluta seguridad, pues la posesión del *warrant* acredita la titularidad de la garantía (art. 10 ley 928).

El propietario sólo podrá requerir la restitución de las cosas depositadas presentando el documento emitido con sus dos ejemplares (arts. 3 y 7 ley 928 y 13 ley 9643).

Una vez que el deudor cumpla con su obligación, el acreedor deberá reintegrarle el *warrant*, con la constancia de cancelación del crédito y el propietario podrá, recién entonces, presentando el doble ejemplar, recuperar las mercaderías.

Destacamos que la ley establece que el *warrant* es título nominativo, a los efectos de la publicidad. Como tal, su primer endoso se extenderá al dorso del respectivo documento, debiendo para su validez ser registrado en los libros de la empresa emisora, dentro del término de seis días. Su negociación requiere notificación al deudor, al efectuarse la cesión. El espíritu del legislador fue perseguir –por la seriedad del crédito– la individualización al mutuuario o al banco que interviene para que no se presente dificultad en la conjunción que más tarde se hace ineludible: presentación simultánea del certificado de depósito; de ahí que se exija que en un solo acto se deje constancia de todo y se registre la operación. Dado que el primer endoso del certificado de depósito y el primer endoso del *warrant* se registran, ello permite tener conocimiento de la persona que inicia la cadena de la transferencia, ya que con el simple pago hecho al prestamista puede negociarse el *warrant* con un tercero.

Negociado el *warrant*, la ley exige la consignación, al dorso del certificado de depósito respectivo, del monto del crédito, nombre y domicilio del prestamista, fecha de vencimiento y lugar de pago. La misma anotación deberá efectuarse en el libro de registro de la empresa emisora, al tiempo que se deje constancia del primer endoso.

El plazo se establece sólo a favor del deudor. De allí que la ley prescriba que el propietario del certificado de depósito, separado del *warrant* respectivo negociado, podrá antes del vencimiento del préstamo pagar el importe del *warrant*. Si el acreedor de éste no fuese conocido, o siéndolo no estuviere de acuerdo con el deudor sobre las condiciones en que tendrá lugar la anticipación del pago, el dueño del certificado consignará judicialmente la suma adeudada. Con esto se tiende a permitir la negociación de la mercadería liberada de la prenda.

Ante la falta de pago del crédito, el acreedor podrá ejecutar el *warrant*, a cuyo efecto deberá protestarlo, conforme las disposiciones para la letra de cambio.

Reviste carácter de garantía autoliquidable, ya que la ejecución de la garantía, tanto en el *warrant* aduanero como el regulado por la ley 9643, se realiza mediante remate público de las mercaderías que, según el caso, se efectuará ante el administrador de Aduana o el del respectivo depósito, conforme los

procedimientos que al respecto disponen los arts. 19 de la ley 928 y 17 de la ley 9643.

Si realizado el remate, su resultado no fuere suficiente para cubrir el crédito, la ley otorga al acreedor una acción ejecutiva contra los endosantes del *warrant*. Dicha acción contra los endosantes y contra todos los que firman es solidaria, consecuente con la naturaleza de título de crédito que tiene el *warrant*.

Sin embargo, para que el acreedor pueda ejercer esta acción ejecutiva, se requiere que haya cumplido con su obligación de solicitar la venta de mercaderías en el plazo establecido y se haya ajustado ésta a lo dispuesto en la ley.

Otra de las peculiaridades que ofrece la institución del *warrant* la enuncia el artículo 18 de la ley, al establecer que la venta de los efectos por falta de pago no se suspenderá por quiebra, incapacidad o muerte de deudor, ni por otra causa que no sea orden judicial escrita, previa consignación del importe de la deuda, sus intereses y gastos calculados.

En el caso de encontrarnos ante la quiebra del deudor, la ley de Concursos y Quiebras 24522, en su artículo 241, inciso 4, reconoce como créditos con privilegio especial “los créditos garantizados con hipoteca, prenda, *warrant* y los correspondientes a *debentures* y obligaciones negociables con garantía especial o flotante”. La enumeración de privilegios especiales es taxativa y de interpretación restrictiva.

#### Obligaciones negociables y debentures

La utilización de títulos valores, emitidos en serie, como modalidad para contraer empréstitos, fue regulada por primera vez de manera integral por la ley N° 23576, modificada luego por las leyes Núms. 23962 y 24435. El art. 1° autoriza la emisión de obligaciones negociables en serie, a las sociedades anónimas, en comandita por acciones, cooperativas y asociaciones civiles.

La emisión de obligaciones negociables puede realizarse con garantía flotante, común o especial, a cuyo respecto remite a la regulación que la ley de sociedades comerciales dispone en sus arts. 327 a 333 para emisión de *debentures*.

A los fines de esta ponencia, cabe destacar que la emisión de *debentures* con garantía especial afecta a su pago bienes determinados de la sociedad, susceptibles de hipoteca. La garantía especial debe especificarse en el acta de emisión con todos los requisitos exigidos para la constitución de la hipoteca y se tomará razón de ella en el registro correspondiente. Le son aplicables todas las disposiciones que se refieren a la hipoteca, con la excepción de que esta garantía puede constituirse por el término de cuarenta años y su inscripción sobre efectos por igual término (art. 333 ley 19550).

Tratándose de garantía flotante, la sociedad emisora no queda inhibida para la administración ordinaria de los bienes que la garantía comprende, pero le está prohibido vender la totalidad de su activo o una parte de él que imposibilite la continuación del giro de sus negocios; asimismo, no podrá fusionarse o escindirse con otra sociedad sin autorización de la asamblea de *debenturistas* (art. 330 ley 19550).

Finalmente, la sociedad que resuelva emitir *debentures* debe celebrar con un banco, un fideicomiso –que se debe otorgar en instrumento público e inscribirse en el Registro Público de Comercio– por el que la entidad financiera tome a su cargo la gestión de las suscripciones, el contralor de las integraciones, su depósito, la representación “necesaria” de los futuros *debenturistas* y la defensa conjunta de sus derechos e intereses, vigente el empréstito (conf. art. 338).

#### IV. Nuevas figuras. Garantías autoliquidables

Por la ley 24441, modificada luego por la ley la ley 25248, se incorporan al ordenamiento legal argentino, entre otras modificaciones, el fideicomiso y el *leasing*. Ambas figuras, de reconocida utilidad, representan en su estructura y funcionamiento modalidades contractuales con finalidad de garantía.

Tanto el **fideicomiso**, por el que se transmite la propiedad fiduciaria de ciertos bienes sobre los que se constituye un patrimonio de afectación en función del contrato, es decir, por el plazo o condición al cual se sometió, como el *leasing* (sea en su modalidad financiera u operativa), contrato que hace permanecer el bien dado en *leasing* en la titularidad del dador hasta que el tomador haya cumplido con el pago del precio del bien y permite al tomador tener la expectativa, como opción irrevocable, de adquirir el dominio del bien objeto del contrato, **representan en sí figuras que procuran la disminución de riesgos propios en la contratación, pues su regulación conforma un sistema de seguridades que se corresponde con la noción de garantía comprendida en su acepción amplia.**

De ellos, sin perjuicio de su profundización en trabajos que integran esta presentación, ahondaremos su utilización cuando su funcionalidad está orientada directa y exclusivamente a garantizar el cumplimiento de prestaciones.

#### Fideicomiso de garantía

El contrato de fideicomiso, conforme se regula en la ley 24441, importa una figura con finalidad múltiple o, como se ha sostenido, un negocio con causa final proteiforme, pues si bien ordinariamente se lo prevé con una finalidad de administración, la ley no impide ni prohíbe que éste sea utilizado con una finalidad de garantía, la que podrá estar combinada, a su vez, con un negocio de gestión patrimonial y administración de los bienes fideicomitados.

“El Fideicomiso como contrato, constituye un negocio jurídico generador de múltiples relaciones, por el cual una parte (identificada en la ley como Fiduciante) se obliga a transferir el dominio o la propiedad Fiduciaria de cosas o bienes determinados a otra parte (identificada como Fiduciario), para que lo ejerza hasta el cumplimiento de un plazo o una condición, en beneficio de uno o varios terceros, (llamados, en el idioma de la ley, Beneficiarios) designados por el Fiduciante, con la obligación de retransmitirlo como dominio o propiedad plena y perfecta, una vez ocurrido el hecho resolutorio, a favor de quien se haya designado como titular definitivo de la propiedad o dominio de

las cosas o bienes. Lejos de una definición, lo expuesto es una síntesis del funcionamiento del negocio.

“Es importante para la comprensión de la figura, distinguir las diferentes relaciones que pueden presentarse: El Fideicomiso es un acto jurídico bilateral, un contrato (el Pacto de Fiducia), que a su vez generará un efecto en el campo de los derechos reales (transmisión de la propiedad fiduciaria). Y que además, en el campo obligacional, puede generar créditos y derechos con relación a determinados terceros (interesados), que deberán aceptar las estipulaciones contenidas en su favor. Pero es menester distinguir claramente el Negocio Fiduciario del Contrato de Fideicomiso y ambos de la transmisión de propiedad o dominio Fiduciario. Entender esta diferencia sirve para la determinación de los efectos y formalidades propias de cada tramo de este negocio, así como para aclarar las cuestiones referidas a la forma (como un modo de ser o de valer) y la registración. Cuando el pacto de Fiducia tiene por causa fin, garantizar el cumplimiento de una obligación, (fideicomiso de garantía) esta realidad jurídica no altera la naturaleza jurídica propia del contrato, no lo transforma en un contrato real, y mucho menos, lo desplaza al campo de los derechos reales; tampoco le son aplicables por su finalidad de garantía las restricciones, principios y caracteres propios de los derechos reales de garantía y si bien comparte con ellos la finalidad, en modo alguno debe quedar limitado y restringido por aplicación de normas de orden público, abundantes en materia de derechos reales. Cada parte, cada tramo y cada efecto de este negocio complejo seguirán detentando su propia naturaleza y con una visión integral del sistema normativo, a cada una se aplicarán los principios generales que correspondan.

“El fideicomiso de garantía es una especie del género ‘contrato de fideicomiso’. En este supuesto el fiduciante será el deudor de una obligación o un tercero propietario de los bienes a fideicomitir, que podrá o no asumir el carácter de fiador o avalista; el o los acreedores asumirán el carácter de beneficiarios; el fiduciario adquirirá el dominio de los bienes y lo ejercerá con la **finalidad primaria** de garantizar el cumplimiento de la obligación y la **finalidad secundaria** de realizar los bienes para satisfacer dichos créditos, dado el supuesto de incumplimiento del deudor, mediante el procedimiento de realización de los bienes previsto en el contrato. La finalidad de garantía y pago podrá combinarse además con una **tercera**: La de **administración** del patrimonio fiduciario, que en este caso podrá prever la producción de una renta que se aplique a la cancelación del crédito garantizado”.

Conforme planteamos nuestra opinión en el punto II de esta presentación, consideramos que el contrato de fideicomiso de garantía no constituye un nuevo derecho real, sino que es un negocio jurídico complejo. El derecho real que nace de este contrato es el dominio fiduciario y no un nuevo derecho real de garantía.

“Si bien no surge de la ley 24441 en forma expresa la prohibición para el fiduciario de ser además beneficiario del negocio (cuando sí se ha legislado la prohibición de ser fideicomisario); y a pesar de que el Proyecto de Unificación

de la Legislación Civil y Comercial de la Comisión, decreto 685/95 en su artículo 1466 lo autoriza expresamente para el caso de las entidades financieras, sería conveniente, para lograr transparencia en el uso de la figura y con el objeto de evitar abusos por parte de los acreedores, *que el mismo sujeto no asuma el doble carácter de Fiduciario y Beneficiario*. El equilibrio aconsejable en la celebración de los contratos podrá verse comprometido en los casos de asunción del doble carácter, siendo preferible incentivar la correcta utilización de esta herramienta de crédito, separando los roles de cada sujeto interviniente en el contrato como medio de garantizar la imparcialidad del fiduciario. En este sentido, las normas dictadas por la Comisión Nacional de Valores vedan la posibilidad de que el mismo sujeto desempeñe ambos roles.

“Las partes tienen plena libertad para determinar el procedimiento de realización de los bienes, atendiendo a la naturaleza de los mismos. Resulta plenamente aplicable a este supuesto la prohibición de la ley 24441 en su artículo 7, que veda al fiduciario la posibilidad de adquirir para sí los bienes fideicomitidos. Si el beneficiario (no fiduciario) acude a la compensación y adquiere los bienes para cancelar la deuda garantizada, deberán aplicarse a este título de adquisición las normas de la dación en pago. Se recomienda establecer claramente en el contrato de fideicomiso un procedimiento de realización de los bienes que asegure al deudor, tanto su derecho de defensa, como la conservación del valor de los bienes transmitidos con la finalidad de garantía, a la vez que asegure al beneficiario el cobro de su crédito en forma rápida y extrajudicial. En tal sentido su utilización no constituye una violación a la garantía constitucional del debido proceso, ni al *Numerus Clausus* propio de los derechos reales, ni a la prohibición del pacto comisorio.

“El contrato de fideicomiso de garantía podrá tener uno o más acreedores como beneficiarios; éstos podrán gozar de la garantía en forma conjunta, alternada, consecutiva o sucesiva; o funcionar rotativamente. Los créditos garantizados podrán ser previos a la celebración del contrato, simultáneos o posteriores y la garantía ofrecida y prestada podrá o no dar preferencia al pago del crédito de algún beneficiario, siempre sin perjuicio de los derechos de los acreedores garantizados en primer término, quienes a su vez podrán ceder su prioridad a otros beneficiarios. El funcionamiento del fideicomiso de garantía estará determinado conforme a lo establecido en sus cláusulas, con relación a la entrada y salida de los beneficiarios y las prioridades que a cada uno de ellos se concedan. Este funcionamiento no implica el establecimiento convencional de privilegios.

“Todas las transmisiones de dominio de los bienes, sean fiduciarias o plenas, deberán otorgarse respetando la forma que la ley establece para cada caso, de acuerdo a la naturaleza de los bienes que componen el patrimonio fiduciario. En el caso de inmuebles será menester el título suficiente, (escritura pública) sumado al modo (que podrá cumplirse mediante *constituto posesorio*) y la inscripción registral para su oponibilidad”.

### Lease back

Desde una perspectiva puramente económica, a diferencia de lo que ocurre con el *leasing*, empleado en general como modalidad contractual mediante la cual se satisface de manera segura para ambas partes el aprovechamiento y explotación de bienes de uso, en el *lease back*, no se trata de ampliar la producción directa o indirectamente con nuevos activos, sino que se procura cubrir las necesidades financieras de la empresa. Verdaderamente se trata de un contrato de crédito.

En el contrato de *Sale & Lease back* intervienen dos partes: una de ellas, el dador, quien –con el fin de obtener una ganancia financiera– adquiere de la otra parte, el tomador, un activo perteneciente a este último, por un precio determinado, pero conservando el tomador la tenencia y aprovechamiento del mismo, contra el pago de un canon, con la opción irrevocable de readquirir dicho activo en un determinado plazo, y obviamente, contra el pago de un precio.

Mediante esta modalidad, el tomador se hace de un flujo de fondos para su giro comercial, transfiriendo al suministrador de los fondos la propiedad de un bien integrante de su activo, pero sin desprenderse de su tenencia, uso y aprovechamiento.

Si bien hasta la sanción de la ley 25248 esta modalidad de contratación no era aceptada pacíficamente por la doctrina, hoy parecen no existir objeciones a la que resulta ser una nueva e ingeniosa forma de otorgamiento de garantía, admitida en la legislación argentina.

Como figura de garantía, es extremadamente sólida y práctica ya que en caso de producirse el incumplimiento del tomador en el pago del canon debido por el *leasing*, ello habilita al dador a resolver el contrato por incumplimiento, y consecuentemente consolida la propiedad definitiva sobre el bien, pudiendo disponer libremente del mismo.

### Garantías autoliquidables

Brevemente descriptos el *Lease back* y el fideicomiso de garantía, afirmamos que estas nuevas figuras son expresión de la tendencia actual, al momento de estructurar las relaciones patrimoniales y optimizar la vida cotidiana de los negocios, orientada por la búsqueda e implementación de medios ágiles para obtener financiación, con menores costos, mayor celeridad en el cobro ante un eventual incumplimiento y, en definitiva, un mejor aprovechamiento de los recursos.

Entre esos factores de la realidad que orientan la contratación moderna, se reconoce una tendencia general a resolver de una manera efectiva y ágil los eventuales conflictos de los contratantes, admitiéndose como válido que no siempre la actuación judicial se presenta como un mecanismo eficaz para ello.

Así, la habitual incorporación a los contratos de cláusulas de arbitraje o mediación, como medios alternativos de solución, tendientes a evitar una instancia jurisdiccional, el propio reconocimiento dispuesto por el ordenamiento legal, que procura mayor celeridad procesal y menores costos mediante

procesos especiales, tales como el previsto para la ejecución hipotecaria, donde se limita al máximo la intervención judicial, dan acabada muestra de ello.

Esto resulta especialmente útil y ventajoso para el otorgamiento de créditos en un contexto socio-económico signado por una crisis recurrente, que ha motivado, desde hace ya muchos años, la proliferación de situaciones de insolvencia que se traducen –más tarde o más temprano– en procesos de concurso preventivo y/o quiebra de los deudores, en cuyo contexto aun la ejecución de garantías reales se torna lento, oneroso y de resultados relativamente inciertos, toda vez que la apertura del proceso concursal genera, entre otras consecuencias: a) las garantías reales sólo podrán ejecutarse una vez presentado el pedido de verificación de crédito ante el síndico concursal (art. 21, inc. 2 L. C. Q.); b) los trámites de subasta en curso, así como las medidas cautelares que impidan el uso del bien por el deudor en estado de insolvencia podrán ser suspendidos por el juez del concurso por un plazo de hasta 90 días (art. 24 L. C. Q.); c) la quiebra genera fuero de atracción respecto de los procesos de ejecución de garantías reales (art. 132 L. C. Q.), y la inaplicabilidad de las cláusulas de compromiso arbitral (art. 134 L. C. Q.) con las consiguientes demoras, trastornos y mayores costos a cargo del acreedor; d) el privilegio se extiende a los intereses sólo por el período de dos años contados a partir de la mora (art. 242, inc. 1º); y e) antes de abonar los créditos privilegiados, el síndico deberá reservar de los fondos obtenidos de la ejecución de los bienes objeto de la garantía, importe suficiente para afrontar los gastos de “conservación, custodia, administración y realización”, así como una proporción de los gastos y honorarios de los funcionarios del concurso (art. 244 L. C. Q.).

En este marco, y con esas aspiraciones, se han desarrollado las llamadas *garantías autoliquidables*. Se trata de ciertas figuras o negocios con fines de garantía, acompañados generalmente del desplazamiento del bien afectado a la garantía, en los que: a) la realización de la cosa y su aplicación al crédito garantizado se efectúa en forma extrajudicial y por un procedimiento que asegure su liquidación inmediata, o b) alternativamente, se permite una estimación del valor de la cosa, según un precio objetivo de mercado y su adjudicación automática al acreedor o a un tercero por ese precio.

En nuestra legislación, al igual que la mayor parte de las legislaciones, se prohíbe toda cláusula que permita al acreedor la apropiación o adjudicación por su propia voluntad de la cosa afectada a la garantía. Una cláusula que refiera tal facultad, a la que se denomina pacto comisorio, está viciada de nulidad absoluta.

Sin embargo, se debate si tal pacto es prohibido sólo cuando es contemporáneo con el contrato de constitución de la garantía, o tal prohibición se mantiene con posterioridad. Se discurre también acerca de la posibilidad de pactar sobre alguna forma de disposición –“*pactos sobre venta*”– de la cosa afectada a la garantía, y la de, con posterioridad al vencimiento, admitir –sea en forma judicial o extrajudicial– la adjudicación de la cosa al acreedor, tal como lo receptan algunas legislaciones. Este tema es analizado profundamente en diversos trabajos que integran esta ponencia.

Destacamos como ejemplos de garantías autoliquidables en nuestro ordenamiento, entre otras además del *Lease back* y el fideicomiso de garantía, las siguientes: en los contratos bancarios de mutuo, la caución de títulos o de otros bienes; el mandato con fin de garantía mediante el cual un cliente, con el fin de garantizar al banco, le otorga un mandato para el cobro de ciertos créditos actuales o futuros; las leyes que regulan los *warrants* admiten la venta extrajudicial de la mercadería, en caso de no cumplimiento de la obligación garantizada; en el mercado bursátil, el Reglamento Operativo del Mercado de Valores de Bs. As. establece las operaciones de pase y caución bursátil.

Coincidiendo con lo sostenido por destacada doctrina, y con especial referencia a las garantías reales mobiliarias, consideramos necesario que el ordenamiento legal se adecue, en su rol tutelar, a las actuales estructuras y procesos económicos y sociales. En tal sentido, no siempre mediando realización judicial de este tipo de garantía se obtiene el mejor valor de los bienes ejecutados; esa intervención no garantiza un precio “de mercado” al momento de su enajenación, produciéndose en general, muy por el contrario, demoras y costos que deprecian el valor de la cosa, y consecuentemente dificultan y encarecen el otorgamiento de crédito.

La existencia de instrumentos y mecanismos en la vida económica moderna, que otorgan transparencia y mejoran el aprovechamiento de los recursos, determinan la posibilidad de lograr mediante pautas claras, un marco legal para la resolución de conflictos que incluya diversos modos de acordar, de manera “objetiva”, la realización de bienes de forma que se aseguren sus valores y precios, todo ello, además, bajo un control disciplinario de los profesionales que intervienen en la concreción de tales procedimientos.

Por todo ello, propugnamos *de lege ferenda* admitir como principio básico y común a las garantías reales mobiliarias que las partes puedan pactar “un modo especial de enajenación” de la cosa afectada a la garantía, si del contrato surgen pautas claras para la determinación del valor de venta con referencia a su cotización en bolsas y mercados públicos, o bien, siempre que se pueda determinar por un precio cierto de referencia, o por una persona elegida de antemano, tal como el ordenamiento vigente permite expresamente en materia de compraventa (art. 1349 C.Civil) o por el que indicare una entidad vinculada al ramo, o alguna otra forma de determinación del valor de venta, segura y comprobable por el deudor. Las cláusulas así pactadas deberán ser debidamente publicitadas en la documentación mediante la cual se cumpla el registro de la garantía.

Se argumenta, y reconocemos incluso cierta “irritación” jurisprudencial, frente a posibles abusos a que dan lugar las garantías autoliquidables, en especial a la imposibilidad del deudor de plantear defensas u oponer excepciones, falta de notificaciones, plazos, etc. Consideramos justamente que estos aspectos, entre otros, son los que la legislación debe tener en cuenta como posibles defensas a preservar como irrenunciables, en favor del deudor. A su vez, ellos imponen a los notarios el desempeñar un rol fundamental al momento de re-

dactar las cláusulas que regulen estas garantías, buscando un adecuado equilibrio, que permitan una clara y precisa hermenéutica del contrato.

#### V. Intervención del notario

En el desarrollo de esta ponencia hemos referido las formalidades que deben cumplir las partes, para considerar válidamente constituidas las distintas garantías y su oponibilidad a terceros, según el caso.

Más allá de la premisa genéricamente normada por el art. 1184 del Código Civil, de la que se desprende que toda figura de garantía que importe la constitución, modificación, transferencia y luego extinción de un derecho real sobre inmueble, debe ser otorgada en escritura pública, nos parece fundamental no limitar el enfoque de la intervención notarial a su faz instrumental.

Si analizáramos nuestra participación exclusivamente en lo relacionado con la instrumentación de las distintas garantías presentadas, fácil es imaginar que teniendo en cuenta la velocidad en los cambios que en estos aspectos se están sucediendo, dados los avances en tecnología, la contratación electrónica, firma digital, etc., nuestra profesión tendería a desaparecer. Sin embargo, se percibe desde distintos sectores de la sociedad la búsqueda del notario, no como un mero “instrumentador”, sino por el contrario, como profesional del derecho, consultor y asesor de las partes.

Por tal enfoque, nos debemos hacia nuestros requirentes y a la comunidad en general, para aportar, además de la actividad fedante que conlleva la labor documentadora, la ineludible tarea de asesoramiento que brinde eficacia y legalidad a los intereses y acuerdos logrados.

Nos parecen, en tal sentido, destacables por su actualidad y aplicación, varias de las conclusiones a las que se arribara en el XXI Congreso de la Unión Internacional del Notariado Latino, Berlín 1995, y que se incorporan como conclusiones de esta presentación.

#### Conclusiones

Del desarrollo que hemos realizado, junto a los demás aportes contenidos en los trabajos que acompañan esta ponencia, entendemos que:

1) El ordenamiento privado argentino otorga diversos medios de protección al crédito, tendientes a acrecentar la seguridad de que la prestación debida por el deudor será cumplida. Éstos son, entre otros, las garantías de evicción y redhibitoria, las acciones posesorias, las acciones reales, las acciones: revocatoria, de subrogación y simulación, el derecho de retención, los privilegios, la *exceptio non adimpleti contractus*, la fianza, la cláusula penal y los derechos reales de garantía.

2) La evicción, elemento natural en los contratos onerosos, constituye una garantía si ella se pacta expresamente en las donaciones, en especial, en la de inmuebles. La utilización de la garantía de evicción dependerá de los intereses económicos que vinculen a las partes.

3) En el ámbito de los derechos creditorios, estaremos en presencia de una ga-

rantía o de una figura con finalidad de garantía, cuando por ella se procure asegurar un crédito, el goce de un derecho, o el cumplimiento de una obligación.

4) En un sentido estricto o en su acepción más restringida con miras a lograr un encuadre del concepto, se sostiene que la “garantía” se presenta como una nueva potestad o facultad que podrá ser personal (obligación) o real, concomitante a una relación obligacional preexistente, existente o futura, tendiente a reforzar al acreedor la seguridad de que ha de ver realizado su derecho.

5) Las garantías procuran brindar eficacia a los derechos y efectividad a la responsabilidad del deudor a la vez que conforman una importante solución económica en el desarrollo de las relaciones patrimoniales.

6) La autonomía de la voluntad ha permitido la creación de figuras novedosas de garantía, que han avanzado sobre las tradicionales formas de garantías, concretando lo que se ha dado en llamar, un “nuevo derecho de garantías”.

7) En el marco de la autonomía de la voluntad, consideramos que no toda garantía real, es decir aquella que otorga al acreedor la facultad de satisfacer su acreencia mediante la realización de una cosa especialmente afectada, importe necesariamente la creación o constitución de un nuevo derecho real.

8) Las cláusulas y condiciones libremente pactadas por las partes, en tanto no colisionen con la estructura de orden público impuesta por los derechos reales, son “la ley” a la cual los contratantes se someten para regular la garantía, y por lo tanto el modo en que se hará efectiva la responsabilidad del deudor por la prestación debida.

9) Las cláusulas dispuestas por los contratantes no deben excluir la normativa de orden público que las partes deben respetar, conforme la garantía escogida (ej.: rendición de cuentas anual en el fideicomiso en garantía).

10) En el marco de una noción amplia de garantía, reconociendo que los criterios tradicionales sostenidos para la clasificación de las garantías hoy están siendo superados por la creación de nuevas figuras complejas, tales como el fideicomiso, o por el desarrollo de procesos que conforman en sí mismos sistemas de disminución de riesgos, tales como procesos de securitización de carteras de activos susceptibles de generar flujos de ingresos seguros, consideramos que en el futuro deberemos adecuar tales criterios de clasificación de las garantías a las nuevas modalidades de contratación, de modo que resulten útiles tanto para la docencia como para la reglamentación de su funcionamiento.

11) Siguiendo los lineamientos de proyectos legislativos de modificación de la legislación civil y comercial, proponemos se incorpore al ordenamiento argentino la regulación básica de figuras como las cartas de recomendación y patrocinio, las llamadas garantías unilaterales o garantías abstractas, o a primera demanda, procurando especialmente que su regulación sea compatible con las convenciones internacionales propuestas en esa materia.

12) Consideramos conveniente establecer principios y disposiciones aplicables a las garantías reales en general, tal como lo propone el Proyecto de Unificación del año 1998; en ese sentido destacamos como conveniente la definición amplia y única que brinda el art. 2088 del cuerpo proyectado, al defi-

nir a los derechos reales de garantía como “los que sólo pueden constituirse por contrato formal, en seguridad de créditos, y que además de las facultades propias de los derechos reales, otorgan las de realizar los bienes y de percibir los créditos sobre su producido”.

13) Son principios comunes a todos los derechos reales de garantía, los siguientes: a) *accesoriedad*, cualquier obligación y crédito puede ser garantizado, aunque sea eventual. Se extingue con el crédito y no es transmisible, independientemente de éste. b) *Convencionalidad*, en nuestro ordenamiento, la hipoteca, prenda y anticresis, son de origen convencional. No recepta hipotecas legales, forzosas o impuestas por el juez. c) *Publicidad*, a efectos de su oponibilidad a terceros. d) *Especialidad* en cuanto al objeto y al crédito. Al respecto propugnamos, a fin de superar una larga cuestión en nuestra doctrina, admitir la garantía de máximo mediante la cual se cumplimenta el principio de especialidad en cuanto al crédito, consignando el monto máximo garantizado global, es decir, por todo concepto y un plazo máximo (en la propuesta de modificación del Código Civil, se establece en diez años). De esta forma se pueden garantizar créditos indeterminados, cuya causa exista al tiempo de su constitución o se manifieste posteriormente. Son ejemplos de ellos, las garantías reales que se otorgan en la futura emisión de obligaciones negociables, o de los títulos de deuda, o certificados de participación de fideicomisos financieros, en donde la garantía se constituye en base a obligaciones futuras (emisión de obligaciones, títulos o certificados) y eventuales (asegurando el pago en tiempo y forma de los mismos). e) *Indivisibilidad*, es decir, cada uno de los bienes y cada parte de ellos está afectado a la garantía y el acreedor está facultado para perseguir todos o algunos de los bienes afectados, incluso con prescindencia de la persona a quien pertenezca o a la existencia de otras garantías. Dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad, sin que ello afecte este principio, los contratantes pueden convencionalmente acordar la división de la garantía. También el juez puede disponer de ello, si no causa perjuicio al acreedor. f) *Preferencia convencional*, se admite la modificación convencional de la preferencia, alterando la prioridad entre dos o más acreedores de una garantía real, en el cobro de su crédito, sin que ello importe violentar los privilegios legalmente otorgados por los derechos reales de garantía.

14) Asimismo, siguiendo los lineamientos del mismo Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de 1998, proponemos se incorpore al ordenamiento argentino la regulación de la figura de “Indisponibilidad Voluntaria” como nuevo derecho real de garantía, tal como se ha propiciado en Jornadas nacionales, figura que hoy carece en el ordenamiento argentino de sustento legal y consecuente impotencia operativa.

15) *De lege ferenda*, proponemos admitir como principio básico y común a las garantías reales mobiliarias, que las partes puedan pactar “un modo especial de enajenación” de la cosa afectada a la garantía, si del contrato surgen pautas claras para la determinación del valor de venta con referencia a su cotización en bolsas y mercados públicos, o bien, siempre que se pueda determinar por un precio cierto de referencia, o por una persona elegida de antema-

no, o por el que indicare una entidad vinculada al ramo, o alguna otra forma de determinación del valor de venta, segura y comprobable por el deudor. Las cláusulas así pactadas deberán ser debidamente publicitadas en la documentación mediante la cual se cumpla el registro de la garantía.

16) El contrato de fideicomiso, conforme se regula en la ley 24441, importa una figura con finalidad múltiple o, como se ha sostenido, un negocio con causa final proteiforme, pues la ley no impide ni prohíbe que éste sea utilizado con una finalidad de garantía.

17) El fideicomiso de garantía es una especie del género “contrato de fideicomiso”. En este supuesto el fiduciante será el deudor de una obligación o un tercero propietario de los bienes a fideicomitir, que podrá o no asumir el carácter de fiador o avalista; el o los acreedores asumirán el carácter de beneficiarios; el fiduciario adquirirá el dominio de los bienes y lo ejercerá con la finalidad primaria de garantizar el cumplimiento de la obligación y la finalidad secundaria de realizar los bienes para satisfacer dichos créditos, dado el supuesto de incumplimiento del deudor, mediante el procedimiento de realización de los bienes previsto en el contrato. La finalidad de garantía y pago podrá combinarse además con una tercera: la de administración del patrimonio fiduciario, que en este caso podrá prever la producción de una renta que se aplique a la cancelación del crédito garantizado.

18) El contrato de fideicomiso de garantía no constituye un nuevo derecho real, sino que es un negocio jurídico complejo. El derecho real que nace de este contrato es el dominio fiduciario y no un nuevo derecho real de garantía.

19) Si bien no surge de la ley 24441 en forma expresa la prohibición para el fiduciario de ser además beneficiario del negocio (cuando sí se ha legislado la prohibición de ser fideicomisario), y a pesar de que el Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Comisión decreto 685/95 en su artículo 1466 lo autoriza expresamente para el caso de las entidades financieras, se estima conveniente, para lograr transparencia en el uso de la figura y con el objeto de evitar abusos por parte de los acreedores, que el mismo sujeto no asuma el doble carácter de fiduciario y beneficiario. El equilibrio aconsejable en la celebración de los contratos podrá verse comprometido en los casos de asunción del doble carácter, siendo preferible incentivar la correcta utilización de esta herramienta de crédito, separando los roles de cada sujeto interviniente en el contrato como medio de garantizar la imparcialidad del fiduciario. En este sentido, las normas dictadas por la Comisión Nacional de Valores vedan la posibilidad de que el mismo sujeto desempeñe ambos roles.

20) El contrato de fideicomiso de garantía podrá tener uno o más acreedores como beneficiarios; éstos podrán gozar de la garantía en forma conjunta, alternada, consecutiva o sucesiva; o funcionar rotativamente. Los créditos garantizados podrán ser previos a la celebración del contrato, simultáneos o posteriores y la garantía ofrecida y prestada podrá o no dar preferencia al pago del crédito de algún beneficiario, siempre sin perjuicio de los derechos de los acreedores garantizados en primer término, quienes a su vez podrán ceder

su prioridad a otros beneficiarios. El funcionamiento del fideicomiso de garantía estará determinado conforme a lo establecido en sus cláusulas, con relación a la entrada y salida de los beneficiarios y las prioridades que a cada uno de ellos se concedan. Este funcionamiento no implica el establecimiento convencional de privilegios.

21) Todas las transmisiones de dominio de los bienes, sean fiduciarias o plenas, deberán otorgarse respetando la forma que la ley establece para cada caso, de acuerdo con la naturaleza de los bienes que componen el patrimonio fiduciario. En el caso de inmuebles será menester el título suficiente (escritura pública) sumado al modo (que podrá cumplirse mediante *constituto posesorio*) y la inscripción registral para su oponibilidad.

22) En el Fideicomiso de Garantía, las partes tienen plena libertad para determinar el procedimiento de realización de los bienes, atendiendo a la naturaleza de los mismos. Resulta plenamente aplicable a este supuesto la prohibición de la ley 24441 en su artículo 7, que veda al fiduciario la posibilidad de adquirir para sí los bienes fideicomitados. Si el beneficiario (no fiduciario) acude a la compensación y adquiere los bienes para cancelar la deuda garantizada, deberán aplicarse a este título de adquisición las normas de la dación en pago. Se recomienda establecer claramente en el contrato de fideicomiso un procedimiento de realización de los bienes que asegure al deudor tanto su derecho de defensa como la conservación del valor de los bienes transmitidos con la finalidad de garantía, a la vez que asegure al beneficiario el cobro de su crédito en una forma rápida y extrajudicial. En tal sentido, su utilización no constituye una violación a la garantía constitucional del debido proceso, ni al *Numerus Clausus* propio de los derechos reales, ni a la prohibición del pacto comisorio.

23) La ley 25248 incorpora el *Lease-back* como una institución con finalidad de garantía.

24) La condición de garantías autoliquidables que ostentan el Fideicomiso de Garantía y el *Lease back*, en ningún caso configura un supuesto de pacto comisorio prohibido por el art. 3222 y concordantes del Código Civil, ni vulneran la garantía constitucional del debido proceso.

25) No vulnera la prohibición del pacto comisorio dispuesta por el art. 36 de la Ley de Prenda con Registro (ley 15348/46 ratificado por la ley 12962, en su redacción actual, t. o. 1995, dec. 897/95 y modificación de ley 21412), la convención otorgada entre acreedor y deudor, con posterioridad a la constitución de la garantía o vencido el plazo de vigencia de la obligación, resolviendo la adjudicación en pago al acreedor de la cosa afectada a la garantía.

26) Respecto a las garantías en el Derecho de superficie forestal, coincidiendo con las conclusiones a las que se arribó en las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil –Rosario 2003–, la hipoteca es la garantía que más se adapta a la naturaleza del Derecho real de superficie forestal.

27) La superficie forestal, existan o no plantaciones, puede ser objeto de hipoteca, la que sólo se extingue por pago de la obligación a la cual accede o ven-

cimiento del plazo convencional o legal del Derecho real de superficie forestal.

28) El Derecho real de superficie forestal podría quedar incluido dentro de los bienes que van a constituir la garantía para el acreedor financiero en el *Lease back*.

29) Para afectar acciones de sociedades en garantía de cumplimiento de obligaciones, se privilegia la figura del fideicomiso como modalidad contractual efectiva por la conformación de un patrimonio de afectación, por permitir regular con mayor flexibilidad los derechos económicos y políticos inherentes a la calidad de socio, que se transmite al fiduciario, y por su autoliquididad.

30) En cuanto a las garantías vinculadas a la actividad pesquera, se recomienda, como propuesta *de lege ferenda*, la posibilidad de que sobre las “Cuotas de Captura” asignadas a los “Permisos de Pesca” puedan realizarse operaciones económicas y, en tal sentido, otorgarse garantías.

31) Dado que se trata de recursos de dominio del Estado y es éste quien permite la explotación de los recursos vivos del mar por terceros, las operaciones de garantía que otorguen los terceros recaerán sobre los derechos a la explotación, autorizada a través de los permisos de pesca y las correspondientes cuotas de captura, y no sobre la propiedad de los recursos que siempre pertenecen al Estado.

32) En tal sentido corresponderá, dado el carácter de concesión restrictiva que importa un permiso de pesca, la conformidad del Estado para que el titular del permiso otorgue garantías sobre las cuotas de captura del permiso, asimismo sobre el beneficiario acreedor de esa garantía y condiciones de ejecución de ella.

33) Vinculado con esta propuesta, será de necesaria creación el Registro de Pesca y Cuotas de Captura, en el que se asentarán tales permisos y sus correspondientes cuotas, su vigencia y limitaciones, las medidas cautelares y garantías que los afecten, su extinción y resultado en caso de ejecución.

34) Dada la importancia que revisten los recursos pesqueros, el interés público comprometido por su dominio y jurisdicción, en resguardo de la seguridad jurídica, las operaciones que se garanticen con cuotas de captura de los permisos de pesca deberán ser instrumentadas en escritura pública.

35) En el ámbito internacional, resulta de fundamental trascendencia la labor de los foros de codificación universales y regionales, tendientes a lograr reglas uniformes sobre garantías mobiliarias internacionales.

36) Procurar uniformidad de reglas aplicables a las garantías mobiliarias internacionales requerirá adecuación sustancial de las legislaciones de los Estados, generalizando el sistema de inscripción como recaudo de oponibilidad a terceros.

37) En cuanto a la ley aplicable, se propone como más adecuado el sistema por el cual se aplica la ley que presente vínculos más estrechos con la garantía mobiliaria internacional. En esta tarea, resulta relevante la intervención del juez, ya que la elección de la ley aplicable estará en su decisión.

38) En cuanto a la jurisdicción aplicable, el derecho convencional interna-

cional en general no establece normas al respecto, en virtud de lo cual debe suplirse ello por las reglas generales en materia de jurisdicción. Sin embargo, resulta recomendable la propuesta de la Ley Modelo de Garantías Mobiliarias (CIDIP IV), de someter a arbitraje toda controversia que pueda suscitarse al respecto.

39) Se recomienda la creación de un sistema de publicidad o registro para mejorar la información internacional, que brinde mayor seguridad a las operaciones de esta naturaleza. En tal sentido, se destaca la propuesta de la Ley Modelo de Garantías Mobiliarias (CIDIP IV) sobre la creación por parte de cada Estado de un registro único y uniforme de garantías mobiliarias, en el que existirá un folio electrónico ordenado por nombre del deudor.

40) En cuanto a la intervención del notario frente a las diversas figuras de garantía en el ordenamiento legal argentino, ésta es obligatoria en la constitución, transferencia, modificación y extinción de garantías sobre bienes inmuebles.

41) La intervención notarial confiere mayor seguridad a todas las operaciones de garantía, especialmente para las modernas técnicas de garantía, en consideración al deber de asesoramiento que el notario brinda a las partes del acto.

42) Los notarios, como profesionales del derecho, en ejercicio de una función pública que debe ser ejercida con absoluta imparcialidad, están especialmente preparados para cumplir el rol de fiduciario, especialmente en el fideicomiso de garantía.

43) Las operaciones de garantía que se otorguen mediante instrumento público notarial tienen como ventajas las siguientes: a) fecha cierta de la operación, b) identificación precisa de las partes otorgantes, c) análisis notarial de la licitud de la operación, d) revestir el documento la calidad de auténtico y eficaz para fines de publicidad e inscripción en los registros correspondientes, e) ser título eficaz para la ejecución de la garantía.