



Capítulo 21

Editores

DE LAS OBLIGACIONES EN GENERAL

COLOQUIO DE IUSPRIVATISTAS DE ROMA Y AMÉRICA
CUARTA REUNIÓN DE TRABAJO



**FONDO
EDITORIAL**

PONTIFICIA **UNIVERSIDAD CATÓLICA** DEL PERÚ

De las obligaciones en general
Coloquio de iusprivatistas de Roma y América
Cuarta reunión de trabajo

Rómulo Morales Hervias y Giovanni F. Priori Posada, editores

© Rómulo Morales Hervias y Giovanni F. Priori Posada, editores, 2012

De esta edición:

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012

Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú

Teléfono: (51 1) 626-2650

Fax: (51 1) 626-2913

feditor@pucp.edu.pe

www.pucp.edu.pe/publicaciones

Diseño, diagramación, corrección de estilo y cuidado de la edición:

Fondo Editorial PUCP

Primera edición: diciembre de 2012

Tiraje: 500 ejemplares

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente,
sin permiso expreso de los editores.

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2012-15834

ISBN: 978-612-4146-24-4

Registro del Proyecto Editorial: 31501361200977

Impreso en Tarea Asociación Gráfica Educativa

Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5, Perú

GARANTÍA DE LAS OBLIGACIONES

Noemí Lidia Nicolau
Universidad Nacional de Rosario

INTRODUCCIÓN¹

1. En primer lugar, nos interesa señalar que, en nuestra opinión, el Grupo debería trabajar sobre la base de principios, en el sentido de proponer los grandes lineamientos relativos a la estructura básica del derecho obligacional. Ello implica abocarse a la redacción de un modelo jurídico integrado por reglas abiertas y generales, abandonando el intento de regular todos y cada uno de los problemas particulares que pueden presentarse en cada institución.

Estimamos que esta metodología responde mejor a la noción de Código Marco que se pretende brindar a nuestra América Latina. Además, se asimilará al método empleado en la redacción de los Códigos de este tiempo. Por otra parte, si se optara por ofrecer para la reforma de los derechos internos de los países latinoamericanos un proyecto exhaustivo, sería más dificultosa la armonización, pues una regulación detallada en exceso impide las coincidencias, profundizando las diferencias que puedan provenir de opiniones académicas y costumbres locales.

Parece un verdadero acierto la propuesta de comenzar a concretar la armonización por la materia obligacional, pues no existen modelos difundidos que hayan comenzado, puntualmente, por la parte más general del derecho de las obligaciones y, en consecuencia, frente al modelo que proponíamos no se plantearán

¹ Observaciones generales: cuando se cita el Código Civil federal de los Estados Unidos Mexicanos se abrevia como Código Civil de México. Asimismo, cuando se cita el Proyecto de Código Civil argentino de 1998 nos referimos a la versión aprobada en la Comisión de legislación general de la Cámara de Diputados. Para los demás casos, se utilizará la abreviatura CC para referirnos a los Códigos Civiles de los distintos países.

los cuestionamientos que se han hecho a otros intentos *de tocar los temas que están en la agenda de los foros de vocación universal*, como son la ONU o la Unión Europea².

2. Se nos ha propuesto elaborar para el tratamiento en este encuentro un documento de trabajo sobre las garantías de la obligación. De entrada, cabe observar que no existen normas proyectadas en el ámbito internacional que aborden los principios estructurales y generales de las garantías como género, aunque se encuentran algunos ordenamientos específicos de ciertas garantías, como son la Convención de las Naciones Unidas sobre garantías independientes y cartas de crédito contingente —UNCITRAL, por sus siglas en inglés— de 1995.

Por otra parte, en los Códigos vigentes es fácil observar que las garantías, por lo general, no son tratadas sobre la base de grandes lineamientos, sino con normas específicas para cada uno de los institutos particulares de garantía, ya sea que se incluyan entre los contratos típicos o entre los derechos reales. No obstante, es posible encontrar ciertos principios generales en algunos CC, como en los de Uruguay, Bolivia, Brasil, Portugal y en el Proyecto de Código Civil argentino de 1998.

3. Proponemos 29 artículos que deberían agruparse en un capítulo dividido en tres secciones. A la primera la titulamos «Derechos personales y reales de garantía. Disposiciones comunes». Como su nombre lo indica, trata acerca de las normas aplicables a todas las garantías, sean ellas reales o personales.

Como introducción a la normativa proponemos que se aluda expresamente al principio general y básico de las garantías, según el cual el patrimonio de la persona es la garantía común de sus acreedores. Tomamos como fuente, en este sentido, a los CC de Uruguay, Bolivia, Italia, Francia y Portugal.

Para proyectar las disposiciones comunes a las garantías, se tomaron como fuente las normas relativas a la fianza, vigentes en la mayoría de los Códigos latinoamericanos, que fueran compatibles con los derechos reales de garantía y pudieran adaptarse.

En la segunda sección, titulada «Derechos reales de garantía. Disposiciones especiales», se agrupan algunos principios generales aplicables a los derechos reales

² En ese sentido, véase Fernández Arroyo (2002), quien destaca ciertas descalificaciones que debe soportar cualquier foro de Latinoamérica para la codificación y plantea la cuestión desde otra perspectiva, en el sentido de abandonar la discusión en torno a la «duplicación de esfuerzos» o «compatibilidad o incompatibilidad», y, en cambio, propone hacerlo en función de las aportaciones que desde nuestro continente pueden efectuarse a la obra de los demás foros de codificación.

de garantía en su conjunto. En este caso las fuentes han sido el CC de Brasil y el Proyecto de Código Civil argentino de 1998.

En último término decidimos incluir una sección relativa a las garantías unilaterales, denominada «Garantía unilateral. Disposiciones especiales», dada la importancia que tienen estos negocios en el comercio internacional actual. Optamos por proyectar solo dos normas que consideramos estructurales para el instituto.

4. Para la presentación del documento de trabajo, con la finalidad de permitir un análisis más ágil, decidimos indicar cada norma proyectada y un breve comentario, determinando en la mayoría de los casos algunas de las fuentes inmediatas consultadas. En la medida que el proyecto sea aceptado por el Grupo podrían ampliarse los comentarios y el cotejo de fuentes en lo que fuera menester.

1. PROPUESTA DE ARTICULADO CON INDICACIÓN

1.1. Derechos personales y reales de garantía. Disposiciones comunes

Artículo [...]: Los bienes que integran el patrimonio del deudor, susceptibles de ser embargados, responden por el cumplimiento de sus obligaciones, con excepción de aquellos que estén sometidos a privilegios o a regímenes especiales reguladores de la separación de patrimonios³.

Artículo [...]: La responsabilidad en el cumplimiento de la obligación puede limitarse convencionalmente a algunos de los bienes del deudor, siempre que no estén afectados por regímenes de orden público⁴.

Artículo [...]: En caso de insuficiencia del patrimonio del deudor, no habiendo causas legítimas de preferencia, los acreedores tienen derecho a ser pagados proporcionalmente en relación al precio que se obtuviere de los bienes del primero⁵.

• Comentario:

Se ha empleado un criterio similar al del libro sexto, título III del CC italiano que se titula, precisamente, «De la responsabilidad patrimonial, de la causa de prelación y de la conservación de la garantía patrimonial».

Se entendió que era correcto introducir el capítulo de las garantías con estos principios generales porque ayudan a comprender la totalidad del sistema de garantía,

³ Fuentes: artículos 1335 al 1337 de los CC de Uruguay y Bolivia.

⁴ Fuentes: artículos 1863 y 1864 del CC venezolano, el artículo 2740 del CC italiano.

⁵ Fuentes: artículos 601 y ss. del CC portugués y los artículos 2093 y 2094 del CC francés.

aun cuando es sabido que para algunos autores el patrimonio que puede ser agredido por los acreedores no constituye, en sentido estricto, una garantía.

Artículo [...]: Los derechos personales o reales que garantizan el cumplimiento de una obligación a su acreedor se rigen por estas disposiciones, salvo que en la regulación especial de determinadas garantías exista norma expresa que se oponga.

Los derechos personales de garantía son los que confieren al acreedor un derecho de crédito contra un tercero o una facultad subsidiaria contra el deudor, que asume una prestación adicional.

Los derechos reales de garantía son los que otorgan al acreedor, además de las facultades propias de los derechos reales, las de realizar los bienes del deudor o de un tercero dados en garantía y de percibir los créditos sobre su producción, con preferencia y precedencia sobre otros acreedores⁶.

• Comentario:

Aun cuando no se enuncian en el texto, parece oportuno aclarar que se consideran como derechos personales de garantía la fianza, el aval y las garantías unilaterales, y como derechos reales la hipoteca, la prenda, la anticresis y el *warrant*.

En el primer párrafo se aclara que las normas generales de este capítulo son aplicables a todo tipo de garantía, aun cuando se deja a salvo la existencia de alguna norma relativa a garantías en particular que se oponga a ellas, como podría ser el régimen del aval.

Artículo [...]: Toda garantía debe ser otorgada por instrumento privado, salvo aquellas para cuya constitución una norma expresa requiera de uno público⁷.

• Comentario:

Los artículos 922 del CC boliviano, 1808 del CC venezolano y 1937 del CC italiano exigen para la fianza solo que la manifestación de la voluntad sea expresa. Se optó por exigir forma escrita siguiendo la tendencia actual, aun cuando algunos Códigos, como el argentino, admiten que la fianza puede otorgarse verbalmente y, para el caso de ser negada en juicio, requieren prueba escrita.

⁶ Fuentes: la inclusión de las nociones de *derechos personales y reales de garantías* en un ordenamiento normativo que sirva de modelo jurídico para la armonización de los derechos nacionales coadyuva a la claridad. Para conceptualizar los derechos personales y reales de garantía se sigue la opinión de Luis Díez-Picazo y Doménico Barbero, y se toma como fuente también el artículo 2052 del Proyecto de Código Civil argentino de 1998.

⁷ Fuentes: artículos 1871 del CC peruano, 819 del CC brasileño, 2107 del CC uruguayo y 1465 del Proyecto de Código Civil argentino de 1998.

El artículo 628 del CC portugués exige para la fianza la forma que tenga la obligación principal, principio que es válido, en cuanto la fianza es una obligación accesoria de otra principal. Sin embargo, para establecer una norma general para cualquier garantía no parece necesario subrayar esa accesoriidad.

Artículo [...]: Toda obligación puede ser garantizada, sea obligación actual o futura⁸.

• Comentario:

Si bien los Códigos latinoamericanos suelen enunciar todas las especies de obligaciones que pueden ser afianzadas, la fórmula sintética nos ha parecido más correcta.

Artículo [...]: La garantía no puede existir sin una obligación válida, salvo que se trate de una garantía a primera demanda o independiente, o que haya sido constituida para asegurar una obligación anulable por defecto de capacidad personal, en cuyo caso el garante, aunque ignorase la incapacidad, será responsable como único deudor⁹.

• Comentario:

Teniendo en cuenta la regla general de la accesoriidad de las garantías, se exige que la obligación garantizada sea válida, pero se deja a salvo las garantías unilaterales o independientes que se regulan brevemente en el último capítulo de este proyecto.

Si bien la mayoría de los Códigos admiten la constitución de fianza para asegurar obligaciones nulas por incapacidad del deudor, no todos incluyen la consecuencia jurídica que aquí se prevé, tomando como antecedente el artículo 1994 del CC argentino ya citado.

Artículo [...]: La garantía de obligaciones futuras debe tener un objeto determinado, aunque el crédito futuro sea incierto y su cifra indeterminada. En las obligaciones de monto indeterminado debe precisarse el monto máximo al cual se obliga el garante en concepto de capital.

Esta garantía no se extiende a las nuevas obligaciones contraídas por el deudor después de los cinco (5) años de otorgada. El garante puede revocarla mientras no exista una obligación principal, notificando la revocación al acreedor. No obstante, es responsable ante el acreedor hasta su notificación.

⁸ Fuentes: artículos 1872 del CC peruano, 2364 y 2365 del CC colombiano, 1938 del CC italiano y 1463 del Proyecto de Código Civil argentino de 1998.

⁹ Fuentes: artículos 1875 del CC peruano, 821 del CC brasileño, 2797 del CC mexicano, 1994 del CC argentino y 1939 del CC italiano.

• Comentario:

En esta norma se propone admitir la garantía de obligaciones futuras como lo hacen la mayoría de los Códigos respecto a la fianza. Se establecen tres límites: uno en el objeto, que debe estar determinado; otro en el capital garantizado, cuyo monto máximo debe precisarse y un tercer límite en el tiempo, que no puede superar los cinco años¹⁰.

El límite máximo de capital cuando la garantía es de monto indeterminado, así como el plazo máximo para cualquier garantía de obligaciones futuras, que sería de cinco años, constituyen en nuestra opinión soluciones preferibles a la que traen los Códigos clásicos cuando permiten al fiador solicitar la exoneración de la fianza una vez transcurrido ese plazo, procedimiento poco ágil y menos protector del fiador (ver en ese sentido el artículo 2025 del CC argentino).

Artículo [...]: El monto del capital de la garantía debe estimarse en dinero y puede no coincidir con el del crédito si este no es dinerario.

El garante solo queda obligado por aquello a que expresamente se hubiese comprometido. Puede obligarse de un modo más eficaz que el deudor, pero su compromiso no puede exceder de lo que debe el deudor, salvo que se trate de una garantía independiente. Si se obliga en exceso, la garantía vale dentro de los límites de la obligación principal¹¹.

• Comentario:

Destacamos que se optó por incluir expresamente la facultad del garante de obligarse «de un modo más eficaz», expresión acertada que se encuentra en los artículos 2109 del CC uruguayo, 2370 del CC colombiano, 2344 del CC chileno. Se deja a salvo la garantía independiente, precisamente porque no tiene el carácter de accesoriedad de las demás.

Artículo [...]: Los derechos de garantía se extinguen con el crédito al que acceden y son intransmisibles con independencia de él, salvo que se trate de una garantía independiente.

¹⁰ La fuente del artículo en cuanto exige objeto determinado para las garantías de obligaciones futuras y la posibilidad de revocar su garantía antes que nazca la obligación principal se encuentra en los Códigos más tradicionales en relación con la fianza: por ejemplo, los artículos 1988, 1989 y 1990 del CC argentino, 2365 del CC colombiano, 2798 del CC mexicano y 2339 del CC chileno. Los otros dos límites tienen su fuente en los artículos 1463 y 1464 del Proyecto de Código Civil argentino de 1998.

¹¹ Fuentes: esta norma tiene un contenido generalmente aceptado, por ejemplo, en los artículos 1873 del CC peruano, 2108 y 2109 del CC uruguayo, 920 del CC boliviano y 2057 del Proyecto de Código Civil argentino de 1998.

El titular de un derecho de garantía puede renunciarlo con prescindencia del crédito al que accede.

• Comentario:

Esta propuesta generaliza una solución que los Códigos Civiles consagran con normas individuales cuando regulan la extinción de la fianza por vía indirecta o de consecuencia y también en los derechos reales de garantía. Se expresa en ella el efecto más importante de la accesoriedad de los derechos de garantía, pero se deja a salvo la independiente, que tiene normas y principios propios.

Artículo [...]: No puede ser exigido el pago al garante antes del vencimiento del plazo otorgado al deudor principal, aun cuando este se haya presentado en concurso preventivo o haya sido declarada su quiebra, salvo que se trate de una garantía independiente o pacto en contrario¹².

• Comentario:

Es una consecuencia directa de la accesoriedad de la garantía que merece ser consagrada expresamente aunque no se encuentra norma similar en la mayoría de los Códigos latinoamericanos. Entendemos que ni siquiera el concurso o la declaración de quiebra pueden adelantar para el garante su obligación de cumplimiento. Se trata de una norma supletoria y, por tanto, podría pactarse lo contrario. A su vez, se deja a salvo la garantía independiente por su propia naturaleza.

Artículo [...]: El garante que paga anticipadamente la obligación principal no puede subrogarse contra el deudor, sino después de vencido el plazo de aquella.

• Comentario:

Se trata de una regla lógica que se encuentra en la mayoría de los Códigos de la región¹³.

Artículo [...]: Salvo pacto en contrario, la garantía comprende los accesorios de la obligación principal y los gastos que razonablemente demande su cobro, incluidas las costas judiciales. El capital garantizado y los intereses deben expresarse en dinero. Para que los intereses, daños y costas anteriores a la constitución queden comprendidos en la garantía deben ser previstos expresamente en la convención¹⁴.

¹² Fuentes: artículo 1470 del Proyecto de Código Civil argentino de 1998.

¹³ Ver, por ejemplo, los artículos 1896 del CC peruano y 2031 del CC argentino.

¹⁴ Fuentes: artículos 2373 y 2421 del CC colombiano, 2373 del CC chileno, 1107 del CC peruano, 1466 y 2060 del Proyecto de Código Civil argentino de 1998.

- Comentario:

A diferencia de lo previsto, por ejemplo en el artículo 1997 del CC argentino que solo refiere a los intereses, esta propuesta es más clarificadora respecto a la extensión de la garantía, porque expresamente refiere a las costas judiciales y a los demás gastos que deban efectuarse para el cobro del crédito. Se da la opción de pactar lo contrario e inclusive de pactar la garantía para accesorios devengados con anterioridad a su constitución.

Artículo [...]: El garante que paga la deuda garantizada queda subrogado en todos los derechos, acciones, privilegios y garantías del acreedor, y puede exigir todo lo que hubiese pagado por el capital, intereses y costas, los intereses legales desde el día del pago, como también por la indemnización de todo perjuicio que haya sufrido como consecuencia de la garantía. Si ha transigido con el acreedor, no puede pedir al deudor más de lo que realmente ha pagado.

- Comentario:

El principio recogido en este artículo se encuentra, como es lógico, en casi todos los Códigos¹⁵.

Artículo [...]: El garante queda liberado de su obligación cuando no puede subrogarse al acreedor por culpa o negligencia de este.

- Comentario:

Esta norma se considera importante como instrumento de sanción a la mala fe del acreedor que puede, en colusión con el deudor, perjudicar al garante. Varios Códigos tienen la misma solución¹⁶.

Artículo [...]: Si los garantes fueran varios, el que cumple la obligación accesoria en exceso de la parte que le corresponde queda subrogado en los derechos del acreedor contra los demás y, si uno de ellos resulta insolvente, la pérdida es soportada por el resto, incluso por el que realizó el pago, salvo pacto en contrario¹⁷.

¹⁵ Por ejemplo, los artículos 2029 y 2030 CC argentino, 2395 del CC colombiano, 2829 del CC mexicano, 1821 del CC venezolano, 2370 del CC chileno, 1889 del CC peruano, 933 del CC boliviano. El último párrafo tiene su fuente en el citado artículo del CC peruano.

¹⁶ Por ejemplo, los artículos 1902 del CC peruano, 2406 del CC colombiano, 2845 del CC mexicano y 940 del CC boliviano.

¹⁷ Fuentes: este principio se encuentra para la fianza en los Códigos latinoamericanos, por ejemplo, los artículos 1893 del CC peruano, 831 del CC brasileño, 938 del CC boliviano, 2873 del CC mexicano, 1825 del CC venezolano, 2367 del CC chileno y 1479 del Proyecto de Código Civil argentino de 1998.

- Comentario:

Se incorpora como regla el beneficio de división entre los garantes, típico en las fianzas simples. Por supuesto, se puede pactar la garantía entre los múltiples garantes como solidaria.

Artículo [...]: Si se opera una disminución del patrimonio del garante o del valor de la cosa dada en garantía, el acreedor garantizado puede estimar la pérdida del valor y exigir que se otorgue otra garantía suficiente. En caso de no prestarse ese nuevo aval, puede requerir el cumplimiento inmediato de la obligación garantizada¹⁸.

- Comentario:

Se subsumen en esta norma las reglas previstas para el caso de insolvencia del fiador o pérdida del valor de la cosa en la mayoría de los Códigos, si bien no son muchos los que prevén las consecuencias.

Artículo [...]: Una vez vencida la deuda, si el acreedor, sin justa causa, demora la iniciación o prosecución de la acción contra el deudor, podrá el garante promoverla o proseguirla¹⁹.

- Comentario:

Códigos como el argentino (artículo 2015) y el chileno (artículo 2356) prevén liberar al garante de la insolvencia del deudor sobrevenida durante el retardo del acreedor, una vez que es intimado a accionar judicialmente contra su deudor. La solución adoptada se estima más conveniente porque es más ágil y otorga al garante una herramienta que no dejará dudas respecto a sus derechos contra el deudor garantizado.

Artículo [...]: No constituyen garantía las cartas de recomendación que aseguren la solvencia, probidad u otro hecho relativo a quien procura créditos o una contratación, salvo que el otorgante manifieste expresamente que asistirá al recomendado con el reembolso.

Si la carta ha sido dada de mala fe o con negligencia, el emisor debe indemnizar los daños sufridos por el que dio crédito o contrató confiando en sus manifestaciones. La indemnización no procederá si quien dio la carta prueba que no fue su recomendación la que condujo a tratar con su recomendado²⁰.

¹⁸ Fuentes: artículos 826 del CC brasileño, 2375 del CC colombiano, 2804 del CC mexicano, 1339 de los CC uruguayo y boliviano, 2743 del CC italiano y 826 del CC portugués.

¹⁹ Fuente: artículo 834 del CC brasileño.

²⁰ Fuentes: artículos 2808 del CC mexicano y 1483 del Proyecto de Código Civil argentino de 1998.

- Comentario:

Con el fin de receptar el denominado *negocio de patronato*, difundido en la actualidad, se deja a salvo la posibilidad de que el otorgante de la carta manifieste que asistirá al recomendado.

El último párrafo tiene su fuente en el artículo 2810 del CC mexicano que pone a cargo del otorgante la prueba de que no ha sido la carta de recomendación determinante de las relaciones establecidas entre el recomendado y el tercero.

1.2. Derechos reales de garantía. Disposiciones especiales

Artículo [...]: Los derechos reales de garantía pueden constituirse por el propio deudor de la obligación principal o por terceros. Deben formalizarse por escritura pública, salvo los casos previstos en normas especiales que autoricen el instrumento privado.

- Comentario:

En esta norma se plasma el principio general según el cual los derechos reales de garantía pueden constituirse sobre cosa propia o ajena. Asimismo, se exige la forma de escritura pública, admitiendo el instrumento privado cuando exista una norma especial que lo autorice, como podría ser la constitución de garantía real sobre títulos de crédito.

Artículo [...]: No puede constituirse derecho real de garantía sobre una cosa común a dos o más propietarios sin el consentimiento de todos, pero cada uno puede individualmente dar en garantía real su porción indivisa.

- Comentario:

En este artículo se incorpora un principio uniformemente aceptado en los Códigos²¹.

Artículo [...]: Los derechos reales de garantía pueden constituirse sobre cosas y también sobre derechos individualizados, si son actuales y se describen en el instrumento de constitución²².

- Comentario:

Se admite en esta norma proyectada la constitución de garantías reales sobre derechos para posibilitar, por ejemplo la prenda de créditos.

²¹ Por ejemplo, en el artículo 1420 párrafo 2 del CC brasileño y el 2330 del CC uruguayo.

²² Fuente: artículo 2056 del Proyecto de Código Civil argentino de 1998.

Artículo [...]: En la constitución de los derechos reales de garantía debe individualizarse el crédito garantizado, indicándose los sujetos, el objeto y la causa; no obstante, el acto constitutivo es válido si falta alguna de las especificaciones del objeto o del crédito, siempre que se lo pueda integrar recurriendo al conjunto de sus enunciaciones.

Si el defecto en la especialidad no puede sanearse, es invocable por cualquier tercero interesado de buena fe²³.

• Comentario:

En esta regla se recepta la posibilidad de constituir derechos reales de garantía sobre créditos indeterminados porque es una necesidad del tráfico moderno, aunque se limitan porque, según las disposiciones generales, deben tener monto máximo y plazo máximo.

Artículo [...]: En la garantía quedan comprendidos todos los accesorios físicamente unidos a la cosa, las mejoras y rentas debidas. Es válido el pacto que disminuya la garantía. Sin embargo, no están comprendidos en la garantía los bienes físicamente unidos a la cosa que estuvieran gravados con prenda o fueran de propiedad de terceros, aunque su utilización por el deudor estuviera autorizada por un vínculo contractual. Tampoco están comprendidos en la garantía los bienes que posteriormente se unan físicamente a la cosa, si al tiempo de esa unión están gravados con prenda o fueran de propiedad de terceros, aun en las condiciones antes indicadas.

• Comentario:

Siguiendo el modelo propuesto por el artículo 2060 del Proyecto de Código Civil argentino de 1998 se optó por incluir cierto detalle acerca de la extensión de la garantía con relación a la cosa gravada.

Artículo [...]: En los derechos reales de garantía con publicidad registral puede convenirse la modificación del orden de preferencia, sin perjuicio de los terceros interesados de buena fe²⁴.

• Comentario:

Admitiendo la posibilidad de constituir derechos reales de garantía que no tengan inscripción registral, como sería la prenda de cheques u otros títulos valores, se establece como principio la posibilidad de negocios sobre el rango,

²³ Fuente: artículos 2057 y 2058 del Proyecto de Código Civil argentino de 1998.

²⁴ Fuente: una norma similar se encuentra en el artículo 2062 del Proyecto de Código Civil argentino de 1998.

respecto de las garantías con publicidad y dejando a salvo los derechos adquiridos por terceros de buena fe.

Artículo [...]: Ningún titular de derecho real de garantía puede hacer suyo el bien gravado, salvo que lo adquiera por las vías de ejecución correspondientes o que, en el caso de la prenda, así se convenga simultáneamente con la constitución. Después del vencimiento de la obligación podrá el deudor dar en pago la cosa gravada²⁵.

• Comentario:

La disposición adoptada es generalmente aceptada por los Códigos y la doctrina comparada. Se incorpora la posibilidad de que el acreedor pueda recibir la cosa en pago una vez vencida la obligación, mención que se encuentra expresa en el CC brasileño, artículo 1428 ya citado, y en otros Códigos latinoamericanos.

Artículo [...]: Una vez ejecutada la cosa gravada, si quedare remanente impago, el deudor queda personalmente obligado por dicho saldo, salvo que se trate de una hipoteca constituida sobre su vivienda única.

El constituyente del derecho real de garantía no deudor de la obligación garantizada no responde con sus otros bienes por el remanente impago.

• Comentario:

El artículo 1430 del CC de Brasil es la fuente del primer párrafo. Sin embargo, se ha incorporado una salvedad que no contiene este artículo y es que la ejecución del bien hipotecado importa cancelación del crédito hipotecario para el deudor cuando se trata de su vivienda única. Esta excepción se funda en la protección constitucional de la vivienda, la cual se registra en la mayoría de nuestros países y en el reclamo generalizado que se advierte con las crisis de los créditos hipotecarios habidas en nuestra América y recientemente en Europa y EE.UU.

El segundo párrafo tiene su antecedente en el artículo 2072 del Proyecto de Código Civil argentino de 1998.

1.3. Garantía unilateral. Disposiciones especiales

Artículo [...]: La garantía a primera demanda o independiente es una declaración unilateral de voluntad irrevocable, salvo manifestación expresa en contrario. Esta declaración deberá ser emitida por una persona jurídica, denominada

²⁵ Fuentes: se encuentran normas similares en los artículos 1428 del CC de Brasil, 1339 y 1340 de los CC de Uruguay y Bolivia, 2338 del CC de Uruguay y 2067 del Proyecto de Código Civil argentino de 1998.

garante o *emisor*, y deberá garantizar el cumplimiento de una obligación. El deudor, por su parte, se constriñe a pagar dicho aval o a amortizar una suma de dinero u otra prestación determinada o determinable, como consecuencia de su simple reclamación, o de una solicitud acompañada de otros documentos, con arreglo a las cláusulas y cualesquiera condiciones documentarias de la obligación. En dicha reclamación se tendrá que indicar o inferir que el pago se debe por la omisión en el cumplimiento de una obligación, por otra contingencia o por dinero prestado o adelantado.

• Comentario:

Parece importante recepcionar esta nueva categoría de garantía por su gran difusión en los negocios, sobre todo en la esfera internacional, que llevó a las Naciones Unidas a dictar la UNCITRAL²⁶. Interesa destacar que se prevé expresamente que esta garantía rigurosa solo puede ser extendida por personas jurídicas, restricción que tiende a proteger a las personas físicas que podrían ser inducidas a su otorgamiento.

Artículo [...]: Se considera que una garantía a primera demanda o independiente ha sido emitida cuando la declaración de voluntad sale de la esfera de control del garante/emisor.

Esta garantía no depende de la existencia o validez de una operación subyacente ni está sujeta a ninguna cláusula que no se encuentre expresa en ella ni a ningún acto o hecho futuro e incierto, salvo la presentación de documentos u otro acto o hecho análogo.

• Comentario:

Por tratarse de un acto unilateral estimamos importante determinar cuál es el momento en que se considera emitida la garantía²⁷.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Fernández Arroyo, Diego (2002). *La CIDIP y los otros foros codificadores* [Consideraciones presentadas como invitado especial de la OEA en la Sexta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado-CIDIP-VI, el 5 de febrero en Washington DC]. Recuperado de http://www.oas.org/dil/esp/derecho_internacional_privado_foroscodificadores.htm

²⁶ Dicho ordenamiento y los artículos 1707 y ss. del Proyecto de Código Civil argentino de 1998 han sido tomados como fuente para las dos normas que se incluyen.

²⁷ Para ello se tomó como fuente el artículo 7 de la UNCITRAL.