

**IV JORNADA NOTARIAL MENDOCINA.**

**TEMA II: Visión actual de las garantías dentro del marco de los derechos reales y personales**

**TITULO: GARANTÍAS VARÍAS**

**AUTOR: DANIEL FABIAN RUIZ**  
**Danielruiz78@yahoo.com.ar**

**CATEGORÍA 1**

**Proposición: Práctica y uso de alternativas para coordinar contratos y garantizar obligaciones.**

**Ponencia: Demostrar la evolución de las garantías tradicionales hacia estructuras funcionales de alta eficiencia. El uso de la fianza en el derecho inmobiliario y otras garantías.**

**-Desarrollo.**

La idea es tratar de dar una visión de garantías reales y personales, imaginando un concepto amplio de garantía *real*, semánticamente, como cosa concreta en el horizonte de un acreedor, como solvencia tangible que garantiza el cumplimiento de una obligación; sea como patrimonio del deudor prenda común de los acreedores, con “un patrimonio afectado”, o como patrimonio de un tercero.

Para esto es necesario hacer foco sobre una cosa (*res*), específicamente inmueble, como objeto de interés; estaremos así en lo que se ha denominado “Derecho inmobiliario”, al que necesariamente usaremos para preocuparnos: a) de la validez del contrato; b) de la legitimidad objetiva del sujeto con la cosa; c) de la legitimidad subjetiva de las partes; d) de las garantías reales para el cumplimiento de las obligaciones.

En los contratos, dada la fuerte interrelación personal, ha sido necesario la intervención de mecanismos comunitarios para satisfacer las principales necesidades y cubrir intereses del grupo. Tengamos en cuenta los derechos de los consumidores y la seguridad jurídica, con incidencia del derecho público. La responsabilidad precontractual en los contratos de consumo debe partir de las características de la oferta, basándose fundamentalmente en el deber de información y trato digno y equitativo; quedan excluidos las adquisiciones de inmuebles por consumidores que no sean finales; es decir, destinados a la producción, con fines comerciales (compra venta) o industriales. El proveedor es toda persona que desarrolla de manera profesional bienes y servicios destinados a consumidores o usuario. (Conjuntos inmobiliarios y el derecho del consumidor. Adriana N. Abella)

En el tráfico inmobiliario la interacción de los contratos, las obligaciones y los derechos reales o personales, se presentan en forma continua; pensemos en la típica situación de dos personas interesadas en formalizar la transmisión de dominio de un inmueble; por lo común, primero suscribirán un boleto de compraventa, y posteriormente en cumplimiento del mismo otorgarán la pertinente escritura pública y harán la tradición de la cosa inmueble vendida. Tenemos aquí, que de este contrato surgen obligaciones para ambas partes; para el vendedor la entrega de la cosa y la escrituración; para el comprador el pago del precio y también la escrituración. Observemos que en este esquema sencillo han nacido básicamente tres obligaciones: a) una obligación de dar cosa cierta (tradición); b) una obligación de dar suma de dinero; y una obligación de hacer (la escrituración) que constituye una obligación recíproca.

En vista a la *confección* del contrato, el asesor no solo debe mirar al adquirente de un inmueble, que quizás deba ofrecer garantías para el cumplimiento del pago de precio, sino también al vendedor de un inmueble, que puede ser a futuro, en desarrollo inmobiliario; o un gestor de negocio en participación.

En el primero de estos casos, la primer garantía estará en el patrimonio del vendedor desarrollista; si fuera una persona jurídica, con objeto acorde, en el patrimonio social, sus bienes, su capital suscrito o integrado depende el tipo societario.

Para el caso de un gestor de un negocio en participación, qué garantías puede ofrecer para obtener la confianza de los inversores partícipes del proyecto?

Quizás un derecho real de garantía, quizás un derecho personal que a su vez puede recaer de manera indirecta sobre un derecho real...

Entonces deben aparecer las alternativas...

La ley de prehorizontalidad fue creada para proteger a los compradores de unidades funcionales en construcción “en pozo”; su objetivo principal es evitar abusos o fraudes de constructores o dueños de terrenos que toman dinero adelantado; obligar a respaldar el dinero entregado mediante seguros de caución u otros mecanismos legales para asegurar las obligaciones.

Así brindar transparencia al mercado inmobiliario y equilibrio entre las obligaciones del desarrollador y los derechos del adquirente de inmueble.

Hoy en día existe mucha ofertas para inversión de capital para la construcción de edificios para vivienda o para renta, incluso algunos incluyen administración de alquileres futuros de esas unidades, otro ofrece que desde el efectivo aporte de la inversión se genere como renta el valor de un canon. Casi todas las ofertas consultadas por Internet se enfrasan en fideicomisos, participación de sociedades o *pools*. Ante el requerimiento de información, envían contratos a firmar por lo general de compraventa, la garantía que ofrecen para el cumplimiento de sus obligaciones es muy poca, ni siquiera afectación a prehorizontalidad; todos muy ávidos de capitales.

Ya sabemos que la primer garantía del acreedor es el patrimonio del deudor; la garantía más cercana que se me ocurre viene por lo general de los contratos de locación donde el locador en su oferta exige un “garante con garantía real”; sabemos que esto no apunta a obtener una hipoteca como garantía de las obligaciones del locatario, sino que se interpreta como un fiador, propietario, que se obliga con su patrimonio. Por qué no pedir un fiador en contratos de derecho inmobiliario?

**Fianza:** Conforme artículo 1574, hay contrato de fianza cuando una persona se obliga accesoriamente por otra a satisfacer una prestación para el caso de incumplimiento. Puig Peña hace una aguda crítica de este contrato diciendo que la garantía personal es figura totalmente desacreditada, fomenta en la persona del deudor una situación de apatía e inmoralidad, incitándolo a declarar su irresponsabilidad en perjuicio del fiador. Borda responde que la fianza desempeña un papel económico fundamental como instrumento de crédito; la fianza es un recurso expeditivo, simple y eficaz, que por lo común garantiza satisfactoriamente al acreedor, que se asegurará de la solvencia del fiador.

La fianza es un contrato accesorio; subsidiario (en principio); conmutativo porque las ventajas que se procuran las partes no están sometidas a un álea, se debe según se produzca o no el incumplimiento de la obligación afianzada (Leiva Fernandez) o como estima Lorenzetti que es un contrato condicional pues no resultan afectadas las ventajas y desventajas sino la eficacia de las obligaciones del contrato; unilateral porque solo queda obligado el fiador.

Continúa el art.1574 diciendo “si la deuda afianzada es de entregar cosa cierta, de hacer que solo pueda ser cumplida personalmente por el deudor, o de no hacer, el fiador sólo queda obligado a satisfacer los daños que resulten de la inejecución”; y termina el 1575 diciendo que el fiador puede constituir garantías en seguridad de su fianza (otra fianza, subfianza; cláusula penal; o derechos reales)

### **La accesoriidad de la garantía.**

Los contratos pueden clasificarse por la finalidad económica, ésta manera de clasificar corresponde a la utilidad del contrato como acto jurídico, ello así porque los contratos sirven al intercambio; así tenemos contratos relativos a las cosas: el contrato crea obligaciones pero la obligación puede tener por objeto la entrega de una cosa, para transferir, para asegurar, o para custodia (Contratos civiles y comerciales Garrido Zago)

El Código Civil y Comercial de la Nación nos dice en su artículo 856 que los derechos y obligaciones son accesorios cuando dependen una obligación principal en existencia, régimen jurídico, eficacia y desarrollo funcional, o cuando resulten esenciales para satisfacer el interés del acreedor; el artículo 857 nos dice que la extinción nulidad o ineficacia del principal extingue los derechos y obligaciones accesorios, excepto disposición legal o convencional en contrario. El artículo 1017 inciso c, dice que deben ser otorgados por escritura pública todos los actos que sean accesorios de otros contratos otorgados en escritura pública. **Fianza por escritura pública.**

### **La Causa (finalidad)**

El artículo 1574 referido a la fianza, incorpora el objeto causa fin del contrato al hacer referencia a la satisfacción de la prestación que procura asegurarse. Son aquellos contratos que sirven para asegurar al acreedor el cumplimiento de una obligación, pago con efecto liberatorio. Esto le da al acreedor un mejoramiento de su posición crediticia, un plus; y el deudor acrecienta su confianza en la celebración del contrato.

Los contratos de garantía constituyen uno de los diversos aspectos de la **tutela del derecho de crédito**

El contrato es la causa fuente de efectos obligacionales, y la obligación como relación jurídica otorga al acreedor los medios necesarios para la satisfacción de su derecho subjetivo.

Tipos:

-Garantía personal: Su titular (acreedor) tiene una relación directa con otro sujeto (deudor); si la prestación de esa obligación es de dar cosa (cierta o incierta, fungible o no fungible) la relación con tales cosas es *INDIRECTA*.

Son garantías personales, la fianza, la cláusula de ajuste de precio que funciona como una garantía a favor del vendedor aunque es una cláusula accesorio dentro del contrato de compraventa de acciones; el contrato de depósito también usado en el contrato de locación, y las garantías a primera demanda. El depósito de acciones otorga un derecho personal, porque si bien es un contrato real, no genera un derecho real sobre la cosa sino un conjunto de obligaciones para las partes contratantes. (Seguridad Jurídica Pilar Rodríguez – Acquarone)

-En cambio en el derecho real de garantía el titular tiene una relación directa con la cosa.

-En el caso de Garantía real: el respaldo es un bien específico; lo que no quiere decir que sea lo mismo que el derecho real de garantía. (patrimonio afectado, cosas: determinadas, determinables)

Mediante la garantía real se afecta una cosa señalándola como objeto del ejercicio (futuro y eventual) de la acción ejecutiva, con un vínculo que la liga al acreedor.

Podría sumársele una restricción contractual de indisponibilidad o **inhibición voluntaria**, acto jurídico bilateral y accesorio mediante el cual una persona se obliga ante su acreedor a no enajenar ni gravar un bien determinado hasta cumplir con una obligación. Funciona como una garantía atípica, que nace de la autonomía de la voluntad de las partes; el problema está en la oponibilidad. El artículo 1582 dice que el compromiso de mantener o generar una determinada situación de hecho o de derecho no es considerado fianza pero su incumplimiento genera responsabilidad del obligado. Quizás sea necesario avanzar en la **publicidad de los estados de hecho** de las garantías reales, como mecanismo por el cual una situación fáctica y material, visible en el mundo real, cumple la función de dar a conocer a terceros la existencia de un

derecho sobre un bien; el medio de notificación social por excelencia es la publicidad posesoria, pero no le restemos importancia a la publicidad de la escritura pública.

Entonces a la garantía genérica que corresponde a todo deudor, se agregan garantías específicas como forma de reforzar la responsabilidad patrimonial del deudor.

El principio de que el patrimonio cumple una obligación de garantía es una consecuencia del carácter patrimonial de la obligación. En principio todos los acreedores concurren en igualdad, pero hay algunos que tienen preferencias o privilegios, estos constituyen garantías específicas. Para gran parte de la doctrina las preferencias solo pueden referirse a los bienes que forman el patrimonio del deudor; en cambio los privilegios se refieren a bienes especialmente determinados.

Las garantías específicas o privilegios pueden ser clasificados desde una triple perspectiva:

- a) generales y especiales: según su mayor o menor extensión.
- b) mobiliarios o inmobiliarios.
- c) convencionales, legales o judiciales.

Las garantías pueden verse desde dos ópticas: desde la facultad de ejecución de los bienes ajenos; o desde el aseguramiento del contrato, especificando qué bien se ejecutará y respondiendo con el producido del mismo a esas obligaciones garantizadas.

### **Los patrimonios afectados.**

Un ejemplo que sale del derecho inmobiliario pero que muestra una idea fuerte que es la necesidad de asociación de personas para un fin común, que puede ser de inversión: un fondo común de inversión donde los inversores deben aportar “oro”; ése patrimonio, en cabeza de un administrador, es afectado para la adquisición de derechos deportivos de ciertos jugadores de fútbol; puede haber beneficios mientras dure el plazo, y luego habrán derechos en la liquidación final; es un fideicomiso y la garantía estará en esos jugadores y su futuro vital. Parece que hoy hablar de fondo común de inversión (FCI) es hablar de contratos vigilados por la Bolsa de Valores, entonces podemos hallarlo también como Fondo de Inversión Directa (FID). Creo no obstante, que estaríamos hablando siempre de fideicomiso.

### **“El caso de las Garantías a primera demanda”**

Es una excepción notable a los contratos accesorios de garantía. (1810/1814) Se separa la garantía de la obligación principal creando un título abstracto, desvinculado del contrato base, con lo cual se cubre toda posibilidad de que se frustrare el pago invocando vicios o eventuales incumplimientos de las cláusulas. El garante se obliga a pagar al beneficiario una cierta cantidad de dinero, cuando este notifique a aquel no haber obtenido una determinada prestación o un cierto resultado económico derivado de una relación jurídica con un tercero.

Se refiere a la abstracción con relación a la obligación del garante; cuando el beneficiario reclama el pago de la garantía, el garante no podrá requerir la presentación de documentación probatoria alguna del incumplimiento del principal, simplemente debe pagar.

Es una relación de 3 partes:

- a) Principal u ordenante, el cual por el “contrato base” le es requerida una garantía a primera demanda.
- b) Beneficiario
- c) Garante, quien antes de emitir la garantía habrá de analizar las condiciones y alcances de la obligación que deberá asumir, la solvencia y capacidad de repago de su cliente (el ordenante), regularmente es un banco o una compañía de seguros.

Parece mejorar la posición del acreedor en relación al contrato de fideicomiso. El fiduciario, como tal y hasta el límite del patrimonio separado, contrata con el acreedor, *como garante del deudor* (en el caso, fiduciante); es decir, que este último se obliga con los acreedores que le indicó o indique el fiduciante (deudor) a enajenar o disponer de los bienes fideicomitidos para atender las obligaciones garantizadas, presentes o futuras, respecto del contrato de fideicomiso en caso de que el deudor no las satisfaga. Desde el punto de vista de la obligación, es una garantía personal que asume el fiduciario en la órbita del patrimonio separado. Bien se puede calificar (según el contenido de la convención) como garantía abstracta, a primera demanda o a primer requerimiento. Ello así por cuanto la obligación que adquiere el fiduciario con el acreedor sólo se exige por las reglas que el fiduciario exprese al obligarse con el acreedor, sin consideración de las condiciones de validez o existencia de la obligación

garantizada. A su vez, la obligación que adquiere el fiduciario está enmarcada por las reglas fijadas en el contrato de fideicomiso. La obligación del fiduciario con el acreedor garantizado es autónoma e independiente de la obligación de aquél con el fiduciante. La actuación del fiduciario se origina en la obligación adquirida con el acreedor. Obsérvese que cuando el fiduciario paga la obligación garantizada, no extingue la obligación del deudor garantizado, sino su obligación contractual como garante. Aquella conserva su vigencia a favor del fiduciario por vía de la subrogación. Vale la pena mencionar, por su claridad, la descripción que brinda Manrique Nieto acerca del funcionamiento de un supuesto común del fideicomiso de garantía. Una persona celebra un contrato de mutuo con una entidad financiera y sus obligaciones contractuales de restituir el dinero recibido se documentan en uno o más títulos valores (v.gr., un pagaré) expedidos por esa persona a favor de dicha financiera. De este contrato surge un vínculo jurídico entre las partes acreedora y deudora, que se traduce en una obligación a cargo de esta última: devolver una suma de dinero en una fecha determinada. Por otro lado, la misma persona celebra un contrato de fideicomiso de garantía con un fiduciario, mediante el cual le transfiere la propiedad de uno o más bienes con el fin de que el fiduciario, como tercero diferente del deudor, respalde (garantice) las obligaciones derivadas de aquel contrato de mutuo. Cuando el fiduciario paga, como garante, no hace otra cosa que cumplir con la obligación a que se comprometió para con el acreedor (la entidad financiera), es decir; cumple con una obligación propia (en la esfera del patrimonio separado) y lo hace como tercero respecto de la relación acreedor-deudor en el referido mutuo. Por fin, con ese pago no extingue la obligación incumplida, sino que se subroga e integra como crédito un activo que incorpora al patrimonio separado en reemplazo de los bienes que empleó para pagar la obligación garantizada. Entonces, respecto del fiduciante se producirá la confusión al reunir, este último, la doble calidad de deudor - acreedor del fideicomiso en razón de su doble condición de fiduciante - beneficiario y/o fideicomisario. Según Manrique Nieto es recomendable, entonces, que el acreedor garantizado se vincule al fiduciario y al patrimonio separado, con finalidad de garantía, por obligación adquirida en cumplimiento del contrato de fideicomiso; así tendrá acción directa contra el fiduciario, como tal y hasta el límite del patrimonio separado, a fin de hacer efectiva la garantía en caso de incumplimiento del crédito garantizado, con la ventaja de no ser

parte en el contrato de fideicomiso en calidad de beneficiario. De esta manera, el acreedor no queda sujeto a las contingencias del pacto de fiducia (v.gr., nulidades, acciones revocatorias, etc.) Si hay un remanente le corresponde al fiduciante.

También podríamos trabajar en un **negocio en participación**, ex sociedades en participación (Art. 1448 y sgtes.) donde hay partícipes que aportan o se obligan a aportar, a un gestor, capital para insumos o para un negocio jurídico con un plan de inversión; se forma un fondo común operativo (FCO); podrían traerse las normas de la gestión de negocios ajenos para la separación de patrimonios o para mayor seguridad constituirse como activo del fideicomiso; el gestor puede aportar también maquinarias, know how, inmueble. Las garantías que pueden ofrecer este gestor y los partícipes en el cumplimiento de sus obligaciones pueden ser contratos accesorios como fianza. Dado que la figura se basa en el anonimato frente a terceros el secreto esta en la redacción del contrato privado, para blindar las posiciones internas; auditorias, comité ejecutivo, plazos, seguros, retiros.

Buscamos ante todo, que todas las partes estén confiadas en ese tipo de asociación de personas, conociendo íntegramente los riesgos y beneficios del acuerdo; y que cada deudor garantice de manera real y efectiva los debidos cumplimientos que hacen a la vida del contrato, y que cada acreedor confíe en la solvencia de sus socios para así obtener el cumplimiento del objeto.

Así, podríamos ir acumulando garantías, sumar fiadores, **o constituir derecho real de superficie** sobre un inmueble en construcción o para plantar o forestar en un contrato asociativo.

Otro caso. Se pretende garantizar a inversores con derecho real de superficie forestal. Continuación del ejemplo del Fondo de inversión directa (FID) o negocio en participación; patrimonio afectado conforme contrato a la compra de un inmueble productivo, para la siembra de forestales para madera, sea explotación como venta a granel o en pulgadas presentamos las siguientes posibles garantías *reales*, sólidas:

- 1) Dominio / Condominio / multipropiedad
- 2) Hipoteca inmobiliaria integral ( terreno y plantaciones)

- 3) Prenda sobre los derechos de explotación y madera (sin transmisión de posesión, derecho de preferencia sobre la producción con inventario forestal detallado, fecha de corte / estimación.
- 4) Fideicomiso de garantía y fuente de pago.
- 5) Endoso de pólizas de seguro forestal, beneficiario preferente o primer beneficiario de pérdida.

En suma, todo lo expuesto ha tenido por especial objetivo demostrar la absoluta necesidad que se impone de conocer y manejar coordinadamente los contratos, las obligaciones y los derechos reales, para quienes en nuestra calidad de profesionales del derecho, ejercemos nuestras profesiones o funciones con responsabilidad profesional y/o funcional de permitir que los particulares obtengan una buena conducción de sus negocios jurídicos.

El estudio de los institutos del derecho civil permite evidenciar su impacto en los actos jurídicos a partir de estos ejemplos y del análisis de los institutos que los componen en forma coordinada.

Un conocimiento de las normas jurídicas civiles que con la holgada destreza que se exige es el propósito y desafío con que contamos los operadores del derecho si pretendemos hacer de nuestras profesiones o funciones una aplicación más exacta u coordinada de las normas a los casos concretos que se nos presentan. (Sebastián E. Sabene. Contrato, obligación y derecho real. Estudio de derecho inmobiliario. Editorial Zavalía).-

**-Gracias.**