

Garantías a primera demanda y la procedencia de medidas cautelares frente a la ejecución abusiva o fraudulenta

Recepción en el Proyecto de Código Unificado

María Emilia Carossi

I. Introducción [\[arriba\]](#)

La dinámica del mercado contemporáneo ha tornado necesaria la reformulación, entre otros institutos, del Derecho de Garantías, con el ánimo de que las mismas representen -para el empresario- un mecanismo eficaz para la defensa y ejecución de sus derechos.

El tránsito de este camino ha acarreado la carta de defunción del que fuera uno de los pilares fundamentales del sistema tradicional en la materia, el Principio de Accesoriedad, implicando que la relación de garantía permanezca ajena a los avatares del vínculo obligacional de base[1][2].

Embanderando el progreso en este sentido, y como genuina manifestación de la nueva fórmula Autonomía-Abstracción, se construyó el instrumento de las Garantías a primera demanda, por las cuales un sujeto -emisor- en garantía de la obligación de un tercero, se obliga -por un plazo de tiempo- a abonar una suma de dinero u otra prestación determinada a simple requerimiento del beneficiario, renunciando -por regla- a oponer cualquier excepción relativa a la existencia, validez o coercibilidad del vínculo obligacional garantizado, respecto del cual permanece extraño[3].

De este modo, puede apreciarse que su rasgo esencial radica en que basta para su ejecución la mera invocación del incumplimiento del deudor por parte del beneficiario, no siendo exigible la acreditación de tal extremo[4] [5].

En suma, motivada en satisfacer las exigencias de seguridad, agilidad y celeridad del empresario contemporáneo[6], la figura analizada representa una expresión clara de la tutela del crédito, colocando al acreedor en el centro de escena.

El objeto de este trabajo es analizar los mecanismos con que cuenta el operador jurídico para poner un freno oportuno y eficaz frente a conductas de beneficiarios inescrupulosos que pretendan -en un escenario propicio para ello- la ejecución de esta garantía de modo abusivo o fraudulento.

II. Recepción de la figura en el Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado [\[arriba\]](#)

Nutrido de las influencias del Derecho Internacional Privado, receptor del progreso jurídico de los países de avanzada, el legislador argentino ha proyectado la positivización de la Garantía a primera demanda, ya instaurada en el mercado doméstico con fundamento en el principio de autonomía de la voluntad[7].

En este sentido, cabe destacar el avance que ello implica en tanto otorgamiento de un contexto de mayor seguridad jurídica para quienes la utilizan en el tráfico negocial, a través de la determinación de sus elementos estructurales[8], que

esclarecen los lineamientos frente a numerosos debates doctrinarios existentes a su respecto.

Así, la norma proyectada -en lo atinente a la naturaleza jurídica de este instrumento de garantía- deja sentado que se trata de una declaración unilateral de voluntad -por contraposición a la tesis contractualista- en tanto la ubica en la Sección Cuarta (Garantías Unilaterales) del Capítulo Quinto (Declaración Unilateral de Voluntad), del Título Quinto (Otras fuentes de las Obligaciones), Libro Tercero (Derechos Personales).

Otro aspecto de relevancia lo determina la postura paternalista adoptada en lo atinente a los sujetos que pueden constituirse como otorgantes de este tipo de garantías. Si bien el legislador argentino ha proyectado una norma que abandona el concepto estricto de profesionalidad[9], deja entrever -mediante el acotamiento expreso- su finalidad de evitar la asunción de un riesgo financiero de relevancia por parte de sujetos que -presume- no se encuentran en condiciones de preverlo o soportarlo correctamente. Claro está, existe una finalidad paralela de tutela del propio mercado.

Si bien la norma elevada al Congreso de la Nación[10] aborda otras cuestiones fundamentales del instituto -como ser su forma, cesibilidad e irrevocabilidad- focalizaremos en el presente en el límite expreso que se ha establecido frente a los caracteres de abstracción y autonomía.

III. El temor a la ejecución abusiva o fraudulenta. La medida cautelar de no innovar como mecanismo oportuno y eficaz para palearlo [\[arriba\]](#)

De modo doblemente meritorio, el Proyecto de Código Unificado no sólo otorga carta de ciudadanía a las garantías a primera demanda en nuestro Derecho, que - se ha afirmado- constituyen una expresión clara del principio de tutela del crédito, sino que también prevé el peligro que este instrumento representa en manos de un beneficiario inescrupuloso.

Lógicamente, luego de haber transitado un camino de constante proclamación de la autonomía y abstracción como elementos tipificantes de la figura, resulta complejo volver la mirada al deudor y al garante para considerar el establecimiento de límites frente a un acreedor que tiene el derecho de ejecutar la garantía con la mera invocación del incumplimiento.

De este modo, se ha sostenido que los mecanismos tendientes a frenar o condicionar la ejecución deben ser analizados con la mayor estrictez, toda vez que se trata de un riesgo asumido por el resto de los sujetos, que pudo ser tenido en miras al contraer la obligación respectiva, encontrando esta postura el mayor asidero frente a garantes profesionales. En consecuencia, pregonan extremar la restricción al analizar los presupuestos de medidas cautelares que se peticionen con dicho objeto[11].

El enrolamiento en esta tendencia lleva a afirmar que, lo contrario, implicaría habilitar la excepcionalísima vía cautelar para subsanar errores u omisiones en que habría incurrido el garante durante la etapa de negociación, finalidad que resulta absolutamente ajena a la naturaleza de aquélla.

Si bien se entiende que asiste la razón a los defensores de esta tesis cuando afirman que las partes, en uso de su autonomía de la voluntad, han tenido la libertad de pactar mecanismos tendientes a la erradicación de conductas abusivas o fraudulentas, se estima que dejar ello en manos de los particulares sin otorgar lineamiento alguno presenta un doble peligro: Por un lado, que las partes omitan prever los límites de mínima o indisponibles (que, como veremos, son demarcados en el Proyecto); por el otro, que la focalización en este aspecto conlleve a desvirtuar la esencia de las garantías a primera demanda, supuesto en el que - claramente- nos encontraremos frente a un instrumento jurídico distinto, típico o no, lo que echaría por tierra el progreso conquistado.

Del otro lado de la biblioteca, puede encontrarse a quienes pregonan el otorgamiento de mecanismos de defensa al garante ejecutado sólo frente a situaciones extremas, que se identifican en la existencia de fraude[12] o abuso del derecho[13] del beneficiario[14].

Es esta la tendencia que se plasma en nuestro Proyecto de Código Unificado, el que prevé[15] que ante estos dos supuestos -que el peticionante deberá acreditar con prueba instrumental u otra de fácil y rápido examen- el garante u ordenante puede requerir que el juez fije una caución adecuada que el beneficiario deberá satisfacer antes del cobro.

Como puede apreciarse, la solución brindada por el legislador argentino sólo implica un condicionamiento de la ejecución, más no su freno. Sin abandonar la visión favorable frente a la norma proyectada, se considera que resulta más conveniente otorgar distintas alternativas al magistrado interviniente, autorizándolo -también- a ordenar, lisa y llanamente, la no ejecución de la garantía[16], en los casos concretos que ameriten la adopción de esta decisión.

La alternativa de máxima -orden de no pagar- ha sido receptada por los tribunales foráneos, con una aplicación restrictiva que sólo hace ceder a la seguridad y liquidez de las garantías a primera demanda frente a hipótesis de mala fe, abuso del derecho y fraude del beneficiario[17].

De igual modo, la previsión de una solución de esta índole resultaría más adecuada con los nuevos lineamientos existentes en materia de responsabilidad civil, que el proyecto plasma expresamente, sobre prevención del daño[18]. Esto es, en casos extremos en que el peticionante pueda acreditar un proceder ilegítimo por parte beneficiario que le ocasionará un daño irreparable, la mera fijación de una caución no representaría una tutela judicial adecuada[19].

Surge claro, como ha sido esbozado precedentemente, que el mecanismo procesal idóneo, en tanto oportuno y eficaz, para la defensa del garante en tales casos, viene dado por las medidas cautelares que podrán oscilar entre la fijación de una caución que deberá prestar el beneficiario hasta la orden de no pago, entendiendo que esta segunda alternativa encontrará su cauce en la medida cautelar de no innovar.

IV. Conclusión [\[arriba\]](#)

Las garantías a primera demanda constituyen un instrumento eficaz para la defensa y ejecución del empresario ante las exigencias del mercado

contemporáneo, erigiéndose como genuina manifestación de la nueva fórmula autonomía-abstracción, lo que coloca al acreedor en el centro de escena.

Su consagración legislativa en el Proyecto de Código Unificado otorga carta de ciudadanía a un instituto que ya pujaba por instaurarse en el ámbito doméstico, otorgando un contexto de seguridad jurídica al esclarecer cuestiones estructurales objeto de debate doctrinario.

Con un doble mérito, el legislador de la norma proyectada ha previsto el peligro que esta herramienta de garantía representa en manos de un beneficiario inescrupuloso, otorgando al magistrado una solución jurídica a fin de evitar situaciones de ejecución abusiva o en fraude, mediante la fijación de una caución que conlleva un condicionamiento de la ejecución.

Se entiende que tal previsión, a más de enaltecer principios generales del Derecho, va de la mano de una revisión del elemento causal del acto jurídico que da nacimiento a la garantía, otorgando protagonismo a la causa fin[20]. Ésta, concebida como la finalidad económica[21] que las partes han tenido en miras al dar origen al instrumento, representará un elemento de suma utilidad para el órgano judicial al dirimir la contienda.

De igual modo, se estima que resultaría más acorde al principio de prevención del daño y de tutela judicial efectiva, incluir la posibilidad de que el magistrado, lisa y llanamente, pueda ordenar la no ejecución de la garantía, para lo cual debería echar mano a la medida cautelar de no innovar[22].

Una vez más, será una labor de los operadores jurídicos la búsqueda del tanpreciado punto de equilibrio aristotélico, exigiendo la suma prudencia en la aplicación de los límites al instituto en la labor judicial. Para ello, resultará esencial la apreciación de los presupuestos en el caso concreto y la reafirmación de los nuevos lineamientos forjados en el Derecho de garantías, como parámetros en la búsqueda de una justa compatibilización de derechos.

[1] Riva, Jorge Luis, Álvarez Agudo, Graciela; Garantías modernas, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, pág. 9.

[2] Sin perjuicio del ulterior ejercicio de las acciones previstas por la ley, en caso de proceder.

[3] Cfr. Fantoni, Martín A., “Garantía a primera demanda”, La Ley 2008, Buenos Aires, pág. 704; Figueroa Casas, Pedro J., “Garantías a primera demanda o primer requerimiento”, Código de Comercio comentado y anotado, Tomo II, Buenos Aires, 2005, pág.463.

[4] En ciertos casos, se exige la presentación de determinada documentación sobre la que el garante sólo tiene el deber de análisis formal conforme pautas de cuidado razonable.

[5] Cámara Nacional en lo Comercial, Sala F, Sa Lito Gonella e Hijo I.C.F.I. c. Bisa Seguros de Reaseguros S.A. y otros, 6/10/2010, AR/JUR/38814/2010.

[6] Cfr. Fantoni, Martín A., pág.700.

[7] Cfr. Fantoni, Martín A., pág. 709.

[8] En este sentido, con buen tino se ha criticado la norma proyectada por omitir regular los términos en que la garantía a primera demanda debe ser requerida por el beneficiario. Boretto, Mauricio, “Las garantías patrimoniales. Reflexiones sobre las garantías a primera demanda”, La Ley, Año III, Número 5, Octubre 2012, pág. 305.

[9] Comprendido por entidades financieras y Compañías aseguradoras.

[10] Mensaje n° 884/2012 del Poder Ejecutivo Nacional al Congreso de la Nación Argentina.

[11] Cfr. Cámara Nacional en lo Comercial, Sala F, Sa Lito Gonella e Hijo I.C.F.I. c. Bisa Seguros de Reaseguros S.A. y otros, 6/10/2010, AR/JUR/38814/2010.

[12] Este supuesto podría darse cuando puede acreditarse -de modo inequívoco- que el ordenante de la garantía, deudor garantizado, ha cumplido de modo integral la prestación garantizada a su cargo, e igualmente el beneficiario pretende su ejecución.

[13] En este sentido, y modo de ejemplo, podría darse el caso en que medie una connivencia dolosa entre el ordenante y el beneficiario en contra o en perjuicio del otorgante de la garantía, como ser, el conocimiento que ambos poseen de la inminente insolvencia del primero que -necesariamente- implicará complicaciones en la efectividad del reembolso a favor del garante.

[14] Cfr. Kemelmajer de Carlucci, Aída R., págs. 129.

[15] En su artículo 1810 in fine.

[16] Boretto, Mauricio, “Las garantías patrimoniales: Reflexiones sobre las garantías a primera demanda”, Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa, La Ley, Año III, N° 5, Octubre 2012, pág. 303.

[17] Cfr. Cámara Nacional en lo Comercial, Sala F, Sa Lito Gonella e Hijo I.C.F.I. c. Bisa Seguros de Reaseguros S.A. y otros, 6/10/2010, AR/JUR/38814/2010.

[18] Art. 1711.

[19] Boretto, Mauricio, pág. 303.

[20] En este sentido, con la claridad de pensamiento característica, la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci ha puesto de manifiesto la relevancia de indagar sobre la causa fin (en tal caso, analizando las figuras de “cesión de créditos en garantía” y “prenda de créditos”), en su voto en el caso: Corte Suprema de Justicia de Mendoza, Banco de Mendoza en J.22.216, compulsada en Carbometal SAIC s/ Concurso preventivo s/ Casación, ED, 180-514.

[21] Kemelmajer de Carlucci, Aída, Las garantías a primera demanda, Revista de Derecho Privado y Comunitario Nro. 2, pág. 94.

[22] Al respecto, se ha afirmado que “de este modo se asegura la tutela jurídica y la inmodificabilidad de aquélla e interés de los litigantes, evitando actitudes unilaterales de éstos que tornen inocuo o de cumplimiento imposible el pronunciamiento de mérito”. Enderne, Guillermo Jorge, “Prohibición de Innovar”, en Peyrano, Jorge W. coordinador, Tratado de las medidas cautelares, Tomo 3, Editorial Jurídica Panamericana S.R.L., Santa Fe, 1996, pág. 145.