

Innovaciones en materia de garantías

Parte de la doctrina nacional sostiene que en nuestro ordenamiento jurídico no es viable la hipoteca como instrumento para garantizar obligaciones futuras identificadas de manera general y no específica en el contrato o escritura de hipoteca. El tema fue objeto de resolución de una sentencia dictada por la Suprema Corte de Justicia el pasado año.

Esc. Manuel Nion

Por Sentencia Nº 169/004 de fecha 02 de junio de 2004 la Suprema Corte de Justicia (SCJ) desestimó una acción judicial por la cual se solicitaba se declarara la extinción de una hipoteca que garantizaba obligaciones futuras identificadas de manera general en la escritura de hipoteca.

En el caso planteado la hipoteca fue otorgada a efectos de garantizar una línea de crédito otorgada por una Institución financiera a una empresa, comprendiendo no solo la línea de crédito inicial, sino también los sucesivos vales y títulos valores librados por el deudor durante la vigencia de la línea de crédito bancaria.

Parte de la doctrina se ha manifestado en el sentido de que en nuestro sistema jurídico, y más concretamente en base a lo establecido en nuestro Código Civil, no es viable la hipoteca como instrumento o medio para garantizar obligaciones futuras que sean determinadas o identificadas de manera general en el contrato o escritura de hipoteca, esto es, las comúnmente llamadas "hipotecas abiertas"

El caso planteado amerita considerar ciertos aspectos vinculados con las garantías -tema ya de por sí vastísimo-, las cuales se constituyen como herramientas que nuestro ordenamiento jurídico proporciona para garantizar obligaciones, tema que como veremos, ha sido objeto de recientes innovaciones .

La garantía hipotecaria

Una hipoteca es un contrato de garantía que presupone siempre la existencia de una obligación o contrato principal (por ejemplo un préstamo de dinero) al cual es accesorio. Su función es la de garantizar el cumplimiento de ese contrato principal, afectando en garantía del cumplimiento bienes inmuebles. Por tanto, se trata siempre de un contrato accesorio a otro principal.

Sobre el fallo antes mencionado, autores y profesionales del derecho se han pronunciado en igual sentido que la Suprema Corte de Justicia, y otros, por el contrario, han sostenido la inviabilidad de la hipoteca para garantizar este tipo de obligaciones (hipotecas abiertas), al amparo de lo establecido en nuestro Código Civil (artículo 1836).

Las hipotecas abiertas son tradicionalmente las más solicitadas, y las que más tranquilidad otorgan a cualquier acreedor. Considerando el fallo citado, y la no unanimidad de la doctrina respecto de la utilización de ésta herramienta, se aprecia como recomendable utilizar el mecanismo de las "hipotecas abiertas" detallando de manera precisa las obligaciones que garantiza, sean estas actuales o futuras, estableciendo en caso de garantizar obligaciones futuras un límite temporal a las mismas, no siendo aconsejable, a efectos de que nos brinde seguridad jurídica, que quede indeterminado el tiempo por el cual se extiende la garantía. Ello si se pretende lograr que la hipoteca abierta cumpla efectivamente con su función de garantizar obligaciones futuras.

Atento a las cada vez más complejas relaciones contractuales y obligaciones que se generan por estos días, fundamentalmente en el ámbito comercial, no siempre la reina de las garantías reales puede constituir una real garantía, por lo que se deberá ser muy cuidadoso y analítico a la hora de estudiar cada caso o negocio concreto para poder determinar que tipo de garantía escoger o exigir en función de la naturaleza de las obligaciones cuyo cumplimiento se pretenda garantizar, pues caso contrario, y más allá de que se mantenga o varíe la posición sostenida por la SCJ en el fallo de referencia, ya sea por la propia SCJ o por los diferentes Jueces que tengan que entender y fallar en los casos que se planteen judicialmente, el acreedor podría llegar a quedarse sin garantía para ejecutar en caso de incumplimiento del deudor, con los consiguientes perjuicios que esto le podría conllevar.

Claro está, que no debe entenderse que la hipoteca no sea de aconsejable aplicación, esto es, no se debe generar pánico ahora o tener miedo a la hora de adoptarla como garantía en los casos que efectivamente sea de aplicación, pero sí se debe manejar con cuidado su utilización para tener la máxima tranquilidad posible en el sentido de que la misma efectivamente cumpla con su función de garantía.

El fideicomiso de garantía. ¿Una alternativa a la garantía hipotecaria?

Con la Ley de Fideicomisos, Nº 17.703 de octubre de 2003, aparece en nuestro derecho la figura del fideicomiso, una absoluta novedad normativa en nuestro país, aunque de antigua data en ordenamientos jurídicos extranjeros, inclusive latinoamericanos.

De acuerdo a esta ley, cabe la posibilidad, expresamente prevista en la misma, de garantizar obligaciones mediante la constitución de un fideicomiso. En efecto, debido a la versatilidad y adaptabilidad de esta figura, se podrá constituir un fideicomiso de garantía, negocio jurídico que, explicado en términos generales, funcionaría de la siguiente manera: mediante un contrato escrito (contrato de Fideicomiso de Garantía) un deudor (fideicomitente), en garantía del cumplimiento de obligaciones asumidas, transfiere la propiedad de uno o varios bienes (bienes fideicomitados) a favor de un tercero (fiduciario), instruyéndole expresamente en el sentido de que, en caso de que incumpla las obligaciones asumidas con su acreedor, proceda a enajenar los bienes fideicomitados y, con el producido de la enajenación satisfaga lo adeudado al acreedor (beneficiario). En caso de que el deudor cumpla con las obligaciones asumidas, el fiduciario deberá transferir los bienes nuevamente al ex deudor.

El fiduciario, durante todo el tiempo que detente la propiedad de estos bienes, será titular de lo que se denomina "propiedad fiduciaria", que se trata de una propiedad no "plena" sino afectada a un fin en particular, en este caso, el de garantizar obligaciones. Cabe aclarar que esta figura crea una especie de "blindaje", "aislamiento" o protección especial respecto de los bienes que conforman la garantía, pues luego de que se firma y en su caso se registra el Fideicomiso, estos bienes quedarán protegidos y al abrigo de cualquier embargo o afectación que sufra el deudor o el mismo fiduciario, lo que de por sí constituye otra de las ventajas que esta figura nos proporciona.

Tras este breve ejemplo, muchos podrán pensar que a simple vista, pareciera que el funcionamiento de la figura es de muy sencilla instrumentación y puesta en práctica, cosa querida y siempre deseada a la hora de instrumentar garantías, pero en realidad, y llevado a los papeles ante un caso concreto, las cosas pueden cambiar, y mucho, y tornarse bastante más complejas de lo imaginable, pues, entre otras cosas a ponderar y tener en cuenta, deberá establecerse de manera minuciosa, detallada e inequívoca cuales son las hipótesis en las que se estará configurando el incumplimiento del deudor, esto es, cuales son los supuestos que, acreditados su acaecimiento de manera indubitable,

“gatillan” o habilitan la posibilidad de que los bienes fideicomitidos sean enajenados, supuestos o hechos que deberán derivar de circunstancias objetivas, sin necesidad de entrar en juicios de valor.

Asimismo, con minuciosidad y detalle deberán establecerse cuales serán los pasos a seguir por el fiduciario en caso de que se produzca ese incumplimiento, esto es, que acciones debe tomar a efectos de proceder a realizar o vender los bienes transferidos en garantía: a vía de ejemplo: si venderlo por sí, o a través de terceros, sobre que valor base venderlo u ofrecerlo en el mercado, como publicitarlo en el mercado, como determinar el valor mínimo de venta, y así un montón más de etcéteras a resolver que variarán en cada caso concreto.

Cabe aclarar que todo este procedimiento que de manera breve se describió es de realización privada, esto es, sin intervención de la Justicia, lo que de por sí constituye una ventaja comparativa muy importante respecto al sistema tradicional de garantías hipotecarias y prendarias, que presuponen la necesidad de iniciar un procedimiento judicial tendiente a lograr finalmente la ejecución de los bienes afectados en garantía, con la consiguiente demora que este tipo de procesos conlleva en nuestro sistema procesal, y además, un aspecto que tampoco es menor, los gastos y honorarios que generan son a menudo un obstáculo a la hora de pretender la ejecución, aunque obviamente los fideicomisos también generan gastos y honorarios, estos serían comparativamente ventajosos.

Tampoco debemos obviar la desventaja de que, en general, los precios finalmente obtenidos en los remates son inferiores a los que tendría ese mismo bien si se realizara en el mercado.

Respecto de esta figura, y concretamente del mecanismo de garantía que a través de la misma se puede instrumentar, mucho se ha discutido, tanto en el derecho extranjero como también en nuestro país, acerca de si la realización de la garantía fiduciaria no constituiría una violación a las garantías del debido proceso que, al menos en nuestro régimen, todos tienen.

Mayoritariamente se concluye que, a través de esta figura, no se está violentando ningún derecho al debido proceso, y por ende esto no se puede asimilar a la llamada “justicia por mano propia”, en virtud de que se trata de algo que así había sido acordado entre las partes, y en el marco de una figura legal existente y regulada, y a la cual estas se sometieron, especialmente el deudor, y además no se debe perder de vista que respecto del o los bienes fideicomitidos los mismos ya habían sido enajenados por el deudor, a favor del fiduciario, desde el momento en que se constituyó el fideicomiso. Esto, claro está, no quita que el contrato de fideicomiso debe necesariamente ser claro acerca de su alcance y consecuencias, y especialmente el deudor que transfiera bienes en garantía deberá asesorarse debidamente previo a la firma del mismo.

Conclusión

Como hemos visto, nuestro sistema jurídico ha tenido innovaciones en materia de garantías. En efecto, y amén del fallo de la SCJ que hemos comentado, que como se vio establece una posición respecto de ciertos tipos de hipotecas y con la cual prestigiosos autores se han mostrado en desacuerdo, se ha agregando al elenco de garantías, junto a las ya tradicionales garantías reales (la hipoteca y la prenda) y personales (la fianza) una nueva alternativa, la del contrato de fideicomiso de garantía.

Igualmente, creemos que no es aconsejable, al menos por ahora, hablar de mejores o peores garantías, sino que corresponderá a los profesionales intervinientes y aplicadores del derecho en general la evaluación, en cada caso concreto, de cual es la que más de ajusta al mismo, y la que ofrece las mayores seguridades, teniendo en especial consideración las obligaciones que se desea garantizar.

PUNTOS IMPORTANTES

- ✓ La hipoteca es un contrato de garantía que presupone siempre la existencia de una obligación o contrato principal.
- ✓ No existe unanimidad por parte de la doctrina y los profesionales en la materia respecto de la viabilidad de la denominada "hipoteca abierta" para garantizar obligaciones indeterminadas.
- ✓ La Sentencia de la SJC del 02/06/2004 desestimó una acción judicial por la cual se solicitaba se declarara la extinción de una hipoteca que garantizaba obligaciones futuras identificadas de manera general en la escritura de hipoteca.
- ✓ Es recomendable utilizar el mecanismo de las hipotecas abiertas detallando en forma precisa las obligaciones garantizadas, estableciendo un límite temporal en caso de garantizar obligaciones futuras.
- ✓ La Ley de Fideicomisos Nº 17.703 habilita la constitución de fideicomisos de garantía como herramienta para garantizar obligaciones.
- ✓ Se trata de un negocio jurídico (contrato) por el cual se transfiere la propiedad de uno o varios bienes que serán enajenados extrajudicialmente en caso de incumplimiento de las obligaciones asumidas.
- ✓ El Fideicomiso de Garantía presenta importantes ventajas comparativas respecto del sistema tradicional de garantías hipotecarias y prendarias, que presuponen la necesidad de iniciar un procedimiento judicial tendiente a lograr finalmente la ejecución de los bienes afectados en garantía.