

REFLEXIONES ACERCA DE LA FLEXIBILIDAD DE LAS GARANTÍAS EN EL ÁMBITO DEL DERECHO PRIVADO PATRIMONIAL

MARÍA FLORENCIA CULASSO, MELINA LLODRÁ FANDOS
Y JULIETA B. TRIVISONNO
UNIVERSIDAD NACIONAL DE ROSARIO

INTRODUCCIÓN

Las expresiones utilizadas en el título de este trabajo obedecen a la finalidad que nos convoca y que consiste en dar cuenta del panorama que, conforme nuestra opinión, se advierte a través de distintas fuentes en materia de garantías en el ámbito del derecho privado patrimonial.

En la actualidad, la protección del crédito va adquiriendo nuevos matices que frente al marco de las garantías típicas tradicionales abren camino a una serie de figuras con caracteres diferentes y más adecuados a la realidad negocial, respondiendo a la necesidad de brindar garantías más ágiles, de escasa formalidad y bajo costo.

Esta flexibilidad se manifiesta impactando, entre otras, en la posibilidad de otorgar garantía no sólo al tiempo de la celebración del contrato sino también durante la etapa de cumplimiento del mismo y, en forma adecuada y proporcional a las circunstancias que lo ocasionan, en el auge de los negocios jurídicos de garantía autónomos, ya sean atípicos o indirectos.

Dentro de este marco, realizamos nuestro análisis tomando como

punto de referencia tres cadenas conceptuales que construimos a partir de las distintas acepciones que presenta en su despliegue en el mundo jurídico la noción de garantía¹.

Ello así, dado que, consideramos que el fenómeno de flexibilidad se presenta en todos sus sentidos y que, existe un punto de contacto entre todos ellos representado por el contrato, sea como fuente de obligaciones, sea como especie de negocio al que las partes otorgan una función de garantía, sea que por su intermedio nazcan derechos subjetivos patrimoniales, personales o reales.

De esta manera, en los puntos siguientes abordaremos nuestras reflexiones analizando en cada uno de ellos, desde una cadena conceptual a la que consideramos representativa de un sentido de la noción de garantía, el panorama actual del fenómeno de flexibilidad.

1. Las nociones jurídicas de “deuda-crédito” – “responsabilidad” – “garantía”, nos sitúan dentro del ámbito de la “tutela del crédito” y nos vinculan con el sentido genérico de la noción, relacionado con el principio del patrimonio del deudor como garantía común de sus acreedores.

Desde este punto de vista, en el despliegue de los efectos de la obligación, los términos responsabilidad y garantía devienen complementarios².

La flexibilidad se presenta en este aspecto relacionada con las razones de índole económica que generan diferentes matices y tendencias en el ámbito jurídico y que, se traducen en la necesidad de crear métodos

¹ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Un ejemplo de teoría general del derecho: la cadena conceptual “contrato – obligación – propiedad – patrimonio – persona”, en “Investigación y Docencia” N° 32, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Año 1999, pág. 77. El autor señala: “... hay que reconocer redes y cadenas conceptuales que permiten comprender mejor no sólo los conjuntos, sino cada una de sus partes, así, entre los conceptos que interesa esclarecer a la luz de la teoría general del derecho, relacionando las ramas con los conceptos...”.

² BUERES, Alberto y MAYO, Jorge, “Lineamientos generales sobre las “garantías” de la obligación en el derecho privado”, “Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 2”, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1996, pág. 15.

menos onerosos y más fáciles, rápidos y ágiles de ejecución en comparación con los ofrecidos por las garantías tradicionales.

Dentro de este panorama y, de manera conjunta con la complementariedad de los términos responsabilidad y garantía, el contrato se manifiesta a través de las modalidades y de los efectos de las obligaciones como herramienta jurídica por excelencia representativa de la ductilidad.

Por ello, consideramos que en este ámbito, tanto la protección del crédito como así también la tutela del deudor, se presentan como fundamentales a la hora de brindar un marco adecuado de orden y seguridad, ya que, dicho fenómeno adquiere diversas características según la ubicación de los operadores económicos y el área del mercado en la que estos negocien³.

Así, en el marco de las modalidades contractuales, la flexibilidad se manifiesta en la masificación contractual de los negocios de garantía que, conlleva o a la multiplicación de deudores desconocidos y a un mayor riesgo de insolvencia, o a una mayor movilidad de los deudores y en ciertos casos de su patrimonio.

En estos aspectos, si bien valoramos como beneficiosas estas nuevas tendencias, creemos necesaria además, la tutela del deudor, garantizada a través de los límites y protección que otorgan las relaciones de integración, funcionamiento y aplicación de los principios contractuales y la norma imperativa o de orden público⁴.

³ NICOLAU, Noemí L., “La tutela del deudor frente a la tutela del crédito”, en “Trabajos del Centro”, N° 1, Rosario, 1995, pág. 11. La autora señala: “... proteger el crédito significa apostar al cumplimiento de la palabra empeñada y esto supone orden y seguridad, condiciones imprescindibles para un sostenido desarrollo económico”.

⁴ HERNÁNDEZ, Carlos A., “Código Civil Comentado. Contratos. Parte Especial”, Tomo II, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, pág. 617 y ss. El autor señala: “... se ha postulado enriquecer las normas relativas al contrato de fianza a través de una interpretación vivificadora al amparo de los principios generales, buena fe, razonabilidad, y protección del consumidor,..., se trata de preservar estándares mínimos de tutela en aras de la afirmación de la lealtad negocial en aquellos supuestos en donde se reconozca la predisposición del contrato,..., las Jornadas Rosarinas en homenaje al 30 aniversario de la reforma del C.C despacho A.4. recomendaron: las distintas garantías constituidas para asegurar operaciones de consumo quedan comprendidas, en lo pertinente, dentro del

En relación también con la flexibilidad de las garantías y las modalidades contractuales, ya fuera del ámbito de la masificación de los negocios de garantía, nos parece representativo citar algunos ejemplos del derecho norteamericano en los cuales se permite a las partes que efectivicen la llamada “garantía o seguridad de cumplimiento”.

En este sentido, el Uniform Commercial Code⁵ y el Restatement Second of Contracts, en las Secciones 2-609 y 251 respectivamente, regulan la posibilidad de que una de las partes pueda exigir a la otra una “adecuada garantía o seguridad” cuando, en la faz funcional del contrato, surgen circunstancias que razonablemente hagan incierto el efectivo cumplimiento de las prestaciones a su cargo.

En el primer caso⁶, se regula la llamada Doctrina del “Derecho a una Adecuada Garantía de Cumplimiento”. En ésta, se considera que el interés perseguido por las partes al celebrar el contrato de compraventa mercantil es el efectivo cumplimiento de las prestaciones, por ello, el vendedor necesita protección no sólo frente a un comprador inestable o insolvente, sino que, también necesita asegurar su interés frente a otros hechos, como por ejemplo, los vínculos que deberá entablar si a los fines de cumplir con su prestación, debe fabricar o conseguir la mercadería que se obligó entregar; y consecuentemente, contratar con otros sujetos e incluso puede dejar de hacerlo a raíz del contrato que ha celebrado y en cuyo efectivo cumplimiento ha confiado. Lo mismo puede ocurrir con el comprador, a quién probablemente no le resulte indistinto obtener un adecuado e íntegro resarcimiento que supla el incumplimiento, sino que, se le entregue la mercadería en especie.

Por ello, la Sección 2-609 del Uniform Commercial Code ha adoptado

ámbito de aplicación del estatuto de defensa del consumidor...”.

⁵ Cabe recordar que en el Derecho Norteamericano si bien los diferentes intentos de unificación del derecho imperante (Uniform Commercial Code, Restatement of Torts, Restatement of Contracts) no tienen el carácter de fuente vinculante dentro del sistema del common law, en realidad y en la práctica jurídica, los mismos tienen una fuerte influencia en los decisorios de los jueces, por ello los citamos y entendemos que están lejos de ser una fuente meramente persuasiva.

⁶ Regulado dentro del Art. 2 que trata el contrato de compraventa mercantil.

tres medidas que se encuentran en cabeza de la parte que se vea amenazada frente a la “razonable probabilidad” de que la otra no cumpla.

Recordamos que el supuesto de hecho habilita la puesta en práctica de estas medidas es aquel en el cual, una de las partes, transcurrido un tiempo desde la celebración del contrato, tiene “motivos razonables” para creer que su cocontratante no va a cumplir con aquello a lo que se ha obligado, sospecha que se funda en las circunstancias fácticas que rodean el caso.⁷

En primer lugar, la parte que se sienta perjudicada puede pedir a su cocontratante una adecuada garantía o seguridad de cumplimiento, pedido que debe realizarse por escrito. En segundo lugar, puede suspender el cumplimiento de las prestaciones a su cargo hasta tanto la situación sea clarificada. Cuando se habla de suspensión, se refiere a que el cumplimiento pueda ser retrasado mientras se espera el resultado del pedido efectuado. Por último, la parte perjudicada puede entender que hay incumplimiento contractual si transcurrido un plazo razonable⁸ la otra parte no brinda la garantía solicitada⁹.

Según lo establece el segundo párrafo de la sección analizada, el análisis de que se entiende por “circunstancias razonables” y “garantías adecuadas” debe realizarse a la luz de los estándares comerciales aplicables, más allá de que resulten aplicables ciertos parámetros legales, como el principio de buena fe, entre otros. En definitiva, habrá que analizar las

⁷ En este sentido las diferentes o similares conductas que las partes fueron llevando a cabo durante el transcurso del contrato o en contrataciones previas, se analizan en forma acumulativa a los fines de caracterizar las nuevas circunstancias que hacen dudar sobre el cumplimiento efectivo de las prestaciones y la razonabilidad de esta sospecha.

⁸ El 4to. párrafo de la Sección 2-609 establece como parámetro de plazo razonable un tiempo no mayor a treinta días.

⁹ El análisis en torno a que se entiende por “garantía adecuada de cumplimiento”, también debe hacerse a la luz de las circunstancias fácticas y en especial relación en torno a los hechos que han generado esta razonable sospecha de incumplimiento. Es decir, la exigencia de esta garantía debe ser “proporcional” al hecho que ocasionó su pedido. Por ejemplo, en algunos casos una certificación bancaria sobre la existencia de solvencia puede ser suficiente, mientras que, en otros se podrá requerir el otorgamiento de una garantía en particular.

circunstancias de hecho en torno al contrato en particular, especialmente las condiciones en que las partes venían relacionándose, a los fines de evitar un abuso o conducta de mala fe por parte de quién realice este pedido.

En este sentido, la sección 251 del Restatement Second of Contrats¹⁰, regula una situación similar a la analizada anteriormente. La misma establece que cuando haya circunstancias razonables que hagan presumir que la parte obligada no vaya a cumplir con su prestación – lo cual acarree necesariamente un reclamo por incumplimiento contractual¹¹ – la otra parte puede demandar una adecuada garantía o seguridad de cumplimiento y si a la luz de las circunstancias resulta razonable, también puede suspender las prestaciones a su cargo.

La parte acreedora podrá considerar que hay incumplimiento contractual, si la parte deudora no provee en un plazo razonable una adecuada garantía o seguridad de cumplimiento, analizándolo a la luz de las circunstancias particulares del caso.

Vemos que en los dos supuestos analizados, la seguridad o garantía exigida viene a cumplir una función “preventiva” frente al razonable riesgo que existe de que uno de los sujetos contratantes, transcurrido un plazo desde que se ha celebrado el contrato, no vaya a cumplir con aquello a lo que se ha obligado.

Cabe destacar que el concepto de garantía al que aluden ambos preceptos es bien amplio, y, conforme mencionáramos anteriormente, debe principalmente analizarse a la luz de las circunstancias fácticas y en consideración a los hechos que han generado este pedido.

Es decir, según el caso, la noción de “garantía o seguridad adecuada” puede abarcar desde el otorgamiento de garantías tradicionales – personales o reales-, acreditación de solvencia – ya sea por un tercero como una entidad bancaria o financiera o el informe de un banco de datos sobre títulos de propiedad – e incluso la mera promesa de que se cumplirá efectivamente

¹⁰ Bajo el título “Cuando el fracaso a otorgar una garantía puede ser entendido como rechazo e incumplimiento del contrato”.

¹¹ El cual se encuentra regulado en la Sección 243.

con lo pactado.

Partiendo de la base de que los contratos se celebran para ser cumplidos – siempre considerando las circunstancias que pueden presentarse en la etapa de ejecución del mismo y respetando la función o finalidad económico social tenida en cuenta por los contratantes -, entendemos que los institutos comentados dan una solución práctica frente a supuestos en los que una de las partes, tenga motivos fundados para sospechar que la otra no pueda llevar a cabo el efectivo cumplimiento de sus prestaciones.

Entonces, la posibilidad de exigir esta garantía de adecuado cumplimiento, brinda el marco necesario de seguridad y confianza en los negocios, sumado al hecho de que frente al fracaso de brindar esta garantía, las consecuencias de dicho incumplimiento resultarán menos gravosas para ambas partes, ya que, el sujeto acreedor al haber suspendido las prestaciones a su cargo, podrá reinsertarlas más rápidamente en su flujo comercial y en consecuencia, menores serán los daños ocasionados¹².

Asimismo, entendemos que por las cualidades que reviste esta figura, la misma cumple con la finalidad práctica que se busca actualmente en materia contractual, es decir, asegurarse el cumplimiento del contrato mediante medios de bajo costo, ágiles y de escasa formalidad.

Es evidente que este tipo de figuras no podrían ser extrapoladas a nuestro Derecho sin una serie de adecuaciones, principalmente considerando las diferencias estructurales entre ambos sistemas y la cultura imperante en cada uno de ellos. Sin embargo, creemos que existen algunos indicios y tendencias en el derecho argentino que marcan un rumbo semejante.

¹² Estos institutos se encuentran previstos, entre otros modelos jurídicos, en los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales redactados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho privado (Unidroit) 1994, así: 7.1.3. Suspensión del cumplimiento, 7.1.4. Subsanción del cumplimiento, 7.4.5. operación de reemplazo, 7.1.5. Plazo adicional para el cumplimiento, 7.3.4. Garantías adecuadas de cumplimiento, 7.4.8. Obligación de atenuar el daño en el supuesto de incumplimiento, 7.4.4. Previsibilidad del daño, 7.4.3. Certeza del daño.

Así, encontramos en nuestro derecho vigente disposiciones aisladas que comparten el mismo espíritu de los institutos descriptos en los párrafos precedentes. Es el caso del Art. 1419¹³ del CC, en el cual se prevé un supuesto en que durante la ejecución del contrato deviene necesario afianzar el interés jurídico de una de las partes a los fines de otorgarle debida protección.

Por su parte, el Proyecto de Código Civil de 1998 regula un instituto similar en los arts. 992 y 1058. En primer lugar, se faculta la suspensión de cumplimiento frente a la previsibilidad de que la otra parte no cumpla, lo cual queda sin efecto si cumple o da seguridad suficiente de ello. Luego, se brinda a la parte cumplidora la opción de resolver el contrato, si la otra parte no ha brindado una seguridad de cumplimiento en un plazo razonable.

Como mencionáramos previamente, en la cadena conceptual “deuda-crédito” – “Responsabilidad” – “Garantía”, los conceptos de responsabilidad y de garantía devienen complementarios en el ámbito de los efectos de las obligaciones. Es quizás por ello, que la flexibilización y la autonomía de las garantías guarden cierta coherencia y relación con el rumbo que ha tomado la evolución de la responsabilidad civil en las últimas décadas. Sostiene Yvonne LAMBERT-FAIVRE que el eje de la responsabilidad en el siglo XX era el sujeto responsable, y que dicho eje se ha ido desplazando hacia el objeto de la responsabilidad: la reparación de los daños. Sostiene así, que la evolución de la responsabilidad civil ha ido desde una deuda de responsabilidad a un crédito de reparación.¹⁴ Esta idea, evidentemente, repercute en el ámbito de las garantías, en el cual se está en busca permanente de mayor flexibilidad, por ejemplo, desdibujando los límites de la accesoriedad (autonomía de la garantía), como veremos más adelante.

¹³ En materia de contrato de compraventa, el artículo 1419 del actual CC establece que el vendedor no se encuentra obligado a entregar la cosa si después de celebrada la venta y cuando se hubiese otorgado un plazo para el pago, el comprador cae en estado de insolvencia y no afianza el pago

¹⁴ LAMBERT-FAIVRE, Yvonne, “La evolución de la responsabilidad civil de una deuda de responsabilidad a un crédito de indemnización”, en “Responsabilidad y Seguros”, La Ley, Tomo 1999, página 971 y ss.

2. La segunda cadena conceptual alude al sentido estricto de la noción de garantía, esto es, a la idea de añadir un nuevo derecho o facultad para reforzar el crédito¹⁵.

Desde este punto de vista, nos parecen representativas del régimen vigente y tradicional en materia de garantías, las nociones en relación a los caracteres de “garantía accesoria – típica – directa – causal”.

Ello así, aún cuando en el régimen tradicional de garantías la autonomía de la voluntad y la falta de regulación legal de algunas instituciones han estado siempre presentes.

Así, si bien en nuestro derecho positivo, no existe una norma expresa que disponga el principio de accesoriedad en materia de garantías¹⁶, el mismo surge a partir de la propia esencia de la definición en sentido estricto, como así también, de la interpretación sistemática de varias normas que regulan supuestos típicos de garantías personales o reales¹⁷.

En este marco, la accesoriedad de la garantía confluye con la tipicidad de la misma en la interdependencia entre los efectos de la relación garantizada y la relación de garantía.

Lo propio ocurre también con el negocio jurídico de garantía, o sea, aquél al que las partes otorgan una función de garantía.

Por su intermedio puede darse nacimiento a derechos subjetivos

¹⁵ NICOLAU, Noemí L., “Los negocios de garantía”, en “Trabajos del Centro”, N° 3, Año 1998, pág. 11 y ss. Asimismo puede verse: BUERES y MAYO, “Lineamientos...”, op. cit. pág. 16.

¹⁶ NICOLAU, “Los negocios...”, op. cit. pág. 21: “... por esa razón el negocio accesorio se extingue cuando se extingue el principal, cuestión no resuelta en nuestro Código por una norma general común a todas las garantías, similar al art. 1275 del Código Italiano que dice: “Extinción de las garantías: En todos los casos en los que el acreedor libera al deudor originario, se extinguen las garantías anexas al crédito, si aquel que las ha prestado no consiente expresamente en mantenerlas...”.

¹⁷ HERNANDEZ, “Código Civil Comentado..”, op. cit. págs. 614 y ss. El autor señala: “... la accesoriedad se explica en el contexto de la conexidad que gobierna al contrato y a la relación de fianza,..., por ello se explican algunas proyecciones de efectos entre las relaciones fiador-acreedor, fiador-deudor y cofiadores, en el caso de los arts. 2033, 1994, 1995 y 2042, entre otros. Por su parte en las hipotecas rigen los arts. 3109, 3131 en relación a su especialidad con el objeto y, a la expresión de la causa fuente, para la especialidad con el crédito.

patrimoniales, personales o reales, conforme al régimen de constitución establecido para cada uno de ellos y siempre bajo la órbita del principio de legalidad (el régimen en relación a la tipicidad legal varía en uno y otro supuesto, en tanto, en el ámbito de los derechos personales tendremos en cuenta los límites de la autonomía de la voluntad y, en el ámbito de los derechos reales de garantía las normas imperativas que lo conforman). En tal sentido, en las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en el año 2007 se realizó una recomendación acerca de la diferencia existente entre garantía real y derecho real de garantía: "... no son estrictamente equiparables los conceptos. Deben distinguirse los clásicos derechos de garantía sobre cosa ajena de otras figuras jurídicas (reales o personales) en las que también existe afectación de bienes, cosas o universalidades y que cumplen una función de garantía (lease back, modalidades resolutorias, dominio fiduciario en función de garantía, etc).

En todo este complejo, el supuesto de conversión previsto en el art. 2502 refuerza la autonomía de las partes y, las prohibiciones de los arts. 3222/3, 3252/3 y 3224 del Código Civil la limitan y, tutelan desde nuestro punto de vista al deudor, prohibiendo el traspaso del dominio al acreedor, de manera adelantada y de pleno derecho (ante el supuesto de incumplimiento de la obligación garantizada), como así también, restringiendo la forma y modo de ejecución de las garantías.

En síntesis, el principio de accesoriedad se encuentra ínsito en la noción estricta de garantía conforme su concepción tradicional, de ahí, su relación con los supuestos típicos regulados en nuestro derecho vigente.

En este orden de ideas, la flexibilidad se despliega frente al cuadro de las garantías tradicionales, en: la falta de utilización –desuso– de las garantías reales típicas (hipoteca, prenda, anticresis); el mayor empleo de las garantías personales típicas (fianza) o atípicas (garantía a primer demanda), y, el uso continuo y recurrente de negocios indirectos de garantía (venta con pacto de retroventa con fines de garantía, leasing de retro, el fideicomiso de garantía, el mandato con fines de garantía, el mandato de crédito, la opción en garantía y los negocios fiduciarios con fines de garantía).

3. Por último y, en contraposición a la noción de garantía como refuerzo o añadidura que accede al crédito, actualmente pensamos que el centro de interés recae en la autonomía, o sea, en negocios principales celebrados de manera independiente a una relación de crédito garantizada.¹⁸

Por ello, nos parecen representativas del fenómeno de flexibilidad en este ámbito y de su repercusión en la noción para esta última cadena conceptual, los términos “garantía autónoma – principal- atipicidad – indirecto – abstracto”. Desde esta óptica, en el plano de la realidad social advertimos las siguientes prácticas:

- a. El empleo y búsqueda de las garantías personales por su mayor dinamismo y flexibilidad, y, aún así y dentro de ellas, se advierte e incrementa esta tendencia por la decadencia del principio de accesoriedad a partir del empleo de la solidaridad y de la figura del principal pagador como herramienta jurídica beneficiosa para los intereses del acreedor¹⁹.
- b. El desarrollo de los negocios jurídicos de garantía autónomos, los que se exteriorizan ya sea, a partir de la celebración de un negocio atípico (garantía a primera demanda) o de uno indirecto (fideicomiso de garantía).²⁰

Las partes celebrantes en estos negocios buscan independizar los efectos jurídicos del incumplimiento de la obligación garantizada de la

¹⁸ GIANFELICI, Mario César. “Garantía, autonomía y fianza”, en “Trabajos del Centro”, N° 3, año 1998, pág. 45. El autor señala: "... así se idearon formas de garantías personales a las que se busca independizarlas de la obligación principal...".

¹⁹ HERNANDEZ, “Código Civil Comentado...” op. cit., pág. 611: "... Estamos convencidos de que esta aparente simplificación del régimen vigente, esconde nuevas complejidades. En tal sentido no debe olvidarse que han sido tipificados nuevos subtipos de fianza según art. 1582 bis,..., fianzas prestadas para garantizar negocios de consumo, ..., fianza de obligaciones futuras, ..., lo dicho acontece en un contexto de creciente demanda de protección de fiador, la que debe ser armonizada con la inexorable tutela del crédito...".

²⁰ Tomamos a los fines del análisis de esta propuesta, la definición construida y presentada en la ponencia efectuada por la Dra. Noemí Nicolau (Comisión N° 1) en ocasión de celebrarse las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Año 2005. Y así, transcribimos la Recomendación N° 7 que expresa: "... el negocio indirecto de garantía es aquél mediante el cual se pretende obtener la finalidad práctica de asegurar aprovechando un tipo negocial cuya finalidad objetiva es diversa...".

ejecución de la garantía.

Ello así, sostenemos que, aún cuando la accesoriedad entre ambos negocios esté ausente, los mismos se encuentran conectados y en dependencia mutua entre sí por la causa y/o función-operación económica única que comparten y desarrollan.

La utilización de este mecanismo jurídico (autonomía) trae, desde el punto de vista práctico, la ventaja de permitir ejecución directa y extrajudicial de la garantía.

Estas manifestaciones se encuentran aún más intensificadas en los negocios en los que, aparece el derecho de propiedad utilizado como derecho de garantía.

Los negocios indirectos, y, en particular el fideicomiso de garantía, presentan esta manifestación en la que, la propiedad de bienes se ha transferido con antelación al vencimiento del crédito que pasa a garantizarse precisamente con esa transferencia, y, que se refuerza con la titularidad y posibilidad de ejecución directa e inmediata del acreedor (el tipo permite la transferencia y la finalidad extratípica permite superar la restricción del art. 2502 del CC, ya que, la propiedad como derecho real no es un derecho de garantía).

Consideramos que estas razones de índole jurídica, han dado a partir del ejercicio de la autonomía de la voluntad y de la utilización del mecanismo del negocio jurídico indirecto de garantía, origen a estas nuevas manifestaciones, que como hemos dicho se traducen en el uso del derecho de propiedad como derecho de garantía (no siendo ya éste un derecho real), y, la búsqueda de la autonomía del negocio intentando lograr la independencia de efectos a la que hemos hecho referencia.

Así, la atipicidad es la herramienta para lograr la autonomía entre los efectos de la relación garantizada y el negocio de garantía. Esta autonomía, desde nuestro punto de vista, reconoce distintos grados los que se manifiestan a partir de la mayor o menor restricción en orden a la posibilidad de oponer defensas hasta llegar, en algunos supuestos, a la abstracción total (a través de un título al que se emplea con función de garantía).

Una de estas manifestaciones se encuentra representada por la garantía a primera demanda en tanto la causa resulta irrelevante para la producción de sus propios efectos y , en la que se excluye al garante la posibilidad de oponer excepciones sustentadas en el contrato base – a excepción del dolo o causa ilícita-²¹.

En el derecho francés, la garantía autónoma ha tenido reciente regulación.²² El art. 2321 párr. 1º dispone: “... es el acuerdo por el cual el garante se obliga, en consideración a una obligación contraída por un tercero, a entregar una suma, sea a primera demanda, sea según las modalidades convenidas ...”.

La doctrina²³ entiende que: “... no se trata de un compromiso abstracto sino causal, pues, como ha señalado la Corte de Casación, quién la otorga tiene un interés económico en la celebración del contrato de base, aun cuando no sea parte en él...”²⁴ Por su parte, también se consigna que:

²¹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Las garantías a primera demanda”, en “Revista de Derecho Privado y Comunitario”, N° 2, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, Año 1994, pág. 115, 116, 117, 118: “... me interesa, sí, señalar que, las garantías personales admiten muchas graduaciones en cuanto a su accesoriedad si por tal se entiende “dependencia con la relación jurídica subyacente”, ..., el garante, en este tipo de garantías, renuncia a oponer las excepciones que podría plantear el deudor, pero no al derecho a excepcionar sobre el propio débito...”.

²² BELLUSCIO, Augusto C., “El Nuevo derecho francés de las garantías”, en www.abeledoperrot.com.ar (Citar Abeledo N° 0003/013142 ó 0003/013146 - Fuente Sja 4/4/2007). La reforma en el derecho francés se materializó por medio de la Ordenanza 2006-346 dictada por el gobierno, que introduce el nuevo título IV del Código Civil. A fin de dictar esta ordenanza el gobierno se encontraba autorizado por el Parlamento en la ley 2005-842. En esta norma se autorizaba al gobierno en forma expresa a “Dar base legal a la garantía autónoma, que obliga al garante, salvo fraude manifiesto, a pagar desde que se lo solicita o según modalidades previamente convenidas...”. Asimismo, según lo expuesto en el informe de la Comisión redactora una de las grandes orientaciones de la reforma era “...hacer legible y accesible el derecho francés de las garantías, tanto para los ciudadanos como para los agentes económicos, confiriéndole las condiciones de seguridad jurídica necesarias para el desarrollo del crédito...”. Señala Belluscio, que la reforma recogió instituciones creadas por la práctica de los negocios o reconocidas por la jurisprudencia, y procuró modernizar el derecho francés introduciendo institutos del derecho anglosajón, esto último con la finalidad de colocar al Code como modelo de legislación continental, en defensa de los intentos de unificación europeos.

²³ BELLUSCIO, Id.

²⁴ BELLUSCIO, Id. El autor cita un fallo de la Corte de Casación, Sala Comercial, 19/4/2005, Dalloz 2005-2086.

“... no existen límites subjetivos al otorgamiento de garantías autónomas, pero sí los hay objetivos, no pueden garantizar créditos regidos por el Código del Consumo (nuevo art. L. 313-10-1 de dicho Código)...”.

Otra manifestación de cierto grado de autonomía que, en la realidad de los hechos obedece a la indeterminación del objeto, se encuentra legislada en los arts. 1988 y 1989 de nuestro Código Civil que permiten el afianzamiento de créditos futuros e inciertos, aún por importes no precisados, con la sola exigencia de poseer un objeto determinado.

La falta de referencia al tipo contractual –fianza general- desconoce los elementos tipificantes de la fianza y altera diferentes principios informadores: importa la consagración de una fianza sin accesoriedad, no satisface las exigencias generales que el Código Civil establece en material de determinación del objeto, rompe con el principio de especialidad propio del derecho de las garantías; en este contexto, el subtipo fianza ómnibus exige –a priori- para su validez la determinación del objeto, esto es, la determinación del monto máximo por el cual el fiador habrá de responder.²⁵

En sentido idéntico y dentro del ámbito del derecho real de garantía – hipoteca, la Comisión N° 4 en las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas el pasado 2007 recomendó en relación a la hipoteca abierta: "... De lege lata: Hipoteca especialidad. Se reitera en lo pertinente la declaración de la VII jornada nacional de derecho civil – bs. as. 1979- en cuanto a que el carácter de especialidad de la hipoteca, en lo que respecta al crédito, no se limita al deber de expresarla en una suma de dinero cierta y determinada, o en su caso, manifestar el “valor estimativo” en el acto de constitución del gravamen, sino que requiere la constancia de la causa (origen o fuente). De lege ferenda: En una futura reforma legislativa sería conveniente flexibilizar el carácter de especialidad en cuanto al crédito, estableciéndose alternativamente: a) una suma máxima y un plazo máximo

²⁵ HERNANDEZ, op. cit., pág. 629: "... por ello, la moderna doctrina civilista ha reivindicado el requisito de la determinación del objeto en cuanto mecanismo de delimitación del riesgo contractual,..., la admisión de garantías personales con objeto y monto indeterminados supone – en nuestro ordenamiento- el quebrantamiento de los contornos de la fianza, por lo cual, debe admitirse cuando sea inequívoca la voluntad de obligarse en tal sentido y, se trate de contratos discrecionales...”.

o b) una suma máxima y una determinación suficiente de la causa...”.

Por último y, en relación al grado máximo de autonomía de la garantía, esto es, la abstracción; se advierten en la praxis negocial modalidades poco transparentes que se despliegan bajo el modelo de predisposición-adhesión en el ámbito del crédito al consumo.

Estas prácticas en las que se utilizan títulos abstractos con función de garantía, se despliegan en el mercado económico a través de ventas a plazos instrumentados cada uno de los plazos pendientes de pago en títulos valores, o, a partir de la intervención de la figura del tercero financista en la que la abstracción es utilizada como medio para evitar la interdependencia entre los efectos del contrato de provisión y el de financiamiento²⁶.

Este fenómeno obedece a razones de estricta índole económica constituidas por la necesidad de intensificar el consumo (hacerlo masivo) y el bajo costo de celebración que implica firmar un título con tales caracteres.

En tal sentido se expresa: "...la extensión del financiamiento requería ubicar instrumentos jurídicos que aseguraran la eficacia de la operación económica teniendo en cuenta que los destinatarios del crédito sólo podían ofrecer las garantías de sus ganancias o sus salarios. El mecanismo utilizado fue la venta con reserva de propiedad,..., la financiación es otorgada por el vendedor a través de la modalidad "plazo". Luego aparece en escena la figura del tercero financiador, en un primer momento la financiación es otorgada por sociedades vinculadas con las empresas productoras y, posteriormente por entidades bancarias...".²⁷

²⁶ WANTRAUB, Javier H, “La conexidad contractual en el derecho del consumidor”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Nº 2007-2, Rubinzal Culzoni, pág. 232 y 233.

²⁷ TOBIAS, José W, “Los contratos conexos y el crédito al consumo”, en Diario L.L fecha 28/07/1999, pág. 4: “... a la incidencia de la invalidez del contrato de venta en la obligación del adquirente mutuario de restituir el mutuo, pues el acreedor financiero pretenderá que no se le puedan oponer las excepciones derivadas de la relación del adquirente con el vendedor, b. la incidencia del incumplimiento del vendedor en la obligación del adquirente-mutuario en restituir el mutuo, también aquí el acreedor financiero pretenderá que se trate de cuestiones ajenas al préstamo, c. idem en el caso de la entrega de un bien con vicio redhibitorio que lo hacen inepto para su destino. En las

Estas prácticas presentan modalidades disvaliosas y lesivas de los derechos del consumidor, ello, por la falta de información acerca del alcance e implicancias jurídicas (riesgos) de los negocios que está celebrando, como así también, por la poca transparencia con que tales “facilidades” se ofrecen en el mercado.

Desde este punto de vista, se ha afirmado que “deberá considerarse como una estructura contractual abusiva aquella que predispuesta de mala fe y en abuso de posición dominante o en perjuicio de los derechos del consumidor, por medio de la fragmentación de una única operación económica, desnaturaliza su responsabilidad contractual, a través de la creación de un negocio jurídico sujeto al régimen de “abstracción procesal”.²⁸

En el derecho comparado, esos fundamentos se encuentran regulados en la ley francesa N° 78-22, de fecha 10 de enero de 1978, relativa a la información y protección de los consumidores en el ámbito de ciertas operaciones de crédito. En tal sentido se entiende que refuerza la interdependencia entre los contratos celebrados la prohibición del uso de letras de cambio o pagarés en este tipo de operaciones, arts. 17 y 25, 2.²⁹

Por último y también dentro de la regulación existente en el derecho francés, en materia de garantías y en el ámbito del crédito al consumo, existen dos clases de hipoteca: a) la hipoteca recargable destinada a garantizar créditos al consumo (Código del Consumo, formando el libro III, tít. I, cap. III, secc. 6ª . art. L. 313-14 párr. 1º) , y, b) préstamo hipotecario vitalicio art. L. 314-1.” En relación a la primera, por su propia naturaleza está destinada a garantizar créditos futuros y por un tiempo indeterminado,

tres hipótesis el crédito estará instrumentado en un título con fuerza ejecutiva con la abstracción propia de esos documentos. En otros casos se habrá insertado una cláusula en la que se establece la inoponibilidad de la defensas sustentadas en la relación con el vendedor.

²⁸ DE LORENZO, Federico y TOBIAS, José W., “Apuntes sobre los contratos conexos”, en D.J. T. 1993-3, págs. 158 y 159: “... el hermetismo que caracteriza a un proceso de ejecución le impide al consumidor un acceso efectivo a la justicia,..., para hacer valer sus derechos deberá recurrir a la tutela cautelar frente al proceso ejecutivo...”.

²⁹ LOPEZ FRIAS, Ana, “Los contratos conexos. Estudios de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal” , Editorial Bosch. Año 1994. pág. 82.

a la oferta previa de crédito se debe anexar un documento titulado "situación hipotecaria", uno de cuyos ejemplares es remitido al prestatario en la misma forma que el contrato de crédito mismo ,..., En el préstamo hipotecario vitalicio, también incluido en el Código del Consumo, se caracteriza porque la devolución no puede ser exigida hasta la muerte del deudor, salvo que, antes se enajene el inmueble gravado o se constituyan derechos reales que impliquen desmembramiento del dominio ...".³⁰

En conclusión y, dado los intereses jurídicos comprometidos en todos los ejemplos de garantías flexibles que analizamos en esta última cadena, consideramos que, frente a supuestos en los que el riesgo asumido por el garante no se encuentre debidamente delimitado o informado, el interprete deberá valorar e integrar la norma aplicable al caso, teniendo en cuenta la modalidad de celebración, los intereses jurídicos implicados, la actividad del deudor – garante y, si es persona física o no, propendiendo siempre a la protección del garante persona física.

4. Por medio de las reflexiones anteriores hemos intentado dar cuenta que el fenómeno de la flexibilidad excede los sentidos de la noción de garantía comprendiendo en su alcance otros institutos del derecho privado patrimonial que se encuentran en constante cambio o replanteo como las modalidades contractuales y la extensión y fundamento de la reparación del daño injustamente causado.

Entendemos que esta flexibilidad y sus ventajas para nuestro sistema jurídico actual, provienen, por un lado, por la función o finalidad preventiva que viene dándose y desarrollándose en el ámbito de los negocios de garantía; y, por otro lado, resulta ventajosa dicha tendencia por la apertura y/o ampliación que ella implica para nuestro sistema jurídico, tal como se encuentra regulado en nuestro Código Civil.

Sostenemos que en relación a esta apertura y al rol determinante que

³⁰ BELLUSCIO, "El Nuevo ...", op. cit.

asume el ejercicio de la autonomía de la voluntad en ella, deben tenerse presente y de manera ineludible, las relaciones de integración, funcionamiento y aplicación de los principios contractuales, teniendo preeminencia siempre la norma imperativa o de orden público.

En síntesis, las razones de índole económicas (abaratamiento, mayor flexibilidad y menor tiempo), y, las jurídicas (restricciones en orden a la regulación de los negocios de garantía tradicionales) nos muestran la imperiosa necesidad de replantear la función de estos negocios, y, de integrar la norma convencional al ordenamiento normativo a través de la aplicación de los principios generales del derecho.

Ello así, dado que, la flexibilidad en relación a la ley, se manifiesta de manera indirecta o atípica, y, si bien ello entra dentro del margen de la libertad, la misma en aras de la igualdad y la seguridad, reconoce y debe en algunos supuestos en particular reconocer límites.