

SEGUNDA PARTE

CONFERENCIAS

INTRODUCCION A LOS MEDIOS DE GARANTIA MODERNOS

Not. F. Javier Arce Gargollo

Introducción a los Medios de Garantía Modernos

INTRODUCCION A LOS MEDIOS DE GARANTIA MODERNOS

Sumario:

- 1.- Concepto de garantía y clases.
- 2.- Las garantías personales e institucionales.
- 3.- Criterios de distinción de las garantías reales.
- 4.- La hipoteca.
- 5.- La prenda.
- 6.- Otros medios de garantía.
- 7.- Problemática actual de las modernas garantías.

1.- Concepto de garantía y clases. Es un principio general establecido en casi todos los ordenamientos el que "el deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes..." (art. 2964 del Código Civil -C.c.-). Este principio no significa la existencia de una garantía para un determinado crédito o derecho del acreedor, pues este concepto de responsabilidad, como uno de los elementos de la obligación deriva de la ley y lo tienen todos los acreedores.

"En sentido general se denomina garantía a cualquier medida o modo especial de asegurar un crédito". La garantía viene a añadir al crédito algo que el crédito por sí mismo no tiene, de tal manera que esta adición o yuxtaposición lo que refuerza al acreedor la seguridad de que su derecho será satisfecho. "Si la garantía es un refuerzo de la posición jurídica del acreedor, es claro que esto sólo puede ser conseguido ampliando el poder jurídico del acreedor" (DIEZ PICAZO).e

En este sentido, no son propiamente garantías:

a) La obligación mancomunada y la solidaria que previene nuestro Código Civil.e

b) La cláusula penal o pena convencional que se pacta en algunos negocios jurídicos.e

c) El derecho de retención que en algunos casos concede la ley al acreedor (por ejemplo: en la compraventa, en el mandato o en la comisión).e

Introducción a los Medios de Garantía Modernos

d) La reserva de dominio como modalidad de la compraventa.e

e) El contrato de seguro con todas sus especies.e

"El plus que implica sobre la responsabilidad patrimonial universal y ordinaria del deudor puede originarse:

a) Por la incorporación de otro patrimonio (fianza).e

b) Mediante la sujeción de un concreto bien a la responsabilidad de la obligación. Ello puede ocurrir tanto respecto de bienes propios del deudor, con lo que se altera el principio de 'par conditio creditorum', e como gravando derechos que pertenecen al patrimonio de un tercero" e (CAMPO VILLEGAS).e

A la primera clase de estas garantías se les califica de garantías personales, pues el patrimonio adicional a la obligación se atribuye a una persona. A la segunda se les llama garantías reales, pues están en función de bienes específicos y concretos que refuerzan la posición jurídica del acreedor. Estas, a su vez, pueden atribuir al acreedor un derecho real de garantía (prenda, hipoteca); la propiedad de un bien (reserva de dominio, arrendamiento financiero), una titularidad de derecho sobre un bien (fideicomiso) o, temporalmente, la posesión de la cosa (derecho de retención).

2.- Las garantías personales e institucionales. La fianza que regula el Código Civil es la garantía personal tradicional. Los principios que rigen la fianza son:

a) Es una garantía accesoria que no puede existir sin una obligación válida e (art. 2797).e

b) El fiador no puede obligarse a más que el deudor principal (art. 2799).e

c) El fiador puede oponer al acreedor las excepciones derivadas de la obligación principal (art. 2812).e

d) La extinción de la obligación del deudor extingue la fianza (art. 2842).e
La aparición de nuevas figuras de garantías de naturaleza personal, se caracterizan por:

Introducción a los Medios de Garantía Modernos

a) La profesionalización o institucionalización del fiador o garante.

b) El nacimiento de nuevos negocios en los que se cuestionan los principios de accesoriedad y subsidiaridad de la fianza tradicional.

Algunas de estas modernas técnicas de garantía de gran aplicación práctica son las siguientes:

A) La fianza de empresa.- Se conoce así (la terminología ha sido criticada) al contrato de fianza que celebran en forma habitual, profesional y a título oneroso las sociedades anónimas llamadas instituciones de fianzas. Las afianzadoras están reguladas por una ley especial: la Ley de Instituciones de Fianzas (LIF) y están sujetas a la vigilancia y control de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas. Los particulares distintos a las afianzadoras, incluyendo a los bancos, tienen prohibido otorgar habitualmente fianzas onerosas.

Las instituciones de fianzas, como garantes institucionales, tienen como medio de recuperación frente al fiado, obligado solidario o contrafiador, la posibilidad de que este "afecte en garantía" bienes inmuebles de su propiedad inscritos en el Registro Público de la Propiedad. La "afectación en garantía" no crea un derecho real sobre el inmueble afectado ni hay transmisión de dominio a favor de la afianzadora. Registralmente solo se anota marginalmente y esta anotación tiene una naturaleza especial. Solo concede una preferencia a la institución de fianzas beneficiaria, para realizar a futuro un embargo sobre el bien inmueble, embargo que se retrotrae a la fecha de la anotación (arts. 31 y 100 LIF).

B) El aval bancario.- En México, las instituciones de crédito o bancos pueden obligarse a otorgar su aval para garantizar pagarés (la totalidad o parte) que suscribe un cliente (deudor principal) para un tercero beneficiario del pagaré. El banco avalista generalmente celebra un contrato de apertura de crédito con el suscriptor del pagaré, recibe una comisión en proporción al aval prestado y debe hacer una reserva de esta contingencia. La Ley de Instituciones de Crédito (LIC) autoriza expresamente esta operación (art. 46 frac. VIII).

C) La garantía independiente.- Para el comercio internacional las garantías reales tienen el inconveniente de que las normas que las regulan

Introducción a los Medios de Garantía Modernos

son de ámbito nacional y sus procedimientos de ejecución complejos y costosos. "La práctica de los contratos internacionales enseña que las garantías personales clásicas se adaptan mal a las necesidades del comercio internacional, por lo que durante los últimos años, se ha podido asistir a la elaboración y desarrollo de nuevas formas de garantía, algunas de ellas fuertemente influenciadas por el derecho anglosajón, entre las que sobresale la garantía a primera demanda o por simple requerimiento" (CERDA OLMEDO).

Esta garantía personal la solicita una parte que se llama oferente a un garante que generalmente es una institución bancaria o financiera, para que esta pague una suma de dinero a un beneficiario con el sólo requerimiento escrito de éste. Se utiliza para garantizar el cumplimiento de ciertos contratos entre el oferente y el beneficiario, pero para que opere su pago no es necesario que el beneficiario compruebe el incumplimiento del oferente sino que, a su sólo requerimiento el garante debe pagarle.

Características de la garantía a primera demanda son:

I) La garantía tiene un objeto distinto del propio de la obligación garantizada, pudiendo ser incluso más onerosa que ésta.

II) No queda automáticamente ajustada por las vicisitudes que puedan influir en la obligación garantizada.

III) La garantía puede tener una duración diferente e independiente de la obligación que asegura.

IV) El garante no puede oponer excepciones derivadas de la relación contractual subyacente, pues la garantía constituye una obligación autónoma de la obligación asegurada.

V) La garantía a primera demanda debe ser cumplida con independencia de que la obligación garantizada se cumpla o no, mediante la simple reclamación del beneficiario, "con la única condición de que dicha reclamación respete y se atenga a las condiciones formales que pudieran haberse estipulado" (CERDA OLMEDO).

En México hay poco conocimiento de la llamada garantía a primer

Introducción a los Medios de Garantía Modernos

requerimiento o garantía a demanda por la prohibición de que las instituciones de crédito otorguen fianzas o cauciones. (art. 106 frac. IX de la LIC). Para estos efectos, se utiliza la carta de crédito "standby". Desde el punto de vista legal la carta de crédito standby es simplemente otro término de la garantía a demanda, pero como a los bancos en Estados Unidos (y en México) no se les permite normalmente emitir garantías, el término carta de crédito standby se adoptó con el objeto de evitar la terminología de garantía. El régimen normativo a que están sujetas las cartas de crédito standby es, en principio, a las mismas normas de toda carta de crédito que en nuestra LIC, está prevista en el art. 71e precepto que remite a los "usos internacionales". Se les aplican, además, las denominadas Reglas "UCP 500" ("Uniform custom and practices for documentary credits") de la Cámara de Comercio Internacional.

3.- Criterios de distinción de las garantías reales. Hay varios criterios para distinguir las garantías reales de prenda e hipoteca.

a) El primero de ellos, seguido por las codificaciones civiles del siglo XIX, reserva la prenda para los bienes muebles y la hipoteca para los bienes inmuebles.

b) Otro criterio de distinción atiende a la posesión del bien dado en garantía. En la prenda, la posesión la tiene el acreedor; en la hipoteca, el deudor o el garante. Nuestra legislación mexicana, parece que se inclina por el criterio de la posesión conforme a la definición del derecho real de hipoteca del Código Civil. En nuestra legislación existe la hipoteca sobre bienes muebles como embarcaciones, aeronaves y bienes muebles que se integran a la unidad completa de una empresa, garantías reales en las que los bienes quedan en poder del deudor. Los criterios señalados no son enteramente rígidos; ejemplo de ello son las llamadas por la doctrina: hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento.

c) En algunas modernas legislaciones de otros países se han introducido otros criterios de diferenciación. Por ejemplo, en el nuevo Código Civil de Holanda (1992) la prenda se aplica para bienes que no se registran y la hipoteca para bienes que se inscriben. En el Código Civil de Quebec, Canadá (1991) hay una extensa regulación de la hipoteca que se aplica a bienes muebles e inmuebles, cosas corpóreas o incorpóreas, bienes determinados o universalidades; la prenda deja de estar regulada, salvo en disposiciones transitorias.

Introducción a los Medios de Garantía Modernos

4.- La hipoteca. La hipoteca civil la define el Código Civil como "la garantía real sobre bienes que no se entregan al acreedor, y que da derecho a éste, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, a ser pagado con el valor de los bienes, en el grado de preferencia establecido por la ley." En la evolución de los negocios jurídicos modernos la hipoteca, como garantía sobre bienes que no se entregan al acreedor, sino que conserva el deudor hipotecario, tiende a ampliar su campo de aplicación a bienes muy diversos.

Varias características destacan en la evolución de la hipoteca:

I) Las hipotecas que recaen sobre bienes que se regulan en leyes especiales, tiene una reglamentación escasa e incompleta. Hay que considerar que las normas del Código Civil, en algunos casos, van a suplir algunas de sus disposiciones.

II) Se aplica a bienes muebles, algunos de ellos complejos (o compuestos) y fácilmente identificables, como el caso de las embarcaciones y las aeronaves, otros con alguna dificultad en su identificación precisa como los bienes de una empresa.

III) Respecto a su publicidad deben inscribirse, por lo general, en Registros Públicos especiales.

A) La hipoteca marítima.- La Ley de Navegación (LNAV) regula en nuestro Derecho Mexicano la garantía real sobre embarcaciones. Dice el art. 90 que: "Se podrá constituir hipoteca de una embarcación o artefacto naval construido o en proceso de construcción, por el propietario mediante contrato". Esta garantía se califica de hipoteca y tiene carácter mercantil.

Las características de esta garantía son:

I) El objeto de ésta garantía real es la embarcación, que se define como "toda construcción destinada a navegar, cualquiera que sea su clase y dimensión"; o un artefacto naval que es "la construcción constante o fija no destinada a navegar, que cumple funciones de complemento o apoyo en alguna de las actividades marítimas, fluviales o lacustres" (art. 2o.).

II) La embarcación es un bien mueble (art. 67) que junto con sus pertenencias y accesorios constituyen una universalidad de hecho (art. 67). La

Introducción a los Medios de Garantía Modernos

embarcación es una nueva cosa compuesta, calificada por la comunidad de destino económico de las cosas que se unen: ese destino es la navegación (GARRIGUES).

III) Para que la embarcación pueda ser hipotecada es necesario que esté matriculada como buque mexicano e inscrita en el Registro Público marítimo nacional (art. 14 frac. II).

IV) El orden de inscripción determinará la preferencia (art. 90), aunque la hipoteca pasa después de los "privilegios marítimos", que tienen prelación sobre cualquier otro crédito (art. 91). Estos privilegios comprenden: los sueldos de la tripulación, los créditos por indemnizaciones de personas, créditos de la embarcación por servicios portuarios y otros que detalla la ley (art. 80).

V) La hipoteca se inscribe en el Registro Público Marítimo Nacional para cumplir con el principio de publicidad (art. 14 frac. II).

México es parte firmante del Convenio de las Naciones Unidas sobre las condiciones de inscripción de los Buques (Ginebra, Suiza 1986 D.O. 17-marzo-1988) que señala que: "El Estado de matrícula establecerá un registro de los buques que enarbolan su pabellón que se llevará en la forma que determine ese Estado y de conformidad con las disposiciones pertinentes del presente convenio" (art. 12).

B) La hipoteca sobre aeronaves y sus partes.- La Ley de Aviación Civil (LAVC) derogó muchas de las disposiciones de la Ley de Vías Generales de Comunicación, entre las que se encontraba la regulación de la hipoteca de aeronaves y la prenda sobre partes del aeronave (arts. 362 a 366). La vigente LAVC, no regula los gravámenes sobre aeronaves o sus partes, aunque se previene en dicha ley que en el Registro Aeronáutico Mexicano (a cargo de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes) deben inscribirse "los documentos por los cuales se adquiere, tramita, o modifique, grave o extinga, la propiedad, la posesión y los demás derechos reales sobre las aeronaves civiles mexicanas y sus motores..." (art. 47 frac. I).

A falta de una regulación expresa de la hipoteca sobre aeronaves, considero que las normas vigentes en México para ésta garantía son, mientras no se adicione la nueva ley, las del Convenio Internacional relativo al reconocimiento de derechos sobre aeronaves en el que México

Introducción a los Medios de Garantía Modernose

es parte, (Ginebra, Suiza 1948. D.O. 9-junio-1982) pues el artículo 4o. de LAVC, dispone que: "la navegación civil en el espacio aéreo sobre territorio nacional se rige por lo previsto en esta ley, por los tratados, y a falta de disposición expresa, etc..." Este importante convenio dispone que: "Los Estados contratantes se comprometen a reconocer: ... d) la hipoteca "mortgage" y derechos similares sobre una aeronave creados convencionalmente en garantía de pago de una deuda; a condición de que tal derecho haya sido: I) Constituido conforme a la ley del estado contratante en el cual la aeronave estuviese matriculada al tiempo de la constitución. II) Debidamente inscrito en el Registro público del estado contratante en el cual esté matriculada la aeronave" (art. I).

En segundo lugar, son normas supletorias para la constitución y regulación de la hipoteca sobre aeronaves las de la hipoteca civil, pues la LAVC dispone que a falta de disposición expresa se aplicarán: "los Códigos de Comercio, Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal, ..." (art. 4o. frac. IV).

Esta falta de fundamento legal pudiera suplirse, para mayor seguridad del acreedor hipotecario, según una reciente opinión, mediante dos medios: como hipoteca sobre aeronaves con fundamento en los arts. 92 y 93 de la LVGC que señalan lo que comprenden los gravámenes, entre los que se incluyen los bienes y medios de transporte; o acudir a otro contrato que dá origen a una garantía que queda en poder del deudor, como es el crédito refaccionario (DIEZ GARCIA).

La hipoteca sobre aeronave, tiene por objeto la aeronave que se define como: "cualquier vehículo capaz de transitar con autonomía en el espacio aéreo, con personas, carga o correo" (art. 2-I). En el Convenio Internacional, se establece que "la expresión aeronave comprenderá la cédula, los motores, las hélices, los aparatos de radio y cualesquiera otras piezas destinadas al servicio de la aeronave, incorporadas en ella o temporalmente separadas de ella" (art. XVI). Para la Constitución de la hipoteca se requiere que la aeronave éste matriculada en México y la inscripción de la aeronave y de la hipoteca se hace en el Registro Aeronáutico Mexicano.

C).- La hipoteca sobre la unidad completa de una empresa.- La empresa como unidad puede ser objeto de diversos negocios jurídicos, se puede vender, enajenar por algún título, arrendar o constituir sobre ella algún

Introducción a los Medios de Garantía Modernos

tipo de gravamen, como la hipoteca. La empresa constituye una universalidad de hecho y lo que da unidad a los elementos integrantes de la empresa es el fin a que están destinados. El principal problema que se presenta sobre la posibilidad de constituir la llamada por el Código Civil "hipoteca industrial" (art. 3011), es el determinar si la empresa puede ser considerada como un bien único y cumplir con el principio de la especialidad y publicidad de la hipoteca; o bien, si por el contrario, la garantía real sobre una empresa comprende un conjunto de garantías reales particulares, quizá prendas sin desplazamiento que recaen en cada uno de los elementos que la conforman. En el Derecho mexicano es posible constituir una garantía real sobre la unidad completa de una empresa, pues la ley autoriza esta clase de garantía en las leyes de Instituciones de Crédito (LIC) (art. 67 de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito (LOAAC) (art. 50) y de Instituciones de Fianzas (art. 28). Los preceptos que las regulan son muy similares y señalan, en una extensa y descriptiva disposición, los bienes que pueden comprender y que, en síntesis son: -la concesión o autorización respectiva, en su caso; todos los elementos materiales, muebles o inmuebles afectos a la explotación, considerados en su unidad. podrán comprender además, el dinero en caja de la explotación corriente y los créditos a favor de la empresa, originados por sus operaciones, sin perjuicio de la posibilidad de disponer de ellos y de sustituirlos en el movimiento normal de las operaciones, sin necesidad del consentimiento del acreedor, salvo pacto en contrario-.

Esta garantía se caracteriza por:

- a) Tiene el carácter de "hipoteca", pues el bien objeto de la misma no se entrega al acreedor.
- b) El objeto de la garantía es "la unidad completa de la empresa" y comprende los bienes "afectos a la explotación, consideradas en su unidad."
- c) El deudor tiene facultades de explotación y dirección de la empresa hipotecada.
- d) El garante puede disponer y sustituir los bienes "en el movimiento normal de las operaciones" es decir hay una subrogación real.
- e) Con respecto a ciertos bienes, como los activos fijos o inmovilizados, el acreedor hipotecario tiene derecho a oponerse a su venta o enajenación, si de ello puede derivar un menoscabo a su garantía.

Introducción a los Medios de Garantía Modernos

f) En cuanto a su inscripción el Reglamento del Registro Público de Comercio (RRPC) señala que debe inscribirse en la segunda parte del folio mercantil (art. 32 frac. II). Si hay inmuebles, debe registrarse en los Registros de la Propiedad de la ubicación de los inmuebles.

5.- La prenda. El C.c. no define propiamente al contrato sino al derecho real de prenda. Dice este ordenamiento que: "La prenda es un derecho real constituido sobre un bien mueble enajenable para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago" (art. 2856). Los bienes objeto de la prenda civil pueden ser muy variados: cosas, muebles, frutos pendientes y derechos o créditos (arts. 2857 y 2865 del C.c.). Una característica esencial de la prenda es que ésta se constituye por la entrega "real o jurídica" que el deudor prendario, o el garante, hace al acreedor prendario (arts. 2858 del C.c. y 334 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito "LTOC"). Es así un contrato real. En la prenda civil se entiende entregada jurídicamente el bien objeto de la garantía al acreedor, cuando éste o el deudor convengan en que quede en poder de un tercero o bien cuando quede en poder del mismo deudor. En este caso la prenda está a disposición del acreedor, aún cuando la posesión física del bien la tenga el deudor ("prenda sin desplazamiento"). Para que este tipo de contrato de prenda produzca efectos contra tercero, en los dos casos, debe inscribirse en el Registro Público (art. 2859). La perfecta identificación de los bienes muebles objeto de la prenda, para efectos de la inscripción en el Registro Público, ofrece en la práctica algunas dificultades. Sólo ciertos bienes muebles pueden ser objeto de identificación indubitable (arts. 3069 frac. IV, 3070 frac. II del C.c. y arts. 69 y 70 del Reglamento del Registro Público de la Propiedad "RRPP") y estos bienes, conforme a su naturaleza, no tienen una sede fija.

En la evolución de la prenda hay dos aspectos importantes que rompen con los principios tradicionales de este contrato:

I) La entrega del bien al acreedor; y

II) La identificación precisa del bien objeto de la garantía. El C.c. se refiere en varios preceptos a "la cosa" dada en prenda o empeñada.

La prenda que queda en poder del propio deudor, que se regula como excepción en nuestra ley, tiende a ser una garantía que se utiliza cada vez con mayor frecuencia, especialmente en operaciones mercantiles,

Introducción a los Medios de Garantía Modernos

pues "la desposesión hace inviable la garantía cuando el bien es productivo." (CAMPO VILLEGAS).

En nuestro Derecho hay algunos ejemplos de esta clase de garantía, como son el crédito de habilitación o avío, el crédito refaccionario y la prenda en favor de instituciones de crédito que se constituye con la entrega de la factura (art. 69 de la LIC).

El otro elemento característico de la prenda que ha variado es el de la individualización del bien dado en garantía. La prenda que reglamenta la LTOC, puede recaer sobre: bienes fungibles o no fungibles, sobre derechos, e incluso sobre dinero. Esta ley señala: "cuando la prenda se constituya sobre bienes o títulos fungibles, puede pactarse que la propiedad de éstos se transfiera al acreedor, el cual quedará obligado, en su caso, a restituir al deudor otros tantos bienes o títulos de la misma especie" (art. 336). La ley establece que cuando el bien materia de la prenda es un bien fungible, la prenda subsiste aunque éste sea substituido por otro (art. 335); y también, si el bien dado en prenda se vende, "el producto de la venta será conservado en prenda" (art. 341). En esta clase de garantías se altera el principio de individualización del bien. Los bienes materia del gravamen quedan liberados cuando los enajena el deudor prendario y los nuevos bienes que adquiere quedan gravados.

Esta idea de la substitución de los bienes dados en prenda como garantía de un crédito que aparece en algunos contratos del Derecho mexicano, es conocida ampliamente en el Derecho Anglosajón donde se conoce como floating charge o carga flotante, que es: "una carga continua creada sobre los activos de una sociedad, pero que permite a la compañía disponer libremente de la propiedad en el curso normal de sus operaciones, hasta que el acreedor intervenga para ejecutar su crédito" (BLACK'S LAW DICTIONARY).

En el Derecho Mexicano hay dos ejemplos de la aplicación del principio de la carga flotante derivados de la evolución de la prenda: el crédito de habilitación o avío y la hipoteca sobre la unidad completa de la empresa. En estos dos casos los bienes objeto de la prenda quedan en poder del deudor prendario y la garantía comprende bienes fungibles que se reemplazan por otros en "el movimiento normal de las operaciones." El crédito de habilitación o avío tiene como características:

Introducción a los Medios de Garantía Modernos

I) Un destino específico por el que el acreditado se obliga a invertir el importe del crédito precisamente en la adquisición de las materias primas y materiales, pagos de jornales y gastos de explotación (art. 321).

II) Una garantía natural sobre "las materias primas y materiales, así como los frutos, productos o artefactos que se obtengan con el crédito" (art. 322)e

En los contratos dice la LTOC se fijarán con toda precisión los bienes que se afecten en garantía (art. 326-III), pero esta descripción es genérica, pues no pueden individualizarse los bienes particulares (materia prima, productos en proceso, producto terminado, cuentas por cobrar), sino solo una determinación genérica. La ley claramente señala que en estos créditos "la prenda" podrá quedar en poder del deudor quien se considera depositario para efectos de responsabilidad (art. 329). Se ha sostenido que en esta clase de garantías, "como no hay derecho de persecución no hay prenda, se tratará, en todo caso, de un privilegio: el acreedor tendrá preferencia para que con el producto de esos bienes, en tanto que no hayan salido del patrimonio de su deudor, se le pague" (ABASCAL ZAMORA).

Estas garantías o privilegios requieren, en virtud de que los bienes objeto de la garantía quedan en poder del deudor, que los contratos se inscriban en el Registro Público de Comercio. Si el contrato de habilitación o avío (y el refaccionario) no se inscribe, no sólo no producen efectos contra terceros (art. 326 de la LTOC), sino que no se considera constituida la garantía (art. 334 fracc. VI de la LTOC).

La inscripción del crédito de habilitación o avío y de la hipoteca industrial se hace en la segunda parte del folio mercantil (art. 32 del RRPC), del deudor o acreditado. A diferencia de la prenda sobre bienes individualizados que se inscribe como operación mercantil referida al bien gravado, la garantía o carga flotante se inscribe en el folio del acreditado (registro de deudores).

En materia de prendas especializadas la Ley del Mercado de Valores regula la llamada "caución bursátil" (art. 99), que es una garantía sobre valores que una casa de bolsa tiene en guarda y administración. Tiene como particularidades el que no requiere el endoso de los títulos y que para su ejecución existe un procedimiento de venta extrajudicial conforme a un procedimiento que señala la misma ley.

Introducción a los Medios de Garantía Modernos

6.- Otros medios de garantía. Además de la evolución que tienen los tradicionales negocios de garantía, hay otras figuras que, sin ser algunas de ellas propiamente garantías, otorgan al acreedor un medio adicional para asegurar el pago de su crédito. Estos medios de garantía están limitados a operaciones específicas y solo son aplicables a ciertos negocios y como medio de aseguramiento de ciertos créditos.

A) El mandato irrevocable.- En el contrato de mandato se previene la posibilidad del llamado "mandato irrevocable" que suele utilizarse en la práctica como un medio de garantía. El mandato como contrato intuitus personae naturalmente revocable y renunciabile, excepcionalmente puede ser irrevocable (e irrenunciabile) si se celebra como "condición de un contrato bilateral o medio para cumplir con una obligación contraída." Este medio para cumplir es, indirectamente, un modo de garantizar el cumplimiento de una obligación. La utilización del mandato irrevocable como garantía es muy limitada, pues forma parte de otro negocio y no tiene como fin la ejecución de actos jurídicos por cuenta del mandante. "El poder de representación, en beneficio del representante, es sólo la vestidura o la apariencia formal que encubre otro negocio". (DIEZ PICAZO).

B) El fideicomiso de garantía.- Es éste una de las especies de fideicomiso a que se acude con frecuencia por la ventaja que presenta para el acreedor. Tiene una aplicación muy general y puede utilizarse para garantizar cualquier obligación. Los primeros fideicomisos mexicanos que se otorgaron fueron, muchos de ellos, de garantía.

En estos negocios, el fideicomitente suele ser el deudor o un tercero que trasmite en forma irrevocable a la institución fiduciaria un bien para garantizar al fideicomisario, acreedor del adeudo, un crédito y su preferencia en el pago. El bien objeto del fideicomiso puede ser cualquier bien: mueble o inmueble (art. 351 de la LTOC). "El fideicomiso de garantía ha venido a substituir con ventaja a la prenda y a la hipoteca, haciendo más flexible, sencillo y seguro el manejo del crédito. El clausulado del contrato, por lo general, contiene disposiciones en el sentido de ser traslativo de dominio e irrevocable mientras la obligación que garantiza permanezca insoluta, sea por suerte principal o accesorios legales; fija el plazo de vencimiento, la periodicidad en el pago de intereses, su tasa, la de los intereses moratorios; los supuestos de vencimiento anticipado de la obligación, establece el trámite a seguir

Introducción a los Medios de Garantía Modernos

para la venta si la obligación no es cumplida al vencimiento, detallando requisitos de publicaciones, deducciones al precio si la venta no se realiza en la fecha señalada, etc." (BATIZA).

Por lo general, el fideicomiso de garantía no requiere la intervención judicial para su ejecución, pues ésta se realiza por el fiduciario como titular de los bienes, conforme a un procedimiento estipulado en el propio negocio de fideicomiso. La posibilidad de venta o ejecución de los bienes fideicomitidos sin intervención judicial, conforme a cierta jurisprudencia, no contraviene la Constitución pues "no se trata de bienes ajenos", (la fiduciaria es titular) puede disponer conforme a instrucciones del contrato de fideicomiso y la fiduciaria no ejerce función judicial. Es probable que estos criterios jurisprudenciales sean revisados como ya lo fue el artículo 341 de la LTOC sobre ejecución extrajudicial de la prenda.

C) La compraventa con reserva de dominio.- Nuestro Código civil regula expresamente esta modalidad de la compraventa para bienes muebles e inmuebles. Es el pacto por el cual "el vendedor se reserva la propiedad de la cosa vendida hasta que el precio haya sido pagado" (art. 2312). Este medio de garantía sólo se aplica a la compraventa y en beneficio exclusivo del vendedor, no se puede ceder a terceros ajenos al contrato. Para que produzca efectos frente a terceros, debe inscribirse en el Registro Público de la Propiedad en el folio real del bien objeto de la operación (mueble o inmueble). Si el bien mueble no es susceptible de identificarse, el pacto no puede inscribirse y por tanto, aunque es válido, no produce efectos frente a terceros (arts. 2312 y 2310 frac. III). El Código limita las facultades de disposición que conserva el vendedor propietario del bien, quien no puede enajenar ni gravar la cosa vendida con reserva de propiedad mientras no se venza el plazo para pagar el precio (art. 2313).

¿El derecho que tiene el vendedor configura una garantía real atípica? Parece que el vendedor conserva el derecho de propiedad, aunque tenga limitaciones en su ejercicio y sólo la conserve para efectos y en función de la garantía. No se trata por tanto, de un derecho real de garantía "sui generis" o atípico.

D) El arrendamiento financiero.- Este contrato que está regulado en la LOAC (arts. 24 al 38) puede definirse, en términos más sencillos que los de la ley, como: "El contrato por el que la arrendadora financiera se

Introducción a los Medios de Garantía Modernos

obliga a adquirir un bien y a conceder su uso a la arrendataria, quien se obliga a pagar un precio determinado o determinable, en pagos periódicos durante un plazo forzoso a ambas partes, a la llegada del cual, o anticipadamente, la arrendataria deberá ejercitar una opción para adquirir el bien, prorrogar el contrato o participar en la venta del bien a un tercero."

El arrendamiento financiero tiene como finalidad el otorgar crédito a los arrendatarios sobre los bienes que utilizan y que, eventualmente, pueden adquirir si ejercitan la opción de compra. La arrendadora financiera, que debe ser una organización auxiliar del crédito, tiene como garantía de su crédito al bien objeto del arrendamiento financiero que conserva como propietaria, aunque la posesión y el uso los tenga la arrendataria.

El arrendamiento financiero, en su aspecto de garantía tiene como elementos:

I) Se trata de una operación de crédito;

II) La conservación de propiedad de la arrendadora financiera es una garantía, tanto frente a la arrendataria como frente a terceros.

III) Constituye una garantía sin desplazamiento que queda en poder del deudor (SANCHEZ LORENZO).

¿El derecho que tiene la arrendadora financiera es un derecho de propiedad o un derecho real de garantía? A la arrendadora financiera como propietaria no le interesa ejercitar los derechos de propiedad como disponer, usar o gravar el bien, sino tan sólo el conservar un derecho real que garantice el cumplimiento de las obligaciones de la arrendataria. Por esta razón se ha planteado el problema de determinar si se trata de un nuevo derecho real de garantía, de "propiedad-garantía", o simplemente de propiedad pero en función de la garantía. Parece que en nuestro Derecho esta situación de la arrendadora financiera se asemeja a la de un vendedor con reserva de dominio, es decir, se trata de un verdadero derecho de propiedad pero con ciertas limitaciones contractuales por lo que hace a la facultad de disposición del propietario. En el arrendamiento financiero el régimen de publicidad registral no está reglamentado adecuadamente, en nuestra ley lo que hace que este contrato no sea, muchas veces, plenamente oponible a terceros respecto

Introducción a los Medios de Garantía Modernos

a los derechos que tienen cada una de las partes en la relación contractual. En la LOAAC se señala que el contrato debe inscribirse en el Registro Público de Comercio y en otros registros (art. 25), pero las disposiciones legales y reglamentarias del Registro no lo contemplan en forma expresa, de modo que por analogía con otros actos inscribibles, parece que se registra como limitación de dominio en el folio real del bien objeto del contrato.

7.- Problemática actual de las modernas garantías.- La evolución de los diversos medios de garantía y su situación actual presenta interesantes problemas y tendencias.

a) Existe en nuestro Derecho y, quizá en otros ordenamientos legales, una gran dispersión normativa de las figuras modernas de garantía que coexisten con las tradicionales garantías que tienen una regulación más completa y sistemática.

b) En los medios de garantía modernos hay una reglamentación fragmentaria, incompleta y muchas veces contradictoria respecto a otras garantías. Por ejemplo, los problemas de prioridad o prelación y la inscripción en distintos Registros Públicos, no está resuelta en forma global.

c) En materia de publicidad registral hay una tendencia clara a la creación de Registros especializados para ciertos bienes en los que se inscriben también las garantías que recaen en dichos bienes. Por ejemplo en México el Registro Público Marítimo nacional, el Registro Aeronáutico mexicano, el Registro Minero, el Registro Agrario Nacional o el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial. Esto es lo adecuado y parece que se repite en otros países, pues no puede señalarse un mismo sistema registral para bienes tan diferentes como un inmueble, una marca, e un lote minero o una embarcación.

d) Hay una tendencia importante a modernizar los sistemas y la organización de los Registros Públicos. Esto requiere una revisión profunda de las disposiciones que los rigen y la implantación de sistemas de informática moderna. Se pretende que a largo plazo se tenga un acceso al Registro para consultas e incluso inscripciones a través de centros alejados del propio Registro y que los asientos registrales seane electrónicos. Se han logrado modernizar ciertos registros en algunos Estados del Canadá, en España, en Francia, en Alemania y en otros países.

Introducción a los Medios de Garantía Modernos

e) Por la gran influencia que ejercen los Estados Unidos de América en la economía mundial, hay instituciones y actos jurídicos que se están importando y aplicando en México (por ejemplo: el leasing, el factoring, el franchising, las leyes antitrust). Esta influencia, que se ha acentuado con el Tratado de Libre Comercio, abarca también al sistema de garantías y al sistema registral, especialmente de bienes muebles que se regula en el artículo 9o., del "Uniform Commercial Code" (UCC). Este sistema lo copió y mejoró Canadá (en la parte sajona) con la "Personal property security Act" (la Ley modelo de garantías reales sobre bienes inmuebles).

f) Las características de este sistema de garantías y registros de los Estados Unidos de América y de Canadá, son:

I) Se tiene una noción única de garantía real ("security interest") que comprende prenda, hipoteca, compraventa con reserva de dominio, fideicomiso.

II) La garantía se aplica a obligaciones presentes o futuras y puede extenderse a todos los bienes que se adquieran en el futuro.

III) La descripción de los bienes objeto de la garantía es muy general (inventarios, cuentas por cobrar), y generalmente se constituye como garantía "flotante".

IV) La garantía abarca a los bienes que se adquieren en lugar del bien materia de la garantía: "productos".

V) La publicidad se logra por la inscripción registral con una sencilla fórmula que es el "financing statement" (declaración de financiación), e garantías cuya prelación está sujeta a ciertas excepciones, como la "purchase money security interest" (propia del vendedor de un bien a crédito) (GARRO ALEJANDRO).

g) Otra preocupación importante en materia de garantías mobiliarias, sobre todo cuando quedan en poder del deudor, es el desplazamiento de los bienes gravados de un lugar o de un país a otro. Por ejemplo, en Monterrey se constituyó una prenda sin desplazamiento sobre una maquinaria que sale del país hacia Canadá. ¿Como se rige esta garantía y como se ejecuta si el deudor no cumple? ¿Bajo las leyes y jueces de México o las de Canadá?

Introducción a los Medios de Garantía Modernos

h) En el Derecho mexicano se prohíbe, en términos generales, que el acreedor adquiera el bien que garantiza su adeudo por simple pacto con el deudor, lo que se conoce como pacto comisorio. Sin embargo, hay una tendencia a que ciertas garantías, indirectamente lo permitan, como la venta en abonos con cláusula rescisoria, la compraventa con reserva de dominio, el arrendamiento financiero o el fideicomiso de garantía. Actualmente se revisa en México, desde el punto de vista constitucional, por la Suprema Corte de Justicia, la posibilidad de venta extrajudicial en la prenda mercantil.

i) En el campo internacional hay importantes esfuerzos para uniformar normas o armonizar figuras e instituciones en materia de garantías. El UNCITRAL (siglas en inglés para la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional), como organización para la unificación del Derecho mercantil, ha trabajado en normativas uniformes para garantías personales. También deben mencionarse interesantes organismos europeos que han presentado propuestas y estudios para armonizar reglas en materia de garantías en la Comunidad Económica Europea en lo que se conoce como Derecho Comunitario.

j) Por último, en el XXI Congreso de la Unión Internacional del Notariado Latino, celebrado en Berlín en 1995, se incluyó un tema sobre las modernas técnicas de garantía y la intervención notarial. De las conclusiones de este tema quiero destacar que se recomendó, entre otras cosas:

I) Introducir sistemas equivalentes de publicidad o registro con reglas sobre prioridad.

II) Una mayor intervención notarial para mayor seguridad y legalidad de las operaciones de garantía.

III) La aceptación del instrumento notarial como título ejecutivo, así como la intervención notarial en los procedimientos de ejecución.

IV) Mejorar la información internacional del crédito y de las garantías.

Introducción a los Medios de Garantía Modernos

B I B L I O G R A F I A

Batiza Rodolfo: *El fideicomiso. Teoría y práctica*, tercera edición, Editorial Jus, México 1991.- *Black's Law Dictionary*, 5a. edición, St. Paul Minn, West Publishing, Co., 1979, voz: "floating charge".- Campo Villegas, Elías: *Las modernas técnicas jurídicas de garantías y la práctica notarial*. Leasing, trust, *Hipoteca Mobiliaria, Reserva de Dominio*. Trabajo presentado por el notariado español al XXI Congreso de la Unión Internacional del Notariado Latino celebrado en Berlín en 1995.- Cerda Olmedo, Miguel: *Garantía independiente* (nueva forma de garantía personal realizable mediante simple reclamación al acreedor, surgida de la praxis del comercio internacional), Comares Editorial, Granada España, 1991. Diez García, Carlos: *The Uncertainties created in aircraft financing by Mexico's New aviation law*, Focus Americas, Transnational Publishers, Inc. New York, march 1996.- Diez Picazo, Luis: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Tomo I, Segunda edición, Editorial Tecnos, Madrid 1983.- DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO, UNAM, Editorial Porrúa Mexico 1988, voz: prenda mercantil (Abascal Zamora).- Garrigues, Joaquín: *Curso de Derecho Mercantil*, Editorial Porrúa, México, 1979.- Garro, Alejandro: *Hacia un régimen uniforme de garantías reales en los países del TLC*, *Revista de Derecho Privado*, Núm. 17 mayo-agosto 1995, McGraw Hill, México.- Sánchez Lorenzo, Sixto: *Garantías reales en el comercio internacional*, Editorial Civitas, Madrid, 1993.