

# *Introducción al estudio de los medios de garantía modernos*

JAVIER ARCE GARGOLLO

---

*SUMARIO: I. Concepto de garantía y clases. II. Las garantías personales e institucionales. III. Criterios de distinción de las garantías reales. IV. La prenda. V. La hipoteca. VI. Otros medios de garantía. VII. Problemática actual de las modernas garantías.*

## **I. 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...” (artículo 2964 del Código Civil).<sup>1</sup> 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, lo tienen todos los acreedores y deriva de la ley.

Hay que partir de una idea general de lo que se entiende por garantía y cuáles relaciones —aunque indirectamente tengan como efecto otorgar una seguridad adicional al acreedor— no son propiamente negocios de garantía. “En sentido general se denomina garantía a cualquier medida o modo especial de asegurar un crédito”.<sup>2</sup> La garantía que interesa analizar es aquella que supone un derecho del acreedor, adicional o yuxtapuesto al principal, para asegurar al mismo acreedor la seguridad de que su crédito será satisfecho. Supone una ampliación al ámbito de poder jurídico del acreedor.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Todas las disposiciones del Código Civil que se mencionan en este trabajo se refieren al del Distrito Federal.

<sup>2</sup> DÍEZ PICAZO, Luis *Fundamentos del derecho civil patrimonial* 2a. I (Madrid Editorial Tecnos 1983) 581.

<sup>3</sup> *Ibid.*, 581

En este sentido, no son propiamente garantías:

- la obligación mancomunada y la solidaria que previene nuestro Código Civil (CC, artículos 1984 a 2010);
- la cláusula penal o pena convencional que se pacta en algunos negocios jurídicos (artículos 1840 a 1850 del CC);
- 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;
- la reserva de dominio como modalidad de la compraventa;
- el contrato de seguro con todas sus especies; o
- el contrato de arrendamiento financiero.

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

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

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*, como gravando derechos que pertenecen al patrimonio de un tercero.<sup>4</sup>

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 clase de garantías se les llama garantías reales, pues están en función de bienes específicos y concretos que refuerzan la posición jurídica del acreedor.

Para efectos de este trabajo la garantía debe entenderse en un sentido muy amplio, como cualquier medio apto para asegurar la efectividad de un crédito, sea de origen legal, sea fruto de la voluntad de las partes; ya sea que constituya un nuevo derecho subjetivo o una facultad que se incorpora al crédito garantizado.

## II. LAS GARANTÍAS PERSONALES E INSTITUCIONALES

---

La fianza que regula el Código Civil es la garantía personal tradicional. Los principios que rigen la fianza son:

- i) Es un garantía accesoria que no puede existir sin una obligación válida (artículo 2797).
- ii) El fiador no puede obligarse a más que el deudor principal (artículo 2799);
- iii) El fiador puede oponer al acreedor las excepciones derivadas de la obligación principal (artículo 2812).
- iv) La extinción de la obligación del deudor extingue la fianza (artículo 2842).

<sup>4</sup> 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, 23.

La aparición de nuevas figuras de garantías personales, o que tienen su origen en ésta clase de garantía, se caracterizan por la profesionalización del garante o institucionalización y el nacimiento de nuevos negocios en los que se cuestionan los principios de accesoriedad y subsidiariedad de la fianza tradicional. Estos nuevos contratos configuran una nueva y moderna relación jurídica de garantía personal o institucional, en muchos casos, distintos de la fianza.

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. La garantía de ésta clase otorgada por una institución de fianzas es común en muchas operaciones nacionales o domésticas, aunque no es muy usual que se otorguen fianzas de sociedades mexicanas para garantizar operaciones internacionales.

En este tipo de garantía el aspecto personal de la fianza tradicional, en donde importa la persona garante, se transforma en una garantía institucional en donde la sociedad garante es una institución regida en su operación por una ley especial y vigilada por una entidad de Gobierno.

b) *El aval bancario.* Es práctica de negocios en México, de aplicación limitada pero con cierto auge reciente, el que las instituciones de crédito o bancos se obliguen 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 (artículo 46, fracción VIII de la LIC).

c) *El contrato de seguro.* La Ley del Contrato de Seguro (LCS) regula diversas clases del contrato de seguro entre los que se encuentra el seguro contra la responsabilidad, que tiene como fin responder de la ejecución o cumplimiento de determinado contrato. Sólo las instituciones de seguros pueden operar como aseguradoras en México conforme a la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros (LISYM). Las aseguradoras deben constituir ciertas reservas técnicas para las distintas clases de seguros que otorgan. El seguro de cumplimiento (*performance bond*) de aseguradoras mexicanas no es muy común en la práctica de operaciones internacionales porque las instituciones de seguros no tienen todavía un amplio reconocimiento en ese ámbito, ni capacidad para asegurar grandes operaciones. Sin embargo, este contrato se utiliza para asegurar el cumplimiento de contratos nacionales.

d) *La garantía independiente.* Esta garantía personal la solicita una parte que se llama oferente a un garante que generalmente es una institución bancaria o

financiera, para que ésta pague una suma de dinero a un beneficiario con el solo requerimiento escrito. Se utiliza para garantizar el cumplimiento de ciertos contratos entre el oferente y el beneficiario, pero no es necesario que éste último compruebe el incumplimiento sino que, a su solo requerimiento el garante debe pagarle.

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 los que sobresale la garantía a primera demanda o por simple requerimiento.<sup>5</sup>

Para el comercio internacional las garantías reales tienen el inconveniente de que las normas que las regulan son de ámbito nacional y sus procedimientos de ejecución complejos y costosos, por ello se prefiere esta nueva garantía personal que, a diferencia de la fianza tradicional, tiene estos rasgos que la caracterizan:

- i) La garantía tiene un objeto distinto del propio de la obligación garantizada, pudiendo ser incluso más onerosa que éste.
- 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 pudiera haberse estipulado.<sup>6</sup>

En México hay poco conocimiento de la llamada garantía a primer requerimiento o garantía a demanda y, salvo contadas excepciones, no se utiliza en el medio de negocios.

e) *Carta de crédito standby*. Esta modalidad de la carta de crédito se utiliza en México para asegurar el cumplimiento de determinados contratos o como medio de garantía en negocios financieros.

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

<sup>5</sup> CERDA OLMEDO, Miguel *Garantía independiente (nueva forma de garantía personal realizable mediante simple reclamación al acreedor, surgida de la praxis del comercio internacional)* (Granada España Comares Editorial 1991) 13.

<sup>6</sup> *Ibid.*, 27 y 28.

se les permite normalmente emitir garantías, el término carta de crédito *standby* se adoptó con el objeto de evitar la terminología de garantía.<sup>7</sup>

En la legislación mexicana, las instituciones de crédito tienen prohibición expresa para: “otorgar fianzas o cauciones” (artículo 106, fracción IX de la LIC). Esto ha propiciado que las garantías bancarias se utilicen en forma casi general, más que las garantías a primer requerimiento, las cartas de crédito *standby* y se evite en cualquier documento bancario los vocablos: garantía, garante, fianza o términos similares que pudieran contravenir a la LIC. Las *standby* suelen instrumentarse como medios de “garantía bancaria” distintos a las cartas de crédito que son instrumentos de pago. El término se ha traducido al español como “carta de crédito contingente”, aunque este vocablo no ha tenido aceptación.

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 artículo 71 precepto que remite a los “usos internacionales”.<sup>8</sup> Se les aplican, además, las reglas UCP 500 (“Uniform custom and practices for documentary credits”) de la Cámara de Comercio Internacional (CCI).

### III. CRITERIOS DE DISTINCIÓN DE LAS GARANTÍAS REALES

---

Tradicionalmente son dos las garantías reales que regulan los ordenamientos jurídicos: la prenda y la hipoteca. Estas dos clases de garantías han evolucionado también respecto a los bienes a que se aplican y en relación a sus principios tradicionales.

Hay varios criterios para distinguir estas dos garantías reales. 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. Otro criterio de distinción posterior 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. Por esta razón en nuestro derecho existe la hipoteca sobre bienes muebles como embarcaciones, aeronaves y bienes muebles que se integran a la unidad completa de una empresa, hipoteca industrial le llama el Código Civil (artículo 3011), y que son, en estos tres casos, bienes que quedan en poder del deudor. Los criterios señalados no son enteramente rígidos; ejemplo de ello son las llamadas hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento. Estos dos conceptos pertenecen más a la doctrina que a la ley y su distinción no tiene un criterio absoluto. Considero que la hipoteca

<sup>7</sup> GOOD, Roy “Guide to the ICC (International Chamber of Commerce) to the Uniform Rules for demand guarantees” documento núm. 510 (París publicación de la ICC 1992) 16.

<sup>8</sup> Hay una breve referencia a la carta de crédito irrevocable y confirmada en los artículos 317 a 320 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (LTOC).

mobiliaria se aplica a aquellas garantías reales que siempre quedan en poder del deudor, como regla general, y que recaen en bienes muebles, tales como la hipoteca marítima, la de aeronaves o la industrial. En cambio, la prenda sin desplazamiento es aquella garantía que recae sobre bienes muebles que deben entregarse al acreedor, como principio general, pero que excepcionalmente las conserva en posesión el deudor o el garante.

En algunas modernas legislaciones de otros países se ha introducido una normativa práctica interesante respecto a la distinción de las garantías reales. Por ejemplo, en el nuevo Código Civil de Holanda (1992) la prenda se aplica para bienes que no se registran y para bienes que se inscriben la garantía es la hipoteca.<sup>9</sup>

#### IV. LA PRENDA

---

a) *Concepto y principios.* El Código Civil 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” (artículo 2856). Los bienes objeto de la prenda civil pueden ser muy variados: cosas, muebles, frutos pendientes y derechos o créditos (artículos 2857 y 2865 del CC).

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 (artículos 2858 del CC y 334 de la LTOC). Es, por tanto, 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, debe inscribirse en el Registro Público (artículo 2859).

La perfecta identificación de los bienes muebles objeto de la prenda, para efectos de la inscripción en el Registro Público, ofrece algunas dificultades. Sólo ciertos bienes muebles pueden ser objeto de identificación indubitable (artículos 3069, fracción IV, 3070, fracción II del CC y artículos 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: la entrega del bien al acreedor y la identificación precisa de la cosa o el derecho objeto de la garantía.

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

<sup>9</sup> DUKKERS, Peggy y otros “New ways forward in collateral for loans in the practical work of the civil-law notary”. Trabajo presentado por el notariado de los Países Bajos para el XXI Congreso, *cit.*, 8.

frecuencia, especialmente en operaciones mercantiles, pues “la desposesión hace inviable la garantía cuando el bien es productivo”.<sup>10</sup> 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 (artículo 69 de la LIC).

El otro elemento característico de la prenda que ha variado es el de la individualización del bien dado en garantía. El Código Civil se refiere en numerosos preceptos a la cosa dada en prenda o empeñada. Sin embargo, el propio código se refiere a los derechos como bienes incorpóreos (artículo 2865) sobre los que puede recaer la prenda y, excepcionalmente, a ciertos bienes fungibles como los frutos (artículo 2857).

*b) La prenda mercantil.* La prenda que reglamenta la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (LTOC), puede recaer sobre: bienes fungibles o no fungibles sobre derechos, e incluso sobre dinero (artículo 335). El artículo 336 dispone: “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...” Esta prenda se conoce como prenda irregular.<sup>11</sup>

En esta prenda mercantil que tiene por objeto bienes fungibles, dinero o bienes que puedan ser substituidos por otros (aunque sean de otra clase) se produce lo que se conoce como *subrogación real*. Esta “consiste en poner una persona o una cosa en la situación jurídica, que esta persona o cosa ocupaba”.<sup>12</sup> En esta garantía se altera en forma importante el principio de individualización de bien.

En el contrato de prenda mercantil que regula la LTOC se establecen algunos casos en los que se produce una “subrogación real” pues el bien dado en prenda es substituido por otro bien, que queda afectado por la prenda. Así, cuando el bien materia de la prenda es un bien fungible, la prenda subsiste aunque éstos sean substituidos por otros (artículo 335). Cuando el bien dado en prenda se vende, “el producto de la venta será conservado en prenda” (artículo 341).

*c) La carga flotante.* Esta idea de la substitución de los bienes dados en prenda como garantía de un crédito que aparece en algunos contratos en el 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”.<sup>13</sup>

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

<sup>10</sup> CAMPO VILLEGAS, *op. cit.*, 25.

<sup>11</sup> SÁNCHEZ MEDAL, Ramón *De los contratos civiles* 9a. (México Editorial Porrúa 1988) 287.

<sup>12</sup> *Diccionario de Derecho Privado* voz: “subrogación real” (Madrid Editorial Labor, 1951).

<sup>13</sup> *Black's Law Dictionary* 5a. voz: “floating charge” (St. Paul Minn, West Publishing, Co., 1979).

bienes objeto de la prenda quedan en poder del deudor prendario y la garantía comprende bienes fungibles que se sustituyen por otros en “el movimiento normal de las operaciones”. En estas garantías, dice con acierto un autor, “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”.<sup>14</sup>

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 (artículos 334, fracción VII y 326, fracción IV). Si el contrato de habilitación o avío (y el refaccionario) no se inscribe, no sólo no produce efectos contra terceros (artículo 326 de la LTOC), sino que no se considera constituida la garantía (artículo 334 fracción V I de la LTOC). La inscripción se hace en la segunda parte del folio mercantil (artículo 32 fracción IV del RPC), del deudor o acreditado. A diferencia de la prenda sobre bienes individualizados que se inscribe en un folio real del bien gravado (registro de bienes), la garantía o carga flotante se inscribe en el folio del acreditado (registro de deudores).

## V. LA HIPOTECA

---

a) *La hipoteca civil.* La hipoteca civil la define el artículo 2893 del 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”. Conforme a esta definición parece claro que

no es preciso que los bienes hipotecables sean inmuebles, tanto porque el Código Civil no lo exige expresamente (a diferencia de lo que hacía el Código anterior de 1884, artículo 1823), como porque es posible la hipoteca sobre algunos bienes muebles (las hipotecas mercantiles sobre embarcaciones o sobre negociaciones comerciales).<sup>15</sup>

Los principios básicos que recoge nuestra legislación civil en materia de hipoteca son:

i) El principio de especialidad: “la hipoteca sólo puede recaer sobre bienes especialmente determinados” (artículo 2895).

ii) El principio de indivisibilidad: “la hipoteca subsistirá íntegra aunque se reduzca la obligación garantizada, y gravará cualquier parte de los bienes hipotecados que se conserven (artículo 2911).

iii) El principio de publicidad: “La hipoteca nunca es tácita ni general, para producir efecto contra tercero necesita siempre de registro” (artículo 2919).

<sup>14</sup> *Diccionario Jurídico Mexicano* voz: “prenda mercantil” (México UNAM-Porrúa 1988).

<sup>15</sup> SÁNCHEZ MEDAL, *op. cit.*, 300.

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 en forma muy importante su campo de aplicación a bienes muy diversos.<sup>16</sup>

Hay así, varias características que destacan en la evolución de la hipoteca:

i) Las que recaen sobre bienes que se regulan en leyes especiales, tienen 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, las aeronaves y los bienes de una empresa.

iii) Respecto a su publicidad deben inscribirse en registros públicos especiales.

b) *La hipoteca marítima.* La Ley de Navegación (LNAV) regula en nuestro derecho mexicano la garantía real sobre embarcaciones (artículos 90 a 94). Esta garantía se califica de hipoteca y tiene carácter mercantil. Dice el artículo 90 que: “Se podrá constituir hipoteca de una embarcación o artefacto naval construido o en proceso de construcción, por el propietario mediante contrato”. La regulación de la LNAV es fragmentaria e incompleta, por lo que parece que para ciertos efectos debe suplir por el Código Civil, que es norma supletoria, como lo indica la misma ley (artículo 5º, fracción III). El Código Civil podrá suplir en lo relativo a: la definición del contrato, los derechos y obligaciones del deudor hipotecario y del acreedor, la ejecución de la hipoteca y los modos de extinción. Además, las disposiciones de LNAV deben completarse con las normas de derecho internacional de los tratados y convenios en que México es parte y que, por tanto, son derecho vigente.

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” (artículo 2º). Como objeto jurídico la embarcación es un bien mueble (artículo 67) y junto con sus pertenencias y accesorios constituyen una universalidad de hecho (artículo 67).

En esta conjunción de cosas se forma una unidad jurídica, una nueva cosa (*cosa compuesta*), calificada por la comunidad de destino económico de las cosas que se unen: ese destino es la navegación. Lo característico de la cosa compuesta es el tratamiento

<sup>16</sup> Un ejemplo de derecho comparado interesante de la aplicación de la hipoteca a una gran diversidad de bienes, lo constituye la regulación que tiene el novedoso Código Civil de Quebec, Canadá (1991) que regula una sola garantía real que es la hipoteca. Ésta se define como un derecho real sobre bienes muebles o inmuebles, afectados al cumplimiento de una obligación. Puede recaer sobre bienes individuales, corporales o incorporeales, presentes o futuros, o sobre una universalidad de bienes (*cf.* CIOTELA, Pierre et DUCLOS, Dominique “Les sûretés réelles: analyse descriptive d’une réforme”. Trabajo presentado por el notariado de Quebec, Canadá, al XXI Congreso citado, p. 17).

jurídico unitario que reciben las cosas que la componen y que son, o bien partes constitutivas, o bien pertenencias.<sup>17</sup>

Para que la embarcación pueda ser hipotecada es necesario que esté matriculada como buque mexicano e inscrita en el Registro Público Marítimo Nacional (artículo 14, fracción II). El orden de inscripción determinará la preferencia (artículo 90), aunque la hipoteca pasa después de los “privilegios marítimos”, que tienen prelación sobre cualquier otro crédito (artículo 91). Estos privilegios comprenden los sueldos de la tripulación, los créditos por indemnizaciones de personas, créditos de la embarcación por servicios portuarios y otros (artículo 80).

México es parte firmante del Convenio de las Naciones Unidas sobre las Condiciones de Inscripción de los Buques,<sup>18</sup> 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” (artículo 12). En este sentido en México existe el Registro Público Marítimo Nacional como una dependencia de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes. En este Registro se inscribe la hipoteca marítima (artículo 14, fracción II), con lo que se cumple con la función de publicidad principio básico de toda garantía hipotecaria.

c) *La hipoteca sobre aeronaves y sus partes.* La Ley de Aviación Civil (LAVC)<sup>19</sup> 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 (artículos 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 adquiera, tramita, modifique, *grave* o extinga, la propiedad, la posesión y los demás derechos reales sobre las aeronaves civiles mexicanas y sus motores...” (artículo 47, fracción I).

La garantía sobre una aeronave o sus partes debe considerarse una hipoteca por las siguientes razones:

i) El bien objeto de la garantía, como regla general aplicable a los gravámenes sobre aeronaves, queda en poder del deudor o del garante.

ii) Los preceptos derogados de Ley de Vías Generales de Comunicación regulaban la hipoteca sobre aeronaves.

iii) Los tratados internacionales sobre ésta materia regulan la garantía hipotecaria sobre aeronaves.

iv) Algunas leyes mexicanas vigentes se refieren a la *hipoteca* sobre aeronaves, como la Ley Federal de Correduría Pública (artículo 6, fracción V).

<sup>17</sup> GARRIGUES, Joaquín *Curso de derecho mercantil* 6a. II (Mexico Porrúa 1979) 527.

<sup>18</sup> Este Convenio Internacional fue aprobado en Ginebra, Suiza, el 7 de febrero de 1986 y el decreto de promulgación apareció en el *Diario Oficial de la Federación* el 17 de marzo de 1988.

<sup>19</sup> Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 12 de mayo de 1995.

A falta de una regulación expresa de la hipoteca sobre aeronaves, que es una omisión grave de la legislación, considero que las normas vigentes en México para ésta garantía son, a falta de regulación expresa en la LAVC, en primer término las del Convenio Internacional relativo al reconocimiento de derechos sobre aeronaves en el que México es parte,<sup>20</sup> 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, se aplicará:..”

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 (artículo 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 aplicará: “los Códigos de Comercio, Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal...” (artículo 4º, fracción IV).

La hipoteca sobre aeronave, muy similar a la marítima, tiene por objeto la aeronave, bien jurídico que la propia ley define en forma muy amplia como: “cualquier vehículo capaz de transitar con autonomía en el espacio aéreo, con personas, carga o correo” (artículo 2-I). En el Convenio Internacional ya citado, 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” (artículo XVI). Esta definición completa, en cierto modo, a la de la ley mexicana. “La naturaleza propia de la aeronave, semejante al buque en tantos aspectos, explica la influencia ejercida por la regulación del buque en el régimen jurídico de esta”.<sup>21</sup> La aeronave es un bien mueble, pues no está descrita como bien inmueble (artículo 750 del CC). Para la constitución de la hipoteca se requiere que la aeronave éste matriculada en México y la inscripción de la aeronave y las hipotecas 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 tipo de gravamen, como la hipoteca. La empresa o negociación mercantil, puede definirse como: “el conjunto

<sup>20</sup> Este Convenio Internacional fue suscrito en Ginebra, Suiza, el 19 de junio de 1948 y fue promulgado en el *Diario Oficial de la Federación* de 9 de junio de 1982.

<sup>21</sup> URJA, Rodrigo *Derecho mercantil* 12a. (Madrid 1982) 960.

de cosas y derechos combinados para obtener u ofrecer al público bienes o servicios, sistemáticamente y con propósito de lucro”.<sup>22</sup> Este conjunto 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” (artículo 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, sobre 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. Las vigentes LIC (artículo 67), LOAAC (artículo 50) y la LIF (artículo 28) en preceptos muy similares, señalan en una extensa y descriptiva disposición esta posibilidad. El texto del artículo 67 de la LIC señala:

Las hipotecas constituidas en favor de instituciones de crédito sobre la unidad completa de una empresa industrial, agrícola, ganadera o de servicios, deberán comprender 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.

Las instituciones de crédito acreedoras de las hipotecas a que se refiere este artículo, permitirán la explotación de los bienes afectos a las mismas conforme al destino que les corresponda, y tratándose de bienes afectos a una concesión de servicio público, las alteraciones o modificaciones que sean necesarias para la mejor prestación del servicio público correspondiente. Sin embargo, las instituciones acreedoras podrán oponerse a la venta o enajenación de parte de los bienes y a la fusión con otras empresas, en caso de que se origine con ello un peligro para la seguridad de los créditos hipotecarios.

Las hipotecas a que se refiere este artículo deberán ser inscritas en el Registro Público de la Propiedad del lugar o lugares en que estén ubicados los bienes.

Será aplicable en lo pertinente a las hipotecas a que se refiere este artículo, lo dispuesto en el artículo 214 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Esta garantía tiene el carácter de “hipoteca”, pues el bien objeto de la misma no se entrega al acreedor, y el deudor tiene facultades de explotación y dirección de la empresa hipotecada, así como la facultad de disponer y sustituir los bienes “en el movimiento normal de las operaciones” —subrogación real— salvo pacto en contrario. El objeto de la garantía es “la unidad completa de la empresa” y comprende los bienes “afectos a la explotación, consideradas en su unidad”, es decir todos los elementos materiales, muebles e inmuebles que son parte de la

22 MANTILLA MOLINA, Roberto *Derecho mercantil* 28a. (México Porrúa 1992) 122.

empresa. Con respecto a ciertos bienes, como los activos fijos o inmovilizados, éstos quedan sujetos a un régimen diverso, pues el acreedor hipotecario tiene derecho a oponerse a su venta o enajenación, si de ello puede derivar un menoscabo a su garantía.

En cuanto a su inscripción, esta hipoteca debe inscribirse en el Registro Público de Comercio en la segunda parte del folio mercantil (artículo 32, fracción II del RPC). Si hay inmuebles, además de la inscripción en el Registro de Comercio, debe anotarse en los registros de la propiedad de la ubicación de los inmuebles (artículos 67 de la LIC y 50 de la LOAAC).

d) *Garantías de bienes regulados por leyes especiales.* Hay algunas clases de bienes que están reguladas por leyes especiales, con un Registro particular y sobre los que se puede constituir garantía.

i) La Ley Agraria señala distintos tipos de bienes agrarios sujetos también a diferentes regímenes jurídicos. Así, son tierras ejidales los dotados a un núcleo de población ejidal (artículo 43) y que puede ser para asentamiento humano, de uso común o parceladas (artículo 44). Sobre las tierras de uso común y parcelarias se puede constituir una garantía que recaiga en el usufructo y a favor de instituciones de crédito o personas con las que se tengan relaciones de asociación o comerciales (artículo 45). Respecto a tierras para el asentamiento humano éstas son inalienables (artículo 64) y por tanto no se puede dar en garantía. Los bienes agrarios, incluidas las garantías, deben inscribirse en el Registro Agrario Nacional (artículos 44 y 152-VIII).

ii) La Ley Minera regula la exploración, explotación y beneficio de minerales (artículo 201). Este ordenamiento no contiene una regulación expresa de los gravámenes o las garantías sobre concesiones mineras, pero en el Registro Público de Minería que regula esta ley se señala que deben inscribirse: “Los actos o contratos relativos a la transmisión de titularidad de concesiones o de los derechos que de ellos deriven, las de promesa para celebrarlos, los *gravámenes* que se constituyan en relación con las mismas, así como los convenios que los afecten” (artículo 46, fracción VI).

La Ley Minera no establece cuáles son las normas supletorias de dicha legislación, por lo que no hay fundamento legal para aplicar el Código Civil para regular las garantías sobre concesiones mineras. Esta garantía, en su caso, tendrá el carácter de hipoteca, pues el bien queda en poder del garante.

iii) Las *patentes, marcas y nombres comerciales* que regula la Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial son bienes de naturaleza mercantil que tienen un valor económico importante y que son objeto de negocios jurídicos. Estos bienes tienen el carácter de derechos o bienes incorpóreos y están sujetos a un registro ante la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, a través del Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial. Los derechos de propiedad industrial pueden ser objeto de transmisión o licencia de uso, y puede otorgarse una garantía sobre los mismos o ser objeto de embargo. La prenda sobre derechos está reconocida en nuestro derecho (artículo 2865 del CC y 334, fracciones III y VI de la LTOC), aunque tiene un problema grave para su ejecución, pues supone una cesión de ese

derecho al acreedor prendario y una notificación al deudor para que éste le pague al nuevo titular.

La clase de operaciones que dan origen a garantías prendarias, especialmente sobre marcas, son cesiones de marcas en que queda un saldo pendiente del precio que se garantiza con la misma marca o de algunas operaciones en las que hay adeudos a bancos. Actualmente parece que en México no es muy usual la prenda sobre marcas o patentes.

Estos derechos de propiedad industrial tienen el carácter de bienes muebles y por tanto la garantía que recae sobre ellos es la prenda. Para que se otorgue prenda sobre marcas o patentes es necesario que éstas las constituya el titular de la marca, que la marca no se encuentre sujeta a algún procedimiento administrativo de nulidad, caducidad, infracción, delito o cancelación en el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial. Es requisito también que la marca o la patente se encuentren vigentes, es decir que no hayan caducado. Al acreedor prendario le corresponden los actos necesarios para la conservación del bien objeto de la garantía, como el pago de derechos para conservar la vigencia. En caso de adjudicación por remate o la sentencia se inscribe en el instituto mencionado.

## VI. 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 sólo son aplicables a ciertos negocios y como medio de aseguramiento de limitados créditos.

a) *El mandato irrevocable.* En el contrato de mandato se regula el llamado "mandato irrevocable" que suele utilizarse en la práctica como un medio de garantía. El mandato como contrato *intuitu personae* es naturalmente revocable por el mandante y renunciable por el mandatario (artículo 2595, fracciones I y II del Código Civil). Sin embargo, el propio ordenamiento previene, como norma excepcional, la posibilidad de que el mandato sea irrevocable e irrenunciable (artículo 2596) 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 que una obligación será cumplida.

La utilización del mandato irrevocable como garantía es muy limitado, pues forma parte de un negocio que tiene un objeto distinto que es la ejecución de actos jurídicos por cuenta de otra persona. Por otro lado, el mandato termina por la muerte del mandante o mandatario (artículo 2595, fracción III) y esto hace que en algunos casos este medio de garantía no sea el más eficaz.

b) *El derecho de retención.* Este derecho es un medio de garantía que algunas disposiciones reglamentan para que un acreedor tenga un medio alternativo que garantice el cumplimiento de ciertos derechos. La retención está limitada a casos

muy específicos que la ley señala para ciertos contratos. Al parecer tiene carácter de derecho real. En algunos casos la ley lo considera como prenda: “El derecho de retención suspende la obligación que tiene una persona de entregar o devolver una cosa; es la facultad legal de prolongar la tenencia de una cosa por virtud de un crédito relacionado con ella hasta el pago del mismo”.<sup>23</sup>

Nuestras leyes no lo regulan en forma sistemática sino sólo en forma casuista. Por ejemplo en el Código Civil el depositario puede pedir judicialmente la retención para garantizar el pago de las expensas (artículo 2533); el mandatario puede retener ciertos bienes en prenda mientras no se le reembolsen indemnización y gastos (artículo 2579); al constructor de obra mueble (artículo 2644); al porteador (artículo 2662); al hospedero (artículo 2669) y a los socios respecto al capital y utilidades del socio excluido (artículo 2708). En el Código de Comercio se concede al comisionista respecto a derechos de comisión y gastos (artículo 306).

c) *El fideicomiso de garantía*. Es éste una de las especies del fideicomiso a que se acude con frecuencia por las ventajas 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.

Los elementos propios de todo fideicomiso como lo define el artículo 346 de la LTOC, se repiten en el de garantía. El fideicomitente suele ser el garante 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 (artículo 351 de la LTOC). Sin embargo, como en algunas ocasiones el bien fideicomitado que se aporta al fiduciario, es un bien inmueble, la operación del fideicomiso se otorga en escritura pública con intervención de notario (artículos 352 de la LTOC y 78 de la LN) y se inscribe en el Registro Público de la Propiedad. Cuando el fideicomiso de garantía recae sobre bienes muebles identificables, también debe inscribirse.

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, ya porque el deudor no cubra puntualmente un cierto número de pagos periódicos de intereses o los impuestos y cargas fiscales que graven el inmueble; establece el trámite a seguir 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, etcétera.<sup>24</sup>

23 ARCE Y CERVANTES, José *De los bienes* 2a. (México Porrúa 1994) 13.

24 BATIZA, Rodolfo *El fideicomiso. Teoría y práctica* 3a. (México Editorial Jus 1991) 55.

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.

d) *La afectación a favor de instituciones de fianzas.* La Ley de instituciones de fianzas establece, entre los diversos medios de garantía de recuperación que están obligadas a obtener, a la afectación en garantía (artículo 24, fracción IV). El artículo 31 de éste ley señala que:

El fiado, obligado solidario o contrafiador, expresamente y por escrito, podrán *afectar, en garantía* del cumplimiento de sus obligaciones con las instituciones de fianzas, bienes inmuebles de su propiedad inscritos en el Registro Público de la Propiedad. El documento en que se haga la afectación... se asentará, a petición de las instituciones de fianzas en el Registro Público de la Propiedad... Las instituciones de fianzas estarán obligados a extender a los fiados, solicitantes, obligados solidarios o contrafiadores que hubieren constituido garantías sobre bienes inmuebles, las constancias necesarias para la tildación de las anotaciones marginales asentadas...

Esta afectación en garantía se aplica únicamente a favor de las instituciones de fianzas por los fiados y las otras personas indicadas en el precepto. Este medio de garantía tiene una naturaleza especial y sólo 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. No considero que exista transmisión de dominio a favor de la afianzadora, pues se trata de una afectación distinta a la de un fideicomiso traslativo de dominio y registralmente sólo se anota marginalmente.

e) *La compraventa con reserva de dominio.* Nuestro Código Civil regula expresamente esta modalidad de la compraventa, que es el pacto por el cual “el vendedor se reserva la propiedad de la cosa vendida hasta que el precio haya sido pagado” (artículo 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.

Este acuerdo, que originalmente nació para bienes inmuebles, se aplica actualmente a la compraventa de bienes muebles e inmuebles y, 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 (artículos 2312 y 2310, fracción III).

Esta modalidad de la compraventa es una excepción a la transmisión de propiedad de la cosa vendida, pero esto no contradice al concepto jurídico de la compraventa. La figura tiene un cierto sentido de garantía pues el vendedor no deja de ser propietario mientras el precio no le ha sido pagado. Sin embargo, en la mayoría de los casos, el vendedor cumple con su obligación de entregar la cosa y es el comprador quien tiene la posesión del bien y quien puede usarlo y disfrutarlo.

El Código limita las facultades de disposición que conserva el vendedor propietario del bien, quien no puede enajenar la cosa vendida con reserva de

propiedad mientras no se venza el plazo para pagar el precio (artículo 2313). Esta prohibición debe entenderse que comprende la de hipotecar o gravar el bien (ya que sólo puede hipotecar quien puede enajenar —artículo 2906).

Esta modalidad está reglamentada en nuestro ordenamiento en forma similar a otra figura que es la compraventa en abonos en la cual si hay transmisión de propiedad al comprador. En esta modalidad se previene la posibilidad de pactar la cláusula rescisoria, que se inscribe en el Registro Público de la Propiedad, y se aplica tanto para bienes muebles como para inmuebles (artículo 2310). En este caso, como en la compraventa con reserva de dominio, el vendedor cuenta con un medio de rescindir la operación que es el llamado pacto comisorio expreso, que no requiere la intervención judicial.

Sobre la naturaleza jurídica del pacto con reserva de dominio se han formulado diversas teorías: transmisión de propiedad sujeta a condición resolutoria; la que la equipara a la prenda; y la que considera que la transmisión de propiedad está sujeta a la condición suspensiva de que el precio sea pagada en su totalidad. Esta última tesis es la que tiene mayor aceptación en la doctrina.<sup>25</sup> La condición suspensiva no afecta al negocio sino sólo a la transmisión de propiedad.

La función principal de esta figura es la de garantizar al vendedor de que el precio le será pagado en su totalidad. Esto plantea una interesante cuestión: ¿El derecho que tiene el vendedor configura una garantía real atípica, considerando que nuestro ordenamiento tiene un número cerrado de derechos reales? 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 de un derecho real de garantía *sui generis* o atípico.

f) *El pacto de retroventa.* En ordenamientos jurídicos de otros países se regula como un medio indirecto de garantía, la compraventa con pacto de retroventa o con pacto de recompra. Por ejemplo, lo admiten el Código Civil francés (artículos 1659 a 1673); el Código Civil español que lo regula como retracto convencional sujeto a un plazo y que tiene carácter de garantía real (artículos 1507 a 1520) y el Código civil italiano (artículos 1500 a 1509).

Nuestro Código Civil, en este sentido, tiene una clara prohibición expresa a la venta con pacto de retroventa (artículo 2302), que no es sino una venta simulada que encubre a una garantía real.

g) *El arrendamiento financiero.* Es este un novedoso contrato que está regulado en la LOAAC (artículos 24 al 38). Puede definirse, en términos más sencillos que los de la ley, como:

El contrato por el que la arrendadora financiera se 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.

<sup>25</sup> CAMPO VILLEGAS, *op. cit.*, 135 a 142.

Este contrato que empezó a aplicarse a bienes muebles, ha ampliado recientemente su campo al de los bienes inmuebles, como un medio de financiamiento a los adquirentes. Tiene también importancia internacional, pues existe una Convención sobre arrendamiento financiero y factoraje internacional aprobada en Ottawa, Canadá, en 1988 de la que son firmantes 55 países, incluyendo a México.

Este contrato 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 ese contrato de crédito al bien objeto del arrendamiento financiero que conserva como propietaria, aunque la posesión y el uso lo tenga la arrendataria. En este aspecto el arrendamiento financiero como garantía tiene estos elementos: se trata de una operación de crédito; la conservación de propiedad de la arrendadora financiera es una garantía, tanto frente a la arrendataria como frente a terceros; y, constituye una garantía sin desplazamiento que queda en poder del deudor.<sup>26</sup>

¿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 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.

Con relación a la inscripción registral, en la modalidad de la compraventa citada el régimen del registro está claramente regulado; no así en el arrendamiento financiero en el que el régimen de publicidad registral no está reglamentado adecuadamente, lo que hace que este contrato no sea muchas veces plenamente oponible a terceros respecto a los derechos que tienen cada una de las partes en la relación contractual. En la LOAAC se previene que el contrato debe inscribirse en el Registro Público de Comercio y en otros registros (artículo 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.

<sup>26</sup> SÁNCHEZ LORENZO, *Sixto Garantías reales en el comercio internacional* (Madrid Editorial Civitas 1993) 190 y 191.

## VII. PROBLEMÁTICA ACTUAL DE LAS MODERNAS GARANTÍAS

La evolución de los diversos medios de garantía y su situación actual presenta interesantes problemas y tendencias. Las principales son, en síntesis, las siguientes:

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 respecto a dichos bienes. Por ejemplo en México el Registro Público Marítimo Nacional, el Registro Aeronáutico Mexicano, el Registro Minero, el Registro Agrario Nacional y el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial.<sup>27</sup> 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 una marca, 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. Este es un problema grande y requiere varias etapas para su ejecución. 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 sean electrónicos. Esto se ha logrado ya en algunos estados del Canadá, en España, en Francia, en Alemania y otros países. A este importante avance se le conoce en Francia como *telematique* o “tele-informática”.

e) Por la gran influencia que ejercen los Estados Unidos de América en la economía mundial, los contratos y figuras jurídicas de origen anglosajón se están regulando en ordenamientos de países de tradición romanística, por ejemplo el *leasing* (arrendamiento financiero) el *factoring* (factoraje) o el *franchising* (franquicia), para mencionar algunos de ellos. Esta influencia 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). Mediante dicho sistema se inscriben garantías generales bajo lo que se conoce como *financing statement*, que tiene a su vez reglas y excepciones particulares para prioridades de otros bienes o acreedores, por ejemplo: el *purchase money security interest*.

<sup>27</sup> En Quebec, Canadá, con motivo de la promulgación del nuevo Código Civil se creó un Registro de Derechos Personales y Reales Mobiliarios (cfr. CIOTOLA, Pierre et DUCLOS, Domini que, trabajo del notariado de Canadá, *cit.*, 49).

f) Ante el problema de la diversa regulación de garantías en los diferentes países, por ejemplo en Europa, se ha llegado a soluciones prácticas para operaciones otorgadas en dos países diferentes. Por ejemplo, un crédito que concede un banco francés con garantía sobre bienes inmuebles en Holanda, se otorga ante un notario francés en lo que respecta al crédito y ante un notario holandés en lo relativo a la garantía inmobiliaria.

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 país a otro. Por ejemplo, en Italia se constituyó una prenda sin desplazamiento sobre una maquinaria que sale del país hacia Suiza. ¿Cómo se rige esta garantía y como se ejecuta si el deudor no cumple? ¿Bajo las leyes y jueces de Italia o las de Suiza?

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.

i) La ejecución de la garantías requiere en casi todos los casos la intervención judicial, pero esta regla empieza a sufrir excepciones en algunos ordenamientos de otros países y sistemas que buscan una mayor agilidad en la ejecución extrajudicial reglamentada por la ley. Este interesante problema se empieza a plantear en el derecho mexicano para la ejecución de ciertas garantías.

j) En el campo internacional hay notables 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.

k) Por último, en la 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.