
LA PROHIBICIÓN DEL PACTO COMISORIO EN LOS CONTRATOS DE GARANTÍA

CIRO CAMETO ACOSTA-NELL Y PILAR ETCHECOPAR GURRUCHAGA*

1. INTRODUCCIÓN

Las garantías cumplen una función esencial en todos los ordenamientos jurídicos. A través de las mismas se busca *reducir los riesgos derivados del incumplimiento de los contratos*¹.

El Código Civil uruguayo consagra, en el artículo 2372², una garantía genérica. Según la ley, los bienes todos del deudor son la garantía común de sus acreedores. Sin embargo, dicha garantía no siempre es suficiente para satisfacer a todos los acreedores, y es por esta razón que se recurre a las garantías específicas. Así, surgen diversos institutos que tienen por objeto otorgar mayor seguridad a los acreedores. Tradicionalmente estas figuras se han clasificado en garantías reales y garantías personales; incluyendo en el primer grupo únicamente a la prenda común y a la hipoteca.

Es de nuestro interés establecer que el derecho positivo uruguayo dispone la prohibición del pacto comisorio, entendiéndose por tal *el poder del acreedor de apropiarse, en defecto del pago de su crédito, de la cosa afectada en garantía*.³

Actualmente, han surgido nuevos modelos contractuales que son utilizados con función de garantía, y que ponen en duda la vigencia de la prohibición del pacto comisorio.

En el presente trabajo nos proponemos analizar la evolución de los contratos de garantía, y su viabilidad en nuestro Derecho Positivo en relación a la prohibición del pacto comisorio.

2. PACTO COMISORIO Y NATURALEZA DE SU PROHIBICIÓN

La prohibición del pacto comisorio surge expresamente del artículo 2338 de nuestro Código Civil, el cual reza que *“es nula toda cláusula que autorice al acreedor a apropiarse la cosa hipotecada o a disponer de ella privadamente”*⁴. Sobre esta figura enseña Messineo que *consiste en establecer entre las partes que, en defecto del pago del crédito en el término fijado, la propiedad de la cosa hipotecada o dada en prenda pasa al acreedor, sin necesidad de asignación*

* Estudiantes de tercer año de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo.

1 Cerisola, Andrés, Curso de Derecho de la Empresa, AMF, 3 edición, 2008, p. 235

2 Artículo 2372: Los bienes todos del deudor, exceptuándose los no embargables (artículo 2363), son la garantía común de sus acreedores y el precio de ellos se distribuye entre éstos a prorrata, a no ser que haya causas legítimas de preferencia. (Artículo 1295).

3 Messineo, Manual de Derecho Civil y Comercial, T IV, Bueno Aires 1955, p. 81

4 Código Civil Uruguayo, artículo 2338.

por parte del juez y excluyéndose que la cosa se enajene para la satisfacción de los derechos del acreedor sobre el producto.⁵

En lo que refiere a los fundamentos de su prohibición, partimos de las ideas expresadas, a mediados del siglo XX, por Sayagués Areco. Del trabajo del autor es posible distinguir los siguientes argumentos:

a) **Buena fe.** En la base de la prohibición se encuentran valores de elevado contenido ético que penetran al Derecho en todas sus épocas. Señala el autor que estos son *el deseo de evitar la usura y la protección al deudor desamparado ante la avidez del acreedor expoliador.*⁶

b) **Posición dominante del acreedor.** Entiende el autor que la permisón del pacto comisorio puede llevar a una posición perjudicial para los deudor, ya que *la situación de necesidad que impulsa a un sujeto a contraer deudas lo lleva ineludiblemente a ceder ante las exigencias del acreedor.*⁷

c) **Límites de la autonomía de la voluntad.** Considera Sayagués Areco que la utilización del pacto comisorio violentaría valores superiores como la moral y la justicia. Por lo tanto la voluntad de las partes se encuentra infranqueablemente limitada a los mismos.

d) **Situación de los demás acreedores.** Afirma que permitir la utilización del pacto comisorio llevaría a perjudicar a los demás acreedores del deudor. El autor enseña que *el interés de ellos es lograr una adecuada y racional afectación del patrimonio de su deudor, ajustada al monto de sus créditos y a los privilegios y preferencias legales y contractuales que pudieran existir. Y esa finalidad se vería frustrada si se permitiera a un acreedor apropiarse de un bien de valor muy superior al monto de su crédito, sustrayéndolo así al derecho de agresión de los restantes.*⁸ Si el bien objeto de la garantía tiene un valor mayor al monto del crédito, entiende el autor que admitir la apropiación del mismo perjudica a los demás acreedores.

e) **Desnaturalización de los contratos de garantía.** Según Sayagués Areco permitir la validez del pacto comisorio llevaría a que se desvirtúe la naturaleza de los contratos de garantía, ya que es posible que se los utilice como verdaderos instrumentos jurídicos de enajenación.

Una vez expuestos los fundamentos que se encuentran detrás de la prohibición del pacto comisorio, corresponde cuestionarnos sobre la vigencia y actualidad de los mismos, teniendo presente que éstos han sido formulados varias décadas atrás.

En primer instancia nos preguntamos si es verdaderamente correcto concebir al deudor como la parte que necesita la protección del legislador, y al acreedor como un sujeto

5 Messineo, Francesco, Manual de Derecho Civil y Comercial, T. IV, Buenos Aires, 1955, p.81.

6 Sayagués Areco, E. El pacto comisorio en el contrato de prenda común (Pág.206) en La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración, v.62, n.9 (01/01/1965)

7 Sayagués Areco, E. El pacto comisorio en el contrato de prenda común (Pág.206) en La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración, v.62, n.9 (01/01/1965)

8 Sayagués Areco, E. El pacto comisorio en el contrato de prenda común (Pág.206 y 207) en La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración, v.62, n.9 (01/01/1965)

que busca avasallar los derechos e intereses de su contraparte. Quizás se trata de una percepción que actualmente no se encuentra instaurada con tanta intensidad, y su defensa no asegura al deudor mejores condiciones de contratación. En esta línea de pensamiento nos preguntamos: ¿sería la ejecución de las garantías un proceso más ágil si no existiera la prohibición del pacto comisorio? Consideramos que la respuesta es afirmativa; entonces, ¿acaso esta situación no disminuye los costos del contrato de garantía soportados por el deudor?, ¿no generaría esto mayor predisposición de las partes al momento de la contratación? Sin dudas es necesario reflexionar acerca de estas cuestiones.

En cuanto a la situación de los restantes acreedores, consideramos que permitir la ejecución privada - atenuando de esta forma la prohibición del pacto comisorio - no generaría perjuicios a los mismos. Esto en virtud de que el acreedor, al momento de la ejecución, cumplirá las pautas establecidas en el contrato y actuará con la debida diligencia, enajenando el bien a un precio adecuado y devolviendo al patrimonio del deudor el excedente, si es que existiese.

En síntesis, estimamos conveniente replantearnos los fundamentos de la prohibición del pacto comisorio en la actualidad.

3. EL NUEVO PARADIGMA DE LOS CONTRATOS DE GARANTÍA

Como se adelantó, las garantías específicas pueden ser reales o personales. Afirma Gamarra que *las reales constituyen un derecho real (limitado, menor) sobre cosa ajena. Nuestro Código conoce dos: la prenda y la hipoteca.*⁹ Por otro lado, *la garantía específica se llama personal cuando crea una nueva obligación, que refuerza el vínculo originario, cuyo ejemplo es la fianza*¹⁰.

No obstante la consagración de dichas garantías, señala Molla que *las exigencias de la actividad económica han motivado la aparición de nuevos derechos reales de garantía. Los modelos clásicos lucen insuficientes para tutelar el derecho de crédito. La tendencia es que la garantía no sea el valor del bien, proceso de ejecución mediante, sino el propio bien, desde el nacimiento de la obligación*¹¹. En el mismo sentido, Rodríguez Russo afirma que *las garantías de naturaleza real... son la forma menos evolucionada dentro del elenco de los mecanismos especiales de protección o defensa del derecho de crédito*¹².

Esto ha ocasionado que nuestro ordenamiento jurídico regule ciertas figuras contractuales que implican la posibilidad de la transferencia de la propiedad con función de garantía. Así, señala Frigerio, siguiendo a Mantero Mauri que *la transferencia de la propiedad con función de garantía, debe analizarse a la luz de la evolución normativa operada en el Derecho uruguayo en los últimos 25 años, la que sin lugar a dudas ha tomado un camino diferente al sostenido y defendido aún hoy por la doctrina tradicional*.¹³

9 Gamarra, Jorge, TDCU (Tratado de Derecho Civil), T. 2 V.1, FCU, 4 edición, 2002, p. 10.

10 Ídem

11 Molla, Roque, "Compraventa con fines de garantía", en ADCU (Anuario de Derecho Civil Uruguayo), t. XXVIII, FCU, 1997 p. 625.

12 Rodríguez Russo, Jorge, "Los contratos de garantía atípicos y la tipicidad de los derechos reales: consideraciones sobre su admisibilidad", en ADCU, t. XXX, FCU, 1999 p. 679.

13 Frigerio, Alfredo, "Consideraciones sobre la transmisión de la propiedad con función de garantía bajo la mirada de

A continuación, pondremos de manifiesto ejemplos de figuras que suponen la transferencia de la propiedad con función de garantía.

A) FIDEICOMISO DE GARANTÍA

El fideicomiso se encuentra regulado en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley N° 17.703, que lo define en su artículo 1° como *el negocio jurídico por medio del cual se constituye la propiedad fiduciaria de un conjunto de derechos de propiedad u otros derechos reales o personales que son transmitidos por el fideicomitente al fiduciario para que los administre o ejerza de conformidad con las instrucciones contenidas en el fideicomiso, en beneficio de una persona (beneficiario), que es designada en el mismo, y la restituya al cumplimiento del plazo o condición al fideicomitente o la transmita al beneficiario*. El fideicomiso puede ser constituido con distintas finalidades, siendo relevante a estos efectos aquel que tiene finalidad de garantía. Carregal define el fideicomiso con fines de garantía como *aquel en el cual el fiduciante transmite al fiduciario bienes individualizados en garantía de un crédito, propio o ajeno, con el encargo de que en caso de incumplimiento del crédito garantizado, destine los frutos de los bienes o el producido de su liquidación al pago del crédito*¹⁴. Encontramos entonces, una consagración expresa de la transferencia de bienes con función de garantía; sin embargo, hay que tener presente que el artículo 33 de la ley en cuestión prohíbe al fiduciario a adjudicarse, en forma definitiva, los bienes recibidos en fideicomiso. Afirma Mantero que esto llevó a la doctrina a sostener la atenuación o vigencia parcial de la prohibición del pacto comisorio, ya que por un lado la ley permite que el fiduciario venda el bien para cobrarse, mientras que por otro lado, le impide la adjudicación del bien¹⁵. En este sentido autores como Peralta Mariscal han postulado que permitir la disposición de los bienes ante el incumplimiento sería darle al fiduciario poderes jurisdiccionales, que solo podría decidir un juez.¹⁶ Entiende Molla que el incumplimiento habilitaría al fiduciario a ejecutar la garantía, pero si mediara conflicto, deberá recurrirse a la justicia ordinaria u otro medio alternativo¹⁷.

B) LEASE BACK O LEASING DE RETORNO

La ley N° 16.072 regula el contrato de Crédito de Uso, y define en su artículo 1° al *leasing financiero como el contrato de crédito por el cual una institución financiera se obliga frente al usuario a permitirle la utilización de un bien por un plazo determinado y el usuario se obliga a pagar por esa utilización un precio en dinero abonable periódicamente*. Añade la norma que las partes pueden pactar distintas opciones a favor del usuario, ya sea la compra del bien al vencimiento del plazo, y mediante el pago de un precio final; o la prórroga del plazo del contrato, por uno o más períodos determinados y por un nuevo precio también estipulado en el contrato. Dentro del leasing financiero encontramos una modalidad denomi-

la Suprema Corte de Justicia”, en DJDC (Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil), año V, tomo C, FCU, 2017, pp. 207-208.

14 Carregal, Mario, *El fideicomiso: regulación jurídica y posibilidades prácticas*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1982, p. 140.

15 Mantero, Elías, “Admisibilidad de la transferencia de la propiedad con función de garantía” en ADCU, Tomo XL, FCU, 2010, p. 949.

16 Según cita Molla, Roque, *El fideicomiso de garantía y el sistema general de garantías*, en ADCU XXXIV, FCU, 2003 pág. 629

17 Molla, Roque, *El fideicomiso de garantía y el sistema general de garantías*, en ADCU XXXIV, FCU, 2003 pág. 629

nada *lease back* o *leasing de retorno*; a través del mismo el usuario transfiere a la institución acreditante un bien de su propiedad que sirve como garantía de un crédito concedido por aquella, manteniendo la tenencia del mismo y su utilización¹⁸. Afirma Elías Mantero, que dicha norma habilita ni más ni menos la transferencia de un bien, que puede ser mueble o inmueble, con finalidad de garantía¹⁹. Resulta relevante a nuestros efectos establecer que nuestra legislación permite que en caso de incumplimiento del usuario la consecuencia puede ser que el dador retenga definitivamente en su patrimonio el bien previamente adquirido en garantía²⁰. Como es evidente, esto supone una derogación total de la prohibición del pacto comisorio, ya que faculta al acreedor a apropiarse del bien transferido en garantía de forma definitiva.

C) WARRANT

La ley N° 17781, en su artículo 1° establece que *todo depositario podrá expedir certificados de depósito y warrants en relación a los bienes muebles de cualquier naturaleza que reciba o hubiere recibido para su guarda o custodia*. Se trata de títulos valores representativos de distintos derechos relativos a bienes muebles de cualquier naturaleza. El Warrant, en palabras de Gerardo Caffera, *representa un derecho real de prenda (común, con desplazamiento de la tenencia) que grava a esos mismos bienes depositados, en garantía del pago de la obligación dineraria contenida en el mismo Warrant. Por tanto, genera para su beneficiario un doble derecho: a) un derecho de crédito por una suma de dinero y b) un derecho real de prenda que garantiza ese crédito*.²¹

Resulta relevante a nuestros efectos indicar lo que establece la ley sobre la ejecución de la prenda. Además de los mecanismos clásicos de ejecución, la ley que regula los Certificados de Depósito y Warrants, añade una solución novedosa: la venta directa. Esta supone un procedimiento de realización de los bienes sin intervención judicial ni de rematador público²². Es decir que, dicha ley habilita expresamente la venta directa de los bienes dados en garantía, situación que colida con la prohibición del pacto comisorio. Esto ha llevado a Caffera a señalar que la prohibición en cuestión no se trata de un principio aplicable a todos los contratos, sino que únicamente aplica a las garantías clásicas²³. Por lo tanto, siguiendo esta línea, el artículo 2338 no aplica a la figura del Warrant.

D) CESIÓN DE CRÉDITOS

El Código Civil en su artículo 2298 reza: *Se puede dar en prenda un crédito entregando el título; pero será necesario que el acreedor lo notifique al deudor del crédito consignando en el título, prohibiéndole que lo pague en otras manos. El acreedor a quien se haya dado crédito en prenda podrá cobrarlo en juicio o fuera de él en la misma forma en que podría verificarlo el que lo empeñó*. Se regula a título expreso la cesión de créditos con función de garantía, esto sin

18 Mantero, Elías, "Admisibilidad de la transferencia de la propiedad con función de garantía" en ADCU, Tomo XL, FCU, 2010, p. 949.

19 Idem

20 Idem

21 Caffera, Gerardo, "Warrant y Certificado de Depósito", en ADCU V. 14, FCU, 2012, p. 120.

22 Idem p. 135.

23 Idem p. 139.

perjuicio de que el contrato de cesión de créditos es una figura mucho más amplia, como se desprende del Capítulo VIII Sección I del Código Civil.

En cuanto a la naturaleza de la cesión de créditos, entiende Gamarra que es efectivamente un contrato, pero un contrato de “causa variable”. Es decir, la cesión de créditos será una compraventa cuando sea cosa por precio, será una donación cuando no haya obligación recíproca, etc. Por otra parte, De Cores sostiene que se trata de un negocio dispositivo, y por lo tanto requerirá un título hábil, que puede ser un contrato de compraventa, donación, permuta, etc.

De Cores expone que *la prenda de crédito, es pues, para Gamarra, un negocio meramente obligacional, que determina la cesión de un crédito, pero asume la función de garantía. Se trataría de un negocio traslativo, no de la propiedad de una cosa, como ocurre en la prenda irregular, sino de la titularidad de un crédito*²⁴. El autor se manifiesta en contra de la visión de Gamarra, entendiendo principalmente que la cesión de créditos es un negocio dispositivo, no obligacional.

Más allá de las distintas posiciones que existan en el plano teórico, lo que no se puede discutir es la aplicación y uso que tiene la misma. En este sentido, enseña De Cores²⁵ que las normas del Banco Central del Uruguay ponen de manifiesto que en la práctica bancaria esta figura es utilizada. Así, en la Comunicación 2001/45 de abril de 2001 se admitieron las cesiones en garantía (“assignments”) sobre depósitos de dinero en efectivo o de metales preciosos. Como ejemplo de una norma más actual, Mantero hace mención al literal c) de la norm particular 3.17 del Plan de Cuentas para Instituciones de Intermediación Financiera del BCU, el cual establece que se admiten *cesiones en garantía sobre depósitos de dinero en efectivo, metales preciosos y valores públicos y depósitos en custodia de valores privados*.

Como una manifestación particular de la cesión de créditos encontramos el *factoring* o factoraje. La ley N° 16.774 de 1996 en su redacción dada por la Ley N° 17.202 de 1999, establece, en su artículo 45, que el factoraje *consiste en adquirir créditos provenientes de ventas de bienes muebles, de prestación de servicios o de realización de obras otorgando anticipos sobre tales créditos y asumiendo o no sus riesgos. La expresada actividad podrá ser complementada con servicios como los de la gestión de cobro de los créditos o la asistencia técnica, comercial o administrativa a los cedentes de los créditos aquí referidos. Los créditos deben provenir del giro habitual de los cedentes. En los contratos de factoraje será válida la cláusula por la que se pacte la cesión global, de parte o de todos los créditos del cedente, tanto existentes como futuros. En este último caso se requerirá que tales créditos futuros sean determinables. También podrá convenirse que el acuerdo de cesión de los créditos futuros a favor de la empresa de factoraje sea título suficiente de transmisión*.

A entender de Mantero, el artículo enseña que el *factoring* implica *la cesión de múltiples créditos pudiendo cumplir diversas funciones*.²⁶ Y en el mismo sentido, explica De Cores

24 De Cores, Carlos, Los Negocios de Garantía Sobre Derechos de Crédito en ADCU, Tomo XV, FCU, 1984, p.86

25 De Cores, Carlos, “El nuevo derecho de las garantías reales mobiliarias”, en Gamarra, Jorge, TDCU, Tomo II, volumen I, FCU, 2002. pp. 267.

26 Mantero, Elías, Admisibilidad de la Transferencia de la propiedad con función de garantía, en ADCU, T.XL, FCU, 2009, p. 945.

que este contrato habilita la posibilidad de que estos créditos sean transferidos con una finalidad de garantía²⁷. Establece además que puede ser transferida como vía de respaldo de un adelanto financiero, de un préstamo, de una financiación, donde el adquirente de los créditos estaría adelantando una suma de dinero y asegurando ese crédito con unos activos, que en este caso son créditos, que van a funcionar como respaldo “prendario” (en la medida que los créditos serían considerados como muebles) de ese adelanto financiero. En este caso no tenemos una función de cambio, sino que tenemos una función de garantía del crédito.²⁸ El autor entiende que la función de garantía, surge del ya mencionado artículo 45, esto en virtud de que la disposición dice: otorgando anticipos sobre tales créditos. La referencia a anticipos sobre los créditos significa mentar el financiamiento crediticio, lo que implica que los créditos pueden ser enajenados en función de garantía.²⁹

E) PRENDA IRREGULAR

La prenda irregular es un contrato innominado con base en la prenda regular. Caffera, define a este contrato como *el cual una parte da a otra un bien mueble no individualizado, para seguridad de un crédito que este último tiene contra el primero*.³⁰ La mayor diferencia que se podría ver a simple vista con la prenda regular caería en el objeto. Aquí el objeto pertenece al campo de los fungibles.

Tomando la figura de la prenda, es claro que la misma cosa que fue dada en garantía vuelva a poder del deudor si este cumple con sus obligaciones. No obstante, dada la fungibilidad y la naturaleza de la prenda irregular, esto no está tan claro para este negocio. Entiende De Cores que *la propiedad pasa al acreedor pignoraticio o al depositario; si el deudor cumple, el equivalente constituirá la materia de la obligación de restituir. Si el deudor no cumple, se opera la compensación legal*.³¹ A entender del autor, el deudor se desprendería de su propiedad con el fin de constituir una garantía para su cumplimiento. Si el deudor cumple, el acreedor prendario deberá restituir en especie. Si no cumple, opera la compensación, sin necesidad de que exista la obligación de restituir, y sin requerir ningún otro tipo de trámite para cobrar la garantía, ya que esta se desprendió del dominio del deudor al celebrar el contrato.

4. EL PACTO COMISORIO EN LOS NUEVOS CONTRATOS DE GARANTÍA

El punto central de este trabajo radica en determinar la relación que existe entre la prohibición del pacto comisorio y las nuevas figuras contractuales con función de garantía. Nos preguntamos si es posible su coexistencia, o si por el contrario, estas nuevas figuras violan el artículo 2338 del Código Civil. Sobre este punto la doctrina se encuentra dividida; así encontramos las siguientes posturas:

27 De Cores, Carlos, TDCU, T. II, V. I, FCU, 2002, p. 333.

28 Idem

29 Idem p. 334.

30 Caffera, Gerardo, La Prenda Irregular, en ADCU, tomo XIX, FCU, 1989, p. 32.

31 De Cores, Carlos, Los Negocios de Garantía Sobre Derechos de Crédito en ADCU, T. XV, 1984, p.91.

Según Gamarra, la prohibición del pacto comisorio se entiende como un principio general en materia de garantías, aplicando no solo a las reales, sino también a las personales.³² En virtud de esta postura, la prohibición se extiende a todas las figuras vistas supra. El destacado profesor enseña, al analizar una sentencia sobre cesión de créditos hereditarios, que la transferencia del derecho de propiedad, produce *la violación de la prohibición del pacto comisorio, que está previsto como principio general en materia de garantías, ya que no sólo rige en el ámbito de las garantías reales (art. 2338 C. Civil), sino incluso para las personales, como la anticresis (art. 2355)*, ello porque *“el acreedor se apropia automáticamente del bien, aunque su valor exceda apreciablemente el monto del crédito.”*³³

En base a esta postura no es posible admitir la validez de ciertos contratos que, como fue explicado anteriormente, suponen la transferencia de la propiedad con función de garantía, ya que los mismos estarían violentando la prohibición del pacto comisorio.

Sin embargo, ¿cómo se explica entonces la inclusión de estas nuevas figuras en nuestro ordenamiento jurídico?

La respuesta se puede encontrar en las ideas de aquellos autores que consideran que la prohibición del pacto comisorio no se aplica a los contratos que la ley no menciona.

Esta postura es seguida por Caffera, quien sostiene que el artículo 2338 se ha extendido indebidamente, ya que únicamente está previsto para la hipoteca³⁴. En virtud de esto, el autor afirma que la prohibición del pacto comisorio *podría empezar a ser leída como algo atingente a las garantías clásicas. Es a esas garantías que ese artículo refiere en realidad, en su texto no luce como un principio sino como una norma referente a ciertas garantías típicas (la hipoteca y, por extensión, la prenda)*³⁵.

Por otro lado, entiende Elías Mantero que en relación a los contratos que implican la transferencia de la propiedad con función de garantía, *la prohibición del pacto comisorio no ha sido eliminada completamente sino que se ha atenuado: al acreedor le sigue estando vedado apropiarse del bien transferido en garantía, pero puede – y debe – enajenarlo en caso de incumplimiento, cobrarse su deuda y accesorios y devolver al deudor el excedente si existiera. Ello en base: a) al principio de la accesoriedad que rige todos los contratos de garantía y b) por aplicación analógica del art. 33 de la ley de Fideicomiso según el cual el fiduciario no puede adjudicarse en forma definitiva los bienes recibidos en fideicomiso.*³⁶ En el mismo sentido expresa Frigerio, al analizar las distintas figuras en las que se permite la transferencia de la propiedad con función de garantía, que *más que una prohibición de realizar privadamente el bien, lo que se mantiene actualmente vedado al acreedor es la apropiación directa del bien, pero no así su venta privada para satisfacer su crédito*³⁷.

32 Gamarra, Jorge, TDCU, T. XIII, 1999, p.224.

33 Ídem.

34 Caffera, Gerardo y Mantero, Elías, La Ejecución del Fideicomiso de Garantía en DJDC, T. I, FCU, 1ª edición, 2013, p. 60.

35 Caffera, Gerardo, Warrant y Certificado de Depósito. Aspectos generales de la ley 17.781 e impacto indirecto en el fideicomiso de garantía, en Anuario de Derecho Comercial, N. 14, FCU, 2012, p. 139

36 Mantero, p. 950.

37 Frigerio, Alfredo, Consideraciones sobre la transmisión de la propiedad con función de garantía bajo la mirada de la Suprema Corte de Justicia, en DJDCI, año V, tomo C, FCU, 2017, pp. 207-208.

5. DERECHO COMPARADO: EL DERECHO ESPAÑOL

En el presente apartado abordaremos brevemente la legislación española, a los efectos de demostrar que la discusión planteada en este trabajo también ha sido motivo de análisis en otros ordenamientos jurídicos.

El Código Civil español regula en su artículo 1859 la prohibición del pacto comisorio, estableciendo que *el acreedor no puede apropiarse de las cosas dadas en prenda o en hipoteca ni disponer de ellas*. Se trata entonces de una disposición similar a nuestro artículo 2338; y tal como sucede en nuestra doctrina, también los autores españoles discuten sobre los límites de la prohibición y su admisibilidad en ciertas circunstancias. Así, la doctrina española introduce la idea del denominado “pacto marciano”, el cual consiste en *la posibilidad de que deudor y acreedor convengan, en el momento en el que se celebra el negocio constitutivo de la garantía real que, si al llegar el momento de vencimiento el deudor no pagara, la propiedad de la cosa pasará al acreedor previa justa estimación*³⁸. Autores como Manuel Albaladejo se han pronunciado a favor de la validez del pacto marciano, sosteniendo que *si para evaluar la cosa gravada existen medios objetivos y seguros, de forma que su precio pueda efectivamente fijarse al incumplimiento de la obligación, no existe razón para que deba rechazarse el pacto por el que se establezca que el acreedor, si el deudor incumple, la haga suya por lo que valga realmente*³⁹. En otras palabras, Albaladejo defiende la admisibilidad de dicho pacto, con la condición de que sea posible fijar el precio de la cosa gravada en forma correcta.

Es relevante destacar la aprobación del Real Decreto-Ley 5/2005⁴⁰, del 11 de marzo del 2005. A través del mismo se permite al acreedor la apropiación del bien objeto de la garantía. El artículo 6 en su numeral primero determina que *las operaciones de garantía financiera pueden realizarse mediante la transmisión de la propiedad del bien o derecho de crédito dado en garantía o mediante la pignoración de dicho bien o derecho*. Luego, cuando se regula la ejecución de las garantías, el artículo 11 en su numeral primero versa lo siguiente: *se considera como supuesto de ejecución un incumplimiento de obligaciones o cualquier hecho pactado entre las partes que en caso de producirse permita al beneficiario de la garantía, en virtud del acuerdo de garantía o de la ley, realizar o apropiarse del objeto de dicha garantía...* Por último, el numeral 3 establece que la apropiación será posible cuando: a) se haya previsto entre las partes en el acuerdo de garantía financiera, y b) las partes hayan previsto en el acuerdo de garantía las modalidades de valoración de los valores negociables u otros instrumentos financieros y los derechos de crédito.

6. CONCLUSIONES

El ordenamiento jurídico uruguayo dispone la prohibición del pacto comisorio, expresando el artículo 2338 del Código Civil que *es nula toda cláusula que autorice al acreedor a apropiarse la cosa hipotecada o a disponer de ella privadamente*. Históricamente se ha defendido esta idea con la convicción de proteger al deudor, ya que se asume la parte más

38 Feliu Rey, Manuel Ignacio, *La Prohibición del pacto comisorio y la opción en garantía*, Editorial Civitas, Madrid, 1995, págs. 88 y ss.

39 Albaladejo, Manuel en *Derecho Civil III (“Derecho de Bienes”)*, Volumen Segundo (“Derechos reales en cosa ajena y Registro de la Propiedad”), 7ª Edición (2002), pág. 705

40 Tiene por finalidad el impulso a la productividad y la mejora de la contratación pública.

débil de un contrato.

Sin embargo, el surgimiento de modelos contractuales que son utilizados con función de garantía, como el fideicomiso, el lease back, el warrant, la cesión de créditos y la prenda irregular, permiten cuestionarnos la vigencia de la prohibición del pacto comisorio.

Las posiciones doctrinarias que existen al respecto son diversas, siendo posible distinguir tres tipos de opiniones: a) quienes entienden la prohibición del pacto comisorio como un principio de orden público, que se aplica a todos los contratos de garantía; b) quienes consideran que el artículo 2338 únicamente aplica a los contratos que en él se menciona (la hipoteca, y por extensión la prenda tradicional), y por consiguiente puede admitirse el pacto comisorio en las demás figuras; y c) quienes sostienen que la prohibición del pacto comisorio no ha sido eliminada pero que se ha atenuado.

Entendemos que la prohibición del pacto comisorio continúa plenamente vigente para los contratos de hipoteca y prenda. Esto en virtud de una interpretación literal del artículo 2338 del Código Civil uruguayo. No obstante, consideramos que dicha disposición no aplica a las figuras contractuales expuestas en el presente trabajo; ya que de hacerlo se estaría extendiendo el contenido del artículo más allá de lo plasmado por el legislador.

Nos afiliamos a la postura de la atenuación en virtud de los siguientes argumentos: i) por un lado, consideramos excesivo permitir que el acreedor se apropie de los bienes transferidos en garantía, ya que el deudor podría resultar perjudicado al ser privado de un bien que quizás tenga un valor mayor al monto de su deuda, violentando de esta forma el principio de accesoriedad⁴¹ que rige en los contratos de garantía⁴². ii) Por otro lado, entendemos que es posible que sea el propio acreedor quien enajene el bien y de esa forma cobre su crédito, ya que, como hemos analizado, así lo ha consagrado el legislador en determinados contratos. Además, consideramos que esta modalidad reviste de mayor agilidad al proceso de ejecución, aumentando la predisposición por parte del acreedor al contratar, y disminuyendo los costos derivados del contrato. Sin dudas es necesario que las partes acuerden y detallen cuidadosamente la forma en que el acreedor procederá a la ejecución, para no vulnerar los derechos de ninguno de los sujetos intervinientes.

Sin perjuicio de lo expresado, entendemos que se trata de un tema susceptible a continuar evolucionando. En este sentido, consideramos que se debe prestar especial atención a la regulación del lease back que, como fue mencionado anteriormente, faculta al acreedor a apropiarse del bien transferido en garantía en caso de incumplimiento. Se trata quizás de una disposición que abre la puerta para que los restantes contratos continúen el mismo camino.

41 Según este principio el deudor no debe más que el monto de su deuda, y por lo tanto no puede ser despojado de la totalidad del valor del bien transferido.

42 Podría considerarse la posibilidad de realizar una tasación sobre el bien entregado en garantía como una solución a este problema. A través de la intervención de un tercero ajeno a las partes, que fije el precio del bien en cuestión, se podría evitar que el acreedor se apropie de un bien con un valor mayor al monto de su crédito; ya que, en el caso que se determine la existencia de un excedente, el acreedor deberá restituirlo al deudor. De esta forma, se estaría dando entre las partes un pago por entrega de bienes regulado en el artículo 1490 del Código Civil. De haber habido tasación, se estaría determinando el precio por el cual el acreedor recibe la cosa, ingresando así al inciso segundo del artículo 1491 de nuestro Código Civil. Así, las relaciones entre deudor y acreedor se regularán por las disposiciones del contrato de compraventa.

BIBLIOGRAFÍA.

Albaladejo, Manuel en Derecho Civil III (“Derecho de Bienes”), Volumen Segundo (“Derechos reales en cosa ajena y Registro de la Propiedad”), 7ª Edición (2002).

Caffera, Gerardo, “La Prenda Irregular”, en Anuario de Derecho Civil Uruguayo, tomo XIX, FCU, 1989

Caffera, Gerardo y Mantero, Elías, “La Ejecución del Fideicomiso de Garantía” en Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil, T. I, FCU, 1ª edición, 2013

Caffera, Gerardo, “Warrant y Certificado de Depósito”, en Anuario de Derecho de Comercio.

Carregal, Mario, El fideicomiso: regulación jurídica y posibilidades prácticas, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1982

Cerisola, Andrés, Curso de Derecho de la Empresa, AMF, 3 edición, 2008

De Cores, Carlos, “El nuevo derecho de las garantías reales mobiliarias”, en Gamarra, Jorge, Tratado de Derecho Civil Uruguayo, Tomo II, volumen I, FCU, 2002

De Cores, Carlos, Los Negocios de Garantía Sobre Derechos de Crédito en Anuario de Derecho Civil Uruguayo, Tomo XV, 1984

De Cores, Carlos, Tratado de Derecho Civil Uruguayo, T. II, V. I, FCU, 2002

Feliu Rey, Manuel Ignacio, La Prohibición del pacto comisorio y la opción en garantía, Editorial Cívitas, Madrid, 1995

Frigerio, Alfredo, “Consideraciones sobre la transmisión de la propiedad con función de garantía bajo la mirada de la Suprema Corte de Justicia”, en Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil, año V, tomo C, FCU, 2017

Gamarra, Jorge, Tratado de Derecho Civil, T. 2 V.1, FCU, 4 edición, 2002

Gamarra, Jorge, Tratado de Derecho Civil Uruguayo, T. XIII, 1999

Mantero, Elías, “Admisibilidad de la transferencia de la propiedad con función de garantía” en Anuario de Derecho Civil Uruguayo, Tomo XL, FCU, 2010

Messineo, Manual de Derecho Civil y Comercial, T IV, Bueno Aires 1955

Molla, Roque, El fideicomiso de garantía y el sistema general de garantías, en Anuario de Derecho Civil Uruguayo XXXIV

Molla, Roque, Compraventa con fines de garantía, en Anuario de Derecho Civil Uruguayo, t. XXVIII

Rodríguez Russo, Jorge, “Los contratos de garantía atípicos y la tipicidad de los derechos reales: consideraciones sobre su admisibilidad”, en Anuario de Derecho Civil Uruguayo, t. XXX, FCU

Sayagués Areco, E. “El pacto comisorio en el contrato de prenda común” en La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración, v.62, n.9 (01/01/1965)