

# Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias: su implementación

David Morán Bovio  
(dir.)





LEY MODELO INTERAMERICANA SOBRE GARANTÍAS  
MOBILIARIAS: SU IMPLEMENTACIÓN

## AUTORES

AYALA, Elsa  
BAZINAS, Spyridon V.  
BONILLA, María del Pilar  
CARBALLO PIÑEIRO, Laura  
CÁRDENAS CAYCEDO, Omar Alfonso  
CAZAL ZALDÍVAR, Lucía Elena  
CONTE, María Celina  
FELIU REY, Jorge  
KOZOLCHYK, Boris  
MARTÍNEZ, Mary Ela  
MCKAIN, Antoinette  
MEJÁN CARRER, Luis Manuel  
MORÁN BOVIO, David  
MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio  
MUGUILLO, Roberto A.

MUÑOZ FLOR, Diana  
NEGRO ALVARADO, Dante  
OLIVA SALAZAR, Laura María  
OSSERS, Ana Patricia  
PAULINO, Rocío  
POLANCO, Joselyn  
REYES INTERIANO, Linda Patricia  
RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa  
ROJAS CHAN, Anayansy  
SÁNCHEZ-MEJORADA Y VELASCO, Carlos  
SOTELO AGUILAR, Sara  
SUTHERLAND-REID, Yvette  
TRAMHEL, Jeannette  
WILSON, John M.  
ZABLAH CÓRDOVA, Carlos Elías

DAVID MORÁN BOVIO  
(Dir.)

LEY MODELO  
INTERAMERICANA SOBRE  
GARANTÍAS MOBILIARIAS:  
SU IMPLEMENTACIÓN

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2020

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del «Copyright», bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

© David Morán Bovio (dir.)

© Los autores

© MARCIAL PONS

EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.

San Sotero, 6 - 28037 MADRID

☎ (91) 304 33 03

*www.marcialpons.es*

ISBN: 978-84-9123-950-5

Diseño de la cubierta: ene estudio gráfico

Fotocomposición: JOSUR TRATAMIENTO DE TEXTOS, S. L.

# ÍNDICE

	Pág.
<b>LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS</b> .....	19
<b>INTRODUCCIÓN</b> , <i>por Dante Negro Alvarado</i> .....	21
<b>INTRODUCCIÓN DEL EDITOR</b> , <i>por David Morán Bovio</i> .....	23
<b>ELABORACIÓN DE LA LEY MODELO INTERAMERICANA SOBRE GARANTÍAS MOBILIARIAS. BREVE RESEÑA</b> , <i>por Jeannette Tramhel</i> .....	27
<b>LA LEY MODELO INTERAMERICANA SOBRE GARANTÍAS MOBILIARIAS EN EL CONTEXTO DE LA ARMONIZACIÓN INTERNACIONAL DE LAS REGLAS RELATIVAS A LAS GARANTÍAS REALES SOBRE BIENES MUEBLES</b> , <i>por Jorge Feliu Rey y Teresa Rodríguez de las Heras Ballell</i> .....	31
I. LA FUNCIÓN DEL SISTEMA DE GARANTÍAS EN LAS ECONOMÍAS MODERNAS PARA FACILITAR EL ACCESO AL CRÉDITO.....	31
II. EL PROCESO DE ARMONIZACIÓN INTERNACIONAL DE LAS NORMAS SOBRE GARANTÍAS MOBILIARIAS Y OTRAS FÓRMULAS CONTRACTUALES CON FUNCIÓN DE GARANTÍA.....	34
III. LA LEY MODELO INTERAMERICANA SOBRE GARANTÍAS MOBILIARIAS EN CONTEXTO.....	41

## PARTE I

### LEY MODELO INTERAMERICANA SOBRE GARANTÍAS MOBILIARIAS: COMENTARIOS

<b>TÍTULO I. ÁMBITO Y APLICACIÓN GENERAL. ARTÍCULOS 1 A 4</b> , <i>por Jorge Feliu Rey</i> .....	45
<b>TÍTULO II. CONSTITUCIÓN. ARTÍCULOS 5 A 9</b> , <i>por Sara Sotelo Aguilar</i> .....	55
I. CREACIÓN DE LA GARANTÍA MOBILIARIA.....	56
II. CONTENIDO DEL CONTRATO DE GARANTÍA MOBILIARIA.....	57

	Pág.
III. LA GARANTÍA MOBILIARIA SOBRE BIENES FUTUROS O A ADQUIRIR.....	59
IV. LA GARANTÍA MOBILIARIA SIN DESPOSESIÓN .....	60
V. LA GARANTÍA MOBILIARIA CON DESPOSESIÓN .....	61
VI. COMENTARIOS FINALES .....	61
<b>TÍTULO III. PUBLICIDAD. CAPÍTULOS I Y II. ARTÍCULOS 10 A 12, por Teresa Rodríguez de las Heras Ballell.....</b>	<b>63</b>
I. LAS FUNCIONES DE LA PUBLICIDAD EN EL RÉGIMEN DE LAS GARANTÍAS MOBILIARIAS.....	63
II. EL SISTEMA DE PUBLICIDAD DE LAS GARANTÍAS EN LOS PRINCIPIOS DEL NLCIFT .....	64
III. ANÁLISIS DE LOS ARTS. 10 A 12 DE LA LEY MODELO .....	65
1 Reglas generales de publicidad (arts. 10 y 11) .....	65
1.1. Cómo opera la dualidad de modalidades de publicidad: aplicación, interrelación y límites .....	66
1.2. Publicidad registral - modelo de registro .....	68
2. Publicidad de los bienes atribuibles .....	70
3. Publicidad de las garantías mobiliarias de adquisición (art. 12).....	73
<b>TÍTULO III. PUBLICIDAD. CAPÍTULO III. CRÉDITOS. ARTÍCULOS 13 A 20, por David Morán Bovio .....</b>	<b>75</b>
I. PROEMIO .....	75
II. ARTÍCULO 13 .....	77
1. Precedentes en CARIT .....	78
2. Reflexiones derivadas.....	80
III. ARTÍCULO 14 .....	81
1. Precedentes en CARIT .....	81
2. Reflexiones derivadas.....	82
IV. ARTÍCULO 15 .....	82
1. Precedentes en CARIT .....	83
2. Reflexiones derivadas.....	83
V. ARTÍCULO 16 .....	84
1. Precedentes en CARIT .....	84
2. Reflexiones derivadas.....	85
VI. ARTÍCULO 17 .....	85
1. Precedentes en CARIT .....	86
2. Reflexiones derivadas.....	87
VII. ARTÍCULO 18 .....	88
1. Precedentes en CARIT .....	88
2. Reflexiones derivadas.....	89
VIII. ARTÍCULO 19 .....	89
1. Precedentes en CARIT .....	90
2. Reflexiones derivadas.....	91



	Pág.
IX. ARTÍCULO 20 .....	91
1. Precedentes en CARIT .....	92
2. Reflexiones derivadas.....	93
<b>TÍTULO III. PUBLICIDAD. CAPÍTULOS IV Y V. OBLIGACIONES NO MONE- TARIAS Y CARTAS DE CRÉDITO. ARTÍCULOS 21 A 26, por Carlos Sánchez- Mejorada y Velasco .....</b>	95
I. OBLIGACIONES NO-MONETARIAS, ARTS. 21 Y 22.....	96
II. CARTAS DE CRÉDITO, ARTS. 23 AL 26.....	97
<b>TÍTULO III. PUBLICIDAD. CAPÍTULO VI. INSTRUMENTOS Y DOCUMEN- TOS. ARTÍCULOS 26 A 29, por Luis Manuel Meján Carrer .....</b>	101
I. EL ENTORNO DE LA LEY MODELO .....	101
II. ANÁLISIS DE LAS NORMAS EN CUESTIÓN (ARTS. 26 A 29).....	102
III. CONGRUENCIA DE LOS ARTS. 26 A 29 DE LA LEY MODELO CON LOS 12 PRINCIPIOS DEL NLCIFT PARA LAS GARANTÍAS MOBILIARIAS EN LAS AMÉRICAS.....	104
IV. TELEOLOGÍA Y AXIOLOGÍA AUSPICADAS POR LAS NORMAS .....	106
V. CÓMO SE TRATAN ESTAS CUESTIONES EN LA LEY MEXICANA. ....	106
<b>TÍTULO III. PUBLICIDAD. CAPÍTULOS VII A X. ARTÍCULOS 30 A 34, por Jeannette Tramhel .....</b>	109
I. ARTÍCULO 30 .....	109
1. Análisis.....	109
1.1. Consentimiento del deudor.....	112
1.2. La naturaleza de los bienes en garantía.....	112
1.3. Prueba escrita .....	113
2. Legislación comparable.....	114
2.1. El Salvador.....	114
2.2. Perú .....	114
2.3. Jamaica .....	115
II. ARTÍCULO 31 .....	116
1. Análisis.....	116
2. Legislación comparable.....	118
2.1. El Salvador.....	118
2.2. Perú .....	119
2.3. Jamaica .....	119
III. ARTÍCULO 32 .....	120
1. Análisis.....	120
2. Legislación comparable.....	123
2.1. El Salvador.....	123
2.2. Perú .....	124
2.3. Jamaica .....	124
IV. ARTÍCULO 33 .....	124
1. Análisis.....	125
1.1. Cuidado razonable en la preservación de los bienes en garantía. 1.2. Mantener identificables los bienes gravados .....	125
	126

	Pág.
1.3. Uso de los bienes en garantía solamente en la forma prescrita....	127
1.4. Otras obligaciones .....	127
2. Legislación comparable .....	127
2.1. El Salvador.....	127
2.2. Perú .....	128
2.3. Jamaica .....	129
V. ARTÍCULO 34 .....	129
1. Análisis.....	129
2. Legislación comparable.....	130
2.1. El Salvador.....	130
2.2. Perú .....	130
2.3. Jamaica .....	130
<b>TÍTULO IV. REGISTRO Y DISPOSICIONES RELACIONADAS. ARTÍCULOS</b>	
<b>35 A 46, por María del Pilar Bonilla .....</b>	<b>131</b>
I. ¿POR QUÉ UNA HERRAMIENTA ESPECIALMENTE DISEÑADA PARA EL SISTEMA DE GARANTÍAS MOBILIARIAS?.....	132
II. EL REGISTRO DE GARANTÍAS MOBILIARIAS COMO HERRAMIENTA PARA INFORMAR A TERCEROS .....	133
III. LOS USUARIOS DEL REGISTRO DE GARANTÍAS MOBILIARIAS .....	135
IV. REGISTROS ESPECIALES Y REGISTRO DE GARANTÍAS MOBILIARIAS .....	137
V. DE LOS FORMULARIOS PREESTABLECIDOS Y LA INFORMACIÓN EN LA BASE DE DATOS.....	138
VI. DE LA GARANTÍA MOBILIARIA DE ADQUISICIÓN .....	139
<b>TÍTULO V. REGLAS DE PRELACIÓN. ARTÍCULOS 47 A 53, por Roberto A. Muguillo .....</b>	<b>141</b>
I. INTRODUCCIÓN AL TÍTULO V .....	141
II. LA PRELACIÓN Y SU OponIBILIDAD FRENTE A TERCEROS (ART. 47).....	142
III. EL DERECHO REIPERSECUTORIO (ART. 48).....	143
IV. ADQUIRENTE EN EL CURSO ORDINARIO DE LAS OPERACIONES MERCANTILES (ART. 49) .....	143
V. MODIFICACIÓN DE LA PRELACIÓN, PREFERENCIA O PRIVILEGIO (ART. 50).....	144
VI. GARANTÍA MOBILIARIA DE ADQUISICIÓN (ART. 51) .....	145
VII. SUPUESTOS ESPECIALES (ART. 52) .....	146
VIII. TRANSFERENCIA DEL BIEN GRAVADO A TERCEROS (ART. 53) .....	147
<b>TÍTULO VI. EJECUCIÓN. ARTÍCULOS 54 A 67, por Anayansy Rojas Chan.....</b>	<b>149</b>
I. INTRODUCCIÓN.....	149
II. LEY MODELO, TÍTULO VI. EJECUCIÓN.....	149
III. EL MODELO DE EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR.....	150
1. Ejecución extrajudicial mediante notario .....	151
2. El proceso de ejecución mediante arbitraje .....	152
IV. EL MODELO DE EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL EN COLOMBIA .....	153
1. El pago directo .....	153
2. La ejecución especial .....	154

	Pág.
2.1. La venta por subasta o martillo electrónico .....	155
3. El arbitraje electrónico para la resolución de controversias sobre garantías mobiliarias .....	156
V. EL MODELO DE EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL EN PERÚ .....	157
VI. CONCLUSIONES .....	159
VII. BIBLIOGRAFÍA .....	159
 <b>TÍTULOS VII Y VIII. ARBITRAJE, CONFLICTOS DE LEYES Y ALCANCE TERRITORIAL DE APLICACIÓN. ARTÍCULOS 68 A 72, por Laura Carballo Piñeiro</b> .....	161
I. INTRODUCCIÓN.....	161
II. TÍTULO VII: ARBITRAJE .....	162
1. Antecedentes.....	162
2. Materia arbitral .....	162
3. Arbitraje y realización de la garantía mobiliaria .....	164
4. Remisión a la legislación nacional de arbitraje .....	165
III. TÍTULO VIII: CONFLICTOS DE LEYES Y ALCANCE TERRITORIAL DE LA APLICACIÓN DE LA LEY MODELO .....	166
1. Antecedentes.....	166
2. Conflictos de leyes.....	167
2.1. Normas de conflicto .....	167
2.2. El conflicto móvil .....	168
3. Alcance territorial de la Ley Modelo Interamericana sobre garantías mobiliarias.....	171
IV. CONSIDERACIONES FINALES .....	172
<b>PARTE II</b>	
<b>REGLAMENTO MODELO PARA EL REGISTRO DE LA LEY MODELO INTERAMERICANA SOBRE GARANTÍAS MOBILIARIAS</b>	
 <b>COMENTARIO DE SÍNTESIS, por Elsa Ayala y Diana Muñoz Flor</b> .....	175
I. ANTECEDENTES.....	175
II. DESARROLLO DEL REGLAMENTO .....	176
1. Definiciones .....	176
2. Registro electrónico .....	176
3. Pago de derechos.....	176
4. Calificación registral .....	177
5. Deberes del registro.....	177
6. Procedimiento para la inscripción .....	177
7. Aviso de confirmación de inscripción o cancelación.....	178
8. Restablecimiento de la inscripción .....	179
9. Certificados de registro .....	179
10. Identificación del acreedor garantizado y del deudor garante.....	180
11. Descripción del bien en garantía.....	180
12. Obtención de la información.....	180
III. CONCLUSIONES .....	181

**PARTE III**  
**IMPLEMENTACIÓN: INFORMES NACIONALES**

<b>COLOMBIA: RECEPCIÓN DE LA LEY MODELO INTERAMERICANA SOBRE GARANTÍAS MOBILIARIAS, por Omar Alfonso Cárdenas Caycedo .....</b>	<b>185</b>
I. PROCESO DE INCORPORACIÓN DE LA LEY MODELO INTERAMERICANA SOBRE GARANTÍAS MOBILIARIAS EN COLOMBIA.....	185
II. COLOMBIA ANTES DE LA LEY 1676 DE 2013.....	186
III. GENERALIDADES SOBRE LA LEY 1676 DE 2013 (LGMCOL).....	188
IV. LA LEY 1676 DE 2013 DE COLOMBIA (LGMCOL) FRENTE A LA LEY MODELO INTERAMERICANA SOBRE GARANTÍAS MOBILIARIAS (LMIGM): SIMILITUDES Y DIFERENCIAS .....	189
1. Tipo de obligación garantizada .....	189
2. Bienes sujetos a la garantía mobiliaria.....	190
3. Constitución de la garantía mobiliaria .....	190
4. Registro de la garantía mobiliaria .....	192
5. Ejecución de la garantía mobiliaria.....	194
V. LA LEY 1676 DE 2013 LGMCOL Y SU IMPACTO EN CIFRAS .....	197
VI. REFERENCIAS .....	199
<b>COSTA RICA: LOGROS, OBSTÁCULOS Y RETOS DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LA LEY DE GARANTÍAS MOBILIARIAS, por Anayansy Rojas Chan .....</b>	<b>201</b>
I. INTRODUCCIÓN.....	201
II. ASPECTOS RELEVANTES DE LA LEY DE GARANTÍAS MOBILIARIAS...	202
1. La influencia de la Ley Modelo Interamericana sobre garantías mobiliarias .....	202
2. Exclusiones de la ley.....	203
III. LA CONSTITUCIÓN DEL SISTEMA DE GARANTÍAS MOBILIARIAS .....	204
1. Características del sistema de garantías mobiliarias.....	204
1.1. Archivo público nacional de gestión de datos .....	204
1.2. Ausencia de calificación registral .....	204
1.3. Folio electrónico personal y firma digital certificada.....	204
2. Consideraciones generales sobre el funcionamiento del Sistema Operativo.....	205
IV. PRINCIPALES OBSTÁCULOS.....	206
1. El alcance de la garantía mobiliaria .....	206
2. El supuesto pacto comisorio .....	206
3. La ejecución extrajudicial mediante notario público .....	208
4. Otras aclaraciones.....	208
V. LOGROS Y ESTADO ACTUAL .....	209
1. Estadísticas del Sistema de Garantías Mobiliarias .....	209
2. El rol de la jurisprudencia.....	210
3. Elaboración del reglamento sustantivo a la ley.....	210
VI. LAS FUTURAS REFORMAS (A TÍTULO DE CONCLUSIÓN) .....	210
VII. BIBLIOGRAFÍA .....	211

	Pág.
<b>EL SALVADOR: COMENTARIOS SOBRE LA LEY MODELO INTERAMERICANA SOBRE GARANTÍAS MOBILIARIAS Y LA LEY DE GARANTÍAS MOBILIARIAS</b> , por <i>Carlos Elías Zablah Córdova y Laura María Oliva Salazar</i> .....	213
<b>GUATEMALA: IMPLEMENTACIÓN DE LA LEY MODELO SOBRE GARANTÍAS MOBILIARIAS</b> , por <i>Marta del Pilar Bonilla</i> .....	219
<b>JAMAICA: SECURITY INTERESTS IN PERSONAL PROPERTY ACT 2013 (SIPPA)</b> , por <i>Antoinette McKain e Yvette Sutherland-Reid</i> .....	221
I. PART ONE .....	221
II. PART TWO .....	228
<b>HONDURAS: LEY DE GARANTÍAS MOBILIARIAS</b> , por <i>Mary Ela Martínez y Linda Patricia Reyes Interiano</i> .....	231
I. ANTECEDENTES A LA VIGENCIA DE LA LEY DE GARANTÍAS MOBILIARIAS EN HONDURAS .....	231
II. CONCEPTO DE GARANTÍA MOBILIARIA Y BIENES GARANTIZADORES .....	232
1. Bienes y derechos sobre los cuales se puede constituir garantía mobiliaria .....	233
III. REQUISITOS PARA CONSTITUIR GARANTÍAS MOBILIARIAS .....	233
1. Derechos y obligaciones derivados del contrato de garantía mobiliaria .....	234
IV. INSCRIPCIÓN DE GARANTÍAS MOBILIARIAS .....	234
1. Garantía específica para compra .....	235
2. Cesión de créditos .....	235
3. Publicidad de la garantía mobiliaria .....	235
V. EJECUCIÓN DE LAS GARANTÍAS MOBILIARIAS .....	237
VI. RETOS Y DESAFÍOS DE LA LEY DE GARANTÍAS MOBILIARIAS .....	238
<b>MÉXICO: IMPLEMENTACIÓN DEL SISTEMA DE GARANTÍAS MOBILIARIAS</b> , por <i>Elsa Ayala y Diana Muñoz Flor</i> .....	239
I. ANTECEDENTES .....	239
II. LA REFORMA DE GARANTÍAS MOBILIARIAS EN MÉXICO .....	240
1. Reforma del 2000 .....	240
2. Reforma del 2003 .....	241
3. Reforma del 2014 .....	242
4. Reforma del 2009 .....	242
III. MEJORES PRÁCTICAS IMPLEMENTADAS EN EL RUG .....	242
1. Registro de fácil acceso en una sola base de datos y a bajo costo para los usuarios .....	243
2. Calificación registral .....	243
3. Formularios de inscripción .....	243
4. Descripción de los bienes .....	244
5. Registros especiales .....	244
6. Vigencia de las inscripciones .....	244
7. Consulta .....	245

	Pág.
8. Cancelaciones, modificaciones, rectificaciones por error, renovación de vigencia .....	245
9. Seguridad del registro.....	246
10. Aviso preventivo y anotaciones .....	247
11. Certificaciones.....	247
12. Garantías mobiliarias inscritas antes del inicio del RUG.....	248
IV. CONCLUSIONES GENERALES .....	248
V. BIBLIOGRAFÍA .....	249
1. Legislación.....	249
2. Páginas de internet .....	249
3. Revistas.....	249
ANEXO I. RESULTADOS DEL RUG.....	250
<b>PARAGUAY: LA REFORMA DEL SISTEMA DE GARANTÍAS MOBILIARIAS, por José Antonio Moreno Rodríguez y Lucía Elena Cazal Zaldívar .....</b>	<b>253</b>
I. EL ACCESO A FINANCIAMIENTO Y LAS GARANTÍAS MOBILIARIAS ...	256
II. LA DIFICULTAD DE LAS MIPYMES PARA ACCEDER AL CRÉDITO EN PARAGUAY.....	257
III. PROBLEMAS DEL MARCO JURÍDICO ACTUAL.....	258
1. Existe un sistema fragmentado de garantías mobiliarias.....	259
2. Se requiere una descripción específica de los bienes en garantía.....	260
3. Se permite una descripción general de las obligaciones garantizadas y se puede garantizar cualquier tipo de deudas y obligaciones .....	260
4. Las características del registro de garantías no cumplen con las mejores prácticas en la materia.....	261
5. La normativa prevé únicamente la ejecución judicial de las garantías mobiliarias.....	262
IV. HACIA UNA REFORMA DEL SISTEMA DE GARANTÍAS MOBILIARIAS EN PARAGUAY .....	263
V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	264
<b>PERÚ: GARANTÍAS MOBILIARIAS, por Sara Sotelo Aguilar .....</b>	<b>267</b>
I. ANTECEDENTES.....	267
II. NUEVO RÉGIMEN DE GARANTÍA MOBILIARIA EN PERÚ .....	269
1. Ámbito de aplicación .....	269
2. Creación.....	271
3. Prelación.....	272
4. Registro y publicidad.....	273
5. Ejecución.....	274
<b>REPÚBLICA DOMINICANA: PROYECTO DE LEY DE GARANTÍAS MOBILIARIAS, por Joselyn Polanco, Rocío Paulino y Ana Patricia Ossers.....</b>	<b>277</b>
I. ANTECEDENTES.....	277
II. SISTEMA JURÍDICO ACTUAL .....	278
III. PLANIFICACIÓN DEL PROYECTO.....	279
IV. SIMILITUDES Y DIVERGENCIAS DEL PROYECTO Y LA LEY MODELO INTERAMERICANA.....	280
V. CONCLUSIONES .....	283

PARTE IV  
**INFORMES SUPRANACIONALES**

<b>LAS REFORMAS EN GARANTÍAS MOBILIARIAS PARA LA INCLUSIÓN FINANCIERA Y EL EMPODERAMIENTO ECONÓMICO DE LAS MUJERES,</b> <i>por María Celina Conte</i> .....	287
<b>SISTEMAS DE GARANTÍAS MOBILIARIAS EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE: METODOLOGÍA Y REFORMAS,</b> <i>por John M. Wilson</i> .....	295
I. INTRODUCCIÓN.....	295
II. COMPONENTE FINANCIERO .....	296
1. Marco económico-financiero.....	296
2. Reglamentación financiera.....	296
3. Financiamiento de las pymes.....	298
4. Acceso al financiamiento .....	298
III. COMPONENTE JURÍDICO .....	298
1. Derechos legales.....	299
2. Uniformidad y creación.....	300
2.1. Principio general .....	301
2.2. Sistema fragmentado .....	302
2.3. Creación.....	302
3. Bienes en garantía.....	303
3.1. Bienes atribuibles.....	304
3.2. Bienes posteriormente adquiridos .....	305
4. Obligación garantizada.....	305
5. Garantías de adquisición.....	306
6. Prelación.....	306
6.1. Garantía de adquisición .....	307
6.2. Bienes adheridos .....	307
6.3. Comprador en el curso ordinario .....	307
7. Financiamiento especializado.....	308
7.1. Inventario.....	308
7.2. Financiamiento de equipo .....	308
7.3. Financiamiento agrícola .....	309
7.4. Factoraje financiero.....	309
7.5. Equipos muebles internacionales.....	310
8. Ejecución.....	310
8.1. Requerimiento de ejecución extrajudicial .....	310
8.2. Recuperación del bien en garantía.....	311
8.3. Disposición de los bienes .....	312
8.4. Apropiación en satisfacción de la deuda.....	312
IV. COMPONENTE REGISTRAL.....	313
1. Características .....	313
2. Publicidad y prelación .....	315
3. Uniformidad .....	315
4. Registros existentes.....	315
5. Gravámenes ocultos .....	315

	Pág.
6. Registros especiales.....	315
7. Formularios de registro .....	316
8. Descripción de los bienes y de la obligación .....	317
9. Ratificación, verificación y calificación.....	317
10. Firma .....	318
11. Costo .....	318
12. Tecnología.....	318
V. CONCLUSIONES .....	319
<b>UNIFORM SECURED TRANSACTIONS LAW: THE MODEL INTER-AMERICAN LAW AND THE UNCITRAL MODEL LAW ON SECURED TRANSACTIONS COMPARED, por Spyridon V. Bazinas.....</b>	<b>321</b>
I. INTRODUCTION.....	321
II. STRUCTURE OF THE TWO TEXTS, KEY OBJECTIVES AND FUNDAMENTAL APPROACHES .....	322
1. Structure.....	322
2. Key objectives and general approaches .....	323
III. TERMINOLOGY.....	326
IV. SCOPE OF APPLICATION AND GENERAL PROVISIONS.....	327
V. CREATION OF A SECURITY INTEREST .....	330
VI. THIRD-PARTY EFFECTIVENESS OF A SECURITY INTEREST.....	333
VII. NOTICE REGISTRATION .....	336
1. The MIAL and the UML.....	336
2. The MIARR and the UMRP .....	338
VIII. RIGHTS AND OBLIGATIONS OF THE PARTIES AND OF THIRD-PARTY OBLIGORS.....	339
1. Rights and obligations of the parties .....	339
2. Rights and obligations of third-party obligors.....	341
IX. PRIORITY OF A SECURITY INTEREST.....	342
X. ENFORCEMENT OF A SECURITY INTEREST .....	344
XI. LAW APPLICABLE TO A SECURITY INTEREST.....	345
XII. TRANSITION.....	349
XIII. THE IMPACT OF INSOLVENCY ON A SECURITY INTEREST.....	350
XIV. CONCLUSIONS.....	351
<b>ANTECEDENTES DE LA LEY MODELO INTERAMERICANA DE GARANTÍAS MOBILIARIAS (LMOEA): ESTUDIOS PREPARATORIOS, PRINCIPIOS RECTORES, LEYES Y SUS EXPERIENCIAS, por Boris Kozolchyk .....</b>	<b>353</b>
I. INTRODUCCIÓN.....	354
II. LA RELACIÓN ENTRE LA LMOEA Y EL TLCAN.....	355
1. La ausencia de créditos comerciales e industriales a tasas de intereses razonables en México y un remedio temporal: un caso ilustrativo .....	355
2. Estudios pioneros sobre los préstamos comerciales con garantías mo- biliarias en el Derecho Interamericano y su influencia en la redacción de la LMOEA .....	357
2.1. «El Derecho y la Estructura Crediticia de Latinoamérica» (« <i>Law                 and the Credit Structure of Latin America</i> », en lo sucesivo LCSLA) (RAND Corporation, 1966) .....	357
2.2. La metodología de « <i>Law and the Credit Structure in Latin                 America</i> » (en lo sucesivo el Derecho y la Estructura Jurídica La- tinoamericana) .....	358



	Pág.
2.3. El Derecho viviente del crédito comercial y de las Garantías Mobiliarias (GM) en Latinoamérica .....	360
2.4. Hallazgos y conclusiones .....	362
2.5. El Proyecto de Reforma Jurídica de Costa Rica 1967-1970 (PRJ).....	362
<b>III. LA REDACCIÓN DEL PROYECTO SECOFI/NATLAW Y LA LEY MODELO INTERAMERICANA DE GARANTÍAS MOBILIARIAS (LMOEA) .....</b>	<b>366</b>
1. El EDA .....	367
1.1. Primer préstamo.....	367
1.2. ¿Qué se inscribe en el Registro de Garantías Mobiliarias y cómo se describen los bienes garantizadores en el texto registrado?.....	368
1.3. ¿Cuál es el significado del término « <i>security interest</i> ». ¿Es un derecho real de dominio o de posesión preferente?.....	369
1.4. El « <i>security interest</i> » como una garantía mobiliaria unitaria, aunque abierta a nuevos tipos de préstamos.....	369
1.5. Los patrimonios de afectación como bienes garantizadores.....	369
1.6. Garantía mobiliaria privilegiada para la adquisición de bienes o mercaderías especificados (en lo sucesivo GMPBE).....	370
1.7. La protección al tercero transaccional y registral.....	370
1.8. El cobro extrajudicial del préstamo .....	371
2. México .....	371
2.1. La ausencia de garantías mobiliarias sobre el inventario entendido como un patrimonio de afectación .....	371
2.2. Dos problemas conceptuales .....	372
<b>IV. LA PROPUESTA KOZOLCHYK/NATLAW DE SEIS PRINCIPIOS RECTORES PARA UNA FUTURA LEY SECOFI/NATLAW (1999): LA REDACCIÓN DE PRINCIPIOS RECTORES COMO UN PUENTE NORMATIVO PARA EL «TRASPLANTE» DE INSTITUCIONES JURÍDICAS FORÁNEAS .....</b>	<b>375</b>
1. Los Principios Kozolchyk/NatLaw.....	375
1.1. Características de los bienes garantizadores .....	375
1.2. Los derechos del deudor garante y acreedor garantizado .....	376
1.3. La constitución, publicitación y prelación del Derecho posesorio del acreedor garante; su posesión preferente y la excepción de la Garantía Privilegiada para la Adquisición de Bienes Específicos (GPBE).....	376
1.4. El comprador en el curso ordinario de los negocios del vendedor/deudor garante.....	377
1.5. La reposición y venta de bienes garantizadores.....	377
1.6. La garantía mobiliaria unitaria .....	377
<b>V. EL PROYECTO CONJUNTO DE LA SECRETARÍA DE COMERCIO Y FOMENTO INDUSTRIAL DE MÉXICO (SECOFI) Y DE NATLAW DE 2001 Y LA ADOPCIÓN DE LA LEY MODELO INTERAMERICANA, FEBRERO 2002, POR LA OEA .....</b>	<b>377</b>
<b>VI. LAS ADOPCIONES DE LA LMOEA Y SU EFECTIVIDAD: SUGERENCIAS PARA UN FUTURO MENOS LITIGIOSO Y SENSIBLE A LAS MEJORES PRÁCTICAS DEL MERCADO.....</b>	<b>378</b>
<b>LEY MODELO INTERAMERICANA SOBRE GARANTÍAS MOBILIARIAS .....</b>	<b>383</b>
<b>MODEL INTER-AMERICAN LAW ON SECURED TRANSACTIONS .....</b>	<b>395</b>
<b>AUTORES PARTICIPANTES .....</b>	<b>405</b>



## **LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS**

La Organización de los Estados Americanos (OEA) es la organización regional más antigua del mundo, ya que se remonta a la Primera Conferencia Internacional de Estados Americanos, celebrada en Washington, D. C., de octubre de 1889 a abril de 1890. En esta reunión se aprobó la creación de la Unión Internacional de Repúblicas Americanas. La Carta de la OEA se suscribió en Bogotá en 1948 y entró en vigencia en diciembre de 1951. Posteriormente la Carta fue enmendada por el Protocolo de Buenos Aires, suscrito en 1967, el cual entró en vigencia en febrero de 1970; por el Protocolo de Cartagena de Indias, suscrito en 1985, el cual entró en vigencia en noviembre de 1988; por el Protocolo de Managua, suscrito en 1993, el cual entró en vigencia el 29 de enero de 1996; y por el Protocolo de Washington, suscrito en 1992, el cual entró en vigor el 25 de septiembre de 1997. En la actualidad la OEA tiene 35 Estados Miembros. Además, la Organización ha otorgado categoría de Observador Permanente a varios Estados, así como a la Unión Europea.

Los propósitos esenciales de la OEA son los siguientes: afianzar la paz y la seguridad del continente; promover y consolidar la democracia representativa dentro del respeto al principio de no intervención; prevenir las posibles causas de dificultades y asegurar la solución pacífica de las controversias que surjan entre los Estados Miembros; organizar la acción solidaria de estos en caso de agresión; procurar la solución de los problemas políticos, jurídicos y económicos que se susciten entre ellos; promover, por medio de la acción cooperativa, su desarrollo económico, social y cultural, y alcanzar una efectiva limitación de armamentos convencionales que permita dedicar el mayor número de recursos al desarrollo económico y social de los Estados Miembros.

La OEA realiza sus fines por medio de los siguientes órganos: la Asamblea General; la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores; los Consejos (el Consejo Permanente y el Consejo Interamericano para el Desarrollo Integral); el Comité Jurídico Interamericano; la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; la Asamblea General celebra periodos ordinarios de sesiones una vez por año. En circunstancias especiales se reúne en periodos extraordinarios de sesiones. La Reunión de Consulta se convoca con el fin de considerar asuntos de carácter urgente y de interés común, y para servir de Órgano de Consulta en la aplicación del Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR), que es el principal instrumento para la acción solidaria en caso de agresión. El Consejo Permanente conoce de los asuntos que le encomienda la Asamblea General o la Reunión de Consulta y ejecuta las decisiones de ambas cuando su cumplimiento no haya sido encomen-

dado a otra entidad; vela por el mantenimiento de las relaciones de amistad entre los Estados Miembros así como por la observancia de las normas que regulan el funcionamiento de la Secretaría General, y además, actúa provisionalmente como Órgano de Consulta para la aplicación del TIAR. La Secretaría General es el órgano central y permanente de la OEA. La Sede tanto del Consejo Permanente como de la Secretaría General está ubicada en Washington, D. C.

Estados Miembros: Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas (*Commonwealth* de las), Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Dominica (*Commonwealth* de), Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Grenada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Saint Kitts y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Surinam, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.

# INTRODUCCIÓN

Dante NEGRO ALVARADO

Director. Departamento de Derecho Internacional - OEA  
Secretaría Técnica del Comité Jurídico Interamericano

Me complace presentar esta publicación sobre la *Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias* (Ley Modelo), que ha sido posible gracias a la fructífera colaboración de la Universidad de Cádiz en España y el Departamento de Derecho Internacional (DDI) de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la Organización de los Estados Americanos (OEA). Mi sincero agradecimiento por todo el esfuerzo a todas las personas que contribuyeron con este trabajo, especialmente a los siguientes autores: Elsa Ayala, Spiros V. Bazinas, María del Pilar Bonilla, Laura Carballo Piñeiro, Omar Alfonso Cárdenas Caycedo, Lucía Elena Casal Zaldívar, María Celina Conte, Jorge Feliú Rey, Boris Kozolchyk, Antoinette Mckain, Mary Ela Martínez Medina, Luis Manuel Meján Carrer, David Morán Bovio, José Antonio Moreno Rodríguez, Roberto A. Muguillo, Diana Muñoz Flor, Laura María Oliva Salazar, Ana Patricia Ossers, Rocío Paulino, Joselyn Polanco, Linda Patricia Reyes Interiano, Teresa Rodríguez de las Heras Ballell, Anayansy Rojas Chan, Carlos Sánchez-Mejorada y Velasco, Sara Sotelo Aguilar, Jeannette Tramhel, John Martin Wilson, Yvette Sutherland-Reid, y Carlos Elías Zablah Córdova. Además, un especial agradecimiento al Profesor David Morán Bovio, editor de esta publicación que comenzó a gestarse en el 2014, y quien gracias a su brillante visión pudo hacer posible este trabajo. Sin su constante perseverancia este proyecto no se hubiese materializado.

Esta publicación responde al mandato recibido de la Asamblea General de la OEA de seguir «promoviendo la Ley Modelo sobre Garantías Mobiliarias entre los Estados Miembros», *Derecho Internacional*, AG/RES. 2909 (XLVII-O/17). En ese sentido, su objetivo es abordar los estándares incluidos en la Ley Modelo, para así poder ilustrar su aplicación práctica en la legislación nacional de los Estados Miembros. Así, el trabajo presenta dos secciones principales: la primera parte se enfoca en los diversos capítulos de la Ley Modelo, seguido de información sobre cómo los Estados la han implementado a través de reformas dentro de su legislación nacional, ya sea adoptando toda la Ley Modelo o reformándola sobre la base de los principios que consagra. Así, el objetivo principal es difundir la Ley Modelo sobre Garantías Mobiliarias entre los diversos países de Latinoamérica y el Caribe que aún no han adoptado una ley en este campo. Por otro lado, los comentarios

realizados en la publicación permiten brindar una amplia gama de alternativas a diversos procesos que pueden presentar matices legislativos, político-administrativos y de crecimiento económico según el país de que se trate. Es así que, a través de esta publicación se aspira a difundir la Ley Modelo junto con información sobre sus objetivos, sus aspectos técnicos, y las lecciones aprendidas por aquellos Estados que se han aventurado en el proceso de reformar sus ordenamientos jurídicos. Este libro recoge reflexiones acerca de la eficacia funcional de los sistemas vigentes y un análisis sobre posibles nuevas mejoras fundamentales para el éxito de la institución.

Desde ya hace muchos años, la OEA ha impulsado el desarrollo de las garantías mobiliarias en las Américas. Gracias a la garantía mobiliaria, es posible aumentar el financiamiento disponible para las micro, pequeñas y medianas empresas (MiPYMEs) y, por otro lado, las entidades prestamistas pueden reducir en gran medida los riesgos de operación de crédito que se encuentran asociados a la incertidumbre del cobro en caso de impago, todo lo cual se traduce en un abaratamiento del crédito que se transmite del prestamista al prestatario. Uno de los grupos de la sociedad que se ve más beneficiado por esta modalidad de préstamo es el que está compuesto por mujeres empresarias, debido a que la proporción de mujeres emprendedoras dentro del segmento de las MiPYMEs es muy elevada.

Las virtudes que este mecanismo ofrece en cuanto al financiamiento están sustentadas en un sistema de garantías mobiliarias que sea eficaz y eficiente, con el fin de poder transmitir confianza a los operadores de crédito y a los usuarios finales del sistema, ya sean estos prestamistas o prestatarios. La ley y el registro de garantías mobiliarias conforman de manera conexas dos pilares fundamentales sobre el cual se sustenta dicho sistema.

Esta Ley Modelo se adoptó en el seno de la OEA en aras de facilitar a sus Estados Miembros la adopción y establecimiento de regímenes jurídicos y sistemas registrales modernos y armonizados sobre la materia. Los antecedentes y el desarrollo de esta Ley Modelo son presentados en otra sección de esta publicación. Como resultado de este proceso, la resolución CIDIP-VI/RES. 5/02, que fue adoptada por los Estados Miembros de la OEA que participaron en la Sexta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-VI), aprobó la Ley Modelo sobre Garantías Mobiliarias. De igual manera, los Estados Miembros de la OEA que participaron en la Séptima Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-VII) adoptaron en el 2009 la resolución CIDIP-VII/RES. 1/09 en virtud de la cual se aprobó el Reglamento Modelo para el Registro en virtud de la Ley Modelo.

La Organización de los Estados Americanos, a través de su Departamento de Derecho Internacional, se honra en ser parte de esta publicación, que esperamos sea de la mayor utilidad para un desarrollo sostenible de las garantías mobiliarias en la región.

## INTRODUCCIÓN DEL EDITOR

David MORÁN BOVIO

Si algo parece necesario, habrá que ponerse a hacerlo. Así cabe explicar la génesis de este volumen.

La necesidad fue detectada en un «Seminario de capacitación sobre la reforma de las garantías mobiliarias». Tuvo lugar el 22 y 23 de mayo (2014) en San Salvador (El Salvador). Lo promovió la OEA/OAS, con el patronazgo del Gobierno de Canadá. El último día, después de la clausura, coincidí con Joaquín Picado. Le manifesté lo que me resultaba patente: «Hay que preparar un libro sobre esta materia». El gesto de Joaquín, pensativo, se resolvió de inmediato con un acuerdo sin fisuras, y la solicitud de esquema para arrancar. Antes de tenerlo, circulamos la idea entre posibles autores, con notable aprobación.

Meses después, el 25 y 26 de noviembre, se repitió la escena casi con iguales patrocinadores y protagonistas. En Lima (Perú) tuvo lugar un «Seminario internacional sobre reforma de la garantía mobiliaria y su impacto en el acceso al crédito en el Perú». El plan de preparar una monografía era aprobado por quien lo conocía, incluso con un punto de entusiasmo.

Coincidíamos en la conveniencia de contribuir al entendimiento de un Derecho vivo (Garrigues), con la difusión del conocimiento acerca del texto (la Ley Modelo) más las experiencias nacionales en su recepción.

De allá (la necesidad compartida) al presente volumen, discurre una singladura sinuosa y alargada. Tanto que uno de sus promotores, Joaquín Picado, hubo de dejar el proyecto por la convergencia de otros afanes y labores. Entre idas y venidas de mensajes transcontinentales, dilaciones y posposiciones con variadas causas, emergía, repetidamente, la idea motora anunciada al principio: el mundo será mejor con la obra proyectada: hay que culminarla.

Muy afortunadamente los autores (de la primera hora, hasta los de la última) sintonizaron con tal principio. También la OEA/OAS. Siempre, desde el inicio, con el soporte logístico e intelectual, personal, de Jeannette Tramhel, dispuesta a apartar todo, para servir al buen fin de este libro. Ulteriormente, a finales del pasado año, con la moción de Dante Negro Alvarado, que compromete a la OEA/OAS con una ayuda para la edición. Tal respaldo es recibido con agrado por Marcial Pons, cuyo buen hacer merece algo más que reconocimiento, pero aquí solo cabe lo expresado, con el énfasis que cada cual acierte a atribuirle.

El resultado lo ojea y hojea el lector.

Para su mejor interpretación conviene que añada alguna clave exegética. La principal: libertad en la ejecución para todas las secciones. Tanto en los comentarios a la Ley Modelo, como en los Informes Nacionales, en las presentaciones o en los, así llamados, informes supranacionales, se ofreció una pauta liviana, unas notas indispensables (lo más importante resultaba la extensión de las contribuciones, también flexible), para dejar al estilo de cada autor la interpretación. La consecuencia: diversidad (quizá excesiva) en esas manifestaciones. Pero la variedad enriquece el conjunto.

El adorno que recibe la monografía con la singularidad de cada aportación contribuye a su atractivo. Conviene explicarlo: el Derecho privado del mercado supranacional o anacional, conforma una de las ramas más recientes y crecientes del *Derecho privado del mercado* (Olivencia).

En ese sector, las leyes modelo, escenario de la monografía, ajustan una fórmula de unificación intermedia, entre la Convención o Tratado y la Guía Jurídica: un *modelo de ley* (Olivencia) para los legisladores nacionales que deseen introducir disposición semejante, o actualizar las vigentes.

Las diferencias entre las leyes nacionales que acogen una Ley Modelo maduran en las culturas: una consecuencia más para un modo característico de ver la vida. El respeto y aprecio por todos, y por su entorno vital (que en términos de geografía política denominamos Estado o Nación), determina que la diferencia y la diversidad entre cada Ley Nacional que traspone una Ley Modelo, pueda ser interpretada como engalanamiento, pues incrementa el brillo de lo específico. Ese primor, que al tema compartido aportan los cambios en su tratamiento, cabe estimarlo comopreciado bien (siempre que, resulta evidente, pero ha de advertirse, la Ley Nacional aproveche los márgenes que la Ley Modelo concede, sin rebasarlos).

Lo anterior que, si se admite, puede ser trasladado a la relación entre la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias y las leyes nacionales que de ella derivan, resulta posible proyectarlo, *mutatis mutandis*, también a esta monografía sobre esa Ley Modelo y su implementación.

Cada autor escribe su comentario a la sección de la Ley Modelo y el Informe Nacional, igual que las presentaciones y los, así llamados, informes supranacionales. Lo hace con su propio criterio. Ciertamente se ofrecieron unas medidas (que he sobrepasado en el comentario que me tocó, porque parecía requerirlo), pero modificables.

Mi labor sobre los escritos que he ido recibiendo ha sido exclusivamente formal: los he revisado y, en su caso, he advertido al autor de algún error tipográfico. Cuando se me ha solicitado por el firmante, he accedido a plantear algunas sugerencias, casi siempre, formales: la inserción de un epígrafe, la explicación de una abreviatura, etcétera.

Sí corresponde a mi autoría el esquema general de la obra. Pero también en él aparecen apartados tributarios de sus firmantes: Jeannette Tramhel sugirió unas páginas acerca de la historia documental de la Ley Modelo, y las escribió (es la sección siguiente a esta). Desde México, Elsa Ayala y Diana Muñoz Flor propusieron referirse en exclusiva al Reglamento Modelo, que acompaña a la Ley Modelo. Las redactaron y lucen, a modo de articulación, entre los comentarios a la Ley Modelo y los Informes Nacionales.

Cuando autores originarios de la obra hubieron de decaer, quienes pudieron continuar, ayudaron a buscar sustitutos. Alguno trajo también la fortuna, la misma que entonces me condujo a San Salvador o a Lima: una conjunción (generalmente divertida) de simpáticas casualidades.



Lo anterior explica la libertad y espontaneidad de cada cual en la redacción de las páginas que firma, la diversidad entre ellas y cómo los autores accedimos al elenco. El resultado de ese empeño común ha de evaluarlo el lector, si le apetece hacerlo.

Por mi parte resta la gratitud a los partícipes, también a quienes hubieron de abandonar el proyecto, porque lo impulsaron con cuanta fuerza pudieron, mientras en él se encontraron.

En ese capítulo de agradecimientos he de destacar, de forma particular, a Boris Kozolchyk. Sin duda por su contribución en el volumen. Pero mucho más por su decidido impulso a la Ley Modelo Interamericana de Garantías Mobiliarias: uno de cuyos efectos se tiene delante.

Un recuerdo personal: en algún momento Boris me anunció su idea. Pronostiqué escaso vuelo para esa Ley Modelo de Garantías Mobiliarias. El profesor Kozolchyk guardó silencio, y miró concentrado al suelo: optó por los hechos. Estos evidencian la insuficiencia de mi réplica. También invitan al contundente lenguaje de la realidad del trabajo y, eventualmente, de sus resultados.

La presente edición conforma un muy pequeño epígrafe, en la magnífica historia de la Ley Modelo Interamericana de Garantías Mobiliarias. Quiera Dios que tan benéfico despliegue continúe, aunque solo sea por los frutos cosechados hasta la fecha. Un esbozo ofrece cuanto el volumen agrupa.



## **ELABORACIÓN DE LA LEY MODELO INTERAMERICANA SOBRE GARANTÍAS MOBILIARIAS. BREVE RESEÑA**

Jeannette TRAMHEL

Para valorar plenamente la *Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias* y sus logros es necesario comprender el contexto en el cual se redactó y aprobó como parte del proceso de las Conferencias Especializadas Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP)<sup>1</sup>.

Como era costumbre, al final de la CIDIP-V, en 1994, se aprobó una resolución para solicitar que se convocara la CIDIP-VI y se propuso un temario que contenía ocho temas<sup>2</sup>. Uno de ellos era el tema *h*): «Uniformidad y armonización de la legislación concerniente a transacciones garantizadas». Por consiguiente, la Asamblea General de la OEA de 1996 convocó la CIDIP-VI<sup>3</sup> y al año siguiente instó al Consejo Permanente a que estudiara los temas y a los Estados Miembros a que formularan comentarios<sup>4</sup>. Con el fin de responder a esa solicitud, la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente formó un grupo de redacción encargado de preparar el proyecto de temario. Ese grupo se basó en los temas propuestos y en los comentarios de los Estados Miembros<sup>5</sup>. En consecuencia, el número de temas se redujo a tres. Uno de ellos era: «Los contratos de préstamos internacionales de naturaleza privada y, en particular, la uniformidad y armonización de los sistemas de garantías comerciales y financieras internacionales»<sup>6</sup>. En 1998, la Asamblea General dio instrucciones para que se convocara una reunión de expertos con la finalidad de definir el alcance de los temas e iniciar el trabajo preparatorio<sup>7</sup>.

---

<sup>1</sup> También es conocido en inglés como CIDIP.

<sup>2</sup> CIDIP-V. RES.8/94. Acta final, OEA/Ser.C/VI.21.5, 1994.

<sup>3</sup> AG/RES.1393 (XXVI-O/96).

<sup>4</sup> AG/RES.1472 (XXVII-O/97).

<sup>5</sup> *Report of the Meeting of Experts for the Sixth Inter-American Specialized Conference on Private International Law*. OEA/Ser.K/XXI, RE/CIDIP-VI/doc.9/98, 7 de diciembre de 1998. Se recibieron comentarios de Argentina, Brasil, Canadá, Chile, Estados Unidos, México, Perú y Uruguay.

<sup>6</sup> *Ibid.* El hecho de que este tema permaneciera en el temario indica la importancia que los Estados Miembros le daban. Este tema también fue seleccionado como uno de los más importantes por los ministros de hacienda y los presidentes de las Américas en las Cumbres celebradas en Santiago de Chile en 1997 y 1998. *Prefacio. Documento de trabajo*, mencionado en la nota 8, *infra*.

<sup>7</sup> AG/RES. 1558 (XXVIII-O/98).

Entretanto, en 1996, la Secretaría General de la OEA había celebrado un convenio de cooperación general con el Centro Jurídico Nacional para el Libre Comercio Interamericano a fin de cooperar y coordinar sus actividades para avanzar hacia el objetivo común de mejorar los mecanismos jurídicos con el propósito de facilitar el comercio y la inversión en las Américas. Con el fin de alcanzar estas metas, el Centro Jurídico Nacional realizó estudios comparados y redactó un proyecto de Ley Modelo sobre Garantías Mobiliarias, de 137 artículos, en inglés y en español<sup>8</sup>. Este primer proyecto fue distribuido a los Estados Miembros, observadores y expertos de la OEA antes de la reunión de expertos de 1998.

Esa reunión se celebró el 3 y 4 de diciembre de 1998 en Washington, D. C.<sup>9</sup> El grupo contaba con el proyecto antedicho de Ley Modelo y con estudios de antecedentes realizados por la Secretaría General<sup>10</sup>. Las deliberaciones comenzaron con una exposición sumamente detallada del profesor Neil Cohen, invitado especial, sobre los problemas que surgen en el plano internacional con esos tipos de contratos<sup>11</sup>. Después de un intercambio de puntos de vista de diversas delegaciones (en el acta se mencionan específicamente las intervenciones de Estados Unidos, Antigua y Barbuda y México), se decidió continuar el trabajo sobre la base del proyecto antedicho de Ley Modelo, pero sin descartar la posibilidad de redactar una convención<sup>12</sup>. También se decidió convocar dos reuniones de expertos: una para considerar documentos presentados por los Estados y documentos de antecedentes compilados por la Secretaría General con el fin de preparar proyectos preliminares y remitirlos a los gobiernos de los Estados Miembros de la OEA y a las instituciones interesadas, y otra para preparar proyectos finales a fin de someterlos a la consideración de la CIDIP-VI<sup>13</sup>.

La primera de estas reuniones de expertos tuvo lugar del 14 al 18 de febrero de 2000 en Washington, D. C. En esta reunión, México y Estados Unidos fueron nombrados copresidentes del grupo de trabajo establecido para abordar el tema<sup>14</sup>. Las delegaciones decidieron que el proyecto de Ley Modelo se basaría en documentos de trabajo anteriores y se usaron los dos documentos siguientes como principales recursos en el proceso de redacción<sup>15</sup>: 1) el proyecto antedicho de Ley Modelo, y 2) un documento en el cual se exponían los principios jurídicos principales para una reforma del sistema de garantías mobiliarias, preparado por la Delegación de México<sup>16</sup>.

La segunda reunión de expertos, convocada por Estados Unidos en calidad de copresidente del grupo de trabajo<sup>17</sup>, fue organizada por el Centro Jurídico Na-

---

<sup>8</sup> *Tema II: Los contratos de préstamos internacionales de naturaleza privada y, en particular, la uniformidad y armonización de los sistemas de garantía comerciales y financieras (Proyecto de Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias)*. OEA/Ser.K/XXI, RE/CIDIP-VI/doc.4/98, 19 de noviembre de 1998.

<sup>9</sup> CP/RES.732 (1173/98).

<sup>10</sup> *Topic II: Part 1: International Loan Contracts of a Private Nature and Topic II: Part 2: Uniformity and Harmonization of Secured Transactions Laws*. OEA/Ser.K/XXI.6, RE/CIDIP-VI/doc.6/98, 2 de diciembre de 1998.

<sup>11</sup> *Summary Minutes of the First Session*. OEA/Ser.K/XXI.6, RE/CIDIP-VI/ACTA 2/98, 3 de diciembre de 1998.

<sup>12</sup> *Ibid.*

<sup>13</sup> *Ibid.*

<sup>14</sup> *Historia del proceso de las CIDIP*. OEA/Ser.K/XXI.6, CIDIP-VI/doc.11/02, 25 de enero de 2002, p. 26.

<sup>15</sup> *Memorando de las Delegaciones de México y Estados Unidos a todas las Misiones Permanentes ante la OEA*, con fecha de 9 de noviembre de 2001, en relación con el tema II: *Topic II. International Loan Contracts of a Private Nature, in Particular the Uniformity and Harmonization of Secured Transactions Law (Joint Project of the Mexican and United States Delegations concerning a Model InterAmerican Law on Secured Transactions)*, OEA/Ser.K/XXI.6, CIDIP-VI/doc.4/02, 6 de diciembre de 2002.

<sup>16</sup> REG/CIDIP-VI/INF.2/00.

<sup>17</sup> CP/CAJP-1706/00.

cional y se realizó del 26 al 30 de noviembre de 2000 en Miami (Florida). De esta reunión emanaron dos importantes recomendaciones conceptuales: la primera era acortar el proyecto de Ley Modelo sin reducir su alcance; la segunda consistía en redactar un documento final que tuviera en cuenta el ordenamiento jurídico de los Estados Miembros latinoamericanos, basado en la tradición del Derecho romano, y que fuese compatible con ese marco<sup>18</sup>. Posteriormente se publicó una transcripción de estas ricas deliberaciones<sup>19</sup>. Aunque la base para las deliberaciones fue el primer proyecto de Ley Modelo de 137 artículos, que era más largo, en las palabras de clausura se señaló que el texto proporcionaría a los delegados oficiales a la CIDIP-VI los antecedentes de la Ley Modelo y que, con sus ideas y argumentos sobre los principios y las disposiciones más importantes expresados en la reunión, habían hecho una contribución importante a una mejor redacción de la Ley Modelo, de modo que, para el momento en que se convocara la CIDIP-VI, habría una buena constancia de la intención de los autores de la Ley Modelo y del Grupo de Expertos que la había examinado<sup>20</sup>.

Después de esa reunión de expertos, las Delegaciones de México y Estados Unidos, en calidad de copresidentes, se reunieron varias veces en 2001 para revisar el proyecto de Ley Modelo e incorporar sugerencias hechas en la reunión de expertos. El producto fue el proyecto conjunto que se sometió a la consideración de la CIDIP-VI en 2002<sup>21</sup>.

La CIDIP-VI se celebró del 4 al 8 de febrero de 2002 en Washington, D. C.<sup>22</sup>. El tema fue asignado a la Comisión II, que usó el proyecto conjunto antedicho<sup>23</sup>, con las modificaciones propuestas por Canadá<sup>24</sup>, como base para sus trabajos. Este proyecto se examinó artículo por artículo, y los cambios resultantes de las observaciones formuladas por las delegaciones fueron incorporados en el texto para su posterior consideración<sup>25</sup>.

Desde el comienzo, la Comisión II dio prioridad a los siguientes objetivos para la Ley Modelo<sup>26</sup>:

- a) Facilitar el acceso al crédito mediante la ampliación al máximo posible del espectro de bienes que pudiesen constituir una garantía (a este aspecto refiere el art. 4).
- b) Simplificar los procedimientos de constitución de la garantía mobiliaria procurando el abaratamiento de costos (a este aspecto refieren los arts. 5 a 9).
- c) Establecer criterios claros en lo que respecta a publicidad de los diferentes tipos de garantías mobiliarias como instrumento funcional para determinar el grado de prelación entre acreedores (a este aspecto refieren los arts. 10 a 34).

<sup>18</sup> Memorando del 9 de noviembre de 2001 mencionado en la nota 15, *supra*.

<sup>19</sup> *Making Commercial Credit Available in the Americas - Meeting of OAS-CIDIP-VI Drafting Committee on Secured Transactions, November 26-30, 2000*. En *Arizona Journal of International and Comparative Law*, vol. 18, núm. 2, 2001.

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 601.

<sup>21</sup> Mencionado en la nota 15, *supra*.

<sup>22</sup> *Informe del Relator de la Comisión II, Dr. Ronald Herbert, Uruguay, «Los contratos de préstamos internacionales de naturaleza privada, y en particular, la uniformidad y armonización de los sistemas de garantías mobiliarias, comerciales y financieras internacionales»* (tal que fuera sometido por el Relator el 10 de junio de 2002). OEA/Ser.K/XXI.6, CIDIP-VI/doc.9/02 rev. 3, 27 de febrero de 2002.

<sup>23</sup> Mencionado en la nota 15, *supra*.

<sup>24</sup> *Redlined Version of Proposed Amendments Prepared by Common and Civil Law Experts in the Canadian Delegation Concerning a Model InterAmerican Law on Secured Transactions*. OEA/Ser.K/XXI.6, CIDIP-VI/Com.II/doc. 4/02, 5 de febrero de 2002.

<sup>25</sup> *Informe del Relator*. Mencionado en la nota 22, *supra*. Desafortunadamente, no parece haberse publicado una transcripción de estas deliberaciones.

<sup>26</sup> *Ibid.*

*d)* Estandarizar los aspectos documentales y registrales concernientes a la garantía (a este aspecto refieren los arts. 35 a 46).

*e)* Asegurar la eficacia de la garantía mediante el establecimiento de criterios previsibles y detallados sobre el orden de prelación de las garantías (a este aspecto refieren los arts. 47 a 53).

*f)* Procurar celeridad en los procesos de ejecución de la garantía misma, evitando pérdidas innecesarias y brindando garantías razonables al deudor garante (a este aspecto refieren los arts. 54 a 67).

La versión final fue aprobada por la CIDIP-VI en la tercera sesión plenaria, el 8 de febrero de 2002<sup>27</sup>.

---

<sup>27</sup> CIDIP-VI/RES.5/02. *Acta final*, OEA/Ser.C/VI.21.6, 2002.

# **LA LEY MODELO INTERAMERICANA SOBRE GARANTÍAS MOBILIARIAS EN EL CONTEXTO DE LA ARMONIZACIÓN INTERNACIONAL DE LAS REGLAS RELATIVAS A LAS GARANTÍAS REALES SOBRE BIENES MUEBLES\***

Jorge FELIU REY

Teresa RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL

**SUMARIO:** I. LA FUNCIÓN DEL SISTEMA DE GARANTÍAS EN LAS ECONOMÍAS MODERNAS PARA FACILITAR EL ACCESO AL CRÉDITO.—II. EL PROCESO DE ARMONIZACIÓN INTERNACIONAL DE LAS NORMAS SOBRE GARANTÍAS MOBILIARIAS Y OTRAS FÓRMULAS CONTRACTUALES CON FUNCIÓN DE GARANTÍA.—III. LA LEY MODELO INTERAMERICANA SOBRE GARANTÍAS MOBILIARIAS EN CONTEXTO.

## **I. LA FUNCIÓN DEL SISTEMA DE GARANTÍAS EN LAS ECONOMÍAS MODERNAS PARA FACILITAR EL ACCESO AL CRÉDITO**

Las economías modernas son altamente dependientes del acceso al crédito<sup>1</sup>. La disponibilidad de crédito, la amplitud de la oferta de capital y las condiciones de la financiación son determinantes para la supervivencia y el desarrollo de proyectos e iniciativas empresariales, en la mayor parte de los sectores y de cualquier envergadura económica (en particular, pero no solo, micro y pequeñas y medianas empresas), de la viabilidad del acceso a mejores condiciones de vida de familias y colectivos desfavorecidos y, en este sentido, de la eficacia de las políticas de reducción de la pobreza<sup>2</sup>. La financiación es así una pieza crítica del crecimiento económico y el bienestar social en las sociedades contemporáneas. Los periodos de crisis económica, que han derivado en una clara retracción del crédito y un estrechamiento de los canales de acceso a la financiación, corroboran esta íntima

---

\* Este trabajo ha sido elaborado en el marco del proyecto de investigación DER2016-77695-P, *La reforma del Derecho español de garantías mobiliarias en un contexto internacional*.

<sup>1</sup> Drobnig ULRICH, «Security Rights in Movables», en Arthur HARTKAMP *et al.* (eds.), *Towards a European Civil Code*, Alphen aan de Rijn, Kluwer Law International, 2004, pp. 1025-1042.

<sup>2</sup> Boris KOZOLCHYK, «Secured Lending and Its Poverty Reduction Effect», *Tex. Int'l L. J.*, núm. 42, 2007, pp. 727-749.

relación de dependencia. Pues, en efecto, la indisponibilidad de crédito, bien por la limitación de la oferta, la mayor exigencia de los criterios para su otorgamiento o el elevado coste de la financiación (incremento del tipo de interés, reducción de los plazos), traba la progresión de las iniciativas empresariales, ralentiza el crecimiento, agudiza las diferencias sociales al impactar en la economía de las familias y desactiva el emprendimiento. El retorno de los fondos al flujo económico y su asignación eficiente son fases esenciales de la recuperación económica.

Esta disponibilidad de crédito en condiciones razonables y competitivas está condicionada en gran medida por las expectativas de los acreedores de recuperación de la financiación en los términos acordados, la obtención del retorno esperado o, al menos, la preservación del valor económico de la transacción mediante la ejecución de medidas alternativas o sustitutivas en caso de desviación del plan prestacional pactado. La confianza y la predictibilidad son ingredientes clave en el proceso de toma de decisiones de inversión. Por ello, las fórmulas y mecanismos que el marco jurídico reconozca para asegurar el cumplimiento de las obligaciones y reforzar así la posición del acreedor en caso de incumplimiento o de insolvencia del deudor desempeñan una clara función facilitadora de la financiación. En términos económicos, las garantías o, en sentido amplio, los mecanismos con función de garantía, alivian los fallos del mercado de la financiación, reducen los riesgos y permiten así la mejora de las condiciones. En definitiva, un sistema sólido, eficiente y creíble de garantías constituye una pieza estratégica básica del orden económico y social.

La capacidad del sistema de garantías para reducir los riesgos, mejorar las condiciones y estimular la oferta de crédito se explica, desde una perspectiva económica, por su potencial para reparar o, al menos, atenuar los fallos que aqueja el mercado de la financiación: información asimétrica, riesgo moral, y selección adversa<sup>3</sup>. En primer lugar, la dificultad que acusa el financiador para obtener información fiable sobre la solvencia del deudor y la viabilidad del proyecto que presenta, debido a la marcada asimetría de información<sup>4</sup>, se atenúa al suplir la necesidad de esta información por la valoración directa e inmediata de la garantía prestada<sup>5</sup>. De este modo, se alivian las asimetrías de información entre financiador y deudor. En segundo lugar, el riesgo moral se gestiona adaptando el valor de la garantía al importe del préstamo, sin asumir el coste social que implica el lento proceso de ajuste de acuerdo con la información histórica de cumplimiento del deudor<sup>6</sup>. En tercer lugar, la dificultad de los compradores para discriminar los productos (proyectos) por su calidad y los vendedores (potenciales deudores) por

---

<sup>3</sup> Stephen D. WILLIAMSON, «Costly monitoring, loan contracts, and equilibrium credit rationing», *Quarterly Journal of Economics*, vol. 102, issue 1, 1987, pp. 135-145.

<sup>4</sup> En contradicción con los modelos teóricos de competencia perfecta, compradores y vendedores no disponen de información perfecta, completa, equivalente ni objetiva sobre los servicios y productos del mercado, objeto de sus transacciones. El origen de las situaciones de información imperfecta se puede localizar en tres fuentes: la falta de información sobre el riesgo, el desconocimiento de las alternativas disponibles en el mercado, y la ignorancia de las condiciones contractuales. Las asimetrías de información reflejan aquellas situaciones en las cuales una de las partes de la transacción dispone de información, a la cual la otra parte tan solo podría acceder asumiendo un coste o, incluso, para quien es inaccesible. Joseph E. STIGLITZ y Andrew WEISS, «Credit rationing in markets with imperfect information», *American Economic Review*, vol. 71, núm. 3, 1981, pp. 393-410, y Oliver E. WILLIAMSON, «The Economics of Antitrust: Transactions Costs Considerations», 122 *U. Pa. L. Rev.*, 1973-1974, pp. 1439-1496.

<sup>5</sup> Helmut BESTER, «The role of collateral in credit markets with imperfect information», *European Economic Review*, núm. 31, 1987, pp. 887-899, y Yuk-Shee CHAN y George KANATAS, «Asymmetric valuations and the role of collateral in loan agreements», *Journal of Money, Credit and Banking*, vol. 17, 1985, pp. 84-95.

<sup>6</sup> Kazuhiro IGAWA y George KANATAS, «Asymmetric information, collateral, and moral hazard», *Journal of Financial and Quantitative Analysis*, vol. 25 (4), 1990, pp. 469-49.



su credibilidad es origen de un fallo en el mercado, fuente de una externalidad que da lugar a comportamientos oportunistas<sup>7</sup> y a una selección adversa<sup>8</sup>. La petición de garantías mejora las condiciones de los préstamos<sup>9</sup> y reduce el impacto de la selección adversa al proporcionar al acreedor una ruta para la recuperación de la deuda, alternativa al éxito del proyecto, del que el prestatario puede no tener mucha información.

Este razonamiento económico confirmaría la función esencial del sistema de garantías para facilitar el acceso al crédito en condiciones razonables y la asignación eficiente de la financiación en las economías modernas. Su articulación jurídica requiere contar con un marco normativo que acepte la constitución de garantías sobre un amplio conjunto de bienes y derechos para garantizar obligaciones de cualquier naturaleza, presentes o futuras, establezca unas reglas claras y previsibles de prioridad con la debida publicidad, ponga a disposición medidas ágiles y eficaces de ejecución en caso de incumplimiento y reconozca la eficacia del derecho del acreedor en las situaciones de insolvencia. Las reglas existentes, en algunas jurisdicciones, arrastran aún el código socioeconómico de un contexto histórico con una actividad económica poco sofisticada y donde la riqueza se vincula principalmente a los bienes raíces. El incremento exponencial de la complejidad de la actividad económica y el ritmo de los intercambios comerciales, y la emergencia del valor patrimonial de los bienes muebles, sobre todo de los intangibles, configuran un panorama socioeconómico para el que las reglas vigentes resultan inadecuadas, anticuadas o inoperantes. En este escenario, para superar las insuficiencias de los regímenes internos para atender las necesidades actuales del mercado, se han acometido en algunas jurisdicciones proyectos de modernización y reforma.

Pero, además, la creciente actividad crediticia transfronteriza y la imparable globalización de todas las facetas de la vida social y económica han puesto a prueba la consistencia, eficacia y credibilidad de los sistemas jurídicos nacionales de garantías. Un análisis comparado<sup>10</sup> desvela apreciables divergencias de principios,

<sup>7</sup> Oliver WILLIAMSON, *Markets and Hierarchies*, New York, Free Press, 1975.

<sup>8</sup> El primer trabajo que ha planteado las cuestiones sobre asimetrías de información relativas a la calidad en este tipo de mercados ha sido el de George AKERLOF, «The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism», 80 *Q. J. Econ.*, 1970, pp. 488-500. El planteamiento del problema y sus resultados son esclarecedores. La fuerte disparidad informativa entre vendedores y compradores de automóviles de segunda mano provoca un incompatible conjunto de percepciones que desemboca en la imposibilidad de alcanzar un equilibrio entre oferta y demanda. La existencia de automóviles de buena y mala calidad en el mercado de segunda mano da lugar a que el potencial comprador ajuste su valor esperado a un valor medio que está dispuesto a pagar. El problema es que este precio está muy por debajo del precio al que estarían dispuestos a vender sus «gangas» los propietarios de los automóviles de segunda mano de buena calidad. A su vez, si los compradores potenciales supieran entonces que en el mercado solo se ofrecen «cacharros», ni siquiera estarían dispuestos a pagar el precio medio que habían calculado. La fuente de esta incomprensión entre oferta y demanda se encuentra en que la venta de automóviles de mala calidad en el mercado de segunda mano afecta a la percepción de los compradores de la calidad del automóvil medio, reduciendo así el precio que estarían dispuestos a pagar. Esta externalidad provoca un fallo en el mercado. El mero hecho de poner a la venta un automóvil está lanzando al mercado una señal sobre su baja calidad, pues pensaríamos que aquellos productos que se encuentran en peor estado son de los que su propietario se quiere desprender con más facilidad y rapidez. Esta percepción hace muy difícil la venta de automóviles de buena calidad al precio al que sus propietarios estarían dispuestos a desprenderse. El problema del mercado de «cacharros» se enmarca en una categoría más amplia, el de la selección adversa. Joseph E. STIGLITZ, *Economía*, Barcelona, Ariel, 1993, pp. 545-550, y Hal R. VARIAN, *Microeconomía intermedia. Un enfoque moderno*, 3.ª ed., Barcelona, Bosch, 1994, pp. 632-633.

<sup>9</sup> Heywood W. FLEISIG, «The economics of collateral and of collateral reform», en Frederique DAHAN y John SIMPSON (eds.), *Secured Transactions Reform and Access to Credit*, Cheltenham (UK), Edward Elgar, 2008, pp. 81-109, esp. p. 86.

<sup>10</sup> Anna VENEZIANO, *Le garanzie mobiliari non possessorie. Profili di Diritto Comparato e di Diritto del Commercio Internazionale*, Milano, Giuffrè, 2000.

conceptos y reglas entre tradiciones jurídicas<sup>11</sup>. Unas discrepancias que no solo se muestran en el régimen sustantivo de las garantías mobiliarias, sino que se extienden además a otras disciplinas concurrentes que conforman el sistema general de las operaciones garantizadas: modelos y procedimientos registrales, normas procesales, regímenes de insolvencia, sistemas de propiedad. Así, a las insuficiencias que revela el diagnóstico interno de las reglas vigentes, se unen las disfunciones que resultan de la interacción y el conflicto entre sistemas y tradiciones jurídicas en operaciones de financiación transnacionales. Las divergencias entre sistemas jurídicos representan un serio obstáculo para el comercio internacional y distorsionan gravemente el mercado internacional de la financiación, deteriorando, sobre todo, la posición relativa de las economías emergentes o menos avanzadas e incrementando los costes del crédito. La aproximación de las dispares normas nacionales para lograr un alto grado de armonización normativa a nivel supranacional constituye, por ello, un reto clave y representa una necesidad urgente para la economía mundial.

La percepción de esta necesidad y el convencimiento de la función facilitadora de las garantías en la economía han guiado la intensa actividad de armonización y unificación normativas de las últimas décadas<sup>12</sup>. En la segunda mitad del siglo pasado y, de forma particularmente perceptible, a partir de la década de los noventa, se ha precipitado una tendencia armonizadora de las reglas reguladoras de las diversas formas de financiación garantizada con activos mobiliarios (*asset-based financing devices*), resultado de una amplia, intensa y multiforme corriente de esfuerzos regionales e internacionales. Así, la aproximación de los modelos nacionales existentes, la armonización de soluciones o la adopción de reglas uniformes para las operaciones transfronterizas han atraído la atención y ocupado la agenda de actividades de las principales organizaciones regionales e internacionales en los últimos años. Una política común y compartida que ha resultado, no obstante, en un sistema creciente, plural y diverso de iniciativas, proyectos e instrumentos de distinta naturaleza, procedencia, alcance, objetivos y estadio de implementación. En este emergente Derecho Uniforme de las operaciones garantizadas internacionales se vislumbra la conveniencia de la progresiva conformación de un Derecho Uniforme, en construcción, sobre garantías mobiliarias y otras fórmulas negociales con función de garantía.

La Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias de la Organización de los Estados Americanos (en adelante, LMOEA) se enmarca en este contexto y contribuye significativamente a la construcción y consolidación de este sistema uniforme en proceso.

## II. EL PROCESO DE ARMONIZACIÓN INTERNACIONAL DE LAS NORMAS SOBRE GARANTÍAS MOBILIARIAS Y OTRAS FÓRMULAS CONTRACTUALES CON FUNCIÓN DE GARANTÍA

En el proceso de armonización de las reglas aplicables a las operaciones garantizadas concurren, como agencias formuladoras, organizaciones regionales e internacionales, de carácter general y especializado, y de base intergubernamental

<sup>11</sup> Que, en relación con la conformación y evolución de los sistemas de garantías mobiliarias, Jorge Felíu Rey clasifica en dos grandes modelos o sistemas: histórico-formalista y funcionalista. Jorge FELIU REY, «El Derecho de garantías mobiliarias en contexto: una aproximación global», *La Ley Mercantil*, núm. 29, octubre 2016, pp. 1-17.

<sup>12</sup> N. Orkun AKSELI, *International Secured Transactions Law. Facilitation of Credit and International Conventions and Instruments*, New York, Routledge, 2011, p. 56.

o profesional<sup>13</sup>. Así, junto a las iniciativas de clara proyección universal lideradas por la CNUDMI y por UNIDROIT, diversas entidades y organizaciones de ámbito regional (OHADA, OEA) han acometido proyectos de armonización de tal carácter. La LMOEA responde a estas iniciativas de ámbito regional. En términos generales, la aproximación regional permitiría una mayor cercanía al mercado y los operadores y, en consecuencia, una mejor adaptación a las particularidades culturales, socioeconómicas o políticas de la región, lo que generalmente incrementa la receptividad de los principios y reglas de los instrumentos armonizadores en el país y facilita así los proyectos de modernización y reforma domésticas. Ciertamente, y, por otro lado, esta actuación regionalizada plantearía el riesgo de fragmentación de los esfuerzos armonizadores y, por tanto, no alcanzaría más que parcialmente (regionalmente) los objetivos de uniformidad. Idealmente, sin embargo, la colaboración entre agencias regionales y, especialmente, el liderazgo de las organizaciones internacionales, permitirían aglutinar, con amplia legitimación, las opiniones dispersas, compactar las soluciones y definir un marco común para las iniciativas regionales.

La segunda dimensión en la que se proyecta el pluralismo (de organizaciones) que caracteriza el actual proceso de armonización es la variedad de instrumentos adoptados, o en proceso de preparación. En efecto, se observa que las iniciativas de armonización se concretan en un catálogo de instrumentos de diversa naturaleza, alcance y efectos<sup>14</sup>. La selección del instrumento, en ocasiones intencionada desde el inicio del proceso, en otras aceptado como la solución más factible,

---

<sup>13</sup> Instituciones financieras internacionales, como *International Finance Corporation* del Banco Mundial, el Banco Asiático de Desarrollo (BAD), o el Banco Europeo para la Reconstrucción y el Desarrollo (BEDR), han procedido igualmente a formular estándares internacionales y buenas prácticas en operaciones de financiación con garantías sobre activos. Los textos resultantes, aun carentes del mandato normativo necesario, coadyuvan en la preparación de otros instrumentos de armonización, pueden facilitar el estudio económico base para la adopción de soluciones jurídicas en coordinación con las organizaciones internacionales con capacidad legislativa y proporcionar asistencia en las tareas de diagnóstico e implementación nacionales. Spyridon V. BAZINAS, «The creation of international commercial law standards by international financial institutions: why they do it and whether they should», en N. Orkun AKSELI (ed.), *Availability of Credit and Secured Transactions in a Time of Crisis*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 91-99.

<sup>14</sup> Incluyendo las iniciativas normativas de las organizaciones internacionales reguladoras y los estándares, principios y buenas prácticas de las instituciones financieras internacionales: la Ley Modelo del BERD sobre Operaciones Garantizadas, concluida en 1994 (*European Bank for Reconstruction and Development Model Law on Secured Transactions*); los principios generales del BERD relativos al régimen legal de las operaciones garantizadas, concluidos en 1997 (*Sound Business Standards and Corporate Practices. A set of Guidelines, by European Bank for Reconstruction and Development*, disponible en <http://www.ebrd.com>); la Ley Uniforme de la Organización para la Armonización de la Legislación Empresarial en África (OHADA) relativa a las garantías reales, preparada en 1997 [*Acte Uniforme adopté le 17 avril 1997, portant organisation des sûretés* (JO Ohada núm. 3 du 1er Octobre 1997)], disponible en [www.ohada.com](http://www.ohada.com)]; el estudio sobre la reforma del régimen legal de las operaciones garantizadas en Asia, preparado por el Banco Asiático de Desarrollo en 2003 ([www.adb.org](http://www.adb.org)); la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional, adoptada en 2001; el Convenio de Ciudad del Cabo relativo a las garantías reales internacionales sobre bienes de equipo móvil, aprobado en 2001, y sus protocolos (sobre equipo aeronáutico, sobre material rodante ferroviario, sobre bienes de equipo espacial, y, tras su adopción en Pretoria en noviembre de 2019, sobre equipo minero, agrícola y de construcción); el Convenio sobre la ley aplicable a ciertos derechos sobre valores depositados en poder de un intermediario, adoptado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en 2006; la Ley Modelo Interamericana de Garantías Mobiliarias, preparada en 2002 por la Organización de los Estados Americanos (OEA) disponible en [www.oas.org](http://www.oas.org); la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia, concluida en 2004; el Convenio de UNIDROIT sobre reglas sustantivas armonizadas para los valores bursátiles en poder de un intermediario, adoptada en Ginebra en octubre de 2009 (disponible en <http://www.unidroit.org/english/conventions/2009intermediatedsecurities/main.htm>), la Guía Legislativa sobre Operaciones Garantizadas también de la CNUDMI en 2007 (con el suplemento de 2010 relativo a las garantías reales sobre propiedad intelectual), la Guía para la creación de un Registro de Garantías Reales de 2013, y la reciente Ley Modelo de CNUDMI sobre Garantías Mobiliarias

condiciona el proceso de elaboración, confiere mayor o menor flexibilidad en la fase de implementación y aplicación, facilita más o menos el acuerdo, y proyecta con diferentes niveles de intensidad y extensión el objetivo armonizador. Así, el sistema uniforme de garantías mobiliarias se presenta como una rica constelación de instrumentos, cuya coordinación, alcance e interacción deben atenderse con particular cuidado, a medida que la extensión del sistema y la variedad de sus componentes se amplían de forma sucesiva y creciente. La necesidad de dotar a este plural y dinámico sistema de derecho uniforme de consistencia, coherencia interna y compactación precisa, de un lado, de una intensa coordinación de las instituciones implicadas en las tareas de armonización<sup>15</sup> y, de otro lado, de la adopción de soluciones jurídicas en los textos que faciliten su funcionamiento compatible, eviten el solapamiento de ámbitos de aplicación y minimicen el riesgo de contradicción o conflicto<sup>16</sup>.

Se pueden identificar básicamente tres categorías de instrumentos<sup>17</sup> que actúan como tipos de mayor frecuencia en el panorama de las acciones de armonización y que reflejan tres opciones de política legislativa bien definidas.

---

2016, junto con la Guía para la incorporación al Derecho interno, y la Guía de Prácticas relativas a la Ley Modelo sobre Garantías Mobiliarias.

<sup>15</sup> A/CN.9/720, 8 de abril de 2011, *Comparación y análisis de las principales características de los instrumentos internacionales relacionados con las operaciones garantizadas*. En cumplimiento de una decisión adoptada por la Comisión, las secretarías del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) y la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), así como la Mesa Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, prepararon el documento referido que tiene por objeto «explicar la relación entre los textos sobre las garantías reales preparados por las tres organizaciones y ayudar así a los Estados a entender cómo se articulan dichos textos entre sí y a que puedan ser adoptados en su totalidad por los Estados para establecer un régimen amplio y uniforme de las garantías reales sobre bienes muebles».

<sup>16</sup> Así, por ejemplo, el *Convenio de Ciudad del Cabo sobre Garantías Internacionales sobre Elementos de Equipo Móvil* (art. 45 bis) resuelve el posible solapamiento con la *Convención de Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional* afirmando su prevalencia, por razón de la especialidad del objeto, estrictamente en lo relativo a la cesión de créditos que son derechos accesorios relacionados con garantías internacionales sobre objetos aeronáuticos, material rodante ferroviario y bienes de equipo espacial. De igual modo, en el mismo contexto del sistema de Ciudad del Cabo, el *Protocolo Aeronáutico* (art. XXV) declara que reemplazará la *Convención de UNIDROIT sobre arrendamiento financiero internacional*, firmada en Ottawa el 28 de mayo de 1988, en relación con los objetos aeronáuticos a los que resulta aplicable. La *Guía Legislativa sobre Operaciones Garantizadas* establece algunos límites en su ámbito de aplicación que incluyen expresas referencias a los objetos y elementos de equipo móvil cubiertos por el Convenio y sus Protocolos (Recomendación 4 de la Guía). De este modo, aquellos Estados que lleven a cabo el correspondiente desarrollo normativo siguiendo las recomendaciones de la Guía Legislativa deberían excluir de su ámbito de aplicación determinados bienes (aeronaves, material rodante ferroviario, objetos espaciales buques y otros bienes de equipo) en la medida que estén regulados por la legislación nacional o por un instrumento internacional del que el Estado sea parte —sobre las relaciones y posibles conflictos del Convenio de Ciudad del Cabo y sus Protocolos con otros Convenios y textos supranacionales, Teresa RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, *Las garantías mobiliarias sobre equipo aeronáutico en el comercio internacional. El Convenio de Ciudad del Cabo y su protocolo*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 144-157—. A pesar de que no hay ni en el Convenio ni en el Protocolo aeronáutico referencia alguna al texto de la OEA, la LMOEA y el Convenio de Ciudad del Cabo con sus respectivos Protocolos en vigor mantienen una relación de complementariedad, tanto formal como sustantiva —John M. WILSON, «Movable Equipment Financing in Latin America: Application of the OAS Model Law, the Cape Town Convention and the Luxembourg Rail Protocol», *ULR*, núm. 3, 2007, pp. 473-488—. En otros aspectos, la coordinación entre instrumentos se articula mediante la compatibilidad de principios y reglas. Así, el tratamiento de las garantías sobre derechos de créditos en la LMOEA está alineado con el régimen establecido por la *Convención de Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional* —Boris KOZOLCHYK y John WILSON, «La Ley Interamericana de Garantías Mobiliarias (Ley Modelo) de la Organización de los Estados Americanos», Arizona, NLICFT, 2003, p. 40—.

<sup>17</sup> Sobre los diversos instrumentos del Derecho Uniforme del Comercial Internacional según su alcance, naturaleza y carácter vinculante, Rafael ILESAS ORTIZ, «El Derecho Uniforme del Comercio Internacional y su sistemática», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 207, 1993, pp. 37-91.

En primer lugar, el recurso a Guías Legislativas<sup>18</sup> y otros instrumentos de esencial vocación pedagógica y con una clara configuración explicativa dirigida a los legisladores nacionales. El método adoptado bajo la fórmula de Guía Legislativa combina, de un lado, la identificación de las cuestiones de política legislativa que el legislador nacional debe abordar en un proceso de valoración o reforma del sistema de garantías mobiliarias y, de otro lado, la propuesta de posibles enfoques, la discusión comparada de sus ventajas e inconvenientes, y finalmente, recomendaciones al legislador. Bajo esta misma categoría, aunque con diverso enfoque y diferentes destinatarios, se recurre también a la elaboración de Guías de Incorporación dirigidas a facilitar el proceso de adopción interna de un instrumento internacional, como la relativa a la Ley Modelo de Garantías Mobiliarias de la CNUDMI o, incluso, a Guías de Prácticas destinadas a usuarios y operadores, como la que el Grupo VI de la CNUDMI ha elaborado para las garantías mobiliarias.

En segundo lugar, la opción por la formulación de Leyes Modelo<sup>19</sup> que adoptando una estructura y redacción propias de un texto legislativo ofrecen, sin embargo, al legislador nacional un modelo de referencia de valor dispositivo que requiere su conversión en norma nacional para ganar efectividad. La opción por la fórmula de Ley Modelo, como la adoptada por la OEA, que precede a la adoptada por CNUDMI<sup>20</sup>, produce un efecto doble o en dos niveles. De un lado, un efecto directo y de dimensión interna que consiste en el impulso de procesos de modernización y reforma de la legislación interna tomando como referencia los principios, esquemas y reglas del texto armonizado. Considerando que las soluciones de la Ley Modelo condensan los elementos definitorios de un sistema moderno de garantías mobiliarias, producto de un esfuerzo coordinado de armonización, la implementación del texto modelo resultaría en una modernización de la legislación doméstica inspirada en principios comunes. De otro lado, un efecto indirecto o derivado, que no secundario, consistente en la armonización de soluciones entre legislaciones nacionales que adoptan como referencia el texto de la Ley Modelo, facilitando las operaciones transfronterizas, minimizando las discrepancias, y favoreciendo el entendimiento común de los principales elementos del sistema. Así, el objetivo de la LMOEA sería estimular la disponibilidad de crédito y la financiación garantizada con activos en condiciones adecuadas en la región, con la modernización de los esquemas normativos vigentes menos favorables para estas operaciones<sup>21</sup>, e impulsar la actividad comercial transfronteriza entre los Estados de la OEA<sup>22</sup> expandiendo el modelo esencialmente de Estados Unidos y Canadá. A diferencia, naturalmente, de un convenio o convención internacional, el grado de armonización logrado con la Ley Modelo ha de valorarse en el tiempo, depende

<sup>18</sup> Spyridon BAZINAS, «The utility and efficacy of UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions», en N. Orkun AKSELI (ed.), *Availability of Credit and Secured Transactions in a Time of Crisis*, op. cit., pp. 133-184.

<sup>19</sup> Jean François RIFFARD, «Réflexion sur la véritable nature de la "loi type" sur les opérations garanties», *The draft UNCITRAL Model Law on Secured Transactions*, Genève, Schulthess, 2016, pp. 45-60.

<sup>20</sup> Un estudio de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Garantías Mobiliarias, sus objetivos, su estructura y sus principales soluciones, en Jorge FELIU REY, «Capítulo 3. La ley modelo de la CNUDMI sobre garantías mobiliarias», en Carmen JEREZ DELGADO (coord.) *Textos internacionales sobre garantías: reflexión y análisis*, Madrid, BOE, 2017, pp. 147-197.

<sup>21</sup> Informes y estudios venían revelando la inadecuación de las legislaciones existentes para facilitar el acceso al crédito en condiciones competitivas, Alejandro M. GARRO, «Security Interests in Personal Property in Latin America: A Comparison with Article 9 and a Model for Reform», *Houston Journal of International Law*, vol. 9, 1987, pp. 157-242, e *id.*, «The Reform and Harmonization of Personal Property Security Law in Latin America», *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, vol. 59, 1990, pp. 1-90.

<sup>22</sup> Alejandro M. GARRO, «The OAS-sponsored Model Law on Secured Transactions: Gestation and Implementation», *Uniform Law Review*, 2010, pp. 391-412.



de las acciones de implementación de los Estados, y es siempre relativo, según el nivel de coincidencia de las decisiones nacionales. Los beneficios esperados en esta doble dimensión dependen de una adopción amplia, una dispersión limitada en las decisiones nacionales, y una implementación consistente y adecuada. Pero la eficacia de estas acciones normativas para lograr el incremento en la oferta de crédito a coste razonable está intensamente condicionada por otras decisiones clave en el proceso general de adaptación y modernización del sistema: cambios estructurales en las prácticas registrales, en la ejecución judicial, y, en general, en todas las manifestaciones de política legislativa que derivan de un enfoque moderno del sistema de operaciones garantizadas<sup>23</sup>.

En tercer lugar, la decisión de adoptar la forma más intensa y uniforme de armonización con la preparación de un convenio internacional. Por su naturaleza, los convenios representan el método de armonización más compacto y completo. Establecen soluciones únicas y uniformes para las situaciones jurídicas delimitadas por el ámbito de aplicación y de acuerdo con los criterios de conexión. Su éxito se percibe en la amplitud, variedad y extensión de las ratificaciones y la receptividad de los operadores del mercado cuando pueden recurrir además al instrumento internacional como legislación aplicable. No obstante, y precisamente con el objetivo de facilitar las adhesiones de los Estados, los convenios pueden incorporar un apreciable margen de flexibilidad mediante declaraciones, reservas y otras soluciones originales para atender las diversas sensibilidades nacionales sin sacrificar la máxima uniformidad (factible).

El Convenio de Ciudad del Cabo<sup>24</sup> ofrece un ilustrativo y sofisticado ejemplo de flexibilidad de un texto de Derecho sustantivo uniforme para atender e integrar algunos aspectos de las diversas tradiciones jurídicas con un amplio juego de declaraciones, un original concepto «circular»<sup>25</sup> de garantía internacional, y remisiones en algunos extremos a la legislación nacional<sup>26</sup>. El Convenio es un texto ambicioso en su objetivo de uniformidad y en su vocación internacional, más que evidentes en el concepto de garantía internacional y la creación de un Registro internacional; pero es también prudente y pragmático en una materia que estaba planteando muchas dificultades para su armonización. De ahí que, para garantizar su viabilidad como texto uniforme, haya tenido que aceptar convivir con las legislaciones nacionales, ofrecer flexibilidad a los Estados mediante un conjunto de declaraciones para adecuar la adhesión<sup>27</sup>, e incorporar en el ca-

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 394.

<sup>24</sup> El *Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil*, hecho en Ciudad del Cabo el 16 de noviembre de 2001 (en adelante, el Convenio o el Convenio de Ciudad del Cabo) bajo los auspicios de UNIDROIT (*International Institute for the Unification of Private Law/Institut International pour l'Unification du Droit Privé*) y de la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI/ICAO), está en vigor desde el 1 de marzo de 2006.

<sup>25</sup> Una interesante fórmula, que calificamos de «circular en dos niveles», para hacer compatible un concepto uniforme, internacional, autónomo y *sui generis* de garantía internacional con el diverso tratamiento de las garantías y otras herramientas con función de garantía (basadas en el derecho de propiedad) por las diferentes tradiciones jurídicas —Teresa RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, «El concepto funcional de garantía en el Convenio de Ciudad del Cabo relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil», *Anuario de Derecho Civil*, t. LXV, fasc. IV, 2012, pp. 1605-1652—.

<sup>26</sup> El Convenio se remite expresamente a la legislación nacional en algunos de sus preceptos [sobre la calificación de la garantía internacional (art. 2.2-2.4); sobre las medidas adicionales y las medidas provisionales a favor del acreedor (arts. 12 y 13); sobre la subrogación legal y contractual [arts. 16.1.c) y 38.1]; sobre el tratamiento de los derechos relativos a elementos instalados o extraídos de un objeto de los regulados por la Convención (arts. 29.7); sobre la eficacia en caso de insolvencia de una garantía internacional no registrada (art. 30.2)].

<sup>27</sup> Relativas, por ejemplo y entre otras, a los derechos preexistentes (art. 60), a derechos e intereses no contractuales (arts. 39 y 40), a transacciones puramente internas (art. 50), a la ejecución extrajudicial

tálogo de remedios y acciones disponibles para el acreedor los efectos del diverso tratamiento de las garantías y otras fórmulas con función de garantía en las tradiciones jurídicas.

En aquellas materias marcadas por intensas y profundas divergencias entre tradiciones y sistemas jurídicos, como los derechos reales de garantía, la elección de los métodos de armonización es clave y revela con toda claridad las complejidades inherentes a la conformación de un régimen uniforme<sup>28</sup>. Por ello, se observa una doble estrategia, basada, de un lado, en la naturaleza de los instrumentos adoptados o propuestos y, de otro, en la delimitación adecuada del ámbito de aplicación. Así, en efecto, ante la asunción de que una regulación uniforme mundial sobre la materia resultaría altamente compleja y probablemente utópica, se iniciaron proyectos para ámbitos específicos, que podían adoptar la forma de convenciones (*Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional*, *Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes* y *Cartas de Crédito Contingente*, *Convenio de Ciudad del Cabo* y sus Protocolos), junto con iniciativas generales más ambiciosas en el ámbito de aplicación objetivo bajo formatos más flexibles como Guías Legislativas y Leyes Modelo (*Guía Legislativa sobre Operaciones Garantizadas*, LMOEA, LMNUGM). Ambas aproximaciones se complementan y pueden mostrar similares niveles de éxito, bajo diversos criterios de valoración, no obstante.

La relación entre la LMOEA y el Convenio de Ciudad del Cabo, con fechas de adopción muy cercanas (LMOEA, 2002 - Convenio, 2001) ilustra esta complementariedad en métodos de armonización y ámbitos de aplicación. El Convenio de Ciudad del Cabo constituye, en efecto, uno de los instrumentos de mayor significación y relevancia en el amplio e intenso proceso de armonización para dotar de reglas comunes y uniformes a las reglas sobre garantías mobiliarias y otras fórmulas contractuales con función de garantía. El mapa de ratificaciones y su au-

---

de los remedios previstos en el Convenio (art. 54), régimen de insolvencia (en los Protocolos), puntos de acceso nacional (art. 18.5) al Registro Internacional. Sobre la relevancia de la adecuada elección de declaraciones en la adhesión/ratificación, los beneficios asociados a las denominadas *OCDE Qualifying Declarations* para obtener el *Cape Town Convention Discount*, y la necesidad de que la adopción del Convenio y los Protocolos venga acompañada de las necesarias acciones de implementación, analizando el caso de la adhesión de España, Teresa RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, «Key points for the effective implementation of the Cape Town Convention: the accession of Spain to the Aircraft Protocol», *Uniform Law Review - Revue de droit uniforme*, 2016, pp. 1-30; «The accession by Spain to the Cape Town Convention: a first assessment», *Uniform Law Review - Revue de droit uniforme*, 2014; «Claves para la aplicación en España del Convenio de Ciudad del Cabo y su Protocolo Aeronáutico: análisis del estado de implementación y cuestiones críticas», *Bitácora Millenium DIPr*, núms. 3-4, 2016, pp. 100-127; «La adhesión de España al Protocolo Aeronáutico del Convenio de Ciudad del Cabo y su implementación: una primera valoración del nuevo Reglamento de Matriculación de Aeronaves», *Bitácora Millenium DIPr*, núm. 2, 2015, pp. 88-112.

<sup>28</sup> Ya desde 1969 se comenzó a discutir en la CNUDMI la posibilidad de formular un sistema de normas uniformes para las garantías mobiliarias. Tras el estudio encargado al profesor Ulrich Drognig y otros trabajos preparados por la Secretaría —Doc. A/CN.9/1311 de 15 de febrero de 1977, Doc. A/CN.9/165 de 17 de mayo de 1977, Doc. A/CN.9/186 de 16 de mayo de 1980—, se concluyó que ante la complejidad del tema resultaba utópica la iniciativa de una regulación mundial uniforme de las garantías mobiliarias y se optó por adoptar aproximaciones específicas o parciales en cuanto al ámbito de aplicación o la naturaleza del instrumento: *Guía Legislativa sobre las Operaciones Garantizadas*, *Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional* de 2001, *Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes* y *Cartas de Crédito Contingente* de 1995. De otro lado, en el seno de UNIDROIT, el estudio del profesor Ronald C. C. CUMING, «International regulation of aspects of security interest in mobile equipment», publicado en *Uniform Law Review*, 1990-I, pp. 62-206, respondía a la propuesta que T. B. Smith, representante canadiense en el Consejo de UNIDROIT, planteó en la sesión de junio de 1988 sobre la necesidad y la viabilidad de abordar la preparación de una convención sobre determinados aspectos de las garantías en bienes de equipo móvil.

mento progresivo<sup>29</sup> confirman el éxito del proyecto y de las decisiones sustantivas y estructurales, muestran una amplia aceptación internacional y reflejan una muy significativa y equilibrada participación de países con economías y tradiciones jurídicas diversas. Uno de los aciertos del proyecto, que han facilitado su amplísima aceptación, ha sido, sin duda, la delimitación objetiva del ámbito de aplicación del instrumento. El denominado «sistema de Ciudad del Cabo» se aplica a determinadas categorías de objetos, naturalmente móviles, perfectamente identificables y de alto valor, y articula su aplicación sectorial con una original estructura modular compuesta por las disposiciones generales del Convenio y las reglas específicas de cada Protocolo<sup>30</sup> para la categoría de elementos de equipo móvil a la que se aplica. El Protocolo determina la entrada en vigor del Convenio en relación con tal categoría de bienes y define exactamente el ámbito de aplicación, de modo que, en caso de discordancia entre las disposiciones del Convenio y las del Protocolo, prevalecen las de este último por su especificidad. Con esta importante decisión, la adopción del Convenio y sus Protocolos no representa la incorporación al Derecho interno de un régimen jurídico completo para las operaciones con garantías sobre cualquier activo, sino tan solo para determinadas categorías de bienes, con respecto a los cuales la *lex situs* es claramente inadecuada y altamente inoperante. En tal sentido, complementa y no sustituye ni colisiona con los proyectos amplios y generales de las Leyes Modelo Interamericana y la de CNUDMI sobre garantías mobiliarias. Más aún, ambas leyes modelo contemplan esta complementariedad e incorporan la coexistencia con estas garantías sobre categorías específicas de bienes.

Los diversos métodos de armonización descritos tienen el objetivo común de reducir la complejidad derivada de las divergencias entre sistemas legales y tradiciones jurídicas sobre la filosofía subyacente en la regulación de las operaciones de financiación con garantía sobre activos, las piezas básicas del Derecho de garantías mobiliarias, y fórmulas de función equivalente, y otras disciplinas concurrentes (propiedad, concursal, cuestiones registrales, ejecución, procesal)<sup>31</sup>. Ni siquiera una relativa armonía en las normas de conflicto (cuando además la *lex*

---

<sup>29</sup> Información actualizada sobre adhesiones y ratificaciones, entrada en vigor para los Estados Contratantes y declaraciones realizadas en <http://www.unidroit.org/status-2001capetown>.

<sup>30</sup> Los Protocolos relativos a las tres categorías de bienes originariamente definidas en el Convenio (art. 2.3) ya han sido adoptados —Protocolo sobre cuestiones específicas de los elementos de equipo aeronáutico, el 1 de marzo de 2006 (Protocolo Aeronáutico); Protocolo sobre material rodante ferroviario, el 23 de febrero de 2007 (en adelante, Protocolo Ferroviario); Protocolo sobre bienes de equipo espacial, el 9 de marzo de 2012 (en adelante, Protocolo Espacial)—, si bien, de conformidad con el art. 49, del Convenio, solo el Protocolo Aeronáutico está actualmente en vigor. De conformidad con el art. 51 del Convenio, se contempla la posibilidad de que se valore extender la aplicación del Convenio de Ciudad del Cabo a otros elementos de equipo móvil que, no estando expresamente mencionados en el art. 2.3, sean de gran valor e inequívocamente identificables. Así, en 2014, el *UNIDROIT Governing Council* convino crear un *Study Group*, del que la coautora de este trabajo es miembro, para discutir y elaborar un posible cuarto Protocolo para elementos de equipo en los sectores minero, agrícola y de construcción (*MAC Protocol*). La Conferencia Diplomática para la adopción del *MAC Protocol* se celebró en Pretoria (Sudáfrica) del 11 al 22 de noviembre de 2019. Sobre el proceso de elaboración del *MAC Protocol*, las dificultades encontradas y las innovadoras soluciones propuestas, Teresa RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, «Complexities arising from the expansion of the Cape Town Convention to other sectors: the MAC Protocol's challenges and innovative solutions», *Uniform Law Review*, vol. 0, 2018, pp. 1-28. Para consultar el estado de las ratificaciones (acepciones, aprobaciones o adhesiones), así como la entrada en vigor de cada uno de los instrumentos, se puede acceder a [www.unidroit.org](http://www.unidroit.org) (Instruments/Security Interests/Status).

<sup>31</sup> Roy GOODE, «The Changing Nature of Security Interests», en Joseph J. NORTON y Mads ANDENAS (eds.), *Emerging Financial Markets and Secured Transactions*, London, Kluwer Law International, 1998, pp. 1-4. Una incomprensión mutua que parte de la diversidad, casi incompatibilidad, de principios en materia de transmisión de la propiedad y se extiende a toda la disciplina de las garantías mobiliarias —Ulrich DROBNIG, «A Comparative Introduction to Security over Movables and Intangibles», en Joseph



*situs* resulta en muchas ocasiones inadecuada) permite superar las inconsistencias, divergencias y conflictos en transacciones internacionales. Los instrumentos analizados acometen esencialmente una armonización sustantiva, de reglas materiales, con normas uniformes que conformen un régimen jurídico común para las operaciones garantizadas, con el objetivo de facilitar el acceso al crédito, mitigar los conflictos jurídicos y reducir los costes en transaccionales internacionales<sup>32</sup>. No obstante los beneficios esperados con la modernización de las normas internas y la unificación de reglas y soluciones, la propia orientación de los procesos de modernización y el resultado real de las labores armonizadoras han sido también objeto de valoraciones y opiniones críticas al considerarse muestras de imperialismo jurídico, interpretarse como trasplante forzado de soluciones ajenas<sup>33</sup>, entenderse como un empobrecimiento de las tradiciones jurídicas, observarse como un isomorfismo<sup>34</sup> normativo, o valorarse como una imposición de concepciones económicas dominantes<sup>35</sup>. Consideraciones que han de incorporarse en el debate para el desarrollo equilibrado de los métodos de armonización y el perfeccionamiento de los instrumentos para la modernización, reforma y unificación normativas.

### III. LA LEY MODELO INTERAMERICANA SOBRE GARANTÍAS MOBILIARIAS EN CONTEXTO

En el contexto del variado, amplio, intenso y creciente proceso de armonización internacional de las reglas relativas a las operaciones con garantía sobre activos, se observan grandes líneas comunes que definen esencialmente el moderno sistema uniforme de Derecho de garantías mobiliarias que se está conformando. Estas piezas del sistema están presentes y en gran medida vertebran la LMOEA.

Primero, la opción por una concepción amplia, global y comprensiva de garantía (garantía mobiliaria, garantía real sobre bienes muebles, garantía internacional, *security right, international interest*) que aglutine los diversos esquemas contractuales de constitución de derechos reales sobre bienes muebles para garantizar el cumplimiento de obligaciones<sup>36</sup>. Esta visión denominada funcionalista, por la prevalencia de la función sobre la forma (*substance over form*), que supera la fragmentación y dispersión de tipos, está visiblemente inspirada en la filosofía subyacente en el art. 9 UCC y ha permeado, con mayor o menor intensidad y extensión, los diversos instrumentos de armonización —se plantea en la Guía Legislativa, se adopta bajo el enfoque unitario en la LMNUGM, se refleja en la creación del concepto autónomo, unitario y funcional de «garantía internacional» en el Convenio de Ciudad del Cabo, y se comparte por el resto de instrumentos—. Esta solución

J. NORTON y Mads ANDENAS (eds.), *Emerging Financial Markets...*, *op. cit.*, pp. 5-13; y en la misma obra, Philips R. WOOD, «World-wide Security-classification of Legal Jurisdictions», pp. 39-47—.

<sup>32</sup> Steven L. SCHWARCZ, «The Universal Language of Cross Border Finance», *Duke J. Comp. & Int'l L.*, 1998, pp. 235-254.

<sup>33</sup> Roderick A. MACDONALD, «Three Metaphors of Norm Migration in International Context», *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 34, issue 3, 2009, pp. 603-653.

<sup>34</sup> Paul J. DIMAGGIO y Walter W. POWELL, «The Iron Cage Revisited: Institutional Isomorphism and Collective Rationality in Organizational Fields», *American Sociological Review*, vol. 48, núm. 2, abril 1983, pp. 147-160.

<sup>35</sup> Un análisis crítico del proceso de armonización, sus objetivos y sus resultados, en particular, en el área de las garantías mobiliarias y con especial atención a la experiencia de Naciones Unidas, Gerard McCORMACK, *Secured Credit and the Harmonisation of Law. The UNCITRAL Experience*, Cheltenham, Edward Elgar, 2011.

<sup>36</sup> Alejandro M. GARRO, «El concepto genérico, global e integrado de “garantía mobiliaria”: perspectivas comparadas», en Christian LARROUMET (ed.), *L'évolution des garanties mobilières dans les droits français et latino-américains*, Paris, Panthéon-Assas, 2016, pp. 87-99.

innovadora que articula la LMOEA se refuerza y complementa, con el objetivo de facilitar el acceso al crédito, con una visión extensa y abarcadora de los bienes que pueden ser objeto de garantía y las obligaciones susceptibles de ser garantizadas. En línea además con el objetivo último de facilitar el acceso al crédito, reduciendo formalidades y minimizando los costes, la decisión de simplificar en lo posible los requisitos para la constitución de la garantía.

Segundo, el establecimiento de un mecanismo de publicidad efectiva para asegurar la oponibilidad a terceros y articular claras y sencillas reglas de prioridad. La decisión sobre la publicidad de las garantías está íntimamente unida a otra de las piezas estructurales básicas de un sistema moderno de garantías mobiliarias. Entre las diversas tradiciones registrales, se percibe una inclinación de los instrumentos internacionales hacia el modelo de registro de avisos o notificaciones que ofrecería un equilibrio adecuado entre la protección de los terceros, la visibilidad de las operaciones evitando gravámenes ocultos y la celeridad y agilidad de las inscripciones. La manifestación, aunque sectorial, más contundente es el modelo de Registro Internacional del sistema de Ciudad del Cabo. Siendo el registro de notificaciones también un modelo inspirado en la experiencia y la práctica, esencialmente, de Canadá y Estados Unidos<sup>37</sup>, con rasgos y operativas poco familiares para otras jurisdicciones, una falta de adecuación o una adecuación disfuncional ha estado en el origen de algunas de las dificultades de implementación<sup>38</sup>.

Tercero, el ofrecimiento de acciones para el acreedor garantizado en caso de incumplimiento, eficaces, ágiles, y efectivas para el reconocimiento y la ejecución de las garantías, dentro y fuera del concurso. Las expectativas del acreedor sobre la celeridad, la eficacia y el coste de recuperación del valor en fase de ejecución son determinantes en el proceso de decisión de la financiación y la negociación de las condiciones. La amplitud y adecuación de los remedios disponibles y la presencia creciente de los procedimientos extrajudiciales definen el sistema uniforme de garantías mobiliarias.

---

<sup>37</sup> Marek DUBOVEC, «UCC Article 9 Registration System For Latin America», *Ariz. J. Int'l & Com. L.*, vol. 28, núm. 1, 2011, pp. 117-142.

<sup>38</sup> Boris KOZOLCHYK, «Implementation of the OAS Model Law in Latin America: Current Status», *Ariz. J. Int'l & Com. L.*, vol. 28, núm. 1, 2011, pp. 1-42, esp. pp. 19-40.

PARTE I

**LEY MODELO INTERAMERICANA SOBRE  
GARANTÍAS MOBILIARIAS: COMENTARIOS**



# TÍTULO I. ÁMBITO Y APLICACIÓN GENERAL. ARTÍCULOS 1 A 4

Jorge FELIU REY

El Título I de la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias (en adelante LMOEA) determina, en cuatro artículos, y bajo la rúbrica *Ámbito y aplicación general* el ámbito de la Ley Modelo (art. 1), las principales definiciones (art. 3) y elementos claves del sistema como el concepto de las garantías mobiliarias a las que se refiere la ley (art. 2) y la extensión posible de las obligaciones garantizadas (art. 4). Aun siendo ciertamente los artículos típicamente introductorios de cualquier texto normativo, gozan además de un valor inspirador de todo instrumento en la medida en que condensan y anticipan los principios que vertebran toda la LMOEA.

En este sentido, desde la primera lectura se puede percibir ya, «de manera clara e inequívoca»<sup>1</sup>, que la LMOEA opta por un enfoque funcional y unitario de garantía mobiliaria, obviamente influida por el art. 9 del *Uniform Commercial Code* de los Estados Unidos de América (en adelante, UCC).

Efectivamente, frente al modelo de garantías existente hasta la promulgación del art. 9 UCC marcado por la pluralidad de tipos y la dispersión de regulaciones<sup>2</sup>,

---

<sup>1</sup> Alejandro M. GARRO, «La Ley Modelo Interamericana sobre garantías mobiliarias: primeros desafíos en su implementación», *XXXVII Curso de Derecho Internacional*, Washington D. C., Organización de los Estados Americanos, 2011, p. 131.

<sup>2</sup> Las colonias inglesas en Norteamérica habían heredado el sistema de garantías vigente en Inglaterra. Como consecuencia del desarrollo industrial de principios del siglo XIX, «las garantías mobiliarias norteamericanas excedieron a las inglesas tanto en su volumen como en su tipología», Boris KOZOLCHYK, «Estado actual de la implementación de la ley modelo de garantías mobiliarias de la OEA en América Latina», *Garantías reales en escenarios de crisis: presente y prospectivas*, Madrid, Marcial Pons, 2012. En este contexto, el financiador debía optar por alguno de los numerosos tipos de garantía existentes (*pledge, chattel mortgage, conditional sale, trust receipt, factor's lien, field warehousing, assignment of accounts receivable*), los cuales se regían por complejas (y no siempre claras) reglas que establecían su ámbito de aplicación, validez y eficacia de forma diferenciada, separada y dispersa. Steven L. HARRIS y Charles W. MOONEY, *Security Interest in Personal Property*, 6.<sup>a</sup> ed., St. Paul, MN, Foundation Press, 2016, pp. 84 y 85, quienes afirman también que «*the choice of the wrong device was subject to perils reminiscent of common-law pleading*». Una exposición clara y sucinta de los antecedentes, Luis ROJO AJURIA, «Las garantías mobiliarias», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 42, 3, 1989, pp. 738 y ss.

el ambicioso objetivo de la UCC fue crear un sistema simple y unificado que cobije la inmensa variedad de fórmulas con función de garantía sobre activos, de modo tal que las operaciones de financiación garantizada puedan realizarse con un menor coste y una mayor seguridad<sup>3</sup>, y asegurando que los derechos del acreedor garantizado gocen de efectividad frente a terceros<sup>4</sup>. De ahí que la primera característica del art. 9 UCC sea la exhaustividad, pues «todo lo abarca; todo lo devora, lo cubre todo»<sup>5</sup>.

Para alcanzar esta deseada uniformidad, la primera decisión de los redactores del art. 9 UCC fue terminar con «la larga historia de proliferación de instrumentos o tipos de garantías mobiliarias»<sup>6</sup>, optando por un concepto funcional y unitario de garantía. De esta forma, en virtud de la § 9-109 (a) (1) UCC, donde se establece el ámbito de aplicación, podemos apreciar que, salvo que otra cosa se establezca en esa sección, el art. 9 UCC se aplica a una operación, con independencia de su forma (*substance over form*)<sup>7</sup>, que cree, por contrato, una garantía real (*security interest*) sobre bienes muebles o bienes inmuebles por destino; definiéndose así *security interest* § 1-201(b)(35), como un derecho sobre bienes muebles o inmuebles por destino (*collateral*) que garantiza el pago o cumplimiento de una obligación<sup>8</sup>.

Por tanto, la aplicación de este régimen es independiente del nombre que le den las partes, así como de la forma que adopte. El elemento clave es la función que cumple. De este modo, como regla general, todo contrato suscrito entre las partes que tenga como función garantizar el cumplimiento de una operación quedará sometido al régimen del art. 9 UCC. Esto implica, como regla general, que también aquellos contratos que en el anterior régimen utilizaban la propiedad para garantizar el cumplimiento de la operación (*v. gr.* reserva de dominio) quedan sometidos a la regulación del art. 9 por efecto de la equivalencia en la función perseguida.

De esta forma, la LMOEA se separa de los sistemas de garantías mobiliarias que podríamos denominar histórico-formalistas, tradicionalmente vigentes en Latinoamérica como consecuencia de la influencia del Código Civil español y este, a su vez, del Código Civil francés. Este sistema histórico-formalista se caracteriza, en términos generales y en lo que ahora interesa, por la existencia de diversos tipos de garantías creadas, configuradas y desarrolladas a lo largo del tiempo para dar solución a las necesidades que el mercado, los operadores y las operaciones del tráfico requerían, que resultaban reguladas normalmente en distintas disposiciones, con una limitación de los bienes susceptibles de ser objeto de una garantía mobiliaria, la exigencia del cumplimiento de determinadas formalidades para que surtan los efectos que le son propios, y la convivencia junto a ellas de figuras contractuales

<sup>3</sup> Richard B. HAGEDORN, *Secured Transactions*, St. Paul, Thomson-West, 2007, p. 7.

<sup>4</sup> Conforme Gerard McCORMACK, *Secured credit and the harmonisation of law. The UNCITRAL Experience*, Glos-Massachusetts, Edward Elgar, 2011, p. 101, «its basic philosophy [la del art. 9 UCC] facilitates access to credit in terms of easy-to-comply-with rules for the creation of security interest and making those rules effective against third parties».

<sup>5</sup> En palabras de Grant GILMORE, *Security interests in personal property*, vol. I, Reprint, Clark., The Lawbook Exchange, Ltd., 1999, p. 295.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 296.

<sup>7</sup> Conforme a ella, la sustancia de la transacción tiene más importancia que la forma, y por consiguiente toda transacción que tiene como función garantizar es clasificada como garantía, independientemente de su forma, Orkun AKSELI, *International Secured Transactions Law. Facilitation of Credit and International Conventions and Instruments*, Oxon-New York, Routledge, 2011, p. 23.

<sup>8</sup> Hemos seguido la traducción del UCC realizada por José María GARRIDO, *Código Uniforme de Comercio de los Estados Unidos. Texto Oficial*, Madrid, Marcial Pons, 2002.

que a pesar de no ser garantías propiamente dichas cumplen con esa finalidad a través de la propiedad dominical (v. gr. reserva de dominio)<sup>9</sup>.

Por tanto, optando por este enfoque funcional y unitario, las garantías mobiliarias a que se refiere la LMOEA *podrán constituirse contractualmente*<sup>10</sup> sobre cualquier bien (excepto que los Estados excluyan expresamente determinados bienes)<sup>11</sup>, con el fin de garantizar el cumplimiento de cualquier obligación<sup>12</sup>, sin importar la forma de la operación o quien sea el titular de la propiedad<sup>13</sup>.

De ahí que sea la finalidad o función que cumple lo que define una garantía mobiliaria, independientemente de la forma que revista. Por lo que, como base de principio, y a pesar de que la LMOEA no define qué es una garantía mobiliaria, cualquier figura contractual, independientemente de su denominación, que tenga la finalidad de garantizar el cumplimiento de una obligación, quedará sometida al régimen propio de este tipo de garantías.

Con esta decisión esencial de política legislativa, ya desde sus primeros artículos, se recoge uno de los objetivos de la LMOEA<sup>14</sup>, la uniformidad en el tratamiento de las garantías mobiliarias. Reunir en un mismo cuerpo de normas los mecanismos existentes, basados tanto en la posesión como en la propiedad, que cumplan una función de garantía para el cumplimiento de obligaciones<sup>15</sup>.

Mediante la adopción de este modelo funcional, amplio en el objeto, unitario y simplificado, la LMOEA se alinea con los principios del NLCIFT para las garan-

<sup>9</sup> De ahí que se distinga, Alejandro M. GARRO, «El concepto genérico, global e integrado de “garantía mobiliaria”: perspectivas comparadas», en Christian LARROUMET (ed.) *L'évolution des garanties mobilières dans les droits français et latino-américains*, Paris, Panthéon-Assas, 2016, pp. 89 y 90, entre «operaciones que se apoyan en una forma jurídica basada en un derecho real de garantía «desmembrado» del derecho de dominio, y aquellas operaciones o actos jurídicos que se apoyan en el derecho de dominio o propiedad». Sobre los distintos sistemas de garantías mobiliarias y su evolución, Jorge FELIU REY, «El Derecho de garantías mobiliarias en contexto: una aproximación global», *La Ley mercantil*, vol. 29, 2016, p. 1 y ss.

<sup>10</sup> LMOEA, art. 2. Se aplica la LMOEA a los derechos de garantías mobiliarias, quedando excluidos los derechos de retención prescriptos por la Ley (art. 5). Conforme KOZOLCHYK en «Transcript Table of Contents Meeting of OAS-CIDIP-VI. Drafting Committee on Secured Transactions», *Arizona Journal of International & Comparative Law*, vol. 18, 2, 2001, p. 345: «*This limitation [art. 2] excludes from de the scope of the law security interest that are created not by contract but by operation of the law*».

<sup>11</sup> *Id.*, art. 2; art. 3.V respecto a la definición de Bienes Muebles en Garantía; y art. 1, párrafo 2.º sobre la posible exclusión de determinados bienes según el criterio de cada Estado.

<sup>12</sup> *Id.*, arts. 1 y 2.

<sup>13</sup> *Id.*, art. 2.

<sup>14</sup> Conforme Boris KOZOLCHYK y Dale Beck FURNISH, «The OAS model law on secured transactions: a comparative analysis», *Southwestern Journal of Law & Trade in the Americas*, vol. 12, 2006, p. 132, «*an overarching goal of the Model Law is to create a unitary and universal security mechanism*». En otras palabras, John M. WILSON, «Model Registry Regulations under the Model Inter-American Law on Secured Transactions», *Uniform Law Review*, vol. XV, 2010, p. 518, «*to provide the legal framework necessary to use all types of movable property as collateral, to reduce the cost of borrowing, to facilitate international trade and investment in the Americas, and to help provide working capital to small and medium-sized businesses at reasonable rates of interest*».

<sup>15</sup> Boris KOZOLCHYK y Dale Beck FURNISH, «The OAS model law on secured transactions: a comparative analysis», *op. cit.*, p. 132, los cuales manifiestan que «*uniformity of treatment of secured transactions requires merging all current mechanisms used for security in collateral into one [...] must also include all legal devices in which possession of movable property, on the one hand, and title to movable property, on the other, reside in different parties [...]. The ideal approach to uniformity is to employ one single uniform mechanism to replace all current legal mechanisms that have been used to create rights in property as protection against default*». De igual modo, Heywood FLEISING, Nuria DE LA PEÑA y Fernando CANTUARIAS, *Trabas Legales al Crédito en el Perú: Garantías Mobiliarias*, Perú, CEAL-UPC, 2000. De igual modo, Alejandro M. GARRO, «The OAS-sponsored Model Law on Secured Transactions: Gestation and Implementation», *Uniform Law Review*, vol. XV, 2010, p. 401.

tías mobiliarias en las Américas<sup>16</sup> (en adelante principios NLCIFT). Con carácter general el principio núm. 1, y en particular, principio núm. 2 sobre la no exigencia de que el deudor garante sea el propietario del bien mueble objeto de la garantía; el núm. 3 sobre la amplitud de los objetos susceptibles de garantía mobiliaria y el número abierto de las garantías, y el núm. 4 sobre el carácter contractual de la garantía y la distinción entre constitución y oponibilidad a terceros.

Este enfoque unitario y funcional es el que también ha sido adoptado por la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Garantías Mobiliarias<sup>17</sup> (en adelante, LMGM), por la influencia ejercida, entre otros, por el art. 9 UCC y la LMOEA<sup>18</sup>. Esta afirmación se desprende de forma clara de la simple definición de garantía real que establece la LMGM: «Todo derecho real que se constituya sobre un bien mueble mediante un acuerdo por el que se garantice el pago u otra forma de cumplimiento de una obligación, independientemente de que las partes lo denominen o no garantía mobiliaria, y cualquiera que sea el tipo de bien, la situación jurídica del otorgante o del acreedor garantizado, o la naturaleza de la obligación garantizada» [art. 2 (w) (i)].

Por otro lado, la unificación global de las garantías mobiliarias se convierte en un elemento esencial, «piedra de toque»<sup>19</sup>, en el cumplimiento de otro de los objetivos de la LMOEA, la creación de un marco uniforme aplicable a todas las garantías en todas sus etapas: constitución, prioridad, publicidad y ejecución.

En este sentido y centrándonos en el ámbito de este comentario al Título I, este principio de uniformidad se debe poner en relación con la «advertencia» que se recoge en el párrafo 3.º del art. 1 de la LMOEA, «el Estado que adopte esta Ley Modelo deberá crear un sistema de Registro único y uniforme aplicable a toda figura de garantías mobiliarias para dar efecto a esta ley». Como se puede comprobar, el citado párrafo establece una relación necesaria entre el régimen sustantivo unitario que vertebraba la LMOEA y un sistema de Registro único y uniforme, y ello por varios motivos.

El primero, porque un modelo de publicidad registral reduce el número de gravámenes secretos<sup>20</sup>. Efectivamente, algunos mecanismos de garantía basados en la propiedad permanecían ocultos al no exigírsele ningún tipo de publicidad a los efectos de oponibilidad. Este riesgo de invisibilidad se conjura al acuñar un concepto unitario y funcional de garantía mobiliaria que engloba a estas otras figuras con función de garantía, lo que permite que se sometan, en principio y con carácter

<sup>16</sup> *Los 12 principios del NLCIFT para las Garantías Mobiliarias en las Américas*, National Law Center for Inter-American Free Trade, 2006, <http://www.natlaw.com/sites/default/files/NLCIFT-12-Principles-of-Secured-Transactions-Law-in-the-Americas.pdf>.

<sup>17</sup> *Documentos Oficiales de la Asamblea General, Septuagésimo primer periodo de sesiones*, Suplemento núm. 17, A/71/17 (párr. 119). La decisión de aprobación por parte de la Comisión se llevó a cabo en la 1032ª sesión, celebrada el 1 de julio.

<sup>18</sup> Conforme a Gerard McCORMACK, «UNCITRAL, Security Rights and the globalisation of the US Article 9», p. 2 ([https://works.bepress.com/gerard\\_mccormack/2/](https://works.bepress.com/gerard_mccormack/2/)), «the Guide follows the broad contours of Article 9 of the United States Uniform Commercial Code though it is not an exact copy». Pero también toma como referencia Spiros BAZINAS, «The utility and efficacy of the UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions», *Availability of Credit and Secured Transactions in a Time of Crisis*, Cambridge University Press, 2013, pp. 139 y 140, nota 28, entre otros, Canadian Personal Property Security Acts (PPSA), New Zealand's PPSA, determinadas convenciones internacionales y la LMOEA. Un trabajo en español sobre la LMGM en Jorge FELIU REY, «La Ley Modelo de la CNUDMI sobre garantías mobiliarias», *Textos internacionales sobre garantías mobiliarias: reflexión y análisis*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2017, pp. 147 y ss. (disponible en la url [https://www.boe.es/publicaciones/biblioteca\\_juridica/publicacion.php?id=PUB-PR-2017-43\\_TEXTOS\\_INTERNACIONALES SOBRE\\_GARANT%C3%8DAS\\_MOBILIARIAS\\_REFLEXI%C3%93N\\_Y\\_AN%C3%81LISIS&tipo=L&modo=1](https://www.boe.es/publicaciones/biblioteca_juridica/publicacion.php?id=PUB-PR-2017-43_TEXTOS_INTERNACIONALES SOBRE_GARANT%C3%8DAS_MOBILIARIAS_REFLEXI%C3%93N_Y_AN%C3%81LISIS&tipo=L&modo=1)).

<sup>19</sup> En palabras del profesor Alejandro M. GARRO, «El concepto genérico, global e integrado de “garantía mobiliaria”: perspectivas comparadas», *op. cit.*, p. 97.

<sup>20</sup> Boris KOZOLCHYK y John M. WILSON, «La Ley Interamericana de Garantías Mobiliarias (Ley Modelo) de la Organización de los Estados Americanos», NLCIFT, 2003, 27 y 28.



general, a un régimen único de oponibilidad y de prelación (*prior tempore, potior in iure*), en concreto y dejando a un lado el de la posesión por parte del acreedor, basado en la exigencia de su publicidad en un único registro<sup>21</sup>. De esta forma, este párrafo del art. 1 refleja de forma amplia, principalmente, los principios 5.º y 6 del NLCIFT, relativos a la eliminación de los gravámenes ocultos o secretos a través de la publicidad, y la efectividad de esta última.

El segundo, porque uno de los problemas detectados en la implementación de la LMOEA y que afectaba a la consecución de los beneficios económicos esperados, era precisamente la falta de adopción por algunos países que implementaban la LMOEA de cambios en el sistema registral y en los sistemas judiciales de ejecución<sup>22</sup>. En particular, el mantenimiento de determinadas formalidades que no eran consistentes con los principios que inspiraban la LMOEA. Esta falta de adaptación conllevó que los resultados de la implementación de la LMOEA no fueran en toda su extensión los esperados.

Para atajar estas disfunciones, se adoptó, el 9 de octubre de 2009, el Reglamento Modelo para el Registro<sup>23</sup>, con la finalidad de ayudar en la implementación de la LMOEA en los países de la OEA, como complemento de aquella.

El sistema registral por el que opta la LMOEA es similar al establecido en el art. 9 UCC, que es, de hecho, significativamente distinto al modelo de los registros tradicionales de los Derechos de inspiración franco-española. No es un registro de documentos, donde el registrador califica el acuerdo conforme al derecho sustantivo y procede, en su caso, a su inscripción. Todo lo contrario, lo que se inscribe es una notificación (*Formulario de Inscripción*) que incluye determinados campos predeterminados, pero no se inscribe el contrato de garantía ni se comunica el contenido total del mismo<sup>24</sup>. Por tanto, es un registro de avisos, donde la inscripción no otorga ningún título de propiedad, sino que solo confiere un derecho de prelación de una garantía mobiliaria constituida frente a otras garantías constituidas sobre el mismo bien<sup>25</sup>. Se abaratan los costes y se reduce el tiempo en la tramitación. De esta forma, se ajusta el sistema de garantías mobiliarias promovido por la OEA al principio núm. 7 del NLCIFT<sup>26</sup>.

---

<sup>21</sup> En este sentido, la Introducción del Reglamento Modelo para el registro en virtud de la Ley modelo interamericana sobre garantías mobiliarias. Aprobado por la Séptima Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-VII), en su segunda sesión plenaria del 9 de octubre de 2009) (OEA/Ser.K/XXI.7.\CIDIP-VII/doc.3/09 rev. 3), establece que «la Inscripción ante el Registro resulta una característica principal a efectos de la estructura de la Ley Modelo en lo que se refiere a la prioridad vinculada con las garantías mobiliarias sobre la mayor parte de los bienes en garantía». En el mismo sentido, las afirmaciones de Boris KOZOLCHYK, en «Transcript Table of Contents Meeting of OAS-CIDIP-VI. Drafting Committee on Secured Transactions», *op. cit.*, p. 344.

<sup>22</sup> Alejandro M. GARRO, «The OAS-sponsored Model Law on Secured Transactions: Gestation and Implementation», *op. cit.*, p. 394. John M. WILSON, «Model Registry Regulations under the Model Inter-American Law on Secured Transactions», *op. cit.*, pp. 520 y ss.

<sup>23</sup> Reglamento modelo para el registro en virtud de la Ley modelo interamericana sobre garantías mobiliarias. Aprobado por la Séptima Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-VII), en su segunda sesión plenaria del 9 de octubre de 2009) (OEA/Ser.K/XXI.7.\CIDIP-VII/doc.3/09 rev. 3).

<sup>24</sup> Conforme al art. 38 LMOEA, el contenido del Formulario de Inscripción Registral contendrá como mínimo: el nombre y dirección del Deudor Garante y del Acreedor Garantizado; el monto máximo garantizado por la garantía mobiliaria, y la descripción de los bienes en garantía, que podrá ser de forma genérica y específica.

<sup>25</sup> Boris KOZOLCHYK, «Estado actual de la implementación de la ley modelo de garantías mobiliarias de la OEA en América Latina», *Garantías reales en escenarios de crisis: presente y prospectivas*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 76 y 77.

<sup>26</sup> El cual establece que «el registro de la garantía deberá ser lo más económico posible y deberá realizarse en un registro público fácilmente accesible a terceros sin distinción de giro comercial o nacio-

No obstante, este registro principal puede coexistir con otros registros «especiales»<sup>27</sup>. La posibilidad que contempla la LMOEA de excluir algunos bienes de su ámbito de aplicación, o aun manteniéndolos bajo su ámbito, someterlos a determinadas normas referentes a la necesidad de la obligatoriedad de inscripción en estos registros especiales (art. 37 LMOEA), bien por una regulación especial nacional o internacional (*v. gr.* el Convenio de Ciudad del Cabo relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil o garantías sobre inmuebles por incorporación o destino). En caso de inconsistencia entre la LMOEA y estas otras posibles normas nacionales o internacionales, aquella quedará subordinada a estas últimas por razón, principalmente, de su especialidad (art. 37 LMOEA).

Este también es el modelo por el que opta la LMGM, que hace depender, principalmente, los efectos de la garantía frente a terceros y su prioridad de un registro de notificaciones<sup>28</sup> (arts. 18 y 29 LMGM). De hecho, para los creadores de la LMGM es de tal importancia el papel que juega el registro que al igual que se elaboró un Reglamento Modelo para el Registro, con la finalidad de ayudar en la implementación de la LMOEA en los países de la OEA, la CNUDMI publicó en el año 2013 la Guía de la CNUDMI sobre la Creación de un Registro de Garantías Reales<sup>29</sup> que complementa la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre las Operaciones Garantizadas<sup>30</sup> (en adelante, la Guía), donde se contienen comentarios y se establecen recomendaciones sobre cuestiones relativas a la puesta en marcha y funcionamiento de un registro de garantías, evitando así posibles problemas en su implementación.

Por otro lado, el objetivo uniformador y omnicompreensivo que vertebra la LMOEA también se articula con una delimitación amplia y abarcadora del ámbito objetivo: qué puede ser objeto de garantía mobiliaria. La LMOEA es coherente con una de las finalidades que pretende, dar importancia a los bienes muebles maximizando su valor económico en aras de ser utilizado como objeto de garantía con el fin de acceder al crédito<sup>31</sup> (superando así la antigua máxima *res mobilis, res vilis*).

De esta forma, el art. 2, primer párrafo, en coherencia con el principio núm. 3 del NLCIFT, ofrece una amplia y generosa demarcación del ámbito objetivo de la garantía: «Uno o varios muebles específicos, sobre categorías genéricas de bienes muebles, o sobre la totalidad de los bienes muebles del deudor garante, ya sean estos presentes o futuros, corporales o incorporeales». La citada enumeración debe ser entendida como meramente ilustrativa y no taxativa, ya que el elemento decisivo es la susceptibilidad del objeto de *valoración pecuniaria*. Por tanto, cualquier

---

alidad, y, de ser posible, de forma electrónica. La inscripción deberá contener los datos más esenciales, en forma estandarizada, a efectos de identificar a las partes, el monto del préstamo o línea de crédito y los bienes garantizadores, en forma coherente con las necesidades de información a terceros, actuales o potenciales. Resultarán suficientes las descripciones genéricas de los bienes garantizadores, como ser “inventario” o “cuentas por cobrar”. El índice deberá organizarse en general con base al nombre del deudor y, excepcionalmente, en base al número de serie de los bienes».

<sup>27</sup> Boris KOZOLCHYK y John M. WILSON, «La Ley Interamericana de Garantías Mobiliarias (Ley Modelo) de la Organización de los Estados Americanos», *op. cit.*, pp. 45, 46 y 54.

<sup>28</sup> En relación con la Guía Legislativa CNUDMI sobre Operaciones Garantizadas, Spiros BAZINAS, «The utility and efficacy of the UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions», *op. cit.*, pp. 139 y ss.

<sup>29</sup> Aprobada en su 46.º periodo de sesiones, celebrado el 16 de julio de 2013.

<sup>30</sup> *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo segundo periodo de sesiones, Suplemento núm. 17 (A/62/17)*.

<sup>31</sup> John WILSON, *La Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias y otros temas registrables en el ámbito de la OEA*, Antigua, Guatemala, Encuentro Iberoamericano sobre sistemas registrales, 17 al 21 de febrero de 2003.

bien susceptible de valoración pecuniaria puede ser objeto de garantía mobiliaria conforme a la LMOEA<sup>32</sup>.

A ese requisito pecuniario (material) habría que añadir el requisito de identificabilidad (formal), que si bien no debe entenderse en un sentido riguroso (perfectamente identificable), sí debe asumirse que exige una *descripción genérica o específica* de los bienes de garantía tanto a efectos de constitución como de publicidad<sup>33</sup>. En el primer supuesto, el de la constitución, porque cuando sea necesario un contrato por escrito de garantía (art. 6 LMOEA) el mismo deberá contener la descripción genérica o específica del bien (art. 7.IV LMOEA). En el segundo, en lo relativo a la inscripción, porque en el Formulario de Inscripción deberá contenerse esa descripción genérica o específica de los bienes en garantía (art. 38 LMOEA).

El único límite existente viene dado por la propia naturaleza de «Ley modelo». De tal forma que los Estados que la implementen, como Ley Modelo que es, podrán establecer limitaciones, excluyendo como objeto de garantía aquellos bienes que consideren conveniente, generalmente porque están sujetos a una ley especial o regulados por una norma internacional (*v. gr.* Convenio de Ciudad del Cabo sobre Garantías Internacionales sobre elementos de equipo móvil). Así, se establece en el art. 1, párrafo 2.º LMOEA, que «los Estados podrán declarar que esta ley no se aplica a ciertos tipos de bienes muebles que expresamente indiquen en el presente texto».

Desde la perspectiva de la obligación garantizada, la vocación amplia y omni-comprendensiva que permea la LMOEA es también apreciable. En efecto, sin limitaciones ni condicionantes, se afirma que las garantías mobiliarias se constituyen «con el fin de garantizar el cumplimiento de una o varias obligaciones, presentes o futuras» (art. 2, párr. 1.º *in fine* LMOEA). A este respecto y como hemos hecho mención en relación con los bienes, cuando sea necesario el acuerdo escrito, será necesario una descripción genérica o específica de las obligaciones garantizadas (art. 7.IV).

Nuevamente, este enfoque es compartido por la LMGM respecto a los bienes que pueden ser objeto de garantía (art. 8). Como regla general y siguiendo las recomendaciones de la Guía<sup>34</sup>, cabría el recurso a cualquier clase de bienes muebles, presentes y futuros, fracciones de bienes y derechos indivisos, categorías genéricas, incluyendo también todos los bienes del otorgante y los bienes muebles adheridos a un inmueble. Del mismo modo, opta por una descripción del bien objeto de garantía (art. 6.3 en relación con la creación de la garantía y el art. 8<sup>35</sup> en relación con la inscripción), que, a los efectos de no limitar la disponibilidad del crédito garantizado<sup>36</sup>, sea en una manera que razonablemente permita su identificación (arts. 9 y 11)<sup>37</sup>.

---

<sup>32</sup> Boris KOZOLCHYK, «Estado actual de la implementación de la ley modelo de garantías mobiliarias de la OEA en América Latina», *op. cit.*, pp. 77 y 78.

<sup>33</sup> Ya en las primeras versiones de la LMOEA se establecía expresamente, en su art. 4, que «cualquier bien mueble presente o futuro, que sea susceptible de valoración pecuniaria, podrá ser objeto de una garantía real mobiliaria. Y en los comentarios a este artículo se afirmaba que la Ley Modelo puede gravar cualquier bien mueble [...] en tanto pueda ser descrito en el contrato de garantía y en el formulario de inscripción registral». Documento de trabajo CIDIP-VI, Ley Modelo Interamericana de Garantías Mobiliarias, por Boris KOZOLCHYK, *World Bank. Latin American and Caribbean Insolvency Workshop*, México, 2000.

<sup>34</sup> Recomendación 17.

<sup>35</sup> La numeración de este artículo se corresponde con la sección, inserta en la LMGM, *Model Registry Provisions*.

<sup>36</sup> Guía Legislativa CNUDMI sobre las Operaciones Garantizadas, pp. 86 y 87, párrafos 60 y 61. Recomendaciones 14.d).

<sup>37</sup> *Model Registry Provisions*.

La LMGM, no obstante, y a diferencia de la LMOEA, establece expresamente las exclusiones en su ámbito de aplicación (art. 1). Aun abarcando todo tipo de bienes muebles, la LMGM establece, junto a las reglas generales, reglas específicas para determinados bienes, los cuales son definidos en la propia LMGM. De igual manera, la LMGM siguiendo la Recomendación 16 de la Guía Legislativa, también permite garantizar cualquier tipo de obligación, presente o futura, determinada o determinable, condicional o incondicional, etc. (art. 7 LMGM), la cual deberá ser descrita en el acuerdo de garantía, en una manera que razonablemente permita su identificación (art. 9 LMGM).

El art. 2 finaliza con un párrafo que recoge el principal derecho otorgado por la LMOEA siempre y cuando se cumplan los requisitos de publicidad establecidos en la citada ley<sup>38</sup>, «el derecho preferente a ser pagado con el producto de la venta de los bienes gravados».

El art. 3 está centrado en aportar determinadas definiciones, entre las que no se encuentra, sin embargo, el concepto mismo de garantía mobiliaria, como sí han incluido, por el contrario, algunas leyes nacionales que han seguido la LMOEA<sup>39</sup>. Hecha esta consideración inicial vamos a centrarnos exclusivamente en algunas de las definiciones.

Las primeras definiciones se refieren a los elementos subjetivos del acuerdo, *Deudor garante* y *Acreedor garantizado*. Respecto a la primera, *Deudor garante*, trazaremos brevemente la línea de evolución de la definición. En las versiones anteriores a la LMOEA se especificaban bien los tipos de deudores garantizadores<sup>40</sup>, o bien se proponían, en documentos de trabajos posteriores<sup>41</sup>, dos versiones o alternativas, una que optaba por un concepto de deudor universal, que incluyera a los consumidores, y otra por un concepto restringido, permitiendo ostentar la condición de *Deudor garante* a los comerciantes y, por ende, excluyendo a los consumidores. Las razones de esta diferenciación radicaban, principalmente, en las diferencias de sistemas de gobierno existentes en América. Por un lado, los centralizados, con competencias en materia de transacciones comerciales y de consumidores. Por otro, los federalistas, donde las competencias en transacciones comerciales se regulan por leyes federales, teniendo atribuidas las competencias en materia de consumo a cada uno de los estados que conforman el país<sup>42</sup>.

Como se puede apreciar, la versión vigente opta por una definición que engloba tanto a los comerciantes como a los consumidores, «la persona [...] que constitu-

<sup>38</sup> Boris KOZOLCHYK y John M. WILSON, «La Ley Interamericana de Garantías Mobiliarias (Ley Modelo) de la Organización de los Estados Americanos», *op. cit.*, p. 26.

<sup>39</sup> Por ejemplo, en la Ley sobre Garantía Mobiliaria en Guatemala (art. 3, Decreto núm. 51-2007 Ley Garantías Mobiliarias), y en Colombia (art. 3, Ley 1676 de 2013, *Diario Oficial* núm. 48.888, de 20 de agosto de 2013). Recientemente en Perú, el Decreto Legislativo que aprueba el régimen de garantía mobiliaria, define el contrato de garantía mobiliaria (art. 2, 2.2.10) y qué es una garantía mobiliaria (art. 3) (Decreto Legislativo núm. 1.400, de 10 de septiembre de 2018).

<sup>40</sup> Personas morales o físicas, comerciantes o no, Boris KOZOLCHYK y John M. WILSON, «La Ley Interamericana de Garantías Mobiliarias (Ley Modelo) de la Organización de los Estados Americanos», *op. cit.*, p. 30.

<sup>41</sup> Conforme al Documento de trabajo CIDIP-VI, Ley Modelo Interamericana de Garantías Mobiliarias, por Boris KOZOLCHYK, *World Bank. Latin American and Caribbean Insolvency Workshop*, México, 2000, el art. 7 establecía: «Toda persona [que reúna la calidad de comerciante] podrá crear una garantía real mobiliaria sobre sus bienes presentes o futuros [en el entendido de que las personas físicas que se reputen comerciantes solo podrán hacerlo respecto de los bienes que se encuentren afectados a la actividad de comercio que desarrollen]. La persona que constituya la garantía real mobiliaria se conocerá como deudor garante».

<sup>42</sup> Comentario al art. 7. *Ibid.*, pp. 8 y 9.

ye una garantía mobiliaria conforme a esta ley», pudiendo ser a su vez el deudor principal o un tercero.

En relación con la definición de *Acreeedor garantizado*, también existen algunas diferencias entre las versiones. Así, en anteriores trabajos se podría afirmar, a la vista de la redacción, que se pretendía mostrar como necesaria la coincidencia del acreedor garantizado con el acreedor de la obligación a garantizar. En cambio, la redacción actual de la LMOEA parece despejar esta percepción de un requisito de identidad, ya que, conforme al texto, se entenderá por acreedor garantizado «la persona en cuyo favor se constituye una garantía mobiliaria [...] ya sea en su propio beneficio o en beneficio de un tercero».

Estas dos definiciones tan amplias de los elementos personales, así como del concepto de garantía mobiliaria conformado en párrafos anteriores, «son consistentes con el principio de universalidad de la garantía mobiliaria, una de las piedras angulares de la Ley Modelo»<sup>43</sup>.

Por otro lado, en este mismo artículo relativo a definiciones se anticipa la importante cuestión de la extensión de la garantía mobiliaria, abordando en definitiva aspectos relacionados con la subrogación real. «Una ley de garantías mobiliarias ha de regular necesariamente la eficacia de la garantía a través de las subrogaciones»<sup>44</sup>. La subrogación real es un instrumento complementario a la reipersecutoriedad, pues mientras esta última implica que los derechos del acreedor garantizado siguen el bien gravado tras el acto de disposición, el reconocimiento de las situaciones de subrogación sujetan el precio o la indemnización a la misma situación jurídica de la cosa vendida, perdida o dañada. Por ello, «desde el punto de vista económico un reconocimiento amplio de la subrogación real en las garantías mobiliarias estimula las transacciones garantizadas y evita la improductividad de los bienes al permitir su circulación sin afectar al derecho del acreedor garantizado»<sup>45</sup>.

A este respecto se contemplan dos escenarios. De un lado, el mantenimiento del valor del objeto de garantía por pérdida o deterioro, quedando reemplazado total o parcialmente el objeto originario por la indemnización que corresponda (art. 3.V, segundo párrafo LMOEA). De otro lado, los productos resultantes de la venta, transformación o sustitución del bien, englobados estos último bajo el concepto de *Bienes Muebles Atribuibles* (art. 3.VI LMOEA).

Por último, el citado art. 3 incorpora igualmente una serie de definiciones que permite delimitar determinados sujetos, bienes y operaciones que quedan sometidos a reglas específicas. De esta forma establece la distinción entre categorías de bienes corporales e incorporeales (art. 3.XII); define qué es una Garantía Mobiliaria Prioritaria para la Adquisición de Bienes; o describe al Comprador o Adquirente en el Curso Ordinario de las Operaciones Mercantiles.

La LMGM también dedica un artículo completo (art. 2) a las definiciones y reglas de interpretación. A diferencia de la LMOEA, ciertamente, es una disposición más extensa y completa que acoge un número de definiciones muy superior, que, de hecho, incluye el propio concepto de garantía mobiliaria, ausente en la LMOEA, junto con otras definiciones comunes con el texto regional y antes comentadas, y añade además otros conceptos esenciales a los efectos de interpretación de la ley.

---

<sup>43</sup> Boris KOZOLCHYK y John M. WILSON, «La Ley Interamericana de Garantías Mobiliarias (Ley Modelo) de la Organización de los Estados Americanos», *op. cit.*, p. 31.

<sup>44</sup> Luis ROJO AJURIA, «Las garantías mobiliarias», *op. cit.*, p. 785.

<sup>45</sup> Teresa RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, *Las garantías mobiliarias sobre equipo aeronáutico en el comercio internacional. El Convenio de Ciudad del Cabo y su protocolo*, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 115.

Por último, el art. 4 de la LMOEA determina en qué puede consistir, además de la deuda principal, la obligación garantizada. Al respecto se incluye los intereses ordinarios y moratorios, las comisiones, los gastos de guarda y custodia de los bienes en garantía en los que incurra el *Acreedor garantizado*, los gastos incurridos por este en relación con la ejecución de la garantía, los daños y perjuicios, así como la liquidación convencional de estos últimos cuando hubieren sido pactada.

La literalidad del artículo nos permite realizar las siguientes consideraciones. La primera es que la extensión del contenido de la obligación garantizada a estos conceptos es potestativa, *pueden consistir*. Lo que implica que sean las partes quienes, a través del ejercicio de la autonomía de la voluntad, deben acordar tal extensión.

En segundo lugar, la problemática que podría existir en relación a la posible limitación en la concesión de nuevos créditos garantizados sobre bienes que ya son objeto de otras garantías mobiliarias. Es decir, si el objeto de una garantía cubre no solo el cumplimiento de una obligación sino otros conceptos indemnizatorios o remuneratorios, el importe garantizado puede ser excesivo y puede implicar una limitación en el uso de ese bien para obtener nuevos créditos. Por último, y en relación con esto, la cuestión que se suscita en los procedimientos de insolvencia ya que al ser objeto de garantía real tiene ciertos privilegios frente a los demás acreedores, pudiendo ser excesivo el monto total cubierto por el privilegio perjudicando los intereses de otros acreedores.

Ahora bien, para evitar este posible problema la LMOEA opta por establecer como contenido del acuerdo de garantía el «monto máximo garantizado por la garantía mobiliaria» (art. 7.III). En este monto máximo se deberá, entonces, incluir esos conceptos que detalla el art. 4 LMOEA<sup>46</sup>.

---

<sup>46</sup> En la Recomendación 14 de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre Operaciones Garantizadas se establece, dentro del contenido mínimo de un acuerdo de garantía, que se indique «la suma monetaria máxima que puede exigirse en virtud de la garantía real, si el Estado determina que tal indicación sería útil para facilitar los préstamos subordinados». En la LMGM, en su art. 6 (Constitución de una garantía real), apartado 3, deja a voluntad de los Estados la necesidad de incluir en el acuerdo de garantía «el importe monetario máximo por el que podrá ejecutarse la garantía mobiliaria», a los efectos de podría ser útil para la concesión de un crédito por otro acreedor posterior.



## TÍTULO II. CONSTITUCIÓN. ARTÍCULOS 5 A 9\*

Sara SOTELO AGUILAR

**SUMARIO:** I. CREACIÓN DE LA GARANTÍA MOBILIARIA.—II. CONTENIDO DEL CONTRATO DE GARANTÍA MOBILIARIA.—III. LA GARANTÍA MOBILIARIA SOBRE BIENES FUTUROS O A ADQUIRIR.—IV. LA GARANTÍA MOBILIARIA SIN DESPOSESIÓN.—V. LA GARANTÍA MOBILIARIA CON DESPOSESIÓN.—VI. COMENTARIOS FINALES.

La Ley Modelo Interamericana de Garantías Mobiliarias (en lo sucesivo LMOEA) fue aprobada por la Sexta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-VI) el 8 de febrero de 2002, siendo complementada con el Reglamento Modelo para el Registro en virtud a la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias aprobado el 9 de octubre de 2009 en la Séptima Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-VII).

La Ley Modelo Interamericana de Garantías Mobiliarias (en lo sucesivo LMOEA) abarca siete principios respecto de la garantía mobiliaria. John Wilson<sup>1</sup> los reseña de la siguiente forma:

- i) La creación de un sistema homogéneo de garantías sobre bienes muebles.
- ii) La creación de una garantía que se extienda a bienes futuros.
- iii) La creación de una garantía que se utilice para garantizar obligaciones futuras.
- iv) La protección de los deudores que han otorgado una garantía sobre bienes futuros.
- v) La protección de compradores en el curso ordinario de los negocios.
- vi) La creación de un sistema de ejecución ágil y efectivo.
- vii) La publicidad por medio de la inscripción registral.

El Título II de la LMOEA regula en cinco artículos los aspectos de la constitución de la garantía mobiliaria, dando flexibilidad a las partes en el momento de

---

\* Este trabajo ha sido elaborado en el marco del proyecto de investigación sobre Garantías Mobiliarias para la tesis de la autora de sus estudios de doctorado en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima, Perú.

<sup>1</sup> La Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias y otros temas registrales en el ámbito de la OEA. Encuentro Iberoamericano sobre Sistemas Registrales, 17 al 21 de febrero de 2003, Antigua, Guatemala.

celebrar una transacción. Los artículos del Título II de la LMOEA desarrollan los siguientes temas:

- i) Creación de la garantía mobiliaria mediante contrato.
- ii) Contenido mínimo del contrato de garantía mobiliaria.
- iii) La garantía mobiliaria sin desposesión.
- iv) La garantía mobiliaria sobre bienes futuros o a adquirir.
- v) La garantía mobiliaria con desposesión.

## I. CREACIÓN DE LA GARANTÍA MOBILIARIA

El art. 5 de la LMOEA regula el cómo se constituye una garantía mobiliaria.

«Art. 5. Una garantía mobiliaria se constituye mediante contrato entre el deudor garante y el acreedor garantizado».

Para la LMOEA la garantía mobiliaria es un contrato bilateral, esto es, que requiere de la intervención de dos sujetos, uno que se obliga y otro que se beneficia de la garantía que se constituye. Del art. 5 tenemos que no cabe una garantía mobiliaria unilateral, sino que requiere la celebración de un contrato y de al menos dos partes intervinientes en el mismo.

Respecto a los sujetos parte del contrato de Garantía Mobiliaria, la LMOEA define al «deudor garante» como la persona, sea el deudor principal o un tercero, que constituye una garantía mobiliaria conforme a la LMOEA, y al «acreedor garantizado» como la persona en cuyo favor se constituye una garantía mobiliaria, con o sin desposesión, ya sea en su propio beneficio o en beneficio de un tercero.

Así tenemos que el deudor garante puede ser el deudor principal de la obligación garantizada pero también puede ser un tercero sin mayor relación con la obligación garantizada, pero que participa del contrato de garantía mobiliaria.

El acreedor garantizado es aquella persona en cuyo favor se constituye la garantía mobiliaria, precisándose que la misma puede haber sido celebrada en su propio beneficio o de un tercero. Una vez más puede no haber relación entre el acreedor garantizado y la obligación garantizada y aun así celebrarse un contrato de garantía mobiliaria de acuerdo a la LMOEA. También se precisa que el acreedor garantizado puede acceder o no a la posesión del bien objeto de la garantía y ello no afecta a la garantía mobiliaria.

Un aspecto a resaltar es que del art. 5 de la LMOEA bajo análisis se desprende que el contrato de garantía mobiliaria no requiere estar vinculado a un contrato de financiamiento o crédito preexistente. De esta forma la celebración de un contrato de garantía mobiliaria se concibe como uno autónomo, que permite la posibilidad a los actores económicos de realizar registros de garantías mobiliarias de conformidad a sus necesidades y requerimientos, como puede ser que un tercero a la obligación garantizada participe como deudor garante o como acreedor garantizado, siendo un caso cuando estamos ante financiamientos o facilidades crediticias o líneas de crédito otorgados a favor de una empresa, pero el otorgante de la facilidad crediticia requiere que la misma esté respaldada por una garantía otorgada por la matriz de dicho deudor, o por su socio o accionista principal.



## II. CONTENIDO DEL CONTRATO DE GARANTÍA MOBILIARIA

El art. 7 de la LMOEA regula el contenido mínimo de un contrato de garantía mobiliaria.

«Art. 7. El contrato de garantía por escrito deberá contener, como mínimo:

- I. Fecha de celebración.
- II. Datos que permitan la identificación del deudor garante y del acreedor garantizado, así como la firma por escrito o electrónica del deudor garante.
- III. El monto máximo garantizado por la garantía mobiliaria.
- IV. La descripción de los bienes muebles en garantía, en el entendido de que dicha descripción podrá realizarse de forma genérica o específica.
- V. La mención expresa de que los bienes muebles descritos servirán de garantía a la obligación garantizada.
- VI. Una descripción genérica o específica de las obligaciones garantizadas.

La escritura podrá hacerse a través de cualquier medio de comunicación fehaciente que deje constancia del consentimiento de las partes en la constitución de la garantía, incluyendo el télex, telefax, intercambio electrónico de datos, correo electrónico, y medios ópticos o similares, de conformidad con las normas aplicables en esta materia y teniendo en cuenta la resolución de esta Conferencia que acompaña esta Ley Modelo (CIDIP-VI/RES. 6/02)».

Este art. 7 regula el contenido del contrato de garantía mobiliaria que consta por escrito, pero indicando que se trata de mínimos, por lo que las partes intervinientes pueden incluir toda la información y datos que consideren necesarios.

Respecto a la exigencia de que el contrato conste por escrito, el texto de la LMOEA es abierto puesto que no establece un medio específico y único a través del cual se puede cumplir con esta disposición sino que señala que puede tratarse de «cualquier medio» de comunicación fehaciente, siempre que deje constancia del consentimiento de las partes respecto a la constitución de la garantía mobiliaria y sobre los términos y condiciones que aplican a la misma.

La LMOEA presenta un listado de medios a través de los cuales se puede dejar constancia de forma fehaciente de la voluntad de las partes intervinientes en la constitución de la garantía mobiliaria, que no es el tradicional contrato, sino que permite un intercambio electrónico de datos, correos electrónicos, y cualquier otro medio óptico o similar, dejando así abierta la posibilidad de nuevas formas de comunicación que la tecnología vaya permitiendo.

Respecto a los requisitos mínimos que debe contener el acto jurídico constitutivo de la garantía mobiliaria que consta por escrito, podemos señalar lo siguiente:

i) Fecha de celebración. La inclusión de este dato brinda información sobre la oportunidad en que se celebró el contrato, por lo que permitirá analizar si las partes intervinientes en dicha oportunidad estaban en capacidad de celebrar el contrato, por ejemplo, o si no lo estaban. La certeza sobre la fecha de celebración del contrato permite determinar si el mismo generó obligaciones a cargo de los intervinientes o no lo hizo, el momento en el que se generan dichas obligaciones, así como el régimen legal aplicable al contrato en función a los demás términos y condiciones pactados, como puede ser si a esa fecha los bienes en garantía podían serlo.

ii) Datos de identificación de las partes intervinientes, y la firma del deudor garante, de forma tal que puedan ser identificados y, por tanto, facilitar la exigencia del cumplimiento de las obligaciones asumidas.

Un aspecto importante es que la LMOEA prevé que la firma del deudor garante debe constar en el contrato, de forma escrita o electrónica. La firma del deudor

garante permitirá identificarlo y servirá como prueba de haber dado su consentimiento y que ha verificado el documento en su integridad y aprobado su contenido, lo que es muy relevante pues es quien otorga la garantía mobiliaria.

La firma es definida por la Real Academia Española (RAE) como el nombre y apellidos de una persona escritos por aquella, por su propia mano, con o sin rúbrica, para darle autenticidad o mostrar la aprobación del contenido del documento. Al tratarse de trazos realizados de la misma forma por la misma persona la identifican, y colocados en un documento, le da autenticidad al mismo.

La RAE no tiene una definición de «firma electrónica», pero sí de «firma digital», entendiéndola como la información cifrada que identifica al autor de un documento, esto es, que surte los mismos efectos que la firma escrita de forma directa en un documento, pero cuando estamos ante medios electrónicos, pues ello permite atribuir un documento a una determinada persona.

Al respecto, UNCITRAL cuenta con una ley modelo de firma electrónica<sup>2</sup> en que la define como «los datos en forma electrónica consignados en un mensaje de datos, o adjuntados o lógicamente asociados al mismo, que puedan ser utilizados para identificar al firmante en relación con el mensaje de datos e indicar que el firmante aprueba la información recogida en el mensaje de datos».

Así tenemos que la LMOEA está permitiendo que sean las partes contratantes las que definan si utilizan una firma escrita de forma directa en un documento, o si acceden a los avances tecnológicos en las comunicaciones para la celebración de un contrato de garantía mobiliaria, con la condición que su voluntad sea identificable y verificable y, por tanto, las obligaciones allí contenidas les sean atribuidas a cada una de ellas.

iii) Respecto a la obligación garantizada, la descripción de la misma puede hacerse de manera genérica o específica, lo que brinda flexibilidad a las partes sobre las obligaciones que serán respaldadas por la garantía mobiliaria.

La LMOEA prevé que la obligación garantizada por una garantía mobiliaria puede ser una obligación a cargo del propio deudor o de un tercero o deudor principal de la obligación garantizada.

Sobre si la descripción de la obligación garantizada puede ser una descripción genérica o específica, es relevante para que los terceros que contratan con los participantes de la garantía mobiliaria, puedan conocer qué tipo de obligación está siendo garantizada por aquella, y de esta forma quien celebre una garantía mobiliaria respecto de los mismos bienes pero de un menor o segundo orden de prelación, pueda incluir disposiciones especiales en su contrato.

Finalmente, la LMOEA permite que las obligaciones garantizadas sean presentes o futuras, siendo así que la figura permite que el contrato de garantía mobiliaria se ajuste a las necesidades de las partes intervinientes.

iv) El monto máximo por el que responde la garantía mobiliaria, pues de esta forma los bienes dados en garantía y cuyo valor excede el monto hasta por el que responden en virtud a la garantía mobiliaria constituida respecto de ellos, pueden ser objeto de otra garantía mobiliaria de menor prelación. Con esto, los bienes en garantía que son los activos del deudor garante, no se ven imposibilitados de ser utilizados como respaldo de otras obligaciones, si es que su valor así lo permite y los nuevos acreedores garantizados están de acuerdo. En caso de no preverse en el aviso el monto máximo por el que el bien en garantía está afectado, bastaría con

---

<sup>2</sup> Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas (2001).

que exista una garantía mobiliaria constituida sobre un bien para que el mismo sea excluido de la relación de bienes que pueden ser dados en garantía.

v) La mención expresa de la voluntad del deudor garante de que los bienes materia de garantía mobiliaria servirán de garantía a la obligación garantizada resalta la importancia que la LMOEA identifica para que no quede duda sobre la intención y decisión de que quien compromete bienes de su propiedad o sobre los que tiene derecho sirvan de respaldo al cumplimiento de la obligación garantizada, y de esta forma se mitiga que con posterioridad a la celebración de una garantía mobiliaria dicha voluntad de dar en garantía determinados bienes sea cuestionada a fin de dejarla sin efecto.

vi) Descripción de los bienes objeto de la garantía mobiliaria, siendo que esta descripción puede ser genérica o específica.

La descripción de los bienes muebles objeto de la garantía tradicionalmente se ha entendido que debe ser específica, para saber cuáles bienes son los afectados por aquella, pero al permitirse que la descripción de dichos bienes sea una genérica amplia el ámbito de aplicación de la garantía mobiliaria pues da espacio para que se constituyan garantías mobiliarias sobre bienes que no son identificables unos de otros, pero que conforman un conjunto, como pueden ser los insumos de una empresa o los bienes que esta comercializa, como serían por ejemplo una tonelada de cuadernos de cierta variedad y calidad, o pero no se cuenta con el dato que identifica cada cuaderno incluido en un cargamento.

Al permitirse incluir una descripción genérica de los bienes dados en garantía, resulta que se pueden dar en garantía el inventario de una empresa o sus cuentas por cobrar, pues así la garantía mobiliaria se extiende de forma automática al dinero y/o cualquier bien o derecho recibido como producto de la venta, intercambio y en general a la disposición de los bienes que existían al momento de la constitución de la garantía mobiliaria. Esto no sería posible si se exigiera una descripción específica y detallada de los bienes dados en garantía mobiliaria.

En esta línea Boris Kozolchik<sup>3</sup>, cuando desarrolla los principios que están en la base de la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias, hace hincapié en la importancia de «la extensión automática del gravamen original sobre otros bienes adquiridos con posterioridad» como una característica primordial de un sistema de garantías mobiliarias moderno.

### III. LA GARANTÍA MOBILIARIA SOBRE BIENES FUTUROS O A ADQUIRIR

El art. 6, segundo párrafo, de la LMOEA señala:

«Art. 6. [...]

Sin embargo, la garantía mobiliaria, sobre bienes futuros o a adquirir posteriormente gravará los derechos del deudor garante (personales o reales) respecto de tales bienes, solo a partir del momento en que el deudor garante adquiera tales derechos».

La LMOEA regula en el segundo párrafo del art. 6 cuando la garantía se refiere a bienes futuros o que se adquirirán posteriormente por parte del deudor garante, permitiendo que el contrato sea celebrado y la garantía mobiliaria constituida, pero su efectividad está condicionada a que el deudor garante adquiera los derechos respecto de los cuales otorgó la garantía mobiliaria.

---

<sup>3</sup> Introducción a los principios jurídicos de la Ley Modelo Interamericana de Garantías Mobiliarias, Banco Mundial, Ciudad de México, México, octubre de 2000.

Esta disposición permite la celebración, por ejemplo, de garantías mobiliarias sobre bienes o recursos que no existen o respecto de los cuales el deudor garante no tiene disponibilidad en el momento de la celebración del contrato, pero permite comprometerlos a futuro. Por ello, la garantía mobiliaria sobre estos bienes está sujeta a que los bienes existan y/o que el deudor garante adquiera dichos bienes o derechos, y que de esa forma la garantía mobiliaria sea pasible de ejecución.

#### IV. LA GARANTÍA MOBILIARIA SIN DESPOSESIÓN

El art. 6, primer párrafo, y el art. 9 están referidos a la garantía mobiliaria sin desposesión:

«Art. 6. Si la garantía mobiliaria es sin desposesión, el contrato por el cual se constituye la garantía mobiliaria deberá ser por escrito y surte efectos entre las partes desde el momento de su suscripción, salvo pacto en contrario.

[...]

Art. 9. Si la garantía mobiliaria es sin desposesión, el deudor garante o cualquier persona que adquiera los bienes sujetos a la garantía, salvo pacto en contrario, tendrá los siguientes derechos y obligaciones:

I. El derecho de usar y disponer de los bienes muebles en garantía y sus bienes muebles atribuibles en el curso normal de las operaciones mercantiles del deudor.

II. La obligación de suspender el ejercicio de dicho derecho cuando el acreedor garantizado le notifique al deudor garante de su intención de proceder a la ejecución de la garantía mobiliaria sobre los bienes en garantía bajo los términos de la presente ley.

III. La obligación de evitar pérdidas y deterioros de los derechos y bienes muebles otorgados en garantía y hacer todo lo necesario para dicho propósito.

IV. La obligación de permitir que el acreedor garantizado inspeccione los bienes en garantía para verificar su cantidad, calidad y estado de conservación.

V. La obligación de contratar un seguro adecuado sobre los bienes en garantía contra destrucción, pérdida o daño».

Cuando estamos frente a una garantía mobiliaria sin desposesión por parte del deudor garante, esto es, que el deudor garante o un tercero que dicho deudor garante ha dispuesto, mantiene la posesión de los bienes dados en garantía, pudiendo, por tanto, usarlos y explotarlos, como resultado tenemos que se incrementan los riesgos a los que están expuestos dichos bienes dados en garantía.

Ante ello, se hace necesario mitigar los riesgos que se generan por la posesión de los bienes por parte el deudor garante o del tercero que dicho deudor garante ha dispuesto, de forma tal que los intereses del acreedor garantizado no se vean afectados. Al respecto, la LMOEA deja a potestad de las partes del contrato de garantía mobiliaria pactar en contrario a lo dispuesto en la ley modelo, considerando que lo que debe primar es la voluntad de las partes y lo que ellas consideren necesarios para proteger sus intereses de la mejor manera.

Cuando estamos a la garantía mobiliaria sin desposesión, y los bienes se mantienen bajo el ámbito de acción del deudor garante, la LMOEA prevé que necesariamente el contrato debe constar por escrito, surtiendo sus efectos entre las partes desde el momento de su suscripción, salvo que las partes acuerden algo distinto.

La figura de la garantía mobiliaria sin desposesión permite que el deudor garante siga manteniendo la posesión de los bienes dados en garantía y por ende los mismos puedan ser materia de una transacción en el curso ordinario de sus negocios, de lo que surge el cuestionamiento sobre si quien adquiera los bienes de este deudor garante, en el curso ordinario de sus negocios, recibe los bienes gravados y

afectados por la garantía mobiliaria o si ingresan a su patrimonio libres de dichos gravámenes.

Si el tercero adquiriese los bienes gravados por la garantía mobiliaria, tenemos que pocos o ningún tercero estaría interesado en adquirir dichos bienes, pues no los podría destinar a sus propios fines. Esto limitaría la posibilidad que dichos bienes muebles sean materia de una transacción comercial y en caso que si lo fueran su valor se vería afectado.

Los derechos que la LMOEA da al deudor garante en el marco de una garantía mobiliaria sin desposesión son los derechos de usar y disponer de los bienes dados en garantía. Dichos derechos van unidos a las obligaciones a cargo del deudor garante, como es suspender el ejercicio de esos derechos si el acreedor garantizado le hace conocer de su intención de ejecutar la garantía mobiliaria, así como evitar pérdidas o deterioros de los bienes y derechos dados en garantía, el permitir el acceso del acreedor garantizado a inspeccionar los bienes para verificar que siguen respaldándolo, pudiendo dicha verificación estar relacionada a la calidad, cantidad y estado de conservación de los bienes, y finalmente impone al deudor garante la obligación de contratar un seguro adecuado que proteja los bienes de cualquier daño, pérdida o destrucción.

De esta forma, la LMOEA busca un equilibrio entre los derechos del deudor garante de usar y disponer de los bienes materia de la garantía mobiliaria y el derecho del acreedor garantizado que los bienes objeto de la garantía mobiliaria respondan de la forma en que fue previsto al momento de la constitución de la garantía. Por ello, se prevé derechos a favor del acreedor garantizado para asegurarse que los bienes dados en garantía estén protegidos, mantengan su valor y sea factible su ejecución.

## V. LA GARANTÍA MOBILIARIA CON DESPOSESIÓN

La LMOEA regula en su art. 8 la garantía mobiliaria con desposesión:

«Art. 8. Si la garantía mobiliaria es con desposesión, surte efectos desde el momento en que el deudor garante entrega posesión o control de los bienes en garantía al acreedor garantizado o a un tercero designado por este, salvo pacto en contrario».

La garantía mobiliaria con desposesión acaece cuando los bienes o derechos materia del contrato están en posesión del acreedor garantizado, con lo cual si bien se evita que el deudor garante haga uso o disposición de los mismos, genera que el deudor garante no pueda utilizarlos para generar riqueza, y que los bienes que ahora están en posesión del acreedor garantizado estén sujetos a los riesgos propios de quien tiene la posesión de los mismos.

El acreedor garantizado que tiene la posesión de los bienes dados en garantía mobiliaria tiene que adoptar las medidas que resulten necesarias para proteger los bienes y no se vean afectados ni disminuyan su valor. La LMOEA prevé que el acreedor garantizado, previo acuerdo con el deudor garante, puede mantener los bienes dados en garantía en posesión de un tercero, lo que se regula en artículos posteriores de la LMOEA.

## VI. COMENTARIOS FINALES

La LMOEA prevé en su Título II disposiciones destinadas a que los países que adopten una legislación interna tomando como guía esta ley modelo, resulten

con una legislación local que regule la constitución de las garantías mobiliarias sobre bienes muebles de forma homogénea, que se pueda constituir la garantía respecto de bienes y derechos presentes y futuros, que se respalden obligaciones presentes y futuras, propias del deudor garante o de terceros, que se protejan los derechos e intereses del deudor garante y del acreedor garantizado, tanto cuando estamos frente a una garantía con desposesión como ante una garantía sin desposesión.

## TÍTULO III. PUBLICIDAD. CAPÍTULOS I Y II. ARTÍCULOS 10 A 12

Teresa RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL

**SUMARIO:** I. LAS FUNCIONES DE LA PUBLICIDAD EN EL RÉGIMEN DE LAS GARANTÍAS MOBILIARIAS.—II. EL SISTEMA DE PUBLICIDAD DE LAS GARANTÍAS EN LOS PRINCIPIOS DEL NLCIFT.—III. ANÁLISIS DE LOS ARTS. 10 A 12 DE LA LEY MODELO: 1. Reglas generales de publicidad (arts. 10 y 11): 1.1. Cómo opera la dualidad de modalidades de publicidad: aplicación, interrelación y límites. 1.2. Publicidad registral - modelo de registro. 2. Publicidad de los bienes atribuibles. 3. Publicidad de las garantías mobiliarias de adquisición (art. 12).

### I. LAS FUNCIONES DE LA PUBLICIDAD EN EL RÉGIMEN DE LAS GARANTÍAS MOBILIARIAS

La publicidad es una pieza esencial del régimen de garantías mobiliarias. A la publicidad, lograda por métodos diversos, se asocia el principio de oponibilidad, consustancial a la naturaleza real de las garantías mobiliarias. De igual modo, la publicidad permite articular las reglas de prioridad entre los acreedores garantizados.

En este sentido, la Ley Modelo Interamericana de Garantías Mobiliarias (LMOEA en este trabajo) en su Título III incorpora con claridad este principio de oponibilidad derivado de la publicidad, que también vertebra otros textos uniformes. Las diferencias entre los diversos instrumentos de armonización se observan en los métodos de oponibilidad. La LMOEA comparte con la LMNU, y otros instrumentos, la opción por la dualidad de métodos de publicidad: la inscripción registral y la posesión (o control). El Convenio de Ciudad del Cabo, sin embargo, se desvía de esta tendencia para configurar un modelo único de inscripción (*notice*) en el Registro Internacional. Frente a los instrumentos generalistas y omnicomprendivos, el Convenio de Ciudad del Cabo es un texto especializado, de ámbito sectorial, y aplicable a categorías de bienes de especiales características que justifican esta opción legislativa (identificable, de alto valor, móviles).

Esta vinculación de la oponibilidad frente a terceros a la publicidad de la garantía refleja también otra línea común entre los diversos textos uniformes<sup>1</sup>: la

---

<sup>1</sup> Arts. 6 y 18 LMNU. Igualmente (arts. 7 y 19, en particular), el Convenio de Ciudad del Cabo relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil. Jorge FELIU REY, «La Ley Modelo



distinción entre el momento de constitución (por acuerdo) de la garantía y su oponibilidad a terceros mediante la publicidad. Con ello se pretende proteger los intereses de las partes y terceros sin añadir formalidades innecesarias a la constitución, que entorpezcan la creación de garantías e incrementen los costes de transacción.

## II. EL SISTEMA DE PUBLICIDAD DE LAS GARANTÍAS EN LOS PRINCIPIOS DEL NLCIFT

El sistema de publicidad constituye uno de los ejes centrales del modelo conceptual de NLCIFT para un Derecho de garantías mobiliarias que promueve la disponibilidad y el acceso al crédito transfronterizo. Por ello, referencias a la publicidad se encuentran en gran parte de los Principios del NLCIFT. Con todo, en relación específicamente con los arts. 10 a 12, se pueden concretar con más precisión los principios inspiradores que guían las soluciones de la Ley Modelo: Principios 5 y 8 directamente, además de los Principios 6 y 7 de forma indirecta.

En primer lugar, el Principio 5 establece sólidamente la función y los objetivos del sistema de garantías. La publicidad de las garantías mobiliarias se concibe como un mecanismo para activar la oponibilidad a terceros, aplicar de forma clara y unívoca las reglas de prioridad, y eliminar los gravámenes ocultos o secretos que distorsionan el mercado. Se avanza además la dualidad de modalidades de perfeccionamiento (publicidad) principales de las garantías: registro público y posesión o control del bien objeto de garantía.

Con posterioridad, los Principios 6 y 7 concretan aspectos sustantivos, procedimentales y estructurales del registro como sistema de publicidad. Primero, se advierte que los efectos de la garantía registrada quedan asociados al momento de la inscripción y ya no de su constitución. Segundo, se avanza algunas de las características esenciales a las que debe responder un sistema registral eficiente: económico, de acceso público, de uso sencillo, basado en un modelo «noticia» de modo que contenga los datos esenciales de forma estandarizada, y, en la medida de lo posible, de naturaleza electrónica. Si bien el Título III, en sus Capítulos I y II (arts. 10 a 12), no aborda de forma directa estas cuestiones, estos principios configuran el sistema de publicidad, en particular en su modalidad registral, de la LMOEA y estos aspectos se van concretando y desarrollando a lo largo de otras disposiciones de la ley.

En segundo lugar, el art. 12 de la LMOEA, en particular, despliega el Principio 8, que contempla la figura de las garantías mobiliarias de «adquisición» o de «compra de bienes específicos». Se consideran garantías de «adquisición» aquellas garantías otorgadas sobre los mismos bienes cuya adquisición se ha financiado con el crédito garantizado obtenido por el deudor. El objetivo es asegurar que estas garantías gocen de prioridad sobre otras garantías mobiliarias preexistentes que recayeran sobre la misma clase de bienes. De este modo, se estaría incentivando la financiación para la adquisición y uso de bienes y se evitaría la inmovilización de activos del deudor bajo garantías generales u omnicomprensivas a favor de una serie de acreedores garantizados (p. ej., garantías sobre inventarios, garantía sobre todos los activos presentes y futuros, o sobre todos los equipos de una determinada categoría).

---

de la CNUDMI sobre Garantías Mobiliarias», en Carmen JEREZ, *Textos Internacionales sobre garantías mobiliarias*, Madrid, BOE, 2017, pp. 147-199, esp. p. 168; Dale Beck FURNISH, «The Creation and Notice of Security Interest in Movable Property (*Efectos Constitutivos y Declarativos de las Garantías Reales Mobiliarias*)», *Uniform Commercial Code Law Journal*, vol. 36, núm. 1, verano 2003, pp. 99-121.



Desde el punto de vista de la publicidad, el reconocimiento de prioridad sobre garantías preexistentes, frente al criterio general de prioridad temporal, requiere un especial cuidado para avisar a terceros y acreedores preexistentes del carácter de la garantía de «adquisición» y los bienes gravados. El Principio 8, por ello, exige que, además de la pertinente inscripción, el perfeccionamiento de la garantía requiera un aviso especial a los acreedores preexistentes. No hay indicaciones más precisas sobre la forma o las condiciones de tal aviso, como tampoco las hay sobre la inscripción. En este punto, se analiza más adelante el tratamiento específico que el art. 12 hace de la publicidad de las garantías de «adquisición» que se centra precisamente en las específicas condiciones en que debe realizarse la inscripción sin referirse al sistema de avisos a acreedores.

### III. ANÁLISIS DE LOS ARTS. 10 A 12 DE LA LEY MODELO

El Título III, bajo el sencillo título de «Publicidad», es el más extenso de la Ley Modelo. Sus 25 artículos se agrupan en 10 Capítulos (I a X) que desarrollan las diversas cuestiones generales y específicas sobre la publicidad de las garantías mobiliarias. Además de la habitual lectura de toda disposición normativa en el contexto de la norma en la que se integra, el Título III ha de leerse en íntima conexión, particularmente, con el Título IV «Registro y Disposiciones relacionadas», que desarrolla una de las dos modalidades de publicidad (publicidad registral) contempladas en el art. IV, y con el Título V sobre reglas de prelación, cuya aplicación depende, de hecho, del cumplimiento del requisito de publicidad.

Bajo el Título III, el Capítulo I contiene, en dos disposiciones (arts. 10 y 11), las reglas de publicidad generales, y el Capítulo II condensa en un único artículo (art. 12) el régimen de publicidad de las garantías mobiliarias de adquisición.

#### 1. Reglas generales de publicidad (arts. 10 y 11)

El art. 10 parte de la afirmación de una regla esencial para la constitución y el perfeccionamiento —eficacia frente a terceros— de las garantías mobiliarias. Sin perjuicio del momento de su constitución mediante el contrato entre deudor y acreedor (Título II) con los requisitos que corresponda para su validez, una garantía mobiliaria solo será oponible a terceros cuando se haya cumplido el requisito de publicidad. Con la publicidad, la garantía se hace oponible a terceros. Mientras que un acuerdo de garantía válidamente constituye despliega sus efectos *inter partes* (art. 5), el perfeccionamiento de la garantía determina su oponibilidad a terceros, ajenos, por tanto, al acuerdo original (*erga omnes*). Con esta proyección de la eficacia frente a terceros se articula una de las características definitorias de las garantías mobiliarias como garantías reales<sup>2</sup>. La publicidad de la garantía además permite instrumentar las reglas de prioridad que, aun con excepciones que se verán más adelante, están determinadas esencialmente por la regla *prior in tempore potior in iure*<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Manuel AMORÓS GUARDIOLA, «La garantía patrimonial y sus formas», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, Reus, 1972; Michel CABRILLAC y Christian MOULY, *Droit des sûretés*, Paris, Litec, 1990; Francisco J. ORDUÑA MORENO (dir.), *La protección patrimonial del crédito, I*, Madrid, Thomson-Civitas, 2006, y Gabriel DE REINA TARTIÈRE, «Teoría general de las garantías reales», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 724, pp. 717-750, esp. p. 725.

<sup>3</sup> Boris KOZOLCHYK y John WILSON, «La Ley Interamericana de Garantías Mobiliarias (Ley Modelo) de la Organización de los Estados Americanos», Arizona, NLICFT, 2003, p. 38.

Esta misma distinción y sucesión de fases —creación por acuerdo y oponibilidad con la publicidad— articula la LMNU. Tras esta decisión legislativa hay un claro intento de clarificar los efectos de las garantías y de simplificar y unificar los requisitos para la creación y la oponibilidad a terceros. Se distinguen con claridad dos momentos: la creación con efectos únicamente *inter partes* y la eficacia frente a terceros. Mientras que la primera se completa con la conclusión de un acuerdo válido de garantía, la segunda requiere el empleo de algunos de los mecanismos de publicidad previstos.

El objetivo último de esta clara distinción de las fases de creación y de oponibilidad es descargar la válida constitución de la garantía y su exigibilidad entre el deudor otorgante y el acreedor garantizado de formalidades adicionales, como la inscripción, sin desproteger a todos los terceros interesados. Como el minucioso estudio comparado de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre las Operaciones Garantizadas<sup>4</sup> refleja<sup>5</sup> (pars. 4 a 8, pp. 72-74), en algunos sistemas jurídicos, la exigencia de ciertos requisitos adicionales para la creación válida de la garantía con meros efectos *inter partes* dificulta la constitución de las garantías, incrementa los costes de transacción, y añade formalidades al proceso que van dirigidas realmente a proteger los intereses de terceros. Este principio de clara dualidad de fases además plantea de fondo una reflexión más profunda sobre la naturaleza real del derecho de garantía mobiliaria, pues su constitución como derecho de garantía, según se afirma en ambas Leyes Modelo —LMOEA y LMNU—, se vincula al acuerdo entre las partes. Sin embargo, los efectos en ese momento se despliegan solo *inter partes*. La cuestión que se plantea entonces es si, en realidad, hasta la publicidad, son efectos propios de un derecho obligacional o auténticamente real.

Tras afirmar la función de la publicidad en el Derecho de garantías mobiliarias, la Ley Modelo opta, en línea con los Principios de NLCIFT, por el modelo dual de publicidad. En efecto, el sistema de publicidad de las garantías comprende dos modalidades: registral y posesoria. De un lado, la inscripción en un registro (registro competente en cada caso) en las condiciones y de conformidad con las disposiciones de la Ley Modelo contenidas en el mismo Título III y en el Título IV. De otro lado, la entrega de la posesión o el control de los bienes en garantía al acreedor garantizado o a un tercero designado por este de conformidad con lo previsto en el Título III.

### ***1.1. Cómo opera la dualidad de modalidades de publicidad: aplicación, interrelación y límites***

La LMOEA adopta un modelo de publicidad que, aun mostrando cierta preferencia por la prevalencia del sistema de registro, acepta la pluralidad de métodos para dotar de eficacia frente a terceros a la garantía. Así, el artículo de apertura del Título III con las Reglas Generales sobre Publicidad contempla estas alternativas para dar publicidad a una garantía mobiliaria: el registro, de acuerdo con los Títulos III y IV de la LMOEA; la entrega de la posesión o control de los bienes en garantía al Acreedor Garantizado o a un tercero designado por este, o por medio de la entrega a título representativo del crédito en garantía según los arts. 22 y 26.

<sup>4</sup> Guía Legislativa de la CNUDMI sobre las Operaciones Garantizadas, aprobada por Resolución 63/121 de la Asamblea General, en su 67.ª Sesión plenaria, celebrada el 11 de diciembre de 2008, basándose en el informe del Sexto Comité (A/63/438).

<sup>5</sup> Spyridon BAZINAS, «The utility and efficacy of UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions», en N. Orkun AKSELI (ed.), *Availability of Credit and Secured Transactions in a Time of Crisis*, op. cit., pp. 133-184.

La diversidad de métodos de publicidad refleja dos aspectos relevantes del sistema de garantías mobiliarias. De un lado, una cuestión fáctica o material, en la medida en que los métodos de publicidad están asociados a la naturaleza de los bienes. Mientras que la transmisión de la posesión presupone la tangibilidad del bien, para los bienes intangibles, las cuentas bancarias o los derechos de crédito, los métodos de publicidad pueden redefinirse bajo el concepto de control (acuerdos de control sobre los fondos acreditados en una cuenta bancaria), o el de entrega o endoso del título (título de crédito o representativo de posesión o dominio, art. 26 LMOEA), o remitirse a fórmulas de inscripción nuevamente (obligaciones no monetarias, art. 20 LMOEA; garantías sobre créditos, art. 14 LMOEA; registros especiales de propiedad intelectual o industrial, art. 31 LMOEA)<sup>6</sup>. De otro lado, una importante decisión de política legislativa que refleja un proceso de evolución en los sistemas de garantía<sup>7</sup> histórico-formalistas<sup>8</sup> incorporando las garantías mobiliarias sin desposesión y otras fórmulas contractuales equivalentes con función de garantía (reserva de dominio, arrendamiento financiero, fideicomiso en garantía). La consolidación del sistema registral de publicidad permite resolver eficazmente las fórmulas de garantía sin desposesión, la garantías sobre intangibles y la integración funcional de otros esquemas contractuales con función de garantía basados en la propiedad (reserva de dominio, arrendamiento financiero).

En este sentido, la LMOEA se alinea plenamente con los principios modernos que inspiran los principales instrumentos sobre garantías mobiliarias.

Los métodos de publicidad no son plenamente excluyentes. En ciertos casos, si las circunstancias de la transacción lo permiten o lo aconsejan (desposesión del deudor, por ejemplo) y la naturaleza de los bienes en garantía lo hace posible, podrían concurrir diversos métodos de publicidad. Por ello, el último párrafo del art. 10 LMOEA aborda los efectos sobre la continuidad de la oponibilidad de la garantía tras un cambio en el método de publicidad empleado<sup>9</sup>. Así, establece la disposición que «(a) una garantía que se le haya dado publicidad de acuerdo a uno de los métodos mencionados, se le podrá dar publicidad subsecuentemente por otro método y, desde que no exista lapso intermedio sin publicidad, será considerado que la garantía tuvo publicidad continua para efectos de esta ley». Por tanto, el art. 10 confirma que el cambio en el método de publicidad sin interrupción, es decir, sin que la garantía haya permanecido oculta o secreta durante un periodo de tiempo por razón del cambio, no afectará a la continuidad de su eficacia frente a terceros. No obstante, habría que analizar en cada caso si el cambio en el método de publicidad podría afectar a la prelación de la garantía en ciertos supuestos, como se analiza a continuación.

Esta solución de continuidad que consagra la LMOEA resulta plenamente razonable en la medida en que la protección de los terceros se mantiene intacta a

---

<sup>6</sup> Como advierte la Guía Legislativa en su apartado 26, p. 109, el tratamiento en algunas jurisdicciones de la notificación al deudor en caso de cesión de derechos de crédito (cuentas por cobrar) no es adecuado para un moderno sistema de garantías mobiliarias porque no satisface el objetivo de publicidad en un contexto comercial.

<sup>7</sup> René DAVID y John E. C. BRIERLEY, *Major Legal Systems in the World today An Introduction to the Comparative Study of Law*, 2.<sup>a</sup> ed., New York, The Free Press, 1978.

<sup>8</sup> Para describir aquellos sistemas jurídicos que han ido definiendo y adaptando las diversas formas de garantía en función de las necesidades de acceso al crédito del mercado, Jorge FELIU REY, «El Derecho de garantías mobiliarias en contexto: una aproximación global», *La Ley mercantil*, núm. 29, octubre de 2016, p. 3. Desde esta perspectiva de conformación histórica de las formas de garantía, esta categoría agruparía los sistemas jurídicos que pertenecen a la tradición romano-germánica, los sistemas napoleónicos y el Derecho inglés.

<sup>9</sup> Arts. 21 y 22 de la LMNU.

pesar del cambio en el método de publicidad (par. 121, p. 144 Guía Legislativa). La situación, sin embargo, sería diferente si la oponibilidad se interrumpiera por la pérdida de los requisitos exigidos para el método de publicidad inicialmente empleado (extinción o cancelación de la inscripción, pérdida de la posesión del bien gravado, desaparición de los requisitos para una eficacia automática) y no se reparara a tiempo la pérdida de eficacia con un método alternativo. En tales casos, la interrupción en la publicidad afecta a la continuidad de la oponibilidad. Las soluciones en estos supuestos pueden ser dispares, pero deben asegurar la protección de las expectativas razonables de los acreedores que confían en la información proporcionada por o inferida de los métodos de publicidad y, por tanto, que no están obligados a contemplar, y asumir el riesgo, de un lapso en la publicidad de la garantía. Así, por ejemplo, el art. 28 LMOEA trata de prevenir esta interrupción cuando advierte que en el caso que el Acreedor Garantizado dé publicidad a su garantía mobiliaria por medio de la posesión y endoso del título representativo de mercancías pero posteriormente lo entregare al Deudor Garante para cualquier propósito incluyendo el retiro, almacenamiento, fabricación, manufactura, envío o venta de los bienes muebles representados por el título, el Acreedor Garantizado deberá registrar su garantía antes de que el título sea entregado al Deudor Garante (de acuerdo al art. 10 LMOEA). De no ser así, la oponibilidad a los terceros quedaría extinguida al agotarse el periodo de desposesión.

### **1.2. Publicidad registral - modelo de registro**

El método registral es el aplicable para la publicidad de las garantías mobiliarias en la mayoría de los bienes. La preferencia por el método de publicidad registral revela un objetivo de visibilización, para superar la incertidumbre y opacidad de las garantías ocultas o reservadas, y además permite articular un objetivo de simplificación al presumir la conveniencia de un único registro central a nivel nacional. La dispersión de registros favorece la fragmentación del sistema y puede acarrear en la práctica una publicidad parcial, relativa e incluso contradictoria. Por ello, aunque la LMOEA se abstiene prudentemente de exigir un determinado grado de centralización<sup>10</sup>, el modelo de registro único y central parecería ser el modelo deseado, prevalente y más efectivo.

No obstante lo anterior, la LMOEA asume la posibilidad (art. 36) de que tal registro central deba (o pueda) coexistir con otros registros especiales cuyo funcionamiento separado se mantenga en paralelo<sup>11</sup>. El texto definitivo de la LMOEA no menciona ni enumera las garantías mobiliarias que requerirían inscripción en un registro especial cuya convivencia se asume, como sin embargo sí se hacía en la versión anterior del texto. Ante la ausencia de enumeración, estos registros especiales podrán ser aquellos registros existentes en el país que se refieran a bienes específicos por sus particulares características (aeronaves, automóviles, propiedad intelectual, propiedad industrial), pero también pueden ser registros supranacio-

---

<sup>10</sup> En palabras de Alejandro M. GARRO, «The OAS-sponsored Model Law on Secured Transactions: Gestation and Implementation», *Uniform Law Review*, 2010, pp. 391-412, esp. p. 406.

<sup>11</sup> La LMOEA facilita esta coordinación con el sistema de Ciudad del Cabo al prever regímenes especiales para ciertas categorías de objetos con un registro especializado. De modo que, si bien la implementación de la Ley Modelo regional no es un requisito previo para la adhesión al Convenio y sus Protocolos, su eventual adopción no solo no dificulta, sino que, de hecho, asiste al Estado Contratante en la coordinación de los textos y facilita la operativa del instrumento internacional. John M. WILSON, «Movable Equipment Financing in Latin America: Application of the OAS Model Law, the Cape Town Convention and the Luxembourg Rail Protocol», *Unif. L. Rev.*, núm. 12, 2007, pp. 473-487, esp. p. 479.

nales —registros internacionales del sistema de Ciudad del Cabo<sup>12</sup> para diversas categorías de equipo móvil<sup>13</sup> (objetos aeronáuticos<sup>14</sup>, espaciales y material rodante ferroviario<sup>15</sup>, y otros posibles objetos susceptibles de ser regulados por otros protocolos, ya en preparación<sup>16</sup> o de eventual consideración futura<sup>17</sup>)— o incluso registros con efectos diferentes (registros de matrícula de aeronaves)<sup>18</sup>. Por tanto, aceptar la pluralidad de registros implica inevitablemente incorporar complejidad en el sistema y asumir cierta dispersión.

Sin embargo, si incorporamos en el diseño del sistema registral una adecuada arquitectura tecnológica, los problemas de coordinación y consistencia de las inscripciones se pueden gestionar con altísima eficacia. Así, en efecto, en la medida en que los registros, aun siendo plurales y dispersos, operen sobre una plataforma tecnológica que permita, de un lado, la operativa para la inscripción, la consulta y el acceso por medios electrónicos y a distancia y, de otro, la interconexión entre las bases registrales, la multiplicidad de registros no se traduciría en fragmentación, duplicación o conflicto entre inscripciones. Bien al contrario, la verificación de datos podría ser casi inmediata y el acceso continuo y por medios electrónicos. La ubicación de las sedes, por tanto, no tendría relevancia alguna, si cuentan con sedes digitales para cualquier tramitación.

La electrificación del sistema registral tiene dos vertientes<sup>19</sup>. De un lado, la interna, que permite la gestión documental, esencialmente como gestión de datos, y la interconexión entre registros. De otro lado, la externa, que articula la relación con los usuarios por medios electrónicos y la presentación y recepción de comunicaciones en soporte digital. Los problemas que se pueden presentar en cada una de las dimensiones del proceso son diferentes y pueden concurrir consideraciones sociales, económicas o territoriales que en cada caso habrán de

<sup>12</sup> Ronald C. C. CUMING, «Considerations in the design of an International Registry for Interests in Mobile Equipment», *Uniform Law Review*, 1999-2, pp. 275-288; *id.*, «The International Registry: An Overview of its Structure», *Uniform Law Review*, vol. XI, 2006-1, pp. 18-59, e *id.*, «The Registry System of the (draft) Convention on International Interests in Mobile Equipment and the (draft) Aircraft Equipment Protocol», *Revue du Notariat*, vol. 103, marzo 2001, pp. 33-50.

<sup>13</sup> Roy GOODE, *Official Commentary on the Convention on International Interests in Mobile Equipment and the Luxembourg Protocol thereto on Matters specific to Railway Rolling Stock*, 2.<sup>a</sup> ed., Roma, Unidroit, 2014; *id.*, *Official Commentary. Convention on International Interests in Mobile Equipment and Protocol Thereto on Matters Specific to Aircraft Equipment*, 3.<sup>a</sup> ed., Roma, Unidroit, 2013, e *id.*, *Official Commentary. Convention on International Interests in Mobile Equipment and Protocol Thereto on Space Assets*, Roma, Unidroit, 2013.

<sup>14</sup> Un estudio detallado del Registro Internacional en Teresa RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, *Las garantías mobiliarias sobre equipo aeronáutico en el comercio internacional. El Convenio de Ciudad del Cabo y su Protocolo*, Madrid, Marcial Pons, 2012, en Capítulo II.

<sup>15</sup> Steven L. HARRIS, «The International Rail Registry», *Unif. L. Rev.*, núm. 12, 2007, pp. 531-549, esp. p. 540, y Howard ROSEN, «The Luxembourg Rail Protocol: A Major Advance for the Railway Industry», *Unif. L. Rev.*, núm. 12, 2007, pp. 427-448. Hay que tener en cuenta que el sector ferroviario carecía, en términos generales, de registros nacionales equivalentes sobre material rodante —Howard ROSEN, Martin FEETWOOD y Benjamin VON BODUNGEN, «The Luxembourg Rail Protocol - Extending Cape Town Benefits to the Rail Industry», *Unif. L. Rev.*, núm 17, 2012, pp. 609-632, esp. p. 616—.

<sup>16</sup> Teresa RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, «Complexities arising from the expansion of the Cape Town Convention to other sectors: the MAC Protocol's challenges and innovative solutions», *Uniform Law Review*, vol. 0, 2018, pp. 1-28.

<sup>17</sup> Ole BÖGER, «The case for a new Protocol to the Cape Town Convention covering security over ships», *Cape Town Convention Journal*, vol. 5:1, 2016, pp. 73-102.

<sup>18</sup> Teresa RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, «El nuevo Reglamento de matriculación de aeronaves civiles y el Convenio de Ciudad del Cabo y su Protocolo sobre garantías internacionales en elementos de equipo aeronáutico», *Revista de Derecho del Transporte: Terrestre, Marítimo, Aéreo y Multimodal*, núm. 15, 2015, pp. 235-257.

<sup>19</sup> John M. WILSON, «Model Registry Regulations under the Model Inter-American Law on Secured Transactions», *Uniform Law Review*, 2010, pp. 515-527, esp. pp. 525-526.



evaluarse para lograr un adecuado equilibrio entre agilidad, seguridad y accesibilidad.

La consecución de los objetivos no solo requiere la implantación de una arquitectura tecnológica completa con respecto a las instalaciones, el equipamiento y las aplicaciones de gestión de datos, sino también el diseño de fórmulas de presentación e interacción con el usuario consistentes con el entorno electrónico. En este sentido, es muy evidente que la configuración de un registro de notificaciones facilita extraordinariamente, frente a un registro de documentos, la gestión electrónica de datos a lo largo de todo el proceso<sup>20</sup>.

La LMOEA y las RMROEA claramente adoptan este enfoque y prevén su viabilidad con la opción por la inscripción de un formulario sencillo, estándar, y preferiblemente en formato digital que recoge la información exigible del acuerdo constitutivo<sup>21</sup>.

## 2. Publicidad de los bienes atribuibles

La segunda de las disposiciones que completa el Capítulo I sobre Reglas generales sobre publicidad aborda la extensión de la garantía sobre los denominados Bienes Muebles Atribuibles. La LMOEA en este punto opta por condicionar esta posibilidad a que se haga constar tan circunstancia en la inscripción registral. De este modo, la LMOEA emplea el elemento de la publicidad para articular el juego entre la extensión (subrogación real) de la garantía y la reipersecutoriedad del bien. El reconocimiento de la extensión (por subrogación real) de la garantía a ciertos Bienes Muebles Atribuibles requiere su constancia en la inscripción. De este modo, la subrogación real actúa como un mecanismo complementario a la reipersecutoriedad, pues mientras esta última implica que los derechos del acreedor garantizado siguen el bien gravado tras el acto de disposición, el reconocimiento de las situaciones de subrogación sujeta el precio o la indemnización a la misma situación jurídica de la cosa vendida, perdida o dañada.

La delimitación del alcance de la extensión de la garantía requiere una decisión de política legislativa para diseñar una opción coherente con respecto a la cuestión de la *reipersecutoriedad* y al funcionamiento de la *subrogación real*<sup>22</sup> en el objeto de la garantía mobiliaria. De un lado, la *reipersecutoriedad* implica aceptar que los derechos del acreedor garantizado siguen el bien gravado tras el acto de disposición. De otro, la subrogación real hace que el precio obtenido o la indemnización lograda se encuentre sujeta a la misma situación jurídica de afección, conservación o gravamen de la cosa vendida o siniestrada, perdida o destruida. Es decir, la subrogación real implica, en primer lugar, un cambio, mutación o sustitución de una cosa por otra y, en segundo lugar, una permanencia inalterada de la misma situación jurídica<sup>23</sup>. Desde el punto de vista económico, un reconocimiento amplio de la subrogación real en las garantías mobiliarias

---

<sup>20</sup> Teresa RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, «Digital Technology-Based Solutions For Enhanced Effectiveness Of Secured Transactions Law: The Road to Perfection?», *Law and Contemporary Problems, Duke University School of Law*, vol. 81, núm. 1, 2018, pp. 21-44.

<sup>21</sup> Alejandro M. GARRO, «The OAS-sponsored Model Law on Secured Transactions...», *op. cit.*, p. 405.

<sup>22</sup> Un extenso y profundo estudio sobre la evolución y la configuración contemporánea de esta figura, M.<sup>a</sup> Luisa MARÍN PADILLA, «La formación del concepto de subrogación real», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 510, septiembre-octubre de 1975, pp. 1111-1207.

<sup>23</sup> Ramón M.<sup>a</sup> ROCA SASTRE, «La subrogación real», *Revista de Derecho Privado*, abril de 1949, t. 33, pp. 281-304.

estimula las transacciones garantizadas y evita la improductividad de los bienes al permitir su circulación sin afectar al derecho del acreedor garantizado. Desde el punto de vista jurídico, el alcance de la extensión de la garantía se basa en la lógica del razonable nexo causal entre el bien gravado y los subrogados por efecto de diversos actos.

A partir de esta constatación de cuál es la decisión de política legislativa que guía el precepto, el análisis de la disposición debe realizarse en dos pasos. Primero, definir el ámbito de aplicación sustantivo de la disposición que pivota sobre el concepto de Bienes Muebles Atribuibles. Segundo, determinar la amplitud de la regla de extensión en relación con la eficacia de la garantía.

El concepto que la LMOEA define con el término de Bienes Muebles Atribuibles arrastra una especial complejidad para la armonización tanto en su definición como en la propia terminología empleada. De un lado, se observan diferencias en la elección del término entre los propios instrumentos de armonización regionales e internacionales. Mientras que la LMOEA opta por Bienes Muebles Atribuibles, la LMNU recurre al más amplio y ambiguo concepto de «producto» para recoger lo que el texto en inglés definía con el término asentado y reconocible de «*proceeds*». Para el mismo término, sin embargo, el Convenio de Ciudad del Cabo usa la expresión «producto de indemnización».

De otro lado, la extensión de tales «productos» a los que se extiende la garantía también difiere. La LMOEA describe los frutos derivados del bien originariamente gravado por razón de su venta, su sustitución o las transformaciones del mismo (art. 3.VI LMOEA). Esta definición se apoya en dos criterios: su carácter derivado con respecto a los bienes originariamente gravados y su posible procedencia (ejemplificativamente) de tres fuentes —venta, sustitución o transformación—. Con una definición más detallada y amplia, la LMNU en su art. 2 define «producto» como «todo lo que se reciba en relación con un bien gravado, incluso lo que se perciba a raíz de la venta u otra forma de transmisión, el arrendamiento o el cobro de un bien gravado, o en virtud de haberse concedido una licencia respecto de él, así como los frutos civiles y naturales de un bien gravado, las indemnizaciones por concepto de seguros, los pagos derivados de reclamaciones por defectos, daños o pérdida de un bien gravado, y el producto del producto». Una primera comparación de ambas definiciones revelaría que, a pesar de la mucho más escueta descripción de la LMOEA, «venta» y «sustitución» podrían, interpretadas de forma generosa, abarcar todos los supuestos a los que se extiende el «producto» en la definición de la LMNU. En definitiva, el término «sustitución» podría incluir la indemnización por pérdida total o parcial, o haciendo un esfuerzo interpretativo, también por defectos o daños. Sin embargo, la referencia a las «transformaciones» del bien gravado en la LMOEA parecen extender más allá del «producto» la extensión de los Bienes Muebles Atribuibles para incluir lo que la LMNU define separadamente como «producto elaborado», bienes mezclados en una masa o transformados. Por otro lado, y en el sentido inverso, la LMNU incorpora en la definición de «producto» de forma expresa el producto del producto.

Si introducimos en el análisis comparado la definición de «producto de indemnización» del Convenio de Ciudad del Cabo, se observan otras diferencias adicionales que derivan, en realidad, del particular ámbito de aplicación del sistema de Ciudad del Cabo. Según la definición del art. 1 (w), «producto de indemnización» abarca todo lo recibido, tanto de naturaleza monetaria como no monetaria, por razón de la pérdida o la destrucción total o parcial del objeto, o su confiscación, expropiación o requisición, total o parcial. Se refiere así claramente, por ejemplo, a la indemnización pagada en virtud de un contrato de seguro. Sin embargo, no

pretende en modo alguno extenderse a los créditos derivados de, por ejemplo, la venta del objeto. De ser así, se quebraría una de las líneas de política legislativa que orientaron la redacción del Convenio, la de gobernar exclusivamente garantías sobre bienes tangibles. De igual modo, evitando la entrada de los créditos en este sentido en el ámbito de aplicación del Convenio, se previene una indeseada colisión con la *Convención de Naciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internacional* de 2001<sup>24</sup>.

Esta dispar extensión de la garantía a los productos del mismo en los instrumentos de armonización refleja, en realidad, una divergencia latente entre tradiciones jurídicas.

Si analizamos el tratamiento de esta figura en el Derecho estadounidense<sup>25</sup>, nos encontramos con una institución que, recibiendo idéntico reconocimiento y con los mismos efectos (extensión automática de la garantía), se ha mostrado maleable y dinámica y ha evolucionado significativamente en su alcance para responder a los diversos problemas que planteaba la práctica de las garantías mobiliarias en el tráfico comercial. Como punto de partida, según el art. 9 UCC, el titular de un derecho de garantía real mobiliaria sobre determinados bienes extiende de forma automática su derecho a los *proceeds* que sean identificables. Este automatismo en la extensión de la garantía, sin necesidad de expresa previsión contractual, para incluir los *proceeds* derivados del objeto inicialmente gravado diferencia esta figura de la denominada *after-acquired property* que exige su suficiente descripción contractual y, por tanto, su previsión expresa para quedar cubierta en la creación de un *security interest* —Secciones 9-204 y 9-203 UCC—. El concepto nace en la codificación estadounidense para resolver los problemas asociados a la movilidad de los bienes objeto de una garantía no posesoria que por su naturaleza circulante o su fin esperado —garantías sobre mercancías (*inventory financing*) y créditos (*accounts-receivable financing*)— implicaban la disposición natural por parte del deudor o su extinción por cobro. Desde esta limitada aproximación determinada por las demandas del tráfico, el concepto ha sufrido una significativa ampliación hasta resultar en un elenco marcadamente casuístico de bienes que comprenden tanto bienes subrogados —por contraprestación o por cobro y por indemnización— como frutos civiles producidos por el bien gravado originariamente<sup>26</sup>. No será, sin embargo, hasta la revisión del art. 9 UCC en 1972 y su posterior reforma de 1998 cuando el legislador estadounidense incorpore en el concepto de *proceeds* el dinero recibido

<sup>24</sup> La Convención regula la cesión internacional de créditos y la cesión de créditos internacionales conforme se definen en el texto y siempre que concurren los demás criterios para su aplicación (art. 1). En la definición de «cesión» [art. 2.a)] como «la transferencia consensual por una persona (“cedente”) a otra (“cesionario”) de la totalidad, de una fracción o de una parte indivisa del derecho contractual del cedente a percibir una suma de dinero (“crédito”) de un tercero (“deudor”)», la Convención de Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional de 2001 precisa que «(1) la creación de derechos sobre créditos a título de garantía de una deuda u otra obligación se considerará transferencia» (*in fine*).

<sup>25</sup> Como referencia, el trabajo de Jaume TARABAL BOSCH, «El concepto de *proceeds* en el artículo 9 UCC», *InDret*, 1/2010.

<sup>26</sup> Sección 9-102 (a) (64) UCC:

«*Proceeds*, except as used in Section 9-609(b), means the following property:

(A) whatever is acquired upon the sale, lease, license, exchange, or other disposition of collateral;

(B) whatever is collected on, or distributed on account of, collateral;

(C) rights arising out of collateral;

(D) to the extent of the value of collateral, claims arising out of the loss, nonconformity, or interference with the use of, defects or infringement of rights in, or damage to, the collateral; or

(E) to the extent of the value of collateral and to the extent payable to the debtor or the secured party, insurance payable by reason of the loss or nonconformity of, defects or infringement of rights in, or damage to, the collateral».



en concepto de indemnización<sup>27</sup> y los créditos derivados de la responsabilidad extracontractual de terceros no aseguradores, respectivamente. Este supuesto excepcional de pérdida total o parcial de la cosa no había sido la situación fáctica objeto originariamente de atención por el codificador norteamericano que al configurar el concepto de *proceeds* estaba inicialmente preocupado por evitar la desaceleración del tráfico y la inmovilización de la riqueza mobiliaria.

Por el contrario, la evolución en los ordenamientos jurídicos continentales al respecto ha sido de sentido inverso. La teoría de la subrogación real nace como excepción a la regla *sicut re corporali extincta, ita et usufructo extincto, pignus hypothecare perit* y, por tanto, arranca de los casos de alteración física de la cosa o pérdida del bien y no de los actos dispositivos del bien en garantía como el Derecho norteamericano. En uno y otro caso, son productos derivados y conectados causalmente<sup>28</sup> con el objeto originariamente gravado pero responden a fuentes distintas (actos de disposición, de un lado, y, alteración física o pérdida, de otro).

En todo caso, aun siendo diverso su alcance, la extensión de la garantía a los *proceeds* exige que se cumpla el requisito de la identificabilidad. Perdida la identificabilidad del «producto», cesa la prioridad conferida al acreedor garantizado sobre él. Por tanto, es razonable asumir que la prueba del nexo causal entre el objeto gravado y los *proceeds* derivados de aquel, así como su identificabilidad, correspondan al acreedor garantizado<sup>29</sup>.

### 3. Publicidad de las garantías mobiliarias de adquisición (art. 12)

El art. 12 es la disposición única que integra el Capítulo II sobre la publicidad de las denominadas Garantías Mobiliarias Prioritarias para la Adquisición de Bienes (*Purchase Money Security Interest*)<sup>30</sup>. Según se define en el art. 3.IX, es «una garantía otorgada a favor de un acreedor incluyendo un proveedor —que financia la adquisición por parte del deudor de bienes muebles corporales sobre los cuales se crea la garantía mobiliaria—, y añade «dicha garantía mobiliaria puede garantizar la adquisición presente o futura de bienes muebles presentes o por adquirirse en el futuro financiados de dicha manera». Se refiere así a la financiación recibida (venta a plazos, reserva de dominio, *leasing*) de un acreedor para la adquisición de bienes que sirven de garantía para la propia financiación<sup>31</sup> —«garantía mobiliaria

<sup>27</sup> Hasta entonces, la doctrina tenía que interpretar con gran amplitud la expresión de «*disposed of*» para tratar de incluir no solo las operaciones de disposición voluntaria del bien, sino además la conversión involuntaria por pérdida o deterioro bajo la estrecha definición de *proceeds* como «*whatever is received when collateral or proceeds is sold, exchanged or otherwise disposed of*». Ray D. HENSON, *Secured Transactions under the Uniform Commercial Code, Hornbook Series*, St. Paul (Minn.), West Publishing, 1979, pp. 226-234.

<sup>28</sup> Requisito de procedencia que representa una condición *sine qua non* para que se produzca la subrogación real, M.ª Luisa MARÍN PADILLA, «La formación del concepto de subrogación real», *op. cit.*, p. 1193.

<sup>29</sup> Puesto que para la prueba de la procedencia y entendemos que así mismo de la identificabilidad, el principio de subrogación real se somete al Derecho común por el cual aquel que la alegue en su favor deberá probarla por todos los medios de prueba admitidos en Derecho —M.ª Luisa MARÍN PADILLA, «La formación del concepto de subrogación real», *op. cit.*, p. 1193—.

<sup>30</sup> En la Guía Legislativa se evita esta disparidad terminológica entre sistemas del *common law* que emplean el término *purchase-money security interest* y sistemas de *civil law* que recurrirían a la expresión «privilegio del vendedor» o similar. Así, en el texto de la Guía se opta por la referencia neutra de «*acquisition security right*» (par. 82).

<sup>31</sup> Alejandro M. GARRO, «The Creation of a Security Right and Its Extension to Acquisition Financing Devices», *Uniform Law Review*, vol. 15, 2010, pp. 375-390.

de adquisición» en la LMNU—<sup>32</sup>. Esta fórmula permite al deudor garantizado seguir recibiendo financiación específicamente para la adquisición de bienes, a pesar y sin perjuicio de haber recibido crédito garantizado sobre bienes del mismo tipo con anterioridad<sup>33</sup>. De no ser así, una garantía amplia sobre todos los bienes presentes o futuros, sobre inventario o sobre ciertas categorías de bienes del deudor, desincentivaría cualquier financiación ulterior para la adquisición de bienes que se integraran en las categorías anteriores y obstaculizaría la movilización de los bienes para el acceso al crédito.

El art. 12 debe ponerse en conexión con los arts. 39 y 50 de la LMOEA que especifican, respectivamente, los requisitos para su oponibilidad y las reglas de prelación aplicables a las Garantías Mobiliarias Prioritarias. El art. 12 se limita a prescribir que la publicidad de estas garantías habrá de darse por vía de inscripción registral que indique expresamente el carácter prioritario de la garantía y describa la categoría de los bienes afectados, sin necesidad de identificarlos de forma más concreta o pormenorizada. El objetivo de hacer oponible esta garantía prioritaria para la adquisición frente a acreedores garantizados anteriores requiere además cumplir otro requisito. Junto con la anotación en el registro del carácter prioritario de la garantía, el deudor deberá notificar a los acreedores titulares de garantías constituidas con anterioridad sobre bienes de la misma categoría los bienes que el deudor ha adquirido o espera adquirir bajo la financiación con Garantía Mobiliaria Prioritaria.

---

<sup>32</sup> Art. 2.x) LMNU: «Por “garantía mobiliaria de adquisición” se entenderá toda garantía mobiliaria sobre un bien corporal, o sobre derechos de propiedad intelectual o derechos conferidos a un licenciatario en virtud de una licencia de propiedad intelectual, que asegure el cumplimiento de una obligación de pagar cualquier parte no abonada del precio de un bien u otro crédito otorgado al otorgante para permitirle adquirir derechos sobre el bien, en la medida en que el crédito se utilice con ese fin».

<sup>33</sup> Grant GILMORE, «The Purchase Money Priority», 76 *Harvard Law Review*, 1962-1963, pp. 1333-1401. La prioridad concedida a la figura del «*purchase money interest*» se conecta con la admisibilidad de las «*floating liens*» o garantías flotantes —configuradas, p. ej., como garantías sobre el inventario— que, en virtud de una cláusula de vinculación de la «*after-acquired property*», sujetan a la garantía constituida y, por tanto, a su rango de prelación, todos los bienes que con posterioridad vayan integrando el patrimonio del deudor. Cuando la adquisición de este bien con posterioridad está financiada específicamente, la sujeción del mismo a la garantía flotante previa desincentivaría la transacción hasta seguramente hacer inviable la operación de financiación.

# TÍTULO III. PUBLICIDAD. CAPÍTULO III. CRÉDITOS. ARTÍCULOS 13 A 20

David MORÁN BOVIO

**SUMARIO:** I. PROEMIO.—II. ARTÍCULO 13: 1. Precedentes en CARIT. 2. Reflexiones derivadas.—III. ARTÍCULO 14: 1. Precedentes en CARIT. 2. Reflexiones derivadas.—IV. ARTÍCULO 15: 1. Precedentes en CARIT. 2. Reflexiones derivadas.—V. ARTÍCULO 16: 1. Precedentes en CARIT. 2. Reflexiones derivadas.—VI. ARTÍCULO 17: 1. Precedentes en CARIT. 2. Reflexiones derivadas.—VII. ARTÍCULO 18: 1. Precedentes en CARIT. 2. Reflexiones derivadas.—VIII. ARTÍCULO 19: 1. Precedentes en CARIT. 2. Reflexiones derivadas.—IX. ARTÍCULO 20: 1. Precedentes en CARIT. 2. Reflexiones derivadas.

## I. PROEMIO

Los arts. 13 a 20 de la Ley Modelo Interamericana de Garantías Mobiliarias, promovida por la Organización de los Estados Americanos (LMIGMOEA, en lo sucesivo), al igual que otros preceptos en ese instrumento, se relacionan estrechamente con los de la Convención de Naciones Unidas (Nueva York, 2001) sobre Cesión de Créditos en el Comercio Internacional (CARIT, desde ahora, con el acrónimo del título en inglés, término que inaugura Eva María Kieninger)<sup>1</sup>, elaborada por UNCITRAL<sup>2</sup>.

Las discusiones preliminares a la LMIGMOEA manifiestan sin ambages ese vínculo<sup>3</sup>. Tal relación [también consta con otros Instrumentos, *v. gr.*, las Leyes Mo-

---

<sup>1</sup> E. M. KIENINGER, «Vereintlichung des Rechts der Forderungsabtretung - Zur United Nations Convention on the Assignment of Receivables in International Trade», *Raum und Recht: Festschrift 600 Jahre Würzburger Juristenfakultät*, Berlin, 2002, pp. 297-317, *passim*.

<sup>2</sup> La sigla deriva de *United Nations Commission on International Trade Law*, la denominación del organismo en inglés. Por eufonía se prefiere a la abreviatura similar en nuestro idioma (CNUDMI). Así sigo a mi maestro el profesor Olivencia y al suyo, el profesor Garrigues [véase M. OLIVENCIA, «La Comisión de Naciones Unidas para el Derecho mercantil internacional (UNCITRAL): balance de un decenio» *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Profesor Antonio Polo*, Madrid, 1981, pp. 753-782; y en *Escritos Jurídicos*, Sevilla, vol. 1, § 23, n. 3, 2005 (por donde se cita) que fundamenta el uso en la «mayor difusión, facilitada quizá por su más fácil y sonora fonética, incluso en español». Para J. GARRIGUES, «La futura unificación del Derecho mercantil», *Hacia un nuevo Derecho mercantil*, Madrid, 1971, pp. 340 y 341, *i. a.*, y «El Derecho mercantil en las Naciones Unidas», *Temas de Derecho vivo*, Madrid, 1978, pp. 305 y 307, *i. a.*].

<sup>3</sup> Afortunadamente el núm. 18 de la *Arizona Journal of International and Comparative Law*, 2001, pp. 321 y ss., recoge la transcripción de uno de los debates previos a la LMIGMOEA (las sesiones de OAS/

delo de UNCITRAL sobre comercio electrónico (1996) y sobre firma electrónica (2001)] resulta muy razonable: responde a la idea de «valerse del paraguas, sin tratar de inventarlo», si se permite tan informal expresión.

El ajuste normativo de la regulación de los créditos como garantía mobiliaria, que se movilizan mediante el vehículo de la cesión de esos créditos (objeto de los arts. 13 a 20 LMIGMOEA), a CARIT, cuyo exclusivo objeto se reduce a la cesión de créditos, puede estimarse una manifestación de buena política legislativa.

Por eso CARIT ha de ser introducida, al igual que la implicación metodológica de su recepción por la LMIGMOEA. En cuanto a la presentación, CARIT arranca en el congreso organizado para celebrar los veinticinco años de UNCITRAL<sup>4</sup>, cuando se sugirió la cesión de créditos como materia para una labor futura<sup>5</sup>. En el otoño de 1995 se reúne por primera vez ese Grupo de Trabajo<sup>6</sup>. 2001 marca su aprobación<sup>7</sup>. A cuatro semanas por año, contando solo las reuniones del Grupo, magníficamente documentadas<sup>8</sup>, especialistas de todo el mundo van acordando una regulación uniforme para la financiación por medio de cesión de créditos.

La resulta metodológica aludida parece natural: para la mejor intelección del texto de cada artículo, lo sigue algún párrafo pretendidamente explicativo, pero después toca: 1) la búsqueda de precedentes en CARIT, y 2) fijarse en alguna con-

---

*CIDIP-VI Drafting Committee on Secured Transactions*). En esas (cerca de 400) páginas, la referencia a CARIT es muy frecuente. Señalo la primera, realizada por H. Burmann en el comienzo del trabajo, para ofrecer el contexto de la labor que se iniciaba (véase *ibid.*, p. 340). Pero otros oradores se refieren al texto: Medina (p. 358), Kozolchik (p. 359), Walsh (p. 360), en el contexto de la colisión normativa entre ambos, en primer término. Wilson (p. 378) se refiere a CARIT para indicar la diferencia entre su régimen de libertad (para que cada Estado adopte el sistema de registro) y el de la Ley Modelo proyectada, en la que la inscripción registral parece indispensable. Payette (p. 381) alude a CARIT para alinear a ella la Ley Modelo en la fuga de la formalidad en la notificación al deudor de la cesión efectuada. A veces se sugiere el uso expreso de un pasaje de CARIT (Walsh, p. 408). En los Comentarios a algunos artículos de la Ley Modelo también resulta expresa la referencia a CARIT: arts. 42 y 45, entre otros. Conviene advertir, igualmente, que entre los concurrentes a las sesiones (de CARIT y de LMIGMOEA) existen coincidencias: hay quienes intervienen en ambas.

<sup>4</sup> *Uniform Commercial Law in the twenty-first Century (Proceeding of the Congress of the United Nations Commission on International Trade Law)*, New York, 18-22 de mayo de 1992 (United Nations), 1995. El congreso contó con la presencia del profesor Olivencia, quien anotó alguna de sus reflexiones tras el evento en «Nacionalidad e Internacionalidad del Derecho Mercantil» y en «UNCITRAL: hacia un Derecho Mercantil uniforme en el siglo XXI», en *Escritos Jurídicos* (n. 10), vol. I, pp. 525-566 y 615-642, respectivamente.

<sup>5</sup> Al año siguiente del congreso aludido, el Plenario de UNCITRAL acoge ese interés [véase A/48/17 (pars. 297-301)].

<sup>6</sup> A/CN.9/420 para el informe.

<sup>7</sup> CARIT se adopta por la Asamblea General (Resolución 56/81, de 12 de diciembre de 2001) y entonces queda abierta para la firma. Aún no ha alcanzado las cinco ratificaciones que requiere para su vigencia (art. 45). La web de UNCITRAL deja constancia de la ratificación de CARIT por parte de los Estados Unidos el pasado 15 de octubre de 2019. El hecho ha de poseer una intensa consecuencia para CARIT, desde luego, pero también sobre la LMIGMOEA. Pues a la vinculación intelectual entre ambos instrumentos, se añade la multiplicación de transacciones financieras que, eventualmente, la entrada en vigor de CARIT puede generar, cuando suceda.

<sup>8</sup> Son nueve las sesiones del Grupo de Trabajo. Cada una eleva su informe a la Comisión (con el radical identificativo: A/CN.9/ y las desinencias sucesivas: 420, 432, 434, 445, 447, 455, 456, 466 y 486). El futuro instrumento fue también, parcialmente, objeto de labor en el 33.º Plenario de la Comisión (2000) (A/55/17) y en el siguiente (A/55/18). Entonces recibió reflexiones adicionales (en la primera instancia, par. 12-192, pp. 5-57; par. 13-200, p. 3-42, en la segunda). Esos textos unidos a los preparados por la Secretaría para cada sesión (aludidos en diferentes pasajes de los ya detallados), y a las observaciones preparadas por los Gobiernos para el Plenario 33 (2000), componen un importante conjunto de documentos. Aunque resulte parcial (aún no se había concluido la tarea) el A/CN.9/489 (con sus dos *addendas*), es un comentario analítico, artículo por artículo, del Proyecto con las referencias documentales para cada precepto de la entonces futura Convención. Todos esos documentos se hallan disponibles en la web de UNCITRAL, entre otros lugares.

secuencia (ligada a dicha dependencia y a la proyección de la LMIGMOEA sobre el Derecho nacional).

Ese procedimiento se antoja juicioso: el afán por comprender la norma hace preferible la indagación de cuanto la explica. Así se encienden razones que a ella conducen, y cabe verificar si plasma aquello que la motivó. Este «conocimiento por las causas» resulta factible gracias a las discusiones que llevan a CARIT<sup>9</sup>.

De lo apuntado brota otro efecto, sobre la amplitud del presente comentario: depende, en proporción directa, de la semejanza entre la LMIGMOEA y CARIT: la diversidad exige mayor extensión, y viceversa: las similitudes permiten abreviar con cita a trabajos preparatorios de CARIT y alguna bibliografía (propia, por abreviar).

## II. ARTÍCULO 13

«Las disposiciones de esta Ley referidas a garantías mobiliarias sobre créditos se aplican a toda especie de cesión de créditos en garantía. Si la cesión no es en garantía, solo deberá cumplir con las reglas de publicidad; de lo contrario estará sujeta a las reglas de prelación de esta Ley».

El art. 13 requiere entender tres nociones: los créditos, objeto de garantía, la cesión de créditos, instrumento para movilizarlos, y la publicidad del negocio mediante inscripción registral, según mandato del art. 14. Un corolario aclara la referencia final en el art. 13 a la prelación: si la publicidad prescrita en la norma deja de ser observada, las reglas de prelación serán las de la LMIGMOEA (y no aquellas con respecto a las cuales la garantía haya sido constituida).

La noción de crédito en el art. 13 es la del art. 3.X: «Derecho (contractual o extracontractual) del deudor garante de reclamar o recibir pago de una suma de dinero, de un tercero, adeudada actualmente o que pueda adeudarse en el futuro, incluyendo cuentas por cobrar». Su estrecho enlace con CARIT remite al epígrafe siguiente.

La cesión encauza esos créditos en el sistema de garantías mobiliarias. Para acercarse al significado de ese negocio (reenviándolo igualmente al siguiente epígrafe, pues CARIT vuelve a ser prestamista de la noción), y para aclarar (eso sí, enseguida) la coherencia del texto, se ha de reconocer el par que integran: la cesión de los créditos en garantía (primer inciso del art. 13), y la cesión plena, carente de limitación alguna, o incondicionada.

Tal ambivalencia entre cesión de créditos en garantía y cesión plena responde a la dualidad, que mantiene la LMIGMOEA, entre garantía con desposesión y sin ella (arts. 8 y 6, respectivamente, por señalar algún ejemplo normativo). El art. 13 refleja ese juego, pues la cesión en garantía implica ausencia de completa desposesión para el deudor garante, o presencia de cierto control por su parte, mientras la cesión ordinaria significa, normalmente, completa desposesión para el deudor garante.

Ese tándem, posesión-desposesión, se ve también en la publicidad del negocio. De modo general, como regla, la garantía posesoria requiere registro; la otra, la garantía con desposesión, no (de entrada, inicialmente, conviene subrayar). Así lo ordena la segunda frase del párrafo de apertura del art. 10 LMIGMOEA.

---

<sup>9</sup> Algo parecido hubo ocasión de realizar con la Sección 1.ª del Capítulo 9 de los Principios de UNIDROIT para los Contratos Comerciales Internacionales [D. MORÁN BOVIO, «La cesión de créditos en los Principios de UNIDROIT», *Eppur si muove: the Age of Uniform Law (Essays in honour of Michael Joachim Bonell to celebrate his 70th birthday)*, vol. 2, pp. 1554-1582], cuya dependencia de CARIT resulta aún más intensa que la de la LMIGMOEA.

Pero para la cesión de créditos, sin embargo, ha de tenerse presente el segundo párrafo del art. 10, que detalla ese doble mandato para la publicidad (por registro y mediante entrega de la posesión) y lo aplica a la variedad de cuanto la LMIGMOEA admite como objeto de garantía.

Concretamente, hace factible la desposesión como forma de publicidad, si lo permite, primero, la naturaleza del bien mueble que constituye la garantía, y segundo, la norma específica para la formalización de la garantía. Adviértase, entonces, nuevamente, cómo el art. 14 reduce toda publicidad para la cesión de créditos (en garantía y sin ella) al registro de la operación. No cabe, entonces, recurso a la cesión (absoluta, ilimitada) de los créditos, como garantía, sin la preceptiva inscripción registral; sobre todo, se percibe como razón de ser para la norma, por la extrema movilidad en el objeto de esa garantía.

Ello explica la dicción de la segunda frase del art. 13, en pro de impedir el empleo de la desposesión que sigue a la cesión de créditos (no en garantía), como alternativa a la publicidad. Esa frase del art. 13 recorta, así, el ámbito de la correspondiente en el segundo párrafo del art. 10: no cabe la garantía con desposesión, en la operación de cesión de créditos que pretende ser empleada para fines de garantía. Esa cesión ha de ser necesariamente inscrita, para contar con la protección que le otorga la LMIGMOEA.

Algún detalle ulterior sobre la diferencia entre cesión de créditos en garantía y absoluta puede iluminar otros aspectos del art. 13, junto a referencias normativas adicionales.

La virtualidad de la cesión de créditos en garantía motiva la primera frase del art. 13, pues así se facilita un mecanismo que permita tanto al acreedor garantizado como al deudor el ejercicio pacífico de los derechos reconocidos en la LMIGMOEA (particularmente, los del art. 9).

La opción en pro de la cesión con desposesión justifica la alternativa expresada en el art. 13: que la cesión no sea en garantía, esto es, que se trate de una cesión plena o absoluta. Pues en tal caso el deudor garante pierde el control sobre los créditos objeto de cesión. Tal ausencia de control se contrapesa con los deberes impuestos al acreedor en posesión por el art. 33 LMIGMOEA, al igual que la exigencia de publicidad.

Las reglas habituales en punto a la transmisión de créditos en los derechos nacionales y, por ende, en los supranacionales, contribuyen a explicar la dual posibilidad del art. 13: quien recibe una cesión de créditos en garantía para el cumplimiento de una obligación suele carecer del derecho a una nueva cesión plena con respecto a los créditos cedidos<sup>10</sup>. Mientras quien mediante cesión de créditos (sin el límite de que la cesión sea en garantía de obligación alguna) recibe unos créditos posee entera libertad para volver a cederlos con plenitud<sup>11</sup>.

## 1. Precedentes en CARIT

Al art. 13 LMIGMOEA lo antecede el art. 2 CARIT, pues este aclara la noción de cesión (en garantía y plena), en que asienta el art. 13.

<sup>10</sup> Véase el art. 22 de la Convención de las Naciones Unidas sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales (Nueva York, 1988) y, en su caso, el art. 19 de la Ley Modelo de Ginebra, sobre Letras de cambio y Pagarés, en tanto que sintetizan un entendimiento común acerca de la transmisión de derechos de crédito, que durante siglos han sido movilizadas mediante la letra de cambio.

<sup>11</sup> Frente a los preceptos aludidos en la nota precedente, véase en esos Instrumentos, respectivamente, los arts. 13 y 14, por un lado, y art. 11 (este para el texto ginebrino).



Antes, acerca de los créditos como objeto de la cesión, el último inciso del art. 3 LMIGMOEA (art. 3.X) ordena qué ha de entenderse por ellos. El paralelismo de esa dicción con la correspondiente del art. 2 CARIT resulta patente: «Derecho contractual del cedente a percibir una suma de dinero [...] de un tercero», pese a la simplicidad mayor de esta.

La referencia a créditos presentes y futuros («adeudada actualmente o que pueda adeudarse en el futuro, incluyendo las cuentas por cobrar») del art. 3.X LMIGMOEA, es atendida en el art. 2 CARIT, relativo a los ya existentes. Para los futuros se ha de leer el art. 8 con el 5.b) de igual instrumento<sup>12</sup>.

La posibilidad de hacer objeto de garantía los créditos extracontractuales (presentes y futuros), que admite el art. 3.X LMIGMOEA, se ausenta en CARIT, cuyo art. 2 impone la naturaleza contractual al derecho de crédito cedido<sup>13</sup>.

Las nociones de cesión de créditos en garantía y sin ella, del art. 13 LMIGMOEA, resultan de lo consolidado en CARIT<sup>14</sup>. Se hallan en su art. 2: «Transferencia consensual por una persona (cedente) a otra (cesionario) [...] del derecho contractual del cedente a percibir una suma de dinero («crédito») de un tercero («deudor»)». Esa noción esencial y abstracta<sup>15</sup>, no formal<sup>16</sup>, que insiste en el derecho del deudor garante<sup>17</sup>, es aprobada en sus líneas maestras relativamente pronto en la génesis del texto<sup>18</sup>.

Lo recién expresado sirve plenamente para la cesión absoluta de créditos. La cesión de créditos en garantía posee una evolución menos directa, en parte por su papel secundario, en CARIT, frente a aquella. La institución se halla presente desde los primeros compases, cuando deja patente su función financiadora<sup>19</sup> y así recibe el respaldo de la primera reunión del Grupo de Trabajo<sup>20</sup>. En los sucesivos encuentros se consolida<sup>21</sup>, pero va siendo formulada de modo más omnicompreensivo, para impedir una inadvertida ausencia de cobertura para alguna actividad (existente o por venir) financiera del mercado, de ahí que acabe siendo expresada a modo de presunción, al final del art. 2.a): «La creación de derechos

---

<sup>12</sup> El art. 5.b) ofrece la definición de crédito futuro: el «que nazca después de celebrarse el contrato de cesión». El art. 8 enfoca la cuestión de los créditos futuros desde la perspectiva de la eficacia. Ordena que sea eficaz la cesión, al «tratarse de una cesión [...], de créditos futuros». El precepto resuelve además cómo ha de efectuarse la descripción de los créditos (individualmente o por otro medio que los identifique como objeto de la cesión, o mediante la referencia al contrato originario) y la ausencia de necesidad de un acto de transmisión de cada crédito. Con ello se resuelven dudas sobre la validez de ese negocio. En las discusiones también se aclara que se refiere a los créditos condicionales y a los hipotéticos (véase A/CN.9/470, par. 56). Anteriormente quedó patente la importancia de contar con los créditos futuros para la financiación de las actividades empresariales (véase A/CN.9/434, par. 113).

<sup>13</sup> La justificación de tal exigencia enlaza con la necesidad de evitar colisiones inconvenientes, sobre todo con el Derecho Público, pues cuando los Estados u otras entidades públicas son deudores, esos créditos suelen poseer prohibiciones de cesión vinculadas al orden público económico. Véase particularmente el art. 40 CARIT.

<sup>14</sup> Véase *supra* n. 3. Más concretamente véase en esa publicación las pp. 627 y ss. Recogen el proyecto conjunto de las Delegaciones de México y Estados Unidos, para regir el Capítulo V dedicado a «*accounts receivables*». En el comentario al art. 42, de ese proyecto, se declara su inspiración en CARIT.

<sup>15</sup> Véase A/CN.9/420, pars. 33 y 39-41, ante cualquier formalidad para la transmisión se manifiesta el descuento del Grupo de Trabajo.

<sup>16</sup> Véase A/CN.9/432, par. 41, para la preeminencia del acuerdo.

<sup>17</sup> Véase A/CN.9/432, par. 53.

<sup>18</sup> Véase A/CN.9/434, pars. 62 y 63 (ese es el informe de la tercera sesión del Grupo de Trabajo). Para la LMIGMOEA véase el art. 44 del proyecto aludido (n. 13), p. 628.

<sup>19</sup> Véase A/CN.9/397, pars. 6-9.

<sup>20</sup> Véase A/CN.9/420, par. 39.

<sup>21</sup> Véase A/CN.9/432, par. 45; A/CN.9/434, pars. 69-70; A/CN.9/445, pars. 151-153; A/CN.9/456, pars. 39-40.

sobre créditos a título de garantía de una deuda u otra obligación se considerará transferencia».

## 2. Reflexiones derivadas

El apunte acerca de los créditos contra el Estado y otras entidades públicas<sup>22</sup>, entre otros en los que el deudor puede contar con particular protección (constitucional o no), y la fórmula de CARIT para tratar de evitar colisiones, que podrían acaecer ante la cesión de tales créditos extracontractuales (o no)<sup>23</sup>, permite una llamada de atención, para fijarse sobre ese extremo en el texto de las leyes nacionales derivadas de la LMIGMOEA, y para considerar su aplicación a las cesiones (por ejemplo) de créditos extracontractuales derivados (también a modo de hipótesis) de indemnizaciones personalísimas. Merecería esa materia una indagación en esos textos nacionales, la cual habrá de ser pospuesta para otra ocasión. Y, en cualquier caso, conviene suscitar una advertencia dirigida a la consideración de tal extremo.

Otra consecuencia de igual corte, el del contraste con el texto de CARIT, se ciñe a la cesión global, así como a la parcial y la porcentual, contempladas en su art. 2<sup>24</sup>, junto a la cesión sucesiva prevista en igual precepto<sup>25</sup>. Ninguna de ellas se halla directamente prevista en la LMIGMOEA.

Podría pensarse que la referencia del art. 31 LMIGMOEA a una parte del inventario como garantía permitiría una aplicación analógica. Sin embargo, el carácter tan específico y determinado de las normas que regulan las garantías, su singularidad, parece obstaculizar ese recurso<sup>26</sup>. Por otro lado, la referencia en el art. 3.X a las «cuentas por cobrar» permite advertir una pretensión, pero carece de completo despliegue normativo.

La patente finalidad financiera que esas modalidades de cesión comparten con la de los créditos futuros quizá haga aconsejable su consideración por las leyes nacionales en el desarrollo de la LMIGMOEA. En ese estadio conviene tener presente la excelente atadura del asunto, con el tercero de los 12 Principios NLCIFT<sup>27</sup>, cuya flexibilidad quizá carece de adecuado parangón, en este punto al menos, en el texto de la LMIGMOEA.

El remate del art. 13, que hace aplicables las reglas de la prelación LMIGMOEA a las cesiones de créditos no inscritas (y aparta la eficacia de cualquier otra disposi-

---

<sup>22</sup> Véase *supra* nota 13.

<sup>23</sup> La síntesis acerca de cómo se aborda esa materia en CARIT requiere la referencia a una serie de artículos del Instrumento que conforman lo que podríamos calificar «CARIT potestativo», pues se acomoda a la libertad de los Estados expresada por medio de declaraciones (véanse arts. 40 y 41 y otros a los que estos se refieren).

<sup>24</sup> CARIT se refiere a la cesión: «De la totalidad, de una fracción o de una parte indivisa del derecho contractual del cedente».

<sup>25</sup> En su letra b): «En todo supuesto en que el primer cesionario o cualquier otro cesionario ceda el crédito (“cesión subsiguiente”), la persona que haga la cesión será el cedente y la persona a quien se haga la cesión será el cesionario».

<sup>26</sup> Resulta patente que el estudio de detalle sobre la materia (y más el del recurso a la analogía en los textos supranacionales) escapa por completo del ámbito de esta publicación.

<sup>27</sup> «La garantía mobiliaria se puede constituir sobre cualquier bien susceptible de valoración pecuniaria, sean ellos presentes o futuros, corporales o incorporales, incluyendo derechos sobre los mismos, así como sobre los bienes derivados o atribuibles a la venta o permuta de estas garantías, ya sea en una primera o ulterior generación de tales bienes derivados o atribuibles. Por tanto, los bienes garantizados al igual que las garantías sobre los mismos son de número abierto (*numerus apertus*) y no se encuentran limitadas a figuras preexistentes tales como las prendas con o sin desplazamiento o las hipotecas mobiliarias, o ventas con reserva o retención de dominio, etcétera».



ción), puede plantear problema de colisión normativa, entre las garantías que rija la norma de desarrollo nacional de la LMIGMOEA (concretamente de su art. 47), y el resto del Derecho estatal de garantías, que convendría examinar caso por caso, en cada Derecho nacional.

El hipotético enfrentamiento se percibe, al considerar si existe en el Derecho nacional alguna forma de cesión de créditos (plena o en garantía) al margen del sistema de la LMIGMOEA. La disposición que desarrolle esta, ¿puede prevalecer sobre cualquier otra?

### III. ARTÍCULO 14

«Se le da publicidad a una garantía mobiliaria, otorgada por un deudor garante sobre créditos debidos al deudor garante, por medio de su inscripción registral».

En pro de la claridad conviene detallar dos pormenores: la titularidad de los créditos susceptibles de fungir como garantía en el sistema de la LMIGMOEA, por un lado; por otro, la exigencia del registro para la publicidad de esa garantía.

La dicción acerca de la titularidad del crédito puede juzgarse reiterada, pero la expresión manifiesta un mandato bien preciso que pretende excluir cualquier duda: los únicos créditos que se admiten por la LMIGMOEA, como garantía para un deudor garante, son aquellos que se le deban a él. Solo del deudor garante puede ser la titularidad de los créditos cuya cesión ha de inscribirse para constituir la garantía. La titularidad del «deudor garante» sobre los créditos objeto de cesión, expresada en el art. 3.X, se eleva, con el art. 14, a la categoría de condición necesaria, para el empleo de los créditos como bien mueble en garantía (art. 3.V).

La publicidad de esta modalidad de garantía se realiza exclusivamente mediante la inscripción registral. Tal mandato concreta otro genérico del segundo párrafo del art. 10 LMIGMOEA.

#### 1. Precedentes en CARIT

La exigencia de titularidad figura también en el art. 2 CARIT, que se refiere a ella como «derecho contractual del cedente».

Pero en lo que toca al art. 14 LMIGMOEA, el aporte mayor de CARIT se halla en su Anexo que, para resolver el régimen de la prelación, prevé diferentes opciones (a ejercitar por los Estados firmantes, art. 42) y, entre estas, la del registro (Secciones I y II del Anexo), pero en su versión de registro nacional [art. 42.1.b)]<sup>28</sup>.

Durante las discusiones preparatorias de la LMIGMOEA se deja patente la pretensión principal: el seguidismo a CARIT, con la opción de una prelación determinada por medio del registro (y no una suerte de sistema abierto a la elección de los Estados)<sup>29</sup>.

La opción, que determina el mandato del art. 14, en el sentido de que solo resulte posible el empleo de los créditos como garantía por parte del deudor garantizado, con la inscripción en el registro de la cesión de los créditos (en garantía o

<sup>28</sup> En n. 3, la declaración de Wilson.

<sup>29</sup> Véase, de nuevo, la nota precedente y el texto al que sirve.

ilimitada), impone una mirada a las disposiciones de las Secciones I y II del Anexo de CARIT<sup>30</sup>.

Ahí se comprueba, de modo primordial, que el anhelo por fijar las reglas de prelación entre cesionarios de igual crédito de un cedente justifica el recurso al orden en la inscripción registral (sin atender a la fecha de la cesión o la del contrato, art. 1). Por otro lado, se trata de un régimen de libertad para la inscripción en el registro, con limitación del contenido de lo inscribible (art. 4.1), libertad que implica la posibilidad de inscribir una o más cesiones (pero sin modificar cedente ni cesionario).

## 2. Reflexiones derivadas

La LMIGMOEA se hace cargo de la pretensión que obra CARIT acerca de la prelación y la acomoda sin dificultad en su texto. Con él cierra la puerta a la cesión plena sin registro, siempre que se desee contar con el beneficio de la prelación.

Igual proyección (de CARIT sobre la LMIGMOEA) puede verse en otros preceptos paralelos de esta, pero que se alejan del comentario al art. 14, aunque convenga hacer elenco: qué se inscribe en el contrato (art. 7), a partir de qué momento resulta oponible (art. 35), la libertad para la inscripción (art. 36) y el formulario de esta (art. 38), para culminar con la prelación como dependiente de la publicidad (art. 47). Esos preceptos poseen claro precedente en el Anexo de CARIT, pero se encuentran en otras secciones del comentario.

## IV. ARTÍCULO 15

«Salvo por lo dispuesto en esta Ley, una garantía mobiliaria otorgada sobre créditos no podrá modificar la relación jurídica subyacente ni hacer más onerosas las obligaciones del deudor del crédito cedido sin su consentimiento».

La cesión de créditos implica, de entrada, un cambio en la persona del acreedor: del acreedor originario, cedente, al nuevo acreedor, cesionario. Tal alteración subjetiva puede venir con otras, cuando, como es el caso, la cesión vehiculiza la garantía de una obligación. Entonces, si el acreedor originario no cumple la obligación garantizada, el acreedor cesionario, en cuanto titular del crédito cedido en garantía para la cobertura de la obligación, insatisfecha al cabo, quizá prefiera ejecutar la garantía con condiciones (de lugar, moneda y eventualmente de importe, entre otras) diferentes a las del crédito recibido en garantía.

La nueva condición para el acreedor garantizado, derivada del incumplimiento de la obligación garantizada, ¿le permite mudar alguna característica del crédito cedido?

El contexto del art. 15 LMIGMOEA se reduciría, pues, a las alteraciones que suceden o pueden acaecer en la relación crediticia originaria o subyacente, a resultas de su cesión como garantía, cuando, al dejar de ser atendida la obligación garantizada, el cesionario acaba adquiriendo un derecho de crédito pleno. Ante tal escena el mandato del precepto resulta rotundo: no cabe alteración en el vínculo originario ni incremento de deberes para el deudor. Tal inamovilidad estructural solo admite dos excepciones: las previstas en la LMIGMOEA (que irán contemplándose en los artículos siguientes, sobre todo en el art. 20) y aquellas que consienta el deudor en la relación crediticia originaria o subyacente.

---

<sup>30</sup> El Anexo posee numeración independiente que arranca en el ordinal primero.

## 1. Precedentes en CARIT

El art. 15 LMIGMOEA refleja disposiciones del también art. 15<sup>31</sup> CARIT. La identidad entre ordinales presagia la del contenido, salvo las indicaciones para el pago, más acabadas en CARIT.

La sutileza de las mutuas diferencias intensifica la similitud. En efecto, donde LMIGMOEA se refiere a «relación jurídica subyacente», CARIT expresa «derechos y obligaciones [del deudor]». Esa expresión de CARIT, que igual permite subsumir la otra en LMIGMOEA («hacer más onerosas las obligaciones del deudor»), se redondea con la referencia «a las condiciones de pago estipuladas en el contrato».

La remisión tanto de la génesis de esas ideas en CARIT<sup>32</sup> como la de los trabajos doctrinales sobre el precepto<sup>33</sup> ayudan a perfeccionar el ajuste entre CARIT y LMIGMOEA.

Cabe enriquecer las ideas que sustentan a LMIGMOEA, si se amplía el enfoque para abarcar *Preámbulo*, arts. 1.3 y 4.4 en CARIT<sup>34</sup>.

## 2. Reflexiones derivadas

El cotejo anterior permite una consideración para las leyes nacionales derivadas de la LMIGMOEA: la conveniencia de fijarse en las instrucciones para el pago. En efecto, bajo tal denominación pueden introducirse alteraciones de la obligación originaria del deudor. Pero las instrucciones de pago en ningún caso pueden contravenir el mandato previsto en el art. 15 de la LMIGMOEA. Sin embargo, el silencio de este precepto, unido a la comparación con su antecedente, podría permitir una exégesis poco rigurosa sobre tal punto, la cual podría auspiciar cambios (siquiera leves) en el régimen de la relación originaria, por el mecanismo de las

<sup>31</sup> «Art. 15. Principio de la protección del deudor

1. De no disponer otra cosa la presente Convención, y salvo el consentimiento del deudor, la cesión no afectará a los derechos y obligaciones de este ni a las condiciones de pago estipuladas en el contrato originario.

2. En las instrucciones de pago se podrá cambiar el nombre de la persona, la dirección o la cuenta en la cual el deudor deba hacer el pago; sin embargo, no se podrá cambiar:

a) La moneda en que se deba hacer el pago según el contrato originario; o

b) El Estado donde se deba hacer el pago según el contrato originario por otro que no sea aquel en donde esté situado el deudor».

<sup>32</sup> Véanse notas 57 a 67 de «Régimen del deudor: máximo grado de aplicación en CARIT», *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al Profesor José María Muñoz Planas*, Pamplona, Thomson Reuters Civitas Aranzadi, 2011, pp. 495 y ss. Revelan el protagonismo, como cabría intuir, de la defensa del deudor en ese precepto. Ese principio acabará en el *Preámbulo* de CARIT, para velar por «la adecuada protección de los intereses del deudor en caso de cesión de créditos». Las modificaciones posibles a la regla general: derivadas del Instrumento o fundadas en la voluntad del deudor, porque así le convenga, encuentran explicación en las notas aludidas.

<sup>33</sup> Véase *ibid.*, notas 71 a 84. Exponen la pretensión de generar un principio de identidad («*identitätsprinzip*») entre obligaciones previas y posteriores a la cesión [así M. LUKAS, «Auf dem Weg zu einem internationalen Zessionsrecht? Bemerkungen zur “Uncitral Draft Convention on Assignment...” aus österreichischer sicht», *Bank Archiv*, 2000 (jun), pp. 501-518, esp. p. 507]. Pero hay quien mantiene (n. 84) algo diverso: del art. 15 no cabe desprender principio general alguno: C. RUDOLF (*Einheitsrecht für internationale Forderungsabtretungen*, Tübingen, 2006, p. 131).

<sup>34</sup> Véase *ibid.*, notas 11 a 19 (con el texto al que sirven), para la formación de los preceptos, y notas 22 a 56 (*mutatis mutandis*, pues nuevamente la amplitud de lo comprendido por CARIT resulta excesivo frente a lo abarcado por LMIGMOEA) para sus comentarios doctrinales. Entre estos cabe destacar otra óptica para el principio de defensa del deudor: el no empeoramiento de su posición jurídica como consecuencia de la cesión (véase *ibid.*, particularmente, nota 22).

instrucciones de pago. La preeminencia de la protección del deudor inspiradora de la norma ha de impedir todo intento de reducir su eficacia de modo indirecto. Pero podrían salvarse dudas, en tan delicada materia, con una mención explícita.

Otra cuestión para ser considerada en el ámbito de las leyes nacionales deriva de los arts. 1.3 y 4.4 CARIT. Estos se detienen en supuestos ajenos a LMIGMOEA, pero en las leyes nacionales que de ella traigan causa podrían tener lugar: la aplicación de las leyes nacionales a los créditos supranacionales objeto de cesión en garantía (art. 1.3 CARIT), por un lado, y por otro, la singular protección de que suelen ser objeto los derechos del deudor en algún tipo de relación crediticia (particularmente la de consumo, pero no solo esa, art. 4.4 CARIT).

## V. ARTÍCULO 16

«El deudor de un crédito cedido en garantía tiene los derechos y está sujeto a las obligaciones indicadas en este Capítulo».

Los términos generales del art. 16 suscitan ante todo un comentario sistemático: el precepto habría de ser anterior al art. 15, pues este impone un principio menos universal al de aquel o, de modo positivo: a igualdad entre el supuesto de hecho de los arts. 15 y 16 (derechos y obligaciones del deudor del crédito cedido en garantía), la consecuencia jurídica del art. 16 (sometimiento de esos derechos a lo dispuesto en el capítulo que integra el precepto), puede estimarse más general que la del art. 15 (inamovilidad de la relación para el deudor ni incremento en sus obligaciones).

En efecto, que derechos y obligaciones del deudor del crédito cedido en garantía se regulen por cuanto dicta la LMIGMOEA en el capítulo correspondiente (art. 16 LMIGMOEA), parece poseer amplitud mayor, tanto que la imposibilidad de modificar la relación jurídica subyacente, como que quepa incrementar las obligaciones del deudor, mandato del art. 15.

Aparte de esa indicación sistemática, la afirmación de que derechos y obligaciones del deudor de un crédito cedido en garantía se rigen por lo dispuesto en el Capítulo que subsume esa norma, otorga seguridad al deudor, en el sentido de garantizarle la amplitud en la variabilidad de sus derechos y obligaciones, limitándola a lo que disponga la sección correspondiente.

### 1. Precedentes en CARIT

Carece CARIT de una norma semejante a la general del art. 16 LMIGMOEA. El principio de protección del deudor se halla difuso en preceptos que ya han sido referidos junto a alguna de sus implicaciones: además del párrafo penúltimo del *Preámbulo*<sup>35</sup>, los arts. 1.3<sup>36</sup>, 4.4<sup>37</sup>, hijuelas de las discusiones sobre el art. 15<sup>38</sup>. La ubicación de los preceptos anejos al art. 15 en *Preámbulo* y *Ámbito de aplicación*

<sup>35</sup> «Deseando asimismo velar por la adecuada protección de los intereses del deudor en caso de cesión de créditos».

<sup>36</sup> «La presente Convención no afectará a los derechos y obligaciones del deudor a menos que, en la fecha de celebrarse el contrato originario, el deudor esté situado en un Estado Contratante o la ley que rija el contrato originario sea la de un Estado Contratante».

<sup>37</sup> «Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a los derechos y obligaciones que tengan el cedente y el deudor en virtud de las leyes especiales que regulen la protección de las partes en operaciones efectuadas con fines personales, familiares o domésticos».

<sup>38</sup> *Supra* nota 32, véanse *ibid.*, notas 11 a 19.

en CARIT aboga en pro de la censura sobre la situación en la LMIGMOEA de su art. 16.

## 2. Reflexiones derivadas

En consecuencia, convendrá evaluar en las leyes nacionales derivadas de la LMIGMOEA el lugar que ocupa el precepto derivado del art. 16.

## VI. ARTÍCULO 17

«El deudor del crédito cedido puede extinguir su obligación pagando al deudor garante o al cesionario en su caso. Sin embargo, cualquier saldo debido al deudor garante o al cedente al momento o después de que el deudor del crédito cedido reciba notificación del acreedor garantizado de que debe realizar el pago al acreedor garantizado, el saldo debido deberá ser pagado al acreedor garantizado. El deudor del crédito cedido podrá solicitar al acreedor garantizado prueba razonable de que la garantía mobiliaria se ha efectuado, y de no proporcionarse dicha prueba razonable dentro de un tiempo razonable, el deudor del crédito cedido podrá hacer pago al deudor garante.

La notificación al deudor del crédito cedido podrá realizarse por cualquier medio generalmente aceptado. Para que dicha notificación sea efectiva, deberá identificar el crédito respecto al cual se solicita el pago, e incluir instrucciones de pago suficientes para que el deudor del mismo pueda cumplir con la notificación. Salvo pacto en contrario, el acreedor garantizado no entregará dicha notificación antes que ocurra un incumplimiento que le autorice la ejecución de la garantía».

El régimen para el pago por el deudor del crédito cedido (cedido para establecer una garantía mobiliaria) lo ordena parcialmente el precepto. Este implícitamente resuelve a quién ha de ingresar el montante, cuando sobre la cesión nada se le advierte, y explícitamente el caso contrario. También determina qué, cuándo y cómo se le notifica sobre la cesión, además de la facultad para solicitar prueba de esa noticia.

Cuando la cesión es ignorada por el deudor (la confianza del cesionario en el cedente, o el control que sobre las cuentas de este posee, auspicia el silencio y la consiguiente simplificación), el deudor se libera con el abono al acreedor originario, igual que si la cesión no hubiese acaecido. Hasta aquí la disposición implícita en el art. 17.

Explícitamente este precepto tiene por conocedor de la cesión y de la persona del cesionario al deudor del crédito cedido<sup>39</sup>. Así cabe entender que para su liberación ofrezca la opción de la primera frase: abonar al acreedor originario, cedente, deudor garantizado (art. 3.II), o al nuevo acreedor, cesionario, acreedor garantizado (art. 3.III).

La norma (el art. 17) dispone después la forma, requisitos y efectos para la notificación de la cesión al deudor. En ese tramo se le puede censurar un punto de desorden, pues en primer lugar sitúa un efecto, precisamente con el que quizá podría concluir: notificada la cesión al deudor originario, al del crédito cedido, cuanto le falte por pagar, habrá de abonarlo al acreedor garantizado.

Y, si se desease sumar una crítica, cabría indicar otra disrupción en la secuencia: la facultad del deudor para solicitar la notificación prioriza el pormenor de esta: su forma y contenido.

---

<sup>39</sup> El modo en que llegue a ese conocimiento tampoco resulta preciso determinarlo.

Los restantes mandatos del art. 17 resultan completamente pertinentes (como los anteriores, salvo la hipotética tacha por desorden). Por una parte, la posibilidad para el deudor de liberarse abonando al acreedor originario, cuando la solicitud de prueba sobre la cesión efectuada carece de respuesta satisfactoria. Por otra, la validación de los medios generalmente aceptados como vehículo eficaz para la notificación. Asimismo, los requisitos para una adecuada notificación: identificación del crédito cedido, más instrucciones para el pago. Finalmente, algo ligado a la función de garantía para la cesión que se contempla: si no hay incumplimiento de la obligación garantizada, no se cursa la notificación, salvo pacto en contra.

## 1. Precedentes en CARIT

El art. 17 LMIGMOEA comparte ordinal con su precepto inspirador en CARIT<sup>40</sup>. La lectura de este permite advertir que sus numerales 3 y 4 corresponden con el art. 18 LMIGMOEA: la pluralidad de notificaciones (y de instrucciones para el pago). Lo cual permite dejar esos apartados para entonces y concentrarse en los demás relacionados con el que nos ocupa.

Acerca de estos: el núm. 1 (del art. 17 CARIT) hace expreso (el deudor se libera pagando al acreedor originario si carece de notificación alguna)<sup>41</sup> lo sobreentendi-

<sup>40</sup> «Art. 17 [Pago liberatorio del deudor] 1. Hasta que reciba la notificación de la cesión, el deudor podrá liberarse de su obligación efectuando el pago de conformidad con el contrato originario.

2. Una vez recibida la notificación de la cesión y a reserva de lo dispuesto en los párrafos 3 a 8 del presente artículo, el deudor podrá efectuar el pago liberatorio únicamente en favor del cesionario o de conformidad con las nuevas instrucciones de pago que reciba o que le dé ulteriormente el cesionario por escrito.

3. El deudor, si recibe más de unas instrucciones de pago relativas a una única cesión de los mismos créditos efectuada por el mismo cedente, quedará liberado de su obligación haciendo el pago de conformidad con las últimas instrucciones de pago que haya recibido del cesionario antes de hacerlo.

4. El deudor, de serle notificada más de una cesión efectuada por el mismo cedente de unos mismos créditos, quedará liberado de su obligación haciendo el pago de conformidad con la primera notificación que reciba.

5. El deudor, si recibe notificación de una o más cesiones subsiguientes, quedará liberado de su obligación haciendo el pago de conformidad con la notificación de la última de las cesiones subsiguientes.

6. El deudor, de serle notificada la cesión de una parte de uno o más créditos o de un derecho indiviso sobre tales créditos, quedará liberado de su obligación pagando de conformidad con la notificación o de acuerdo con lo dispuesto en el presente artículo como si no hubiera recibido la notificación. Si el deudor paga de conformidad con la notificación, solo quedará liberado de su obligación en lo que respecta a la parte o al derecho indiviso pagado.

7. El deudor, de serle notificada la cesión por el cesionario, tendrá derecho a pedirle que presente en un plazo razonable prueba suficiente de que la cesión del cedente inicial en beneficio del cesionario inicial y todas las cesiones intermedias han tenido lugar y, de no hacerlo el cesionario, quedará liberado de su obligación haciendo el pago de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo como si no hubiera recibido la notificación del cesionario. Por prueba suficiente de la cesión se entenderá cualquier escrito emitido por el cedente, o cualquier prueba equivalente, en que se indique que la cesión ha tenido lugar.

8. Lo dispuesto en el presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier otro motivo por el cual el deudor quede liberado de su obligación haciendo el pago a quien tenga derecho a percibirlo, a una autoridad judicial o de otra índole, o a una caja pública de depósitos».

Afortunadamente hubo ocasión de estudiar ese precepto en un ejercicio previo: «Pago liberatorio del deudor en CARIT: un estudio sobre su art. 17», *Estudios de Derecho del Comercio Internacional, homenaje a Juan Manuel Gómez Porrúa, XI Congreso Asociación Sainz de Andino*, Madrid et al., Universidad de Sevilla, Marcial Pons, 2013, pp. 537-547.

<sup>41</sup> La atribución de seguridad al deudor fortalece la presencia de semejante mandato casi desde el principio de las sesiones de trabajo [véase MORÁN (n. 40), nota 9 y texto al que sirve]. Con igual fuente puede aseverarse cómo la materia (de la protección del deudor, en general) ha suscitado interés unánime entre quienes comentaron el precepto de CARIT [véase MORÁN (n. 40), notas 17 a 32 y texto al que ilustra], pudiéndose destacar sus reclamos: materializa la idea de que la cesión no puede empeorar la



do en la LMIGMOEA. Esta añade una facultad: la liberación por el deudor mediante el abono al acreedor garantizado (que cabe explicar con la atribución al deudor de algún grado de conocimiento de la operación de garantía)<sup>42</sup>.

El núm. 2 (en igual precepto de CARIT) parece haber modelado la segunda frase del art. 17 LMIGMOEA, comparten lo principal: a partir de la notificación al deudor, cualquier cantidad pendiente ha de abonarse al acreedor garantizado<sup>43</sup>, si bien la LMIGMOEA deja implícita la liberación del deudor, cuando sigue la instrucción de pagar a un tercero (en vez de hacerlo al cesionario), si de esa forma consta en las instrucciones para el pago.

La facultad para el deudor de solicitar al acreedor garantizado prueba del negocio de garantía, y la consecuencia de su defectiva recepción (liberarse pagando al deudor garante, acreedor en la relación originaria), se halla en el núm. 7 del art. 17 CARIT. En este la solicitud de prueba recae en la cesión, mientras en LMIGMOEA se refiere a la garantía mobiliaria. La sección recién aludida en el art. 17 CARIT ha concentrado el interés de los autores, con una riqueza de matices que bien puede servir al art. 17 LMIGMOEA: desde la naturaleza jurídica de la solicitud de prueba (potestad o deber del deudor)<sup>44</sup>, hasta sus consecuencias (quién soporta el riesgo, tanto ante la falta de exigencia como ante una defectuosa evaluación de la prueba exhibida)<sup>45</sup>. Si bien se deja clara la regla máxima: la protección del deudor combinado con la libertad del tráfico<sup>46</sup>, el precepto está abierto a cuestiones: tiempo de espera hasta producción de la prueba, distribución de gastos (eventualmente, intereses) y riesgos en el ínterin<sup>47</sup>.

El segundo párrafo del art. 17 LMIGMOEA evoca las letras *c*) y *d*) del art. 5 (*Definiciones y normas de interpretación*) de CARIT. La segunda referencia, el art. 5.*d*), ordena qué habrá de entenderse por «notificación de la cesión»<sup>48</sup>. La primera, el art. 5.*c*), regula la noción de «escrito»<sup>49</sup>. La lectura de esas disposiciones permite predicar la riqueza de matices frente al art. 17 LMIGMOEA.

## 2. Reflexiones derivadas

Precisamente la diversidad recién aludida abre tareas sobre las leyes nacionales derivadas de la LMIGMOEA. Nociones empleadas en la LMIGMOEA, que en ella carecen de desarrollo<sup>50</sup>, pueden ser interpretadas de acuerdo con lo ordenado

---

posición del deudor (*ibid.*, nota 20), influye decisivamente para la rebaja de los tipos de interés (*ibid.*, nota 21).

<sup>42</sup> Véase MORÁN (n. 40), notas 23 a 26 y texto que complementa. Ahí figura la preferencia por la claridad en la liberación del deudor, la anteposición de la notificación al mero conocimiento, con el resultado (propio de la seguridad) de la desaparición de obstáculos adicionales para el flujo de activos.

<sup>43</sup> La protección al deudor luce en esa norma de modo singular: se trata de ponerle a salvo de cualquier duda para evacuar el cumplimiento de su deber [véase MORÁN (n. 40), notas 51 a 53].

<sup>44</sup> Véase MORÁN (n. 40), nota 66.

<sup>45</sup> *Ibid.*, notas 67 a 71.

<sup>46</sup> *Ibid.*, notas 72 a 75.

<sup>47</sup> *Ibid.*, notas 76 a 84.

<sup>48</sup> «[L]a comunicación escrita en la que se identifiquen suficientemente los créditos que se ceden y el cesionario».

<sup>49</sup> «[T]oda forma de información que sea accesible para su ulterior consulta. Cuando la presente Convención exija que un escrito esté firmado, este requisito quedará cumplido siempre que, por métodos generalmente aceptados o por un procedimiento convenido con la persona cuya firma se requiere, el escrito identifique a esa persona e indique que dicha persona aprueba su contenido».

<sup>50</sup> Las notas precedentes ofrecen el elenco de esas nociones, pero pueden destacarse las ideas siguientes: la notificación, que habrá de ser accesible para su posterior consulta; los requisitos de la firma; la identificación del cesionario, por parte de la notificación de la cesión, aquello que, con respecto al

en CARIT (se propone), por el claro paralelismo entre ambos instrumentos, lo cual ofrece buen fundamento para la interpretación analógica (si se reconoce ese recurso en el presente ámbito).

## VII. ARTÍCULO 18

«De ser notificada al deudor del crédito cedido más de una garantía mobiliaria sobre el mismo crédito, el deudor del crédito cedido deberá efectuar el pago de conformidad con las instrucciones de pago enunciadas en la primera notificación recibida. Cualquier acción entre acreedores garantizados destinadas a hacer efectivo el orden de prelación establecido en Título V de esta Ley quedan preservadas».

Al deudor del crédito usado como garantía mobiliaria, la hipotética recepción de pluralidad de notificaciones o de instrucciones para el pago, suscita inseguridad. Para evitarla, se favorece, en el art. 18, el contenido de la primera notificación. Si con arreglo a esta paga el deudor, queda liberado.

Esa norma otorga una prioridad (indirecta) al acreedor garantizado que figure en la primera notificación o instrucciones de pago, como único legitimado al abono por el deudor. La posible colisión entre esa disposición y otros acuerdos del acreedor garantizado (cesiones ulteriores, p. ej., que determinan novaciones subjetivas en la persona del acreedor) motiva la segunda frase del art. 18: todo acuerdo acerca de la prelación sobre el importe del crédito pasa por el cumplimiento de lo dispuesto en el Título V (p. ej., art. 50).

Otra cosa será llamar la atención acerca de la ausencia de concordancia en esa segunda frase del art. 18: choca el singular «cualquier acción» con el plural de los verbos («destinadas» y «quedan preservadas») que siguen.

### 1. Precedentes en CARIT

El art. 18 LMIGMOEA sigue la pauta del art. 17.3 y 17.4 CARIT. Al igual que en otras semejanzas, el art. 18 simplifica: mientras el art. 17.3 y el 17.4 se diferencian entre sí por su objeto: instrucciones para el pago (art. 17.3) y notificaciones (art. 17.4), unas y otras siempre múltiples; el art. 18 las simultanea: contempla, a la vez, la pluralidad de notificaciones y de instrucciones para el pago. También luce la sutileza en las consecuencias jurídicas: CARIT resuelve la multiplicidad de instrucciones de pago en favor de la última (véase, de nuevo, art. 17.3), mientras en las notificaciones procede de modo diverso: otorga prioridad a la primera (art. 17.4). La LMIGMOEA prefiere la primera notificación, a la vez que defiende expresamente los acuerdos (con repercusión sobre la prelación) que el acreedor garantizado alcance.

El mercadeo del crédito, las transacciones del acreedor cesionario posteriores a la primera notificación, imponen la búsqueda de una solución, segura para el deudor de la obligación originaria. Resulta indiferente cuál sea el mandato de la norma (primera o última notificación, instrucciones de pago más recientemente recibidas), siempre que garantice de forma clara el pago liberatorio del deudor<sup>51</sup> y, simultáneamente (como cabe predicar del art. 18 LMIGMOEA) lo combine con la movilidad del crédito empleado como garantía.

---

contrato originario que vincula al deudor; puede modificarse (persona a la que pagar e identificación de las coordenadas bancarias), y qué no (moneda y Estado, salvo que sea el del deudor).

<sup>51</sup> Para el detalle del debate y la doctrina en relación a CARIT, MORÁN (n. 40), notas 54 a 65 y texto que ilustran.



## 2. Reflexiones derivadas

Las normas nacionales tributarias de LMIGMOEA podrían revisar cómo queda la traslación del art. 18: si es acogido el precepto adecuadamente, por un lado, y por otro, el encaje en el sistema nacional del régimen elegido en pro de la primera notificación con instrucciones de pago, a la vez que la regla para la movilidad del crédito.

## VIII. ARTÍCULO 19

«Una garantía mobiliaria sobre un crédito, con exclusión de una obligación bajo una carta de crédito, es válida, sin importar cualquier acuerdo entre el deudor del crédito cedido y el deudor garante por el cual se limite el derecho del deudor garante a crear una garantía sobre, o ceder, el crédito. Nada en el presente Artículo afecta la responsabilidad del deudor garante para con el deudor del crédito cedido por los daños ocasionados por incumplimiento de dicho acuerdo».

El obstáculo (quizá principal) para que los créditos sirvan como garantía mobiliaria se halla en la prohibición (contractual o legal) de ese negocio. El deudor que desea mantener intacta su relación obligatoria con el acreedor puede pactar en el contrato (o eventualmente en la ley: deudores de Derecho público, si bien el precepto parece pensar más en las limitaciones contractuales) una prohibición para su cesión o empleo como garantía.

El efecto de esa restricción ha acabado siendo delimitado por el del vínculo deudor-acreedor en la relación originaria, impidiéndose su proyección sobre los terceros (el acreedor garantizado, cesionario), probablemente como uno de los frutos del mercado del crédito, en su función de garantía. Así se permite al acreedor en la relación obligatoria, el recurso a los créditos de que sea titular, como garantía para el cumplimiento de sus obligaciones, pese a cláusula que prohíba su cesión o empleo como garantía. Que así sea también, si el deudor personifica una entidad de la administración pública, y la restricción posee carácter legal, o simplemente por este motivo (deseo del Estado de reservar activos para sus nacionales) como puede imaginarse, resulta algo diferente.

Lo anterior ha de tenerse presente en la lectura del art. 19 LMIGMOEA. Así se entenderá la autorización al acreedor de la relación obligatoria originaria, el deudor garante en el contexto de la garantía, del empleo de sus créditos como garantía, pese a la prohibición. La operación se valida por el precepto, pese al veto reinante en el contrato originario.

Lo cual no quita la consecuencia jurídica para la contravención: el cesionario, acreedor en la relación originaria, deudor garante en la de garantía, ha de afrontar los daños que, derivados de su incumplimiento, se irroguen al deudor del crédito cedido.

En ese supuesto de hecho, la exclusión de la carta de crédito en el art. 19 enlaza con las singularidades de ese contrato: una tripleta de sujetos (e intereses con relaciones cruzadas), al menos, de suerte que la autorización de la cesión del crédito como garantía genera a los demás intervinientes en la operación problemas difíciles de resolver, si no de reconstrucción imposible. Así que resultan muy superiores los inconvenientes a las ventajas, con lo que se llena de sentido la exclusión<sup>52</sup>.

---

<sup>52</sup> Véase art. 9 en la Convención de Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente (Nueva York, 1995), así como la explicación que acompaña al texto: marginales 30 y 31.

## 1. Precedentes en CARIT

El modo de resolver en CARIT las limitaciones contractuales a la cesión figura en el art. 9<sup>53</sup>. Este posee como punto de partida el art. 6 de la *Convención sobre Factoring*<sup>54</sup>.

Desde el comienzo de los debates se contraponen, por una parte, la vigencia de las cláusulas de prohibición y, por otra, las consecuencias de su inobservancia. La exigencia de certeza para la financiación y su abaratamiento (la exclusión de los costes para averiguar la presencia de restricciones a la cesión) impone un recorte en los efectos del desacato a la cláusula de no cesión<sup>55</sup>.

En ese proceso consolida un tratamiento para las cláusulas de no cesión<sup>56</sup>, con la limitación de su alcance a las partes del contrato originario<sup>57</sup>. La atención a los contratos públicos<sup>58</sup> y a los de consumidores<sup>59</sup> genera la figura de los (que podríamos calificar) «créditos comerciales». Estos se acaban desplegando en las cuatro modalidades (las del núm. 3 al art. 9)<sup>60</sup>, las cuales pueden ser calificadas como *cesiones de crédito privilegiadas*, en tanto no son concernidas por los efectos de las cláusulas de no cesión. Estas *cesiones de crédito privilegiadas* conformarían lo que, igualmente, cabría calificar «CARIT necesario»<sup>61</sup>.

<sup>53</sup> «Art. 9. Limitaciones contractuales de la cesión. 1. La cesión de un crédito surtirá efecto aunque exista un acuerdo entre el cedente inicial o cualquier cedente ulterior y el deudor o cualquier cesionario ulterior por el que se limite de algún modo el derecho del cedente a ceder sus créditos.

2. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a las obligaciones ni a la responsabilidad del cedente por el incumplimiento de tal acuerdo, pero la otra parte en ese acuerdo no podrá resolver el contrato originario ni el contrato de cesión por la sola razón de ese incumplimiento. Quien no sea parte en dicho acuerdo no será responsable por la sola razón de haber tenido conocimiento del acuerdo.

3. El presente artículo será aplicable únicamente a la cesión de créditos:

a) Cuyo contrato originario sea un contrato de suministro o arrendamiento de bienes muebles o servicios que no sean financieros, un contrato de construcción de obras o un contrato de compraventa o arrendamiento de bienes inmuebles.

b) Cuyo contrato originario sea un contrato de compraventa, arrendamiento o concesión de licencia de un derecho de propiedad industrial o intelectual o de información protegida.

c) Que representen la obligación de pago correspondiente a una operación con tarjeta de crédito.

d) Que queden al cedente como saldo neto de los pagos debidos en virtud de un acuerdo de compensación global concertado entre más de dos partes».

<sup>54</sup> UNIDROIT Convention on International Factoring (Ottawa, 28 May 1988): «1. *The assignment of a receivable by the supplier to the factor shall be effective notwithstanding any agreement between the supplier and the debtor prohibiting such assignment.* 2. *However, such assignment shall not be effective against the debtor when, at the time of conclusion of the contract of sale of goods, it has its place of business in a Contracting State which has made a declaration under Article 18 of this Convention.* 3. *Nothing in paragraph 1 shall affect any obligation of good faith owed by the supplier to the debtor or any liability of the supplier to the debtor in respect of an assignment made in breach of the terms of the contract of sale of goods».* Para esa dependencia entre ambos Instrumentos véase A/CN.9/489, par. 99.

<sup>55</sup> Véase, por ejemplo, A/CN.9/420, pars. 61 a 68.

<sup>56</sup> Véase A/CN.9/432, par. 122.

<sup>57</sup> Véase A/CN.9/434, pars. 128-133.

<sup>58</sup> Véase A/CN.9/434/, pars. 134-137 (en general acerca de las prohibiciones no contractuales), si bien, para la especificidad de los contratos con la administración, interesan más: A/CN.9/455, pars. 47 y 48 (en el contexto de las cesiones subsiguientes), A/CN.9/456, par. 104, con la solución apuntada de la exclusión de esa modalidad de créditos de la regla general sobre el tratamiento para las prohibiciones de cesión: A/CN.9/466, pars. 104-107 y 113, también art. 5.

<sup>59</sup> Véase A/CN.9/432, par. 126, con la oposición frontal desde el inicio por parte del Grupo de Trabajo.

<sup>60</sup> Como fruto del Plenario 33 y 34: véanse A/55/17, pars. 154-151, y A/56/17, pars. 171-173.

<sup>61</sup> Sin que ahora corresponda ir más allá con el análisis de las cuatro categorías de créditos que conforman esa división.

## 2. Reflexiones derivadas

El detalle de las notas que ilustran el pasado epígrafe incide en las modalidades de créditos susceptibles de fungir como garantía. Particularmente, los créditos públicos (con una entidad pública como deudora), los créditos de consumo (el consumidor protagoniza al deudor) y, en general, cuando el Ordenamiento Jurídico nacional protege al deudor, merecen revisión, a fin de obviar colisiones entre la tutela de esos deudores y la norma que acoja el art. 19 LMIGMOEA.

## IX. ARTÍCULO 20

«El deudor del crédito cedido podrá oponer en contra del acreedor garantizado todas las excepciones derivadas del contrato original o cualquier otro contrato que fuere parte de la misma transacción, que el deudor del crédito cedido podría oponer en contra del deudor garante».

El deudor del crédito cedido podrá oponer cualquier otro derecho de compensación en contra del acreedor garantizado, siempre y cuando dicho derecho se encontrara disponible al deudor del crédito cedido al momento en el cual recibió la notificación.

El deudor del crédito cedido podrá acordar con el deudor garante o cedente, por escrito, que renuncia a oponer, en contra del acreedor garantizado, excepciones y derechos de compensación que el deudor del crédito cedido podría oponer bajo los dos párrafos del presente artículo. Dicho acuerdo impide que el deudor del crédito cedido ponga dichas excepciones y derechos de compensación.

El deudor del crédito cedido tiene vedada la renuncia a las siguientes excepciones:

I. Aquellas que surjan a raíz de actos fraudulentos cometidos por el acreedor garantizado o cesionario; o

II. Aquellas basadas en la incapacidad del deudor del crédito cedido.

Junto al tratamiento para las cláusulas de no cesión, el posible recurso al crédito como medio de garantía impone resolver las excepciones y derechos de compensación disponibles para el deudor.

En efecto: si se desea contar con los créditos, entre cuanto sirve para objeto de garantía mobiliaria, resulta preciso subrayar lo evidente: el aprecio y el valor de los créditos en esa función garantizadora depende de la estabilidad, seguridad y certeza de la posición jurídica del cesionario, acreedor garantizado. Se trata de revertir los efectos del apotegma: «la cesión de créditos constituye una caja de sorpresas». Para evitar tal sentencia, los créditos empleados como garantía han de resultar inatacables, particularmente frente a los derechos que posee el deudor contra el acreedor en la relación originaria, pues la cesión que vehiculiza la constitución de la garantía mobiliaria transfiere también tales derechos del deudor.

Ese objetivo lo pretende el art. 20 LMIGMOEA con una estructura en cuatro partes, cada una de ellas asentada en un párrafo. El primero comienza con la afirmación general: la cesión del crédito, junto a la obligación de pagarlo por parte del deudor, conlleva la de todo derecho en la relación originaria o en la con ella vinculada. Ese principio basilar cabría calificarlo como *oponibilidad universal*: todas las excepciones válidas para el deudor de acuerdo con la relación originaria (o con sus contratos vinculados) pueden ser interpuestas al acreedor garantizado. Tal norma general se complementa, en el segundo párrafo, con un límite temporal que corre

a partir de la notificación: las excepciones de compensación contra el acreedor originario, generadas después de la notificación de la garantía, resultan (lógicamente, en cuanto ajenas a la relación originaria objeto de cesión) inoponibles al acreedor garantizado, cesionario. El tercer párrafo somete toda la materia al acuerdo de los sujetos en la relación originaria: estos pueden pactar que el deudor renuncie a su facultad de interponer excepciones al acreedor garantizado (a fin de asegurar la pervivencia estable y segura de la garantía). Por último, el párrafo final excluye de lo paccionable dos materias: el fraude y la incapacidad (del deudor): si se detecta uno u otra, queda sin efecto todo acuerdo para no oponer excepciones.

## 1. Precedentes en CARIT

Los arts. 18<sup>62</sup> y 19<sup>63</sup> CARIT contemplan igual materia con una orientación idéntica en aquello que comparten [enseguida se advierte que el núm. 3 de ambos trata supuestos de hecho ausentes en el art. 20 LMIGMOEA].

El parecido entre los cuatro números restantes se manifiesta patente, tanto que cabe repararlos para fijarlo y, a compás, indicar la génesis del precepto y algún comentario con incidencia exegética<sup>64</sup>.

La general oponibilidad de las excepciones por parte del deudor cedido, art. 18.1 CARIT, conforma una norma en los primeros borradores, a la que solo se le añade la alternativa a cualquier otro contrato<sup>65</sup>. En ese estrato se halla el núm. 2 de igual artículo<sup>66</sup>.

Los estudiosos de esas disposiciones subrayaron para ambas cómo la materia queda al Derecho nacional y, a la vez, la vigencia de unos aspectos básicos (si aquel carece de estos): se sintetizarían en no empeorar (con la operación que sea) la posición jurídica del deudor<sup>67</sup>.

<sup>62</sup> «Art. 18. Excepciones y derechos de compensación del deudor:

1. El deudor, frente a la acción del cesionario para reclamarle el pago de los créditos cedidos, podrá oponer las excepciones o los derechos de compensación derivados del contrato originario, o de cualquier otro contrato que sea parte de la misma operación, que tendría si la cesión no hubiera tenido lugar y si la acción hubiese sido ejercitada por el cedente.

2. El deudor podrá oponer al cesionario cualquier otro derecho de compensación, siempre que lo hubiera podido invocar en el momento de recibir la notificación de la cesión.

3. No obstante lo dispuesto en los párrafos 1.º y 2.º del presente artículo, el deudor no podrá oponer al cesionario las excepciones y los derechos de compensación que tenga contra el cedente de conformidad con los arts. 9 y 10 en razón del incumplimiento de un acuerdo por el que se limite de alguna manera el derecho del cedente a efectuar la cesión».

<sup>63</sup> «Art. 19. Acuerdo de no oponer excepciones ni derechos de compensación:

1. El deudor, mediante escrito firmado por él, podrá convenir con el cedente en no oponer al cesionario las excepciones ni los derechos de compensación que tenga en virtud del art. 18. Ese acuerdo impedirá al deudor oponer al cesionario tales excepciones y derechos.

2. El deudor no podrá renunciar a oponer excepciones:

a) Derivadas de actos fraudulentos imputables al cesionario; ni  
b) Basadas en su propia incapacidad.

3. Este acuerdo podrá modificarse únicamente mediante otro que conste por escrito y esté firmado por el deudor. Los efectos de estas modificaciones respecto del cesionario se registrarán por lo dispuesto en el párrafo 2.º del art. 20».

<sup>64</sup> Afortunadamente para esa labor se cuenta con «Excepciones oponibles y derechos de compensación en CARIT», *Estudios de Derecho Mercantil, Liber Amicorum Profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 1207-1220.

<sup>65</sup> Para alcanzar los contratos vinculados con el original: MORÁN (n. 64), notas 15 a 17 con el texto al que sirven.

<sup>66</sup> MORÁN (n. 64), nota 18 y texto que ilustra.

<sup>67</sup> *Ibid.*, notas 55 a 62 con el texto complementado.

El art. 19 CARIT posee un proceso de formación más complejo<sup>68</sup>. Quienes se han referido a esa norma enaltecieron el equilibrio: por una parte, la renuncia del deudor a oponer derechos derivados de la relación original incrementa el valor de los créditos en el mercado, a la par que deja fuera del pacto los derechos derivados de las operaciones propias del consumo (y especialmente tuteladas por esa área normativa: art. 4.4 CARIT)<sup>69</sup>. Con corte semejante a ese conjunto no renunciabile de derechos, que marca un lindero de observancia imperativa el art. 19.2 CARIT<sup>70</sup>.

Parece importante destacar la unanimidad entre los autores a la hora de relacionar estos preceptos, de modo más directo, con el incremento del flujo crediticio para los empresarios, sin merma en el derecho de los deudores<sup>71</sup>.

## 2. Reflexiones derivadas

La consideración más detenida acerca del escrito de desestimiento del deudor a los derechos y excepciones derivados de la relación originaria, y la imposibilidad de renunciar a los derechos derivados de las normas que tutelan los derechos del consumidor, parecen los dos aspectos que destacan de las anteriores lecturas.

Ambos conforman un par de materias, sobre las que los legisladores nacionales habrían de entretenerse, para otorgar una seguridad mayor en esa materia (voluntariamente dejada al Derecho nacional).

---

<sup>68</sup> *Ibid.*, notas 19 a 43 con el texto que acompañan: fueron objeto de discusión en diferentes reuniones, por ejemplo, la noción de renuncia y los sujetos legitimados, el momento para acordarla, su ámbito material (qué derechos no son renunciabiles).

<sup>69</sup> *Ibid.*, notas 66 a 76.

<sup>70</sup> *Ibid.*, notas 77 a 79, donde se apunta el origen de la norma: de nuevo la Convención de letras de cambio internacionales y pagarés internacionales.

<sup>71</sup> *Ibid.*, notas 46 a 50.



### TÍTULO III. PUBLICIDAD. CAPÍTULOS IV Y V. OBLIGACIONES NO MONETARIAS Y CARTAS DE CRÉDITO. ARTÍCULOS 21 A 26

Carlos SÁNCHEZ-MEJORADA Y VELASCO

**SUMARIO:** I. OBLIGACIONES NO-MONETARIAS, ARTS. 21 Y 22.—II. CARTAS DE CRÉDITO, ARTS. 23 AL 26.

A riesgo de ser repetitivo respecto de los comentarios formulados por los demás colaboradores y participantes en este proyecto, considero necesario, antes de entrar en materia, hacer unas referencias generales introductorias.

Como es sabido, la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias (en adelante, por brevedad, «la Ley Modelo») se aprobó en la Sexta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-VI), celebrada en la ciudad de Washington, D. C., Estados Unidos, del 4 al 8 de febrero de 2002.

El objetivo de la misma, según se expone en su art. 1, es el «regular garantías mobiliarias para garantizar (*sic*) obligaciones de toda naturaleza, presentes o futuras, determinadas o determinables». Por tanto, lo primero que hay que hacer es precisar qué se entiende por «garantía mobiliaria».

El término contiene dos conceptos, uno sustantivo y otro adjetivo; a saber, por un lado, el de *garantía*, y por el otro el de *mobiliaria*. Empezando por el segundo, el adjetivo, *mobiliario* o *mobiliaria* es lo que se refiere a un bien mueble. Y por lo que hace al primero, al sustantivo, el *Diccionario del Español Jurídico de la Real Academia Española*, en su versión electrónica<sup>1</sup>, nos da varias acepciones para el término, y nos dice que por *garantía* se entienden, entre otros conceptos: i) el *aseguramiento de un derecho o una obligación*; ii) un *instrumento jurídico que se emplea para asegurar el cumplimiento de una obligación, como la fianza, la prenda o la hipoteca*, o iii) *la cosa que asegura y protege contra algún riesgo o necesidad*. Y luego, al definir «*prenda*», nos dice que es la «*cosa mueble que se sujeta especialmente a la seguridad o cumplimiento de una obligación*».

---

<sup>1</sup> Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, edición del tricentenario, actualización 2017, en [www.del.rae.es](http://www.del.rae.es).

De lo anterior, podemos concluir que una garantía mobiliaria es el instrumento jurídico por medio del cual se garantiza una obligación a través de un bien mueble. Y así lo reconoce expresamente la Ley Modelo en su art. 2, al decir que «las garantías mobiliarias a que refiere esta ley pueden constituirse contractualmente sobre uno o varios bienes muebles específicos, sobre categorías genéricas de bienes muebles, o sobre la totalidad de los bienes muebles del deudor garante, ya sean estos presentes o futuros, corporales o incorporeales, susceptibles de la valoración pecuniaria al momento de la constitución o posteriormente, con el fin de garantizar el cumplimiento de una o varias obligaciones, presentes o futuras, sin importar la forma de la operación o quien sea el titular de la propiedad».

Ahora bien, la siguiente pregunta que surge a este respecto es: ¿de qué manera asegura la Ley Modelo el cumplimiento de la obligación garantizada? O de otra forma: ¿en qué consiste la garantía de que la obligación asegurada será cumplida? La respuesta la encontramos en el segundo párrafo del art. 2, el cual dice que «cuando a una garantía mobiliaria se le dé publicidad de conformidad con esta ley, el acreedor garantizado tendrá el derecho preferente a ser pagado con el producto de la venta de los bienes gravados». Por tanto, lo esencial de este tipo de garantías será el que se dé publicidad a las mismas.

Esto nos lleva a otra pregunta: ¿para que una garantía mobiliaria sea efectiva, cómo se da esa publicidad? La respuesta la encontramos también en la Ley Modelo, la cual, en su art. 10, nos dice lo siguiente:

«Art. 10. Los derechos conferidos por la garantía mobiliaria serán oponibles frente a terceros solo cuando se dé publicidad a la garantía mobiliaria. La publicidad de una garantía mobiliaria se puede dar por registro de acuerdo con el presente Título y el Título IV o por la entrega de la posesión o control de los bienes en garantía al acreedor garantizado o a un tercero designado por este de acuerdo con el presente Título.

Se le podrá dar publicidad a una garantía mobiliaria sobre cualquier tipo de bienes muebles en garantía por medio de su inscripción registral, salvo con lo dispuesto en el art. 23. Asimismo, se podrá dar publicidad a una garantía mobiliaria por medio de la entrega de posesión o control de los bienes en garantía solo si la naturaleza de los mismos lo permite o si la entrega es realizada de la manera contemplada por el presente Título.

A una garantía que se le haya dado publicidad de acuerdo con uno de los métodos mencionados, se le podrá dar publicidad subsecuentemente por otro método y, desde que no exista lapso intermedio sin publicidad, se considerará que la garantía estuvo continuamente publicitada a efectos de esta ley».

O sea, que para que una garantía mobiliaria sea efectiva hay que: bien inscribir la misma en el Registro de Garantías Mobiliarias previsto en los arts. 3, fracción I, y del 35 al 46 de la Ley Modelo, o bien —como en el caso de la prenda tradicional desposesoria— mediante «la entrega de la posesión o control de los bienes en garantía al acreedor garantizado o a un tercero designado por este».

Esta cuestión, la de publicidad, la regula la Ley Modelo extensamente en su Título III, así intitulado, «Publicidad», dentro del cual quedan comprendidos los arts. 21 y 22, relativos a obligaciones no monetarias, y de 23 al 26, relativos a cartas de crédito, que constituyen el objetivo principal de estos comentarios.

## **I. OBLIGACIONES NO-MONETARIAS, ARTS. 21 Y 22**

La Ley Modelo no ofrece una definición de lo que, para efectos de la misma, se debe entender por obligación no-monetaria, así que para interpretar el concepto



basta con ceñirnos al sentido propio de las palabras. Es decir, se trata de obligaciones de dar, hacer o no hacer respecto de las cuales la prestación debida sea distinta de una entrega de dinero; por ejemplo, la obligación de un proveedor de entregar una determinada cantidad de materia prima al industrial que habrá de transformarla, o de producto terminado al comerciante que habrá de distribuirlo y venderlo. Y el pago de tales obligaciones, el cumplimiento de las mismas, se deberá realizar dando, entregando, haciendo o dejando de hacer lo convenido.

Dicho lo anterior, en opinión de quien esto escribe, se podrá constituir una garantía mobiliaria solamente sobre obligaciones de dar o hacer; lo que es gravable por medio de una garantía mobiliaria es el derecho que se tiene de recibir la mercancía de que se trate, o de que el hecho prometido se lleve a cabo para que si el garante no cumple con su obligación frente al garantizado, este pueda exigir la entrega de los bienes de que se trata o la ejecución a su favor del hecho debido.

Lo que no queda claro es cómo pueda gravarse una obligación de no hacer, a menos de que lo que se dé en garantía sea el derecho a la indemnización por los daños y perjuicios que ocasione el haber hecho lo prohibido<sup>2</sup>, los cuales, en todo caso, se cubrirán en numerario, lo que convierte a la obligación en monetaria.

Ejemplo de esto es lo dispuesto por el art. 2301 del Código Civil Federal mexicano, que permite que se pacte el que una cosa comprada no se venda a determinada persona; pero si el obligado no obstante ello vende la cosa a la persona prohibida, la consecuencia del incumplimiento no es la invalidez de la venta, sino únicamente, como arriba se dice, el pago de daños y perjuicios.

A efecto de dar publicidad a este tipo de garantías mobiliarias, el art. 21 requiere la inscripción registral de las mismas, lo que tiene sentido al estar de por medio la dación de algún bien, o lo ejecución de un acto positivo, que pudieren ser aprovechados por terceros; pero tratándose de un hecho negativo, de un no-hacer, el único perjudicado con el incumplimiento, con el que el obligado haga lo que no debía de haber hecho, es el acreedor, quien en tal caso, como antes se dice, solamente podrá exigir el pago de daños y perjuicios. Y sobre decir que a este tipo de obligaciones no es necesario darles publicidad, pues el único afectado, repito, es el acreedor y no tercero alguno.

## II. CARTAS DE CRÉDITO, ARTS. 23 AL 26

El primer comentario que se suscita es qué es lo que se debe entender por carta de crédito. Antiguamente, una carta de crédito era precisamente eso, una carta, una misiva dirigida por un comerciante o una institución bancaria de un país a su corresponsal —comerciante o banco— en otro país, pidiendo que pusiera a disposición del beneficiario de la misma una o varias cantidades de dinero; «es una operación de crédito que consiste en la orden de pago expresada en un documento girado por una persona, llamada dador, al destinatario, para que este ponga a disposición de persona determinada, el beneficiario, una cantidad fija o varias cantidades indeterminadas, pero comprendidas en el máximo cuyo límite se señala en el mismo documento»<sup>3</sup>. Esta institución está reglamentada en México por los artículos del 311 al 316 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. Modernamente, este tipo de instrumentos ha perdido actualidad debido a los

<sup>2</sup> Véase, en Derecho mexicano, los arts. 2028 y 2104, segundo párrafo, del Código Civil Federal.

<sup>3</sup> Joaquín RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Mercantil*. 25.<sup>a</sup> ed., revisada y actualizada por José Víctor Rodríguez del Castillo, México, Porrúa, 2001, p. 613.

avances tecnológicos electrónicos, como, por ejemplo, el uso de tarjetas de crédito (que han desplazado a la propia carta de crédito y a los cheques de viajero), o las transferencias monetarias electrónicas<sup>4</sup>.

Como se desprende del texto del art. 24, el instrumento al cual se refiere la Ley Modelo no es la mencionada carta de crédito, sino más bien a lo que con mayor propiedad se conoce como crédito documentario, al hacer referencia expresa a las «Prácticas y Costumbres Uniformes para Créditos Documentarios de la Cámara de Comercio Internacional»<sup>5</sup>. No obstante, en este estudio usaré el término «carta de crédito» para ajustarme al texto de la Ley Modelo.

Ahora bien, una carta de crédito no es, en sí, una garantía, sino un medio para mejorar la calidad crediticia de una operación comercial, así que no hay necesidad de inscribir la misma en el Registro Público. Y ¿cómo es que se mejora la calidad crediticia de una operación comercial? Por regla general, estos instrumentos se utilizan en el comercio internacional para asegurar obligaciones mutuas entre partes que no se conocen entre sí. Un fabricante de un país, o de una región del mismo país, vende a un comprador de otro país, o de otra región del mismo país, cierta mercancía. Ambos, comprador y vendedor, tienen interés en llevar a cabo la compraventa, pero tienen el temor, uno, de que el comprador no pague el precio convenido en tiempo y forma; y el otro, de que el vendedor entregue la mercancía de que se trate en las cantidades y calidades y especificaciones convenidas. Es aquí donde el crédito documentario —o carta de crédito— juega un papel crucial. Por un lado, la misma garantiza al vendedor que el importe de la venta le será cubierto de la manera convenida (contado o a plazo); y al comprador, que los bienes que recibirá son efectivamente los que compró, los que ordenó. Para ello, el vendedor deberá entregar al Banco Avisador o Confirmador una serie de documentos que acrediten la entrega, la calidad, el origen, etc., de los bienes de que se trata (*i. e.*, factura, en su caso conocimiento de embarque, certificado de calidad, certificado de origen, etc.); y solo cuando haya entregado los documentos especificados en la carta de crédito le será entregado el pago de los bienes. Así, el comprador se asegura de que efectivamente los bienes son los que compró y que los mismos han sido embarcados o enviados para serle entregados; y el vendedor se asegura de que el precio de los mismos le será pagado. Es, como se dice coloquialmente, una operación gana-gana.

En realidad, no siendo una garantía *sensu stricto*, la carta de crédito «es la obligación que asume un banco —llamado Banco Emisor— de pagar a petición de una parte —llamada Ordenante— a otra parte —llamada Beneficiario— una cierta cantidad de dinero contra la presentación de ciertos documentos específicos (de ahí su nombre de crédito documentario) al Banco Emisor directamente, o a través de un tercer banco, llamado bien Banco Avisador o bien Banco Confirmador, en función de que solamente notifique al beneficiario de la existencia del crédito o acepte pagarlo»<sup>6</sup>. Por tanto, lo que la carta de crédito hace es generar un derecho

---

<sup>4</sup> *Ibid.*, *op. et loc. cit.*: «La carta de crédito evita el inconveniente del transporte del dinero durante los viajes y supone un pago inmediato en efectivo, que tampoco podría conseguirse con los cheques ordinarios, que generalmente no serán admitidos en aquellas plazas donde no sea conocido el girador».

<sup>5</sup> La versión vigente de dichas disposiciones se contiene en el documento intitulado en inglés como *Uniform Customs and Practices for Documentary Credits*, UCP-600, emitido por la Cámara de Comercio Internacional («CCI») en 2006, mismo que la propia CCI intitula, en su versión en español, como «Reglas y Usos Uniformes Relativos a los Créditos Documentarios».

<sup>6</sup> Carlos SÁNCHEZ-MEJORADA Y VELASCO, *La Garantía del Crédito en Derecho Mexicano*, México, Tirant lo Blanch, 2017, p. 72. Para una amplia discusión del crédito documentario —o documentado, como lo llama él—, véase también Rodrigo URÍA, *Derecho Mercantil*, 17.<sup>a</sup> ed., Madrid, Marcial Pons, Ediciones

de cobro a favor de beneficiario, y siendo los derechos de cobro bienes muebles<sup>7</sup>, se puede constituir sobre la misma, o más bien sobre los derechos de cobro de la misma, una garantía mobiliaria; lo que una garantía mobiliaria sobre una carta de crédito grava es «el derecho a solicitar el pago o a percibir el producto en virtud de una garantía independiente o una carta de crédito»<sup>8</sup>.

En cuanto a la manera de dar publicidad a una garantía mobiliaria constituida sobre una carta de crédito, la Ley Modelo contempla tres maneras distintas para ello, a saber:

a) En primer lugar, el art. 23 prevé que «se le dará publicidad por medio de la entrega de dicha carta de crédito por parte del beneficiario (deudor garante) al acreedor garantizado, siempre y cuando dicha carta de crédito no prohíba su entrega a otra parte que no sea el banco obligado». Es decir, equivale a una prenda tradicional desposesoria.

b) En segundo lugar, el art. 24 señala que el Beneficiario, como deudor garante, «podrá ceder su derecho a girar contra una carta de crédito al acreedor garantizado obteniendo la emisión de un crédito transferible a nombre del acreedor garantizado como cesionario-beneficiario». O sea, que estamos frente a una cesión de derechos, condicionada a que se ajuste a las disposiciones relativas a cesiones y transferencias establecidas en el UCP-600.

c) En tercer lugar, conforme al art. 25, la validez de una garantía mobiliaria otorgada sobre los fondos de una carta de crédito está condicionada a que el Beneficiario-garante «cumpla con los términos y condiciones de la carta de crédito»; *i. e.*, que exhiba en tiempo y forma ante el Banco Avisador o Confirmador los documentos que la propia carta exige para ser pagada. Este condicionamiento, al parecer de quien esto escribe, es obvio, ya que por la naturaleza misma del instrumento, el pago del mismo exige que se exhiban para el efecto los documentos que en el mismo se precisan; pero presenta el problema de ¿qué sucede si el Beneficiario-garante no presenta tales documentos? Claramente, la garantía queda sin efecto, pues al no haber dinero para satisfacerla la misma se vuelve ineficaz, así que la obligación garantizada queda desprotegida, queda «desgarantizada», y el acreedor garantizado no podrá hacer efectivo su crédito. Ello podrá dar lugar a otras acciones, de responsabilidad, de daños y perjuicios y, en su caso, quizá hasta de fraude. Pero el efecto práctico inmediato es que la garantía se vuelve inoperante.

El propio art. 25 señala, además, que: «(A) los efectos de su publicidad, esta garantía mobiliaria deberá ser inscrita en el registro pero no será ejecutable contra el banco emisor o confirmante hasta la fecha y hora en la cual este dé su aceptación bajo los términos y condiciones que regulen el pago de la carta de crédito». Así, al llevarse a cabo esta inscripción se asegurará la prelación o preferencia que tendrá en acreedor garantizado para cobrar el importe de la carta de crédito con antelación a cualquier otro acreedor del garante que quisiera hacer efectivos sus derechos sobre tales fondos a través de, por ejemplo, un embargo.

Finalmente, por lo que hace al art. 26, este comentarista considera que su redacción, tanto en español como en inglés, deja que desear, cuando se refiere a «la

Jurídicas, 1990, pp. 740-747, ambas inclusive. Así como a Adolfo AURIOLAS MARTÍN, «Contratos bancarios de gestión (I)», en Guillermo JIMÉNEZ SÁNCHEZ (coord.), *Derecho mercantil*, 11.<sup>a</sup> ed., Barcelona, Ariel, 2006, pp. 523-529.

<sup>7</sup> El Código Civil Federal mexicano, en su art. 754, dice que «son bienes muebles, por determinación de la ley, las obligaciones y los derechos o acciones que tienen por objeto cosas muebles o cantidades exigibles en virtud de acción personal».

<sup>8</sup> Ley Modelo de la CNUDMI sobre Garantías Mobiliarias, art. 1, párrafo 3.º, inciso a).

obligación garantizada», la cual, conforme al art. 4, consiste en «la deuda principal» y sus accesorios ahí definidos.

Esta disposición dice que: «(S)i la obligación garantizada consiste en la emisión futura de un crédito o en la entrega de un valor en el futuro al beneficiario (deudor garante), el acreedor garantizado deberá emitir dicho crédito o entregar dicho valor» en el plazo ahí establecido. De dicho texto al suscrito no le queda claro en qué consiste la garantía mobiliaria de que se trata, quién está obligado a qué; quién es el acreedor garantizado y quién el deudor garante. La obligación garantizada (aparentemente) es el compromiso, la obligación de una parte de otorgar a otra un crédito o entregar a este un valor<sup>9</sup>, así que para este exclusivo efecto el obligado, el deudor garante, es el primero; y quién, una vez otorgado el crédito, será el acreedor del mismo. Y a su vez, el acreedor garantizado lo será quien se beneficie del otorgamiento de dicho crédito o valor; y quien cuando se haya otorgado se convertirá en deudor del crédito. Y ya que está dentro del capítulo de la Ley Modelo referido a cartas de crédito, se supone que lo que está garantizando la obligación son los derechos derivados de una carta de crédito.

Luego, el artículo también hace referencia al «beneficiario» y lo identifica como «el deudor garante». Pero ¿beneficiario de qué? ¿De la carta de crédito que garantiza la obligación? ¿O de la obligación de que se emita un crédito a su favor, o en sentido del de una carta de crédito, conforme a la cual el beneficiario es la persona a quien el Banco Avisador o el Banco Confirmador habrá de entregar ciertos fondos contra la entrega de ciertos documentos? Por tanto, cuando el artículo dice que «el acreedor garantizado deberá emitir dicho crédito o entregar dicho valor» en el plazo ahí establecido para que «el banco emisor o confirmante acepte los términos y condiciones de la garantía sobre los fondos de la carta de crédito» ¿a qué se está refiriendo? Si en el caso y conforme a lo antes expuesto el «acreedor garantizado» es la persona en cuyo favor se deberá otorgar el crédito, ¿por qué dice el artículo que el mismo «acreedor garantizado» es quien deberá emitir el crédito o entregar el valor, cuando debería ser al revés?

Luego, la segunda oración de este artículo dice que: «(S)i dicho crédito o valor no se emite dentro de este plazo, la garantía mobiliaria se dará por cancelada; su inscripción, si se ha efectuado, se podrá cancelar, y el acreedor garantizado deberá remitir una liberación firmada al banco emisor o confirmante autorizando a este a pagar al beneficiario (deudor garante) de acuerdo con sus términos y condiciones originales». Más confusión. Aparentemente, la garantía mobiliaria, lo que garantiza la obligación de emitir el crédito comprometido o de dar el valor requerido, es el derecho de obtener pago de los fondos de una carta de crédito. Pero si no se otorga el crédito ofrecido o no se entrega el valor convenido, el Banco Avisador o el Banco Confirmador podrán entregar los fondos de la carta de crédito.

Como se ve, al menos desde la óptica de quien esto escribe, este art. 26 no es claro; y ya que se trata de una Ley Modelo, considero que cuando algún Estado la quiera incorporar a su régimen legal se deberá tener cuidado en aclarar las dudas o confusiones que pudieren surgir de lo expuesto.

<sup>9</sup> Pero ¿valor en qué sentido? ¿El de un título negociado o negociable en bolsa, según lo define la Ley del Mercado de Valores Mexicana? ¿O de algo, cualquier cosa, que tenga valor? Me inclino por la segunda, ya que en la versión en inglés de este texto se usa la expresión «giving of value» («dotar de valor» o «dar algo de valor»), y no «security», que es el concepto de títulos negociados o negociables en bolsa. A este efecto, véase voz «securities» en *Black's Law Dictionary*, 4.<sup>a</sup> ed., St. Paul, Minnesota, West Publishing Co., 1951, p. 1522.

## TÍTULO III. PUBLICIDAD. CAPÍTULO VI. INSTRUMENTOS Y DOCUMENTOS. ARTÍCULOS 26 A 29

Luis Manuel MEJÁN CARRER

**SUMARIO:** I. EL ENTORNO DE LA LEY MODELO.—II. ANÁLISIS DE LAS NORMAS EN CUESTIÓN (ARTS. 26 A 29).—  
III. CONGRUENCIA DE LOS ARTS. 26 A 29 DE LA LEY MODELO CON LOS 12 PRINCIPIOS DEL NLCIFT PARA  
LAS GARANTÍAS MOBILIARIAS EN LAS AMÉRICAS.—IV. TELEOLOGÍA Y AXIOLOGÍA AUSPICADAS POR LAS  
NORMAS.—V. CÓMO SE TRATAN ESTAS CUESTIONES EN LA LEY MEXICANA.

### I. EL ENTORNO DE LA LEY MODELO

La Ley Modelo Interamericana de Garantías Mobiliaria (en el trabajo, Ley Modelo) llama «Garantía mobiliaria» a lo que en el derecho tradicional se ha venido llamando «Prenda» («*Pignus*», «*Gage*», «*Pledge*», «*Pegno*»).

El propósito de la Ley Modelo parece ser el deslindarse de esa nomenclatura que conlleva una serie de implicaciones respecto a su régimen jurídico, las cuales precisamente se tratan de obviar porque han sido un obstáculo para la promoción del crédito al comerciante por las rígidas exigencias del sistema tradicional de prenda, ya sea civil, ya sea mercantil.

En ese derecho tradicional, la prenda ordinariamente surte efectos entre las partes por el acuerdo de voluntades que ha surgido de su contrato bajo los principios de *norma rectora*: «La suprema ley de los contratos es la voluntad de las partes» y de *consensualidad* (ausencia de exigencia de forma). Debe entenderse que estos mismos principios aplican a la «Garantía mobiliaria».

Donde se establece la gran diferencia, y la novedad que aporta esta Ley Modelo, es en lo que la misma llama «Publicidad», y que no es otra cosa sino cómo el acuerdo de voluntades entre acreedor y deudor de la «Garantía mobiliaria» puede ser opuesto a los terceros, de suerte que aquel tenga la plenitud de posibilidades de ejercer su derecho sin que dichos terceros puedan oponerse a ello.

El gran motivo que orienta a la ley es dar a los comerciantes la posibilidad de usar los propios bienes fruto de su actividad mercantil como garantía de los créditos que recibe de sus financieros y proveedores y no tener que recurrir a bienes

ajenos al patrimonio de la unidad de explotación e incluso a los personales para poder obtener financiamiento.

Lo anterior es logrado esencialmente por la constitución de la garantía y su oponibilidad a terceros a través de un mecanismo de «publicitar» la garantía, sustituyendo la tradicional entrega de la posesión de los bienes dados en garantía para que queden en poder del acreedor o de un tercero. Es obvio que ningún empresario podría usar los bienes que genera en su actividad, como garantía de un crédito entregándolos a un acreedor o a un tercero, pues si se desposee de ellos, se queda sin poder usarlos y sin poder comercializar sus productos.

Cuando ese régimen de garantía mobiliaria se aplica a documentos conocidos como «títulos de crédito» o «títulos valor» el tema de «publicitar» la garantía toma variantes propias que son las tratadas en los artículos que se comentan en este capítulo.

## II. ANÁLISIS DE LAS NORMAS EN CUESTIÓN (ARTS. 26 A 29)

### «CAPÍTULO VI. Títulos de Crédito y de Valor

Art. 26. A una garantía mobiliaria sobre un título de crédito o un título de valor o representativo de la posesión o dominio de bienes cuyo título es negociable sea por endoso o por mera entrega, se le dará publicidad por medio de la entrega de la posesión del título de crédito del título de valor con cualquier endoso que sea necesario.

Una garantía mobiliaria en títulos puede coexistir con una sobre los bienes muebles cubiertos por este título, y en tal caso esta última tendrá prelación de acuerdo con el art. 51».

Los artículos considerados se refieren a la constitución y operación de una garantía mobiliaria cuando recae sobre títulos valor especialmente cuando estos títulos conllevan un subyacente de mercancías o bienes, de tal suerte que igual pueda constituirse una garantía sobre el título como sobre los bienes subyacentes, incluso simultáneamente.

La garantía se «publicita» (entiéndase «se constituye») por el endoso en el mismo, si así es requerido por la ley, así como por la *traditio* del mismo. El artículo no indica si la posesión tiene que entregarse precisamente al acreedor del crédito o a un tercero, debe de entenderse que si bien en este tipo de garantías lo lógico es lo primero, no repugna el que sea posible lo segundo, lo cual se desprende de la relación que guarda este artículo con el art. 10 de la propia Ley Modelo<sup>1</sup>. Lo anterior se ratifica por el contenido del siguiente artículo, el 27, que establece que la publicidad de la garantía, es decir, la producción de efectos *erga omnes*, en estas circunstancias de operación por medios electrónicos, se regirá por lo dispuesto para el registro digital, así como por lo dispuesto por el art. 29 (comentado aquí mismo) que aborda justamente ese tema.

Lo interesante de esta disposición es que permite la constitución de una doble garantía: una sobre el título valor en sí que representa un subyacente de determinados bienes y que por las características de abstracción y autonomía propios de un título de crédito le permite ser un objeto en el comercio por separado de los bienes

<sup>1</sup> «Art. 10. Los derechos conferidos por la garantía mobiliaria serán oponibles frente a terceros solo cuando se dé publicidad a la garantía mobiliaria. La publicidad de una garantía mobiliaria se puede dar por Registro de acuerdo con el presente Título y el Título IV o por la entrega de la posesión o control de los bienes en garantía al Acreedor Garantizado o a un tercero designado por este de acuerdo con el presente Título, o por medio de la entrega de título representativo del crédito en garantía según los arts. 22 y 26».



que subyacen en el mismo; la otra puede constituirse directamente sobre los bienes subyacentes<sup>2</sup>.

Se prevé que deba aplicarse en caso de ejecución de garantía una prelación peculiar: la garantía sobre el título prevalece sobre la garantía constituida sobre las mercancías (art. 51, fracción I, de la Ley Modelo)<sup>3</sup>.

«Art. 27. Cuando un título representativo de mercaderías es creado, transferido o prendado electrónicamente, para la creación, transferencia o prenda se aplicarán las reglas especiales del Registro electrónico correspondiente».

Cuando los títulos valor se han desmaterializado para ser operados a través de medios digitales, estos recursos tecnológicos deben aplicar lo mismo a la creación del mismo como al traslado de su propiedad y, por supuesto, para la publicidad de la garantía. Se tendrá adicionalmente la ventaja de que un registro de esta índole permite un acceso de información a todo interesado o posible afectado.

Es de esperarse que los Estados que adopten la Ley Modelo instrumenten asimismo registros relativos a títulos valor, ya sea dentro o adicionalmente al registro que mandata el art. 1 de la ley<sup>4</sup>.

«Art. 28. En el caso que el Acreedor Garantizado dé publicidad a su garantía mobiliaria por medio de la posesión y endoso del título, pero posteriormente lo entrega al Deudor Garante para cualquier propósito incluyendo el retiro, almacenamiento, fabricación, manufactura, envío o venta de bienes muebles representados por el título, el Acreedor Garantizado deberá registrar su garantía antes de que el título sea regresado al Deudor Garante de acuerdo al art. 10 de esta Ley.

A una garantía mobiliaria sobre bienes representados por un título representativo se encuentren en posesión de un tercero depositario o almacén de depósito, se le dará publicidad por medio de la notificación por escrito al tercero en cuestión».

El último párrafo del art. 28 refiere específicamente a la posibilidad de que los bienes amparados por el título se encuentren en poder de un tercero, para constituir la publicidad de la prenda deberá hacerse una notificación fehaciente al tercero (siendo las partes deudor de la garantía y el acreedor de la misma, por tercero deberá entenderse la persona que detenta la posesión de los bienes).

Justamente, el art. 28 establece que el título podrá ser devuelto al deudor garante si eso es necesario para alguna de las actividades propias del transcurso ordinario de su negocio sobre esas garantías, en cuyo caso la garantía surtirá sus efectos ante terceros a partir del registro que el acreedor haga de la garantía.

Este artículo conjunta dos disposiciones que son claves en la comprensión de toda la filosofía de la Ley Modelo: una, el que se pueda permitir al deudor el usar de los bienes dados en garantía para convertirlos en otro activo (al fin fuente de repago del crédito recibido) y, otra, el que la garantía puede publicitarse por varios

<sup>2</sup> En el caso de la legislación mexicana esta figura existe en los depósitos de mercancías que se hacen en una entidad financiera conocida como «Almacén General de Depósito» que emite, al recibir un depósito, tanto un título por el depósito como un bono de prenda que permite esa dualidad de garantías.

<sup>3</sup> «Art. 51.

I. Una garantía mobiliaria posesoria sobre un título representativo de mercaderías tendrá prelación sobre una garantía que grave los bienes representados por dicho título, siempre y cuando a esta última se le haya dado publicidad con posterioridad a la fecha de emisión de tal título».

<sup>4</sup> «Art. 1. [...] El Estado que adopte esta Ley Modelo deberá crear un sistema de Registro único y uniforme aplicable a toda figura de garantías mobiliarias para dar efecto a esta Ley». En el caso de México, no solo se ha creado el Registro Único de Garantías Mobiliarias, sino que además existe la obligación de depositar aquellos Títulos Valores que operan en el mercado del gran público inversionista en el Instituto para el Depósito de Valores en donde se inscriben las garantías conocidas como «prendas bursátiles» sobre tales valores.



medios que pueden ser sucesivos si así es requerido, sin que se pierda la garantía, tal como se expone en el art. 10 de la misma ley.

«CAPÍTULO VII. Bienes en Posesión de un Tercero.

Art. 29. El Acreedor Garantizado, con el consentimiento del Deudor Garante, podrá tener los bienes por medio de un tercero; la tenencia por medio de un tercero implica publicidad solo desde el momento en que dicho tercero reciba prueba escrita de la garantía mobiliaria. Dicho tercero deberá, a la solicitud de cualquier interesado, informar inmediatamente a este si ha recibido o no una notificación de la existencia de una garantía mobiliaria sobre los bienes en su posesión».

Este artículo refiere al caso ya insinuado antes, al comentar el art. 26, de cuando los bienes que constituyen la garantía son depositados o se encuentran por algún título jurídico en poder de un tercero. Dicho tercero al detentar los bienes deberá ser notificado de una manera fehaciente —por escrito— de que se ha constituido la garantía para que, en primer lugar, la garantía se encuentre debidamente constituida (publicitada) y, en segundo lugar, para que se constituya de alguna manera en depositario de los bienes afectos a la misma y se conduzca a partir de ese momento como detentador de unos bienes que están afectos a la garantía en favor del acreedor, debiendo informarlo de esa manera a cualquier interesado que así se lo cuestione.

### III. CONGRUENCIA DE LOS ARTS. 26 A 29 DE LA LEY MODELO CON LOS 12 PRINCIPIOS DEL NLCIFT PARA LAS GARANTÍAS MOBILIARIAS EN LAS AMÉRICAS<sup>5</sup>

La filosofía de los principios de NATLAW y, concomitantemente, de la Ley Modelo de garantías mobiliarias de la OEA, como se desprende del *primero* de dichos principios, radica en la posibilidad de que un comerciante pueda usar sus activos más comunes: la materia prima y su producto en proceso o terminado, como garantía del crédito que recibe de sus financieros, así como reemplazarlos en el curso ordinario de sus negocios, produciendo el efecto jurídico de ser gravados, desgravados automáticamente y reemplazados por otros que quedan gravados también.

El principio *segundo* establece una liberalidad extraordinaria: el que ser propietario no sea requisito para otorgar la garantía bastará que tenga derecho a la posesión del bien, aunque su derecho concorra con otros similares. Esto que parece una enorme contradicción toma sentido cuando se piensa que la prenda se suele constituir sobre bienes que tienen un camino de transformación desde la materia prima hasta el producto terminado y comercializado y durante ese proceso pasa por la posesión de diversos tenedores.

El *tercer* principio se ve perfectamente adoptado por la Ley Modelo en los artículos que aquí se comentan (arts. 26 a 29) pues los títulos valor que representan bienes subyacentes pueden ser otorgados en garantía junta o independientemente, pudiendo estos últimos ser sustituidos en el proceso ordinario de negocios del comerciante deudor.

Hay congruencia con el principio *cuatro* de NATLAW que dispone la manera de crear la garantía (por contrato o por ley o por disposición judicial) ya que estos artículos refieren a constitución de garantía por acuerdo entre las partes. Asimismo, el principio refiere a que los derechos de terceros se ven afectados a partir del momento en que la garantía se ha publicitado.

<sup>5</sup> National Law Center for Inter-American Free Trade.

Los artículos analizados (arts. 26 a 29) de la Ley Modelo ofrecen la transparencia que busca el principio *cinco* de NATLAW, especialmente cuando establece la posibilidad de que la garantía sobre el título valor circule con independencia de la constituida sobre los bienes subyacentes, habida cuenta de la publicación de ambas y sujetas a la preferencia que dispone el art. 51 de la Ley Modelo.

El principio *seis* dispone que la garantía opera a partir de su «Publicitación» para que sea oponible a terceros, independientemente de su contratación, la fecha de esta surte efecto entre las partes como se explicó al principio del presente, pero se requiere la publicidad para ser oponible *erga omnes*. Tal es el espíritu que orienta la Garantía sobre títulos valor comentada en los arts. 26 a 29 de la ley.

El *séptimo* principio establece que los sistemas de registro de las garantías mobiliarias deban ser económicos y sencillos. Las normas sobre la garantía constituida sobre títulos valor mantiene esa sencillez pues requiere la entrega y el endoso si las leyes del Estado así lo requieren, así como una comunicación escrita al tercero detentador de los bienes en el caso de la garantía sobre los bienes subyacentes. La Ley Modelo es, pues, congruente con el principio señalado y quedará a la legislación de la jurisdicción que la aplica el instrumentar el principio.

El tema del grado de preferencia que se dé a las garantías constituidas sobre bienes adquiridos con el producto del crédito que se garantiza a que se refiere el principio *ocho* tiene un tratamiento peculiar en el caso de los arts. 26 a 29 de la Ley Modelo pues tiene normas específicas de prelación (art. 51)<sup>6</sup>.

Respecto del principio *nueve*, el principio no puede referir a la transmisión de un título valor que ha sido objeto de una garantía. El principio de transmisión automática libre de gravámenes no puede darse tratándose de títulos valor porque la garantía impuesta a ellos no se separa de los mismos solo porque se trata del curso ordinario de los negocios que aplica en el caso de mercaderías o inventarios. Si el título valor amparase bienes de ese tipo, la venta del título separada de los bienes no puede traer consigo la liberación de la garantía. El principio busca la facilidad de comercialización de los productos elaborados como producto de invertir en ellos el producto del crédito que garantizan (y con ella la posibilidad del repago), conforme el ritmo ordinario de los negocios del acreditado-garante.

El *décimo* principio refiere a una situación diversa (autocancelación o ejecución) a los artículos en cuestión (arts. 26 a 29) de la Ley Modelo, por lo que no es aplicable. Fundamentalmente presenta un principio de inmediata ejecución.

El principio *once* consiste en una norma transitoria, en tanto no hay un régimen de insolvencia uniforme en la multiplicidad de jurisdicciones para tratar a los acreedores con garantías sobre bienes muebles (es el caso de los títulos valor) de un modo que se proteja su derecho ampliamente. Acepta la operación en un concurso preventivo. Sin embargo la figura del concurso preventivo no está generalizada en todas las jurisdicciones.

Este principio no funciona para una garantía sobre títulos valor. Por supuesto que una garantía sobre títulos valor debe formar parte de un proceso de insolvencia respetando siempre el trato de preferencia que determine los derechos concursal y común del país que aplique

El *doceavo* principio proclama que, si los Estados adoptan normatividades similares en el tratamiento de las garantías mobiliarias, será muy sencillo estable-

---

<sup>6</sup> En el caso de México deberá tomarse en cuenta alguna otra legislación ordinaria, por ejemplo la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito que concede una prelación, similar a la pedida por el principio de NATLAW, en los casos de créditos Refaccionarios y de Habilitación o Avío.

cer y llevar a cabo transacciones de crédito allende las fronteras en virtud de que la constitución, protección y exigencia de las garantías en una jurisdicción será consistente con el otorgamiento del crédito en otra jurisdicción. En especial tratándose de garantías constituidas sobre títulos valor, la posibilidad de que tanto la constitución de la garantía, como su notificación y depósito, se haga por medios electrónicos facilita la concesión de crédito y si las reglas de ambos Estados admiten esa operatividad se reducirá el posible conflicto de leyes que surge cuando en un Estado se requiere un proceso diverso (quizá el tradicional) y en el otro Estado se ha adoptado la flexibilidad de la Ley Modelo.

#### IV. TELEOLOGÍA Y AXIOLOGÍA AUSPICADAS POR LAS NORMAS

Cuando se habla de la finalidad que persigue una norma jurídica y del valor que realiza la misma, es menester ascender a esferas complejas y mucho más amplias que la mera norma jurídica en análisis puesto que dicha norma forma parte de un conjunto de ellas que se inscriben en todo un sistema jurídico. Así será necesario abordar el tema en concordancia con lo que la totalidad de la Ley Modelo persigue y manifiesta.

A. ¿Qué fines persiguen las normas en cuestión? Básicamente cuatro:

a) Proporcionar al comerciante una herramienta natural para obtener el financiamiento que requiere en su empresa.

b) Dar al acreedor (financiero o proveedor) un incentivo para el otorgamiento de crédito seguro.

c) Lograr, a nivel de la comunidad de un país, un desarrollo productivo de la empresa.

d) Específicamente hablando de los artículos comentados en esta sección, usar las herramientas que el Derecho y la tecnología han creado para coadyuvar con los fines antes citados.

B. ¿Qué valores logran su actualización con las normas en cuestión?

Antes que nada puede citarse el valor del «emprendimiento» es decir, la voluntad de crear negocios, riqueza y actividad productiva. En efecto, crear una empresa, o apoyarla con la concesión de crédito, es desarrollar una fuente de riqueza, de producto interno bruto, y crear un espacio en donde seres humanos encuentran la posibilidad de satisfacer sus necesidades económicas y, además, lograr su propio desarrollo personal.

Sin duda alguna, las normas referidas realizan también los altos valores del Derecho: la *Justicia* o permanente voluntad de dar a cada uno lo que corresponde como lo definiera el Derecho romano; el logro del *Bien Común*, en donde cada uno de los jugadores: acreditado, deudor, acreedor y terceros, encuentran que pueden lograr sus finalidades.

Quizá es especialmente relevante en este caso citar el valor *Seguridad Jurídica* pues la creación de un marco jurídico en donde se pueden lograr las finalidades antes comentadas permite el desarrollo de actividades fundamentales para los seres humanos involucrados y para la comunidad.

#### V. CÓMO SE TRATAN ESTAS CUESTIONES EN LA LEY MEXICANA

Con respecto a provisiones como las de la Ley Modelo, en México se ha legislado de dos maneras: en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en don-

de además se ha creado la figura de «Prenda sin desplazamiento de la posesión» (creada el 23 de mayo de 2000 y con Reformas de 13 de junio de 2014), por otro lado, para los valores que operan con el gran público inversionista en el mercado de valores se ha creado la figura de «Prenda Bursátil» (Ley del Mercado de Valores, de 30 de diciembre de 2005, y Adiciones en 10 de enero de 2014).

En consecuencia se ha creado en México el *Registro Único de Garantías Mobiliarias* por Decreto de 23 de septiembre de 2013, como una sección del Registro Público de Comercio en la que las instituciones financieras y acreedores pueden inscribir en línea las garantías mobiliarias mercantiles que reciben de sus deudores, permitiéndoles gozar de los beneficios de publicidad y oponibilidad, y con ello ofrecer mejores condiciones de financiación. Entre las garantías que pueden registrarse ahí se encuentran acciones y obligaciones, bonos, contratos de opción y futuros.

Cabe decir que en el Derecho mexicano no se diferencia el acto de la constitución de la garantía prendaria con su publicidad, muchas de las normas de «publicitación» que señala la Ley Modelo, son referidas en la ley mexicana como «constitución».

La norma general que aplica en el caso de garantías sobre títulos valor es que el endoso es el medio de transmisión del mismo cuando se otorga en garantía (art. 33 LGTOC) requerirá su entrega física o la anotación en un registro especial en algunos casos (art. 334 LGTOC).

La ley mexicana ha incorporado un capítulo referido como «Prenda sin transmisión de la posesión», en donde se regula una garantía similar a las Garantías Mobiliarias prescritas en la Ley Modelo. Aun cuando no se contiene una referencia específica a la prenda sobre títulos valor similares a los tratados en los arts. 26 a 29 de la Ley Modelo, ahí se establece que la prenda sin transmisión de posesión surtirá efectos contra terceros a partir de la fecha de su inscripción en el Registro Único de Garantías Mobiliarias (art. 366) y tendrá prelación sobre actos y gravámenes registrables y no registrados y sobre actos o gravámenes registrados con posterioridad (art. 371).

En materia de operaciones de almacenes de depósitos (que en México son entidades financieras sujetas a autorización y supervisión por las autoridades), el certificado de depósito acredita la propiedad de mercancías o bienes depositados en el Almacén que lo emite: el bono de prenda, la constitución de un crédito prendario sobre las mercancías o bienes indicados en el certificado de depósito correspondiente.

En el caso de los títulos valor regulados en el mercado del gran público inversionista, se requiere un contrato por escrito y solicitar a una institución para el depósito de valores la apertura de una cuenta en donde los valores pignorados se depositen sin que sea necesario realizar el endoso y entrega de los valores objeto de la prenda, ni la anotación en los registros del emisor de los valores. Los procesos de ejecución de la garantía, así como de transmisión y sustitución de los títulos, se realiza de manera expedita.



## TÍTULO III. PUBLICIDAD. CAPÍTULOS VII A X. ARTÍCULOS 30 A 34

Jeannette TRAMHEL

**SUMARIO:** I. ART. 30: 1. Análisis: 1.1. Consentimiento del deudor. 1.2. La naturaleza de los bienes en garantía. 1.3. Prueba escrita. 2. Legislación comparable: 2.1. El Salvador. 2.2. Perú. 2.3. Jamaica.—II. ART. 31: 1. Análisis. 2. Legislación comparable: 2.1. El Salvador. 2.2. Perú. 2.3. Jamaica.—III. ART. 32: 1. Análisis. 2. Legislación comparable: 2.1. El Salvador. 2.2. Perú. 2.3. Jamaica.—IV. ART. 33: 1. Análisis: 1.1. Cuidado razonable en la preservación de los bienes en garantía. 1.2. Mantener identificables los bienes gravados. 1.3. Uso de los bienes en garantía solamente en la forma prescrita. 1.4. Otras obligaciones. 2. Legislación comparable: 2.1. El Salvador. 2.2. Perú. 2.3. Jamaica.—V. ART. 34: 1. Análisis. 2. Legislación comparable: 2.1. El Salvador. 2.2. Perú. 2.3. Jamaica.

### I. ARTÍCULO 30

*The secured creditor, with the consent of the secured debtor, may hold the property through a third person; detention by a third person effects publicity only from the time the third person receives evidence in writing of the security interest. The third person must at the request of any interested person disclose forthwith whether or not it has received notice of a security interest covering property in its possession.*

El acreedor garantizado, con el consentimiento del deudor garante, podrá tener los bienes por medio de un tercero; la tenencia por medio de un tercero implica publicidad solo desde el momento en que dicho tercero reciba prueba escrita de la garantía mobiliaria. Dicho tercero deberá, a la solicitud de cualquier interesado, informar inmediatamente a este si ha recibido o no una notificación de la existencia de una garantía mobiliaria sobre los bienes en su posesión.

#### 1. Análisis<sup>1</sup>

Uno de los conceptos esenciales de las leyes sobre garantías mobiliarias es la oponibilidad a terceros y «un elemento esencial de este concepto consiste en un mecanismo sencillo para lograr la oponibilidad a terceros de las garantías me-

---

<sup>1</sup> Este análisis del art. 30 no incluye la consideración de los siguientes conceptos:

diante su inscripción *en un registro*» (cursiva agregada)<sup>2</sup>. No obstante, el art. 30 (al igual que el art. 8) parece haber «preservado» la prenda posesoria clásica<sup>3</sup>. ¿Por qué? En términos generales, las prendas posesorias han existido en Latinoamérica desde que se adoptaron los códigos civiles francés y, posteriormente, el español del siglo XIX, y en general funcionan adecuadamente dentro de su marco jurídico actual<sup>4</sup>. En la mayoría de los Estados se aceptan las transferencias de posesión de bienes corporales al acreedor garantizado porque son suficientes: 1) como prueba de la *constitución* de la garantía mobiliaria, y 2) para que sean *oponibles* a terceros<sup>5</sup>. Los Estados que han establecido un registro general de garantías mobiliarias generalmente también conservan la transferencia de posesión como método alternativo. Uno de los motivos es que «la suficiencia de la posesión para obtener la validez de una garantía real frente a terceros está bien consolidada en la práctica comercial»<sup>6</sup>. Así pues, la prenda con desplazamiento de la posesión se ha mantenido como una «garantía mobiliaria posesoria» en la Ley Modelo de la OEA, aunque con la adición de ciertas obligaciones para el acreedor garantizado en posesión (art. 33, que se analizará más adelante)<sup>7</sup>. Esta distinción es significativa porque «el fin último de simplificar la ley reuniendo todas las reglas sobre las garantías mobiliarias en un solo concepto de garantía mobiliaria no puede alcanzarse excepto, y hasta, que la jurisdicción en cuestión tome la medida de abrogar todos los mecanismos de garantía existentes, incluyendo las aplicables a la prenda con desposesión tradicional»<sup>8</sup>.

i) El requisito de que «se le podrá dar publicidad a una garantía mobiliaria por medio de la entrega de posesión o control *de los bienes en garantía solo si la naturaleza de los mismos lo permite*», puesto que se asume que este concepto se abordará en el análisis al art. 10.

ii) El significado de «posesión o control», puesto que se asume que este concepto se abordará en el análisis al art. 8. La Ley Modelo de la OEA, al igual que la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre Garantías Mobiliarias, adopta un «enfoque estricto» hacia la posesión que requiere «que el otorgante renuncie efectivamente a la custodia física de los bienes». Dada la existencia de un registro, no se requieren conceptos que faciliten las garantías mobiliarias «sin desposesión», como la «posesión presunta» o la «posesión simbólica». Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre Garantías Mobiliarias* (2007) (en lo sucesivo «*Guía Leg. de la CNUDMI*»), Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta E.09.V.12, ISBN 978-92-1-133675-7, Capítulo III, párrafos 52 y 53, p. 125, [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/09-82670\\_ebook-guide\\_09-04-10english.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/09-82670_ebook-guide_09-04-10english.pdf); [https://uncitral.un.org/es/texts/securityinterests/legislativeguides/secured\\_transactions](https://uncitral.un.org/es/texts/securityinterests/legislativeguides/secured_transactions).

<sup>2</sup> *Guía Leg. de la CNUDMI*, Introducción, párrafo 8.º, p. 2.

<sup>3</sup> «La Ley Modelo permite a los Estados adoptantes mantener el uso de garantías mobiliarias con desposesión con base en la tradicional prenda del derecho civil», Boris KOZOLCHYK y John M. WILSON, «The New OAS Model Inter-American Law on Secured Transactions», en UNIDROIT, *Uniform Law Review*, vol. VII (2002-1), 69, pp. 90 y 106.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 106.

<sup>5</sup> *Guía Leg. de la CNUDMI*, Capítulo III, párrafo 47, p. 123. En este análisis se hará referencia repetidamente a la distinción entre estos «niveles» de 1) *constitución*, y 2) *oponibilidad*.

<sup>6</sup> *Guía Leg. de la CNUDMI*, Capítulo III, párrafo 49, p. 124.

<sup>7</sup> En general hay dos categorías amplias de la prenda, como sigue: 1) prenda *sin* desplazamiento de la posesión; 2) prenda *con* desplazamiento de la posesión. Esta segunda categoría también referida como prenda con desposesión tradicional o prenda con desposesión. Esta segunda categoría también tiene dos posibilidades: i) prenda con desplazamiento de la posesión (a manos del acreedor), y ii) prenda con desplazamiento de la posesión (a manos de un tercero). El último de los casos aludidos es el que presenta el art. 30. En consecuencia, «la prenda posesoria clásica» debe distinguirse del término (y del concepto) como se usa en la Ley Modelo de la OEA, específicamente, «garantía mobiliaria posesoria» o «garantías mobiliarias con desplazamiento».

<sup>8</sup> Alejandro M. GARRO, «The OAS-Sponsored Model Law on Secured Transactions: Gestation and Implementation», en UNIDROIT, *Uniform Law Review*, vol. XV (2012-2), párrafo 402, p. 391. Este autor señala que a pesar de que la ley guatemalteca sobre garantías mobiliarias adoptó un concepto global de las garantías mobiliarias, las disposiciones del Código Civil aplicables a las prendas tradicionales (con desposesión) coexisten con esta ley, lo cual genera gran incertidumbre.



El método de prenda con desposesión también se reconoce en la recientemente adoptada Ley Modelo de la CNUDMI sobre Garantías Mobiliarias (2016) (en lo sucesivo, la «Ley Modelo de la CNUDMI»)<sup>9</sup> y ha sido refrendado por la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre Garantías Mobiliarias* (2007) como una alternativa a la inscripción registral<sup>10</sup>. No obstante ello, se estima que una vez que se dispone de un sistema de registro eficaz, «la gran mayoría de los acreedores garantizados tenderá a preferir la inscripción a la posesión»<sup>11</sup>.

Para comprender el art. 30 de la Ley Modelo de la OEA es necesario entender primero el art. 8 y algunas disposiciones anteriores. El Título II contiene disposiciones que rigen la *constitución* de la garantía mobiliaria. El art. 5 estipula que «una garantía mobiliaria se constituye mediante contrato», y según el art. 6, «si la garantía mobiliaria es *sin desposesión*, el contrato por el cual se constituye la garantía mobiliaria deberá ser por escrito». En consecuencia, se infiere que *no es necesario* que el contrato que constituye una garantía mobiliaria *con desplazamiento de la posesión* sea por escrito<sup>12</sup>. Además, según el art. 8, «surte efectos desde el momento en que el deudor garante entrega posesión o control de los bienes en garantía al acreedor garantizado o a un tercero». Así pues, a nivel de 1) la *constitución* de la garantía mobiliaria, el art. 8 es congruente con la teoría de que «la transferencia de la posesión demuestra el consentimiento implícito del otorgante a la constitución de la garantía real y al alcance de los bienes gravados»<sup>13</sup>. Sin embargo, a nivel de la 2) *oponibilidad a terceros*, se requiere un mayor análisis.

El Título III contiene disposiciones que rigen la *publicidad* de la garantía mobiliaria e incluye tanto reglas generales como disposiciones específicas para lograr la oponibilidad a terceros; en resumen, existen esencialmente tres métodos de publicidad. El art. 10 estipula que los derechos conferidos por la garantía mobiliaria serán oponibles frente a terceros solo cuando se dé publicidad a la garantía mobiliaria: 1) por medio de inscripción registral (de acuerdo con los Títulos III y IV); 2) por la entrega de la posesión o control de los bienes en garantía al acreedor garantizado (de acuerdo con el Título III)<sup>14</sup>, o 3) por la entrega de la posesión o control de los bienes en garantía a un tercero designado por este (de acuerdo con el Título III). Más sucintamente, «inscripción registral, posesión y notificación»<sup>15</sup>. Este enfoque es comparable con los métodos para obtener la oponibilidad a terceros según la Ley Modelo de la CNUDMI<sup>16</sup>.

<sup>9</sup> Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, 49.º período de sesiones (27 de junio a 15 de julio de 2016), ISSN 0251-9127. La Ley Modelo de la CNUDMI se adoptó por la decisión indicada en el párrafo 119. El art. 6(4) dispone que «un acuerdo de garantía podrá ser verbal si el acreedor garantizado está en posesión del bien gravado». Según la definición del art. 2, un «acuerdo de garantía» es un acuerdo que estipula la constitución de una «garantía mobiliaria», la que a su vez es «todo derecho real que se constituya sobre un bien mueble mediante un acuerdo por el que se garantice el pago u otra forma de cumplimiento de una obligación», *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Garantías Mobiliarias* (2016), Publicación de las Naciones Unidas, eISBN: 978-92-1-060235-8, [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/19-08782\\_s\\_ebook\\_0.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/19-08782_s_ebook_0.pdf).

<sup>10</sup> *Guía Leg. de la CNUDMI*, Capítulo III, párrafo 51, p. 124, y referencia a la recomendación 37.

<sup>11</sup> *Ibid.*, párrafo 51, p. 124.

<sup>12</sup> Este enfoque también se adoptó en la Ley Modelo de la CNUDMI en su art. 6(4), *supra* nota 9.

<sup>13</sup> *Guía Leg. de la CNUDMI*, Capítulo III, párrafo 47, p. 123.

<sup>14</sup> Como ya se explicó, «cuando el acreedor tiene la posesión del bien mueble, no requiere del Registro para hacer su derecho oponible frente a terceros». OEA, *Seminario de Capacitación sobre la Reforma de Garantías Mobiliarias*, Perú, noviembre de 2014, OEA/Ser.D/XIX.17.2, ISBN 978-0-8270-6441-6, p. 86.

<sup>15</sup> KOZOLCHYK y WILSON, *supra* nota 3, p. 100.

<sup>16</sup> *Ley Modelo de la CNUDMI*, art. 18 (1) notificación y (2) posesión. Según el art. 2.z), la «posesión» se define como «la posesión efectiva de un bien corporal ejercida por una persona o su representante, o por una persona independiente que reconozca que ejerce la posesión en nombre de la primera».

Una vez sentadas las bases, podemos pasar a examinar con mayor detalle este tercer método, previsto en el art. 30. Antes, empero, consideremos brevemente los motivos prácticos por los cuales podría ser preferible la posesión por un tercero. Un caso sería cuando, por ejemplo, el acreedor garantizado no tiene la capacidad adecuada para salvaguardar los bienes gravados (p. ej., es más conveniente dejar el oro o los metales preciosos con una empresa de seguridad) o cuando los bienes gravados están ya en posesión de un tercero (p. ej., almacén de depósito)<sup>17</sup>. Así pues, «la posibilidad de que la posesión por el acreedor pueda ejercerse mediante la custodia del bien involucrado por un agente o representante del acreedor aumenta la eficiencia y eficacia de las garantías reales con desplazamiento, al permitir a los acreedores delegar la responsabilidad de la custodia sin perjuicio de los derechos de terceros»<sup>18</sup>. No obstante, para lograr esto es necesario respetar ciertas reglas que están previstas en el art. 30.

### 1.1. *Consentimiento del deudor*

Al iniciar el análisis, sorprende la primera disposición de que «el acreedor garantizado, *con el consentimiento del deudor garante*, podrá tener los bienes por medio de un tercero» (cursiva agregada). Esta disposición parece relacionarse más con la *constitución* de la garantía mobiliaria que con su publicidad; el art. 8, que está incluido en la parte de la Ley Modelo de la OEA que rige la constitución de garantías mobiliarias (Título II), no incluye el requisito expreso de tal consentimiento. ¿Por qué? Si el deudor garante transfiere la posesión o el control al acreedor garantizado, el consentimiento es implícito<sup>19</sup>. Por otro lado, si el acreedor garantizado tiene los bienes por medio de un tercero, según el art. 30 se requiere el consentimiento del deudor garante. De no ser así, la publicidad no generaría oponibilidad frente a terceros. Así pues, aunque se podría argumentar que una garantía mobiliaria podría *constituirse* de acuerdo con el art. 8 mediante la transferencia de la posesión o el control a un tercero sin el consentimiento del deudor, es poco probable que surjan este tipo de circunstancias pues no se lograría la oponibilidad a terceros.

¿Por qué se requiere el consentimiento? En el caso en que la posesión se le ha transferido al acreedor garantizado, el consentimiento del deudor es implícito, como ya se dijo<sup>20</sup>. En el caso alternativo, en el que la posesión se le transfiere a un tercero, una razón para el consentimiento del deudor es asegurar que el acreedor garantizado no esté pretendiendo constituir otra garantía mobiliaria transfiriendo la posesión al tercero.

### 1.2. *La naturaleza de los bienes en garantía*

El art. 30 le permite al acreedor garantizado tener «los bienes» por medio de un tercero. En ese sentido, es necesario referirnos de nuevo al art. 10, que estipula

<sup>17</sup> *Guía Leg. de la CNUDMI*, Capítulo III, párrafos 54-56, pp. 125 y 126.

<sup>18</sup> *Guía Leg. de la CNUDMI*, Capítulo III, párrafo 58, p. 126.

<sup>19</sup> «La transferencia de la posesión demuestra el consentimiento implícito del otorgante a la constitución de la garantía real», *Guía Leg. de la CNUDMI*, Capítulo III, párrafo 47, p. 123.

<sup>20</sup> [Sin embargo] «En lo que concierne a la oponibilidad a terceros, aunque la transferencia de la posesión no da publicidad en forma positiva a la existencia de una garantía real, ya que la posesión por el concesionario también puede darse en el caso de un acuerdo que no sea un acuerdo de garantía (como un arrendamiento simple —*operating lease*— o un simple depósito). No obstante, la transferencia de la posesión sí elimina el riesgo de que el hecho de que los bienes sigan estando en posesión del otorgante haga pensar erróneamente a los terceros que el otorgante detenta la titularidad de los bienes libre de todo gravamen», *Guía Leg. de la CNUDMI*, Capítulo III, párrafo 47, p. 123.

que «se podrá dar publicidad a una garantía mobiliaria por medio de la entrega de posesión o control de los bienes en garantía *solo si la naturaleza de los mismos lo permite* o si la entrega es realizada de la manera contemplada por el presente Título»<sup>21</sup>. Se logra un resultado similar con base en la Ley Modelo de la CNUDMI utilizando un enfoque ligeramente distinto<sup>22</sup>.

### 1.3. Prueba escrita

El requisito del art. 30 de «prueba escrita de la garantía mobiliaria» es esencialmente un requisito de notificación. Aunque, como ya se dijo, la Ley Modelo de la OEA ha «preservado» la tradicional prenda con desplazamiento de la posesión, se añadió un elemento crítico relacionado con la publicidad; se trata de un cambio significativo que podría decirse que marca una distinción entre una «garantía mobiliaria constituida mediante posesión» y la tradicional «prenda con desplazamiento de la posesión» del derecho civil.

En primer lugar, las disposiciones del art. 10 requieren la transferencia real de la posesión al acreedor garantizado<sup>23</sup>. En un borrador anterior se había estipulado que «un acreedor garantizado que permita que la posesión de los bienes permanezca en la posesión física o control del deudor se considerará como un acreedor garantizado sin posesión y por lo tanto tendrá que inscribir un formulario de inscripción registral para tener prioridad sobre terceras personas»<sup>24</sup>. Este requisito elimina la posibilidad del «gravamen secreto» que aún prevalece hoy en día en muchos países de Derecho civil. Por ejemplo, algunas leyes o códigos civiles permiten las «prendas en comodato», que le permiten al acreedor mantener la posesión legal de los bienes en garantía mientras que el deudor conserva la posesión y el control reales<sup>25</sup>. Puesto que este tipo de prenda no requiere que el deudor transfiera la posesión ni exige su inscripción registral, actúa como una especie de «gravamen secreto» que dificulta que un tercero la descubra. Con la Ley Modelo de la OEA, esto ya no es posible.

En segundo lugar, para lograr la oponibilidad a terceros de una garantía mobiliaria con desposesión, si un tercero tiene los bienes, se requiere prueba escrita. Asimismo, la oponibilidad solamente se logra al recibirse esta notificación por escrito. Se ha explicado, aunque en referencia a un borrador anterior de la Ley Modelo de la OEA, que el propósito de esta disposición se refiere a casos en que se acepta una notificación a un depositario autorizado como método de perfeccionamiento (p. ej., publicidad); ese método será reconocido<sup>26</sup>.

<sup>21</sup> Véase *supra* nota 1.

<sup>22</sup> Según el art. 2.z) de la Ley Modelo de la CNUDMI, «la posesión» se define como la posesión efectiva de un *bien corporal*.

<sup>23</sup> Véase *supra* nota 1.

<sup>24</sup> Tema II: *Los Contratos de Préstamos Internacionales de Naturaleza Privada y, en particular, la Uniformidad y Armonización de los Sistemas de Garantías Mobiliarias, Comerciales y Financieras Internacionales (Documento de Trabajo de una Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias)*, OEA/Ser.K/XXI, RE/CIDIP-VI/doc.4/98, 19 de noviembre de 1998, art. 32.

<sup>25</sup> «Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito» (LGTOC) de México, art. 334 (iv), citado en Alejandro LÓPEZ-VELARDE y John WILSON, «A Practical Point-by-Point Comparison of Secured Transactions Law in the United States and Mexico», en *Uniform Commercial Code Law Journal*, primavera de 2004, nota 26.

<sup>26</sup> *Making Commercial Credit Available in the Americas - Meeting of OAS-CIDIP-VI Drafting Committee on Secured Transactions, November 26-30, 2000*, Transcripción, en *Arizona Journal of International and Comparative Law* (2001), vol. 18, núm. 2, párrafo 409, p. 321. «En la mayoría de los países latinoamericanos algunas veces se requiere que un depositario o almacén de depósito mantenga la custodia de los bienes y, en algunos casos, es posible el perfeccionamiento suministrando una indicación a ese

Podría concebirse una situación en la que los bienes están ya en posesión de un tercero y en algún punto posterior el deudor decide otorgarle al acreedor una garantía mobiliaria sobre esos bienes. En tal caso: 1) a nivel de la constitución de la garantía mobiliaria, la cláusula de reserva del art. 8 permitiría esa fecha posterior, y 2) a nivel de la oponibilidad de un tercero, las reglas del art. 30 permitirían la publicidad en esa fecha posterior.

## 2. Legislación comparable

### 2.1. *El Salvador*<sup>27</sup>

Art. 33. Para efectos de la publicidad y prelación de esta garantía mobiliaria sobre bienes en posesión de un tercero, se requiere de su inscripción en el Registro, y además, el tercero deberá ser notificado de la constitución de la garantía mobiliaria por parte del acreedor garantizado, en un plazo no mayor a ocho días hábiles. Antes de efectuada tal notificación, el tercero no tendrá responsabilidad alguna a favor del acreedor garantizado con los bienes que se encuentren en su posesión.

### 2.2. *Perú*<sup>28</sup>

#### *Art. 6. Constitución de la garantía mobiliaria*

6.1. La garantía mobiliaria puede darse con posesión o sin posesión del bien en garantía. Asimismo, cualquiera de los casos anteriores puede o no contar con un contrato de control por parte del acreedor garantizado sobre los bienes en garantía.

6.2. Se denomina garantía mobiliaria con posesión o posesoria cuando se entrega la posesión del bien al acreedor garantizado o a un tercero depositario. Se constituye al momento en que el deudor garante entrega la posesión de los bienes en garantía al acreedor garantizado o a un tercero depositario designado por este. Dicha constitución debe constar por cualquier medio escrito que deje constancia de la voluntad de las partes bajo sanción de nulidad, el cual debe formalizarse mediante escritura pública, firmas legalizadas, firmas digitales o firmas manuscritas, según lo determinen las partes.

6.3. Se denomina garantía mobiliaria sin posesión cuando el bien en garantía permanece en posesión del deudor garante o de un tercero. Se constituye mediante acto jurídico constitutivo, por cualquier medio escrito que deje constancia de la

---

[tercero] depositario [o a la persona que tiene la custodia] de que esos bienes están sujetos a algún tipo de garantía mobiliaria».

<sup>27</sup> *Ley de Garantías Mobiliarias*. Decreto núm. 488. República de El Salvador en la American Central, *Diario Oficial*, t. 401, núm. 190, 14 de octubre de 2013.

<sup>28</sup> *Decreto Legislativo que aprueba el Régimen de Garantía Mobiliaria*. Decreto Legislativo núm. 1400. *Diario Oficial: El Peruano*, 10 de septiembre de 2018; *Decreto Supremo que aprueba el Reglamento del Decreto Legislativo núm. 1400*. Decreto Supremo núm. 243-2019/EF, *Diario Oficial: El Peruano*, 3 de agosto de 2019. El Decreto Legislativo 1400 aún no entró en vigor; conforme a la Octava Disposición Complementaria Final, la cual establece que será a partir del día hábil siguiente del funcionamiento de la base de datos del SIGM (Sistema Informativo de Garantías Mobiliarias). Conforme a la Segunda, en un plazo no mayor de noventa días a partir del día siguiente de la publicación del reglamento (Decreto 243-2019, de 3 de agosto), la SUNARP deberá iniciar el proceso contractual para el desarrollo del SIGM, concluido este y en un plazo no mayor de doscientos setenta días a partir del día antes mencionado, la SUNARP deberá poner en funcionamiento la base de datos del SIGM y su interconexión con los respectivos registros.

voluntad de las partes bajo sanción de nulidad, debiendo formalizarse mediante escritura pública, firmas legalizadas, firmas digitales o firmas manuscritas, según lo determinen las partes.

*Art. 12. Publicidad de la garantía mobiliaria*

12.1. Dependiendo del tipo de garantía mobiliaria constituida, la publicidad se logra por medio de la inscripción en el SIGM, por la posesión que sobre los bienes dados en garantía ejerce el acreedor garantizado o un tercero designado por este, o por el contrato de control de conformidad con lo dispuesto en el presente Decreto Legislativo.

12.3. La publicidad de la garantía mobiliaria con posesión por parte del acreedor garantizado se considera por la posesión misma; sin perjuicio de ello, a efectos de asegurar su oponibilidad y prelación, es factible ingresar el respectivo aviso electrónico en el SIGM.

*Art. 34. Prelación frente a terceros*

La prelación y oponibilidad ante terceros respecto de los derechos conferidos por la garantía mobiliaria surte efectos desde el momento en que aquella se publica conforme lo regulado en el presente Decreto Legislativo.

*Art. 36. Prelación con respecto de otros acreedores*

36.4. De la publicidad y prelación de garantías mobiliarias sobre bienes en posesión o con contrato de control del acreedor garantizado:

1. La garantía mobiliaria con posesión por parte del acreedor o un depositario designado por este adquiere publicidad al momento que el acreedor o el depositario adquiere posesión sobre los bienes en garantía, lo que determina la prelación.

**2.3. Jamaica**<sup>29</sup>

2. (1) «*possessory security interest*» means a security interest which under the terms of the security contract requires the debtor to give possession or control of the secured property to the secured creditor in order to secure the performance of the obligation concerned...

4. (2) *In the case of a possessory security interest, the consent of the debtor to the possession of the secured property for the purposes of the creation of a security interest shall be evidenced in writing.*

8. (1) *A right conferred by a security interest shall be enforceable against third parties only when the security interest is perfected.*

(2) *A security interest is perfected when the conditions set out in subsection (3) are met, regardless of the order in which the meeting of the conditions occurs.*

(3) *The conditions referred to in subsection (2) are that*

(a) *the security interest has attached; and*

(b) *either:*

---

<sup>29</sup> *Security Interests in Personal Property Act, 2013 (hereinafter «SIPPA»).* Sanción real (royal assent) dado el 30 de diciembre de 2013 (copia en archivo con el autor).

(i) *the security interest is registered in accordance with this Act; or*  
 (ii) *the secured creditor, or his agent specifically authorised for that purpose, has possession or control of the secured property.*

(4) *Except as otherwise provided in this act, a security interest perfected by:*

(b) *possession or control, takes effect against third parties from the moment that the secured creditor takes possession or control.*

14. *A security interest in goods in the possession of a bailee is perfected when the security interest attached and:*

(a) *a registration notice in respect of the security interest in the goods is registered.*

## II. ARTÍCULO 31

*A security interest over inventory, compromised of present and future property, and its attributable movable property, or any part thereof, may be publicized by a single registration.*

A una garantía mobiliaria sobre inventario integrado por bienes presentes y futuros y sus bienes atribuibles, o parte del mismo, podrá dársele publicidad por medio de una única inscripción registral.

### 1. Análisis<sup>30</sup>

El inventario es uno de los bienes disponibles para muchas empresas, en especial las MPYME, que pueden no disponer de formas más tradicionales de bienes para usar como garantía (como terrenos, vehículos o maquinarias pesadas). Al permitir la constitución de una garantía mobiliaria sobre inventario y simplificar el proceso de inscripción registral<sup>31</sup>, la Ley Modelo de la OEA procura el objetivo principal: promover el crédito a un costo razonable. Este objetivo se logra al «permitir que los deudores se valgan del pleno valor inherente de sus bienes» y hacerlo «de manera sencilla y eficiente»<sup>32</sup>.

Es obvio que una garantía mobiliaria sobre un inventario solamente puede *constituirse* por el método sin desplazamiento; los artículos individuales que comprenden el inventario tienen que venderse y reemplazarse en las actividades empresariales habituales<sup>33</sup>. Así pues: 1) a nivel de la *constitución* se aplican las dis-

<sup>30</sup> El análisis del art. 31 no incluye la consideración de los siguientes conceptos, puesto que se asume que se abordarán en los análisis de los artículos correspondientes:

i) «inventario» según la definición del art. 3, Título VIII.

ii) «bienes presentes y futuros» incluidos bajo el art. 2 como los bienes muebles sobre los cuales se puede constituir contractualmente una garantía mobiliaria.

iii) «bienes muebles atribuibles» definidos de acuerdo con el art. 3, Título VI.

<sup>31</sup> *State Bar of Arizona Annual Convention International Law Section - Panel: Secured Financing in Latin America*, 11 de junio de 2010, transcripción en *Arizona Journal of International and Comparative Law* (2011), vol. 28, núm. 1, párrafo 207, p. 199. En Estados Unidos, el abogado constituiría un acuerdo de garantía que le otorgara al prestamista un gravamen sobre el inventario y el derecho de que se le pagara a partir de él. Para notificar al mundo que el prestamista tiene una garantía mobiliaria sobre el inventario, el abogado llenaría una declaración de financiamiento de 1 a 3 páginas que se presenta, registra y convierte en asunto público. «Nunca había sido así en Latinoamérica hasta hace muy poco, cuando empezaron a cambiar las leyes».

<sup>32</sup> *Guía Leg. de la CNUDMI*, Introducción, párrafos 50 y 51, p. 21.

<sup>33</sup> *Transcripción del Panel de 2010, supra* nota 31, p. 215. «Uno de los objetivos [...] es ir en dirección de [...] un gravamen flotante sobre inventario, un gravamen flotante sobre equipo, de modo tal que cualquier cosa que esté localizada físicamente en una ubicación particular el día en que se hagan cumplir sus



posiciones del Título II. Puesto que algunos de los desafíos relacionados con la constitución también son pertinentes para obtener la oponibilidad a terceros, cabe analizarlos brevemente.

En el caso de los inventarios, la identificación específica de los artículos individuales puede ser poco práctica e imposible. Por lo tanto, la Ley Modelo de la OEA y muchos sistemas jurídicos permiten que las partes describan los bienes que serán gravados en términos generales, por ejemplo, «todos los zapatos» o «todo el inventario»<sup>34</sup>. Esto representa un avance drástico y progresivo, puesto que es «lo opuesto al enfoque tradicional de *numerus clausus* de muchos países de Derecho civil hacia las garantías mobiliarias sobre bienes muebles»<sup>35</sup>. La Ley Modelo de la CNUDMI también permite estas descripciones genéricas<sup>36</sup>.

Junto con las ventajas de este enfoque se plantean algunas dificultades. Una de ellas ocurre cuando los bienes están mezclados en una masa de tal manera que el inventario gravado no puede distinguirse de los bienes del mismo tipo que no están sujetos a la garantía mobiliaria. En algunos sistemas jurídicos, una vez que un bien se ha mezclado y ha dejado de ser identificable, se pierde la garantía mobiliaria. La Ley Modelo de la OEA es congruente con el enfoque recomendado por la Guía Legislativa de la CNUDMI y adoptado por la Ley Modelo<sup>37</sup> según el cual la garantía mobiliaria sobre los bienes mezclados se preserva en la misma proporción que existía entre los bienes gravados y no gravados<sup>38</sup>. Otra situación es cuando los bienes se mezclan en la fabricación de un producto. En algunos sistemas jurídicos, una vez que un bien se ha mezclado de tal manera que pierde su identidad (p. ej., la harina que se ha convertido en pan), se pierde la garantía mobiliaria, excepto si el acuerdo de garantía prevé específicamente que la garantía mobiliaria grava el producto original y cualquier producto en el que pueda ser transformado. La Ley Modelo de la OEA es congruente con el enfoque recomendado por la Guía Legislativa de la CNUDMI y adoptado por la Ley Modelo<sup>39</sup> según el cual «la garantía mobiliaria automáticamente se transfiere al producto manufacturado siempre que pueda establecerse que dicho producto fue resultado de las materias primas (gravadas)»<sup>40</sup>. A nivel de la constitución de la garantía mobiliaria, el requisito principal debería ser que la descripción «sea lo bastante precisa para que todo interesado pueda razonablemente identificar, en cualquier momento, los bienes gravados por un acuerdo de garantía»<sup>41</sup>.

---

derechos esté sujeta al gravamen, independientemente de que se encuentre identificada específicamente en una lista en algún lado. Pero para eso se requerirá tiempo, porque es necesario que las personas reconozcan y se olviden del hecho de que la manera antigua de hacer las cosas está quedando atrás».

<sup>34</sup> *Transcripción del Panel de 2010, supra* nota 31, pp. 214-215. «En todos los países donde se aplica la Ley Modelo de la OEA, el sistema es de una descripción general de los bienes en garantía, excepto si se decide lo contrario [...] “todo el inventario” sería suficiente según la legislación hondureña [...]. Lo que también se puede hacer, porque existe esta tradición de añadir documentos [...] es adjuntar un documento [...] un acuerdo de garantía con una descripción mucho más detallada». «Esta actitud de “mostrármelo” es lo que se refleja en esta opción de los anexos, precisamente para satisfacer a los escépticos, incluidos los jueces [...] con el fin de dar confianza a las personas».

<sup>35</sup> *Making Commercial Credit Available in the Americas - Meeting of OAS-CIDIP-VI Drafting Committee on Secured Transactions, November 26-30, 2000*, transcripción en *Arizona Journal of International and Comparative Law* (2001), vol. 18, núm. 2, párrafo 345, p. 321.

<sup>36</sup> Según el art. 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI, una garantía mobiliaria puede gravar c) una categoría genérica de bienes muebles y el art. 9 permite una descripción de los bienes gravados en el acuerdo de garantía «que permita razonablemente su identificación» y «dentro de una categoría genérica».

<sup>37</sup> *Ley Modelo de la CNUDMI*, arts. 10 y 11.

<sup>38</sup> *Guía Leg. de la CNUDMI*, Capítulo II, párrafo 92, p. 96. Véase también la recomendación 22.

<sup>39</sup> *Ley Modelo de la CNUDMI*, arts. 10 y 11.

<sup>40</sup> *Guía Leg. de la CNUDMI*, Capítulo II, párrafo 94, p. 97.

<sup>41</sup> *Ibid.*, párrafo 59, p. 86.



En el 2) nivel de la *oponibilidad* pasaremos a las disposiciones del Título III. El art. 10 estipula que los derechos conferidos por la garantía mobiliaria «serán oponibles frente a terceros solo cuando se dé publicidad a la garantía mobiliaria». Puesto que solamente se le puede dar publicidad a una garantía mobiliaria sin desposesión mediante inscripción registral, a una garantía mobiliaria sobre inventario se le puede dar publicidad solamente por este método: la inscripción registral.

El propósito del art. 31 es confirmar que solamente se requiere una única inscripción registral para lograr la publicidad y la oponibilidad frente a terceros. La inscripción registral única es oponible en relación con todo el inventario, presente y futuro, incluyendo el que todavía no se haya adquirido o producido. Esto plantea ciertas dificultades relacionadas con la constitución de la garantía mobiliaria, de las cuales se ha hablado ya<sup>42</sup>. Suponiendo que se han abordado estas dificultades, persiste la cuestión de política de «si la garantía real que subsiste en el producto o la masa debe considerarse automáticamente oponible a terceros»<sup>43</sup>. La mayoría de los Estados adoptan la postura de que «cuando una garantía real se hace oponible a terceros por un método que bastaría para dar oponibilidad frente a terceros a un producto o una masa resultante de los bienes originariamente gravados, la garantía real sobre el producto o la masa es automáticamente oponible a terceros»<sup>44</sup>. Esto también es congruente con el enfoque que utilizan los modelos de la CNUDMI<sup>45</sup>.

Asimismo, mediante una única inscripción registral se conserva la oponibilidad a terceros sin necesidad de ningún documento o acción adicional de ninguna de las partes<sup>46</sup>. Esto reduce significativamente los costos de las transacciones y el costo de obtener crédito.

## 2. Legislación comparable

### 2.1. *El Salvador*<sup>47</sup>

Art. 3 (o). Inventario: se refiere a uno o más bienes muebles de una persona, para su venta o arrendamiento en el curso ordinario de la actividad mercantil de esa persona. El inventario no incluye bienes muebles en posesión de un deudor garante para su uso o consumo ordinario.

Art. 30. I. Cuando se hayan dado en garantía documentos representativos de un inventario, será posible crear gravámenes coexistentes sobre bienes contenidos en dicho inventario, siempre y cuando:

<sup>42</sup> Se explicó anteriormente que «no solamente se requiere que la garantía sea registrada previamente a que se adquiera ese inventario, sino que además los bienes tienen que ser descritos, identificados para evitar que, al llegar el inventario a manos del deudor, se confundan con otros». *Seminario de Capacitación en Perú*, *supra* nota 14, p. 126 (y el ejemplo siguiente).

<sup>43</sup> *Guía Leg. de la CNUDMI*, Capítulo III, párrafo 108, p. 140.

<sup>44</sup> *Ibid.*, párrafo 111, p. 140. Véase también la recomendación 44.

<sup>45</sup> *Ley Modelo de la CNUDMI*, art. 9. Véase también el Reglamento Modelo para el Registro de la CNUDMI, art. 11.

<sup>46</sup> Un borrador anterior de la Ley Modelo de la OEA contenía una explicación más detallada en este respecto en su art. 70: «Una garantía mobiliaria sobre bienes sobre el inventario del deudor garante grava todos los bienes obtenidos para su venta [por un establecimiento comercial]. Salvo disposición en contrario en el contrato de garantía y en el formulario de inscripción, la garantía real mobiliaria cubrirá todos los bienes muebles que reemplazan al inventario original y permanecerá continuamente perfeccionada en el inventario de reemplazo [...] si se registró el formato de inscripción registral de los bienes en garantía originales y se aplica una de las tres situaciones siguientes», *Documento de Trabajo*, *supra* nota 24.

<sup>47</sup> *Ley de Garantías Mobiliarias*, *supra* nota 27.

- a) La garantía abarque los bienes derivados o atribuibles.
- b) Se le haya comunicado dicha decisión al acreedor.
- c) Se hayan individualizado los bienes que estén representados por los títulos emitidos.

## 2.2. *Perú*<sup>48</sup>

### *Art. 2. Acrónimos y definiciones*

2.2. En el presente Decreto Legislativo se utilizan las siguientes definiciones:

18. Inventario: es todo o parte de los bienes muebles que se destinan comercialmente para transformación, venta, permuta, arrendamiento o cualquier otra operación comercial, en el curso normal de los negocios; incluyendo bienes muebles derivados. El inventario no incluye los bienes muebles de uso corriente o personal del deudor garante.

### *Art. 4. Bienes objeto de garantía mobiliaria*

De manera enunciativa, pero no limitativa, pueden ser objeto de garantía mobiliaria los bienes muebles específicos, categorías genéricas de bienes muebles, derechos sobre bienes muebles, bienes muebles determinados o determinables, bienes muebles tangibles o intangibles, bienes muebles presentes o futuros, bienes muebles registrados o no registrados o sobre la totalidad de los bienes muebles del deudor garante, entre otros como:

- 2. Los inventarios.

### *Art. 7. Extensión de la garantía mobiliaria*

7.1. La garantía mobiliaria constituida por acuerdo entre deudor garante y acreedor garantizado afecta al bien mueble que las partes convengan. A falta de pacto en contrario, la garantía mobiliaria afecta el bien mueble, sus partes integrantes y accesorios existentes al tiempo de la ejecución, sus bienes muebles atribuibles y derivados.

### *Art. 26. Contenido del aviso electrónico de garantía mobiliaria*

26.1. En el aviso electrónico que publicita la constitución de la garantía mobiliaria debe consignarse como mínimo la siguiente información:

- 2. La descripción del bien o bienes en garantía. La descripción se realiza de forma específica o genérica.

## 2.3. *Jamaica*<sup>49</sup>

- 2. (1) «inventory» means goods that are:
  - (a) held by a person for sale or lease, or that have been leased by that person as lessor;

<sup>48</sup> Decreto Legislativo sobre Garantía Mobiliaria, *supra* nota 28.

<sup>49</sup> SIPPA, *supra* nota 29. Véase también el art. 15, una sección especial sobre cultivos.

- (b) *to be provided or have been provided under a contract for services;*
- (c) *raw materials or work in progress; or*
- (d) *materials used or consumed in a business.*

«personal property» includes goods...

«security interest» means an interest created:

(a) *contractually over one or more items of personal property (whether specifically or generically described, present or future) [emphasis added].*

4. (3)(a) *The security contract shall sufficiently describe the secured property, and for the purposes of this subsection, a description of secured property in a security contract is sufficient if it describes the secured property in a manner that enables the secured property to be identified;*

10. (1) *A security contract may create a security interest in after-acquired property.*

49. (1) *A registration notice... shall (d) describe the secured property covered by the notice.*

### III. ARTÍCULO 32

*A security interest in intellectual property rights, such as patents, trademarks, trade-names, goodwill and other attributable movable property derived therefrom, is governed by this law, including article 37.*

Una garantía mobiliaria sobre derechos de propiedad intelectual, tales como patentes, marcas, nombres comerciales, regalía y otros bienes muebles atribuibles a los mismos, se sujetarán a las normas de esta ley, incluyendo el art. 37.

#### 1. Análisis<sup>50</sup>

Según la definición del art. 3, Título V, los «bienes muebles» incluyen los «bienes incorporales, tales como bienes de propiedad intelectual». Así pues, cualquier referencia a los bienes muebles, como la del art. 1, que señala el objetivo de la Ley Modelo de la OEA de «regular garantías mobiliarias...» incluye la propiedad intelectual. No obstante, el art. 32 es una declaración clara de que las garantías mobiliarias sobre derechos de propiedad intelectual «se sujetará a las normas de esta ley»<sup>51</sup>. Este artículo también contiene una definición muy breve de la propiedad intelectual: «patentes, marcas, nombres comerciales, regalía». El uso del término «tales como» es indicativo de que la definición es abierta y no se restringe a los derechos de propiedad intelectual enumerados<sup>52</sup>. De igual manera, puede

<sup>50</sup> El análisis del art. 32 no incluye la consideración de los «bienes muebles atribuibles», definidos en el art. 3, Título VI, puesto que se asume que este concepto se abordará en el análisis de ese artículo.

<sup>51</sup> Un borrador anterior de la Ley Modelo disponía en su art. 70 *bis*: «Una garantía real mobiliaria sobre bienes intangibles, tales como derechos de propiedad intelectual, incluyendo patentes, marcas, nombres comerciales, buen nombre, regalías y otros pagos o productos derivados de los mismos [...] podrá ser creada de acuerdo a las reglas estipuladas en los arts. 21-25 de esta Ley. Sin embargo, la perfección y prelación de dicha garantía real mobiliaria será de acuerdo con los arts. 72 y 73 regidos por las leyes especiales de sus respectivos registros, incluyendo convenciones multinacionales», *Documento de Trabajo, supra* nota 24.

<sup>52</sup> Según la *Guía Leg. de la CNUDMI*, «se entiende por propiedad intelectual los derechos de autor, las marcas de fábrica, las patentes, las marcas de servicio, los secretos industriales y los diseños industriales, así como cualquier otro bien que se considere propiedad intelectual de conformidad con el derecho interno del Estado promulgante o algún acuerdo internacional en el que sea parte» (véase la Introducción, p. 12).

asumirse que la mención de la «propiedad intelectual» es una referencia a los *derechos* de propiedad intelectual<sup>53</sup>. La Ley Modelo de la CNUDMI adopta un enfoque similar<sup>54</sup>.

En el 1) nivel de la *constitución* se aplican las disposiciones del Título II, que estipulan que una garantía mobiliaria debe constituirse mediante contrato<sup>55</sup>. La distinción entre la *constitución* y la *oponibilidad a terceros* es igualmente válida si se trata de garantías mobiliarias sobre propiedad intelectual. Por lo tanto, una garantía mobiliaria constituida sobre propiedad intelectual puede tener oponibilidad entre el otorgante y el acreedor garantizado aun cuando no sea oponible a terceros. No obstante, en algunos Estados la ley no hace esta distinción para la propiedad intelectual y la misma acción puede servir a ambos propósitos<sup>56</sup>. Asimismo, algunos Estados tienen un registro especial para ciertos tipos de propiedad intelectual para inscribir todos los tipos de transacciones, incluyendo adquisición, transferencia de la titularidad y garantías mobiliarias<sup>57</sup>.

La cobertura de la Ley Modelo de la OEA, congruente con la de la Guía Legislativa de la CNUDMI, cubre solamente los puntos jurídicos específicos a las garantías mobiliarias y no se extiende a puntos «relacionados con la naturaleza y los atributos jurídicos de los bienes objeto de la garantía mobiliaria». Así pues, no «pretende afectar a cuestiones relativas a la existencia, la validez, el ejercicio y el contenido de los derechos de propiedad intelectual del otorgante»<sup>58</sup>.

En el 2) nivel de la *oponibilidad a terceros*, iniciaremos con el Título III. El art. 10 establece que la oponibilidad ocurre «solo cuando se dé publicidad a la garantía mobiliaria», lo que puede ser 1) por inscripción registral, o 2) por medio de la entrega de posesión o control. Sin embargo, a una garantía mobiliaria se le puede dar publicidad por medio de la entrega de posesión o control «solo si la naturaleza de los mismos lo permite». En general, la oponibilidad a terceros para la propiedad intelectual se logra mediante inscripción registral<sup>59</sup>.

El art. 32 aclara que una garantía mobiliaria sobre derechos de propiedad intelectual «se sujetará a las normas de esta Ley, *incluyendo el art. 37*». Cabe resaltar que el art. 37 está contenido en el Título IV, sección sobre registro y disposiciones relacionadas. El art. 37 aborda la situación en la que otra ley requiere la inscripción registral del título de bienes muebles (en este caso, la propiedad intelectual)

<sup>53</sup> Esto también es congruente con el enfoque que utiliza la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre Garantías Mobiliarias: Suplemento relativo a las Garantías Reales sobre Propiedad Intelectual* (en lo sucesivo el *Suplemento IP de la CNUDMI*), 2010, Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta 11.V.6, ISBN 978-92-1-133708-2, párrafo 18, p. 8, [https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/security/10-57129\\_Ebook\\_Suppl\\_SR\\_IP\\_s.pdf](https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/security/10-57129_Ebook_Suppl_SR_IP_s.pdf), [https://uncitral.un.org/es/texts/securityinterests/legislativeguides/secured\\_transactions/supplement](https://uncitral.un.org/es/texts/securityinterests/legislativeguides/secured_transactions/supplement). Los derechos de propiedad intelectual pueden variar dependiendo de si el otorgante de la garantía mobiliaria es propietario, otorgante de una licencia o beneficiario de una licencia.

<sup>54</sup> Según el art. 8 de la Ley Modelo de la CNUDMI, una garantía mobiliaria puede gravar (a) cualquier tipo de bien mueble, el cual se define en el art. 2.u) como un bien corporal o incorporeal (que no sea un bien inmueble).

<sup>55</sup> «La constitución de una garantía real sobre un bien inmaterial debe hacerse por escrito en un documento», *Suplemento IP de la CNUDMI*, párrafo 82, p. 43, referencias a las recomendaciones 13 a 15.

<sup>56</sup> *Suplemento IP de la CNUDMI*, párrafo 79, p. 40.

<sup>57</sup> *Guía Leg. de la CNUDMI*, Capítulo III, párrafo 68, p. 129. De manera similar al «registro catastral» clásico, estos registros especiales para bienes muebles existen para tipos específicos de bienes, como naves y aeronaves y ciertos tipos de propiedad intelectual (patentes, marcas y derechos de autor).

<sup>58</sup> *Suplemento IP de la CNUDMI*, párrafos 62 y 63, p. 29.

<sup>59</sup> Según la *Guía Leg. de la CNUDMI*, de conformidad con las recomendaciones 32 y 37, la oponibilidad a terceros por posesión solamente se aplica a bienes corporales (véanse la *Guía*, p. 156, y el *Suplemento IP de la CNUDMI*, párr. 78, p. 39).

en un registro especial y contiene normas relativas a las garantías inmobiliarias sobre esos bienes; en ese caso, «dichas normas tendrán precedencia sobre esta Ley en lo referente a cualquier inconsistencia entre ambas»<sup>60</sup>. El mismo resultado se logra con base en la Ley Modelo de la CNUDMI, aunque el enfoque es ligeramente distinto<sup>61</sup>.

En los casos en que existen estos registros especiales, se sugiere que, como paso inicial, el Estado debe decidir si las garantías mobiliarias se inscribirán en estos registros especiales y/o en un registro general de garantías reales mobiliarias<sup>62</sup>. Conforme los Estados emprendan reformas de las garantías mobiliarias, podría salir a la luz que se requieren reformas adicionales para lograr una mejor coordinación con la ley relativa a la propiedad intelectual. En general se presume que al emprender una reforma legislativa de las garantías mobiliarias, «los Estados han tomado una decisión de política de modernizar sus leyes sobre garantías mobiliarias». Por esta razón, como se explicó en la Guía Legislativa de la CNUDMI, la remisión al régimen nacional que rige la propiedad intelectual «tiene por objetivo únicamente impedir que el derecho interno de la propiedad intelectual se modifique por inadvertencia, y no todos los cambios tras un examen cuidadoso»<sup>63</sup>.

«En la Guía se parte del supuesto de que, cuando un Estado lleva un registro especial, permitirá que se inscriba en él una notificación de garantía real como medio de obtener la oponibilidad de esa garantía real a terceros [véanse el inciso iii) del apdo. a) de la recomendación 34 y el apdo. a) de la recomendación 38]»<sup>64</sup>. De ser así, entonces deberá determinarse también «si la inscripción en el registro especial de que se trate será el *único* método para obtener la oponibilidad a terceros de las garantías reales constituidas sobre los bienes abarcados por esa inscripción» (cursiva agregada) o si se permitirán otros métodos para lograr la oponibilidad a terceros, como la inscripción en un registro general de garantías reales<sup>65</sup>. De ser así, entonces tendrá que abordarse la cuestión de las prioridades entre los distintos métodos. «En la Guía se recomienda que, cuando se lleven registros especiales, la oponibilidad a terceros pueda no obstante obtenerse mediante otros métodos tales como la inscripción en el registro general [...] a condición de amparar la relación superior de quienes hayan hecho inscripciones en el registro especial (véanse las recomendaciones 38, 77 y 78)»<sup>66</sup>. En la Guía Legislativa de la CNUDMI se analiza ampliamente la coordinación de la inscripción en un registro especial y en un

<sup>60</sup> El siguiente ejemplo de Colombia es ilustrativo en este sentido: «Colombia dispone de una norma de carácter nacional, la Decisión 486 de la Comunidad Andina (CAN), que en materia de propiedad intelectual regula el otorgamiento de garantías sobre propiedad intelectual [...]. Sin embargo, en virtud del Decreto 400 que implementa toda la regulación relativa a la operación del registro, la regulación de la CAN quedó integrada de manera complementaria en el registro de garantías mobiliarias, generando la posibilidad de interacción e interconexión entre los dos registros, con ventaja adicional de que nuestro registro de garantías mobiliarias es un registro 100 por 100 electrónico», OEA, *Seminario de Capacitación sobre la Reforma de Garantías Mobiliarias*, El Salvador, mayo de 2014, OEA/Ser.D/XIX.17.1, ISBN 978-0-8270-6322-8, p. 64.

<sup>61</sup> Según la Ley Modelo de la CNUDMI, el art. 2 señala que no será aplicable a las garantías mobiliarias que gravan (b) derechos de propiedad intelectual, en la medida en que la presente Ley sea incompatible con la ley relativa a la propiedad intelectual que indique el Estado promulgante.

<sup>62</sup> *Guía Leg. de la CNUDMI*, párrafos 75-82, pp. 131-133.

<sup>63</sup> *Guía Leg. de la CNUDMI*, recomendación 4(b): «(No obstante la recomendación 2), el régimen no debería ser aplicable a [...] b) La propiedad intelectual en la medida en que el presente régimen sea incompatible con el derecho interno o algún acuerdo internacional en el que sea parte este Estado en materia de propiedad intelectual».

<sup>64</sup> *Guía Leg. de la CNUDMI*, párrafo 70, pp. 129 y 130.

<sup>65</sup> *Guía Leg. de la CNUDMI*, párrafo 71, p. 130.

<sup>66</sup> *Ibid.*, párrafo 73, pp. 130 y 131.

registro general de garantías mobiliarias. Se consideran varias opciones, como la inscripción registral doble (no recomendada), el envío automático del registro especial para su inscripción registral en el registro general —y viceversa— o un acceso común, pero no se ofrece una recomendación específica para esas circunstancias<sup>67</sup>.

El objetivo de la Ley Modelo de la OEA, congruente con la Guía Legislativa de la CNUDMI, es «promover la obtención de crédito garantizado por empresas que dispongan de dicha propiedad intelectual, a título de propietario o de usuario licenciado de la misma, al permitírseles que graven sus derechos»<sup>68</sup>. Un tema que a menudo mencionan los interesados, como ocurrió durante las consultas en el proyecto de reforma de la OEA en Jamaica, es la valuación de la propiedad intelectual. Jamaica tiene muchos músicos y artistas; la nueva Ley sobre Garantías Mobiliarias sobre Bienes Muebles (*Secured Interests in Personal Property Act*)<sup>69</sup> se promovió como una ley que ofrecía un mejor acceso al crédito mediante el uso de una gama más extensa de bienes en garantía, como los derechos de autor. Esto generó preguntas, como la manera en que se podrían valorar los bienes. La respuesta más sencilla es que «el régimen de las operaciones garantizadas no puede responder a esta cuestión»<sup>70</sup>. Sin embargo, existen metodologías de valuación desarrolladas por instituciones nacionales, la OCDE ha creado estándares y algunos organismos internacionales, como la OMPI, ofrecen capacitación en valuación. En vista de la creciente importancia de la propiedad intelectual como garantía para respaldar un crédito, esta cuestión merece un análisis más profundo.

## 2. Legislación comparable

### 2.1. *El Salvador*<sup>71</sup>

#### *Publicidad de la Garantía sobre Propiedad Intelectual*

Art. 36. Podrá constituirse una garantía mobiliaria sobre derechos de propiedad intelectual, tales como secretos industriales y comerciales, derechos de autor, patentes, marcas, nombres comerciales y otros bienes derivados o atribuibles a los mismos.

La publicidad de la garantía mobiliaria sobre los derechos mencionados en el inciso anterior se constituye por su inscripción en el Registro de Garantías Mobiliarias y se sujetará a lo establecido en la presente Ley.

El Registro de Garantías Mobiliarias deberá solicitar, cuando corresponda, la anotación respectiva en el Registro de Propiedad Intelectual, tal y como se establece en el art. 9 de esta Ley; para estos efectos se deberá consignar en el formulario respectivo el número de registro o depósito del bien garantizador.

<sup>67</sup> *Ibid.*, párrafos 75-82, pp. 131-133; *Suplemento IP de la CNUDMI*, párrafos 121-129, pp. 59-63.

<sup>68</sup> *Suplemento IP de la CNUDMI*, párrafo 47, p. 21. Además, lograrlo «sin menoscabar por ello los derechos reconocidos al propietario, al licenciante o al licenciario de la propiedad intelectual por el derecho interno de la propiedad intelectual, o por el derecho general de los contratos o de los derechos reales».

<sup>69</sup> *Security Interests in Personal Property Act, 2013*. Sanción real el 30 de diciembre de 2013 (copia en archivos del autor).

<sup>70</sup> *Suplemento IP de la CNUDMI*, párrafo 34, p. 16.

<sup>71</sup> *Ley de Garantías Mobiliarias, supra* nota 27.



## 2.2. *Perú*<sup>72</sup>

### Art. 4. *Bienes objeto de garantía mobiliaria*

De manera enunciativa, pero no limitativa, pueden ser objeto de garantía mobiliaria los bienes muebles específicos, categorías genéricas de bienes muebles, derechos sobre bienes muebles, bienes muebles determinados o determinables, bienes muebles tangibles o intangibles, bienes muebles presentes o futuros, bienes muebles registrados o no registrados o sobre la totalidad de los bienes muebles del deudor garante, entre otros como:

6. Los derechos patrimoniales de autor, derechos de patente, nombres comerciales, marcas y otros derechos de propiedad intelectual.

### *Disposiciones complementarias finales*

#### *Cuarta. SIGM y su relación con otros registros jurídicos de bienes*

Las disposiciones referidas al SIGM previstas en el presente Decreto Legislativo no son aplicables a los registros de propiedad intelectual de competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI, los que se regulan por su legislación especial.

## 2.3. *Jamaica*<sup>73</sup>

### 2. (1)

«personal property» includes [...] intellectual property and other kinds of intangibles «security interest» means an interest created:

(a) contractually over one or more items of **personal property** [...] [emphasis added].

## IV. ARTÍCULO 33

*A creditor in possession of the collateral:*

I. *Shall exercise reasonable care in the custody and preservation of the collateral. Unless otherwise agreed, reasonable care implies the obligation to take the necessary steps to preserve the value of the collateral and the rights derived therefrom.*

II. *Shall maintain the collateral in such a way that it remains identifiable, unless it its fungible.*

III. *May use the collateral only as provided in the security contract.*

Corresponde al acreedor en posesión de los bienes en garantía:

I. Ejercer cuidado razonable en la custodia y preservación de los bienes en garantía. Salvo pacto en contrario, el cuidado razonable implica la obligación de tomar las medidas necesarias para preservar el valor de la garantía y los derechos derivados de la misma.

II. Mantener los bienes de manera que permanezcan identificables, salvo cuando estos sean fungibles.

III. El uso de los bienes en garantía solo dentro del alcance contemplado en el contrato de garantía.

<sup>72</sup> Decreto Legislativo sobre Garantía Mobiliaria, supra nota 28.

<sup>73</sup> SIPPA, supra nota 29.



## 1. Análisis

Como ya se señaló, la Ley Modelo de la OEA permite el uso de garantías mobiliarias con desposesión utilizando la tradicional prenda del derecho civil; sin embargo, añade nuevas reglas con respecto a las obligaciones de un acreedor en posesión de los bienes en garantía sobre temas que «generalmente no aborda la actual legislación latinoamericana»<sup>74</sup>. El art. 33 es corolario del art. 9, que establece las obligaciones (y derechos) de un deudor en posesión de los bienes en garantía. Estas disposiciones deberán considerarse «en el contexto de la autonomía de las partes»<sup>75</sup>, puesto que en la mayoría de los Estados, los derechos y obligaciones de las partes se determinan por el acuerdo de garantía. No obstante, la mayoría de los Estados también establecen «derechos y obligaciones de las partes antes del incumplimiento» y algunas de las normas del art. 33 caben dentro de lo que se ha descrito como la «tercera» categoría<sup>76</sup>. Estas son normas que imponen obligaciones mínimas para la parte que está en posesión de: *a)* preservar el valor de los bienes gravados, y *b)* garantizar que una vez pagada la obligación satisfecha de otra manera, el otorgante recupere el pleno uso y disfrute de los bienes gravados<sup>77</sup>. Puesto que tanto el deudor como el acreedor garantizado tienen interés en preservar los bienes, estas normas sirven para «propiciar que las partes en un acuerdo de garantía actúen con responsabilidad»<sup>78</sup>. En la mayoría de los sistemas jurídicos, las partes no pueden hacer excepción, mediante acuerdo, a las normas imperativas que fijan sus derechos y obligaciones generales antes de producirse un incumplimiento<sup>79</sup>. Como se verá más adelante, el art. 33 contiene una combinación de normas imperativas y no imperativas.

### 1.1. Cuidado razonable en la preservación de los bienes en garantía

Al acreedor en posesión «*le corresponde* [...] ejercer cuidado razonable en la custodia y preservación de los bienes en garantía» (cursiva agregada). En el mismo orden de ideas, según el art. 9, el deudor en posesión, *salvo pacto en contrario*, tiene «la obligación de evitar pérdidas y deterioros de los derechos y bienes muebles otorgados en garantía». De acuerdo con la redacción del art. 33, la obligación por parte del acreedor es imperativa; además, «los Estados no permiten normalmente a las partes excluir su deber de diligencia razonable en el cuidado de los bienes gravados»<sup>80</sup>. Así pues, a pesar de la redacción permisiva del art. 9, es poco probable que esto ocurra. En la mayoría de los Estados, los deberes impuestos a la persona que está en posesión para que preserve el bien gravado son una norma imperativa según la cual estos deberes «deberían ser idénticos» en ambos casos<sup>81</sup>. Este deber de cuidado razonable también está incluido en la Ley Modelo de la CNUDMI<sup>82</sup>.

<sup>74</sup> KOZOLCHYK y WILSON, *supra* nota 3, p. 91.

<sup>75</sup> *Guía Leg. de la CNUDMI*, Capítulo VI, párrafo 13, p. 256.

<sup>76</sup> *Ibid.*, párrafo 19, p. 258. La primera categoría incluye legislación para la protección del consumidor según la cual los Estados pueden limitar el grado en que las partes pueden «concebir su propio régimen de los derechos y obligaciones» (párrs. 10 y 16); la segunda categoría comprende leyes por las cuales los Estados pueden restringir «el contenido fundamental que las partes puedan haber estipulado en su acuerdo» (párr. 17).

<sup>77</sup> *Ibid.*, párrafo 22, p. 258.

<sup>78</sup> *Ibid.*, párrafo 20, p. 258.

<sup>79</sup> *Ibid.*, párrafo 21, p. 258.

<sup>80</sup> *Ibid.*, párrafo 21, p. 258.

<sup>81</sup> *Ibid.*, párrafo 25, p. 259.

<sup>82</sup> *Ley Modelo de la CNUDMI*, art. 53.

Tanto el acreedor como el deudor tienen interés por preservar los bienes gravados porque es una de las principales salvaguardias de que dispone el acreedor del repago y un bien que el otorgante normalmente espera recibir una vez que el préstamo o crédito se haya reembolsado. La parte en posesión es la que está mejor posicionada para asegurar la preservación del bien gravado. Por otro lado, empero, es necesaria una distribución equitativa para «evitar la imposición de una carga indebida a la persona que esté en posesión de los bienes gravados»<sup>83</sup>.

La obligación incluye «el deber de no desperdiciar los bienes gravados ni de permitir que se deterioraran más de lo que cabe esperar con el desgaste normal»<sup>84</sup>. Este deber varía dependiendo de la naturaleza de los bienes. En el caso de los bienes corporales, el principal deber es su conservación física. En el de maquinaria, el deber podría extenderse a su mantenimiento habitual. Si los bienes gravados son existencias, el deber de preservación podría requerir acciones adicionales, como almacenarlas para impedir su deterioro (p. ej., los alimentos perecederos requieren refrigeración). Si los bienes incluyen animales vivos, el deber podría incluir alimentación, ejercicio y servicios de salud. Los instrumentos negociables o bienes inmateriales podrían requerir medidas adicionales para preservar su valor<sup>85</sup>.

La Ley Modelo de la OEA habla de «custodia y preservación» y «pérdidas y deterioros», conceptos que pueden ser independientes, pero están relacionados. La *Guía Legislativa de la CNUDMI* habla del «deber de conservar los bienes gravados» en oposición a la «obligación de preservar el valor»<sup>86</sup>. En la mayoría de casos, la preservación física del bien gravado es suficiente para asegurar también que se mantenga su valor; sin embargo, en ocasiones se requerirán medidas adicionales, en especial en el caso de los instrumentos negociables o de los bienes inmateriales, como ya se indicó<sup>87</sup>.

## 1.2. Mantener identificables los bienes gravados

Al acreedor en posesión de los bienes en garantía *«le corresponde [...] mantener los bienes de manera que permanezcan identificables, salvo cuando estos sean fungibles»*. Nuevamente, de acuerdo con el texto, este deber es obligatorio. Puede incluso estar incluido en el deber de cuidado y preservación<sup>88</sup>. «Si esos bienes son fungibles y están mezclados con otros bienes de la misma naturaleza, este deber se transforma en la obligación de mantener una cantidad suficiente de bienes de la misma calidad que los originariamente gravados»<sup>89</sup>.

<sup>83</sup> *Guía Leg. de la CNUDMI*, Capítulo VI, párrafo 31, p. 260.

<sup>84</sup> *Ibid.*, párrafo 19, p. 258.

<sup>85</sup> *Ibid.*, párrafos 26-30, pp. 259 y 260.

<sup>86</sup> *Ibid.*, párrafo 32, p. 261.

<sup>87</sup> Ya se dijo que algunos Estados no le imponen al acreedor ninguna obligación relacionada con la *preservación del valor* de los bienes gravados (cuando la preservación de los bienes no es suficiente por sí sola) mientras que otros Estados sí lo hacen. Se ha recomendado que los Estados promulguen una norma imperativa antes del incumplimiento que requiera que las partes en posesión de bienes gravados corporales adopten medidas razonables para preservar el valor de los bienes antes del incumplimiento. *Guía Leg. de la CNUDMI*, recomendación 111.

<sup>88</sup> *Guía Leg. de la CNUDMI*, Capítulo VI, párrafo 51, p. 266. Aunque está incluido en las «Reglas no imperativas cuando el acreedor garantizado está en posesión de los bienes gravados», la Guía señala que «muchos Estados exigen específicamente, en el caso de los bienes corporales, que el acreedor garantizado mantenga los bienes gravados de forma que sean claramente identificables».

<sup>89</sup> *Ibid.*, párrafo 51, p. 266.

### 1.3. *Uso de los bienes en garantía solamente en la forma prescrita*

Le corresponde al acreedor en posesión «el uso de los bienes en garantía solo dentro del alcance contemplado en el contrato de garantía». En la Ley Modelo de la OEA, el art. 5 estipula que «una garantía mobiliaria se constituye mediante contrato» y el art. 6 dispone que «si la garantía mobiliaria es sin desposesión, el contrato por el cual se constituye la garantía mobiliaria deberá ser por escrito». Por lo tanto, aunque una garantía mobiliaria con desposesión puede constituirse sin un contrato *por escrito*, las disposiciones del art. 33 operan para circunscribir el uso del acreedor garantizado de los bienes en garantía. Cuando el contrato otorga al acreedor garantizado el derecho de utilizar los bienes gravados, está también obligado a encargarse de todas las reparaciones necesarias para mantener los bienes gravados en buen estado<sup>90</sup>. En la Ley Modelo de la CNUDMI también se hace referencia al acuerdo entre las partes como la fuente de sus derechos y obligaciones recíprocas<sup>91</sup>.

Existen ventajas en el hecho de permitir a las partes definir su relación por medio de un conjunto de reglas no imperativas. Esto se ha plasmado en muchos sistemas jurídicos<sup>92</sup>.

### 1.4. *Otras obligaciones*

La Ley Modelo de la OEA (a diferencia de la Ley Modelo de la CNUDMI)<sup>93</sup> no contiene ninguna disposición específica relacionada con la obligación de la parte garantizada de devolver los bienes gravados una vez satisfecha la obligación garantizada; sin embargo, «la mayoría de los Estados promulgan reglas imperativas que regulan los deberes del acreedor garantizado una vez que se ha reembolsado íntegramente la obligación garantizada»<sup>94</sup> (véase, p. ej., la ley de El Salvador, art. 15(g), que se reproduce enseguida).

Las obligaciones que se analizaron previamente se encuentran en general en las legislaciones nacionales. Además de estas, también pueden aplicarse al acreedor en posesión diversas reglas no imperativas<sup>95</sup>.

## 2. *Legislación comparable*

### 2.1. *El Salvador*<sup>96</sup>

#### *Derechos y obligaciones del acreedor garantizado*

Art. 15. Corresponde al acreedor garantizado:

a) Ejercer cuidado razonable en la custodia y preservación de los bienes garantizados que se encuentren en su posesión, tomando las medidas necesarias para preservar el valor de la garantía y los derechos derivados de la misma.

<sup>90</sup> *Ibid.*, párrafo 50, p. 266.

<sup>91</sup> *Ley Modelo de la CNUDMI*, art. 52.

<sup>92</sup> *Guía Leg. de la CNUDMI*, Capítulo VI, párrafo 46, p. 265. Uno de los ejemplos citados es el art. 33.

<sup>93</sup> *Ley Modelo de la CNUDMI*, art. 54.

<sup>94</sup> *Guía Leg. de la CNUDMI*, Capítulo VI, párrafo 35, p. 245.

<sup>95</sup> Véase un análisis en *ibid.*, párrafos 50-58, pp. 266-268. Véanse también las recomendaciones 110-113.

<sup>96</sup> *Ley de Garantías Mobiliarias*, *supra* nota 27.

b) Mantener los bienes garantizadores que se encuentren en su posesión, de manera que permanezcan identificables, pero en el caso que estos sean fungibles, debe mantener la misma cantidad y calidad.

c) Cuando el bien garantizador sea un derecho de propiedad intelectual que requiera de mantenimiento para conservar su vigencia, el incumplimiento de la obligación contenida en los literales a) y c) del artículo anterior dará derecho al acreedor a tomar las medidas necesarias para mantener la vigencia del derecho, de conformidad con lo establecido en el art. 7 de la presente Ley.

d) Usar los bienes garantizadores que se encuentren en su posesión solo dentro del alcance contemplado en el contrato de garantía.

e) Cobrar al deudor garante los costos o gastos comprobables de mantenimiento establecidos en el contrato, cuando los bienes dados en garantía estén en posesión del acreedor o de un tercero, como en el caso previsto en el art. 13 de la presente Ley, salvo pacto en contrario, o que el bien pignorado le reporte algún tipo de utilidad al acreedor garantizado.

f) A petición del deudor garante, el acreedor garantizado deberá informar por escrito a terceros sobre el monto pendiente de pago respecto del crédito garantizado y la descripción de los bienes cubiertos por la garantía mobiliaria; el deudor garante podrá solicitar esta información una vez cada tres meses sin costo alguno.

g) Otorgar la cancelación de la garantía mobiliaria al deudor garante una vez cumplida la obligación contraída, sin condicionar ello a la existencia de otras obligaciones no comprendidas en dicha garantía.

h) Los demás derechos y obligaciones que no contradigan la presente Ley.

En el cumplimiento de sus obligaciones, el acreedor garantizado responderá hasta de la culpa leve.

## 2.2. *Perú*<sup>97</sup>

### *Art. 43. Obligaciones del acreedor garantizado cuando esté en posesión de los bienes en garantía*

Son obligaciones del acreedor garantizado en caso de posesión de los bienes en garantía las siguientes:

1. Custodiar y preservar los bienes en garantía con la diligencia debida, ya que el acreedor garantizado adquiere la calidad de depositario cuando tuviese la posesión del bien en garantía, en cuyo caso obtiene las obligaciones propias del depositario.

2. Mantener los bienes en garantía de manera que sean identificables, salvo cuando estos sean fungibles; en este caso se deben mantener los bienes en garantía en la misma cantidad y de la misma calidad.

3. No usar los bienes en garantía, salvo lo acordado en el acto jurídico constitutivo.

4. Entregar el bien en garantía al deudor garante o tercero designado para tal efecto, cuando se cumplan las obligaciones garantizadas dentro de un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles, salvo que las partes acuerden un plazo distinto.

5. Informar a terceros, a petición del deudor garante, respecto del monto pendiente de pago del crédito garantizado.

<sup>97</sup> *Legislativo sobre Garantía Mobiliaria, supra nota 28.*

6. En caso de que las partes así lo acuerden, percibir por cuenta del deudor garante los frutos o intereses de los bienes en garantía en posesión. Puede pactarse que dichos frutos se imputen a la deuda, en cuyo caso el acreedor garantizado pueda hacerlo en los términos y hasta por el monto pactado.

7. Cancelar el aviso electrónico de la garantía mobiliaria cuando la obligación garantizada se haya extinguido.

8. Las demás obligaciones que pacten las partes.

### 2.3. *Jamaica*<sup>98</sup>

7. *A secured creditor in possession of the secured property:*

a) *Shall exercise reasonable care in the custody and preservation of the property;*

b) *Shall maintain the property in such a way that it remains identifiable, unless it is perishable; and*

c) *May use the property only as agreed by the parties to the security contract*<sup>99</sup>.

## V. ARTÍCULO 34

*A possessory security interest may be converted into a non-possessory security interest and retain its priority provided that the security interest is publicized by registration before the collateral is returned to the secured debtor, in accordance with article 10.*

Una garantía con desposesión podrá ser convertida en garantía sin desposesión, reteniendo su prelación, siempre y cuando se le dé publicidad a dicha garantía por medio de su inscripción registral de acuerdo al art. 10, antes de que se devuelvan los bienes muebles al deudor garante.

### 1. Análisis

El propósito de esta disposición es permitir al acreedor garantizado: 1) cambiar el tipo de garantía mobiliaria (p. ej., a nivel de la constitución de la garantía mobiliaria) a la vez que conserva, y 2) su oponibilidad frente a terceros. Esto es congruente con la práctica de la mayoría de los Estados y con la *Guía Legislativa de la CNUDMI* que recomienda que «el régimen debería disponer que la garantía real seguirá siendo oponible a terceros pese a todo cambio en el método por el que se haya de obtener esa oponibilidad, siempre que no haya habido ninguna interrupción de dicha oponibilidad»<sup>100</sup>. Por esta razón, y para preservar la continuidad de la publicidad, «la Ley Modelo de la OEA requiere que la garantía mobiliaria se

<sup>98</sup> *SIPPA*, *supra* nota 29.

<sup>99</sup> El Colegio de Abogados de Jamaica ha notado que esta sección «convierte en obligatorias las recomendaciones contenidas en el Capítulo VI de la Guía de la CNUDMI en relación con, por ejemplo, el deber de atención con respecto al activo gravado», Jamaica Colegio de Abogados, Subcomité de Derecho Comercial, Ley de Intereses de Seguridad en Bienes Personales, 16 de noviembre de 2013, párrafo 18, p. 49 (copia en archivo con el autor).

<sup>100</sup> *Guía Leg. de la CNUDMI*, Capítulo III, recomendación 46, p. 502. Véanse también los párrafos 120 y 121, pp. 143 y 144. «La justificación de política para los requisitos de la oponibilidad a terceros es permitir que los acreedores garantizados potenciales y otros terceros determinen con relativa facilidad si una garantía mobiliaria podría estar gravando ya los bienes sobre los cuales se propone que adquiera la garantía. Cuando es posible elegir entre distintos métodos para lograr la oposición frente a terceros, esta justificación de política se satisface independientemente del método que seleccione un acreedor. Por ende, siempre que la garantía mobiliaria no deje de ser oponible a terceros en ningún mo-

publique a través de su inscripción registral *antes* de que el acreedor transfiera la posesión de los bienes en garantía al deudor garante»<sup>101</sup> (cursiva añadida). La Ley Modelo de la CNUDMI contiene disposiciones análogas<sup>102</sup>.

## 2. Legislación comparable

### 2.1. *El Salvador*<sup>103</sup>

Art. 3. (1) «Garantía Mobiliaria sin Desplazamiento»: es la constituida sobre bienes cuya posesión la conserva el deudor garante, quien queda como depositario de los mismos, por lo que deberá inscribirse en el registro para que surta efectos frente a terceros.

Art. 37. Una garantía con desplazamiento, al igual que un derecho de retención concedido por la Ley, podrá ser convertida en garantía sin desplazamiento conservando su prelación original, siempre y cuando se le dé publicidad a dicha garantía, por medio de la inscripción del Formulario Registral de Modificación en el Registro, antes que se le devuelvan los bienes muebles al deudor garante. Una garantía sin desplazamiento podrá ser convertida en garantía con desplazamiento conservando su prelación, siempre y cuando se le dé publicidad a dicha garantía, de acuerdo con las disposiciones del art. 13 de esta Ley.

### 2.2. *Perú*<sup>104</sup>

*Art. 17. Publicidad con la modificación de las garantías mobiliarias*

17.1. Una garantía mobiliaria con posesión puede ser modificada en una garantía mobiliaria sin posesión, manteniendo su prelación; siempre y cuando dicha modificación se publicite en el SIGM antes que la posesión del bien mueble sea entregada al deudor garante.

17.2. Una garantía mobiliaria sin posesión puede ser modificada en una garantía mobiliaria con posesión, manteniendo su prelación; siempre y cuando dicha modificación se publicite en el SIGM.

### 2.3. *Jamaica*<sup>105</sup>

8. (5) *A security interest perfected by one method under this Act is continuously perfected under this Act if:*

- (a) *the security interest is perfected in another way under this Act; and*
- (b) *there is no intervening period between the methods of perfection during which the security interest is unperfected under this Act.*

---

mento, el acreedor garantizado debe de tener la opción de cambiar el método para lograr la oponibilidad a terceros sin interrumpir la oponibilidad a terceros de su garantía mobiliaria».

<sup>101</sup> KOZOLCHYK y WILSON, *supra* nota 3, p. 106.

<sup>102</sup> *Ley Modelo de la CNUDMI*, arts. 21 y 31.

<sup>103</sup> *Ley de Garantías Mobiliarias*, *supra* nota 27.

<sup>104</sup> *Decreto Legislativo sobre Garantía Mobiliaria*, *supra* nota 28.

<sup>105</sup> *SIPPA*, *supra* nota 29.

## **TÍTULO IV. REGISTRO Y DISPOSICIONES RELACIONADAS. ARTÍCULOS 35 A 46**

María del Pilar BONILLA

**SUMARIO:** I. ¿POR QUÉ UNA HERRAMIENTA ESPECIALMENTE DISEÑADA PARA EL SISTEMA DE GARANTÍAS MOBILIARIAS?—II. EL REGISTRO DE GARANTÍAS MOBILIARIAS COMO HERRAMIENTA PARA INFORMAR A TERCEROS.—III. LOS USUARIOS DEL REGISTRO DE GARANTÍAS MOBILIARIAS.—IV. REGISTROS ESPECIALES Y REGISTRO DE GARANTÍAS MOBILIARIAS.—V. DE LOS FORMULARIOS PREESTABLECIDOS Y LA INFORMACIÓN EN LA BASE DE DATOS.—VI. DE LA GARANTÍA MOBILIARIA DE ADQUISICIÓN.

Uno de los pilares principales del Sistema de Garantías Mobiliarias es el Registro de Garantías Mobiliarias; se trata de una herramienta consistente en una plataforma electrónica que contiene avisos por medio de los cuales se informa de las operaciones garantizadas que se llevan a cabo cuando los bienes en garantía se encuentran en posesión del deudor garante u otorgante.

El Título IV de la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias (en adelante indistintamente la Ley Modelo) desarrolla las normas básicas que los países deben tener presentes al momento de llevar a cabo una reforma y crear el Registro de Garantías Mobiliarias.

A partir del concepto unitario de garantías mobiliarias que comprende todas las operaciones garantizadas con bienes muebles o derechos sobre los mismos, incluye la cesión pura y simple de un crédito, las garantías o privilegios constituidos por ministerio de la ley sobre bienes muebles, así como aquellos contratos, pactos o cláusulas en que la propiedad tiene una función de garantía, como la venta con reserva de propiedad, el fideicomiso en garantía sobre bienes muebles; por tanto, en el Registro de Garantías Mobiliarias aparecen todas estas operaciones para evitar gravámenes ocultos.

En realidad no se trata de un Registro que constituya derechos, sino de una herramienta que permite conocer en tiempo real y con fecha cierta información de las operaciones garantizadas respecto de bienes muebles, por medio de una plataforma de acceso remoto que permite conocer a entidades del sistema financiero u otros potenciales acreedores las operaciones o las afectaciones que existen sobre bienes muebles en posesión de potenciales deudores. Esta herramienta también permite aplicar las reglas de prelación establecidas en la ley.



## I. ¿POR QUÉ UNA HERRAMIENTA ESPECIALMENTE DISEÑADA PARA EL SISTEMA DE GARANTÍAS MOBILIARIAS?

Para contestar la pregunta partiremos de los siguientes bases:

Como ya se mencionó, el concepto unitario de garantías mobiliarias no solo comprende la prenda con o sin posesión por parte del acreedor, sino también otras operaciones que se llevan a cabo respecto de bienes muebles, sea que tales bienes, derechos o cuentas por cobrar existan en el presente o sean futuros, estén específicamente determinados o se trate de categorías genéricas de bienes, sean tangibles o intangibles, determinados o determinables. Por tanto, puede ser un vehículo, una marca, flujos de contratos provenientes de ventas de futuros, maquinaria, unidades industriales especializadas, granos depositados en almacadoras<sup>1</sup>.

Por tratarse de créditos autoliquidables, en la mayoría de los casos el deudor tendrá la posesión, el uso e incluso —si fuera el caso— la disposición de los bienes y derechos objeto de garantía, mientras su naturaleza lo permita y en tanto así sea acordado por las partes. De hecho, en la mayoría de los casos, el propio bien o derecho en garantía servirá para dar cumplimiento a la obligación principal, la que generará ingresos para pagarla a través del uso, venta, transformación de los bienes o derechos en garantía.

Otro aspecto relevante es que puede ser objeto de garantía cualquier bien o derecho que tenga valor en el mercado en tanto no se trata de bienes inmuebles, esta apertura permite que cosas con valor puedan ser objeto de colateral sin que la ley establezca una listado de bienes, sino más bien se trata de números abiertos (*numerus apertus*), en tanto el otorgante tenga titularidad que lo legitime para constituir la garantía; tal sería el caso del usufructuario de cuentas bancarias o de la arrendataria de bienes inmuebles. En virtud de lo antes señalado, es susceptible de ser garantía mobiliaria cualquier bien o derecho con valor en el mercado que un acreedor esté dispuesto a recibir como colateral. En todo caso es relevante mencionar que en materia de bienes muebles la posesión presume titularidad. Solamente algunos de los posibles bienes en garantía mobiliaria, por su naturaleza la propiedad se inscribe en registros especiales o especializados de propiedad, tales como los vehículos o los derechos de propiedad industrial, en este caso sí que el acreedor solicitará durante el proceso de negociación la acreditación de la titularidad inscrita como parte de la debida diligencia que el acreedor lleva a cabo para otorgar el financiamiento. Los demás casos no hay un documento o un registro que acredite propiedad pero ello no implica que no se pueda usar como garantía.

Finalmente, es relevante señalar que el Sistema de Garantías Mobiliarias introduce la figura de los bienes atribuibles y de los bienes derivados y se establece:

— Los bienes muebles derivados son aquellos que resultan de la conversión o transformación física de los bienes gravados; incluyen entre otros los frutos, los nuevos bienes que resulten de procesos de producción.

— Los bienes muebles atribuibles son los que resultan de la conversión económica de los bienes gravados; incluyen entre otros los valores, dinero en efectivo o en forma de depósitos en cuentas bancarias, certificados de depósito, bienes o dinero que resulten de la enajenación, transmisión, permuta, o sustitución de los bienes muebles dados en garantía; incluyen los valores pagados por indemnización

<sup>1</sup> Para efectos del presente análisis, se usará «bienes en garantía» para aludir a todo lo que es susceptible de ser dado en garantía mobiliaria, lo que comprende pero no se limita a los bienes muebles.

de seguro que protegían los bienes dados en garantía o cualquier otro derecho de indemnización por los mismos, incluyendo pagos por dividendos.

Sean bienes atribuibles o bienes derivados, por ser provenientes de los bienes en garantía originalmente gravados, quedan afectos a la garantía independientemente del número y secuencia de las enajenaciones, transformaciones o sustituciones que ocurran. La regla general será que los bienes atribuibles o derivados estarán afectos a la garantía, salvo pacto en contrario.

Por tanto, podemos afirmar que el sistema de garantías mobiliarias permite que el acreedor tenga o no la posesión sobre los bienes en garantía; sin embargo, por la forma en que funciona la actividad empresarial, la regla general será que el deudor tenga la posesión de los bienes en garantía y la excepción será que el acreedor tenga dicha posesión o control.

Así, cuando el acreedor o una persona designada por este como un depositario tiene la posesión o el control del bien en garantía, el deudor no podrá usar, disponer o transformar los bienes, por lo que la posesión que el acreedor o su depositario ejerce evita que terceros de buena fe puedan verse afectados por la disposición que de ellos pueda hacer el deudor. Este acto de posesión se presume que ocurre desde el momento que se constituyó la garantía, ya que el acreedor recibe los bienes como un depositario que los cuidará porque son su colateral. Sin embargo, si el acreedor no tiene la posesión o el control sobre los bienes en garantía, implicará que el deudor los tiene en su poder y además podrá usarlos, en atención a su naturaleza podrá transformarlos e incluso venderlos. Veamos algunos ejemplos de estos casos: *a)* una garantía sobre una grúa para construcción especializada constituida por el propietario para financiar el proyecto inmobiliario en el que la usará; *b)* una garantía constituida sobre materia prima como hilo que se transformará en una tela, constituida por un empresario de la industria textil y que será vendida a un mayorista, y *c)* una garantía constituida por el propietario de una farmacia sobre la totalidad del inventario revolvente de su empresa. En todos los casos antes mencionados, el deudor tiene en su poder en forma legítima los bienes en garantía, los usa en el giro ordinario de sus actividades mercantiles y además no necesariamente tiene un derecho de propiedad inscrito en un registro o un título de propiedad (en comparación con los típicos títulos de propiedad sobre bienes inmuebles).

Lo antes señalado es lo que hace necesario que al momento que un país adopta un sistema de garantías mobiliarias unitario deba también establecer una herramienta apropiada para que los terceros conozcan las transacciones que están ocurriendo y sea posible la determinación de su grado de prelación, de ahí la importancia de un sistema de publicidad que sea acorde a estos objetivos exclusivamente.

## II. EL REGISTRO DE GARANTÍAS MOBILIARIAS COMO HERRAMIENTA PARA INFORMAR A TERCEROS

Con base en los puntos antes señalado, la Ley Modelo desarrolla la necesidad de un Registro de Garantías Mobiliarias.

Previo a continuar respecto de este registro, es relevante aclarar que a lo que la Ley Modelo se refiere es a un sistema que informa a terceros, y por ello en varios países no se le ha llamado «registro», sino «sistema de garantías mobiliarias» o «sistema electrónico de garantías mobiliarias»<sup>2</sup>, porque no es un registro de bienes o de contratos, es una base de datos que opera a partir de una plataforma electróni-

<sup>2</sup> V. gr., Perú, Colombia y Costa Rica.

ca especialmente diseñada para ello, en la que se informa a terceros, a través de un sistema de avisos incorporados a la base de datos, de las afectaciones, operaciones o transacciones que afectan bienes muebles o derechos en posesión de deudores.

Esta herramienta es fundamental por la naturaleza de los bienes muebles y de los derechos objeto de garantía, dado que la afectación no aparece en el propio bien, el sistema de avisos permite informar las operaciones garantizadas con fecha cierta.

También debe tenerse presente que para efectos de hacer pública la información, el sistema también abarca todos los pactos, contratos u operaciones que afectan bienes muebles o derechos, por ejemplo, los contratos de *leasing* deben inscribirse por parte de las arrendadoras financieras con la finalidad de informar a terceros que los bienes en posesión del arrendador financiero son de la propiedad de la arrendadora, también los contratos de compraventa de bienes muebles con pacto de reserva de dominio o la cesión de derechos de crédito cuando el cedente tiene la gestión de cobro de los derechos por cuenta del cesionario; en situaciones como esta, se busca contar con un sistema que permite informar a terceros de las operaciones contractuales que se hacen respecto de bienes y que al operar en tiempo real a través de una plataforma que otorga fecha y hora exactas al momento de incorporación del aviso permita que dichos terceros, ajenos a la transacción entre deudor y acreedor, conozcan el derecho de que goza un acreedor garantizado respecto de los bienes en posesión de su deudor.

Por la forma en que funciona el sistema de registro de avisos, permite la clara aplicación de las reglas de prelación propias del sistema de garantías mobiliarias. De esta forma, las entidades financieras y los potenciales acreedores podrán constatar la posibilidad que tiene el bien de ser objeto de garantía y conocer las afectaciones que el mismo tiene.

El Registro de Garantías Mobiliarias, por tanto, no es un registro por el que se constituye la garantía, sino una plataforma electrónica de acceso remoto que permite que los usuarios previamente autorizados incorporen avisos a la base de datos pública; dichos avisos están contenidos en formularios preestablecidos, los cuales contienen la información relevante que puede ser consultada por terceros al acceder a la plataforma a hacer consultas a dicha base de datos.

Para que la herramienta sea eficiente debe ser el único lugar en el que se inscriben todas las afectaciones sobre bienes muebles, por lo que al no ser un registro de propiedad, aquellos bienes cuya propiedad se inscribe en registros especiales continúan funcionando para tal fin; sin embargo, las garantías mobiliarias que se constituyan sobre estos bienes deberán constar en el Registro de Garantías Mobiliarias.

Por tanto, no se trata de un registro con calificación que incorpore contratos, sino de una plataforma diseñada en forma segura que incorpora información a una base y este es el que determinará el momento a partir del cual se informa del derecho preferente que goza el acreedor garantizado y permitirá la aplicación de las reglas de prelación. Debe quedar claramente diferenciada la constitución de la información a terceros o publicidad, pues si el acreedor no puede probar la existencia de la garantía mobiliaria la inscripción del aviso en el Registro de Garantías —al no ser constitutivo— no prueba su existencia y en todo caso sería prueba de un acto para perjudicar a una persona.

De esa suerte, el art. 35 de la Ley Modelo señala que: «La garantía mobiliaria a la cual se dé publicidad mediante su inscripción en el Registro será oponible frente a terceros desde el momento de su inscripción».

Es decir, solo aquella garantía mobiliaria que la ley establezca que se hace oponible por medio de la inscripción en el Registro. Lo anterior es porque cuando el acreedor tiene la posesión o el control muchos países no exigen la obligación del registro dado que el deudor no tiene la posesión de los bienes.

Asimismo señala el art. 43: «La entidad designada por el Estado operará y administrará el Registro, el cual será público y automatizado, y en el cual existirá un folio electrónico que se ordenará por nombre de deudor garante».

Y el art. 44: «El Registro contará con una base central de datos, constituida por los asientos registrales de las garantías mobiliarias inscritas en el Estado».

Así, la Ley Modelo establece las características fundamentales del Registro de Garantías Mobiliarias como: Una base de datos pública que opera en forma electrónica; se organiza bajo un sistema de folio personal en atención a el o los deudores garantes; es una base de datos única en la que se incorporan los avisos de todas las garantías de un país o Estado, es el sistema que permite informar a terceros de las operaciones garantizadas que se están llevando a cabo y por tanto determinará la aplicación de las reglas de prelación.

### III. LOS USUARIOS DEL REGISTRO DE GARANTÍAS MOBILIARIAS

Al momento de adoptar un sistema unitario de garantías mobiliarias y organizar un registro, cada país decidirá quiénes pueden incorporar avisos de constitución, modificación, cancelación y ejecución de garantías mobiliarias. Usualmente a las personas —naturales o jurídicas— que pueden incorporar avisos a la base de datos se les denomina Usuarios del Sistema o Usuarios del Registro. Dichos Usuarios deben firmar un contrato con el administrador del Registro en el que se obligan a usar la plataforma de conformidad con la ley y para que la misma cumpla con su finalidad, siendo los únicos responsables de la información que incorporan a la base de datos a través de su Usuario.

Para ser Usuario cada país determina los requisitos que exige el administrador de la plataforma del Registro de Garantías Mobiliarias, una vez tales requisitos se han cumplido y el Usuario tiene acceso al sistema por medio de su nombre de Usuario deberá respetar las normas de uso. Así, podría ser que acceda el propio acreedor (autorizado en el contrato por el que se constituyó la garantía por el deudor garante) o un tercero a quien el acreedor autorizó hacer la inscripción, pero en todo caso el responsable de la incorporación de la información es quien aparece como titular de la cuenta de Usuario ante el administrador del Registro. Al Registro no le corresponde revisar si quien incorpora el aviso tiene o no autorización para hacerlo, pues no es un registro constitutivo con calificación, es una herramienta de información pública.

El art. 36 de la Ley Modelo prevé una regla general, que será matizada por cada país al adoptar su propia Ley de Garantías Mobiliarias, señala: «Cualquier persona podrá efectuar la inscripción de la garantía mobiliaria autorizada por el acreedor garantizado y el deudor garante; y cualquier persona podrá efectuar la inscripción de una prórroga con la autorización del acreedor garantizado».

Respecto de esta norma, es relevante mencionar que únicamente el Usuario que hace la inscripción inicial podrá hacer modificaciones a la misma, lo que incluye una modificación en el plazo (prórroga), salvo que al no querer hacerlo quien es Usuario se deba pedir a un juez que intervenga, pero eso será una situación excepcional y el procedimiento lo establecerá cada sistema en sus reglamentos o procedimientos.

La regla de la Ley Modelo lo que busca es señalar que cualquier persona puede ser Usuario y, por tanto, cada país tendrá la opción de elegir un sistema abierto que no limite quien pueda aplicar a ser Usuario o un sistema más cerrado que solo permite a las instituciones financieras, los abogados y los notarios ser Usuarios, por mencionar algunos.

Al respecto la Ley Modelo señala en los arts. 45 y 46 lo siguiente:

«Para la inscripción y búsqueda de información, el Registro autorizará el acceso remoto y por vía electrónica a usuarios que lo soliciten».

«Los usuarios contarán con una clave confidencial de acceso al sistema del Registro para inscribir garantías mobiliarias mediante el envío por medios electrónicos del formulario de inscripción registral, o por cualquier otro método autorizado por la legislación del Estado, así como para realizar las búsquedas que le sean solicitadas».

En muchos países las búsquedas son públicas y sin costo alguno; en otros países las búsquedas tienen un costo mínimo (p. ej., de un dólar de los Estados Unidos de América), dicha tarifa variará de país a país, pero en todo caso debe diferenciarse el Usuario que puede hacer inscripciones; es decir, el que puede incorporar información a la base de datos a través de la plataforma y que deberá hacerlo por medio de un usuario que accede por una clave que debe guardar con confidencialidad, de la persona que puede ver la información de la base de datos pero no puede acceder a la misma.

En cuanto a las modificaciones a las inscripciones registrales, el art. 41 establece: «Los datos de inscripción podrán modificarse en cualquier momento por la inscripción de un formulario de modificación; la modificación tendrá efecto solo desde la fecha de su inscripción». Y el art. 42: «El acreedor garantizado podrá cancelar la efectividad del registro original por medio de la inscripción de un formulario registral de cancelación. Si una cancelación se lleva a cabo por error o de manera fraudulenta, el acreedor garantizado podrá reinscribir el formulario de inscripción registral en sustitución del formulario cancelado. Dicho acreedor retiene su prelación con relación a otros acreedores garantizados que hayan inscrito una garantía durante el tiempo de vigencia del formulario original erróneamente cancelado, mas no en contra de acreedores garantizados que hubieran inscrito sus garantías con posterioridad a la fecha de cancelación pero con anterioridad a la fecha de reinscripción de la garantía».

Ambas normas tutelan la cancelación de la inscripción, con el objeto de dejar en el historial registral que si bien existió un financiamiento con garantía mobiliaria, la garantía ya no es un colateral y, por tanto, los bienes ya no sufren de la afectación que tenían. Esto es porque el récord crediticio del deudor garante u otorgante es importante, pero también en caso de que ingrese una nueva afectación la misma tenga una fecha clara para la posterior aplicación de reglas de prelación. La segunda norma prevé lo que ocurriría si se hace una cancelación por error o en perjuicio de un acreedor garantizado; en ese caso dicho acreedor puede volver a inscribir estableciendo que no es una nueva inscripción sino que se canceló por error, conservando su grado de prelación, es decir, aplicando desde la fecha de la inscripción original y erróneamente cancelada; sin embargo, si en el periodo de tiempo que no había una afectación a terceros otro acreedor de buena fe inscribió, no puede verse afectado, dado que el sistema no le informó de la existencia y al contrario aparecía una cancelación. La norma busca proteger terceros de buena fe; es decir, que no pueden ser terceros involucrados en la cancelación errónea o fraudulenta.

#### IV. REGISTROS ESPECIALES Y REGISTRO DE GARANTÍAS MOBILIARIAS

Como ya se mencionó antes, existen algunos bienes muebles cuya propiedad se inscribe en registros especiales, tal es el caso de los vehículos automotores o en algunos países los aviones son objeto de garantía mobiliaria. Los registros de propiedad, como su nombre lo indica, son registros que usualmente funcionan bajo un sistema de folio real que inscriben el tracto de la historia del bien; es decir, los cambios en la titularidad del bien. En algunos países estos registros son constitutivos de derechos y usualmente tienen calificación por parte del operador del registro, quien verifica que el acto o contrato por el que se transmite la propiedad cumpla con los requisitos exigidos por la ley aplicable, pero además que exista tracto en cuanto a quien aparece como titular de los bienes en el historial registral.

Por otro lado, como ya se mencionó, el Registro de Garantías Mobiliarias no solo no es un registro constitutivo, sino tampoco tiene calificación de los actos o contratos por los que se constituye la garantía mobiliaria, porque su función es meramente informativa; es decir, avisa a terceros respecto de las operaciones garantizadas con bienes muebles o derechos sobre los mismos.

Así, si una persona que es propietaria de un bien mueble (ejerce una titularidad legítima) aparece en un registro especializado o especial como tal, solo esta persona podría afectar el bien con una garantía. Como ya mencioné, debería ser parte del proceso de debida diligencia que hace el acreedor verificar (cuando se trate de bienes cuya propiedad está inscrita en un registro especial) que quien le está ofreciendo el bien en garantía sea su legítimo titular.

A eso se refiere el art. 37 de la Ley Modelo, que señala: «Cuando otra ley o convención internacional aplicable requiera que el título de bienes muebles sea inscrito en un registro especial y contenga *normas relativas a las garantías creadas sobre dicha propiedad*, dichas disposiciones tendrán precedencia con respecto a esta ley, en lo referente a cualquier incongruencia entre ambas» (la cursiva es propia).

Para que aplique la norma deben darse los dos supuestos contenidos en ella: primero, que una ley o convención internacional aplicable requiera que la titularidad de los bienes esté inscrita en un registro especial (de propiedad), y el segundo que dicha ley o convención internacional además contenga normas relativas a las garantías creadas sobre dicha propiedad, en ese caso prevalecerá dicha normativa, pero únicamente en lo referente a una incongruencia entre ambas normas y no sobre toda la normativa.

Por ejemplo, podría ocurrir que la ley especial respecto de inscripción de bienes muebles en un registro de propiedad establezca la norma general que solo quien tiene la propiedad inscrita en dicho registro puede afectar el bien en garantía, podría ocurrir que se inscriba una garantía en el Registro de Garantías Mobiliarias sobre un bien cuya propiedad está inscrita en dicho registro especial, pero se dio en garantía por quien lo tiene en uso porque aparenta un derecho por la posesión que ejerce sobre el bien, pero no es su propietario; en este caso, aunque se inscriba en el Registro de Garantías Mobiliarias y aunque tuviera una aparente posesión legítima no se aplicará la normativa de la Ley de Garantías Mobiliarias, sino se aplicará la regla general de la ley que regula el registro especial de propiedad, primero porque no se podía constituir la garantía y segundo porque el registro de garantías no es constitutivo de derechos, todo lo anterior sin perjuicio del derecho de los afectados a iniciar las acciones correspondientes tanto penales como civiles que fueran aplicables de acuerdo a la ley.



## V. DE LOS FORMULARIOS PREESTABLECIDOS Y LA INFORMACIÓN EN LA BASE DE DATOS

La creación del Registro de Garantías Mobiliarias y sus características están en la Ley de Garantías Mobiliarias de cada país; sin embargo, las reglas de operatividad usualmente están en las disposiciones reglamentarias de dicho Registro, puesto que las mismas se adaptarán a las necesidades que pueda tener el país y los usuarios del sistema.

Sin embargo, la Ley Modelo, en el art. 38, establece cierta información mínima que recomienda colocar en el formulario de inscripción inicial, con el objeto que cada país lo adopte ya sea en la ley o en el reglamento, siendo dicha información la siguiente:

- I. El nombre y dirección del deudor garante.
- II. El nombre y dirección del acreedor garantizado.
- III. El monto máximo garantizado por la garantía mobiliaria.
- IV. La descripción de los bienes en garantía, que podrá ser de forma genérica o específica.

Cuando exista más de un deudor garante otorgando una garantía sobre los mismos bienes muebles, todos los deudores garantes deberán identificarse separadamente en el formulario de inscripción registral.

Respecto de esta regla es relevante hacer algunos comentarios:

Cuando la norma se refiere a la dirección, usualmente es para efectos procesales, es decir, para poder notificar a las personas en caso de incumplimiento contractual. Sin embargo, en algunos países en los que se pueden hacer notificaciones por vía electrónica se ha adoptado incluir en el formulario la dirección electrónica como la forma por la que se notifica legalmente a las personas.

La información contenida en los numerales I, II y IV es la que debe aparecer en los motores de búsqueda cuando terceros quieran conocer la situación de los bienes en garantía, puesto que el Registro de Garantías Mobiliarias se organiza bajo un sistema de folio personal, se debe poder buscar al deudor garante y para ello debe existir una forma de búsqueda segura. En mi opinión personal, debe ser obligatorio que además del nombre y la dirección se incorpore en el formulario un número que sea único en el país y que permita llegar al deudor garante en forma segura (p. ej., el Número de Identificación Tributaria o Número de Identificación Fiscal, o para personas individuales el Número de Cédula o Número del Documento de Identificación Personal); de esta forma el motor de búsqueda llegará con más certeza a la persona que se está buscando, evitando hacer búsquedas por el nombre que puede llevar a muchos homónimos. Por eso es que cada deudor debe aparecer, pues cualquiera de ellos podría tener la posesión de los bienes en garantía. Además, si se trata de bienes que tienen un número de serie que permite identificarlos con toda certeza (p. ej., los vehículos automotores), esta información también debería ser obligatoria pues debería poder llegarse a ese bien a través de su número de serie en los motores de búsqueda.

Lo anterior es para que el Registro de Garantías Mobiliarias cumpla con su finalidad de informar a terceros en forma eficiente de las operaciones garantizadas que ocurren en el mercado y evitar gravámenes ocultos.

La información en la base de datos aparecerá pública el plazo que determine cada país, usualmente es el plazo de prescripción, y se podrá renovar por los nuevos plazos que las partes acuerden de conformidad con las reglas que establezca el



país; en todo caso, la regla fundamental es que el acreedor garantizado conserva su prelación desde la fecha de la inscripción original.

Al respecto, la Ley Modelo propone una regla general que cada país adaptará a sus necesidades, señala el art. 39: «La inscripción en el Registro tendrá vigencia por un plazo de cinco años, renovable por periodos de tres años, conservando la fecha de prelación original».

## VI. DE LA GARANTÍA MOBILIARIA DE ADQUISICIÓN

Una de las figuras novedosas e importantes del régimen de las Garantías Mobiliarias es la Garantía Mobiliaria de Adquisición, también conocida como Garantía Mobiliaria Prioritaria para la Adquisición de Bienes. Esta garantía que permite el financiamiento para la adquisición de bienes concretos que serán el colateral del acreedor que ha financiado su adquisición, se inscribe de conformidad con la regla establecida en el art. 40: «Para darle publicidad a una garantía mobiliaria de adquisición y oponibilidad frente a acreedores garantizados previos con garantía sobre el mismo tipo de bienes, el acreedor con garantía de adquisición deberá cumplir con los siguientes requisitos, antes de que el deudor garante tome posesión de dichos bienes:

I. Inscribir en el formulario de inscripción registral una anotación que indique el carácter especial de la garantía mobiliaria de adquisición.

II. Notificar a los acreedores garantizados con anterioridad sobre el mismo tipo de bienes cuáles son los bienes que el nuevo acreedor garantizado espera adquirir mediante la garantía mobiliaria de adquisición».

Así, lo que se busca es que cuando un deudor ya tiene una garantía previa sobre inventario o sobre bienes que se pueden confundir con los bienes que se van a adquirir, esta garantía se inscriba informando claramente tanto a terceros como a los acreedores previos que se trata de un bien cuya adquisición se financiará y servirá de colateral al acreedor con garantía de adquisición para que todos sepan que ese bien no pasará a formar parte de las garantías previas. Por ejemplo, si un empresario propietario de una librería, en la que se vende al público los típicos bienes de uso de oficina y escuelas (lápices, lapiceros, cuadernos, libretas, crayones...) ha constituido una garantía mobiliaria sobre la totalidad de su inventario a favor de un acreedor (A), posteriormente quiere prestar el servicio de fotocopias a los estudiantes y personas que llegan al local y para tal efecto va a adquirir una fotocopidora industrial, y el financiamiento para adquirirla se lo dará otro acreedor (B), quien ha solicitado que el bien que se va a adquirir sea su garantía. Si bien la fotocopidora pasará al inventario del empresario (deudor garante), no será parte de la garantía del acreedor A porque no es parte del inventario afecto a su garantía sino es una garantía de adquisición.



## TÍTULO V. REGLAS DE PRELACIÓN. ARTÍCULOS 47 A 53

Roberto A. MUGUILLO

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN AL TÍTULO V.—II. LA PRELACIÓN Y SU OPONIBILIDAD FRENTE A TERCEROS (ART. 47).—III. EL DERECHO REIPERSECUTORIO (ART. 48).—IV. ADQUIRENTE EN EL CURSO ORDINARIO DE LAS OPERACIONES MERCANTILES (ART. 49).—V. MODIFICACIÓN DE LA PRELACIÓN, PREFERENCIA O PRIVILEGIO (ART. 50).—VI. GARANTÍA MOBILIARIA DE ADQUISICIÓN (ART. 51).—VII. SUPUESTOS ESPECIALES (ART. 52).—VIII. TRANSFERENCIA DEL BIEN GRAVADO A TERCEROS (ART. 53).

### I. INTRODUCCIÓN AL TÍTULO V

La Ley Modelo Interamericana de Garantías Mobiliarias (LMOEA, en lo sucesivo) plasma en este Título V aquello que adelantara el art. 2 al expresar que «el acreedor garantizado tendrá el derecho preferente a ser pagado con el producto de la venta de los bienes gravados».

El texto y el título nos imponen una necesaria aclaración terminológica, pues hablar de *prelación* y *preferencia* conforme los conceptos que desarrolla la Ley Modelo, siendo que en algunos países de América Latina se habla en particular de *privilegios*, todo ello nos lleva a tener que iniciar este comentario necesariamente fijando con la mayor precisión los términos que vamos a utilizar.

Prelación es un término de origen latino que proviene de *praelatio*, haciendo referencia a la prioridad o predilección con que se tiene que atender un determinado tema; es un orden de prioridad o preferencia con que una cosa o una persona deberá ser atendida. Pothier, por su parte, hablaba de privilegio, como un rasgo de las obligaciones, consideradas en relación a las seguridades y a las vías que tenía el acreedor para asegurarse su pago, y Emilio Betti hablaba de prelación como una defensa más de las obligaciones.

De esta breve síntesis, advertimos que sobre distinta terminología, todos coinciden en que el instituto —sea este calificado como prelación, preferencia o privilegio—, siempre se tiende por su intermedio a lograr la mejor tutela jurídica del crédito.

De allí que a todos los efectos de la presente, podamos entonces afirmar que las preferencias, privilegios o prelaciones, tal como son tratadas en la Ley Modelo, tienden a ese objetivo tutelar y no van a conformar ni un derecho real, ni un derecho personal, sino que son una especial cualidad de ciertos créditos a los que la

ley les atribuye prioridad de cobro sobre los bienes del deudor y el derecho a ser pagado con preferencia a todo otro acreedor.

Prelación, preferencia y privilegio por esa necesidad de ser precisos en el análisis de la Ley Modelo, son términos que deben ser interpretados como análogos y sinónimos. Independientemente de esta terminología variada pero analógica, lo cierto es que en este título se desgana uno de los Principios del NATLAW<sup>1</sup> al plasmar que la garantía mobiliaria es un derecho de posesión o de control preferente sobre bienes muebles. Como tal, no requerirá que el deudor garante sea el propietario del bien mueble garantizador; su derecho a la posesión del mismo bien, así sea coetáneo con otros derechos posesorios de otros acreedores o deudores, permitirá la creación de la garantía mobiliaria.

El hecho de que solo se requiera un derecho posesorio para la creación de un derecho de garantía real mobiliaria permite que un gran número de personas acceda a créditos en tanto pueden considerarse deudores con garantía real mobiliaria, *i. e.* compradores a plazos, los que posean derechos a bienes futuros, los tenedores de documentos como conocimientos de embarque, los beneficiarios de cartas de crédito, etc. Sus derechos sobre el bien poseído no requieren del *animus domini* (o la intención de poseer como propietario) que Savigny aseveraba era el requisito esencial para la protección de la posesión en el Derecho romano, sino del *animus possessionis* (o la sola intención de poseer legítimamente) que von Jhering sugería como necesario para la protección de poseedores (*i. e.* arrendatario).

Con este preliminar aclaratorio, pasaremos al análisis exegético de las normas que contiene el Título V.

## II. LA PRELACIÓN Y SU OPONIBILIDAD FRENTE A TERCEROS (ART. 47)

Entre los doce principios del NATLAW, expresa el sexto de ellos que el efecto de una garantía mobiliaria registrada (incluyendo su prioridad) ante terceros da comienzo a partir de su inscripción, independientemente del momento de su constitución, priorizando así el cumplimiento de los recaudos de publicidad incorporados por la Ley Modelo.

Es así que la Ley Modelo indica en el art. 47 que el derecho conferido por una garantía mobiliaria es oponible a los terceros cuando se ha cumplido con el recaudo de su publicidad. Concordantemente con ello el art. 48 va a expresar que la prelación se determina por el momento de su publicidad.

En realidad esta publicidad está dada por el registro efectuado de conformidad a lo determinado por el acto de inscripción en el Registro tal como disponen para los distintos bienes los arts. 11 y ss. de la Ley Modelo; o sea, estamos ante una publicidad registral y su prelación estará dada por el momento de tal registración.

Nada quita que esta publicidad también esté dada por el hecho de la entrega de la posesión o control de los bienes por parte del acreedor o de un tercero en su nombre, lo que la transforma en un supuesto de publicidad posesoria (aspecto en el que consideramos incluido tanto la entrega de la posición de un bien como la transferencia de los títulos que pueden ser objeto de la garantía).

En este caso tenemos que definir el momento de la publicidad posesoria para ver cómo juega ante una publicidad registral de los mismos bienes.

<sup>1</sup> Este es el núm. 2 de los 12 Principios del National Law Center for Inter-American Free Trade (NLCIFT), para las Garantías Mobiliarias en las Américas del año 2006.

### III. EL DERECHO REIPERSECUTORIO (ART. 48)

El art. 48 incorpora en su segundo párrafo —como reafirmación del derecho de los acreedores del sistema— el derecho reipersecutorio respecto de los bienes objeto de la garantía registrada.

Este *ius perseguendi* sobre los bienes dados en garantía es la facultad del acreedor de proteger la garantía de su acreencia frente a cualquier actitud temeraria, desleal o abusiva del deudor que se traduzca en la transferencia o en el desprendimiento de la cosa o bienes dados en garantía.

Sin embargo, como veremos, este derecho no es absoluto, sino limitado por la valla que puede llegar a imponer la buena fe de un tercer adquirente a título oneroso de los bienes objeto de la garantía. Debe protegerse al acreedor del sistema, pero deben armonizarse estas normas con otros derechos de terceros.

Claramente la estructura de la norma en comentario (art. 48) impone que este derecho solo es concedido al acreedor que ha dado cumplimiento a todos los requisitos de la Ley Modelo; o sea, que ha llevado a cabo la publicidad registral de su acreencia.

Cabe, en relación a esta norma, referirse a un supuesto no contemplado, cual puede ser la errónea registración de una garantía o la omisión de la registración del bien o bienes objeto de la garantía, ya por un mal ingreso del registro o una falla del sistema operativo, que bien podríamos conceptuar como «fuga registral». En estos supuestos entendemos que debe protegerse la buena fe (que se presume) de cualquier tercer adquirente del bien sea o no en el curso ordinario de los negocios; por lo que este adquirirá ese bien en plenitud y no podrá ser objeto del derecho reipersecutorio que confiere la Ley Modelo al acreedor.

### IV. ADQUIRENTE EN EL CURSO ORDINARIO DE LAS OPERACIONES MERCANTILES (ART. 49)

Los Principios de NATLAW van a encontrarse también en este título en la disposición del art. 49 que comentaremos. En efecto: dispone el Principio núm. 9 que el comprador en el curso ordinario de los negocios adquiere los bienes libres de cualquier garantía mobiliaria perfeccionada anteriormente por el vendedor, incluso en los casos en que el comprador pueda tener conocimiento de su existencia. Si la venta ocurre fuera del curso ordinario de los negocios, entonces el comprador se encuentra sujeto a la garantía mobiliaria, incluso cuando haya pagado un precio de compra justo.

Siguiendo tal directiva, la disposición del art. 49 de la Ley Modelo ampara al adquirente de los bienes gravados, en tanto los haya *adquirido en el curso ordinario de las operaciones mercantiles del deudor garante*. El que así adquiriera los bienes recibirá estos libres de todo gravamen.

Se plasma en este esquema de garantías mobiliarias registrables el clásico principio de la «posesión vale título», ya que no se advierte como lógico ni razonable que un consumidor llevara a cabo una investigación registral para saber si el vendedor ha dado en garantía su inventario, aun cuando este pueda estar gravado.

La Ley Modelo tiende a resguardar la buena fe del tráfico mercantil, de modo tal que todo adquirente dentro del giro ordinario de los negocios que desconozca la vigencia de una garantía sobre ese bien que adquiere, igual lo adquirirá libre de todo gravamen, sin estar afectado por la garantía anterior registrada, liberando

de toda carga informativa previa al adquirente, tendente a constatar la existencia o no de gravámenes o garantías previas.

Si no se protegiera al adquirente —cuya buena fe se presume en una adquisición en el curso ordinario de los negocios—, el sistema de garantías registrables sería claramente objetable, pues para el consumidor adquirente sería como estar adquiriendo bienes con gravámenes ocultos y además sujeto al derecho reipersecutorio.

Por tanto, la adquisición de bienes gravados en el curso ordinario de los negocios será una valla al *ius perseguendi*, una excepción al principio de la Ley Modelo de «primero en el tiempo, primero en el derecho» y una reafirmación al mantenimiento de la celeridad, viabilidad y libertad del mercado.

La norma comentada no genera una liberación del deudor, ni quiere decir que el acreedor se vea desprotegido, pues su derecho se mantendrá sobre el dinero efectivo, sobre los títulos recibidos o sobre las cuentas por cobrar emergentes de la venta de los bienes en el curso ordinario de los negocios, en razón de la propia extensión automática de la garantía que «flotará» hacia el producido de la venta.

De igual modo ocurre en el caso de arrendamientos o locaciones financieras otorgadas en el curso ordinario de los negocios del arrendador luego de la publicación de la garantía mobiliaria, supuesto en donde se advierte con mayor claridad el derecho del acreedor que se extenderá sobre ese producido que serán los cánones del arrendamiento, hacia los cuales se extenderá o «flotará» el derecho del acreedor garantizado y su derecho reipersecutorio.

La disposición del art. 49 busca resguardar la buena fe de todo adquirente dentro del giro ordinario de los negocios y a la par no romper la celeridad, usos y costumbres del tráfico mercantil. Esta presunción de buena fe del adquirente en estas condiciones no es absoluta y puede desvirtuarse por el conocimiento que dicho adquirente pueda tener respecto de la vigencia de una garantía inscrita sobre el bien que va a adquirir. De darse este supuesto, tal conocimiento descarta la buena fe que presume la norma, por lo que la consecuencia de ello sería el mantenimiento de la garantía frente a un comprador en tal circunstancia. A presunción por presunción, la Ley colombiana dispone que esta prerrogativa no podrá ser opuesta por personas estrechamente vinculadas al vendedor-deudor garante, como sus parientes, socios, etcétera.

Qué ocurre cuando una persona adquiere un bien sujeto a una garantía registrada y no lo hace dentro del curso ordinario de los negocios. Entendemos que no puede defender su adquisición con el solo argumento de su «buena fe», sino que deberá probar un actuar diligente en tal adquisición.

## V. MODIFICACIÓN DE LA PRELACIÓN, PREFERENCIA O PRIVILEGIO (ART. 50)

El principio de autonomía de la voluntad no ha sido dejado de lado en este régimen, de allí que entre los Principios del NATLAW el núm. 4 nos indique que las garantías mobiliarias pueden ser creadas mediante contrato o en virtud de la ley. La efectividad de una garantía mobiliaria entre el acreedor garantizado y el deudor se origina por el contrato entre los mismos por imposición de la ley o decisión judicial, sin necesidad de formalidades adicionales.

De ahí que el art. 50 habilite la plena libertad de modificación de la garantía entre los acreedores garantizados involucrados, salvo que afecte derecho de terce-

ros o se halle prohibido por la ley. Es que si se le reconoce la facultad de crear una garantía, cabe también reconocer la posibilidad de modificarla y extinguirla.

La Ley Modelo no fija límites a la posibilidad de modificación, por lo que este podrá afectar a los bienes objeto de la garantía, o bien a la garantía misma. Así entonces podrá acordarse entre los acreedores la modificación de los bienes afectados a cada uno de los créditos y aún mismo la prelación entre ellos, pudiéndose alterar el clásico principio de «primero en el tiempo, primero en el derecho», compartir el mismo grado de prelación o bien subordinar la ejecución o el cobro de un acreedor respecto de otro.

## VI. GARANTÍA MOBILIARIA DE ADQUISICIÓN (ART. 51)

Consagra esta disposición que analizaremos (art. 51) otro de los Principios de NATLAW (núm. 8) que expresa puntualmente que en la medida en que el crédito proporcionado en base a una garantía mobiliaria de adquisición o de compra de bienes específicos se utilice directamente para la compra de los bienes garantizados, dicha garantía tendrá prioridad sobre otras garantías mobiliarias preexistentes que cubran la misma clase de bienes, creando así un incentivo para quienes deseen proporcionar los préstamos necesarios y oportunos, y una protección en contra del monopolio e inmovilización de los bienes garantizados disponibles por parte de uno o más acreedores garantizados. Además de la inscripción correspondiente, para el perfeccionamiento de la garantía mobiliaria de adquisición se requerirá un aviso especial a los acreedores preexistentes.

En el sentido indicado entonces, dispone el art. 51 de la Ley Modelo que una *garantía mobiliaria de adquisición tendrá prelación sobre una garantía anterior que afecte bienes futuros del deudor garante*, siempre que se constituya de acuerdo con lo establecido en la ley.

El principio general de la Ley Modelo es el conocido *prior tempore potior iure*, principio con el que opera la oponibilidad de la garantía frente a terceros, por lo que la norma del art. 51 supone una excepción a este principio.

El caso particular de las garantías mobiliarias de adquisición es una garantía sobre un bien determinado que haya sido adquirido utilizando la financiación que el vendedor/acreedor garantizado otorga. En este caso se dará una especial prelación frente a garantías ya registradas sobre el mismo tipo de bienes. Se excepciona la regla de prelación por la oponibilidad de esta garantía posterior en el tiempo, con el propósito de favorecer la financiación de la adquisición de bienes.

Es de aplicación al caso particular la disposición del art. 40, parágrafo II, de la Ley Modelo; o sea, la notificación a los acreedores garantizados registrados con anterioridad que vean afectada su prelación o preferencia. La razón de esta notificación es el de ponerlos en conocimiento de la existencia de una preferencia por sobre la propia y darles así la posibilidad de revisar y renegociar las condiciones de su garantía y —en su caso— acordar modificaciones o mejoras a las mismas.

Esta garantía, que podemos calificar de superprioritaria, se limita a los bienes muebles específicos adquiridos por el deudor y solo respecto al monto o saldo pendiente de pago en su adquisición.

Resumiendo: esta garantía mobiliaria de adquisición tiene prelación siempre que se den las siguientes condiciones:

i) Primarás solo sobre una garantía anterior de bienes futuros del deudor que sean de la misma especie del bien adquirido.



ii) Efectuarse la registraci3n conforme requiere la Ley Modelo, o sea, conforme dispone el art. 12 de la Ley Modelo, por medio de la inscripci3n que haga referencia al car3cter especial de la garant3a y describa los bienes gravados por la misma.

iii) Notificarse al acreedor que pueda resultar afectado.

iv) Limitarse al saldo o monto monetario pendiente de la adquisici3n.

## VII. SUPUESTOS ESPECIALES (ART. 52)

La Ley Modelo incluye determinados supuestos especiales a fin de resguardar por un lado el principio del *prior tempore potior iure* y por el otro reconocer ciertas excepciones a este que hacen a la necesidad del tr3fico mercantil.

En primer lugar, en el par3grafo I, dispone la Ley Modelo que una garant3a mobiliaria con desposesi3n, sobre un documento representativo de mercader3as tendr3 prelación sobre una garant3a que grave los bienes representados por dicho documento, siempre y cuando esta 3ltima haya sido dada a publicidad posteriormente a la fecha de emisi3n de tal documento.

Este primer supuesto nos enfrenta al caso del endoso o entrega de un documento emitido por almacenes de dep3sito o similares que justifican la propiedad de mercader3as que indica el instrumento; situaci3n que adquirirá publicidad y oponibilidad frente a terceros, desde el momento de la entrega del documento o debidamente endosado este en su caso. En este supuesto el derecho del poseedor del documento ser3 preferente al del acreedor con garant3a sobre los bienes representados por dicho documento, si esta garant3a fue inscrita con posterioridad a la fecha de emisi3n del documento.

En segundo lugar, el par3grafo II dispone a su vez que el tenedor de dinero o cesionario de un t3tulo negociable que ha tomado posesi3n del mismo con o sin endoso seg3n corresponda, en el curso ordinario de las operaciones mercantiles de la persona que se lo transfiri3, los recibe libre de gravamen.

Previo al comentario de este par3grafo, debemos expresar que no compartimos el uso del t3rmino «cesionario», pues ello conlleva ciertas particularidades que afectan la adecuada compresi3n de la norma. El cesionario ocupa el mismo lugar que su cedente y la oponibilidad a terceros de esa cesi3n requiere la notificaci3n al deudor cedido, lo que no se da en el caso. Estimamos por ello que, para evitar errores o indebidas interpretaciones, debi3 utilizarse el concepto «endosatario» y no cesionario.

El par3grafo II hace aplicaci3n del principio que analizamos en el punto III de este comentario, pero en lugar de una adquisici3n en el curso ordinario de los negocios mercantiles, nos encontramos ante un supuesto de una negociaci3n de documentos o efectivo en el curso natural de las operaciones, lo que hace aplicable al presente caso todo lo all3 expresado, por lo que remitimos a dicho punto III por razones de brevedad del comentario.

En el par3grafo III la Ley Modelo dispone que el acreedor garantizado que reciba una aceptaci3n por un banco emisor, o confirmante de su garant3a a la cual se dio publicidad sobre los bienes atribuibles de una carta de cr3dito, tiene prelación sobre cualquier otra garant3a mobiliaria sobre dichos bienes, sin importar el momento de la publicidad de otro acreedor garantizado que no haya recibido dicha aceptaci3n o la haya recibido en fecha posterior. Cuando la garant3a mobiliaria cubra los bienes atribuibles de la carta de cr3dito, se aplicar3 la regla general de prelación establecida en esta ley.

En el último párrafo de esta norma dispone la Ley Modelo en su párrafo IV que una garantía mobiliaria que se haya previamente publicitado sobre bienes adheridos o incorporados a un inmueble, sin perder su identidad de bien mueble, tiene prelación respecto de garantías sobre el inmueble correspondiente, siempre y cuando la misma se haya inscrito en el registro inmobiliario correspondiente antes de la adhesión o incorporación.

La disposición comentada coloca en tela de juicio el clásico principio del Derecho romano del *accessorium sequitur principale*, y por el cual todo lo que se une o incorpora natural o artificialmente a una cosa, pertenece al dueño de esta por virtud del derecho de accesión.

Ello puede ocurrir de una cosa mueble a un inmueble, y así se entiende que estas cosas que se adhieren a un bien inmueble pasan a ser cosas inmuebles por la naturaleza que los crea. Pero no siempre es así. Es clásico el ejemplo de ciertos equipos o herramientas de trabajo incorporados a una hacienda. En muchos casos esto se entiende como una accesión por su destino, pero en este supuesto, como bien indica la Ley Modelo en este párrafo IV, tales elementos no han perdido su identidad como bienes muebles.

Por tanto, si respecto de estos bienes muebles se ha perfeccionado una garantía mobiliaria registrable, incorporándose a posterior esos bienes a un inmueble sin perder identidad (una accesión por su destino), siempre tendrán prelación sobre las garantías que afecten al inmueble al que han accedido en razón del destino dado a tales bienes.

### VIII. TRANSFERENCIA DEL BIEN GRAVADO A TERCEROS (ART. 53)

Un elemental principio de libertad de comercio respecto de los bienes gravados imponía —más allá de lo dispuesto por el art. 49— alguna forma de compatibilización entre el derecho de propiedad del deudor y el derecho del acreedor garantizado con la garantía mobiliaria registrada.

Tiende la norma a evitar el estancamiento de los bienes gravados en el proceso económico y comercial, para lo cual va a fijar ciertos condicionamientos, expresando el citado art. 53 que el acreedor garantizado podrá autorizar al deudor garante que disponga de los bienes de su propiedad dados en garantía, libres de gravamen, sujeto a los términos y condiciones pactados por las partes.

Existían en este supuesto otras alternativas, pero la Ley Modelo adoptó el de «autorización» previa y condicionada. Pudo haberse dejado al deudor garante a que, sin necesidad de autorización alguna, transfiriera los bienes dados en garantía, en cuyo caso el adquirente continuaba como deudor garante, debía inscribirse el acto en el registro y notificar al acreedor, quedando además el deudor garante originario como fiador en subsidio (la Ley de Prenda argentina adopta este criterio y hace del deudor garante originario un codeudor).

La Ley Modelo es más estricta que la pauta anterior, pues requiere la previa «autorización» del acreedor garantizado, pero más liberal en cuanto habilita que la transferencia se haga libre de gravamen. A su vez impone —también como previo— negociar los términos y condiciones en que se autorizará la transferencia, para lo cual el deudor deberá eventualmente ampliar su garantía con otros bienes, etcétera.



## TÍTULO VI. EJECUCIÓN. ARTÍCULOS 54 A 67

Anayansy ROJAS CHAN

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. LEY MODELO, TÍTULO VI. EJECUCIÓN.—III. EL MODELO DE EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR: 1. Ejecución extrajudicial mediante notario. 2. El proceso de ejecución mediante arbitraje.—IV. EL MODELO DE EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL EN COLOMBIA: 1. Pago directo. 2. La ejecución especial: 2.1. La venta por subasta o martillo electrónico. 3. El arbitraje electrónico para la resolución de controversias sobre garantías mobiliarias.—V. EL MODELO DE EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL EN PERÚ.—VI. CONCLUSIONES.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

### I. INTRODUCCIÓN

**Principio 10 del NATLAW:** La autocancelación de las garantías mobiliarias exige que la reposición de las garantías y su ejecución se puedan realizar a través de mecanismos de resolución contractual y de ejecución extrajudicial, confiriéndole al acreedor o a quien se haya acordado habrá de actuar como fiduciario la potestad de tomar posesión o retener y hacer ejecutar la garantía ya sea de manera privada o a través de un proceso judicial altamente expedito.

Es un derecho inherente a la condición de acreedor garantizado ejecutar la garantía mobiliaria otorgada ante el incumplimiento del deudor garante. Para el beneficio general de los involucrados el proceso de ejecución de las garantías mobiliarias debe ser rápido, de bajo costo y eficiente, en lo posible ajeno a cualquier tipo de obstáculo procesal dilatorio que incida en el valor de los bienes muebles otorgados en garantía, lo cual se logra principalmente mediante la implementación de un proceso extrajudicial, acompasado por la figura de la reposición del bien por el acreedor garantizado.

### II. LEY MODELO, TÍTULO VI. EJECUCIÓN

La Ley Modelo Interamericana de Garantías Mobiliarias (en adelante Ley Modelo) tiene el mérito de introducir una regulación general que facilita la utilización de la garantía sin desplazamiento, así los bienes garantizados permanecen en posesión del deudor con el propósito de que pueda continuar con su empleo y explotación. De esta forma, se promueve la continuación de la actividad productiva

y en última instancia la obtención de la autocancelación del crédito. En materia de ejecución la Ley Modelo favorece el principio de autonomía de la voluntad contractual; de manera que las partes tienen amplio espacio para definir y acordar la vía de ejecución a utilizar<sup>1</sup>, asimismo se promueve la ejecución extrajudicial, por tratarse, sin duda, de un mecanismo ágil y eficiente.

El proceso de ejecución es uno de los ejes centrales de la normativa de garantías mobiliarias; gran parte del éxito en la implementación de la ley dependerá de la rapidez con la que, ante el incumplimiento, el acreedor recupere el bien y satisfaga la deuda, toda vez que los bienes muebles por su naturaleza son susceptibles de rápida depreciación<sup>2</sup>. En este contexto, el mecanismo de la reposición de la garantía deviene esencial para obtener un proceso rápido, siempre que se cuente con la colaboración del deudor para la devolución del bien garantizado. La Ley Modelo contempla un proceso de ejecución en el marco de la colaboración y la buena fe de las partes, es indispensable el consentimiento del deudor en la reposición a efecto de continuar con el proceso de ejecución; de lo contrario, se deberá solicitar el auxilio de las autoridades judiciales.

El Título VI de la Ley Modelo regula las etapas del proceso de ejecución de la garantía: el inicio del proceso es activado a través de la inscripción del formulario de ejecución en el registro y la notificación al deudor; la reposición del bien y, por último, la ejecución final, entendida como el mecanismo empleado para vender, subastar o ejecutar el bien garantizado.

Una vez que el acreedor obtiene la reposición del bien; la Ley Modelo presenta varios mecanismos para la realización de la garantía: *a)* la venta de los bienes en el mercado de cotización habitual; *b)* la dación en pago, y *c)* la venta o subasta privada, previa valuación por parte de un perito designado por el acreedor garantizado. Tratándose de créditos en garantía, el acreedor puede ejecutar los respectivos cobros y, para el supuesto de bonos, valores y similares el acreedor tendrá derecho a ejercer los derechos del deudor garante relacionados con estos bienes, tales como: el derecho a cobrar los intereses, percibir dividendos y el ejercicio del derecho a voto, entre otros. Por último, se establece la forma en que deberá ser distribuido el producto de la venta de los bienes.

La regulación en materia de ejecución de las garantías mobiliarias en los países latinoamericanos que han implementado sus leyes locales inspiradas en la Ley Modelo varía sensiblemente. En este sentido, algunas leyes presentan una mayor consistencia con los objetivos y principios promovidos, en el tanto, que otras guardan distancia. Para el presente estudio, se expondrán tres modelos legislativos que representan este espectro.

### III. EL MODELO DE EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR

La Ley de Garantías Mobiliarias fue aprobada mediante el Decreto Legislativo núm. 488, de 19 de septiembre de 2013. El Título VI regula los procedimientos de ejecución, que se dividen en: *a)* proceso de arbitraje; *b)* proceso extrajudicial ante notario, y *c)* proceso judicial ante el juez competente.

<sup>1</sup> Alejandro GARRO, «The OAS sponsored Model Law on secured transactions: Gestation an Implementation», *Rev.dr.Un*, 2010, p. 405.

<sup>2</sup> Boris KOZOLCHYK, *Introducción a los principios jurídicos de la Ley Modelo Interamericana de Garantías Mobiliarias*, México, The World Bank Latin American and Caribbean Insolvency Workshop, octubre, 2000, p. 7.

## 1. Ejecución extrajudicial mediante notario

El proceso de ejecución inicia con la publicidad del formulario registral de ejecución (art. 62), que será notificado al deudor garante. El formulario, como mínimo, deberá contener: una breve descripción de la causa del incumplimiento, el número del formulario de la garantía y declaración del monto del capital adeudado e intereses (art. 63). Una vez inscrito y publicitado el formulario, el acreedor garantizado podrá elegir entre cualquiera de los procesos descritos, circunstancia que genera falta de certeza jurídica al deudor garante quien desconoce la forma en que será ejecutada la garantía ante el incumplimiento, en este sentido, lo idóneo y propuesto por la Ley Modelo es que las partes acuerden en el contrato el mecanismo de ejecución de la garantía. En la Ley Modelo priva la autonomía de la voluntad y el acuerdo entre partes sobre el mecanismo de ejecución es un fiel reflejo de este principio.

Es importante detenerse en la regulación del art. 64 el cual señala que, iniciado el procedimiento de ejecución ante notario, las partes podrán en cualquier momento, antes del pronunciamiento definitivo, solicitar la suspensión de la actuación del notario y la devolución del expediente al acreedor. El artículo literalmente establece que: «El derecho de acudir ante la instancia judicial es irrenunciable por parte del deudor garante». Esto significa que la ley, innecesariamente, otorga al deudor la prerrogativa de paralizar en cualquier momento la ejecución del proceso, es evidente, que el acreedor una vez iniciada la ejecución tiene por interés exclusivo la rápida conclusión del proceso. Este derecho otorgado al deudor no guarda consistencia con la finalidad de rapidez y eficiencia del proceso de ejecución que promueve la Ley Modelo.

Encontramos aquí el primer grave obstáculo de ley a la buena marcha del proceso de ejecución extrajudicial, pues el derecho a la justicia no es irreconciliable con la ejecución de las garantías mobiliarias, como parece entenderlo la legislación de El Salvador; sin embargo, deben ser ejercidos en etapas diferentes de forma que no se bloquee el proceso de ejecución, salvo que exista una causa debidamente justificada. Al respecto, el legislador debe procurar un adecuado balance entre los intereses del deudor y el acreedor, es usual, que la ejecución acaece ante un incumplimiento contractual, de manera que en esta etapa del proceso se debe fomentar una ejecución rápida y eficiente.

La Ley Modelo promueve el respeto a la autonomía contractual de las partes al momento de selección del proceso de ejecución<sup>3</sup>; de forma que si optaron por la ejecución extrajudicial puedan finalizar por esta vía. La participación judicial es prevista solo en los casos en que el acreedor solicita asistencia judicial para la reposición de la garantía<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Al respecto, Alejandro GARRO explica: «En primer lugar, cabe destacar el espacio que se le otorga a la autonomía de la voluntad, el cual, si bien con ciertas limitaciones, permite a las partes pactar, no solamente después del incumplimiento y ejecución, sino también al momento de celebrarse el contrato de garantía, las condiciones en las que el acreedor garantizado puede reposeser el bien y disponer de su venta». *La Ley Modelo Interamericana sobre garantías mobiliarias: primeros desafíos en su implementación*, Washington, Organización de los Estados Americanos, XXXVII Curso de Derecho Internacional, 2011, p. 156.

<sup>4</sup> Ley Modelo, art. 57: «En el caso de una garantía mobiliaria sin desposesión sobre bienes corporales, transcurrido el plazo indicado en el artículo anterior, podrá el acreedor garantizado presentarse al juez solicitándole que libre de inmediato mandato de desposesión o desapoderamiento, el que se ejecutará sin audiencia del deudor», Boris KOZOLCHYK, *Ley Modelo Interamericana de Garantías Mobiliarias y comentarios*, México, The World Bank Latin American and Caribbean Insolvency Workshop, octubre, 2000, p. 54.

En el evento que no se presente oposición inicial del deudor, una vez que este recibe la notificación notarial cuenta con el plazo de tres días para oponerse en forma escrita (art. 66). De existir oposición del deudor garante o bien, ante el supuesto que el deudor no conteste en el plazo indicado, el notario no tiene más opción que abstenerse de la continuación del proceso y devolver el expediente al acreedor garantizado en el plazo máximo de tres días hábiles. El proceso de ejecución extrajudicial mediante notario se encuentra a merced de la voluntad del deudor (garante y principal, art. 67), al punto que basta la mera oposición del deudor para detener el proceso y judicializarlo, así la regulación del proceso extrajudicial prácticamente nace exánime, dado que su desarrollo dependerá exclusivamente de la buena fe y voluntad del deudor.

El proceso puede ser finalizado cuando no acontecen las vicisitudes *supra* indicadas y el deudor entrega de forma voluntaria los bienes al acreedor o un tercero designado, en cuyo caso se procederá a efectuar la valoración a cargo de un perito aceptado de común acuerdo por las partes. Las partes en acuerdo podrán solicitar que se proceda con la venta en subasta pública no judicial o subasta privada (art. 69).

Conforme a lo expuesto, se evidencia la necesidad de una reforma legal al proceso de ejecución extrajudicial notarial, de manera que resulte realmente factible la utilización del proceso de ejecución extrajudicial ante notario y mejore la utilización de las garantías mobiliarias en este país. La ejecución extrajudicial es el mecanismo más rápido para la recuperación de lo adeudado, ofrece un incentivo económico para el acreedor dado que, a mayor rapidez en el proceso de ejecución del bien garantizado, mejoran las posibilidades de recuperar un porcentaje más alto del crédito otorgado.

## 2. El proceso de ejecución mediante arbitraje

La Ley de la República de El Salvador abre la posibilidad a las partes de efectuar el proceso de ejecución a través de un procedimiento de arbitraje (art. 64). El arbitraje es una vía de resolución alterna al proceso judicial, caracterizado por brindar a las partes —al amparo de la autonomía de la voluntad—, la posibilidad de sustraer el conflicto de la sede judicial y someter su controversia a la decisión de un tercero imparcial, sea un órgano unipersonal o tribunal colegiado. El proceso arbitral se distingue por ser rápido, flexible y confidencial, *vis a vis*, los realizados a través de los tribunales de justicia que —por la saturación y la falta de recurso humano— se suelen demorar varios años en la obtención de una resolución final.

El arbitraje es regulado en el Título VII de la Ley, el art. 80 permite que cualquier controversia sobre la nulidad, interpretación y cumplimiento de una garantía puede ser sometida por las partes a arbitraje conforme a la ley aplicable. El art. 81 expresamente contempla la posibilidad de ejecutar la garantía mobiliaria mediante un proceso de arbitraje, previo convenio de las partes. Al respecto, la Ley Modelo (art. 68) promueve la posibilidad de que cualquier controversia que se suscite relacionada con interpretación y cumplimiento de la garantía puede ser resuelta por la vía de arbitraje por consenso de las partes. A pesar de lo anterior, la Ley salvadoreña parece avanzar en el tema e introducir un proceso de ejecución de garantía mobiliaria por la vía arbitral, en cuyo caso son factibles dos opciones: por un lado, que cada Centro de Arbitraje regule mediante reglamento el procedimiento a seguir, el que deberá, entre otros aspectos, garantizar la defensa del deudor garante, la comunicación a terceros no suscriptores del acuerdo arbitral con derechos sobre la misma garantía y la ejecución efectiva del bien garantizado. La otra alternativa



consiste en el arbitraje *ad hoc* o libre, en cuyo caso las partes deberán regular en el acuerdo arbitral el proceso completo de ejecución a seguir por el tribunal y cumplir con las reglas para el arbitraje *ad hoc* contempladas en la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje<sup>5</sup>.

Los obstáculos que actualmente enfrenta el proceso de ejecución mediante notario público librado a la voluntad del deudor deben conducir a considerar la posibilidad de que los centros emitan un proceso especial de ejecución de garantía mobiliaria. El arbitraje usualmente no comprende los procesos de ejecución; sin embargo, el caso de El Salvador configura una notable excepción que debe ser explorada, de cara a las dificultades que actualmente presenta la ejecución extrajudicial mediante notario y la demora de los tribunales de justicia.

#### IV. EL MODELO DE EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL EN COLOMBIA

En Colombia el régimen legal de las garantías mobiliarias ha experimentado un importante desarrollo. La Ley 1676, de 20 de agosto de 2013, por la cual se promueve el acceso al crédito y se dictan normas sobre garantías mobiliarias, deroga expresamente el pacto comisorio<sup>6</sup> con lo cual zanján de forma definitiva y pragmática un tema que ha generado polémica en otros países. La aplicación de esta ley ha sido acompañada por la emisión de decretos y resoluciones que regulan aspectos determinados de dicho cuerpo normativo.

El Título VI de la Ley colombiana contempla tres mecanismos de ejecución: el pago directo, la ejecución especial y la ejecución en vía judicial; en este sentido, interesa profundizar en los dos primeros en virtud de naturaleza privada y extrajudicial. El Decreto 1835, de 16 de septiembre de 2015, complementa la regulación de los procesos de ejecución establecidos en la Ley 1676.

##### 1. El pago directo

El art. 60 de la Ley prevé<sup>7</sup> que el acreedor podrá satisfacer su crédito de forma directa con los bienes dados en garantía por el valor del avalúo que realizará un perito seleccionado mediante sorteo de la lista que al efecto dispondrá la Superintendencia de Sociedades. Esta posibilidad se presenta en dos supuestos: *a)* cuando ha sido pactado por las partes, y *b)* tratándose de una garantía mobiliaria con desplazamiento posesoria, o sea, el acreedor garantizado es el tenedor de la garantía.

La doctrina explica que el pago directo representa un cambio sustancial en la tradición jurídica de Colombia, pues su inclusión aunada a la derogación de las normas civiles y mercantiles relativas a la prohibición del pacto comisorio modificó el panorama vigente a la fecha<sup>7</sup>. Al respecto, se debe tener presente que las razones históricas que originaron el pacto comisorio atendían a la necesidad de evitar abusos en la determinación del precio por parte del acreedor; no obstante, en el pago directo regulado en la norma colombiana media la valoración pericial, lo que, en principio, garantiza a las partes la asignación de un precio objetivo y de mercado.

<sup>5</sup> Decreto 914, art. 47.

<sup>6</sup> El Decreto 1835, de 16 de septiembre de 2015, considerando 3, explica que la prohibición de pacto comisorio fue derogada en garantías sobre bienes muebles e inmuebles por adhesión o destinación, permitiendo el proceso de ejecución del bien con apropiación del bien en garantía.

<sup>7</sup> Fabio Andrés BONILLA SANABRIA, «El nuevo régimen legal de las garantías mobiliarias», *Revist@e-Mercatoria*, 2014, p. 42.

## 2. La ejecución especial

El art. 62 de la Ley 1676 regula los supuestos en que procede el proceso de ejecución especial de garantías, el art. 63 establece que las condiciones para llevar a cabo la enajenación en la ejecución especial de la garantía deben ser fijadas en el contrato de garantía o en modificaciones o acuerdos posteriores, y serán obligatorias para quien ejecute la disposición. Por último, el art. 64 enuncia que las entidades autorizadas para conocer de este proceso son las Cámaras de Comercio y los notarios públicos<sup>8</sup>.

Las partes, por mutuo acuerdo, pueden regular en el contrato de garantía mobiliaria la forma en que se efectuará el proceso especial; en este sentido, es importante que las estipulaciones respeten las disposiciones existentes en el Estatuto del Consumidor en materia de contratos de adhesión y cláusulas abusivas. Las condiciones para la venta de la garantía deberán ser establecidas en el contrato y devienen obligatorias<sup>9</sup>.

En el evento que las partes no determinen las reglas a seguir, la ley contiene un procedimiento de carácter supletorio, el cual principia con el registro del formulario de ejecución en el registro nacional centralizado que administra Confecámaras, cuya inscripción tiene efecto de notificación sobre el inicio de la ejecución. Se deberá solicitar al notario o Cámara de Comercio la notificación al deudor garante. Con la inscripción del formulario se suspende el derecho del deudor de enajenar los bienes en garantía<sup>10</sup>.

La oposición a la ejecución de la garantía es admisible en los siguientes supuestos: *a)* extinción de la garantía debidamente acreditada; *b)* extinción de la obligación garantizada; *c)* falsedad de la firma, alteración del texto del título de deuda o contrato de garantía, y *d)* error en la determinación de la cantidad exigible. La oposición tiene el efecto de suspender la ejecución de la garantía, esta se tramita ante un juez civil de conformidad con las reglas del proceso declarativo; a tal efecto, la ley brinda el plazo de diez días para formular la oposición ante el notario o Cámara que deberá remitir de inmediato a la autoridad jurisdiccional competente la documentación respectiva. El juez procede a convocar a audiencia a las partes, posteriormente resolverá mediante la emisión de un auto; de estimar la oposición impropcedente ordenará la continuación del proceso de ejecución, en el evento de ser admitida pondrá fin a la ejecución y emitirá orden al registro de oficiar el formulario de cancelación de la garantía<sup>11</sup>.

Las excepciones que contempla el art. 66 son taxativas, cualquier otra que el deudor garante pretenda oponer deberá realizarlo a través de un proceso declaratorio en vía judicial, que accionará de forma posterior a la ejecución de la garantía mobiliaria<sup>12</sup>. Esta limitación en materia de oposiciones, sin duda, contribuye a dotar de mayor celeridad el proceso de ejecución especial y, como explica acertadamente la doctrina colombiana, el derecho a recurrir no es eliminado, solo aplazado, de forma razonable, en el tanto que dota de eficiencia a la ejecución de la garantía<sup>13</sup>.

---

<sup>8</sup> Art. 64.

<sup>9</sup> Arts. 62 y 63.

<sup>10</sup> Art. 65.

<sup>11</sup> Art. 67.

<sup>12</sup> Art. 66.

<sup>13</sup> Juan Antonio GAVIRIA, *Las garantías mobiliarias. Fundamentos económicos en la ley colombiana*, Colombia, Grupo Editorial Ibáñez, 2015, p. 95.

De no existir oposición al proceso de ejecución se procederá con la entrega de los bienes objeto de la garantía, sea al acreedor o un tercero autorizado<sup>14</sup>. La venta de los bienes se efectúa en consonancia con las reglas que promueve la Ley Modelo:

1. Tratándose de bienes que cotizan en mercado habitual donde la ejecución se realiza, pueden ser vendidos de forma directa por el acreedor al valor de dicho mercado.

2. En el supuesto de créditos en garantía, el acreedor podrá realizar el cobro o bien ejecutar el crédito directamente contra el tercero obligado.

3. En el caso de bonos y acciones, el acreedor podrá ejercer los derechos sobre dichos bienes muebles, excepto en el derecho a voto, donde se estará a lo pactado por las partes.

4. Ante la existencia de control sobre cuentas bancarias, el acreedor garantizado podrá exigir de inmediato el pago directo o entrega del valor.

5. Los bienes muebles pueden ser tomados en pago por el acreedor por el valor del avalúo realizado por el perito seleccionado por la entidad que tramita la ejecución de la lista de la Superintendencia de sociedades. El avalúo será obligatorio y conclusivo para deudor garante y acreedor garantizado, se realizará al momento de entrega del bien al acreedor.

La ley no contempla la posibilidad de interponer recursos contra los avalúos, con lo cual se agiliza el trámite de ejecución. La circunstancia de que la Superintendencia de sociedades proporciona una lista de peritos garantiza la objetividad de la valoración que realizará del perito.

### **2.1. La venta por subasta o martillo electrónico**

Es de interés referirse a la posibilidad que introduce la Ley colombiana de proceder a la venta en martillo electrónico, como instrumento auxiliar del proceso de ejecución especial. Los arts. 79, 80 y 81 de la Ley habilitan a las Cámaras de Comercio y martillos legalmente autorizados a la administración de sitios de internet, para la venta y martillo electrónico de los bienes garantizados. La entidad que administre el sitio debe contar con mecanismos que resuelvan el conflicto de interés.

La utilización de internet para la venta o subasta electrónica de las garantías en ejecución ofrece amplias ventajas para todos los participantes involucrados: i) por su naturaleza de sistema electrónico la información de las subastas tiene un rango de difusión más amplio, por ende, resulta accesible a una mayor cantidad de interesados en postular por los bienes; ii) en virtud de la ubicuidad de internet, los interesados cómodamente pueden efectuar sus ofertas desde cualquier zona geográfica del país dentro del horario establecido; iii) se reducen los costos operativos que implica un proceso presencial con la participación del subastador y salón de remates, y iv) la fijación de un precio objetivo, la oferta de postores anónimos y, la adjudicación del bien, se programa con un software adecuado; previniendo así la aparición de conflictos de interés.

En Colombia, las Cámaras de Comercio, en conjunto con los Centros de Conciliación y Arbitraje, se han conjuntado para brindar el servicio de ejecución de garantías mobiliarias con resultados muy favorables. Las tarifas para la prestación de este servicio son reguladas por el Ministerio de Industria y Comercio.

---

<sup>14</sup> Art. 69.

### 3. El arbitraje electrónico para la resolución de controversias sobre garantías mobiliarias

El Ministerio de Justicia y Derecho de Colombia, en el año 2018, presentó mediante circular a los Centros de Arbitraje un modelo de Reglamento especial de arbitraje por medios electrónicos para controversias que se susciten respecto de garantías mobiliarias<sup>15</sup>, con el propósito de que constituyera el insumo básico para que los Centros de Arbitraje, al amparo de su autonomía, implementaran sus respectivas regulaciones.

La circular del Ministerio explica que el arbitraje por medios electrónicos permitirá a las partes resolver su conflicto de manera ágil, flexible y sencilla, además de contribuir a la disminución de la congestión judicial y fomentar un aumento en el índice de inclusión financiera colombiano<sup>16</sup>. El modelo utilizó como fuente principal las Notas Técnicas sobre la Solución de Controversias en línea de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

Al igual que acontece en el proceso arbitral tradicional, el arbitraje por medios electrónicos se rige por los principios de economía, neutralidad, imparcialidad, idoneidad, celeridad, igual y contradicción. Al respecto, se debe tener presente que en materia de arbitraje electrónico los principios y etapas procesales esenciales no experimentan ninguna variación sustancial, el cambio está representado por el empleo de la plataforma electrónica como mecanismo de gestión del procedimiento con acceso al usuario mediante internet.

El modelo de reglamento insta a que la plataforma que administre el procedimiento de resolución electrónica de controversias, en lo posible, cuente con interoperabilidad con el registro de garantías; lo cual permite actualizar en línea la publicidad registral de la garantía objeto del proceso arbitral<sup>17</sup>. El modelo explica que debido a la naturaleza especial del arbitraje por medios electrónicos el arbitraje *ad hoc* se encuentra excluido<sup>18</sup>, lo cual consideramos responde a la necesidad de contar con un modelo de ejecución homogéneo. Con la finalidad de verificar la identidad y tener acceso a la plataforma se debe crear una cuenta de usuario mediante el respectivo formulario<sup>19</sup>. Todas las comunicaciones que se intercambien en el transcurso del procedimiento se realizarán a través de la plataforma electrónica<sup>20</sup>, y las notificaciones se generan de forma automática<sup>21</sup>.

Sin ánimo de hacer una descripción exhaustiva del procedimiento, las principales fases procesales que establece el modelo de reglamento son: la etapa de negociación<sup>22</sup>, la demanda<sup>23</sup>, la contestación<sup>24</sup>, la contrademanda o demanda reconvenzional<sup>25</sup>, alegaciones finales y laudo<sup>26</sup>. El plazo supletorio para la conclusión del proceso se establece de tres meses.

En materia de medios prueba, el modelo establece la regla de que únicamente permite los mecanismos probatorios que puedan ser aportados a través de la

---

<sup>15</sup> Circular núm. CIR18-000082-DJU-1500, 31 de julio de 2018.

<sup>16</sup> *Ibid.*

<sup>17</sup> Art. 3.7.

<sup>18</sup> Art. 5.2.

<sup>19</sup> Art. 6.

<sup>20</sup> Art. 7.1.

<sup>21</sup> Art. 7.a).

<sup>22</sup> Art. 14.

<sup>23</sup> Art. 11.

<sup>24</sup> Art. 12.

<sup>25</sup> Art. 13.

<sup>26</sup> Art. 27.

plataforma electrónica, y resulten compatibles con la naturaleza electrónica del proceso, el art. 25.2 contempla el siguiente elenco: *a)* documentos, que serán aportados mediante formato digital; *b)* exhibición de documentos; *c)* prueba pericial; *d)* declaraciones de parte y tercero, que deberán ser presentadas por escrito y bajo fe de juramento; *e)* inspección, en cuyo caso las partes pueden aportar vídeos, y *f)* indicios. De conformidad con lo anterior, el proceso de arbitraje previsto es de naturaleza completamente electrónica, sin admitir ninguna fase presencial.

La regulación de Colombia en materia de ejecución de garantías mobiliarias mediante arbitraje electrónico es vanguardista en la región, constituye un modelo a replicar, dado que reduce el costo de ejecución y proporciona un mecanismo eficiente y rápido.

## V. EL MODELO DE EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL EN PERÚ

La legislación más reciente en materia de garantías mobiliarias es de la República de Perú; se trata del Decreto 1400 que aprueba el Régimen de Garantía Mobiliaria del 2018, la cual derogó la Ley 28677 de Garantía Mobiliaria de 2006, objeto de críticas tanto en los aspectos sustantivos como en materia del registro<sup>27</sup>.

La ley regula la ejecución judicial y extrajudicial de la garantía cuando resulte exigible la obligación garantizada. Al igual que en los modelos comentados, la ejecución de la garantía inicia con el ingreso del aviso electrónico en el Sistema Informativo de Garantías Mobiliarias (SIGM).

En el supuesto de ejecución extrajudicial, el acreedor garantizado o su representante cuentan con la posibilidad de tomar posesión del bien y posteriormente realizar la venta del bien con el propósito de pagarse con el producto de la venta. Una vez que el deudor o el poseedor del bien en garantía ha sido notificado de la ejecución, la ley contempla la obligación del deudor de entregar el bien y facilitar el acceso a la garantía<sup>28</sup>, destaca el hecho que la ley señala que ante el incumplimiento el deudor garante de dicho deber pasa a ser considerado poseedor ilegítimo del bien, y es responsable por su pérdida o deterioro sin culpa, así como los daños y perjuicios ocasionados<sup>29</sup>.

La Ley Modelo no contempla la obligación del deudor de entregar el bien o una sanción ante el incumplimiento de este deber, esta prevé solo el recurso del auxilio judicial. Al respecto, la modificación que presenta la normativa peruana podría ser calificada como «incentivo negativo» al cumplimiento de la obligación de entrega del deudor; no obstante, consideramos que la medida resulta admisible e incluso necesaria en un contexto donde la entrega voluntaria del bien garantizado no constituye la regla general; todo lo contrario, con frecuencia los bienes garantizados en proceso de ejecución son misteriosamente objeto de desaparición, extravío o vicisitudes similares, lo que imposibilita la ejecución final de la garantía. De esta forma, es nuestro criterio la calificación de poseedor ilegítimo deviene consistente

---

<sup>27</sup> Tatiana GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, *La nueva garantía mobiliaria. Naturaleza del registro denominado Sistema de Garantía Mobiliaria (SGM) regulado en decreto legislativo 1400*, recuperado el 15 de febrero de 2016 de <https://www.sunarp.gob.pe/congresos/cader2018/documentos/ponencias/4/01-J4D.pdf>.

<sup>28</sup> Decreto 1400, art. 49: «Notificado de la ejecución, el deudor garante o quien se encuentra en posesión del bien en garantía, debe entregar la posesión y/o facilitar el acceso al bien en garantía. En caso de incumplimiento, el deudor garante se considera poseedor ilegítimo del bien y es responsable de este, incluso si se pierde o deteriora sin culpa, debiendo responder por los daños y perjuicios que correspondan».

<sup>29</sup> Art. 49.1.

y acorde con la mala fe y la falta de cooperación que se denota en el comportamiento del deudor.

Como contrapartida de lo anterior, la ley sanciona al acreedor garantizado que toma posesión de los bienes vulnerando los procedimientos pactados o contra ley y dispone la aplicación de una penalidad mínima equivalente a dos veces el valor del bien considerado al constituir la garantía mobiliaria; asimismo se considera que el acreedor es responsable civilmente, sin perjuicio de una eventual responsabilidad penal, por la toma de posesión del bien garantizado antes del vencimiento de la obligación, su exigibilidad o cuando se encuentra cancelado<sup>30</sup>.

De conformidad con la nueva ley, al momento de constituir la garantía las partes pueden pactar procedimientos y mecanismos que permitan asegurar la entrega en posesión del bien, tales como los medios electrónicos con la finalidad de evitar que el bien continúe funcionando o conservar la llave del depósito donde se almacena el bien en garantía<sup>31</sup>. En este contexto, el acreedor garantizado puede permitir al deudor garante continuar en la posesión directa de los bienes en garantía para su venta en el curso normal de los negocios. A tal propósito el acreedor garantizado puede establecer los términos y condiciones para su venta en manos del deudor garante y adoptar las medidas y seguridades que considere necesarias para el pago de su acreencia<sup>32</sup>.

Las anteriores medidas no se promueven en la Ley Modelo; sin embargo, la norma se refiere a un acuerdo de partes donde priva la autonomía de la voluntad, principio que nutre el entero sistema de garantías mobiliarias; por ende, es una previsión adecuada a efecto de garantizar la entrega del bien.

La venta extrajudicial del bien se realiza mediante la intervención del representante del acreedor garantizado, la ley no admite el pacto que autorice al propio acreedor garantizado a ser su representante<sup>33</sup>. Las partes pueden acordar la venta privada o la subasta pública, es válido el pacto donde el valor se establezca a través de un mecanismo como la referencia a la cotización del bien en una bolsa o mercado determinado, o a través de una fórmula de cálculo con la intervención de un tasador o cualquier otro mecanismo. Aunque la ley no lo indique, debe entenderse que se trata de un mecanismo que garantice un precio objetivo o un precio de mercado.

La ley establece que en ningún caso se puede suspender el proceso de ejecución, salvo en dos circunstancias: *a)* que se haya acreditado el cumplimiento de la obligación garantizada, o *b)* que el acreedor acceda expresamente a suspender la venta. Cualquier controversia que se suscite sobre el monto o extensión de los gravámenes será resuelta en vía judicial, sin suspender el proceso o conforme a medios alternos de resolución de controversias<sup>34</sup>.

Por último, interesa destacar el art. 61 relativo a la solución de controversias, el cual establece que cualquier controversia que se suscite relativa a la constitución, interpretación, prelación, cumplimiento, ejecución, liquidación de una garantía mobiliaria, indemnizaciones por incumplimiento, puede ser sometida por las partes a conciliación, arbitraje o cualquier otro mecanismo alternativo de solución de controversias, de acuerdo con la legislación de la materia. La ley establece la nulidad del pacto en la constitución o modificación de la garantía mobiliaria que

---

<sup>30</sup> Art. 49.4.

<sup>31</sup> Art. 49.2.

<sup>32</sup> Art. 49.3.

<sup>33</sup> Arts. 51 y 51.4.

<sup>34</sup> Art. 52.



prohíba a las partes de recurrir a mecanismos alternativos de solución de controversias.

La posibilidad de que las partes puedan acudir al uso de los diversos medios de resolución alterna de controversias debe estar presente en una ley de esta naturaleza, pues permite a las partes utilizar mecanismos ágiles y flexibles, alternos a la vía judicial, que facilitarán una solución más rápida a su controversia.

## VI. CONCLUSIONES

En el presente estudio he realizado un breve recorrido a través de los procesos de ejecución extrajudicial de tres modelos normativos de garantías mobiliarias en Latinoamérica, con el propósito de ilustrar las diversas vías y modelos utilizados para dar vida normativa al Título VI de la Ley Modelo. Estas legislaciones se han inspirado en la Ley Modelo; sin embargo, como se concluye, algunas presentan una mayor proximidad a la finalidad esencial de dotar al acreedor de una ejecución rápida, de manera que pueda lograr una pronta recuperación del crédito y reducir los costos asociados al trámite en sede judicial, fomentando así el empleo de las garantías mobiliarias en sectores no tradicionales, mediana y pequeña empresa.

El modelo legislativo de la República de El Salvador requiere de una reforma sustancial en materia de ejecución extrajudicial. La regulación actual tiende a sobreproteger la figura del deudor, además de soslayar los principios que nutren la ejecución, rompe el equilibrio económico de la actividad del acreedor y convierte la ejecución en inviable, circunstancia que torna el instrumento poco atractivo.

La normativa de Colombia es consecuente con los propósitos de la Ley Modelo y establece mecanismos que favorecen la ejecución extrajudicial, de los cuales destaca la novedosa figura del arbitraje electrónico para la ejecución especial de garantías mobiliarias. La característica principal es la instrumentalización totalmente electrónica que implica un ahorro en los costos de ejecución, y constituye a la vez un sistema pionero en la materia al combinar con éxito los garantías mobiliarias y el arbitraje, lo cual considero digno de replicar en otros sistemas donde también han sido previstos los mecanismos de resolución alternativa de conflictos.

Finalmente, la legislación más reciente de la República de Perú contempla sanciones no previstas en el proceso de ejecución de la Ley Modelo, pero ciertamente reflejan la necesidad real de fomentar el deber de colaboración del deudor ante el incumplimiento de la obligación de entrega del bien.

Es evidente que la forma de implementar la legislación de garantías mobiliarias responderá a la política legislativa e idiosincrasia local; estamos ante un instrumento diferente, de raíz anglosajona, que rompe con los paradigmas tradicionales de raigambre civil; por tanto, no resulta extraño que la legislación de garantías mobiliarias experimente un proceso de ajuste y reforma paulatino.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- BONILLA SANABRIA, Fabio Andrés, «El nuevo régimen legal de las garantías mobiliarias», *Revisit@ e-Mercatoria*, 2014.
- GARRO, Alejandro, «The OAS sponsored Model Law on secured transactions: Gestation and Implementation», *Rev.dr.Un*, 2010.
- GAVIRIA, Juan Antonio, *Las garantías mobiliarias. Fundamentos económicos en la ley colombiana*, Colombia, Grupo Editorial Ibáñez, 2015.



- GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Tatiana, *La nueva garantía mobiliaria. Naturaleza del registro denominado Sistema de Garantía Mobiliaria (SGM) regulado en decreto legislativo 1400*, <https://www.sunarp.gob.pe/congresos/cader2018/documentos/ponencias/4/01-J4D.pdf>.
- KOZOLCHYK, Boris, *Introducción a los principios jurídicos de la Ley Modelo Interamericana de Garantías Mobiliarias*, México, The World Bank Latin American and Caribbean Insolvency Workshop, octubre, 2000.
- *Ley Modelo Interamericana de Garantías Mobiliarias y comentarios*, México, The World Bank Latin American and Caribbean Insolvency Workshop, octubre, 2000.

# TÍTULOS VII Y VIII. ARBITRAJE, CONFLICTOS DE LEYES Y ALCANCE TERRITORIAL DE APLICACIÓN. ARTÍCULOS 68 A 72\*

Laura CARBALLO PIÑEIRO

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. TÍTULO VII: ARBITRAJE: 1. Antecedentes. 2. Materia arbitral. 3. Arbitraje y realización de la garantía mobiliaria. 4. Remisión a la legislación nacional de arbitraje.—III. TÍTULO VIII: CONFLICTOS DE LEYES Y ALCANCE TERRITORIAL DE LA APLICACIÓN DE LA LEY MODELO: 1. Antecedentes. 2. Conflictos de leyes: 2.1. Normas de conflicto. 2.2. El conflicto móvil. 3. Alcance territorial de la Ley Modelo Interamericana sobre garantías mobiliarias.—IV. CONSIDERACIONES FINALES.

## I. INTRODUCCIÓN

La Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias, adoptada por la Organización de los Estados Americanos tras el debate sostenido en la Sexta Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado celebrada en Washington D. C. en 2002 (CIDIP-VI)<sup>1</sup>, se cierra con dos títulos que se ocupan, respectivamente, del arbitraje, y de los conflictos de leyes y alcance territorial de aplicación de esta ley. El análisis que sigue a continuación ha de distinguir, por fuerza, entre ambos ya que no están relacionados, al menos directamente.

El Título VII de la Ley Modelo contiene un solo precepto que abre la puerta a que las partes en la garantía mobiliaria solventen sus controversias a través del arbitraje. Tras una breve presentación de sus antecedentes, el análisis de este título nos lleva a investigar la relación que existe entre los derechos reales y el arbitraje, prestando particular atención a la cuestión de si estamos ante materia arbitral y al hecho de que estos derechos afectan a terceros.

---

\* La autora quiere agradecer a Alejandro GARRO, David MORÁN BOVIO, Leonel PEREZNIETO CASTRO, Tibor TAJTI y Jeannette TRAMHEL su generosa y valiosa ayuda en la elaboración de este trabajo. Las opiniones y errores que pueda haber en el texto son exclusiva responsabilidad de la autora. El trabajo se ha beneficiado de financiación procedente de la Xunta de Galicia, FEDER y la Comisión Europea (JUST/2013/JCIV/AG/4631), y el Gobierno de España (DER2016-80568-R).

<sup>1</sup> Puede consultarse la historia legislativa de la Ley en la Introducción General, elaborada por la Sra. Jeannette TRAMHEL, Departamento de Derecho Internacional de la OEA, en este mismo libro.

El Título VIII de la Ley Modelo se ocupa de las normas de conflicto y de aplicación a las que recurrir en caso de garantías mobiliarias internacionales. El título está compuesto de cuatro preceptos de los cuales tres se dedican a regular los conflictos de leyes y un problema de aplicación de este tipo de normas, el conflicto móvil. Otros problemas como la calificación, el reenvío o la remisión a un sistema plurilegislativo no encuentran, en cambio, referencias específicas en esta ley y habrá que buscar soluciones en los correspondientes ordenamientos nacionales<sup>2</sup>. El cuarto precepto es una norma de interpretación y aclara la conexión «ubicación del deudor garante» a la que recurre el art. 68 de la Ley Modelo cuando prescribe la ley aplicable a las garantías mobiliarias sin desposesión. El comentario se cierra con unas brevísimas consideraciones a propósito de una cuestión no abordada en el Título VIII de la Ley Modelo como son las garantías mobiliarias en el contexto de la apertura de un procedimiento de insolvencia.

## II. TÍTULO VII: ARBITRAJE

### 1. Antecedentes

El Título VII de la Ley Modelo está íntimamente relacionado con el inmediatamente anterior, dedicado a la ejecución de las garantías mobiliarias. El Título VI establece un procedimiento de realización que se caracteriza por la limitación de la oposición a la ejecución a los supuestos en los que el deudor garante ya hubiera pagado la obligación garantizada<sup>3</sup>; de otro modo, se seguirá con la ejecución a través de los medios de realización allí previstos y cualquier otra objeción habrá de dejarse para un juicio posterior. Se trata, en definitiva, de asegurar la rápida realización de la garantía, puesto que esta rapidez en recuperar lo invertido es esencial en la concesión de crédito, de ahí que el Título VI sea uno de los grandes avances de la Ley Modelo. En la misma línea, la posibilidad de acudir a arbitraje se presenta como una fórmula para evitar maniobras procesales dilatorias en la realización de la garantía mobiliaria<sup>4</sup>. A la vista de esta correlación entre el Título VI y el VII, se puede afirmar que el art. 68 de la Ley Modelo se corresponde con el Principio 10 del *National Law Centre for Inter-American Free Trade* (NLCIFT) para las Garantías Mobiliarias en las Américas de 2006<sup>5</sup>.

### 2. Materia arbitral

Arbitraje y garantías reales no son conceptos que aparezcan relacionados en la práctica<sup>6</sup>, en particular debido a la inmediatez con la que los acreedores espe-

<sup>2</sup> Ello no obsta a que la solución a ambos problemas de aplicación haya de hacerse desde una perspectiva funcional y, por tanto, tomando en consideración los objetivos de seguridad jurídica y respeto de las expectativas de las partes y terceros. Por ello, no debería permitirse el reenvío, como consta en la Recomendación 221 de la Guía UNCITRAL sobre operaciones garantizadas; o habría de preferirse un sistema de remisión directa a uno de remisión indirecta en el caso de sistemas plurilegislativos, si ello fuera viable.

<sup>3</sup> Véase art. 55 de la Ley Modelo.

<sup>4</sup> «Symposium-Meeting of OAS-CIDIP-VI Drafting Committee on Secured Transactions. Conference Transcript», *Arizona Journal of International and Comparative Law*, vol. 18-2, 2001, pp. 577 y 589, donde Mr. Zolezzi plantea esta posibilidad y pone como ejemplo Perú.

<sup>5</sup> Los NLCIFT 12 Principles on Secured Transaction son accesibles en la página *web* del Centro, <http://natlaw.com/reports>.

<sup>6</sup> Llamando la atención sobre la escasa atención que ha recibido este binomio véase T. TAJTI, «Secured Transactions Under Article 9 of the Uniform Commercial Code: A Role for International Arbitration?», *Journal of International Arbitration*, vol. 20-2, 2003, pp. 131-151, y, en particular, sobre el escaso

ran realizar sus garantías. Sin embargo, el art. 68 de la Ley Modelo contiene un recordatorio de que «cualquier controversia que se suscite respecto a la interpretación y cumplimiento de una garantía» puede someterse a arbitraje<sup>7</sup>. La cuestión es importante debido a la divergencia jurídica en torno a qué se entiende por materia arbitral y que aquí se solventa en sentido positivo; es decir, estamos ante materia arbitral.

Aunque el recurso al arbitraje y otros métodos de resolución alternativa de conflictos está generalizado y en plena expansión, ello no obsta a que sorprenda que se aplique en relación con derechos que se caracterizan por su oponibilidad frente a terceros. Estos últimos pueden tener interés en participar en la realización de la garantía mobiliaria, pero no están vinculados por la cláusula arbitral contenida en el contrato de garantía entre el acreedor garantizado y el deudor garante. Por otra parte, la rapidez en la realización de la garantía se cohonestaba mal con la falta de potestad ejecutiva de los árbitros.

La primera objeción, la de que están en juego los derechos de terceros, no debe ocultar el hecho de que la autonomía de la voluntad ocupa un lugar central en la Ley Modelo<sup>8</sup>, que otorga un papel protagonista a las partes en el contrato de garantía. En este contexto, ha de traerse a colación que la teoría contractualista del arbitraje ha dado paso a un nuevo entorno en el que prevalece la equiparación entre arbitraje y jurisdicción, y con esta una concepción más amplia de la materia arbitral, que asume que todo aquello que no debe ser solventado *necesaria y obligadamente* en un proceso jurisdiccional puede someterse a arbitraje<sup>9</sup>. A la luz de esta equiparación es claro que las partes pueden someter todas las controversias que derivan de la garantía mobiliaria a arbitraje y no solo aquellas relativas a su interpretación y cumplimiento como señala el art. 68, sino también respecto a su «constitución, interpretación, prelación, cumplimiento, ejecución y liquidación» como precisa la legislación colombiana transponiendo la Ley Modelo<sup>10</sup>. Con la misma amplitud se manifiesta la Ley guatemalteca, que se refiere a «la interpretación, cumplimiento o cualquier situación que surja con ocasión del contrato de garantía mobiliaria»<sup>11</sup>. En cambio, la Ley de Perú no hace precisiones sobre qué cuestiones pueden someterse a arbitraje, aunque implícitamente se puede concluir la ya señalada amplitud<sup>12</sup>. En definitiva, dependerá de la ley local correspondiente

---

interés que suscita al sector bancario acudir al arbitraje, pp. 140-143. Más reciente y con más desarrollos, véase T. TAUTI, *Systemic and topical mapping of the relationship of the Draft Common Frame of Reference and arbitration*, Vilnius, Kazimieras Simonavičius University, 2013, pp. 95-123.

<sup>7</sup> Otro precepto que también revela la tendencia a remitir estas cuestiones a arbitraje es el art. 1 del Convenio UNIDROIT relativo a las garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil, firmado en Ciudad del Cabo el 16 de noviembre de 2001, que define qué se ha de entender por «Tribunal», precisando que no solo se refiere a las autoridades judiciales, sino a las administrativas e incluso a los árbitros. El texto del Convenio de Ciudad del Cabo es accesible en UNIDROIT, <http://www.unidroit.org/official-languages-si-conv/spanish-siconv-pdf>. El Convenio se complementa con Protocolos de los cuales se han aprobado cuatro hasta el momento, uno sobre bienes aeronáuticos, otro sobre garantías sobre material rodante ferroviario, el tercero relativo a bienes de equipo espaciales y un cuarto sobre equipos de minería, agricultura y construcción. Convenio y protocolos son interdependientes puesto que el primero solo es aplicable si se hubiera firmado alguno de los protocolos.

<sup>8</sup> Art. 2 de la Ley Modelo. Véase A. GARRO, «El marco regulatorio de las garantías mobiliarias en el comercio internacional: la Ley Modelo de la OEA», *Working paper* (cortesía del autor), p. 3.

<sup>9</sup> Véanse estos desarrollos en J. NIEVA FENOLL, «Las materias inseparablemente unidas a aquellas sobre las que las partes no tienen poder de disposición», *Anuario de Justicia Alternativa*, 2002-3, pp. 9-44, esp. pp. 16-28.

<sup>10</sup> Véase art. 78 de la Ley 1676, de 20 de agosto de 2013, por la cual se promueve el acceso al crédito y se dictan normas sobre garantías mobiliarias.

<sup>11</sup> Véase art. 70 de la Ley de Garantías Mobiliarias guatemalteca, aprobada por Decreto 51/2007.

<sup>12</sup> Véase art. 48 de la Ley 28677, de Garantías Mobiliarias.

el decidir qué se puede someter a arbitraje. Pero parece que cabe sostener una interpretación extensiva a la vista de lo expuesto.

La cita de la prelación de derechos entre las cuestiones que se pueden someter a arbitraje obliga a plantearse qué ocurre con los terceros y cuál es su relación con el arbitraje que pueda nacer de las controversias suscitadas por la garantía. La cuestión ya fue planteada por la delegación canadiense durante la redacción de la Ley Modelo, la cual justamente recordaba que una cláusula arbitral no vincula a terceros<sup>13</sup>. De aquí surge una delimitación importante puesto que, efectivamente y de acuerdo con este precepto, deudor garante y acreedor garantizado pueden pactar una cláusula compromisoria en el contrato que les vincula; sin embargo, dicha cláusula no puede vincular a terceros como, por ejemplo, otros acreedores garantizados. En consecuencia, el recurso al arbitraje sirve, en principio, exclusivamente a dilucidar las controversias que surjan entre las personas indicadas<sup>14</sup>. La excepción se producirá en aquellos supuestos en los que, por ejemplo, el tercer acreedor decida subrogarse en la posición del acreedor ejecutante, supuesto en el que habrá que entender que también lo hace en los sistemas de resolución de conflictos pactados entre este último y el deudor garante, en línea con los desarrollos en esta materia de los últimos años.

### 3. Arbitraje y realización de la garantía mobiliaria

La segunda objeción al recurso a arbitraje es que podría comprometer la rapidez de la ejecución de la garantía mobiliaria<sup>15</sup>. Ello exige colocar en contexto el arbitraje, esto es, en el marco de los procedimientos de realización de la garantía, concretamente los previstos en la Ley Modelo. Estos pivotan sobre un sistema extrajudicial de realización de la garantía que descansa, de una parte, en la colaboración del deudor a la hora de poner al acreedor garantizado en posesión del bien; de otra parte, en la emisión *inaudita parte* de una orden judicial para que el deudor reticente ponga el bien en poder del acreedor. A partir de ahí se arbitra la oposición del deudor que se limita estrictamente a invocar que ya ha pagado<sup>16</sup>, y otras cautelas dirigidas a asegurar que el bien se realiza por un precio justo, es decir, a alejar los peligros que tradicionalmente se presumían del pacto comisorio<sup>17</sup>.

Los terceros, en particular otros acreedores garantizados, también pueden ser partícipes del procedimiento de realización de la garantía en la medida en que

<sup>13</sup> Véase *Symposium-Meeting of OAS-CIDIP-VI Drafting Committee on Secured Transactions*, loc. cit., pp. 578-579, recogiendo las palabras de Mr. Payette.

<sup>14</sup> La práctica estadounidense proporciona algún ejemplo en el que en el propio contrato de crédito y garantía se indica que terceros quedan vinculados por la cláusula de arbitraje allí incluida: se trata de supuestos en que el acreedor garantizado, un banco, por ejemplo, transfiere la realización de la garantía, normalmente a través de *self-help* mecanismos, a un tercero que actúa como su agente. Véase T. TAHTI, *op. cit.*, p. 106, y *Alabama Title Loans, Inc. v. White*, 80 So.3d 887 (Ala. 2011).

<sup>15</sup> La necesidad de separar un procedimiento de realización rápida de la garantía y otro donde se discute es subrayada por el Sr. Astigarraga llamando la atención sobre la lentitud de los procesos arbitrales, además de la cuestión clave de que estos no tienen poderes de ejecución. Véase *Symposium-Meeting of OAS-CIDIP-VI Drafting Committee on Secured Transactions*, loc. cit., p. 582.

<sup>16</sup> Véase art. 56 de la Ley Modelo. Es probable que las leyes de transposición contengan más causas de oposición como ocurre con la Ley colombiana, cuyos arts. 61 y 66 apuntan a las siguientes: extinción de la garantía acreditada por certificación registral; extinción de la obligación garantizada u obligación no exigible por estar sujeta a plazo o condición suspensiva; falsedad de la firma o alteración del título de deuda, y error en la determinación de la cuantía exigible.

<sup>17</sup> Mr. Kozolchik sugirió establecer en la Ley Modelo cómo se había de proceder a la realización de la garantía, incluyendo disposiciones sobre la reposición y la disposición del bien garantizado, y remedios *ex post* que permitan al deudor reclamar por cuestiones diferentes del pago. Véase *Symposium-Meeting of OAS-CIDIP-VI Drafting Committee on Secured Transactions*, loc. cit., pp. 580-581.

han de ser notificados de que el acreedor garantizado ha presentado formulario registral de ejecución en el registro<sup>18</sup>. Ahora bien, sus facultades de intervención se restringen, en principio, a poner fin al procedimiento a través del pago al acreedor que lo ha puesto en marcha en los términos del art. 58 de la Ley Modelo, o subrogándose en la posición del acreedor garantizado, tal y como indica el art. 64. Su participación, al menos en la fase especial de realización de la garantía, está limitada por tanto al mínimo.

En los términos de la Ley Modelo, tanto tribunales judiciales como arbitrales podrán conocer de la discusión que suscite la garantía mobiliaria, si bien los motivos de oposición admisibles varían en función de la fase de realización de la garantía<sup>19</sup>. Pero esta discusión, sea llevada ante tribunales judiciales, sea ante tribunales arbitrales, no debería suponer un obstáculo a la pronta ejecución del bien garantizado en la medida en que se respeten los términos de la Ley Modelo, que exigen que el bien asegurado pase a manos del acreedor ejecutante o un tercero. En este contexto, el recurso al arbitraje no debería suponer una dilación en el procedimiento de realización de la garantía mobiliaria.

#### 4. Remisión a la legislación nacional de arbitraje

Las líneas precedentes sirven a contextualizar el art. 68 en la Ley Modelo y su *modus operandi*. Pero es obvio que quedan muchas cuestiones sin resolver —como la forma de la cláusula arbitral, por ejemplo— y que las mismas no pueden ser objeto de una ley sobre garantías mobiliarias. De ahí que, tras argumentar que las partes en la garantía mobiliaria pueden someter sus controversias a arbitraje, el precepto finalice precisando que siempre «actuando de consenso y conformidad con la legislación de este Estado». Por tanto, existe una remisión a la legislación en materia de arbitraje del país que transpone la Ley Modelo.

La remisión legislativa obliga a buscar en la legislación nacional correspondiente soluciones a cuestiones que pueden ser clave en el buen funcionamiento de una ley de garantías mobiliarias, en particular la protección del consumidor<sup>20</sup>. La Ley Modelo no distingue entre profesionales y consumidores, de manera que puede aplicarse a cualquiera que desee acceder a crédito. Sin embargo, no establece —ni procedía hacerlo— una protección específica para aquellos que contratan para un uso ajeno a su actividad profesional y cuyo poder de negociación se encuentra muy limitado debido a esta circunstancia. Podría ocurrir que el acreedor garantizado impusiera de forma abusiva el recurso al arbitraje, por ejemplo, a través de un contrato de adhesión y sometiendo la controversia a un tribunal arbitral que solo pudiera designar él<sup>21</sup>. El problema ha de ser tomado en consideración, por tanto, por las legislaciones nacionales que transpongan la Ley Modelo<sup>22</sup>, aunque la

<sup>18</sup> Véase art. 54 de la Ley Modelo.

<sup>19</sup> Si la disputa surge en relación con cuestiones cuya discusión está vetada durante la citada fase extrajudicial, podría también acudir a un tribunal arbitral —para discutir, p. ej., si el acreedor garante ha ejercitado abusivamente los derechos a él conferidos por esta ley, como dicen los arts. 56 y 63 de la Ley Modelo—, pero el proceso no interfiere con la ejecución de la garantía.

<sup>20</sup> Véase T. TIBOR, *op. cit.*, pp. 102-117, comparando las experiencias estadounidense y europea. Indicando expresamente que la Ley Modelo no obstaculiza la protección del consumidor; A. GARRO, *El marco regulatorio...*, *loc. cit.*, pp. 4-5.

<sup>21</sup> Posibilidad de arbitraje de parte que es, en todo caso, contraria al art. V del Convenio sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York en 1958, accesible en UNCITRAL, [http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral\\_texts/arbitration/NYConvention.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html).

<sup>22</sup> El art. 62 de la Ley colombiana dice expresamente que la ejecución de la garantía podrá llevarse a cabo: «Por mutuo acuerdo entre el acreedor y el garante contenido en el contrato de garantía, en sus

cuestión bien podría solventarse a través del control de oficio de cláusulas abusivas de la contratación, como ya se hace en varios países<sup>23</sup>.

La legislación nacional que implemente la Ley Modelo ha de pronunciarse también sobre el arbitraje internacional. La eficacia extraterritorial de las garantías mobiliarias es incuestionable habida cuenta del Título VIII de la Ley Modelo<sup>24</sup>, y fácilmente comprensible si se toma en consideración que una de las partes en la garantía puede tener su establecimiento en el extranjero. Así las cosas, es importante señalar que las normas estatales de conflicto de leyes, adoptadas de conformidad con los arts. 68 a 70 de la Ley Modelo, no rigen necesariamente en el arbitraje. Ahora bien, el tribunal arbitral no puede ignorar las normas materiales imperativas de la ley designada conforme a estas normas de conflicto, en particular las que rigen la publicidad de la garantía mobiliaria dispuesta en esta ley y sus consecuencias en la eficacia *erga omnes* de la misma y, por tanto, en las reglas de prelación<sup>25</sup>.

### III. TÍTULO VIII: CONFLICTOS DE LEYES Y ALCANCE TERRITORIAL DE LA APLICACIÓN DE LA LEY MODELO

#### 1. Antecedentes

Aunque la Ley Modelo huye de calificaciones dado que esta cuestión depende de la correspondiente ley nacional<sup>26</sup>, las garantías mobiliarias que diseña encajan en la definición de garantía real; de una parte, el acreedor garantizado adquiere con su constitución el derecho a perseguir el bien sobre el que recae allí donde se encuentre; de otra parte, este acreedor tiene prelación frente a otros acreedores. A la luz de esta calificación, la mayoría de los ordenamientos jurídicos recurren a la *lex rei sitae* para decidir cuestiones como la constitución, eficacia frente a terceros, prelación y ejecución de estas garantías, esto es, a la ley del lugar de situación del bien, inmueble o mueble, tangible o no, fungible o no.

Esta norma de conflicto es simple de aplicar, pero de resultados muy inciertos cuando se proyecta sobre un bien mueble, es decir, un bien que se caracteriza por

---

modificaciones o en acuerdos posteriores. Dicho acuerdo podrá incluir un mecanismo especial para llevar a cabo la enajenación o apropiación por el acreedor del bien sobre el cual recae la garantía, para lo cual se deberá cumplir con las disposiciones relativas a los contratos de adhesión y cláusulas abusivas contenidas en el Estatuto del Consumidor».

<sup>23</sup> Véanse SSTJUE de 27 de junio de 2000, asuntos C-240/98 y C-244/98, *Océano Grupo Editorial y Salvat Editores*; 26 de octubre de 2006, asunto C-168/05, *Mostaza Claro v. Centro Móvil Milenium, S. L.*; 6 de octubre de 2009, asunto C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones, S. L. v. Cristina Rodríguez Noguerira*; 4 de junio de 2009, asunto C-243/08, *Pannon GSM ZRT v. Erzsébet Sustikné Györfi*, y 9 de noviembre de 2010, asunto C-137/08, *Pénzügyi Lízing ZRT v. Ferenc Schneider*.

<sup>24</sup> De hecho, la atracción de crédito extranjero es uno de los principales incentivos a la hora de adoptar la Ley Modelo. Véase L. PEREZNIETO CASTRO, «El nuevo proyecto de decreto sobre garantías mobiliarias a la luz del sistema de garantías mobiliarias internacionales», *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, vol. 13, 2003, pp. 59-69.

<sup>25</sup> Véase T. TAJTI, *Secured Transactions Under Article 9...*, loc. cit., pp. 134-135. Ello no ha de impedir que, además y de ser necesario, el tribunal arbitral tenga en cuenta las leyes de policía de otro Estado relacionado con la garantía mobiliaria, como indica el apartado 5 del art. 90 de la Ley Modelo UNCITRAL/CNUDMI sobre las operaciones garantizadas.

<sup>26</sup> Habrá que estar, por tanto, a la calificación que realice dicha ley de qué entiende por garantía mobiliaria, lo que puede implicar, claro está, que estas reglas de conflicto se apliquen a transacciones que cumplen una función similar como las reservas de dominio o los arrendamientos financieros. Véase a esos efectos la recomendación contenida en la Guía UNCITRAL sobre las operaciones garantizadas, Capítulo X, párrafo 9.º, y Recomendación 202. Véase el análisis de A. GARRO, «The OAS-sponsored Model Law on Secured Transactions: Gestation and Implementation», *Uniform Law Review*, 2010, pp. 383-407, esp. p. 395. Así se expresa, por otra parte, el art. 3.1 de la Ley de Perú.



su movilidad y, por tanto, que puede trasladarse a otra jurisdicción. Por ejemplo, en el caso de que la garantía mobiliaria nazca en Argentina, pero el objeto asegurado se traslade a Colombia, las preguntas que surgen son si persiste la garantía mobiliaria constituida conforme a la Ley argentina en Colombia y con qué efectos, en particular en relación con terceros.

La mera aplicación de la *lex rei sitae* a todos esos supuestos no es satisfactoria, pero las herramientas interpretativas pueden ayudar a su localización en un país y, por tanto, a determinar qué ley se aplica a las cuestiones suscitadas. Estas herramientas ya no ayudan cuando los bienes son incorpóreos o están en constante movimiento como los medios de transporte por carretera o vías ferroviarias, aviones y helicópteros, y barcos. Algunos de estos casos han merecido atención específica en instancias internacionales de las que han surgido el Convenio de La Haya sobre la ley aplicable a ciertos derechos sobre valores depositados en un intermediario, adoptado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, celebrada en diciembre de 2002<sup>27</sup>, y el Convenio UNIDROIT relativo a las garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil, firmado en Ciudad del Cabo el 16 de noviembre de 2001<sup>28</sup>. Todos instrumentos con los que la Ley Modelo busca activamente ser compatible<sup>29</sup>. Ahora bien, quedan sin abordar muchos problemas, de ahí que la CIDIP-VI optara por crear una comisión específica para afrontar las cuestiones de ley aplicable en términos generales<sup>30</sup>.

Las insuficiencias de la regla *lex rei sitae* llevan a formular las normas contenidas en los arts. 69 a 71 de esta Ley Modelo, que se remontan en último término al Principio 12 de NLCIFT Para las Garantías Mobiliarias en las Américas. Allí ya se advierte de la importancia de la armonización de las leyes de garantías mobiliarias, incluidas las normas de conflicto, a efectos de promover la disponibilidad del crédito transfronterizo. En todo caso, conviene advertir que el ámbito material de aplicación de estas reglas se restringe a los aspectos jurídico-reales de las garantías mobiliarias quedando otros aspectos como los obligacionales sometidos a las pertinentes normas en materia contractual<sup>31</sup>.

## 2. Conflictos de leyes

### 2.1. Normas de conflicto

Los arts. 69 y 70 se refieren, respectivamente, a la garantía mobiliaria posesoria y a la que se constituye sin desposesión del bien, siendo la diferenciación necesaria por razón de quién es poseedor y, en consecuencia, quién se presume en poder de la cosa mueble, bien el acreedor garantizado, bien el deudor garante. El telón de fondo es fortalecer la confianza del acreedor garantizado en aquellos casos en los que no está en posesión del bien, de manera que la conexión elegida para regir algunos aspectos de las garantías mobiliarias sin desposesión persigue evitar

---

<sup>27</sup> El convenio de La Haya sobre Valores es accesible en Conferencia de la Haya: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=72>.

<sup>28</sup> Véase nota 7.

<sup>29</sup> Véanse arts. 1 y 37 de la Ley Modelo, así como las explicaciones de A. GARRO, *El marco regulatorio...*, loc. cit., pp. 5-6.

<sup>30</sup> Véase *Symposium-Meeting of OAS-CIDIP-VI Drafting Committee on Secured Transactions*, loc. cit., pp. 596-597.

<sup>31</sup> El art. 81 de la Ley Modelo UNCITRAL sobre operaciones garantizadas hace hincapié en este punto al ocuparse específicamente de la ley aplicable al acuerdo de garantía entre acreedor garantizado y deudor garante, si bien ha de entenderse que remite a las normas de conflicto del foro sobre materia contractual.

que el acreedor tenga el problema añadido de averiguar dónde está el bien para proceder a su realización; en este contexto, se opta por atender a la ley de situación del deudor garante, que se beneficia, además, de la interpretación auténtica contenida en el art. 72 de la Ley Modelo, a la que nos referimos en el último epígrafe de este apartado. En cambio, si el acreedor está en posesión del bien garantizado, el problema reseñado ya no se plantea y, por ello, se mantiene el punto de conexión tradicional, esto es, el lugar de situación del bien mueble.

La distinción debida al carácter posesorio o no posesorio de la garantía se aparta de la que consagran otros instrumentos internacionales en la medida en que estos diferencian entre ley aplicable a bienes incorpóreos, para los que se prevé la ley de ubicación del otorgante<sup>32</sup>, y bienes corporales<sup>33</sup>, a los que se aplica la *lex rei sitae*. Lo cierto es que la solución de la Ley Modelo presenta la ventaja de que extiende a más supuestos una conexión, la ubicación del deudor garante, que tiene la virtud de simplificar la averiguación de qué garantías existen sobre los bienes muebles del deudor, puesto que solo se ha de consultar una ley y no todas las jurisdicciones donde tenga bienes. Cuando la garantía es posesoria, el acreedor no tiene estos problemas y, además, los terceros esperan la aplicación de la *lex rei sitae*<sup>34</sup>. Por otra parte, la aplicación de la ley de ubicación del deudor garante a las garantías no posesorias presenta la ventaja de dar respuesta a casos complejos como el de bienes móviles, que están traspasando constantemente las fronteras<sup>35</sup>.

## 2.2. *El conflicto móvil*

Además de la distinción antes reseñada entre garantías posesorias y no posesorias, la Ley Modelo también singulariza determinados aspectos de cada una de ellas en la medida en que entiende que han de recibir un tratamiento conflictual diferenciado, en particular en lo que atañe al problema del conflicto móvil. Así, se asignan distintas conexiones en función de que esté en juego la existencia y validez de la garantía, su publicidad y la prelación que otorga a su titular frente a terceros. En consecuencia, las precisiones que a continuación se hacen parten de las conexiones reseñadas —situación del bien mueble para la posesoría y ubicación del deudor garante para la garantía no posesoria—, pero precisando el momento al que se ha de atender para su identificación en caso de que el bien o el deudor garante estén en contacto con más de un ordenamiento.

Cuando el punto controvertido fuera la validez de una garantía que por cualquier razón esté vinculada con más de un país, el momento relevante es el de su constitución. Por tanto, se atenderá a la ley de situación del bien, o a la de ubicación del otorgante, en el momento de creación de la garantía, en función de que sea posesoria o no. La opción por este momento responde a los intereses subyacentes a este tipo de derechos en la mayoría de los casos. En cambio, esta solución no es enteramente satisfactoria cuando se trata de bienes en tránsito o

---

<sup>32</sup> Así lo dispone el art. 22 del Convenio de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos que remite a la ley de situación del cedente.

<sup>33</sup> El art. 3.XII de la Ley Modelo también identifica la distinción corporal/incorporal como la categoría de bienes que contempla aclarando algunos supuestos que caben en una u otra categoría. El art. 2.ii) de la Ley Modelo UNCITRAL es más completo incluyendo en los corporales al dinero, títulos negociables, documentos negociables y valores no intermediados materializados.

<sup>34</sup> Véase esta discusión en Guía UNCITRAL sobre las operaciones garantizadas, Capítulo X, párrafos 20 a 24.

<sup>35</sup> Como maquinaria empleada en la realización de proyectos en distintos países. De hecho y aunque la *lex rei sitae* es la conexión de partida para bienes corporales en el art. 82 de la Ley Modelo UNCITRAL, este precepto prevé excepciones a dicha conexión, entre las que se incluye el caso analizado en texto.

destinados a la exportación, en la medida en que la aplicación de la regla —por lo general, la *lex rei sitae*— puede llevarnos a un ordenamiento aleatorio o ya desconectado con el bien mueble. Se echa de menos que la Ley Modelo no haya contemplado el supuesto, aunque nada impide a los países que la transpongan tenerlo en cuenta<sup>36</sup>.

En la medida en que se trata de un derecho real, la cuestión de la publicidad que ha de recibir es clave pues de ella depende su eficacia *erga omnes*, es decir, la oponibilidad frente a terceros. Las formas de publicidad que contempla la Ley Modelo son la registral, por control o por posesión del bien o título representativo, y todas ellas cumplen su función en el país al que apuntan las conexiones indicadas. Pero no así cuando la garantía está vinculada por cualquier razón con más de un país; en dicho supuesto y teniendo presente la función que cumple la publicidad, ha de cumplimentarse también lo que disponga la ley del nuevo Estado de situación del deudor garante si la garantía es no posesoria, o el de la situación del bien mueble si lo es. Téngase presente, en particular, que no importa que la garantía mobiliaria sin desplazamiento de la posesión esté vinculada con más de un país —p. ej., porque se haya otorgado sobre bienes móviles—, sino que lo relevante a efectos de determinar la ley aplicable a la publicidad es la ubicación del otorgante y si se ha trasladado a otro Estado o no.

Las precisiones aquí realizadas son importantes a la vista de las divergencias en esta cuestión. La Ley Modelo busca eliminar gravámenes ocultos a través de establecer un sistema de garantías mobiliarias caracterizado por la publicidad. A estos efectos se articulan distintas formas de publicidad. Ahora bien, la publicidad registral ocupa un lugar destacado en la medida en que se establecen una serie de mecanismos que facilitan el acceso al registro, incluyendo la estandarización y la significativa reducción de costes tanto a efectos de inscribir una garantía mobiliaria como de consultar la existencia de gravámenes sobre un bien allí registrado<sup>37</sup>. Ello no obstaculiza la divergencia jurídica en la medida en que los requisitos de acceso al registro pueden variar de un país a otro. Y es por esta razón que no puede más que saludarse la obligación impuesta por los arts. 69 y 70 de atender a la ley de situación del bien garantizado o del deudor garante en el momento de constitución de la garantía mobiliaria, y, a continuación, a esa misma ley en el momento en que se produce el traslado a otro país. Y así sucesivamente.

En lo que atañe a la prelación que confiere la garantía mobiliaria vinculada con más de un país, se rige por la ley del Estado en el que esté ubicado el deudor garante o el bien mueble —en función de su calidad de sin posesión o posesoria— en el momento de su creación. En caso de desplazamiento de dicha situación a otro país, la regla es similar a la establecida para la publicidad y se atenderá a la ley del nuevo Estado.

Más concretamente, la ley del nuevo Estado se aplica a las cuestiones referentes a la prelación frente a terceros que adquieran derechos en la garantía mo-

---

<sup>36</sup> En atención a estas consideraciones, el art. 82.4 de la Ley Modelo UNCITRAL establece la posibilidad de que las partes pacten la aplicación de la ley de destino final de los bienes.

<sup>37</sup> En esta dirección, los ordenamientos jurídicos que han implementado la Ley Modelo han creado registros de acceso *online* contribuyendo así a los objetivos reseñados. Ahora bien, ello no obsta al carácter territorial del registro en cuestión, a diferencia del registro que contempla el Convenio UNIDROIT relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil, que es un registro de cargas internacional y electrónico. Esta idea se discutió en la CIDIP-VI, tal y como se puede comprobar en *Symposium-Meeting of OAS-CIDIP-VI Drafting Committee on Secured Transactions*, *loc. cit.*, pp. 596-597. Véanse, además, las críticas a las implementaciones nacionales de la Ley Modelo del acceso al registro de A. GARRO, *The OAS-sponsored Model Law...*, *loc. cit.*, pp. 399-405.

biliaria sin desposesión tras la fijación de la nueva ubicación del deudor garante, de manera que aquí se priorizan los derechos de terceros frente a los del acreedor garantizado. Tomando en consideración los intereses de este último, el art. 70 *in fine* establece que, si a la garantía se le da publicidad conforme a la ley del Estado de la nueva ubicación del deudor garante dentro de los noventa días del traslado, se mantiene la prelación de la garantía registrada conforme a la ley del lugar de la ubicación anterior. Por tanto, si se respeta el plazo indicado, hay un *continuum* en la prelación del acreedor garantizado.

En el caso de garantías mobiliarias posesorias, se aplica igualmente la ley del nuevo Estado a las cuestiones referentes a la prelación frente a los quirografarios y a los terceros que adquieran derecho en la garantía tras el traslado de los bienes a dicho Estado. Ahora bien, se hace el mismo matiz que respecto de las garantías mobiliarias sin desplazamiento de la posesión, es decir, la prelación de la ley anterior al traslado del bien se mantiene si a la garantía posesoria se le da publicidad conforme a la ley del nuevo Estado dentro de los noventa días siguientes al traslado de los bienes asegurados.

El art. 71 prevé una regla especial de prelación de una garantía mobiliaria sin desplazamiento de la posesión cuando esta recae sobre bienes muebles incorporales negociables, como créditos o valores, y terceros adquieran una garantía posesoria sobre ellos, porque se hayan incorporado a un certificado. En este caso, decide sobre la prelación la ley del Estado de situación de los bienes en garantía al momento de la adquisición de la garantía posesoria<sup>38</sup>.

La ejecución de la garantía también depende, en principio, de su carácter posesorio o no, y hay que presuponer que se trata de la ley de situación del bien o ubicación del otorgante al momento de constituirse la garantía. En borrador inicial de Ley Modelo, el art. 68, párrafo I, remitía justamente en relación con las garantías mobiliarias posesorias a estas leyes. Igualmente, el art. 68, párrafo I, de este borrador incluía una regla específica sobre la ley aplicable a la ejecución de la garantía sin desplazamiento de la posesión sobre bienes muebles corporales, que habría de someterse al «derecho del Estado en el cual los bienes estén localizados al momento de la ejecución de la garantía». Sin embargo, estas reglas han desaparecido en la versión de la Ley Modelo finalmente aprobada.

Esta laguna no puede, sin embargo, llenarse por referencia a la ley de situación del bien o ubicación del deudor garante en el momento de la creación de la garantía, sino que ha de hacerlo por referencia a *lex situs* en el momento de la ejecución de la garantía. Esta última se cohonestaría mejor con los intereses presentes en la fase de realización de la garantía y que obligan a examinar con qué vías cuenta el acreedor garantizado para su ejecución; esto es, si, por ejemplo, solo puede acudir a los tribunales judiciales o puede realizar extrajudicialmente el derecho. En este contexto, la aplicación de la *lex situs* en el momento de la ejecución de la garantía persigue la aplicación de la *lex fori*, la de la ley del país donde se va a realizar la garantía.

Esta última interpretación se ajusta, además, a la postura que aproxima la ley aplicable a la ejecución con la que rige la prelación en la medida en que se trata de una cuestión directamente relacionada con la ejecución<sup>39</sup>. A idéntica conclu-

---

<sup>38</sup> Véase, en parecidos términos, la Recomendación 208 de la Guía UNCITRAL sobre operaciones garantizadas.

<sup>39</sup> Véase abundando en las distintas soluciones de Derecho comparado a estos problemas y, en particular, la correlación ejecución-prelación, Guía UNCITRAL sobre operaciones garantizadas, Capítulo X, párrafos 64-72, en particular 68-69.

sión ha de llegarse también con la ley aplicable a la ejecución de las garantías no posesorias sobre bienes incorpóreos. Por las razones ya indicadas, no parece que la solución más adecuada sea atender a la ubicación del otorgante en el momento de creación de la garantía, sino que se aplique la misma ley que rige las cuestiones relativas a la prelación<sup>40</sup>.

### 3. Alcance territorial de la Ley Modelo Interamericana sobre garantías mobiliarias

Bajo el título de «alcance territorial de aplicación», *territorial scope of application* en la versión inglesa, se esconde una norma material uniforme que sirve a localizar las normas de conflicto y aplicación contenidas en el art. 70, es decir, a precisar el lugar de ubicación del deudor garante y, por tanto, la ley aplicable a la garantía mobiliaria sin desplazamiento de la posesión. No estamos ante normas de extensión puesto que no delimitan el ámbito de aplicación de la ley nacional que hubiera transpuesto la Ley Modelo, sino de una regla que coadyuva a la aplicación de las normas de conflicto antes analizadas. De ahí que hubiera sido más apropiado denominar el Título VII Conflictos de leyes y normas de aplicación, *conflicts of laws and application rules*.

Concretamente, el art. 72 establece dos reglas en función de que el deudor garante sea, de una parte, empresario o profesional; de otra, un particular. En el primer caso, la ubicación del deudor garante se concreta allí donde tiene su centro principal de negocios; en el segundo caso, en su residencia habitual. Ambos conceptos son de carácter fáctico y exigen determinación en caso de controversia, si bien ambos se caracterizan por su estabilidad de manera que dificultan su manipulación y, por tanto, el *forum shopping* si lo que se intentara es conseguir una ley aplicable más favorable al deudor.

La residencia habitual es una conexión de referencia en el Derecho internacional privado como demuestran, por ejemplo, los numerosos instrumentos de la Conferencia de La Haya que la emplean, aunque se abstengan de ofrecer una definición del concepto por problemas en su construcción<sup>41</sup>. Su utilización generalizada dentro del Derecho internacional privado de la Unión Europea sí está contribuyendo a generar dicha descripción, aunque siempre subrayando su carácter fáctico y, como tal, susceptible de apreciación en el caso concreto. Así, podría decirse que la determinación de dónde una persona tiene su residencia habitual exige una evaluación general de las circunstancias de su vida en el momento en que se suscita la disputa, tomando en consideración todos los hechos pertinentes, en particular la duración y la regularidad de la presencia del deudor garante en el Estado de que se trate, así como las condiciones y los motivos de dicha presencia. La residencia habitual así determinada debería revelar un vínculo estrecho y estable con el Estado de que se trate, a la luz de los objetivos perseguidos por la Ley Modelo, que no son otros que la seguridad jurídica y del tráfico jurídico<sup>42</sup>.

<sup>40</sup> Esta es la regla que, por otra parte, consagra el art. 85.b) de la Ley Modelo UNCITRAL.

<sup>41</sup> La oportunidad de su introducción fue discutida durante las negociaciones del Convenio de La Haya de 1996 relativo a la competencia judicial, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de decisiones, y la cooperación en materia de protección de niños, siendo rechazada por temor a que pudiera influir en la interpretación de otros Convenios que utilizan el mismo criterio, además de falta de acuerdo en su definición. Véase Informe Explicativo de Paul Lagarde al Convenio de La Haya de 1996, Texto adoptado por la XVIII Sesión de la Conferencia de La Haya, para. 40.

<sup>42</sup> Véanse, como ejemplo de acceso de la definición de residencia habitual a reglas escritas, los considerandos 23 y 24 del Reglamento (UE) 650/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a

El centro principal de negocios no se cohonesta, en principio, con la determinación que otros instrumentos realizan de dónde está la ubicación del otorgante. Así, tanto el Convenio de cesión de créditos como la Ley Modelo UNCITRAL sobre operaciones garantizadas entienden que el centro principal de negocios está allí donde el deudor garante tenga su establecimiento y, si tuviere varios, donde está su administración central<sup>43</sup>. Ahora bien, el análisis de la conexión territorial aquí empleada permite llegar a parecidas conclusiones: se trata de una conexión fáctica que cubre una doble función puesto que se refiere tanto a personas físicas como a jurídicas, esto es, tanto a profesionales como a sociedades; de ahí que por *negocios* haya de entenderse cualquier actividad económica. Esta última puede, además, estar localizada en distintos Estados, problema que la norma solventa remitiendo al centro *principal* de los negocios, que será allí desde donde se administran. Así, en el caso de las personas jurídicas habrá que atender al lugar en el que tienen su administración central y en el de las personas físicas a su domicilio o establecimiento profesional, salvo prueba en contrario.

#### IV. CONSIDERACIONES FINALES

Los Títulos VII y VIII de la Ley Modelo han servido de inspiración y se alinean con las tendencias más modernas en esta materia. Ello no obsta a que haya cuestiones que no han sido abordadas, en particular en el Título VIII. A algunas ya nos hemos referido y ahora solo resta hacer una breve referencia a la ley rectora de los efectos de la apertura de un procedimiento de insolvencia sobre las garantías mobiliarias.

En caso de apertura de un procedimiento de insolvencia sobre el deudor garante, han de abordarse cuestiones como el trato que han de recibir los acreedores garantizados —en particular, si les afecta la paralización de actuaciones y cuáles son los efectos del concurso sobre procedimientos en fase de tramitación, sean judiciales o arbitrales—; el orden de prelación; la distribución del producto en el concurso del deudor garante, y posibles acciones revocatorias o paulianas concursales. Comoquiera que todas estas cuestiones son susceptibles de calificarse de concursales, ha de indicarse que la Ley Modelo acierta al dejarlas fuera de su ámbito de aplicación en tanto que la primera ley a considerar es la *lex concursus*. Ello no obsta a que la concesión de crédito esté fuertemente ligada a las expectativas que tienen los acreedores garantizados de cobrar incluso cuando se abra un procedimiento de insolvencia. Quizá una referencia a que debe buscarse el respeto de la ley rectora de la garantía mobiliaria en los términos previstos en la Ley Modelo hubiera sido una buena solución intermedia<sup>44</sup>.

Los matices aquí expuestos no obstan a la conclusión general de que estamos ante un modelo a seguir, ya que consigue minimizar los riesgos que las garantías mobiliarias internacionales traen consigo, ofreciendo una ley previsible para todas las partes implicadas, incluidos terceros.

---

la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo (*DOUE* L 201, de 27 de julio de 2012).

<sup>43</sup> Véanse arts. 5.*h*) del Convenio de Naciones Unidas sobre cesión de créditos y 87 de la Ley Modelo UNCITRAL.

<sup>44</sup> Como, por otra parte, hace el art. 91 de la Ley Modelo UNCITRAL.

**PARTE II**

**REGLAMENTO MODELO PARA EL REGISTRO  
DE LA LEY MODELO INTERAMERICANA  
SOBRE GARANTÍAS MOBILIARIAS**





# COMENTARIO DE SÍNTESIS

Elsa AYALA  
Diana MUÑOZ FLOR

**SUMARIO:** I. ANTECEDENTES.—II. DESARROLLO DEL REGLAMENTO: 1. Definiciones. 2. Registro electrónico. 3. Pago de derechos. 4. Calificación registral. 5. Deberes del registro. 6. Procedimiento para la inscripción. 7. Aviso de confirmación de inscripción o cancelación. 8. Restablecimiento de la inscripción. 9. Certificados de registro. 10. Identificación del acreedor garantizado y del deudor garante. 11. Descripción del bien en garantía. 12. Obtención de la información.— III. CONCLUSIONES.

## I. ANTECEDENTES

Uno de los pilares fundamentales para que un Sistema de Garantías Mobiliarias funcione eficientemente es el Registro de Garantías Mobiliarias, mecanismo que permite dar publicidad a las garantías mobiliarias, sobre todo aquellas en las que el acreedor no mantiene la posesión del bien mueble.

En este sentido, si bien en la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias (en adelante Ley Modelo) se desarrolló el Título IV, a efecto de regular las disposiciones relacionadas con el Registro, en el año 2009 la Séptima Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado decidió aprobar el Reglamento Modelo para el Registro en virtud de la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias, el cual por su parte regula el proceso de inscripción, prelación y oponibilidad frente a terceros de las garantías mobiliarias (en adelante Reglamento Modelo).

El Reglamento Modelo describe los aspectos fundamentales que se deben contemplar en un Registro de Garantías Mobiliarias, tales como el procedimiento por virtud del cual se deben llevar a cabo las inscripciones, los deberes del registro, el alcance del mismo, la regulación de las modificaciones, correcciones, cancelaciones, la forma de llevar a cabo la descripción de los bienes muebles, entre otros.

## II. DESARROLLO DEL REGLAMENTO

### 1. Definiciones

Las definiciones establecen los términos básicos que se contemplarán en el registro, entre ellas la de «Inscripción» *que incluye la inscripción de una garantía mobiliaria y la modificación de una inscripción*. Esta definición pudiera ser confusa ya que si bien la modificación puede cambiar diversos aspectos de la inscripción, el registro siempre debe guardar todo el antecedente de la garantía de esta manera si el registro de una garantía se realiza de una manera y posteriormente se modifican algunos datos, en la consulta se deberá apreciar el asiento inicial tal cual se inscribió y posteriormente la modificación, del mismo modo que si se lleva a cabo una corrección. Cada una de estas operaciones formará parte de la historia de la garantía, por lo que se considera más adecuado especificar los términos de manera independiente.

Asimismo, no se incluye una definición que considere la corrección de errores, se recomienda que en la regulación específica de cada país sí se contemple.

### 2. Registro electrónico

De conformidad con el Reglamento pueden existir diversas opciones para presentar los formularios registrales ya sea en papel, fax o electrónicamente. En el documento no es claro si se puede optar por contar con ambas opciones, y de ser el caso, cuáles serían las reglas de prelación al respecto; tampoco se menciona si las inscripciones que se presentan en papel se capturarán posteriormente en un sistema electrónico, lo cual es importante ya que de lo contrario no se podría contar con un sistema de consulta único y eficiente.

Mantener un sistema mixto en el que se permitan llevar a cabo inscripciones en papel y electrónicas puede traer problemas respecto a las reglas de prelación y a la publicidad respectiva, ya que mientras las inscripciones electrónicas se deben hacer de inmediato, las inscripciones en papel están sujetas a horarios y días hábiles y en su caso al proceso de captura en el sistema electrónico.

Lo anterior pudiera ocasionar conflictos, tales como que un mismo bien otorgado como garantía a dos acreedores se ingresara por el acreedor 1 para su inscripción en papel y el acreedor 2 lo ingresara vía electrónica de forma inmediata.

Entonces, si el acreedor 1 lo presentó primero pero el acreedor 2 lo inscribió primero, ¿quién tendría prelación? Este es uno de los problemas a los que se enfrentarían los países que opten por tener un sistema mixto, y por ello, en caso de hacerlo, es importante que se establezcan claramente las reglas de prelación correspondientes.

Sin duda, desde nuestra perspectiva, a pesar de las brechas tecnológicas que pueden existir en los distintos países, este tipo de registros funciona eficientemente cuando es 100 por 100 electrónico y se pueden llevar a cabo las inscripciones desde cualquier lugar con acceso a internet, ya que con ello se logra contar con un sistema transparente, ágil y a bajo costo.

### 3. Pago de derechos

En el art. 3 se mencionan los pagos de derechos que se llevarán a cabo; no obstante, no se menciona que este deberá ser al más bajo costo posible, es de-

cir, dicho pago deberá ser solo para el mantenimiento del propio registro, ya que, en muchos países de Latinoamérica, los registros públicos han funcionado como fuente de recaudación y no como una contraprestación por un servicio. En México, por ejemplo, antes del inicio del Registro Único de Garantías Mobiliarias, se cobraba en función del monto del crédito, lo cual desincentivaba a los acreedores para inscribir.

#### **4. Calificación registral**

Uno de los aspectos fundamentales para que un registro funcione eficientemente es que no exista calificación registral. Este sin duda es uno de los puntos más controvertidos en los países de Latinoamérica que han implementado un sistema de garantías mobiliarias, donde por tradición se trata de asemejar a los registros de propiedad en los cuales se debe contar con una revisión realizada por un funcionario público para que la inscripción tenga validez jurídica; por ello, representa uno de los más grandes retos; sin embargo, debe partirse del principio que no se trata de un registro de bienes, ni de propiedad, es un registro de avisos donde cada acreedor asume la responsabilidad respecto a sus inscripciones, en el caso de México desde la implementación del registro bajo este sistema no se ha presentado ningún caso en el que el acreedor actúe de mala fe al llevar a cabo una inscripción.

#### **5. Deberes del registro**

El art. 5 presenta uno de los grandes problemas cuando estamos hablando de inscripciones realizadas en papel, ya que menciona que el registro no es responsable por los cambios, omisiones u alteraciones de la información de inscripción, hasta en tanto no haya recibido dicha información. En este sentido, si se trata de una inscripción en papel, la cancelación no se hace de forma inmediata, y con lo dispuesto por dicho artículo se interpretaría que durante el lapso que no se lleve a cabo la inscripción, modificación o cancelación correspondiente, el registro sería responsable.

Además, presenta otro problema, la fecha en que surtiría efectos. ¿Sería la de la presentación o la de la inscripción? Para que un sistema funcione de forma transparente debería ser a partir de este último momento, ya que de lo contrario se estaría afectando a terceros, con información que aún no está disponible para su consulta.

Lo anterior se resuelve con los registros electrónicos en los que se lleva a cabo la inscripción de forma inmediata; aunado a lo anterior, en un registro electrónico la responsabilidad del registrador se reduce al mínimo ya que la interacción se llevará a cabo directamente con el sistema y lo único que se validará al respecto será que se haya llenado el formulario registral completo.

Asimismo, el documento establece que el registrador removerá la inscripción del índice disponible para consulta cuando una inscripción deje de surtir efectos. Esta redacción parece confusa, se considera que sería más claro establecer «cuándo llega el término del periodo de vigencia».

#### **6. Procedimiento para la inscripción**

La alternativa B del art. 6 del Reglamento referente a que se puede presentar cualquier documentación vinculada a la inscripción no debiera ser una opción

prevista, ya que, al no existir calificación registral, lo que se requiere de parte del acreedor es que el formulario cumpla con los datos que se solicitan. Dicha información será la que se podrá consultar de manera eficiente y ágil por parte de los usuarios. Si se permite incluir información adicional, pudiera parecer que el registro realizará alguna especie de calificación y puede confundir a los usuarios respecto a la consulta que podrán llevar a cabo, es decir, querrán consultar también la información adicional presentada por el acreedor, desvirtuando con ello el objeto del registro.

Respecto a las facultades que pueden tener los usuarios de la cuenta, nos parece que no toda persona que tenga acceso puede llevar a cabo inscripciones, modificaciones o cancelaciones, esto dependerá del tipo de privilegio que se le asigne a cada usuario, es decir, pueden existir acreedores que por su tamaño requieran que varios usuarios realicen inscripciones en su nombre y representación; sin embargo, pueden requerir que estos tengan distintos privilegios, es decir, que algunos inscriban, pero no puedan cancelar o modificar, o podrán tener usuarios que puedan llevar a cabo todas las operaciones en su totalidad. Es importante que cada país determine claramente la forma en que se llevará a cabo esta serie de autorizaciones, un método eficiente consiste en que puede haber un titular de la cuenta que autorice a otros usuarios con distintos privilegios, sobre todo en los registros electrónicos.

Por otra parte, se establece que «se considerará, sin que se admita prueba en contrario, que una inscripción o cancelación de una inscripción realizada utilizando el número de identificación de usuario y la contraseña ha sido realizada por la persona a quien el registro haya asignado tal número de identificación de usuario y contraseña»; al respecto, es importante señalar que en un registro electrónico es posible incluir el uso de la firma electrónica, la cual tiene la misma validez que la firma autógrafa, por lo que la información que se firme con esta será plenamente atribuible al usuario, por lo que es altamente recomendable que se haga uso de esta.

Aunado a lo anterior, se establece que las inscripciones con número de serie deberán ordenarse además del índice ordenado conforme al Nombre del Deudor Garante conforme al número de serie. Esta disposición pudiera ser confusa, si bien, cuando se habla de un bien específico y determinado al momento de la celebración de la garantía, resulta totalmente certero incluir el número de serie, el cual permitirá llevar a cabo consultas efectivas por este criterio, cuando se trata de garantías que incluyen bienes futuros o revolventes esto no resulta tan sencillo, por ejemplo:

«La garantía recae sobre una flotilla de autos de una marca en específico, estos se estarán vendiendo y reemplazando todos los días, siempre y cuando se mantenga el monto de la garantía inicial».

En esos casos, no se podría hacer la inscripción por el número de serie, derivado de que estos se estarían modificando todos los días, y sería materialmente imposible mantener el registro actualizado a la misma velocidad que la transformación de la propia garantía; en este sentido, si una persona consultara y no encontrara el número específico del bien determinado pero sí la descripción de la flotilla de autos, presumiría que el auto que está buscando tiene un gravamen, aunque no esté la descripción del número de serie en específico, por lo que el Reglamento debe dar claridad respecto a estos aspectos.

## **7. Aviso de confirmación de inscripción o cancelación**

Cuando se trata de un registro electrónico, el aviso previsto en el art. 8 aviso no es necesario, ya que el propio usuario autorizado del acreedor será quien con

sus claves de acceso y en su caso con su firma electrónica estará llevando a cabo la inscripción o cancelación.

No obstante, es importante señalar que si la cancelación derivada del término de vigencia es automática, el aviso puede funcionar para que, previa a la cancelación automática, los acreedores puedan recibir una notificación de que su garantía está próxima a vencer para que de esta manera si quieren renovarla tengan la posibilidad de hacerlo. Es importante resaltar que el registro no menciona qué sucede si las inscripciones llegan al término de vigencia. La cancelación automática cuando se presenta este supuesto contribuye a que exista información actualizada y real en el registro.

Finalmente, no queda claro cómo opera este aviso, es decir, si se da el aviso y se cancela, si hay un periodo de tiempo, si hay una confirmación de parte del acreedor.

## 8. Restablecimiento de la inscripción

Se menciona que una inscripción puede ser restablecida cuando ha sido cancelada sin autorización o por error; y se establece un periodo de treinta días dentro del envío del aviso de confirmación de cancelación, pero no se establece qué pasaría con los terceros que consultaron el registro en dicho periodo y que no encontraron garantías inscritas, ¿qué pasaría si otro acreedor inscribe una garantía durante este periodo?; derivado de que realizó la consulta y no encontró resultados, este segundo acreedor debería tener prelación, y si bien el art. 42 de la Ley Modelo contempla el supuesto anterior, genera confusión la forma en cómo está redactado en el Reglamento. En cualquier caso, derivado de la publicidad y de la propia disposición que establece que la inscripción se considera realizada al momento en que puede ser consultable por terceros, no se debería definir como una reinscripción, sino como una inscripción nueva.

Es importante mencionar que si la cancelación se llevó a cabo de manera fraudulenta tendrá las acciones correspondientes ante la autoridad competente de daños y perjuicios, considerando que dicha cancelación se debió llevar a cabo por un usuario autorizado por el mismo.

## 9. Certificados de registro

La certificación consiste en una versión impresa de la consulta, de los asientos correspondientes a la garantía, por lo que no se necesitaría un formulario para ello en un registro electrónico ya que se ingresa directamente a la información previamente inscrita y se certifica, desde esta perspectiva; en caso de que estuvieran inscritos formularios de ejecución deben aparecer en la certificación correspondiente; por lo que no se podría pedir una certificación solo de ese acto, ya que esta se refiere a la información completa de la garantía.

En las certificaciones que puede emitir el registro se especifica como una de las opciones que el *registro proporcionará copias de cualquier documento que se relacione directamente con la inscripción*. Esto, como se había mencionado en líneas anteriores, desvirtúa el objeto del registro ya que cuando se emiten copias de documentos que no son propios del registro, se desvirtúa la función real que tiene el registro. Por otra parte, el registro no estaría facultado para emitir copias de documentos que no se han emitido directamente por el mismo y que son presentadas por los usuarios sin ninguna verificación, por lo que se considera que esta opción no debiera estar contemplada.

## **10. Identificación del acreedor garantizado y del deudor garante**

En el Reglamento se señala que cuando el deudor garante no tenga número de identificación personal, se deberá agregar la fecha de nacimiento y el nombre del deudor garante. En un registro electrónico, esto puede provocar diversos errores, ya que los acreedores pueden ingresar incorrectamente los datos, lo recomendable es que se ingrese un identificador único y que se pueda validar con la entidad emisora de dicho identificador. En un registro electrónico se puede realizar un enlace para validar este dato en tiempo real y evitar errores por parte de los acreedores.

Si existen errores en el nombre, es importante contemplar lo que pasaría con los otros acreedores, es decir, si tendría efectos la inscripción o no, ya que al ser uno de los criterios de consulta, si este nombre se inscribió incorrectamente, los terceros no podrán encontrar la inscripción y esta no les podrá ser oponible. En este caso, hasta en tanto no se llevará a cabo la rectificación correspondiente, esta no tendría efectos frente a terceros respecto al nombre correcto.

Cuando el deudor garante es una persona jurídica, es importante que se contemple el número de identificación del registro correspondiente; por ejemplo, en el caso de personas jurídicas mercantiles, el número asignado por el Registro Mercantil.

## **11. Descripción del bien en garantía**

El primer párrafo del art. 14 pudiera ser confuso, se establecen las distintas posibilidades para llevar a cabo las inscripciones, ya sea que la descripción se haga de forma genérica o específica, pero no se señala ni en este ni en los artículos siguientes, cuando debiera ser específica.

Tampoco se aclara la situación respecto a la descripción o el establecimiento de bienes futuros o revolventes; es sumamente importante establecer esta condición en el momento de la inscripción, para que los terceros conozcan la posible transformación de la garantía originalmente inscrita.

Asimismo, se habla de los identificadores de bienes muebles que pudieran estar excluidos de la aplicación de la ley como aeronaves y embarcaciones, y en este sentido, la ley establece que cuando una ley o convención internacional aplicable requiera que las garantías celebradas sobre muebles inscritos en registros especiales sean registrados en estos, dicha disposición tendrá precedencia respecto a la ley; sin embargo, no se establece qué pasaría con ellos en el registro, para que pueda existir una sola opción de consulta de las garantías. Al respecto, se podría establecer que cuando estos bienes sigan sujetos a inscripción en sus registros especiales, dichos registros realicen una réplica en el registro para que pueda existir una sola fuente de consulta.

## **12. Obtención de la información**

Los supuestos especificados en el numeral I del art. 18 no se podrían regular en el Reglamento y son disposiciones que no aplican específicamente al registro, por lo que no debieran estar en este apartado; por otra parte, la cancelación por orden autoridad debería proceder en caso de que se haya cumplido con la obligación garantizada o que no existiera dicha obligación, y el acreedor se niegue a llevarlo a cabo pero no específicamente por los supuestos marcados en el numeral I.



Por otra parte, es importante que se contemple claramente la responsabilidad que tiene el acreedor y sus usuarios autorizados al llevar a cabo inscripciones en el registro, ya que esto permite mantener certeza jurídica y confiabilidad en el registro.

### **III. CONCLUSIONES**

El reto más importante del registro es la implementación. Existen muchos supuestos dependiendo del tipo que adopte cada país y de la legislación correspondiente; lo cierto es que un registro que funcione eficazmente establecerá la publicidad y las reglas de prelación claras, tanto para la consulta, y permitirá que los acreedores puedan incluirlo en sus reglas de proceso para que les ayude como un elemento de decisión respecto al otorgamiento del crédito, tasas de interés, plazos, así como para la determinación de prelación en caso de incumplimiento y ejecución de la garantía.

Entre los países que han implementado Registros de Garantías en Latinoamérica se encuentran Costa Rica, Colombia, Perú, Guatemala, Honduras, República de El Salvador y México y, sin duda, en muchos de estos se han contemplado diversos principios de los plasmados en este Reglamento; sin embargo, en el ejercicio práctico de estos registros se presentan supuestos que en su momento escaparon a la redacción del Reglamento y que los países tienen que enfrentar y resolver, por lo que sería importante establecer un mecanismo de comunicación entre los registros de todos los países para poder intercambiar experiencias, problemáticas, y en la puesta en marcha y en la operación de estos.



PARTE III  
**IMPLEMENTACIÓN: INFORMES NACIONALES**



# **COLOMBIA: RECEPCIÓN DE LA LEY MODELO INTERAMERICANA SOBRE GARANTÍAS MOBILIARIAS**

Omar Alfonso CÁRDENAS CAYCEDO

**SUMARIO:** I. PROCESO DE INCORPORACIÓN DE LA LEY MODELO INTERAMERICANA SOBRE GARANTÍAS MOBILIARIAS EN COLOMBIA.—II. COLOMBIA ANTES DE LA LEY 1676 DE 2013.—III. GENERALIDADES SOBRE LA LEY 1676 DE 2013 (LGMCOL).—IV. LA LEY 1676 DE 2013 DE COLOMBIA (LGMCOL) FRENTE A LA LEY MODELO INTERAMERICANA SOBRE GARANTÍAS MOBILIARIAS (LMIGM): SIMILITUDES Y DIFERENCIAS: 1. Tipo de obligación garantizada. 2. Bienes sujetos a la garantía mobiliaria. 3. Constitución de la garantía mobiliaria. 4. Registro de la garantía mobiliaria. 5. Ejecución de la garantía mobiliaria.—V. LA LEY 1676 DE 2013 LGMCOL Y SU IMPACTO EN CIFRAS.—VI. REFERENCIAS.

## **I. PROCESO DE INCORPORACIÓN DE LA LEY MODELO INTERAMERICANA SOBRE GARANTÍAS MOBILIARIAS EN COLOMBIA**

La Ley Modelo Interamericana de la OEA/OAS sobre garantías mobiliarias (en adelante LMIGM) fue aprobada por la Sexta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-VI), en su tercera sesión plenaria celebrada el 8 de febrero de 2002, en Washington, escenario desde el cual, además, se instó a los Estados Miembros de la OEA para su adopción interna; sin duda, el esfuerzo pretendía la unificación y la armonización del régimen de garantías, pero más allá desarrolló varios objetivos loables, así: i) facilitar el acceso al crédito; ii) ampliación de bienes susceptibles de soportar una garantía; iii) publicidad de las garantías con el fin de respetar la prelación de acreedores; iv) estandarizar temas documentales y registrales; v) claridad y previsibilidad sobre la prelación de las garantías, y vi) celeridad en la ejecución de la garantía (OEA/OAS 2002).

Colombia viene gestando un interesante proceso de adecuación de su normatividad interna a los retos del comercio mundial (Gómez Gutiérrez, 2018), lo que se avizoró desde la Ley 527 de 1999 que adoptó la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico; la incorporación por medio de la Ley 1258 de 2008 de la sociedad por acciones simplificada siguiendo el ejemplo de países como Chile y Francia, o bien la Ley 1563 de 2012 que adoptó el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional que sigue muy de cerca la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional; solo por citar algunos ejemplos.

En ese proceso de mejoramiento y adecuación del ordenamiento jurídico colombiano a los nuevos retos, mediante la Ley 1676 de 20 de agosto de 2013, publicada en el *diario oficial* 48.888, el Congreso de la República de Colombia expidió un régimen sobre garantías mobiliarias (en adelante LGMCOL), por el cual se adoptó en buena parte la LMIGM. Colombia se insertó así en una nueva visión en torno a la concesión, protección y ejecución del crédito, que actualmente incluso utiliza las nuevas tecnologías para su funcionamiento.

## II. COLOMBIA ANTES DE LA LEY 1676 DE 2013

El régimen de persecución sobre bienes muebles de los deudores en Colombia, antes de la Ley 1676 de 2013, se circunscribía a dos posibilidades jurídicas: i) por un lado, la prenda común de pago de los acreedores, contemplada en el art. 2488 del Código Civil, según la cual todos los bienes del deudor pueden ser perseguidos por los titulares de créditos, con exclusión de los bienes inembargables, enlistado en el art. 594 del Código General del Proceso, y antes de este, en el art. 684 del Código de Procedimiento Civil, y ii) la prenda, comprendida como un derecho real del acreedor sobre el bien objeto de la garantía, que le otorgaba un derecho preferencial en la persecución de bien.

Colombia tiene una reglamentación dual en materia de derecho privado: por un lado, el Código Civil heredero de la tradición decimonónica, basado fuertemente en el Código de Don Andrés Bello, y por otro, el Código de Comercio confeccionado en la segunda mitad del siglo xx (Decreto 410 de 1971), producto de una comisión de expertos que buscaron gestar una regulación acorde con las tendencias del momento. Esta dualidad en la codificación provoca que varios actos jurídicos tengan a su vez una doble regulación; así, por ejemplo, instituciones como la compraventa, la promesa de contrato, el depósito, entre otras, se encuentran reguladas en los dos Códigos. Este fenómeno ocurre igual para la prenda.

El Código Civil colombiano contempla la prenda a partir del art. 2409, y según las voces del art. 2411 de la misma codificación, se consideraba un contrato real, esto es, exigía para su perfeccionamiento de la entrega de la cosa. En consecuencia, la codificación civil contemplaba la prenda con tenencia, de tal suerte que el acreedor prendario conservaba el bien mueble dado en garantía, en calidad de tenedor.

Respecto de la ejecución de la prenda, el Código Civil colombiano adoptó<sup>1</sup> la prohibición del pacto de comiso que se instauró desde tiempos del emperador Constantino en el régimen de prenda romano<sup>2</sup>. El art. 2422 del Código

<sup>1</sup> La prohibición del pacto de comiso se encuentra establecida en la Ley 12 del Título XIII de la Partida 5 de la compilación de Alfonso X, propia del Derecho español, que rigió en el territorio de la actual Colombia. En la época republicana la prohibición se incorporó en el art. 2422 del Código Civil para la prenda y para la hipoteca por la vía del art. 2448 y para la anticresis en el 2464; mientras que en la legislación comercial se hizo lo propio en el art. 1203 del Código de Comercio (ÁLVAREZ GÓMEZ, 2015).

<sup>2</sup> «La prohibición del llamado pacto de comiso, en virtud del cual el acreedor puede atribuirse —por sí y ante sí— el dominio sobre el bien que cumple la función de resguardo o salvaguardia, se remonta a los tiempos del emperador Constantino, quien por rescripto y con efectos retroactivos atendió las súplicas del cristianismo para ponerle freno a los abusos que cometían ventajosos acreedores, que prevalidos de ese pacto obtenían mayor lucro al hacerse a la propiedad sobre una cosa cuyo precio, por lo regular, superaba con creces el monto de la deuda. [...] Fue ese emperador el que, parejamente y para que esas garantías no quedaran debilitadas por efecto de la abolición de dichos convenios, estableció que todo acreedor hipotecario o prendario tenía derecho esencial a pedir la venta pública del bien, o su adjudicación en pago si —y solo si— fracasaba la subasta» (ÁLVAREZ GÓMEZ, 2015).

Civil colombiano establece que el acreedor prendario puede solicitar que la cosa dada en prenda se venda en pública subasta, y el segundo inciso mencionaba: «Tampoco podrá estipularse que el acreedor tenga la facultad de disponer de la prenda, o de apropiársela por otros medios que los aquí señalados», norma que prohibía que el pacto según el cual el acreedor prendario se hiciera con la propiedad de la cosa con el simple incumplimiento (pacto de comiso), o que se entienda enajenada en caso de incumplimiento (pacto marciano) (Álvarez Gómez, 2015). Bajo el régimen anterior, era claro que toda forma de ejecución de la prenda requería de la intervención judicial, específicamente a través del proceso ejecutivo.

Uno de los grandes cambios que instauró la LGMCOL fue derogar las normas que prohibían el pacto de comiso, por lo que hoy dicho pacto es permitido y puede ejecutarse por la vía de las garantías mobiliarias (GM). Sin duda esta es una de las novedades más relevantes de la LGMCOL, que trastocó el régimen del derecho privado colombiano.

Por su parte, el Código de Comercio colombiano regula la prenda a partir del art. 1200. La diferencia más fuerte con el régimen civil radica en que la codificación mercantil consagra la figura de la prenda con o sin tenencia, lo que permite claramente la prenda sobre un bien que se mantiene en poder del deudor prendario, figura muy utilizada en el financiamiento de la adquisición de una gran cantidad de bienes especialmente para el sector empresarial, que requieren constituir la gravamen sobre el activo adquirido y continuar con su explotación.

La prohibición del pacto de comiso también se encontraba en el Código de Comercio colombiano —restricción hoy derogada por la LGMCOL—; en efecto, el art. 1202 establecía que la subasta de la cosa sobre la cual recae la prenda debía solicitarse ante autoridad judicial, mientras que el art. 1203 sancionaba con ineficacia cualquier pacto en contra que permitiera la adquisición del dominio por parte del acreedor prendario, sin la mediación de un juez.

No obstante, la jurisprudencia colombiana había aceptado que la prohibición del pacto de comiso se daba al momento de la celebración de contrato que contenía la garantía, puesto que posterior a la celebración del negocio inicial sí era válido establecer que el acreedor se hiciera con la propiedad del bien<sup>3</sup>.

La prenda sin tenencia requería de la inscripción para generar efectos frente a terceros (art. 1208 hoy derogado), la cual se hacía en el registro mercantil y para vehículos, en las autoridades encargadas del registro de este tipo de bienes (art. 1210 hoy derogado).

En términos generales, se concluye, el sistema de garantías sobre bienes muebles anterior a la LGMCOL se fundamentaba en la figura de la prenda, con una regulación dual —Código Civil y Código de Comercio—, en la cual se exigía la ejecución por vías estrictamente judiciales y se prohibía el pacto de comiso y el pacto

---

<sup>3</sup> La Corte Suprema de Justicia adoptó esta postura en sentencia del 19 de julio de 2005, situación que fue respaldada por la doctrina: «Luego no se puede sostener, en modo alguno, que el derecho colombiano, antes de la Ley 1676 de 2013, le repulsaba radicalmente que el acreedor se hiciera al dominio de los bienes dados en garantía, y que la única manera de hacerlo era por el camino de la adjudicación en subasta pública —cuando concurre con terceros a la diligencia de remate, según lo previsto en los arts. 451, 452, 452 y 468, numeral 5, del CGP—, o la adjudicación por falta de postura admisible —que supone remate desierto, bajo los lineamientos establecidos en el numeral 3, literal e) del art. 467 del CGP—, puesto que la dación en pago también es un modo de extinguir las obligaciones autorizado por la ley, la cual, además, propende por el respeto a la autonomía privada, que es uno de los más caros principios del régimen general de las obligaciones y contratos» (ÁLVAREZ GÓMEZ, 2015).



marciano<sup>4</sup>, esto es, que el acreedor se haga con la propiedad de la cosa con el mero incumplimiento, o que la cosa se entienda vendida en caso de incumplimiento, sin intervención judicial.

### III. GENERALIDADES SOBRE LA LEY 1676 DE 2013 (LGMCOL)

Colombia adoptó mediante la Ley 1676 de 2013 (LGMCOL) un régimen de garantías mobiliarias mucho más amplio que el sistema de prenda regulado en las dos codificaciones (Código Civil y Código de Comercio). Sobre el particular debe aclararse que actualmente se mantiene la regulación de la prenda en los dos Códigos, pero sus normas se entienden modificadas por la LGMCOL. Incluso, en la nomenclatura de la figura, el art. 3 LGMCOL estableció que cuando una norma haga referencia a conceptos como prenda, prenda civil o comercial, con tenencia o sin tenencia, debe entenderse como garantía mobiliaria y se les aplicará lo previsto en la LGMCOL. Fuerza concluir que una de las bondades de la LGMCOL fue unificar el régimen jurídico de la prenda, que antes se encontraba dividido en las dos codificaciones mentadas.

La LGMCOL ha sido considerada por autores como Juan Bautista Parada, como un esfuerzo del gobierno colombiano por promover el acceso al crédito, incrementar los montos de los créditos y especialmente permitir el acceso a las pymes (pequeñas y medianas empresas), que normalmente carecen de bienes inmuebles para ofrecerlos como garantía, pero que sí cuentan con bienes susceptibles de GM (Bautista Parada, 2014).

La ley que regula el régimen GM después de su entrada en vigencia fue complementada con otras normas tendentes a reglamentarla, así:

- Decreto 1835, de 16 de septiembre de 2015.
- Resolución 834 de 2014.
- Resolución 0356 de 2015, del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.
- Resolución 001 de 2015, del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.
- Circular 032, de 24 de septiembre de 2015, de la Superintendencia Financiera de Colombia.

Colombia tiene un sistema de control de constitucionalidad público, en el cual cualquier ciudadano puede iniciar una acción de inconstitucionalidad en contra de una ley, trámite que es de competencia de la Corte Constitucional. La LGMCOL no ha sido exenta de acciones de inconstitucionalidad, por lo cual deben tenerse en cuenta la Sentencia C-145, de 5 de diciembre de 2018, *M. P. Diana Fajardo Rivera*. Otra acción se dirigió sobre un tema de *factoring* también incluido en la regulación (Sentencia C-882, de 19 de noviembre de 2014, *M. P. María Victoria Calle*). Los demás intentos han concluido con sentencias inhibitorias que no han impactado la ley (C-085-18, C-447-15).

<sup>4</sup> «El pago directo permite en el inicio de la relación crediticia estipular que el acreedor se apropie del bien objeto de la garantía sin necesidad de intervención judicial y satisfaga así la obligación y genera controversia en la medida que va en contravía de una de las reglas más importantes de estirpe romanista, esto es, la prohibición del pacto comisorio. Este pacto permitía al acreedor del deudor incumplido apropiarse de los bienes que había recibido como garantía de su crédito. Así, el acreedor escapaba a la necesidad de acudir a un proceso judicial para la realización del bien dado en garantía. [...] Sin embargo, la LGM, al derogar la prohibición, destina tan solo una disposición a la apropiación, donde si bien establece que si el valor del bien supera al monto de la obligación garantizada el acreedor deberá entregar el saldo correspondiente al deudor, puede dar lugar a conductas abusivas por parte del acreedor» (RODRÍGUEZ ESPITA, 2014).

La LGMCOL se compone de 91 artículos y regula básicamente los siguientes grandes temas: i) desde el art. 1 al art. 85 conformando la mayor parte de la ley, trata sobre las garantías mobiliarias; ii) desde el art. 86 al art. 89 se refiere al negocio de *factoring*, y iii) los arts. 90 y 91 sobre vigencia y derogatorias.

La ley está dividida en ocho títulos, así: i) ámbito y aplicación general; ii) constitución de las garantías mobiliarias; iii) oponibilidad; iv) registro y disposiciones relacionadas; v) reglas de prelación; vi) ejecución; vii) medios alternativos para la resolución de conflictos y otras disposiciones, y viii) disposiciones finales.

La ley fue promovida por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, y contó con el apoyo en los aspectos técnicos de la Superintendencia de Sociedades, Superintendencia Financiera, Ministerio de Justicia y del Derecho, y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (Ministerio de las TIC de la República de Colombia, 2013). Los motivos presentados para su incorporación fueron, principalmente, los siguientes: ampliar los bienes susceptibles de garantía, modernizar las normas sobre GM, simplificar el sistema de GM, contar con una ejecución más rápida y mejorar la publicidad sobre las GM. La redacción concreta del texto de la ley fue asesorada por el Banco Interamericano de Desarrollo (Ministerio de las TIC de la República de Colombia, 2013).

#### IV. LA LEY 1676 DE 2013 DE COLOMBIA (LGMCOL) FRENTE A LA LEY MODELO INTERAMERICANA SOBRE GARANTÍAS MOBILIARIAS (LMIGM): SIMILITUDES Y DIFERENCIAS

En este aparte se presentará la LGMCOL y su cercanía o distancia con la LMIGM, para tal fin se agrupará la exposición a través de temas.

##### 1. Tipo de obligación garantizada

El art. 1 LMIGM registra pues, una clara similitud con la redacción del art. 2 LGMCOL, con la diferencia que este último detalla más el campo de acción:

<i>LMIGM</i>	<i>LGMCOL</i>
Art. 10. La presente Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias (en lo sucesivo la «Ley») tiene por objeto regular garantías mobiliarias para garantizar obligaciones de toda naturaleza, presentes o futuras, determinadas o determinables.	Art. 2.º ÁMBITO DE APLICACIÓN. Esta ley será aplicable a la constitución, oponibilidad, prelación y ejecución de garantías mobiliarias sobre obligaciones de toda naturaleza, presentes o futuras, determinadas o determinables, y a todo tipo de acciones, derechos u obligaciones sobre bienes corporales, bienes incorporales, derechos o acciones u obligaciones de otra naturaleza sobre bienes muebles o bienes mercantiles.

El ámbito de aplicación de la LGMCOL pretende dejar sentado que no solo regulará el tema de la garantía en cuanto a su constitución y oponibilidad, sino también aspectos como la prelación y la ejecución. Además, la ley busca regular todo tipo de acciones, derechos y obligaciones que recaigan sobre bienes muebles.

Es claro entonces que tanto la LGMCOL y la LMIGM contemplan que las garantías pueden constituirse para cubrir obligaciones de toda naturaleza, presentes o futuras, determinadas o determinables.

## 2. Bienes sujetos a la garantía mobiliaria

Resulta evidente que este tema, reglado en los arts. 1, 2 y 3 LMIGM, encuentra su par en los arts. 3 a 5 LGMCOL. Colombia sigue a la LMIGM en el concepto general de bien susceptible de la garantía mobiliaria, en el sentido de que esta puede recaer sobre uno o varios bienes muebles específicos, categorías genéricas de estos, o la totalidad de los bienes del deudor garante. Prácticamente el art. 3.1 LGMCOL es idéntico en su redacción al art. 2.1 LMIGM; con la diferencia que la LGMCOL hace referencia a los «activos circulantes», con lo cual se puntualizó que los empresarios pueden constituir garantías mobiliarias sobre el inventario de sus mercancías, así estas circulen rápidamente. Esta disposición sin duda se hizo pensando en las pymes, que muchas veces no cuentan con otros activos atractivos para los acreedores, diferentes del inventario sobre mercancías disponibles en stock o en bodega para venta. La garantía mobiliaria sobre inventarios la contempla la LMIGM en el art. 31.

Colombia hizo uso de la facultad contemplada en el art. 1.2 LMIGM en el sentido de enlistar bienes muebles a los cuales no les es aplicable la ley (art. 4 LGMCOL). Bajo el amparo de la LGMCOL no es posible constituir garantías mobiliarias sobre los bienes cuya venta, permuta, arrendamiento o pignoración o utilización como garantía esté prohibida por ley imperativa o de orden público. También se excluyó del ámbito de aplicación de la LGMCOL las garantías mobiliarias que se constituyan sobre los siguientes tipos de bienes o derechos: i) aeronaves, motores de aeronaves, helicópteros, equipo ferroviario, elementos espaciales y otras categorías de equipo móvil en los términos de la Ley 967 de 2005; ii) valores intermediados e instrumentos financieros bajo el amparo de la Ley 965 de 2005; iii) garantías sobre títulos valores, y iv) depósito de dinero en garantía, cuando el depositario es el acreedor.

El art. 6 LGMCOL incluyó un listado de derechos sobre los cuales puede recaer la garantía mobiliaria, sin perjuicio de los bienes muebles en general mencionados en el art. 3 de la misma ley, así: i) derechos sobre bienes existentes y futuros; ii) derechos patrimoniales derivados de la propiedad intelectual; iii) derecho al pago de depósitos en dinero; iv) acciones, cuotas y partes de interés representativas del capital social de sociedades civiles y comerciales; v) derecho a reclamar el cumplimiento de un contrato, y vi) en general, todo bien mueble, incluyendo los fungibles, corporales, incorporales, derechos, contratos o acciones que cuenten con valor económico asignado por las partes (Bautista Parada, 2014).

## 3. Constitución de la garantía mobiliaria

En materia de constitución de la garantía tanto la LMIGM (art. 5) como la LGMCOL (arts. 3 y 9) establecen que esta nace de un contrato entre el garante y el acreedor garantizado, ratificando así su origen contractual. No obstante, la legislación colombiana se aparta de la LMIGM en el sentido de permitir la constitución de una garantía mobiliaria sin requerir un contrato, sino por ministerio de la ley<sup>5</sup>,

---

<sup>5</sup> El art. 3 LGMCOL menciona que: «Las garantías mobiliarias a que se refiere esta ley se constituirán a través de contratos que tienen el carácter de principales o por disposición de la ley sobre uno

como el caso de gravámenes judiciales, tributarios, y el derecho de retención (Gómez Gutiérrez, 2018). Para la LGMCOL, las garantías que emergen de la ley siguen las reglas de prelación normales, depende del momento del registro del gravamen (art. 48 LGMCOL).

Sobre la formalidad atinente a si el contrato debe extenderse por escrito, la LGMCOL (art. 14) asume esta como obligatoria; por el contrario, de la lectura de los arts. 7, 8 y 9 LMIGM, se encuentra que la GM se constituye necesariamente por escrito solo cuando esta es «sin desposesión», y no cuando se trata de GM «con desposesión». Cabe concluir, entonces, que la legislación colombiana tomó partido por una constitución sometida a solemnidad, en todos los casos.

Los requisitos del contrato bajo el cual se constituye una GM pueden verse, a dos caras, así:

<i>LMIGM (art. 7)</i>	<i>LGMCOL (art. 14)</i>
Fecha de celebración.	
Datos que permitan la identificación del deudor garante y del acreedor garantizado, así como la firma por escrito o electrónica del deudor garante.	Nombres, identificación y firmas de los contratantes.
El monto máximo garantizado por la garantía mobiliaria.	El monto máximo cubierto por la garantía mobiliaria.
La descripción de los bienes muebles en garantía, en el entendido de que dicha descripción podrá realizarse de forma genérica o específica.	La descripción genérica o específica de los bienes dados en garantía.
La mención expresa de que los bienes muebles descritos servirán de garantía a la obligación garantizada.	
Una descripción genérica o específica de las obligaciones garantizadas.	Una descripción de las obligaciones garantizadas, sean presentes o futuras o de los conceptos, clases, cuantías o reglas para su determinación.

Esta contraposición permite extraer varias conclusiones: i) La legislación colombiana no exige ni la fecha de celebración, ni que se haga la mención expresa de que los bienes servirán de garantía. ii) Los requisitos de identificación de las partes, monto máximo cubierto y descripción genérica o específica de los bienes dados en garantía, se mantiene prácticamente igual tanto en la LMIGM como en

---

o varios bienes en garantía específicos, sobre activos circulantes, o sobre la totalidad de los bienes en garantía del garante, ya sean estos presentes o futuros, corporales o incorporales, o sobre los bienes derivados o atribuibles de los bienes en garantía susceptibles de valoración pecuniaria al momento de la constitución o posteriormente, con el fin de garantizar una o varias obligaciones propias o ajenas, sean de dar, hacer o no hacer, presentes o futuras, sin importar la forma de la operación o quien sea el titular de los bienes en garantía». Por su parte el art. 9 LGMCOL ratifica la posibilidad de constitución de garantías mobiliarias por orden de la ley: «Una garantía mobiliaria se constituye mediante contrato entre el garante y el acreedor garantizado o en los casos en los que la garantía surge por ministerio de la ley como los referidos a los gravámenes judiciales, tributarios o derechos de retención de que trata el art. 48 de esta misma ley, sobre la prelación entre garantías constituidas sobre el mismo bien en garantía».

la LGMCOL. iii) Sobre la descripción de la obligación, la LGMCOL la exige sin aclarar si puede ser genérica o específica, pero permite la opción de establecer conceptos que permitan su determinación, que se entiende operarían cuando la descripción sea genérica.

El contrato por medio del cual se constituye una garantía mobiliaria puede perfeccionarse con auxilio de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC), situación que se comparte en las dos normatividades (art. 7 LMIGM y art. 15 LGMCOL). Se resalta que la LGMCOL, en los arts. 15 (mensaje de datos) y 16 (firma electrónica), hace referencia a la Ley 527 de 1999, norma que en Colombia incorporó la Ley Modelo de la CNUDMI/UNCITRAL sobre comercio electrónico. Fuerza concluir que la posibilidad de constituir una garantía mobiliaria a través de mensaje de datos se encuentra contemplada en la legislación colombiana, y armonizada con las disposiciones internacionales sobre la materia, no solo frente a la LMIGM, sino también frente a los temas propios del comercio electrónico.

#### 4. Registro de la garantía mobiliaria

La LGMCOL, a simple vista, incorpora reglas más detalladas sobre el registro de las GM que las contempladas en la LMIGM, sin que por ello se pierda el proceso de armonización adelantado sobre la materia.

La legislación de Colombia (arts. 38, inc. 2 y 39, núm. 1) siguiendo de cerca la Ley Modelo exige que el sistema de registro se realice con el auxilio de internet. El registro de GM en Colombia fue delegado a la Confederación Colombiana de Cámaras de Comercio - CONFECÁMARAS, entidad que lo hace a través del sitio web: <https://www.garantiasmobiliarias.com.co>.

La LMIGM exige un conjunto de características que debe cumplir el registro de la GM, entendido como un sistema informático y disponible *online*, las cuales han sido incorporadas a la LGMCOL, así: i) la delegación de una entidad que opere el registro como una base central de datos (art. 39, núm. 3 LGMCOL); ii) el registro permitirá la inscripción y búsqueda de información a través de acceso remoto y por vía electrónica (arts. 41 y 45 LGMCOL); iii) los usuarios contarán con una clave privada que permita su ingreso al sistema y la inscripción de la GM (art. 39, núm. 2 LGMCOL); iv) el registro debe hacerse por medio de un folio electrónico que se ordenará por nombre de deudor garante (art. 39, núm. 2 LGMCOL).

La LGMCOL, como se dijo, presenta unos aportes que detallan la reglamentación sobre el registro de GM, los cuales se resumen así:

— El registro se contempla no solo para inscripción de la GM, sino también para «la modificación, prórroga, cancelación, transferencia y ejecución» (art. 38 LGMCOL).

— Los archivos electrónicos y las certificaciones que se expidan, respeto del registro de las GM, tienen la característica de plena prueba (art. 38 LGMCOL). En consecuencia, se puntualiza que no solo se constituye en factor de oponibilidad frente a terceros, sino también cuenta con un claro efecto probatorio.

— El registro no incluye la calificación registral, es decir, la entidad encargada del registro —CONFECÁMARAS para el caso colombiano— no hace una valoración o calificación jurídica del diligenciamiento del formulario y de los documentos anexos, y simplemente se limita a verificar que la información haya sido diligenciada y los documentos aportados (art. 38, incs. 2 y 3 LGMCOL).

— Se establece un sistema de autorizaciones por parte del garante o del acreedor garantizado, según corresponda, para realizar ciertas modificaciones a la GM (art. 40 LGMCOL).

— Se incorpora una autorización a favor de la entidad encargada del registro (CONFECÁMARAS) para realizar convenios con las cámaras de comercio, con el fin de facilitar la mencionada actividad, la cual ha sido utilizada y ha facilitado el uso de las GM en distintos lugares del país.

Respecto del contenido del formulario de registro, las diferencias pueden observarse en la siguiente tabla:

<i>LMIGM art. 38</i>	<i>LGMCOL art. 41</i>
El nombre y dirección del deudor garante.	Nombre, identificación y dirección física y electrónica del garante y del acreedor garantizado.
El nombre y dirección del acreedor garantizado.	
El monto máximo garantizado por la garantía mobiliaria.	El monto máximo de la obligación garantizada.
La descripción de los bienes en garantía, que podrá ser de forma genérica o específica.	Descripción de los bienes dados en garantía, que puede ser genérica o específica, incluida la de los derivados o atribuibles según corresponda.
Cuando exista más de un deudor garante otorgando una garantía sobre los mismos bienes muebles, todos los deudores garantizados deberán identificarse separadamente en el formulario de inscripción registral.	Cuando exista más de un garante otorgando una garantía sobre los mismos bienes en garantía, dichos garantizados deben identificarse separadamente en el formulario e inscribirse separadamente en el registro de cada garante.
	En el caso de registro de gravámenes surgidos por ministerio de la ley, judiciales y tributarios, se debe especificar si es judicial, tributario o el que corresponda según su naturaleza.
	En el caso de registro de bienes inmuebles por adhesión o por destinación, se deberá identificar el tipo de bienes de que se trate, así como el folio de matrícula inmobiliaria, número de inscripción y el nombre del propietario del inmueble donde estos se encuentren o se espera que se encuentren.
	La fecha y número de inscripción serán asignados automáticamente por el sistema registral.

Como se observa, los cuatro elementos que debe contener el formulario de registro según la LMIGM se encuentran plenamente incluidos en la LGMCOL; no obstante cabe resaltar las siguientes diferencias: i) la LGMCOL exige la dirección electrónica de las partes; ii) la LGMCOL incluye una reglamentación específica sobre el registro de GM surgidas no de un contrato, sino por ministerio de la ley (judicial, tributarias); iii) se precisa el registro de garantías sobre bienes que por



su naturaleza son muebles, pero que se consideran inmuebles bajo la legislación colombiana por adhesión<sup>6</sup> o por destinación<sup>7</sup>, y iv) finalmente, se aclara que la fecha y el número de inscripción serán asignados a través de un procedimiento automatizado.

En lo que respecta a la vigencia de la inscripción, la LMIGM (art. 39) y la LGMCOL (art. 42) establecen una regla diferente. Mientras que la LMIGM plantea que la vigencia de la inscripción será de cinco años renovables por periodos de tres años; la LGMCOL fija una regla sustancialmente distinta: la vigencia de la inscripción será la pactada por las partes en el documento de garantía, prorrogable por periodos de tres años, y solo en caso de no haberse estipulado en dicho documento se entenderá que su vigencia es de cinco años.

## 5. Ejecución de la garantía mobiliaria

En la ejecución de la GM existe un distanciamiento entre los dos articulados objeto de comparación, lo cual no se presenta en los otros temas tratados.

Tal como lo plantean autores como Rodríguez Espitia, la LGMCOL fija los siguientes caminos para la ejecución de la GM: pago directo (art. 60 LGMCOL), ejecución judicial (art. 61 LGMCOL), y ejecución especial de garantía (art. 62 LGMCOL) (Rodríguez Espitia, 2014). Los cuales se desarrollan a continuación.

*El pago directo* es un mecanismo que opera ante la ocurrencia de cualquiera de dos eventos: cuando se haya pactado por las partes o cuando el acreedor garantizado sea además tenedor de los bienes sobre los cuales recae la garantía. En estos casos el acreedor garantizado podrá hacerse con los bienes objeto de la garantía como forma de pago, y por tanto de extinción de la obligación. En este caso, deberá realizarse un avalúo por un perito designado por la Superintendencia de Sociedades, el cual es obligatorio para las partes<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> Los inmuebles por adhesión son aquellos bienes que se encuentran adheridos a un inmueble. Se regulan en el art. 657 del Código Civil colombiano así: «Las plantas son inmuebles, mientras adhieren al suelo por sus raíces, a menos que estén en macetas o cajones que puedan transportarse de un lugar a otro».

<sup>7</sup> Los bienes inmuebles por destinación son aquellos que por su naturaleza serían mueble, pero por encontrarse especialmente destinados al servicio o funcionalidad de un inmueble se les otorga tal connotación. Se contemplan en el art. 658 del Código Civil colombiano así: «Se reputan inmuebles, aunque por su naturaleza no lo sean, las cosas que están permanentemente destinadas al uso, cultivo y beneficio de un inmueble, sin embargo de que puedan separarse sin detrimento. Tales son, por ejemplo:

- Las losas de un pavimento.
- Los tubos de las cañerías.
- Los utensilios de labranza o minería, y los animales actualmente destinados al cultivo o beneficio de una finca, con tal que hayan sido puestos en ella por el dueño de la finca.
- Los abonos existentes en ella y destinados por el dueño de la finca a mejorarla.
- Las prensas, calderas, cubas, alambiques, toneles y máquinas que forman parte de un establecimiento industrial adherente al suelo y pertenecen al dueño de este.
- Los animales que se guardan en conejeras, pajareras, estanques, colmenas y cualesquiera otros vivares, con tal que estos adhieran al suelo, o sean parte del suelo mismo o de un edificio».

<sup>8</sup> La doctrina colombiana se ha preocupado por la falta de mecanismos de defensa a favor del deudor frente al peritaje realizado, esto en casos de que el peritaje suponga un error, o no contemple algún aspecto especial sobre el bien como su calidad o su estado, puesto que tal y como está diseñada la norma no existe posibilidad de discutir la peritación. Juan Carlos Espinal López ha manifestado: «De estas tres formas de ejecución de garantías mobiliarias hay aspectos que llaman mucho la atención, ya sea por los mismos vacíos que dejó el legislador o porque las reglamentaciones o estipulaciones establecidas en principio pueden violar derechos del deudor, entre ellos su derecho de defensa o su derecho al debido proceso. [...] Es así como en la ejecución por pago directo que sucede cuando el avalúo que rindió el perito tomado de la lista existente en la Superintendencia de Sociedades comete error grave determinante en el valor dado al bien, toda vez que establece la ley de garantías mobiliarias que ese dictamen



Si al utilizar el mecanismo del pago directo el valor del avalúo supera el de la obligación garantizada<sup>9</sup>, el acreedor debe cancelar el saldo a los otros acreedores inscritos si los hubiere, caso contrario, al deudor o al propietario del bien según corresponda; para lo cual se constituirá un depósito judicial.

Una vez activado el mecanismo de pago directo, y los bienes se encuentren en manos del garante, el acreedor garantizado puede acudir ante la autoridad judicial para que «libre orden de aprehensión y entrega del bien», lo cual requiere una «simple petición» (art. 60 LGMCOL).

La Corte Suprema de Justicia de Colombia ha resuelto conflictos de competencia suscitados entre juzgados municipales en la aplicación de la solicitud de orden de aprehensión y entrega del bien, aclarando que el competente es el juez del lugar en el cual se encuentre el bien, sin importar si la inscripción se radicó, por ejemplo, en la cámara de comercio de otro lugar. Lo anterior en atención a una regla general de fijación de competencia en Colombia, según la cual el ejercicio de derechos reales se realiza ante el juez del lugar de ubicación de los bienes sobre los cuales recae (art. 28, núm. 7 Código General del Proceso)<sup>10</sup>.

El segundo mecanismo es la *ejecución judicial*. En este punto, se permite que el acreedor garantizado inicie los trámites para el recaudo de las garantías reales propios de las reglas procesales comunes<sup>11</sup>, previstos en los arts. 467 y 468 del Código General del Proceso colombiano, los cuales responden a: i) proceso ejecutivo con las disposiciones especiales para la efectividad de la garantía real, y ii) a un mecanismo especial de ejecución de la garantía real llamado en Colombia «adjudicación o realización especial de la garantía».

La ejecución judicial, además de las normas mencionadas propias del procedimiento común, debe seguir las especificidades presentadas en el art. 61 LGMCOL, las cuales se presentan así:

— Antes de iniciar el proceso, debe inscribirse el formulario de ejecución en el registro de garantías mobiliarias ante CONFECÁMARAS. Esto constituye una auténtica particularidad del trámite, puesto que en Colombia normalmente los procesos ejecutivos no cuentan con exigencias de inscripciones previas a la presentación de la demanda, como requisito de procedibilidad.

— Las excepciones que el demandado puede oponer<sup>12</sup> al demandante se limitan drásticamente a las de: extinción de la GM, extinción de la obligación garantizada, no ser la obligación garantizada exigible por condición o plazo suspensivo,

---

es obligatorio para las partes. Y aquí vale anotar qué pasa si dejó de valorar partes o bienes dados en garantía, qué pasa si no tuvo en cuenta en la determinación de su valor factores importantes que inciden necesariamente en su valor» (ESPINAL LÓPEZ, 2015).

<sup>9</sup> Existe igualmente una preocupación doctrinal sobre la imposibilidad del deudor de discutir la liquidación de la obligación, antes de hacer efectivo el pago directo (ESPINAL LÓPEZ, 2015).

<sup>10</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, República de Colombia, Auto AC747-2018, *Compañía Moviaval SAS v. Camilo Mendoza*, Rad. 11001-02-03-000-2018-00320-00, 26 de febrero de 2018, M. P. Octavio Tejeiro Duque.

<sup>11</sup> Para conocer las particularidades del proceso ejecutivo cuando se pretende la ejecución de una garantía mobiliaria, puede consultarse la obra del profesor Marco Antonio Álvarez sobre el tema (ÁLVA-REZ GÓMEZ, 2015).

<sup>12</sup> Sobre el particular de las excepciones, la doctrina colombiana se ha detenido a analizar que la ley hizo referencia tanto a «mecanismos de defensa» como de «excepciones». En tal sentido, el profesor Gamboa Serrano expone: «Es de advertir que el art. 61 de la Ley 1676 de 2013 hace referencia a “mecanismos de defensa y excepciones” intentando identificar los dos conceptos, aunque en el párrafo del mismo artículo hace una aclaración, cuando expresa “cualquier otro tipo de defensa o excepción”, con lo cual se dilucida que la diferencia está en el momento oportuno para tramitar esos “medios de defensa y excepciones”; unos, se tramitan dentro de los diez días siguientes y otros se tramitan después, “una vez adjudicado el bien o efectuada su realización”» (GAMBOA SERRANO, 2015).

falsedad en la firma, alteración en el texto del título de la deuda, contrato de garantía o registro, y la de error en la determinación de la cantidad exigible.

— Si el demandado no presenta excepciones, el acreedor puede solicitar que se le transfiera la propiedad de los bienes en garantía, previo el avalúo realizado al interior del proceso ejecutivo y conforme a las normas procesales generales.

— Los recursos se tramitarán en el efecto devolutivo, esto quiere decir que la providencia impugnada se cumple mientras se tramita el recurso.

— Si el bien objeto de la GM tiene, al momento del proceso, un valor inferior al 60 por 100 respecto del que tenía cuando se constituyó, cualquiera de las partes podrá pedir su remate de manera inmediata, previa la presentación de un avalúo; petición respecto de la cual se corre traslado a la contraparte por el término de tres días. Decidido el remate, el producto del mismo quedará a las órdenes del juzgado mientras se adelanta el proceso.

— Cualquier otro tipo de defensa que pretenda el demandado deberá tramitarla por la vía de un proceso declarativo, sin que ello afecte el proceso de adjudicación o realización de la GM.

El art. 58 párrafo de la LGMCOLO fija una posibilidad a favor del acreedor garantizado, así: una vez incumplido el pago por parte del deudor, el acreedor podrá hacerle requerimiento escrito, para que en el término de diez días acuerde el procedimiento especial de ejecución de la garantía mobiliaria contemplado en la LGMCOLO; si el acuerdo no ocurre, se acudirá a la ejecución judicial. Debe aclararse que este trámite es posible, mas no necesario, y queda sometido a la voluntad del acreedor garantizado. Finalmente, se advierte que este requerimiento no constituye requisito de procedibilidad para la ejecución judicial.

Finalmente, el tercer mecanismo es la *ejecución especial de la garantía* (arts. 62 a 77 LGMCOLO). Es un mecanismo alterno al pago directo y a la ejecución judicial, que solo opera en los siguientes casos: i) mutuo acuerdo entre las partes; ii) el acreedor garantizado es tenedor de los bienes objeto de la GM; iii) cuando el acreedor ostente el derecho de retención sobre los bienes; iv) cuando el bien tenga un valor inferior a 20 salarios mínimos mensuales vigentes<sup>13</sup>; v) cuando se haya cumplido un plazo o condición resolutoria y se haya fijado contractualmente el mecanismo ante esa situación, y vi) cuando el bien sea perecedero.

Las condiciones de la ejecución especial de la garantía (en adelante EEG) pueden fijarse en el contrato, y a falta de pacto, se rige por las disposiciones de la LGMCOLO.

El trámite se adelanta ante notarios y cámaras de comercio, bajo el siguiente procedimiento:

— Se debe realizar la inscripción del formulario de ejecución ante el registro de las GM.

— El notario, cámara de comercio, o el acreedor, según el caso, informará al deudor de la inscripción y a otros acreedores garantizados inscritos.

— El deudor podrá oponerse, dentro de los diez días siguientes, únicamente alegando extinción de la garantía, extinción de la obligación, obligación sometida a plazo o condición suspensiva, falsedad de la firma, alteración del documento y error en la cantidad exigible. Cualquier otra discusión o medio de defensa deberá alegarse a través de un proceso declarativo independiente.

— En caso de oposición, se remite la actuación ante la autoridad judicial para que dé trámite y decisión a la misma.

---

<sup>13</sup> El salario mínimo mensual establecido en Colombia para el año 2019 corresponde a 828.116 COP, lo cual corresponde a aproximadamente 245,81 dólares norteamericanos o 222,91 euros.

— Si la oposición no prospera, la actuación regresa al notario o cámara de comercio que estaba adelantando la EEG.

— Si los bienes se encuentran en manos del deudor, se podrá solicitar ante la autoridad judicial se libre orden de aprehensión sobre los bienes.

— Realizados los trámites mencionados, los bienes se venderán siguiendo las previsiones del art. 69 LGMCOL, y en el caso de bienes muebles pueden ser tomados por el acreedor previa la realización de un avalúo. Si se venden en martillo, se ofrecerán sobre una base del 70 por 100 del avalúo y se adjudicarán al mejor postor.

El trámite de la EEG contemplado en la legislación colombiana sigue muy de cerca las disposiciones de la ejecución propias de la LMIGM, especialmente en lo referente a inscripción en el registro, contenido del formulario, forma de realizar la venta, forma de repartir los dineros obtenidos en la venta o subasta, entre otros. Fuerza concluir que el EEG se encuentra claramente armonizado con la LMIGM; no obstante, como se verá en el siguiente apartado, es el menos utilizado por los usuarios de las GM.

## V. LA LEY 1676 DE 2013 LGMCOL Y SU IMPACTO EN CIFRAS

La LGMCOL, una vez expedida, rápidamente fue utilizada por los oferentes y usuarios del crédito en Colombia. Los primeros datos oficiales (Confecámaras 2014) dan cuenta de que en el periodo comprendido entre el 4 al 26 de marzo de 2014 se garantizaron créditos por 86.000 millones de pesos colombianos (más de 25 millones de dólares aproximadamente). Una cifra considerable, en muy pocos días de vigencia.

Para el año 2017 (Valenzuela Grueso, 2018) las ejecuciones de las GM presentaron los siguientes comportamientos:

Pago directo	9.960	63 %
Ejecución judicial	5.661	36 %
Ejecución especial	159	1 %
<b>Total</b>	<b>15.726</b>	<b>100 %</b>

Según información consultada ante CONFECÁMARAS, desde la entrada en vigencia de la ley hasta el 31 de julio de 2019, las GM constituidas en Colombia ascienden a 1.262.994. Mientras que las GM anteriores a la LGMCOL ascienden a 812.622. Igualmente, en el mismo periodo se presentan los siguientes datos:

Formulario Registral de Inscripción:

Inicial equipo	2.606	0,2 %
Inicial licencias	2.155	0,2 %
Inicial maquinaria	5.368	0,4 %
Inicial permisos	169	0,0 %
Inicial vehículos	1.212.363	99,2 %

Fuente: Confecámaras.

## Forma de ejecución:

Pago directo	42.183	79 %
Ejecución judicial	10.540	19,7 %
Ejecución especial de la garantía (EEG)	661	1,2 %
<b>Total</b>	<b>53.384</b>	<b>99,9 %</b>

Fuente: Confecámaras.

## Tipo de formularios:

Formulario de modificación de la inscripción de la ejecución concursal	75	0,0 %
Formulario registral de cancelación	704.896	14,3 %
Formulario registral de cesión	13.474	0,3 %
Formulario registral de ejecución	54.239	1,1 %
Formulario registral de ejecución concursal	1.060	0,0 %
Formulario registral de garantías constituidas antes de la Ley 1676	812.622	16,5 %
Formulario registral de inscripción inicial	1.262.994	25,7 %
Formulario registral de modificación	2.060.374	41,9 %
Formulario registral de terminación de la ejecución	10.328	0,2 %
Formulario registral de terminación de la ejecución concursal	19	0,0 %

Fuente: Confecámaras.

## Renglón de la economía:

Inicial A agricultura, ganadería, silvicultura, y pesca	13.508	1,4%
Inicial B explotación de minas y canteras	2.268	0,2%
Inicial C industrias manufacturas	5.655	0,6%
Inicial D suministro de electricidad, gas, vapor y aire acondicionado	715	0,1%
Inicial E distribución de agua evacuación y tratamiento de aguas residuales, gestión de desechos y actividades de saneamiento ambiental	855	0,1%
Inicial F construcción	6.981	0,7%
Inicial G comercio al por mayor y al por menor, reparación de vehículos, automotores y motocicletas	25.461	2,7%
Inicial H transporte y almacenamiento	90.129	9,7%
Inicial I alojamiento y servicios de comida	1.961	0,2%

Inicial J información y comunicaciones	1.503	0,2%
Inicial K actividades financieras y de seguros	19.501	2,1%
Inicial L actividades inmobiliarias	5.072	0,5%
Inicial M actividades profesionales, científicas y técnicas	24.865	2,7%
Inicial N actividades de servicios administrativos y de apoyo	11.132	1,2%
Inicial O administración pública y defensa, planes de seguridad social de afiliación obligatoria	8.247	0,9%
Inicial P educación	8.754	0,9%
Inicial Q actividades de atención en salud humana y de asistencia social	10.280	1,1%
Inicial R actividades artísticas, de entretenimiento y recreación	1.107	0,1%
Inicial S otras actividades de servicios	694.461	74,4%
Inicial T actividades de hogares en calidad de empleadores, actividades no diferenciadas de los hogares	1.189	0,1%

Fuente: Confecámaras.

De la información presentada llama la atención que los mecanismos de ejecución más utilizados en las GM en Colombia es el pago directo (79 por 100) y ejecución judicial (19,7 por 100), mientras que la ejecución especial de la garantía (EEG) alcanza solo un 1,2 por 100. Es posible afirmar que en Colombia el sistema de ejecución especial de la garantía es poco atractivo para los usuarios de las GM, quienes prefieren el sistema de pago directo, lo cual les permite hacerse inmediatamente con los bienes dados en garantía.

Otro dato altamente significativo es el incremento en las GM tras la adopción de la LGMCOL, pasando de 812.622 GM constituidas antes de la vigencia de la LGMCOL, a 1.262.994 GM constituidas desde la vigencia de la LGMCOL hasta el 31 de julio de 2019, fecha de corte de la información obtenida.

El tipo de bien que más soporta GM en Colombia son los vehículos, con un altísimo porcentaje (99,2 por 100), seguido por maquinarias (0,4 por 100). Información que sin duda conduce a concluir que, contrario a los objetivos de la ley, las dinámicas del comercio no han permitido una diversificación masiva de las GM. Lo anterior se explica en razón de que el único criterio para otorgar un crédito no es la posibilidad de constituir sobre un bien una GM, sino otros elementos, como la seguridad que el activo que soporta la garantía puede brindar o la depreciación del mismo.

## VI. REFERENCIAS

- ÁLVAREZ GÓMEZ, Marco Antonio, *Ensayos sobre el Código General del Proceso Tomo II*, Bogotá, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2015.
- BAUTISTA PARADA, Juan, «Ley de garantías mobiliarias - ley de insolvencia», *XXXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Bogotá, Universidad Libre Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2014, pp. 675-703.
- CONFECÁMARAS, *Ley de garantías mobiliarias ha generado créditos por más de 86.000 millones de pesos*, 26 de marzo de 2014, <http://www.confecamaras.org.co/noticias/259-ley-de>

- garantias-mobiliarias-ha-generado-creditos-por-mas-de-86-mil-millones-de-pesos* (último acceso: 12 de septiembre de 2019).
- ESPINAL LÓPEZ, Juan Carlos, «Reflexiones sobre la adjudicación especial de la garantía», *XXXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal, de Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, Bogotá, Universidad Libre de Colombia, 2015, pp. 549-470.
- GAMBOA SERRANO, Rafael, «Garantías Mobiliarias», *XXXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal, de Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, Bogotá, Universidad Libre, 2015, pp. 441-458.
- GÓMEZ GUTIÉRREZ, Herman, «Garantías mobiliarias: marco normativo, constitución y ejecución», *XXXIX Congreso Colombiano de Derecho Procesal, de Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, Bogotá, Universidad Libre, 2018, pp. 747-762.
- MINISTERIO DE LAS TIC DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, *ABC Ley de garantías mobiliarias*, Bogotá, Ministerio de las TIC, 2013.
- OEA/OAS, «(CIDIP-VI), Sexta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, *Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias*, Washington, 2002.
- RODRÍGUEZ ESPITIA, Juan José, «El interés público y la ley de garantías mobiliarias», *XXXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal, de Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, Bogotá, Universidad Libre, 2014, pp. 665-673.
- VALENZUELA GRUESO, Mauricio, 6.º *Foro Asofiduciarias Garantías Mobiliarias*, febrero de 2018, <https://www.asofiduciarias.org.co/wp-content/uploads/2018/07/Garanti%CC%81as-MobiliariasValenzuela.pdf> (último acceso: 12 de septiembre de 2019).

# **COSTA RICA: LOGROS, OBSTÁCULOS Y RETOS DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LA LEY DE GARANTÍAS MOBILIARIAS**

Anayansy ROJAS CHAN

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. ASPECTOS RELEVANTES DE LA LEY DE GARANTÍAS MOBILIARIAS: 1. La influencia de la Ley Modelo Interamericana sobre garantías mobiliarias. 2. Exclusiones de la ley.—III. LA CONSTITUCIÓN DEL SISTEMA DE GARANTÍAS MOBILIARIAS: 1. Características del sistema de garantías mobiliarias: 1.1. Archivo público nacional de gestión de datos. 1.2. Ausencia de calificación registral. 1.3. Folio electrónico personal y firma digital certificada. 2. Consideraciones generales sobre el funcionamiento del Sistema Operativo.—IV. PRINCIPALES OBSTÁCULOS: 1. El alcance de la garantía mobiliaria. 2. El supuesto pacto comisorio. 3. La ejecución extrajudicial mediante notario público. 4. Otras aclaraciones.—V. LOGROS Y ESTADO ACTUAL: 1. Estadísticas del Sistema de Garantías Mobiliarias. 2. El rol de la jurisprudencia. 3. Elaboración del reglamento sustantivo a la ley.—VI. LAS FUTURAS REFORMAS (A TÍTULO DE CONCLUSIÓN).—VII. BIBLIOGRAFÍA.

## **I. INTRODUCCIÓN**

En el año 2013 fue publicado en el diario oficial *La Gaceta* el proyecto 18798 de Ley de Garantías Mobiliarias, promovido por iniciativa del Ministerio de Economía, Industria y Comercio, como un instrumento legal que presentaba una solución actual al problema del difícil y prácticamente imposible acceso al crédito de determinados sectores de la economía, tales como: la pequeña y mediana empresa, las mujeres y hombres microempresarios y los emprendedores.

El proyecto pretendía proporcionar un marco regulatorio claro y moderno que permitiría la superación del tradicional y rígido concepto de la prenda vigente en el Código de Comercio costarricense desde 1954, para dar paso a una categoría contemporánea con vocación universal como la garantía mobiliaria, con la firme expectativa de que este nuevo instrumento facilitaría el acceso al crédito, así como el desarrollo comercial y económico del país.

El 20 de mayo del 2014 es publicada Ley de Garantías Mobiliarias núm. 9246, generando uno de los cambios más sustanciales y relevantes en la historia del Derecho mercantil costarricense.



## II. ASPECTOS RELEVANTES DE LA LEY DE GARANTÍAS MOBILIARIAS

### 1. La influencia de la Ley Modelo Interamericana sobre garantías mobiliarias

La Ley de Garantías Mobiliarias (en adelante LGM) costarricense se fundamentó en la Ley Modelo Interamericana sobre garantías mobiliarias adoptada por la Organización de los Estados Americanos (OEA) en el 2002. Durante la preparación del proyecto de Ley, se contó con el asesoramiento de entidades internacionales y se procuró incorporar para efectos interpretativos y rectores de la Ley, las mejores prácticas y principios internacionales destacando los del *National Law Center for International Free Trade*<sup>1</sup> (NLCIFT).

La LGM se nutre ampliamente de los principios del NLCIFT, los cuales fueron plasmados a lo largo de su articulado, estos son considerados principios rectores de la Ley<sup>2</sup>, no obstante; a la fecha, a pesar de su importancia y necesaria comprensión para la adecuada interpretación de la norma carecen de difusión en el país.

La LGM creó un régimen jurídico que unifica los procesos de constitución, publicidad, prelación, ejecución y sistema de registro de garantías mobiliarias en un solo cuerpo normativo.

El art. 2 se refiere al concepto de garantía mobiliaria como un derecho real preferente conferido al acreedor garantizado, derecho real que abarca un grupo heterogéneo de bienes muebles, tangibles e intangibles, presentes o futuros, derechos reales, derechos contractuales, así como contratos tales como: la venta con reserva de dominio, los fideicomisos de garantía sobre bienes muebles, el factoreo o contrato de compra de facturas con y sin recurso contra el vendedor, el contrato de *leasing* financiero, así como cualquier garantía sobre bienes muebles contemplada en la ley, acordada por las partes, el uso o la costumbre.

Esta amplia gama de bienes y contratos englobados bajo la categoría única denominada «garantía mobiliaria» inicialmente resultó de difícil comprensión para el operador jurídico, producto académico acabado de la raigambre civilista-románica dominante de la prenda, la cual se encontraba atada principalmente a los bienes muebles tangibles e identificables. De manera que la asimilación y entendimiento de la naturaleza funcional y polimorfa de la garantía mobiliaria, ante el cual se debe hurgar e indagar en las características del fondo de la figura contractual (función de garantía) sobre la forma adoptada por el acto jurídico, constituye a la fecha uno de los mayores retos que ha presentado y continúa presentando la LGM<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> En el proceso de elaboración del proyecto se contó con la supervisión del doctor Boris Kozolchyk, reconocido experto a nivel mundial en materia de garantías mobiliarias Proyecto de Ley de Garantías Mobiliarias, Expediente núm. 18709, Dictamen afirmativo de mayoría, respuesta del Ministerio de Economía, Industria y Comercio, p. 5.

<sup>2</sup> Proyecto de Ley de Garantías Mobiliarias, Expediente núm. 18709, exposición de motivos.

<sup>3</sup> En relación con la falta de comprensión de la figura, en el 2015 se interpuso recursos de inconstitucionalidad con la Ley de Garantías Mobiliarias, el accionante alegó que: la LGM amplió las categorías de bienes que pueden ser tomados por el acreedor, que presenta una reforma indirecta a la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, que se crea una doble categoría de derecho a favor del acreedor pues es de naturaleza real y preferente, que se lesiona el régimen de derechos y bienes establecidos en el Código Civil, entre otros varios aspectos. El recurso fue rechazado por falta de legitimación. Sala Constitucional, Resolución núm. 2015001903, de las nueve horas cinco minutos, de 11 de febrero del 2015.

## 2. Exclusiones de la ley

Las exclusiones de la aplicación de la LGM se regulan en el art. 4 bajo el título de «limitaciones al ámbito de aplicación». El proyecto de ley original contemplaba todos los bienes muebles, inscribibles y no inscribibles; sin embargo, por existir tratados internacionales que contemplan la aplicación de normas especiales en materia de embarcaciones y aeronaves, estas fueron excluidas del ámbito de la garantía mobiliaria<sup>4</sup>.

Por su parte, tratándose de los vehículos automotores (en concreto automóviles que circulen por vías públicas), a pesar de que en leyes homólogas son objeto de garantía mobiliaria, se consideró necesario no incluirlos en la ley, toda vez que son susceptibles de varios tipos de gravámenes (judiciales, administrativos y anotaciones) que restringen de muchas formas el derecho de propiedad<sup>5</sup>. Los vehículos objeto de garantía mobiliaria son los englobados en la categoría del denominado equipo especial (EE), tales como: equipo agrícola, remolque liviano, equipo especial para obras civiles y semirremolques, entre otros.

Los denominados valores intermediados, concepto ajeno al ordenamiento jurídico costarricense, e instrumentos financieros regulados por la Ley Reguladora del Mercado de Valores en un régimen de anotación en cuenta o régimen especial, también forman parte de las excepciones contempladas en la LGM. En el caso específico de los valores negociados en las bolsas de valores (representados por anotación electrónica en cuenta) e instrumentos financieros, autores locales propugnan por la aplicación del contrato o acuerdo de control como una modalidad especial de garantía mobiliaria específica aplicable exclusivamente a los activos financieros<sup>6</sup>, lo cual atiende a la regulación e introducción de la novedosa figura del control sobre cuentas de depósito en intermediarios financieros autorizados y cuentas de inversión que introduce la LGM.

Por último, se excluye de la aplicación de la LGM el depósito de dinero en garantía, en el supuesto que el depositario sea acreedor del depositante y este se encuentre expresamente autorizado por el depositante para utilizar el derecho de compensación. Cabe destacar que esta exclusión le confiere rango legal a la práctica de la figura del «*back to back*»<sup>7</sup> ampliamente utilizada en el sistema financiero costarricense.

---

<sup>4</sup> Ginneth MORAGA CHACÓN y Mauricio SOLEY PÉREZ, «Del registro de la prenda al sistema operativo de garantías mobiliarias: las reformas al Código de Comercio y la Ley 9246», *Revista del Registro Nacional*, año 11, núm. 1, p. 29.

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> Anayansy ROJAS CHAN, «El contrato de control en garantías mobiliarias sobre valores y activos financieros», *Revista de Derecho Empresarial*, San José, núm. 3, abril de 2015. Alejandro VÁSQUEZ RODRÍGUEZ, *Garantías Mobiliarias, Monografías*, San José, Editorial Jurídica Continental, p. 54

<sup>7</sup> La operación *back to back* es regulada en el Acuerdo SUGEF 5-04 Reglamento sobre límites de crédito a personas individuales y grupos de interés económico, se define como la: «Operación crediticia cuyo saldo total adeudado se encuentra totalmente cubierto mediante un contrato entre la entidad acreedora y el deudor; en el que ambos acuerdan expresamente que, en caso de incumplimiento de las condiciones pactadas, la entidad acreedora de manera incondicional, inmediata e irrevocable realizará la compensación del saldo total adeudado de la operación crediticia contra las sumas de dinero en efectivo que le han sido entregadas o contra instrumentos de deuda emitidos por ella misma que se encuentran en su poder y traspasados a favor de la entidad al amparo de dicho contrato, produciéndose con tal compensación la extinción de las deudas compensadas y liberándose tanto al deudor como a la entidad de cualquier obligación producto de dicha operación».

### III. LA CONSTITUCIÓN DEL SISTEMA DE GARANTÍAS MOBILIARIAS

#### 1. Características del sistema de garantías mobiliarias

Uno de los hitos más importantes en el proceso de implementación de la LGM fue la creación y puesta en funcionamiento del Sistema de Garantías Mobiliarias (en adelante SGM); al respecto, la LGM estableció el plazo de un año a partir de la publicación de la ley para la aprobación del reglamento del sistema de garantías mobiliarias y el inicio de operaciones del sistema.

El proyecto, en su origen, contempló la creación de un Registro de Garantías Mobiliarias con su respectiva estructura administrativa; no obstante, el Registro de Bienes Muebles del Registro Nacional de Costa Rica consideró que debido a sus características particulares no era necesaria la creación de un registro nuevo, por lo que se optó por constituir una Oficina de Control de Garantías Mobiliarias bajo la supervisión de la Dirección de Bienes Muebles<sup>8</sup>.

##### 1.1. Archivo público nacional de gestión de datos

La LGM confiere al SGM la estructura de un sistema nacional de archivo de gestión de datos, un repositorio de información con acceso público las veinticuatro horas del día. La finalidad del Sistema es únicamente brindar publicidad mediante un formato electrónico a los formularios de publicidad, modificación, prórroga, cancelación y ejecución para efectos de terceros. Es importante señalar que los archivos electrónicos que contienen la información del Sistema, así como las certificaciones que se emitan sobre dicha información, tienen la condición de documento público, con lo cual poseen eficacia probatoria frente a terceros. La publicidad de los formularios acontece en tiempo real.

##### 1.2. Ausencia de calificación registral

El SGM es automatizado, únicamente se limita a verificar que los espacios obligatorios de los formularios cuenten con información; sin embargo, no constata la veracidad o idoneidad de esta; en otras palabras, no existe calificación registral, situación que redundo en mayor exigencia de cuidado y debida diligencia de parte del asesor legal del acreedor o del acreedor al momento de llenar los respectivos formularios de previo a dar publicidad. La ausencia de calificación registral generó amplias críticas por parte de los operadores jurídicos acostumbrados a trasladar a los funcionarios del Registro Nacional el aviso sobre la gestión defectuosa de documentos notariales.

##### 1.3. Folio electrónico personal y firma digital certificada

El funcionamiento del SGM se organizó a través del denominado «sistema electrónico personal» en función de la identidad de la persona física o persona jurídica que tiene la condición de deudor garante. El Reglamento Operativo del Sistema dispuso que a efecto de dar publicidad a las garantías mobiliarias el acreedor garantizado debe contar con el dispositivo de firma digital certificada, esto con el propósito de dotar de seguridad y confiabilidad general al Sistema; de lo contrario,

---

<sup>8</sup> Ginneth MORAGA CHACÓN y Mauricio SOLEY PÉREZ, *op. cit.*, p. 29.

cualquier persona puede ingresar datos falsos y constituir garantías mobiliarias ficticias. El empleo de la firma digital certificada, en su momento, fue objeto de debate; no obstante, se valoró la idiosincrasia y la necesidad de tutelar el buen uso del Sistema, por lo cual se optó por exigir el referido requisito<sup>9</sup>.

Las características del SGM han representado un profundo cambio en la tradicional función de seguridad jurídica que brinda el Registro Nacional, toda vez que al no existir calificación la competencia del Registro es de naturaleza administrativa como proveedor y operador del Sistema. La LGM exime al Registro Nacional de toda responsabilidad relacionada con los datos consignados en el SGM.

## 2. Consideraciones generales sobre el funcionamiento del Sistema Operativo

El Sistema Operativo de garantías mobiliarias comenzó a funcionar el 20 de mayo de 2015, a través de una sección asignada al sistema garantías mobiliarias en el sitio *web* de Registro Nacional<sup>10</sup>. La LGM contempló un periodo de gracia de tres meses durante el cual las garantías mobiliarias (bajo la figura de prenda) constituidas por ley anterior y, efectivas a la entrada en vigencia de la LGM, fueran inscritas en el Sistema sin costo alguno. Lo anterior, como incentivo a la migración de las prendas hacia el nuevo sistema de garantías en el primer año de vigencia de la ley, traslado cuya realización estuvo a cargo del acreedor. Durante el transcurso del periodo de operación inicial del sistema en el año 2015 (seis meses aproximadamente) fueron publicitadas 6.135 garantías mobiliarias, de las cuales 263 correspondieron a prendas migradas<sup>11</sup> y las restantes a garantías mobiliarias bajo diversas modalidades contractuales. Como se podrá valorar en la sección IV del Informe, actualmente el número de garantías mobiliarias refleja un importante incremento.

Con el propósito de facilitar el empleo del Sistema y guiar al usuario, los funcionarios del Registro elaboraron una primera versión del «Manual de Usuario». Este Manual, a la fecha, ha experimentado diversas actualizaciones producto de los hallazgos y oportunidades de mejora que la Oficina de Garantías Mobiliarias ha detectado con ocasión de la operación del Sistema. Actualmente algunas de las nuevas funcionalidades incorporadas al SGM son: *a)* la actualización general del Manual; *b)* la visualización de los movimientos realizados por el autorizado; *c)* la inclusión del formulario de finalización del proceso de ejecución de garantía mobiliaria, y *d)* la consulta y visualización de anotaciones<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> El tema del empleo de la firma digital certificada fue analizado por la Sala Constitucional en el año 2017, con ocasión del Recurso de Amparo contra el Registro Nacional. El accionante alegó que las garantías mobiliarias solo pueden ser registradas si la persona interesada cuenta con firma digital; sin embargo, no se permite trámite físico, siendo que es agricultor y carece de conocimientos de informática. Lo situación descrita fue calificada por el amparado como discriminatoria; toda vez que no le resultaba posible autorizar a un abogado para realizar el trámite debido al requerimiento de firma digital. El recurso fue declarado con lugar por la Sala, estimó necesario mantener como una opción excepcional para el buen servicio público, el trámite físico que acostumbraba el usuario, por lo cual se ordenó al Registro permitir la opción de registro a través de un mecanismo alterno a la digital. Sala Constitucional, Resolución núm. 2017015491, de las nueve horas cuarenta y cinco minutos, de 29 de setiembre de 2017.

<sup>10</sup> <http://www.registronacional.go.cr/>.

<sup>11</sup> Información solicitada a la Oficina de Garantías Mobiliarias del Registro Nacional de la República de Costa Rica.

<sup>12</sup> Registro Nacional de la República de Costa Rica, Garantías Mobiliarias. Manual de Usuario versión 1.4, 18 de enero de 2018, p. 2. La funcionalidad sobre la consulta de anotaciones permite al usuario visualizar las anotaciones judiciales o administrativas asociadas a la garantía, tales como la existencia de proceso sucesorio, concursal o la cancelación de un autorizado.

Al respecto, se considera importante destacar la labor de permanente actualización del Sistema Operativo que a la fecha ha realizado la Oficina de Garantías Mobiliarias del Registro Nacional. Un sistema de publicidad tan novedoso en Costa Rica como el SGM, además diseñado y puesto en funcionamiento en el lapso de seis meses, ciertamente requerirá modificaciones que permitan ajustar sus funcionalidades e incluir nuevos elementos.

El Sistema permite el ingreso vía página *web* del Registro Nacional a cualquier persona que tenga la condición de acreedor o bajo la categoría de autorizado de una persona jurídica o física, además brinda consulta de forma gratuita a los usuarios. Los formularios electrónicos a utilizar se compran en la sección relativa a la compra de servicios a tarifas sumamente accesibles para cualquier interesado en emplear el sistema<sup>13</sup>, no son descargables y deben ser completados en línea por el usuario.

En términos generales, las funcionalidades del sistema acompañan los diferentes movimientos y cambios que pueden generarse durante todo el proceso de vida de la garantía mobiliaria, desde su publicidad inicial hasta el formulario de finalización de la ejecución de la garantía.

#### IV. PRINCIPALES OBSTÁCULOS

##### 1. El alcance de la garantía mobiliaria

Uno de los principales obstáculos que ha presentado la LGM radica precisamente en la comprensión del académico y el operador jurídico de la amplitud y naturaleza funcional de la garantía mobiliaria. Las raíces de la definición de garantía mobiliaria se encuentran en el sistema norteamericano propulsor del concepto unitario denominado en el idioma original «*security interest*» plasmado en el art. 9 del *Uniform Commercial Code*<sup>14</sup>. Ahora bien, la gradual extrapolación normativa de esta figura a sistemas civilistas, como el costarricense, ha permitido insertar un instrumento de garantía donde el instituto de la prenda resultó insuficiente y anticuada *vis a vis* las múltiples exigencias de la realidad económica y financiera contemporánea.

A pesar de lo anterior, la naturaleza amplia y comprensiva de derechos, contratos y bienes, ha sido objeto de críticas en diferentes foros nacionales; en este sentido se destaca la necesidad de ofrecer mayor difusión y capacitación a los usuarios, académicos y operadores jurídicos a efecto de superar la reticencia que ha presentado la figura. Un instrumento de tan reciente incorporación en el Derecho costarricense, con raíces anglosajonas, requiere de amplia divulgación y capacitación, para una cabal comprensión y adecuado empleo de la figura.

##### 2. El supuesto pacto comisorio

En materia de ejecución de la garantía mobiliaria, uno de los óbices que se presentó inicialmente consistió en la consideración de que el proceso de ejecución extrajudicial contempla y legaliza de forma la figura del pacto comisorio<sup>15</sup>. Esta

---

<sup>13</sup> El formulario con la tarifa mayor es el de publicidad inicial a un costo al tipo de cambio de 22 de enero de 2019.

<sup>14</sup> Jaume TARABAL, «Una aproximación al derecho de garantías mobiliarias norteamericanas», *Revista de Derecho Privado*, enero-febrero de 2012.

<sup>15</sup> Federico TORREALBA, «La Ley de Garantías Mobiliarias: primeras visiones», *Revista Judicial*, núm. 116, Costa Rica, junio de 2015, p. 12.

circunstancia repercutió en el ánimo e indisposición general que existía en materia de la regulación de ejecución extrajudicial que recibió la garantía mobiliaria.

En Costa Rica, la prohibición del pacto comisorio es establecida en el art. 412 del Código Civil y el art. 536 del Código de Comercio<sup>16</sup>. El proceso de ejecución extrajudicial de la garantía mobiliaria contempla el denominado «pacto especial de reposición», que confiere la facultad a las partes de acordar que el acreedor garantizado tome posesión de los bienes dados en garantía que se encuentren en posesión del deudor garante, norma que ha sido objeto de interpretaciones equívocas que califican la disposición como un pacto comisorio. Al respecto, la doctrina mercantil local —de forma acertada— ha aclarado que la finalidad de la norma no es la posesión y retención automática a título de pago de los bienes en garantía por parte del acreedor<sup>17</sup>, sino que se está ante un acuerdo que regula la posibilidad de captura y recuperación de los bienes objeto de garantía. Resulta obvio que, de cara a una garantía mobiliaria sin desplazamiento, una vez iniciado el proceso de ejecución es indispensable que el acreedor recupere la posesión del bien a efecto de que pueda continuar con el proceso de ejecución que culmina con el remate del bien garantizado. Ante el evento de negativa del deudor garante de entregar el bien, lo cual es muy frecuente, la ley faculta al acreedor a solicitar al juez la emisión de un mandato de reposición o apropiación que se ejecutará sin audiencia al deudor garante.

Actualmente algunos juzgados han superado esta concepción poco ajustada a la función y finalidad de la garantía mobiliaria, existen resoluciones judiciales que declaran la admisibilidad de la solicitud de reposición o apropiación del bien otorgado en garantía mobiliaria con fundamento en la LGM<sup>18</sup>. Es de esperar que los tribunales mantengan esta acertada línea de interpretación que armoniza con la finalidad de la LGM de obtener una ejecución expedita de la garantía mobiliaria.

---

<sup>16</sup> El art. 536 establece: «Es nula toda cláusula que autorice al acreedor para apropiarse de la prenda o para disponer de ella en caso de no pago».

<sup>17</sup> El art. 58 de la Ley de Garantías Mobiliarias establece: «Las partes pueden pactar un procedimiento especial para que el acreedor garantizado tome posesión de los bienes dados en garantía que se encuentren en posesión del deudor garante. A menos que dicho pacto de ejecución extrajudicial atente contra el orden público permitiendo la violencia o la coerción punibles, se considerará válido y las objeciones o apelaciones judiciales contra este solo podrán ser incoadas una vez que el pacto haya sido ejecutado.

Cuando no se haya pactado o no sea posible dar cumplimiento a los procedimientos especiales de apropiación o reposición pactados, transcurrido el plazo indicado en el párrafo primero del art. 57 de esta ley, el acreedor garantizado puede presentarse al juez y solicitarle que libere de inmediato el mandato de apropiación o reposición, el que se ejecutará sin audiencia del deudor garante. De acuerdo con la orden judicial, los bienes en garantía serán entregados al acreedor garantizado, o a un tercero a solicitud del acreedor garantizado».

<sup>18</sup> El Tribunal Superior Primero Civil en Resolución núm. 764-2017, de 27 de julio, ante la declaración de incompetencia del Juzgado *a quo* señala: «Con el ánimo de orientar el curso normal del procedimiento habrá de anularse la resolución apelada. Al resolver, la Juzgadora de instancia, sin fundamentación alguna, definió que este asunto es dirimible por la vía del proceso monitorio según ella porque “la reposición” peticionada “deriva” de sumas líquidas y exigibles. Dada la ostensible vaguedad de lo así considerado, se desconoce cuál es la base argumentativa que llevó a la juzgadora para concluir que lo peticionado encuadra en los extremos de un proceso monitorio tramitable al amparo de Ley de Cobro Judicial, cuando por el contrario la parte promovente, lejos deducir el cobro de una obligación dineraria, hace alusión a una reposición en los términos del art. 58 de la Ley de Garantías Mobiliarias. Incluso, bajo el contexto de la causa de pedir deducida en los términos del escrito inicial, era imperativo que la Juzgadora arrojará análisis sobre lo peticionado bajo el prisma de la figura de la garantía mobiliaria preceptuada en la citada Ley de Garantías Mobiliarias».



### 3. La ejecución extrajudicial mediante notario público

Uno de los principales obstáculos que actualmente experimenta la LGM se presenta en el proceso de ejecución extrajudicial mediante la figura del notario público y la ausencia de regulación o directrices que clarifiquen y orienten la participación del notario.

La LGM contempla varias posibilidades para proceder con la ejecución extrajudicial: el corredor jurado, el notario público o el fiduciario. Tratándose de la figura del notario público, a efecto de habilitar esta posibilidad, de forma paralela, se procedió a reformar el Código Notarial con la finalidad autorizar al notario a realizar subastas públicas en procesos de ejecución extrajudicial sobre bienes otorgados como garantía mobiliaria, facultad de la cual carecía. La norma que contempla el proceso de ejecución extrajudicial prevé un proceso rápido, donde la única defensa factible del deudor consiste en el pago liberatorio, en otras palabras el pago total de la deuda, lo cual ha generado dudas justificadas sobre los siguientes aspectos: *a)* el procedimiento idóneo que el notario debe aplicar para ejecutar la garantía mobiliaria; *b)* el alcance de la participación del notario; *c)* la actuación del notario ante oposiciones del deudor garante diversas al pago, y *d)* la responsabilidad del notario en el proceso de ejecución extrajudicial.

La circunstancia descrita puede ser resuelta de forma eficiente y homogénea mediante la emisión de una directriz por el Consejo Superior Notarial que delimite los puntos anteriores; no obstante, a la fecha este tema no ha sido atendido como corresponde, dada su trascendencia, por el Consejo. Lo anterior no ha configurado un obstáculo insoslayable para la realización de ejecuciones mediante notario, pero ciertamente contar con una directriz clara que dote de seguridad al procedimiento, no solo facilitaría la labor del notario, sino que también promovería una mayor participación del notario en este tipo de procesos.

### 4. Otras aclaraciones

La LGM contiene conceptos con redacción compleja cuya comprensión general se ha dificultado; el mejor ejemplo es el de la garantía específica de compra<sup>19</sup>, que suele confundirse por el usuario con la figura garantía simple. Otro ejemplo consiste en la ausencia de diferenciación en las figuras de inventario y equipo, que pueden ser englobadas bajo una misma garantía mobiliaria, pero también pueden ser objeto de segregación al momento de constituir la garantía.

En materia del control, la LGM se refiere a la institución depositaria, concepto no utilizado en el país que requiere de interpretación integral para deducir la referencia a las instituciones de intermediación financieras<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> El art. 5, inciso 17) de la LGM, define de forma críptica la garantía mobiliaria específica de compra como: «Una garantía sobre bienes corporales especificados en su correspondiente contrato de garantía mobiliaria o en el formulario inscrito de la garantía, cuyo propósito es el de garantizar la obligación del pago del precio de compra y/o los costos de adquisición a favor del vendedor de estos o a favor de quien provea los fondos o financiamiento necesarios para la compra o adquisición. Dicha garantía mobiliaria puede garantizar la adquisición presente o futura de bienes muebles presentes o por adquirirse en el futuro. Compras que hayan sido financiadas de esta manera podrán adquirir prelación frente a las garantías de otros acreedores garantizados por el mismo tipo de bienes bajo ciertas condiciones enumeradas en el título tercero de esta ley. El deudor podrá renunciar a su derecho de crear este tipo de garantías; también, podrá pactar con sus acreedores que no constituirá garantías de este tipo».

<sup>20</sup> Anayansy ROJAS CHAN, *op. cit.*, p. 5.

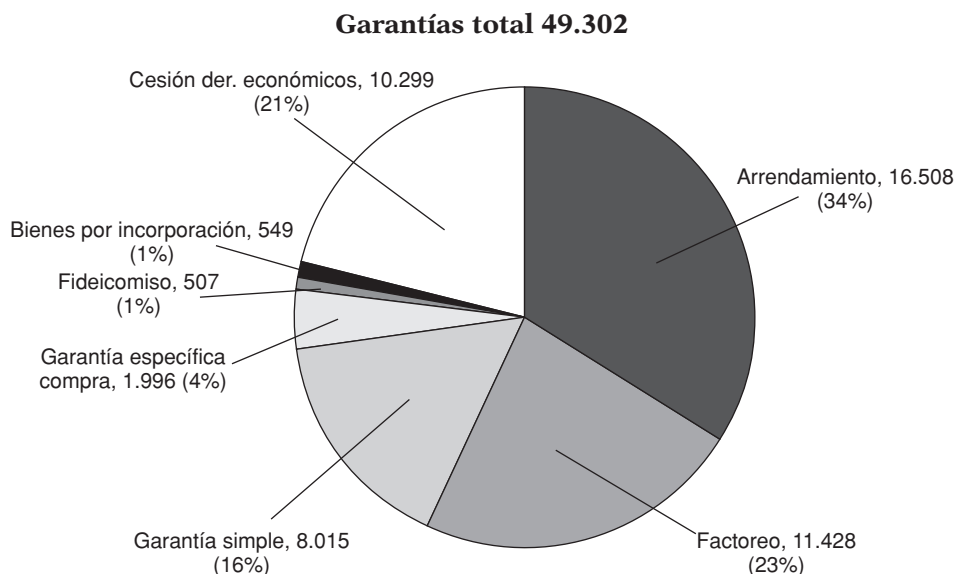


## V. LOGROS Y ESTADO ACTUAL

### 1. Estadísticas del Sistema de Garantías Mobiliarias

En Costa Rica, la LGM cuenta con más de cuatro años de vigencia; el siguiente gráfico refleja la situación actual en materia de garantías mobiliarias publicitadas a agosto del 2019<sup>21</sup>.

Es importante indicar que para efectos de clasificación el Sistema de Garantías denomina «garantía simple» a la garantía constituida y publicitada mediante el contrato de garantía mobiliaria, en el tanto que las otras figuras contractuales, por ejemplo: el arrendamiento financiero, el fideicomiso de garantía sobre bienes muebles y el factoreo devienen garantías mobiliarias *per se*, por lo cual se publican bajo la respectiva denominación contractual.



\* Información a 29 de agosto de 2019.

El total de acreedores físicos y jurídicos es de 2.252, de los cuales 1.728 son personas físicas y las restantes personas jurídicas. De las garantías publicitadas a la fecha han sido ejecutadas 869 y canceladas 3.724. El gráfico revela que del año 2014 al 2019 la publicidad de garantías mobiliarias ha experimentado un crecimiento considerable, así como la tipología de garantías mobiliarias.

Tratándose de tipo de actividad económica que genera la constitución de garantías mobiliarias, los rubros son los siguientes: comercio al por mayor y detalle (6.360), construcción (6.296), agricultura (2.464), manufactura (1.101), salud (1.828), tecnologías de información (1.510), transporte (1.192), servicios profesionales (1.149), ganadería (546), servicios de gobierno (447), servicios financieros

<sup>21</sup> Información solicitada a la Oficina de Garantías Mobiliarias del Registro Nacional de la República de Costa Rica.

(391), turismo (291), entretenimiento (70), forestal/productos madera (62), minería y aceite (19) y el mayor rubro es comprendido por la categoría denominada «otras» (38.210). No obstante, se debe explicar que este incluye las garantías donde el usuario ha optado por no especificar la actividad.

## **2. El rol de la jurisprudencia**

Dado que la LGM contempla algunos conceptos poco claros, así como un proceso de ejecución extrajudicial que continúa generando diversas interpretaciones en los operadores jurídicos, es esencial contar con jurisprudencia sólida y homogénea que interprete correctamente los principios que subyacen y nutren la LGM costarricense.

La ruta a seguir por los tribunales debe estar guiada por el estudio de la Ley Modelo, fuente primaria de la LGM local, así como la doctrina, costumbres y la jurisprudencia elaborada en los sistemas jurídicos que cuentan con mayor trayectoria en la materia. Con la clara visión que la garantía mobiliaria es un instrumento jurídico nuevo, una producción del sistema anglosajón extrapolado a un sistema local que, a pesar de su raíz románica-civil, no puede bajo ninguna perspectiva encuadrarse o medirse con el rasero del Derecho civil del cual es ajeno.

## **3. Elaboración del reglamento sustantivo a la ley**

Por último, se debe señalar que a pesar de la LGM contiene determinadas referencias a la elaboración de un reglamento a la ley, únicamente ha sido aprobado el Reglamento Operativo por parte del Registro Nacional de la República de Costa Rica.

La LGM carece de un reglamento de carácter sustantivo; se debe aclarar que tampoco fue previsto en dicho cuerpo normativo un órgano o entidad que se encargase de dicha labor, por lo que tampoco resulta factible premiar su elaboración. No obstante, un reglamento de dicha naturaleza bien podría brindar mayor claridad y orientación en determinados temas de la LGM.

## **VI. LAS FUTURAS REFORMAS (A TÍTULO DE CONCLUSIÓN)**

El proceso de implementación de la LGM en Costa Rica fue producto del intenso trabajo en conjunto efectuado por las entidades internacionales asesoras, los funcionarios del Registro Público de la República de Costa Rica y del Ministerio de Economía, Industria y Comercio. A un quinquenio de vigencia de la ley, la utilización del instrumento ha puesto de manifiesto ciertos vacíos normativos y temas por clarificar que ameritan una reforma puntual en la LGM con el afán exclusivo de obtener una aplicación más eficaz de la figura. Lo anterior es atribuible a la novedad del instrumento y la dificultad de injertar una figura anglosajona dentro de sistema jurídico civil-románico.

Actualmente, en Costa Rica en términos generales la figura ha gozado con un amplio nivel de aceptación y utilización, lo cual se refleja en la cantidad de garantías publicitadas a la fecha y la variedad contractual utilizada. Sin embargo, para potenciar este instrumento es indispensable la promoción e implementación de programas de información, capacitación y difusión generalizada en todo el país, en especial en las áreas rurales de Costa Rica, donde la capacitación resulta poco accesible, de manera que propicien una mayor comprensión de las garantías mobiliarias.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- MORAGA CHACÓN, Ginneth, y SOLEY PÉREZ, Mauricio, «Del registro de la prenda al sistema operativo de garantías mobiliarias: las reformas al Código de Comercio y la Ley 9246», *Revista del Registro Nacional*, año 11, núm. 1.
- ROJAS CHAN, Anayansy, «El contrato de control en garantías mobiliarias sobre valores y activos financieros», *Revista de Derecho Empresarial*, San José, núm. 3, abril de 2015.
- TARABAL, Jaume, «Una aproximación al derecho de garantías mobiliarias norteamericanas», *Revista de Derecho Privado*, enero-febrero de 2012.
- TORREALBA, Federico, «La Ley de Garantías Mobiliarias: primeras visiones», *Revista Judicial*, núm. 116, Costa Rica, junio de 2015.
- VÁSQUEZ RODRÍGUEZ, Alejandro, *Garantías Mobiliarias, Monografías*, San José, Editorial Jurídica Continental, 2016.



# **EL SALVADOR: COMENTARIOS SOBRE LA LEY MODELO INTERAMERICANA SOBRE GARANTÍAS MOBILIARIAS Y LA LEY DE GARANTÍAS MOBILIARIAS**

Carlos Elías ZABLAH CÓRDOVA  
Laura María OLIVA SALAZAR

La Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias, de 8 de febrero de 2002, fue creada como ley marco para que los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos la pudiesen tomar de base y acoplarse en gran medida a los criterios allí establecidos, puesto que fueron analizados de forma amplia y objetiva; sin embargo, no es hasta el año de 2014 que entra en vigencia la Ley de Garantías Mobiliarias en la República de El Salvador (en adelante, El Salvador), trayendo consigo la creación de un nuevo Registro Público novedoso, que permitiría el desarrollo económico e inversión de parte de un sector de la población que a lo largo de la historia no ha sido sujeto de crédito, porque no han tenido las garantías suficientes para garantizar el pago, dicho sector lo vemos especialmente relacionado con la micro y pequeña empresa, ya que según datos de la Comisión de la Micro y Pequeña Empresa de la República de El Salvador (CONAMYPE), las MYPES han tenido un crecimiento exponencial en los últimos años, por lo que cada vez son más las personas que se ven en la necesidad de adquirir un crédito para hacer crecer su negocio. De los años 2015 a 2018 se tienen censadas 64.000 personas artesanas y MYPES<sup>1</sup>, lo que nos hace prestar principal atención al considerando II del Decreto 488 de El Salvador (Ley de Garantías Mobiliarias), al establecer que la creación de dicha ley es un beneficio económico directo para diversos sectores del país, principalmente los micro, pequeños y medianos empresarios.

La legislación salvadoreña se ha sumado a la aplicación y promulgación de la Ley de Garantías Mobiliarias y por consiguiente la acopló conforme a su acervo jurídico para que tuviera coherencia en cuanto a su alcance y aplicación<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> <https://www.conamype.gob.sv/institucion/informes-de-gestion/>, <https://www.transparencia.gob.sv/instituciones/conamype/documents/rendicion-de-cuentas>.

<sup>2</sup> Aprobada por Decreto 488, de 4 de octubre de 2013. Publicada en el *Diario Oficial* núm. 190, t. 401, de fecha 14 de octubre de 2013. Vigente a partir del 12 de abril de 2014.

Es de capital importancia el hacer notar que a pesar de que se ha acoplado la Ley Modelo a los estandartes nacionales, siempre se ha buscado mantener la congruencia tanto en términos generales como en los específicos a pesar de sus múltiples y marcadas diferencias, las cuales se originan en los diferentes criterios con que los que trabajan las legislaciones alrededor del mundo y por consiguiente la aplicabilidad de los mismos.

La creación y aplicación de esta ley en El Salvador ha producido que se descargue el trabajo del tradicional Registro de Comercio, ya que era la entidad encargada de inscribir las garantías bajo el modelo de la prenda civil y mercantil, y hoy en día se le ha facultado al Registro de Garantías Mobiliarias para que a través de un sistema automatizado y en línea, se inscriban en el mismo las garantías sobre bienes muebles que, sean estos tangibles e intangibles, tal como se encuentra contemplado en el art. 2 de la Ley Modelo.

En El Salvador el registro de garantías mobiliarias está diseñado para ser un sistema completamente electrónico, exclusivamente para los servicios de inscripción, modificación, cancelación y ejecución, no así para otros servicios como la emisión de certificaciones y constancias, ya que a pesar de que las mismas se solicitan electrónicamente, su emisión es por medios materiales, lo cual detiene las ventajas del modelo electrónico, volviendo el modelo imperfecto. En tal sentido, y no obstante tener vigente una ley de firma electrónica<sup>3</sup> desde 2015 que no ha tenido a la fecha una aplicación efectiva.

No hay que perder de vista que en El Salvador falta un desarrollo legislativo en materia de Nuevas tecnologías de la información, falta consolidar algunos aspectos en dicha materia tal como una Ley de Protección de Datos o una Ley de Comercio Electrónico<sup>4</sup>; por tanto, el conglomerado social y especialmente judicial se encuentran limitados a los usos del papel, aunque es de hacer evidente que poco a poco se van dando criterios judiciales que van abriendo camino respecto al uso de las tecnologías, especialmente cuando se pretende que estas sean utilizadas como prueba.

La novedad de esta ley a nivel salvadoreño es que es tan abierto el concepto de «garantía mobiliaria» que se encuentra plasmado en el art. 4 de la Ley de Garantías Mobiliarias de El Salvador, que es lo que llamamos *numerus apertus*, por la amplitud contenida en la disposición legal, ya que va desde los bienes tangibles hasta los intangibles; sin embargo en cuanto a la Ley Modelo sobre Garantías Mobiliarias, encontramos más restringida esta definición de «garantía mobiliaria», pero la diferencia estriba básicamente que en cuanto a la ley salvadoreña, el artículo es ejemplificativo y el de la Ley Modelo no lo es; además, el art. 6 de la Ley de Garantías Mobiliarias salvadoreña amplía aún más el género de los bienes garantizadores, por lo que consideramos que es realmente amplia la gama de bienes que abarca esta descripción.

Algunas de las ventajas que muestran estos modelos en un país como El Salvador, siendo uno en vías de desarrollo, es que puede adecuarse a nuevos productos de financiación, facilita el acceso al crédito, tiene su propia normativa legal, centraliza información registral, posee mecanismos de ejecución expeditos, además de un arancel de registro con tasas no muy accesibles, que limitan a su vez que los

---

<sup>3</sup> Ley de Firma Electrónica. Aprobada por Decreto 133, de 1 de octubre de 2015. Publicada en el *Diario Oficial* núm. 196, t. 409, de 26 de octubre de 2015. Vigente a partir del 23 de abril de 2016. No obstante, no existen a esta fecha disposiciones técnicas por parte del ente regulador, necesarias para autorizar Proveedores de servicios de Certificación.

<sup>4</sup> A la fecha del presente documento existen anteproyectos de Ley que están discutiéndose en el congreso.

mecanismos de financiamiento se encarezcan para el deudor principal o garante. El modelo debe de ir enfocado al crecimiento de la economía a través de lograr un mecanismo eficiente, ágil y barato.

Dentro de las dos leyes encontramos muchas similitudes ya que, en su esbozo en general, la Ley de Garantías Mobiliarias salvadoreña se ha regido por la ley tipo, y ha retomado en gran medida los preceptos y directrices contenidas en el mismo, algunas de estas similitudes las encontramos en la definición tan amplia que ambas leyes retoman en cuanto al concepto, alcance de garantía mobiliaria, la prelación, publicidad y ejecución de la misma.

Una de las similitudes que se vuelve importante señalar, y sobre la cual se hace énfasis especial, es el punto que en la Ley Modelo se hace una distinción en el art. 8, en cuanto al momento en que inicia a surtir sus efectos una garantía mobiliaria y señala que, si la garantía es con desposesión, surte efectos desde el momento en que el deudor garante entrega posesión o control de los bienes, salvo pacto en contrario; lo que nos hace deducir que si la garantía es sin desposesión, surtirá sus efectos desde el momento en que se suscriba el contrato, por lo que ambas disposiciones son iguales en comparación a la ley salvadoreña, con la única diferencia que aquí se conoce como garantía con o sin desplazamiento, pero evidentemente difiere solamente en cuanto a la semántica.

En cuanto al tema de la ejecución de las garantías, podemos ver que está contemplado en la ley tipo en los arts. 54 y ss., como en la ley salvadoreña en los arts. 62 y ss., y en ambas plantea la inscripción de un formulario registral de ejecución, el cual debe de ser notificado al deudor; sin embargo, en El Salvador debe de ser notificado únicamente al deudor y la ley tipo señala que además de ser notificado al deudor garante, debe de notificarse a la persona en posesión de los bienes en garantía y a cualquier persona que haya dado publicidad a una garantía mobiliaria sobre los mismos bienes muebles. Sobre este mismo punto, la Ley de Garantías Mobiliarias salvadoreña presenta requisitos mínimos que debe de contener el formulario registral de ejecución, dichos requisitos son compartidos únicamente en dos aspectos con la ley tipo y estriban directamente en establecer la causa que produce el incumplimiento y la declaración del monto del capital adeudado; sin embargo, en la Ley de Garantías Mobiliarias salvadoreña, basta con expresar el número de inscripción del formulario registral de la garantía, pues en el certificado de inscripción se hicieron constar en su momento todos los datos relevantes, importantes y necesarios sobre determinado bien; *a contrario sensu*, el art. 55 de la ley tipo manifiesta que deben de ser más explicativos y explícitos los datos que contenga el formulario registral de ejecución, siendo estos la descripción de los bienes dados en garantía, una declaración de los derechos reconocidos en el título VI relativo a la «ejecución» y la declaración de la naturaleza de los derechos que el acreedor intenta ejercer<sup>5</sup>.

Otra de las similitudes entre ambas leyes es que ambas admiten el proceso de resolución de controversias a través del arbitraje, sin que este sea imperativo, ya que la Ley salvadoreña en su art. 64 expresa otras formas de resolución de conflictos, tales como un proceso extrajudicial ante notario, o un proceso judicial ante juez competente. Es importante mencionar que el proceso por medio de notario, no es muy popular localmente, ya que en muchos casos se puede llegar a cuestionar la violación constitucional del derecho de defensa<sup>6</sup>, aunque a la fecha no se conoce ningún caso en tal sentido.

<sup>5</sup> [http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/garantias\\_mobiliarias\\_Ley\\_Modelo\\_Interamericana.pdf](http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/garantias_mobiliarias_Ley_Modelo_Interamericana.pdf).

<sup>6</sup> Constitución de la república de El Salvador: «Art. 11. Ninguna persona puede ser privada del derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y posesión, ni de cualquier otro de sus derechos sin ser



Ahora bien, ya que se han planteado algunas similitudes entre ambas leyes, es importante comentar sobre las diferencias más trascendentales, ya que a pesar de que existe una norma marco para la creación de la Ley de Garantías Mobiliarias en El Salvador, existen múltiples diferencias, y algunas son propias de nuestro ordenamiento jurídico; dichas discrepancias las explicaremos a continuación:

La diferencia básica a identificar es que la Ley Modelo, en su art. 5, establece taxativamente que la garantía mobiliaria se constituye única y exclusivamente mediante contrato, y señala el nacimiento de la relación contractual a través del mismo; sin embargo, el art. 8 de la Ley de Garantías Mobiliaria salvadoreña establece excepciones para la constitución de una garantía, siempre y cuando se encuentren contenidas en otras leyes, pero a pesar de estar expresado así, a la fecha, no existe ninguna salvedad o excepción en otras leyes, sin que esto signifique que nuestra ley se encuentra cerrada a estos casos particulares y propios de la materia en mención.

Otra de las diferencias que posee nuestra Ley de Garantías Mobiliarias respecto a la ley tipo es que esta última en su art. 7, inciso 8, establece pocas formalidades en cuanto a la constitución de la garantía, porque permite que se haga de forma abierta por cualquier medio, incluso por el simple cruce de correos electrónicos o cualquier otro similar, siendo que en El Salvador es muy rigurosa la formalidad en cuanto a la participación de un notario público para el otorgamiento o constitución de una garantía mobiliaria, y a pesar de ser tan abierto el concepto de garantía mobiliaria que se contempla en ambas leyes, en El Salvador no se permite la constitución de las mismas sin seguir las formalidades contempladas en el art. 11 de la Ley de Garantías Mobiliarias salvadoreña, siendo explícitamente expresado en el citado artículo, que debe de otorgarse por Escritura Pública o por Documento Privado Autenticado por notario, y debe de contener formalidades como lugar y fecha de la celebración del contrato, y particularmente en la Ley Modelo, el establecer el lugar de otorgamiento no es requisito que se manifieste [art. VII, ordinal I) de la Ley Modelo]; otra de las formalidades en cuanto al otorgamiento del contrato de garantías que muestra diferencia entre ambas leyes en cuestión es el hecho que la Ley salvadoreña establece que se debe de manifestar el plazo o la condición a que está sujeta la obligación garantizada, así como los términos y condiciones, para el caso que el bien en garantía se deteriore o disminuya de forma tal que no cubra el valor del crédito; y por último, pero no menos importante, el requisito establecido en el art. 11, literal j), de la ley salvadoreña, respecto a la autorización por parte del deudor garante para que pueda presentar el formulario registral de inscripción registral, siendo que la Ley Modelo en su art. 36 solamente establece autorización para inscribir la prórroga en caso que hubiere y según la Ley de Garantías Mobiliarias salvadoreña, se necesita autorización desde la inscripción que da origen a la garantía.

Según la Ley de Garantías Mobiliarias salvadoreña en su art. 4, inciso último, expresa algunas clases de contratos a través de los cuales se pueden constituir garantías mobiliarias, siendo estos la venta a plazos de bienes muebles, la venta de muebles con reserva de dominio, la compraventa con cláusulas resolutorias, los arrendamientos sobre muebles, los fideicomisos, las cesiones de crédito y cuentas por cobrar, venta de muebles en consignación, contratos de *leasing*, así como el endoso en garantía de todo género de títulos valores. Luego de haber constituido alguno de los contratos ya enumerados se inscribirá de forma electrónica en el registro, lo que les dará publicidad a las garantías.

---

previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes; ni puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa».

Una diferencia sustancial que se puede mencionar es que el art. 4 de la Ley Modelo Interamericana, en cuanto a las «obligaciones garantizadas», comprende seis ordinales, los cuales son: I) los intereses ordinales y moratorios que genere la suma principal de la obligación; II) las comisiones que deban de ser pagadas al acreedor; III) los gastos en que razonablemente incurra el acreedor, para la guarda y custodia de los bienes en garantía; IV) los gastos en que razonablemente incurra el acreedor, con motivo de los actos necesarios para llevar a cabo la ejecución de la garantía; V) los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento del contrato de garantía, y VI) la liquidación convencional de daños y perjuicios cuando hubiere sido pactada. En cambio, en la Ley salvadoreña, únicamente están contemplados los dos primeros ordinales, pero esto no significa que sea incompatible con las leyes salvadoreñas, puesto que el art. 7 de nuestra mencionada ley es claro al expresar la palabra «podrán», lo que significa que es facultativo para poder designar todas las demás obligaciones garantizadas que se encuentran contenidas en la Ley Modelo.

Otro tema de mucha importancia e impacto económico es que en la Ley salvadoreña se ha establecido en el art. 49 los aranceles de derecho de registro, ya que con sus costos se busca incentivar de forma directa el uso de dicho servicio por parte de la población; no obstante, los mismos no resultan ser tan accesibles especialmente para operaciones donde el monto de las garantías es alto, es decir, castiga el monto de la garantía. Sin embargo, es de notar que en la Ley Modelo no se establecen aranceles, y por esta razón, es que países como México<sup>7</sup> no cobran ninguno de los servicios que presta el registro de garantías mobiliarias en su país, salvo que lo establezca la Ley Federal de derechos, algo que es significativo para el aumento del servicio pues es atractivo para los acreedores y deudores porque es un costo que normalmente se cancelaría en cualquier otro registro.

Las reformas al régimen de garantías mobiliarias deben incluir el establecimiento de un registro de garantías reales, eficiente y accesible al público para que estas reformas puedan ponerse en marcha de manera eficaz, y en base a esta premisa, la Ley Modelo fue complementada el 9 de octubre de 2009 por el Reglamento Modelo para el Registro («Reglamento Modelo»), que fue aprobado por la Séptima Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado para brindar asesoramiento sobre el establecimiento y la operación de registros de garantías reales a los Estados Miembros que lo necesitan con urgencia. En este sentido, el Reglamento Modelo también fomenta la certeza y la transparencia con respecto a las garantías reales constituidas sobre bienes muebles, ya que son factores cualitativos clave a la hora de determinar si es posible servirse de estos activos como garantía en préstamos bancarios<sup>8</sup>.

Consideramos que El Salvador ha logrado desarrollar un modelo de Registro con base en el cumplimiento de la mayoría de las recomendaciones y lineamientos que fueron publicados tanto por la Organización de los Estados Americanos como de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, y con esto se ha logrado el cumplimiento de mejores prácticas internacionales en la materia, resaltando así que esto implica un cambio radical en la concepción de registro que se tiene en América Latina, ya que descentraliza el trabajo del Registro de Comercio y las nuevas concepciones son aplicadas a la ley específica de la materia.

---

<sup>7</sup> <https://www.rug.gob.mx/Rug/home/preguntas.do>.

<sup>8</sup> [http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/garantias\\_mobiliarias\\_boletin\\_informativo\\_ago\\_2013.pdf](http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/garantias_mobiliarias_boletin_informativo_ago_2013.pdf).



# **GUATEMALA: IMPLEMENTACIÓN DE LA LEY MODELO SOBRE GARANTÍAS MOBILIARIAS**

María del Pilar BONILLA

En Guatemala, el Decreto 51/2007 se aprobó en noviembre de 2007 y contiene la Ley de Garantías Mobiliarias, que tiene como base la Ley Modelo sobre Garantías Mobiliarias de la Organización de los Estados Americanos. Esta ley tuvo un corto periodo de *vacatio legis* y entró en vigencia el 1 de enero de 2008.

Como para ese momento el Ministerio de Economía, como entidad responsable del Registro de Garantías Mobiliarias, no había podido organizar dicho registro, se publicó en agosto de 2008 una reforma contenida en el Decreto 46/2008, por medio del cual se permitía seguir inscribiendo en el Registro General de la Propiedad las garantías mobiliarias sobre bienes inscritos en dicho registro.

El Registro de Garantías Mobiliarias comenzó a operar el 1 de enero de 2009 en aquel momento como un Registro que no cumplía totalmente todos los requerimientos de una plataforma de acceso remoto y por tanto había que llevar los documentos en forma física para que la información se incorporara por una persona del registro en la base de datos. Para aquel momento dicha base de datos era nacional, pero no se podían hacer búsquedas en línea, sino únicamente por medio de solicitud de información al Registro. Asimismo, habían quedado fuera del Registro de Garantías Mobiliarias los vehículos automotores, y la garantía sobre los mismos se continuaba inscribiendo en el Registro General de la Propiedad, que es el registro especial que opera bajo un sistema de folio real, en el que se inscriben los bienes inmuebles y los bienes muebles identificables (de conformidad con el Código Civil, contenido en el Decreto-ley 106 y sus reformas).

Por medio del Decreto 4/2018, publicado el 7 de marzo de 2018, se reformó en forma integral el Decreto 57/2007 y de esta forma se logró una reforma importante sobre todo en materia registral.

La reforma, que entró en vigencia treinta días después de su publicación en el *Diario de Centro América* (que es la gaceta oficial), logra que el régimen de las Garantías Mobiliarias en Guatemala cumpla totalmente con las recomendaciones internacionales, tanto los principios contenidos en la Ley Modelo Interamericana como en la Ley Modelo de UNCITRAL y las recomendaciones de IFC.

a) Es un sistema único de garantías bajo el cual está toda afectación sobre bienes muebles, así como los contratos o cláusulas que tienen como finalidad tener un derecho de garantía respecto de tales bienes.

b) Las garantías mobiliarias se inscriben en un solo registro, incluyendo los vehículos, y ese registro es totalmente electrónico.

c) El registro opera como una plataforma en línea a la que se accede en forma remota y se pre-paga la tasa o tarifa que señala el arancel, la cual no es progresiva en atención al monto del crédito.

d) Se establece claramente que los bienes atribuibles son parte de la garantía, salvo pacto en contrario.

e) Se establecen los requisitos del formulario electrónico que se sube a la base de datos, el cual no tiene que ser firmado y al cual no se adjunta ningún tipo de documento.

f) Se pueden hacer búsquedas en línea en forma remota y permite ver la base de datos con base en motores de búsqueda que llegan al deudor garante o a los bienes que se pueden inscribir por número de serie.

g) Se establecieron reglas más claras para las ejecuciones de las garantías mobiliarias, tanto en forma judicial como extrajudicial: subasta, venta directa, adjudicación en pago.

Como consecuencia de la reforma, se actualizó el arancel que cobra el Registro, el cual ya no es progresivo, sino montos fijos, lo cual ha llevado a que más entidades y acreedores inscriban sus garantías en el Registro de Garantías Mobiliarias.

Por otro lado, a través del Decreto 1/2018 se aprobó la Ley del Contrato de Factoraje y del contrato de descuento que claramente establece que la cesión de derechos de crédito se debe inscribir en el Registro de Garantías Mobiliarias, sea en venta o en administración.

# **JAMAICA: SECURITY INTERESTS IN PERSONAL PROPERTY ACT 2013 (SIPPA)**

## **An overview of the legislation and update on registrations under the SIPPA**

Antoinette MCKAIN  
Yvette SUTHERLAND-REID

**SUMMARY:** I. PART ONE.—II. PART TWO.

This document is in two parts. Part One summaries the SIPPA and the Regulations made under this Act. Part Two provides data for the period January 2014-February 2019 on registrations by volumes and by collateral types since the implementation of the SIPPA.

### **I. PART ONE**

#### **When did SIPPA come into effect?**

This law was passed in 2013 and brought into effect January 2, 2014.

#### ***General Statement of the Purpose of the SIPPA***

- Allow for the ease and efficacy of the taking of security in relation to the wider class of personal property to promote commerce.
- Provide a clear framework for the enforcement of security interests where the obligation which is secured is not fulfilled.
- Establish a central public registry for the recording of secured interest in all personal property to allow for notice that particular property is the subject of a security interest.
- Clarify and crystallize the priorities that will exist where there is more than one security interest registered in respect of secured property.

### ***To what transactions does the SIPPA apply***

The SIPPA applies to every transaction that creates a security interest in personal property (section 3).

«Security interest» means an interest created: by a contract relating to one or more items of personal property; the property can be specifically or generically described and can be an interest that is a present one or a future one; and the contract designed to secure the fulfilment of one or more present or future obligations by the person giving the security (section 2).

«Personal property» includes goods, documents, financial instruments, accounts receivable, and intellectual property and other kinds of intangibles.

The SIPPA applies to every transaction that in substance creates a security interest in personal property (without regard to the form of the transaction or the person who has title in the personal property). The SIPPA is also applicable to: *a)* pledges, trust indentures or trust receipts, equipment trusts, debentures, and floating charges; *b)* assignment, leases, and consignments, securing payment or the performance on an obligation; *c)* transfers of accounts receivable, whether or not to secure payment or the performance of any obligation; *d)* a lease of goods under a lease for a term of more than six months, whether or not to secure payment or the performance of any obligation; *e)* conditional sale agreements and agreements for the sale of goods on hire-purchase; *f)* the interest in personal property of an execution creditor.

«Goods» means tangible personal property, crops and the unborn young of animals but does not include a document of title, a financial instrument or money (section 2).

«Financial instrument» means - debentures, shares, stocks or bonds; negotiable instruments and other securities (section 2).

«Intangibles» means personal property other than goods, documents of title, or financial instruments, and includes a licence (section 2).

### ***How is a Security Interest created?***

A security interest can be non-possessory or possessory (section 4).

The non-possessory security interest may only be created by a written contract. The contract must sufficiently describe the secured property in such a manner that enables it to be identified as non-possessory security interest.

«Possessory security interest» is a security interest which under the terms of the security contract requires the debtor to give possession or control of the secured property to the secured creditor in order to secure the performance of the obligation concerned. The debtor's consent to give control must be in writing (section 2).

### ***When does the security interest attach to the secured property and become enforceable against the debtor and third parties***

The security interest is effective in relation to secured property and can be enforced against the debtor and third parties when:



- a) value is given;
- b) the debtor has acquired rights in the secured property or the power to transfer rights in the secured property to a secured creditor, and either
  - i) the debtor has signed a security contract that describes the secured property;
  - ii) the secured property is in the possession of the secured creditor and is of a type that may be perfected by possession; or
- c) the secured property is in the control of the secured creditor and is of a type that may be perfected by control.

Unless the debtor and the secured creditor agree otherwise under the security contract the attachment of the security interest in:

- the secured property gives the secured creditor the right to proceeds [of sale or other distribution] of the secured property even if the security contract says nothing about the proceeds;
- the secured property is also attachment of a security interest in a supporting obligation for the secured property;
- a right to payment or performance secured by a security interest in personal property is also attachment of a security interest in the personal property;
- a right to payment or performance secured by a security interest in a mortgage in real property is also attachment of a security interest in the mortgage;
- a securities account is also attachment of a security interest in any rights or benefits derived from financial assets created to the securities account; and
- rights and obligations of the debtor who retains possession.

### ***The obligations of the debtor who retains possession***

The debtor who retains possession of the security property, unless stated in the security contract, has the following rights and obligations in respect of the property:

- the right to use and dispose of the property and any proceeds of the property in the ordinary course of the debtor's business;
- an obligation to discontinue the exercise of the right of use and disposal of the proceeds where the secured creditor notifies the debtor that of the former's intention to enforce the security interest;
- the obligation to do whatever is reasonably necessary to prevent damage to, or loss of, the property, and
- the obligation to allow the secured creditor to inspect the property at all reasonable times (section 6).

### ***What are the obligations of secured creditor where it has/retains possession of the secured property***

The secured creditor who retains possession of the secured property must: exercise reasonable care in the custody and preservation of the property; maintain the property in such a way that it remains identifiable, unless it is perishable and may use the property only as agreed by the parties to the security contract (section 7).

### ***How is the security interest perfected***

The right given in a security interest is enforceable against third parties only when the security interest is perfected. The security interest is perfected when:

- a) the security interest is attached and
  - i) the security interest is registered at the security interest registry;
  - ii) the secured creditor, or his agent, has possession or control of the secured property;
- b) the debtor, secured creditor and the financial institution agree in writing that the financial institution will comply with the instructions of the secured creditor and
  - i) if the secured creditor becomes a customer with respect to the relevant account;
  - ii) the debtor, secured creditor and the financial institution agree in writing that the financial institution will comply with the instructions of the secured creditor;
  - iii) if the secured creditor becomes a customer with respect to the relevant account.

### ***Special provisions for security interests in particular kinds of property***

#### *After Acquired Property*

A security contract may create a security interest in after-acquired property and attaches without specific appropriation by the debtor. This is excepting in the case of consumer goods, other than accessions or consumer goods which replace the secured property described in the security contract or the after acquired property is consumer goods and the security interest is not a purchase money security interest (section 10).

#### *Dealings and Proceeds*

Security interest continues in property that is dealt with unless the secured creditor authorised the dealing and this interest also extends to the proceeds of dealings. The security interest in the proceeds is continuously perfected by registration that provides a sufficient description of the proceeds.

#### *Financial instruments returned to secured creditor*

A security interest in a financial instrument is temporarily perfected until the expiration of fifteen working days after the secured creditor makes the financial instrument available to the debtor, if the security interest had been perfected by possession and the secured creditor gives possession of the instrument to the debtor for sale, exchange, presentation, collection, renewal or registration of a transfer.

#### *Negotiable document of title or goods returned to debtor*

A security interest in a negotiable document of title, or in goods held by a bailee and not covered by a negotiable document of title is temporarily perfected until

the expiration of fifteen working days after the secured creditor makes the title or goods available to the debtor where, the security interest had been perfected by possession and the delivery to the debtor was for the purpose of sale or exchange, or loading, unloading, storing, shipping, manufacturing, processing, packaging or otherwise dealing with the goods in preparation for sale or exchange.

### *Goods held by a bailee*

A security interest in goods in the possession of bailee is perfected when the security interest attaches and a registration notice of the interest in the goods is registered; or the bailee issued a negotiable document of title to the goods and the security interest in the negotiable document is perfected; or if the bailee issues a document of title in the name of the secured creditor or holds the goods on behalf of the secured creditor under the SIPPA.

### *Crops*

— A security interest in crops can exist in crops while they are in the form of seeds or other germinating material, while they are growing, and afterwards the security interest can exist whether the crops are cut, picked, separated from the soil and whether they are stored on land where the crops were grown or on any other land or premises;

— The sale, lease or mortgage or other encumbrances of the land on which the crops are grown does not prejudice a perfected security interest in the crops;

— The perfected security in crops has priority over a conflicting interest of an owner, mortgagee or other person with an interest in the real property if the debtor has a registered interest in, or is in possession of the real property (section 15).

### *Motor Vehicles*

— a buyer or lessee of a motor vehicle takes the motor vehicle free of any security interest perfected by registration, if:

- the buyer bought or the lessee leased, the motor vehicle without knowledge of the security interest;
- if the motor vehicle was not correctly described by serial number in the registration of the registration notice (section 19).

### ***What are the rights and obligations of a debtor who retains possession of the secured property***

This is the non-possessory security interest *i. e.* where the debtor retains possession of the secured property he has the obligation to:

— use and dispose of the property and any proceeds from the property in the ordinary course of his business;

— discontinue the exercise of those rights if the secured creditor gives notice of his intention to enforce his security;

— do whatever is reasonably necessary to prevent damage to or loss of the property;

— must allow the secured creditor to inspect the property to verify its quantity, quality or the state of its conservation.

### ***Priority of security interests in the event of default of the debtor***

— A perfected security has priority over an unperfected security interest in the same property.

— Priority between unperfected security interests in the same secured property is ranked by the order in time at which the security interest attaches, with the earliest in time taking first priority.

— Priorities of continuously perfected security interest in the same secured property will be based in the order of first registration; possession and that the security is temporarily perfected (section 22).

— Purchase money security interest has priority over non-purchase money security interest in the same property (section 23).

— A security interest of a secured creditor in a relevant account which that secured creditor has control of, has priority over a security interest in that relevant account, of a secured creditor that does not have control of the relevant account and the security interest perfected by control rank according to priority in time of obtaining control (section 24).

— A security interest in goods that subsequently become part of a product or mass continues in the product or mass if the goods are so manufactured, processed, assembled or commingled that their identity is lost in the product or mass.

— The rights of a debtor in secured property may be transferred consensually, or by operation of law and this transfer shall not prejudice the rights of the secured creditor, including the right to treat the transfer as an SIPPA of default.

### ***Enforcement of security interests where there is default of the debtor***

Where the debtor is in default under a security contract the secured creditor can exercise its rights remedies and obligations under the security contract and the SIPPA and rights and remedies existing under any other law not inconsistent with the SIPPA. The secured creditor also has the right under the security contract to take possession of the secured property and exercise any right he might have under this SIPPA in respect of crops and accessions (section 34).

Where the secured property is an intangible or a financial instrument the secured creditor must notify the debtor (or any person obligated to make payment under the financial instrument) to make the payment or perform whatever obligation the debtor had agreed to perform under the security contract. The secured creditor may deduct reasonable expenses of collection from the amounts collected from the debtor or money held as secured property. The secured creditor may also take control of any proceeds of any sale or disposal of the secured property to which he is entitled. The secured creditor can apply the money or any accounts receivable or security to satisfy the payment or obligation owed to him by the debtor and can deduct reasonable expenses from these proceeds for the collection (section 35).

### ***How a secured creditor can dispose of secured property in satisfaction of the debt or obligation owed***

After repossessing or seizing the secured property the secured creditor must give at least seven days' notice to the debtor or any other person who is known to be owner of the property that they intend to dispose of the property and to other

persons who has an interest in the secured property which is subordinate to the secured creditor:

The disposition can be by private sale or public auction. It can be of the whole property or in commercial units or parts. Disposition can also be by lease, credit sale, licence or any other reasonable commercial way (section 36).

### ***Debtor may redeem the secured property from the security interest***

At any time before a secured creditor has disposed of the secured property or entered into a contract for the disposition of the secured property or has elected to retain the secured property, the debtor may fulfil the obligations secured under the contract and pay the expenses of secured creditor in respect of seizing, repossessing, holding or repairing, etc., the secured property (section 41).

### ***Rights of purchasers of secured property***

Where a secured creditor disposes of secured property to a purchaser who takes possession of the secured property for value and in good faith the purchaser acquires the secured property free from the interest of the debtor; any interest subordinate to that of the debtor; and any interest subordinate to that of the secured creditor.

Section 47 - 58 of the SIPPA deals with the following aspects:

- the establishment of the Securities Interest Registry; a Registrar of Security Interests designated by the Minister (responsible for commerce) and a registrar of security interests;
- the establishment of an electronic Register of Security Interest for filing of all registration notices; amendment notices and termination notices registered under the SIPPA;
- the requirement that a registration notice: sufficiently identifies the debtor and state of the debtor's business or residential address and taxpayer registration number; the secured creditor; state of the secured creditor's business or residential address; statement of the amount of the principal indebtedness or other obligations secured by the security interest covered by the notice.
  - duration of registration notices;
  - availability for inspection by the public;
  - search data includes name of debtor;
  - registration number (assigned at registration and will relate to all notices thereafter);
  - motor vehicle serial number; identification of fixtures including the volume and folio of land where affixed;
  - registration notice; amendment notice and termination notice by secured creditor;
  - length of time the registrar will retain notices - period of time debt or obligation remains outstanding;
  - notice of interest of execution creditor;
  - circumstances under which the Registrar may refuse registrations.
  - registrar's obligation to provide information to any person who requests it and
  - duty of the secured creditor, at the request of the debtor to provide information to another;
  - the service of notices under the SIPPA;
  - provisions relating to conflict of laws.

***Power of the Minister to make regulations for the purpose of giving effect to the SIPPA***

The Minister may make regulation for the purpose of giving effect to the provisions of the SIPPA. In this regard the Security Interest in Personal Property (Registry) Rules was passed in December 2013 incorporating the Form of Register; Form of Security Interest Form of Registration Notice; Form of Continuation Notice; Form of Amendment Notice and Form of Termination Notice.

**II. PART TWO**

Attached is Part Two of this document which provides annualized data for the period January 2014 - February 2019 on registrations by volumes and by collateral types since the implementation of the SIPPA. The data shows a heavy skew in favour of registrations of motor vehicles security interests. Registration of this category of personal property was previously allowed under the now repealed Bill of Sale Act. However, overall, the 5-year data trends show that there is some relatively steady growth in the registrations of security interests of previously less widely used collateral categories.

Currently the economic fundamentals of the Jamaican economy continue to improve. With this there is an expectation that economic activity and consequent capital and liquidity needs of a wider base of economic participants will also increase, providing greater ability for the attribution of market values to the broadened class of personal property recognized and protected under the SIPPA. The SIPPA allows for greater certainty giving borrowers and lenders greater confidence in the giving and acquiring security interests in the broadened class of personal property, commensurate with commercial objectives of the participants, and over which secured interests can now be legally obtained and terminated, and priorities recognized and enforced under prescribed circumstances.

<i>VOLUME OF NOTICES REGISTERED</i>						
<i>Notice</i>	<i>Filing Type</i>	<i>Initial</i>	<i>Amended</i>	<i>Termination</i>	<i>Continuation</i>	<i>Total</i>
<i>Jan - Dec 2014</i>						
By Client	Notice of Pre-Existing Security Interest	117,036	5,769	1,696	0	124,501
By Client	Notice of Security Interest	14,687	968	113	0	15,768
<i>Jan - Dec 2015</i>						
By Client	Notice of Pre-Existing Security Interest	0	188	6,677	0	6,865
By Client	Notice of Security Interest	21,735	518	1,861	1	24,115

<i>VOLUME OF NOTICES REGISTERED</i>						
<i>Notice</i>	<i>Filing Type</i>	<i>Initial</i>	<i>Amended</i>	<i>Termination</i>	<i>Continuation</i>	<i>Total</i>
<i>Jan - Dec 2016</i>						
By Client	Notice of Pre-Existing Security Interest	0	225	6,869	4	7,098
By Client	Notice of Security Interest	23,812	1,177	4,434	0	29,423
<i>Jan - Dec 2017</i>						
By Client	Notice of Pre-Existing Security Interest	0	240	5,501	8	5,749
By Client	Notice of Security Interest	29,401	1,336	6,798	15	37,550
<i>Jan - Dec 2018</i>						
By Client	Notice of Pre-Existing Security Interest	0	303	3,524	1	3,828
By Client	Notice of Security Interest	28,973	1,347	8,612	7	38,939
<i>Jan - February 2019</i>						
By Client	Notice of Pre-Existing Security Interest	0	47	443	0	490
By Client	Notice of Security Interest	5,725	226	1,733	0	7,684

2. Categories of personal property used as collateral. 2014 to February 2019:

<i>Collateral Type</i>	<i>2014</i>	<i>2015</i>	<i>2016</i>	<i>2017</i>	<i>2018</i>	<i>2019</i>	<i>Total</i>
Accounts Payable	20	24	13	20	30	11	118
Accounts Receivable	20	127	120	88	99	14	468
Agricultural Equipment	20	20	16	5	24	3	88
Agricultural Products (Crops, Livestock, Fish Farm)	20	23	21	13	19	3	99
Bank Accounts	20	60	74	36	47	12	249
Construction Equipment	22	28	18	18	30	8	124



<i>Collateral Type</i>	<i>2014</i>	<i>2015</i>	<i>2016</i>	<i>2017</i>	<i>2018</i>	<i>2019</i>	<i>Total</i>
Durable Consumer Goods	20	24	17	14	28	7	110
Fixtures	43	239	190	80	397	62	1,011
Furniture	827	2,576	3,283	2,584	2,985	465	12,720
Industrial Equipment	21	52	57	50	83	15	278
Intellectual Property Rights	20	28	17	19	26	10	120
Inventory	20	28	38	42	53	7	188
Minerals	20	22	11	6	11	0	70
Office Equipment	27	38	47	50	58	16	236
Other	241	644	960	1,683	2,110	292	5,930
Raw Goods and Goods in Process	20	23	21	19	21	1	105
Secured Sales Contracts	20	23	20	12	26	4	105
Securities	24	109	351	925	649	173	2,231
Unspecified	130,666	7,606	0	0	0	0	138,272
Vehicles	209	11,281	19,645	24,604	24,105	4,916	84,760
<b>Total</b>	<b>132,300</b>	<b>22,975</b>	<b>24,919</b>	<b>30,268</b>	<b>30,801</b>	<b>6,019</b>	<b>247,282</b>

Tables contain data from the National Securities Interest Registry of Jamaica.

# HONDURAS: LEY DE GARANTÍAS MOBILIARIAS

Mary Ela MARTÍNEZ  
Linda Patricia REYES INTERIANO

**SUMARIO:** I. ANTECEDENTES A LA VIGENCIA DE LA LEY DE GARANTÍAS MOBILIARIAS EN HONDURAS.—II. CONCEPTO DE GARANTÍA MOBILIARIA Y BIENES GARANTIZADORES: 1. Bienes y derechos sobre los cuales se puede constituir garantía mobiliaria.—III. REQUISITOS PARA CONSTITUIR GARANTÍAS MOBILIARIAS: 1. Derechos y obligaciones derivados del contrato de garantía mobiliaria.—IV. INSCRIPCIÓN DE GARANTÍAS MOBILIARIAS: 1. Garantía específica para compra. 2. Cesión de créditos. 3. Publicidad de la garantía mobiliaria.—V. EJECUCIÓN DE LAS GARANTÍAS MOBILIARIAS.—VI. RETOS Y DESAFÍOS DE LA LEY DE GARANTÍAS MOBILIARIAS.

## I. ANTECEDENTES A LA VIGENCIA DE LA LEY DE GARANTÍAS MOBILIARIAS EN HONDURAS

De acuerdo con apreciaciones hechas por el Banco Mundial, Honduras es un país de ingreso medio-bajo que se enfrenta a desafíos significativos, con más del 60 por 100 de la población. A pesar de que las perspectivas económicas son positivas, Honduras se enfrenta a los niveles más altos de desigualdad económica de Latinoamérica.

Estudios del Banco Mundial han destacado la importancia de mejorar la calidad de la educación y diversificar las fuentes de ingresos rurales, ya que la mayoría de los hondureños que viven en la pobreza residen en esas áreas y dependen de la agricultura para subsistir. Otros estudios señalan que los programas sociales focalizados han demostrado potencial para reducir la pobreza.

La entrada en vigencia de la Ley de Garantías Mobiliarias, ha sido un esfuerzo encabezado por la Cuenta del Milenio (MCA-Honduras), que es una unidad de gestión (planeación, administración e implementación) de proyectos y programas estratégicos para el desarrollo del país adscrito a la Coordinación General de Gobierno. El propósito de INVEST-Honduras/Cuenta del Milenio-Honduras es gestionar eficaz y transparentemente proyectos y programas de desarrollo con fondos internacionales y nacionales bajo un modelo eficiente y moderno de gerenciamiento<sup>1</sup>, proyectos que son financiados por organismos internacionales.

---

<sup>1</sup> <http://www.mcahonduras.hn/quienes-somos/>.

También fueron parte de este esfuerzo organizaciones de sociedad civil y el gobierno de la República de Honduras, que conscientes de los problemas de los pequeños empresarios para acceder a crédito en un marco legal deficiente que limitaba la competitividad de los entes productivos y hacía de la ejecución de las garantías un trámite tardado e inseguro, lograron, después de años de trabajo su aprobación.

Lograr que los microempresarios tuvieran acceso a un crédito era difícil, ya que la única forma legal que existía para garantizar bienes muebles era únicamente la garantía prendaria, la cual debe constituirse en escritura pública y debían cumplirse con todos los requisitos que el Código de Comercio exigía, en cuanto al pago de impuestos para su inscripción en el Registro Mercantil, y no todos los bienes eran sujetos para ser garantías prendarias.

Con la aprobación de la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias en febrero del año 2002, comienza el reto para que varios países de Latinoamérica implementaran las directrices de la Ley Modelo. Honduras estaba en esos países interesados con la creencia fuerte de que con la aprobación de la Ley en Honduras se facilitaba y abarataba el crédito a varios sectores de la producción.

La Ley de Garantías Mobiliarias se aprueba mediante Decreto Legislativo 182-2009 y fue publicado en la *Gaceta* para su entrada en vigencia en fecha 28 de enero de 2010, indicando sus considerandos que una de las fuentes principales de riqueza del siglo XXI son los bienes muebles y que la Legislación debe actualizarse para permitir aprovechar esas nuevas fuentes de riqueza a través de una ley que establezca nuevas formas de garantía, inscripción y ejecución de las mismas.

Esta ley también tiene como fundamento la necesidad de que en un país en vías de desarrollo como Honduras sea necesario fomentar la expansión de actividades económicas introduciendo un nuevo marco regulatorio que permita a los productores reducir los costos de sus transacciones crediticias, mediante el uso de nuevas modalidades de crédito garantizado, que generen aumento en las inversiones productivas.

Y es que antes de la creación de la ley, como se mencionó anteriormente la única figura que existía era la garantía prendaria para garantizar bienes muebles, la cual se encuentra legislada en el Código de Comercio de Honduras, y debe realizarse ante notario público, lo cual significa que los costos para la redacción de un documento se aumentan, por el contrario el documento de crédito de Garantía Mobiliaria actualmente no es redactado ante notario, puede ser redactado en papel simple y sin mucha formalidad, eso reduce los costos.

También anterior a la ley y con el crédito prendario, era necesario realizar la inscripción de la prenda en el Registro Mercantil y las tasas por inscripción en el Registro Mercantil deben de pagarse por la cuantía del valor del crédito otorgado, es decir, una cantidad que corresponde a un porcentaje del valor de la cuantía del crédito, caso contrario con la inscripción de la Garantía Mobiliaria, ya que actualmente el pago que se hace por la inscripción de la Garantía Mobiliaria es fija sin importar el valor del crédito y se pagan alrededor de nueve dólares americanos, por cualquier valor del crédito.

## **II. CONCEPTO DE GARANTÍA MOBILIARIA Y BIENES GARANTIZADORES**

La Ley de Garantías Mobiliarias tiene establecido un concepto de garantías mobiliarias e indica un amplio campo de acción de la misma, por cuanto indica

que puede «constituirse sobre uno o varios muebles específicos, sobre tipos genéricos de bienes muebles o sobre totalidades de los bienes muebles del deudor garante, ya sean presentes o futuros, corporales o incorporeales, susceptibles de valoración pecuniaria»<sup>2</sup>.

Efectivamente bajo este artículo de la ley se abre un gran abanico de oportunidades para garantizar bienes y derechos que antes de la vigencia de la ley no se encontraban como bienes garantizadores, ni existía legislación para determinar la forma en la cual estos bienes y derechos podrían garantizarse para ser sujetos de créditos.

En el párrafo 3.º del referido art. 2 de la Ley se indica que: «Cuando en otras disposiciones legales se haga referencia a las normas sobre prenda, prenda civil, prenda comercial, prenda de acciones, prenda de créditos, prenda agraria, prenda industrial, prenda de vehículos, prenda de marcas, patentes, hipoteca sobre aviones, hipoteca de embarcaciones pesqueras, etc., se entenderán referidas a la Garantía Mobiliaria regulada por la presente ley», no obstante cuando dio inicio la presente ley, las instituciones que financiaban estos créditos, todavía dudosas de su aplicación y de posibles problemas con la ejecución, se realizaban los documentos de crédito mediante garantía prendaria y se relacionaban los artículos de la ejecución tanto de la prenda como de la garantía mobiliaria, sin embargo, y acertadamente el Registro Mercantil antes de inscribir una garantía prendaria ordena que se inscriba en el Registro de Garantías Mobiliarias, dando con ello cumplimiento a lo ordenado en el art. 2 referido, en cuanto a que si de alguna manera se le denomina prenda, esta siempre se considerara garantía mobiliaria y aquí el problema se genera en el momento de la ejecución, lo cual abordaremos más adelante.

### **1. Bienes y derechos sobre los cuales se puede constituir garantía mobiliaria**

El art. 3 de la ley indica los bienes sobre los cuales puede recaer la garantía mobiliaria para garantizar las obligaciones, tales son: bienes corporales, bienes incorporeales, derechos sobre bienes futuros sobre los que el deudor garante adquiere derechos con posterioridad a la constitución de la garantía mobiliaria, bienes fungibles, derechos de propiedad intelectual, depósitos en cuentas bancarias, no obstante la gran variedad de bienes y derechos que indica la ley, en el Registro de Garantías Mobiliarias se registran como bienes garantizadores en su gran mayoría los bienes muebles; asimismo, el Registro de Garantías Mobiliarias, a los efectos de su inscripción, contiene formularios en los que se debe describir la nomenclatura que identifique el bien o el derecho que se está dando en garantía; por tanto, es importante tener la identificación clara del derecho o bien, pues como repito es necesario describir ya sea con número de series u otras nomenclaturas el registro que distingue al bien.

## **III. REQUISITOS PARA CONSTITUIR GARANTÍAS MOBILIARIAS**

El abismal cambio, después de la vigencia de la Ley de Garantías Mobiliarias para garantizar obligaciones es realmente significativo y ha tenido su impacto en

---

<sup>2</sup> Art. 2 de la Ley de Garantía Mobiliaria, <http://www.poderjudicial.gob.hn/CEDIJ/Documents/Ley%20de%20Garantias%20Mobiliarias.pdf>.

el acceso a crédito de la pequeña y mediana empresa, por cuanto anteriormente teniendo en la legislación únicamente la figura de la prenda para garantizar bienes muebles, con la vigencia de la ley no solamente los bienes muebles se pueden garantizar con garantía mobiliaria, actualmente se abre un gran número de bienes y derechos que pueden ser garantizados con garantía mobiliaria, y que anteriormente a la vigencias de la ley no se podían garantizar, con lo cual se logra una gran apertura al crédito para dinamizar la economía.

El art. 6 de la Ley de Garantía Mobiliaria indica que la garantía mobiliaria se constituye entre el deudor garante y el acreedor garantizado, se constituye por quien tenga la posesión, un derecho a la posesión o el derecho a transmitir los bienes dados en garantía, en la práctica se puede apreciar la simplicidad que tiene la Ley en la redacción de un documento de crédito en garantía mobiliaria, este documento únicamente deberá indicar que se constituye como garantía mobiliaria, ocurre que en el Registro de Garantías Mobiliarias para su inscripción ni siquiera es requisito que el mismo sea presentado en físico, únicamente debe enviarse el formulario de inscripción de la garantía mobiliaria donde se indica toda la información del documento.

No obstante lo anterior, el art. 1 establece que el contrato de garantía mobiliaria debe de otorgarse por escrito y contener entre otros: 1) la constitución de la garantía mobiliaria; 2) datos y firmas que permitan identificar a los contratantes; 3) el monto máximo de la garantía mobiliaria; 4) la descripción de los bienes en garantía; 5) la mención expresa de que los bienes servirán de garantía a la obligación garantizada; 6) una descripción genérica y específica, y 7) la autorización por parte del deudor garante al acreedor para que presente el formulario de inscripción.

Según los siete requisitos que indica la ley, el documento de garantía mobiliaria no necesita ninguna formalidad, se puede hacer en papel simple y no requiere la intervención de notario, ni siquiera para dar fe de las firmas, el documento donde conste la garantía podrá documentarse a través de cualquier medio tangible, inclusive este consentimiento puede estar otorgado por medio de comunicación electrónica fehaciente que deje constancia permanente del consentimiento de las partes en la constitución de la garantía.

### **1. Derechos y obligaciones derivados del contrato de garantía mobiliaria**

En el caso que la garantía mobiliaria sea sin desplazamiento, el deudor tendrá la disponibilidad del bien en el curso normal de las operaciones mercantiles y quedarán sujetos a las siguientes obligaciones: *a)* obligación de evitar pérdidas y deterioros; *b)* permitir al acreedor garantizado inspeccionar los bienes en garantía; *c)* la obligación de contactar un seguro cuando se pacte, caso contrario el deudor será el responsable por el riesgo de daños o pérdida al bien garantizado, y *d)* el pago de todos los costos, gastos e impuestos de los bienes garantizados.

## **IV. INSCRIPCIÓN DE GARANTÍAS MOBILIARIAS**

Los derechos de garantías mobiliarias son oponibles frente a terceros, desde el momento de su publicidad, y esto ocurre en el momento de la inscripción de la garantía mobiliaria; no obstante ello, la ley menciona también que se puede dar por la entrega o posesión del control material de los bienes en garantía al acreedor garantizado o a un tercero designado por este.

## 1. Garantía específica para compra

Una de las garantías más comunes que existen son las garantías para compra de bienes muebles; puede ser maquinaria o vehículos o artículos varios, todas las compañías de ventas de vehículos, las instituciones financieras que garantizan compra de vehículo utilizan el registro del formulario de inscripción registral para la garantía mobiliaria.

En el caso que los bienes garantizados sean parte del inventario del deudor garante, el acreedor debe además de registrar la garantía bajo el formulario de inscripción, asimismo lo indica que el art. 19 de la referida ley, debe de notificar a los acreedores garantizados con inscripciones sobre bienes del mismo tipo que los bienes garantizados gravados con la garantía mobiliaria específica de compra, respecto de los cuales son los bienes que el nuevo acreedor garantizado gravará mediante la garantía específica de compra.

## 2. Cesión de créditos

Muchas instituciones financieras trabajan también con fondos provenientes de instituciones del Estado, que permiten tener un interés más bajo y mejores condiciones de créditos; en este caso la institución Banco Hondureño para la Producción y la Vivienda (BANHPROVI) es una institución del Estado, que ofrece fondos con una tasa más baja. El préstamo es otorgado por una institución privada y luego los fondos son redescontados por el Estado a través de BANHPROVI, en este caso es procedente realizar una cesión del crédito, ¿permite la Ley de Garantía Mobiliaria la cesión de crédito? El art. 20 de la referida ley indica que aun si la cesión no es en garantía, siempre debe de cumplir en la medida que son aplicables, con las reglas de la publicidad establecidas en la ley.

La cesión en este caso será efectiva desde el momento del acuerdo de la cesión en garantía y no podrá denegarse al derecho de un acreedor en cuanto a la efectividad y prelación por tratarse de una cesión de más de un crédito, de créditos futuros, de una parte de un crédito o de un derecho indiviso sobre el crédito<sup>3</sup>.

## 3. Publicidad de la garantía mobiliaria

La publicidad de la garantía mobiliaria otorgada por un deudor garante sobre créditos se realiza por medio de la inscripción registral y la misma será efectiva frente al deudor garante y tercero. El Registro de Garantías Mobiliarias se realiza por medio de simples formularios que se presentan en el Registro de Garantías Mobiliarias.

Mediante Decreto 2074 del año 2010, publicado a través del diario oficial *La Gaceta* el 14 de marzo del año 2011, se aprueba el Reglamento del Registro de Garantías Mobiliarias, con el objeto de regular las operaciones, funciones, procedimientos y prestación de servicios del Registro de Garantías Mobiliarias entre las novedades que tiene esta ley, es la forma simple de los formularios que se deben llenar para la inscripción de las garantías mobiliarias, la posibilidad que un usuario del registro pueda realizarlo de forma electrónica sin tener que presentarse al registro.

---

<sup>3</sup> Art. 21 de la Ley de Garantías Mobiliarias, <http://www.poderjudicial.gob.hn/CEDIJ/Documents/Ley%20de%20Garantias%20Mobiliarias.pdf>.

Los diferentes formularios que tiene el Registro de Garantías Mobiliarias son: 1) formulario registral de inscripción inicial, es el formulario que se tiene que llenar para inscribir inicialmente la garantía mobiliaria; 2) formulario registral para información adicional, bienes garantizadores, el cual se utiliza juntamente con los formularios registrales de inscripción inicial y/o de modificación; 3) formulario de información adicional de acreedores y/o deudores; 4) formulario registral de prórroga o cancelación de inscripción por el acreedor, el cual es utilizado para la prórroga de la garantía o cuando se cancela la inscripción de la garantía; 5) formulario registral de modificación de acreedor, deudor o bienes garantizados, el cual indica cuál es la modificación que se viene a realizar con la inscripción esta puede ser «añadir, eliminar o cambiar»; 6) inscripción de cancelación de deudor garante; 7) formulario registral de ejecución que es el que se utiliza previo a realizar los trámites de la ejecución; 8) formulario de terminación de la ejecución, el cual se utiliza al momento que se finalizó con la ejecución de la garantía, y 9) formulario de solicitud de búsqueda certificada, el cual se utiliza para certificar si el deudor tiene otras garantías y sobre qué tipo de bienes o derechos.

Estos formularios forman parte del reglamento de la Ley de Garantías Mobiliarias, el cual especifica detalladamente el uso de cada formulario, en Honduras en este registro no es necesario acompañar el documento de crédito, únicamente llenar el formulario en el cual se agrega toda la información del referido documento. En Honduras, el proceso de inscripción de garantías mobiliarias es uno de los más expeditos y fáciles, los días de inscripción para inscribir una garantía mobiliaria en algunas ocasiones puede ser de dos o tres días, con lo cual el proceso de inscripción es muy ágil y expedito.

Lo antes dicho es traído para el planteamiento de la experiencia que en materia de ejecución es observada en los tribunales de nuestro país, con el tema de la publicidad y la prelación de derechos, planteada mediante tercería de preferencia. Donde usualmente existe una medida cautelar, contra la ejecución del bien pignorado. En estos casos el pronunciamiento claro está que es en función a la existencia del privilegio, el cual deviene de la inscripción en el registro correspondiente, donde es de aplicación el art. 8, párrafo 2.º, de la ley, que dice: «La garantía mobiliaria deberá inscribirse en el registro para establecer su prelación sin perjuicio de la inscripción que corresponda en el registro correspondiente».

Usualmente la acción precautoria es alegada como derecho prioritario o derecho preferente, ante un crédito que es garantizado con garantía inscrita debidamente.

El tema de la publicidad se ha convertido en varias ocasiones en un problema de interpretación, por cuanto se ha podido observar en los planteamientos realizados en torno al tema, que el requisito de publicidad se ha cumplido con la sola inscripción en el Registro Mercantil y que aun y cuando no haber sido inscrito en el Registro de Garantías Inmobiliarias, se cumple con el requisito de publicidad. La Ley de Garantías Mobiliarias es una ley especial; como tal destaca los derechos que derivan de la publicidad efectiva a través de la inscripción, tal como esta ley determina, entre ellos la prioridad, prelación y oponibilidad frente a terceros.

De lo anterior se destaca la importancia de registrar las garantías mobiliarias.

1. Se cumple con el principio de publicidad.
2. La publicidad se da al registrarla porque se está dando a conocer que ese bien ya está dado en garantía por el deudor garante.
3. El acreedor garantizado adquiere prioridad, prelación y oponibilidad.
4. El acreedor garantizado adquiere prelación al inscribir las garantías mobiliarias.



5. Los derechos conferidos por la garantía mobiliaria serán oponibles frente a terceros solo cuando se dé publicidad a la garantía mobiliaria.
6. Se establece el tiempo de vigencia de la garantía.

## V. EJECUCIÓN DE LAS GARANTÍAS MOBILIARIAS

La ley en su art. 55 señala principios y reglas generales para la ejecución de la garantía mobiliaria, que facilita la posibilidad que el acreedor hipotecario pueda apropiarse del bien dado en garantía, si las partes lo pactan en el documento de crédito.

En Honduras la ley indica que la ejecución puede realizarse ante notario; no obstante, en la práctica muy poco se aprecia la ejecución a través de notario, siempre se realiza ante los tribunales civiles, ya que la ejecución ante notario genera algunas dudas sobre todo cuando el deudor presenta oposición, en la cual el notario debe tomar una resolución y así existen algunas otras dudas que genera la Ley que el usuario se define por acudir a los tribunales civiles a reclamar la ejecución de garantías mobiliarias.

Entre los requisitos que deben acompañarse a la solicitud de garantía mobiliaria está el contrato de crédito, el formulario de inscripción, y debe agregarse el formulario de ejecución, el cual significa un atraso más para el deudor, ya que, previamente a presentar la ejecución de la garantía, debe presentarse al Registro de Garantías Mobiliarias a solicitar la inscripción del formulario de ejecución, cuando el acreedor ante la insolvencia del deudor lo que quiere es la activación de la ley para el cobro del crédito.

También indica el art. 58 que dicho formulario de ejecución debe enviarse al deudor en el domicilio que tiene establecido en el contrato y ocurre que en ocasiones el deudor ya no está en el mismo domicilio y el usuario se encuentra con otra situación que le impide promover la ejecución de la garantía, en algunos tribunales se ha procedido a presentar acta notarial, en la cual el notario certifica que se presentó en el domicilio del deudor a entregar la copia del formulario de ejecución, sin embargo el deudor ya no vivía en el domicilio designado.

No obstante, la Ley establece que las partes pueden pactar un procedimiento especial para que el acreedor garantizado tome posesión de los bienes garantizados que se encuentren en poder del deudor garante y las partes han pactado que no se hará ningún requerimiento alguno de notificación posterior al ya establecido en la Ley que consiste en el envío del formulario de ejecución e indicando el art. 68, párrafo 2.º, de la Ley que «el acreedor puede acudir al juez solicitándole que libre de inmediato mandato de apropiación o reposición, el que ejecutara sin audiencia del deudor garante». Una vez presentada la solicitud al Juzgado ordena requerir de pago al deudor para que pague la deuda.

Así mismo, en el procedimiento que establece la Ley de Garantía Mobiliaria, no menciona en su articulado que el Juzgado ordene certificar los gravámenes que pesen sobre el bien garantizado; no obstante ello, en algunos tribunales también los jueces ordenan que se envíe oficios para certificar los gravámenes que pesan sobre el inmueble objeto de garantía.

Estos solamente son algunos aspectos que se pueden mencionar de incidencias que se han presentado en relación con la aplicación de la Ley de Garantías Mobiliarias; no obstante es una ley muy moderna, tiene temas muy novedosos que han hecho aumentar el crédito.

## **VI. RETOS Y DESAFÍOS DE LA LEY DE GARANTÍAS MOBILIARIAS**

Sin duda alguna, la Ley de Garantías Mobiliarias ha sido un aporte importante para incrementar el acceso al crédito mediante la ampliación de los bienes derechos o acciones que pueden ser objeto de garantía, simplificando la constitución, publicidad y ejecución de las garantías mobiliarias, lo cual sí se ha dado, cada día los usuarios confían más en dicho registro para garantizar sus créditos.

El Registro de Garantías Mobiliarias actualmente es administrado por las Cámaras de Comercio de Tegucigalpa y de San Pedro Sula, presta un muy buen servicio, logrando la inscripción en muy pocos días, tiene un sistema tecnológico ágil que permite al usuario visualizar el registro desde la página de la Cámara de Comercio; asimismo, la reducción del costo de la inscripción ha permitido generar más negocios.

Uno de los retos importantes para la Ley sería la posibilidad que el Registro de Garantías Mobiliarias existiera en todos los municipios de Honduras o por lo menos en otras ciudades importantes, ya que actualmente solamente las ciudades de Tegucigalpa y San Pedro Sula cuentan con dicho registro.

Un desafío que tiene la ley es la aplicación práctica en la ejecución de la garantía mobiliaria. Todos los tribunales habrían de unificar el procedimiento que establece la Ley para la ejecución, a fin de garantizar igual agilidad para la constitución de la garantía y para su ejecución.

# MÉXICO: IMPLEMENTACIÓN DEL SISTEMA DE GARANTÍAS MOBILIARIAS

Elsa AYALA  
Diana MUÑOZ FLOR

**SUMARIO:** I. ANTECEDENTES.—II. LA REFORMA DE GARANTÍAS MOBILIARIAS EN MÉXICO: 1. Reforma del 2000. 2. Reforma del 2003. 3. Reforma del 2014. 4. Reforma del 2009.—III. MEJORES PRÁCTICAS IMPLEMENTADAS EN EL RUG: 1. Registro de fácil acceso en una sola base de datos y a bajo costo para los usuarios. 2. Calificación registral. 3. Formularios de inscripción. 4. Descripción de los bienes. 5. Registros especiales. 6. Vigencia de las inscripciones. 7. Consulta. 8. Cancelaciones, modificaciones, rectificaciones por error, renovación de vigencia. 9. Seguridad del registro. 10. Aviso preventivo y anotaciones. 11. Certificaciones. 12. Garantías mobiliarias inscritas antes del inicio del RUG.—IV. CONCLUSIONES GENERALES.—V. BIBLIOGRAFÍA: 1. Legislación. 2. Páginas de internet. 3. Revistas.—ANEXO I. RESULTADOS DEL RUG.

## I. ANTECEDENTES

En 1998, el tema de garantías mobiliarias comenzó a cobrar gran relevancia en México, sobre todo de aquellas que no implicaran la desposesión del deudor y que le permitieran seguir con su proceso productivo, ya que el régimen hasta entonces vigente tenía limitaciones respecto a los sujetos que accedían al crédito, existían procedimientos costosos para su registro, altas tasas de interés, así como procedimientos de ejecución complejos, prolongados y onerosos para hacer efectivas las garantías en caso de incumplimiento, por lo cual los acreedores preferían aceptar normalmente bienes inmuebles como garantía.

Por ello, en México se inició con un proceso de reforma que buscaba promover el acceso al crédito de las pequeñas y medianas empresas en mejores condiciones de financiamiento, y propiciar el desarrollo equilibrado entre deudores y acreedores, así como dar impulso a las actividades productivas y comerciales al dar certeza jurídica a los acreedores con un marco jurídico claro y eficaz.

En este sentido, se preparó un estudio al respecto y un Anteproyecto de Ley de Garantías Mobiliarias Mercantiles que se presentó en el año 1998, mismo que tenía varios aspectos técnicos que debían mejorarse, por lo que no fue publicado y en consecuencia en el año 2000, se reformaron diversas leyes mercantiles en las que se incluyeron varios de los principios que más tarde se adoptarían en la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias (en adelante Ley Modelo).

Es importante señalar que México participó activamente en la VI Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, en la cual se aprobó la Ley Modelo. «México había venido colaborando estrechamente desde un primer momento con el NLCIFT. Incluso para la Segunda Reunión de Expertos también había presentado para la discusión unos principios señalando las cuestiones básicas que debía incluir la Ley Modelo. En esa misma Reunión, México y Estados Unidos fueron nombrados copresidentes del grupo de trabajo creado para este tema, lo que reafirma la mutua colaboración entre ambas delegaciones. Pero no fue hasta septiembre de 2001, es decir, después de casi tres años de trabajo sobre la base del proyecto de Tucson y muy poco tiempo antes de la fecha entonces prevista para la reunión de la CIDIP VI, que México presentó un nuevo Proyecto de Ley modelo que, aunque estaba basado en el anterior, reducía notablemente sus dimensiones (a poco más de la mitad) e intentaba acercar su contenido a la realidad de los ordenamientos latinoamericanos»<sup>1</sup>.

## II. LA REFORMA DE GARANTÍAS MOBILIARIAS EN MÉXICO

Derivado de las reformas antes señaladas, en México no existe una sola ley donde se concentren todos los principios de garantías mobiliarias, estas se perfeccionan a través de diversas figuras previstas en distintas leyes. Las principales reformas que impactan en el tema de garantías mobiliarias se han presentado en los años 2000, 2003, 2009 y 2014.

### 1. Reforma del 2000

De esta manera, el 28 de abril del año 2000 se publicó la primera de estas reformas, en la cual, si bien se adicionaron varios de los principios que más tarde se adoptarían en la Ley Modelo, no se adoptó el concepto de garantía única; por el contrario, se agregaron dos figuras jurídicas: i) prenda sin transmisión de posesión, y ii) fideicomiso de garantía; entre los aspectos más sobresalientes de dicha reforma se encuentran:

— La posibilidad que dio a los deudores de dar en garantía no solo aquellos bienes y derechos que tuvieran al momento de la constitución de la prenda (entre los cuales se contemplan los intangibles como nombres comerciales y marcas), sino también aquellos que fueran a adquirir con fecha posterior. Además, permitió que la garantía se extendiera a aquellos bienes que resultaran de procesos de transformación de los bienes antes señalados, los frutos o productos de los mismos, los bienes o derechos que recibiera en pago por la enajenación a terceros de los bienes pignorados, permitiendo con ello que el deudor pudiera continuar con sus procesos productivos sin afectar la garantía otorgada al acreedor, lo anterior de conformidad con lo dispuesto por el art. 2 de la Ley Modelo; sin embargo, no fue sino hasta la reforma del año 2014 que se permitió que esta garantía se constituyera sobre categorías genéricas de bienes muebles.

— Asimismo, coherentemente se otorgó la posibilidad al deudor de adquirir un nuevo crédito pese a que hubiere dado en prenda todos los bienes muebles que utilizara para su actividad preponderante ya que, si el deudor recibiera un nuevo crédito de otros acreedores, podría dar en garantía los bienes muebles que adqui-

---

<sup>1</sup> Diego FERNÁNDEZ ARROYO, Ensayo «LA CIDIP VI ¿Cambio de Paradigma en la Codificación Interamericana de Derecho Internacional Privado», pp. 6 y 7, [http://oas.org/dil/esp/XXXVI\\_curso\\_la\\_cidip\\_VI\\_Paula\\_Maria\\_All.pdf](http://oas.org/dil/esp/XXXVI_curso_la_cidip_VI_Paula_Maria_All.pdf).

riera con dicho crédito. Lo anterior de conformidad con el concepto de Garantía Mobiliaria de Adquisición señalado en la Ley Modelo.

— Respecto a los derechos y obligaciones de los deudores se adoptaron los principios establecidos en el art. 9 de la Ley Modelo.

— Con relación a los efectos contra terceros, se estableció que la garantía surtiría dichos efectos desde la fecha de su registro. Lo cual también determinaría su prelación, esto en relación con las reglas previstas en el art. 10 de la Ley Modelo respecto a las garantías que no se encuentran en posesión del acreedor.

— En cuanto al proceso de ejecución, se determinó un procedimiento más ágil y efectivo que previó dos vías posibles: una extrajudicial y una judicial, la primera como opcional y sobre todo para que se llevara a cabo cuando no existe controversia entre las partes, en esta solo se realiza un avalúo, se hace un requerimiento formal por medio de un fedatario público, que da fe de la entrega material del bien y de esta manera el acreedor queda como depositario judicial hasta que se realiza la venta de los mismos. Asimismo, en la vía judicial los términos del procedimiento se redujeron considerablemente.

Pese a lo anterior, en la búsqueda de la protección de los derechos del deudor se establecieron disposiciones que, lejos de fomentar el uso de esta figura para la obtención de crédito, se excedieron en la protección de sus derechos resultando contraproducente, provocando que la figura cayera en desuso.

Entre los puntos que más fueron criticados se encuentran: i) las acciones de los acreedores garantizados prescribían en tres años desde que la obligación garantizada pudiera exigirse, es decir, se extinguía con esto el derecho de pedir su cumplimiento, con esto se olvidaron que la prenda era un contrato accesorio y que el hecho de que se extinguiera el derecho de la ejecución efectiva de los bienes no tiene por qué extinguir el cumplimiento de la obligación principal; ii) se extinguían los derechos del acreedor a exigir la diferencia si la venta del bien no alcanza a cubrir el monto de la deuda (sin posibilidad de pactar lo contrario); iii) la necesidad de transferir la propiedad de los bienes afectos a la garantía del acreedor; y iv) los actos relacionados con la garantía (constitución, modificación, cancelación) tenían que ratificarse ante fedatario público.

## 2. Reforma del 2003

En consecuencia de lo anterior, el 13 de junio de 2003 se llevaron a cabo diversas modificaciones, en las que se subsanaron algunas de las disposiciones que fueron ampliamente criticadas y permitieron que los acreedores volvieran a hacer uso de esta figura.

— Se derogó el artículo que disponía que en caso de que el producto de la venta del bien o de los bienes objeto de la garantía no alcanzara a cubrir dicho importe se consideraban extinguidos los derechos del acreedor para exigir las diferencias sin que las partes pudieran renunciar a esto, por ello constituyó una de las reformas más esperadas, ya que en su intento por proteger a los deudores obligaba a los acreedores a asumir un gran riesgo en caso de que el producto de la venta de la garantía resultara insuficiente para cubrir el monto del crédito, con lo cual se limitó durante los años anteriores el uso de esta figura.

— Aunado a ello, referente a la prescripción, se estableció que lo que prescribe es la garantía y no el crédito, lo cual es totalmente coherente con la naturaleza de la garantía y del crédito ya que esta es accesorio al mismo y el hecho de perder dicho privilegio no implica perder el derecho de exigir el cumplimiento de la obligación principal.

— Por otra parte, anteriormente se establecía que el deudor estaba obligado a conservar la cosa dada en prenda, y con la reforma se permitió que el deudor transfiriera la posesión de la misma (con previa autorización del acreedor), logrando con esto que el deudor pueda orientar el bien hacia su mayor valor.

### **3. Reforma del 2014**

Con ello el sistema y el uso de estas garantías comenzó a incrementarse; no obstante, existían diversos puntos que debían mejorarse por lo que, en el año 2014, se publicó nuevamente una reforma que atendió los siguientes puntos:

— Se adicionaron diversas figuras como susceptibles de inscripción en el registro, tales como factoraje financiero y arrendamiento financiero, así como compraventa de reserva de dominio en una compraventa mercantil, eliminando con ello la creación de gravámenes ocultos.

— Se previó un procedimiento especial para solicitar la cancelación o modificación de un registro por una persona que aparezca como otorgante de una garantía mobiliaria.

— Se agregó la posibilidad de hacer descripciones genéricas de los bienes muebles que se otorgan como garantía.

— Se aclaró que quedan comprendidos de manera automática como bienes pignorados los frutos o productos futuros, pendientes o ya obtenidos; así como los bienes o derechos que el deudor reciba o tenga derecho a recibir, en pago por la enajenación a terceros de los bienes pignorados a que se refiere este artículo o como indemnización en caso de daños o destrucción de dichos bienes.

Ahora bien, uno de los pilares fundamentales para que un sistema de garantías mobiliarias funcione eficientemente, es el registro, en el caso de México, si bien desde el año 2000 se estableció que la Prenda sin Trasmisión de Posesión se debía inscribir en el Registro Público de Comercio para surtir efectos frente a terceros, este no funcionaba de forma ágil, no operaba de forma centralizada, ni era electrónico, además el pago de derechos dependía del monto de la garantía, por lo que ello desincentivaba la inscripción de las garantías mobiliarias por parte de los acreedores, los cuales preferían no inscribir este tipo de garantías, provocando un sistema poco transparente y con un alto riesgo para los acreedores, el cual se traducía en altas tasas de interés y poco acceso al crédito.

### **4. Reforma del 2009**

Por ello, en el año 2009 se reformó el Código de Comercio para establecer la creación del Registro Único de Garantías Mobiliarias (RUG), el cual inició operaciones en 2010, a cargo de la Secretaría de Economía.

## **III. MEJORES PRÁCTICAS IMPLEMENTADAS EN EL RUG**

La creación del Registro Único de Garantías Mobiliarias contribuyó ampliamente a mejorar el sistema de garantías mobiliarias en México, al dar certeza jurídica a los acreedores y transparencia en el proceso. Es importante señalar que el RUG adoptó gran parte de las mejores prácticas señaladas en diversos instrumentos, tal es el caso del Reglamento Modelo para el Registro en virtud de la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias (en adelante Reglamento).

### 1. Registro de fácil acceso en una sola base de datos y a bajo costo para los usuarios

El RUG funciona a través de una sola base de datos nacional, accesible desde cualquier lugar con acceso a internet en la página *www.rug.gob.mx*. Cualquier usuario puede tener acceso al mismo para realizar consultas y solicitar certificaciones, con solo crear una cuenta de usuario de acceso confidencial.

El Reglamento Modelo para el Registro en virtud de la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias establece que el servicio puede proporcionarse en papel o electrónico, si bien consideramos que esto dependerá de la situación de cada país, en México se adoptó la decisión de que este fuera completamente electrónico y que se tuviera acceso los trescientos sesenta y cinco días del año y las veinticuatro horas del día.

En relación con el pago de derechos de conformidad con los *Comentarios a los Artículos\** del Reglamento, «todos los costos del Registro, incluyendo los vinculados con su creación y administración pueden recuperarse a través de los derechos cobrados a los usuarios». Asimismo, de conformidad con el art. 20 del Reglamento el costo del registro solo puede reflejar el servicio prestado a los usuarios, no ser una fuente adicional. Al respecto, en México se adoptó la decisión de que el Registro fuera gratuito derivado de que diversos trámites funcionan a través de sistemas electrónicos que se mantienen a través de la misma infraestructura tecnológica y esto serviría como un incentivo para que los acreedores registraran sus garantías, para tener los efectos en el uso de estos bienes muebles.

### 2. Calificación registral

En la Ley Modelo se pugna por el uso de formularios estándares que puede enviar directamente el acreedor, por lo que se entiende que la calificación se reduce a un mínimo. Lo anterior se aclara totalmente en el Reglamento, el cual establece que las funciones del registrador son de naturaleza administrativa.

En México, el registro se implementó a través de formularios registrales donde no se verifica la exactitud de la información, solo que los campos obligatorios se encuentren requisitados y por ello se estableció que es responsabilidad de quien inscribe la veracidad de la información.

Lo anterior se determina como consecuencia de que la calificación registral retrasa el registro de una garantía. «Según la Ley Modelo, la calificación no determinará la validez legal del documento registrado y se limitará a determinar si la parte registrante presentó el formulario registral, pago los derechos aplicables y brindó información que identifica adecuadamente al deudor garante, al acreedor garantizado y a los bienes dados en garantía»<sup>2</sup>.

### 3. Formularios de inscripción

La inscripción se lleva a cabo a través de un formulario registral y no del contrato de garantía; en este se incluyen, entre otros, los elementos siguientes: nombre del deudor y del otorgante de la garantía mobiliaria, identificador único del otorgante, el nombre y dirección del acreedor garantizado, la cantidad máxima

---

<sup>2</sup> Boris KOZOLCHYK y John WILSON, *La Ley Interamericana de Garantías Mobiliarias (Ley Modelo) de la Organización de los Estados Americanos*, NLCIFT, 2003, p. 55.



de la obligación con garantía y una descripción de los bienes dados en garantía. Adicionalmente, en nuestro caso se debe especificar el tipo de garantía, derivado de que como se ha mencionado no hemos adoptado un único concepto de garantía genérico, por lo que existe un catálogo de garantías de conformidad con nuestra ley que son susceptibles de inscripción<sup>3</sup>.

#### **4. Descripción de los bienes**

El RUG permite tanto descripciones genéricas como específicas dependiendo del tipo de garantía y de los bienes muebles comprendidos en esta.

En el Reglamento se proporcionan reglas relacionadas con los distintos tipos de bienes, incluyendo aquellos que cuentan con número de serie, en el caso de la legislación mexicana, se estableció una regla genérica y no se han regulado con detalle estas cuestiones, por lo que es un área de oportunidad para incluir en el Reglamento correspondiente aplicable al RUG.

#### **5. Registros especiales**

Tal como lo reconoce la Ley Modelo, por lo que hace a los registros especiales donde se registra la propiedad de bienes muebles en específico, las leyes especiales que rigen este tipo de bienes tienen prelación sobre la regulación específica de garantías mobiliarias; por ello, en el caso de su medio de publicidad, en México se estableció que esta deberá llevarse a cabo en los registros especiales, como es el caso del Registro Marítimo Nacional y el Registro Aeronáutico Mexicano. Sin embargo, a efecto de que la información referente a garantías mobiliarias se pueda consultar en un solo registro, se estableció que dichos registros deberán hacer una réplica en el RUG, aunque el usuario solo tenga obligación de realizar la inscripción en el registro especial para que surta efectos frente a terceros.

El proceso anterior puede resultar complejo si dichos registros no cuentan con el avance tecnológico que tiene el registro de garantías; por ejemplo, que operen en papel. Por ello, en México se ha estado analizando que esta réplica no sea de forma automática por el registro y que sea llevada a cabo por un funcionario del registro especial directamente en el RUG.

#### **6. Vigencia de las inscripciones**

En el caso de la legislación mexicana se adoptó el principio de que las inscripciones deben tener una vigencia determinada, derivado de que de lo contrario se pueden llegar a abusos por parte del acreedor; sin embargo, se estableció que el periodo de vigencia debe ser ingresado por el propio acreedor al momento de llevar a cabo la inscripción, lo anterior para que esta sea acorde con los términos establecidos en el acuerdo de garantía.

No obstante, se determinó que en el caso de que el acreedor no la ingrese, será de un año, ello porque existen muchos acuerdos que por su naturaleza tienen una vigencia indeterminada y se debe proteger al deudor garante para que la garantía solo esté vigente el tiempo que dure el acuerdo.

---

<sup>3</sup> Código de Comercio, arts. 32 bis 1 al 32 bis 9, [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/3\\_250117.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/3_250117.pdf).

## 7. Consulta

En México existen cinco criterios de búsqueda:

- i) Nombre del deudor garante.
- ii) Folio electrónico del deudor garante.
- iii) Clave Única de Registro de Población, del Otorgante<sup>4</sup>.

Como una de las mejoras implementadas en el registro, en el caso de las personas físicas se adicionó una validación para ligarlo con la clave única de registro de población y con ello evitar posibles errores de los acreedores cuando llevan a cabo sus inscripciones, ya que una de las grandes ventajas de un registro electrónico es la posibilidad de que exista interoperabilidad entre los sistemas.

Por ello, en el caso de México, cuando se ingresa dicha clave el sistema del RUG se interconecta con el sistema de la Secretaría de Gobernación, quien es la entidad encargada de proporcionar y mantener un registro de la CURP, de esa manera se valida que el nombre corresponda a la persona que está ingresando y se le asigna un único folio electrónico.

En el caso de las personas morales mercantiles, un escenario ideal sería que se conectará con el Registro Público de Comercio; sin embargo, en México, existen aproximadamente 269 oficinas registrales en todo el país y si bien, actualmente, nos encontramos en un proceso de modernización para que opere a través de una sola base de datos nacional, derivado de las reglas con las que se operó anteriormente esto no ha sido posible. Sin embargo, el usuario ingresa directamente este folio, y este puede ser utilizado como criterio de búsqueda.

Respecto a otras personas como pudieran ser personas morales civiles, para la inscripción se requiere su registro federal de contribuyentes, con el cual el RUG les asigna un folio electrónico, que puede ser utilizado como criterio de búsqueda.

Referente a las personas físicas o morales extranjeras, con el nombre o la denominación se les asigna un folio electrónico por el RUG y este puede ser utilizado como criterio de búsqueda.

- iv) Descripción de los bienes muebles.

Derivado de que la descripción puede ser genérica o específica, este campo es abierto y el usuario puede ingresar una descripción tan amplia o tan específica como lo requiera, incluyendo el número de serie en el caso de los bienes tangibles que cuenten con este.

- v) Número de garantía o asiento.

Este número se asigna a cada registro de una garantía, se guarda la historia de toda la garantía; es decir, si se llevan a cabo modificaciones, rectificaciones, renovaciones de vigencia, toda esa historia se podrá identificar a través de este número.

## 8. Cancelaciones, modificaciones, rectificaciones por error, renovación de vigencia

En el RUG se pueden llevar a cabo diversos asientos directamente por los acreedores, cada uno de estos se firma electrónicamente y se obtiene la boleta correspondiente.

---

<sup>4</sup> Secretaría de Gobernación, CURP «Clave Única de Registro de Población sirve para registrar en forma individual a todas las personas que residen en México, nacionales y extranjeras, así como a las mexicanas y mexicanos que radican en otros países», <http://www.gob.mx/segob/acciones-y-programas/clave-unica-de-registro-de-poblacion-curp>, consultado el 7 de marzo de 2017.

### *Modificación*

Asiento de un acto mercantil que agrega, elimina o modifica el o los bienes muebles objeto de la Garantía Mobiliaria inscrita en el RUG y/o la o las obligaciones garantizadas y/o el o los deudores.

### *Rectificación por error*

Asiento por medio del cual se puede corregir cualquier error en la información de la Garantía Mobiliaria registrada, excepto la vigencia.

### *Renovación o reducción de vigencia*

Asiento por medio del cual se puede aumentar o disminuir la vigencia de la inscripción, por el número de meses que el usuario desee.

Es importante destacar que, en nuestra legislación, si bien se ha interpretado como parte de un principio general que estos asientos surten efectos a partir de que se llevan a cabo, no se han desarrollado estas reglas en el Reglamento o lineamientos correspondientes.

### *Cancelaciones*

Las cancelaciones se realizan automáticamente cuando se llega al término de vigencia o en su caso si se cumple con la obligación garantizada; antes de este término, el acreedor está obligado a llevar a cabo la cancelación correspondiente.

Es importante destacar que en el Reglamento se establece que se debe dar un Aviso al acreedor garantizado cuando se llevó a cabo la cancelación; si es un registro electrónico, solo lo puede llevar a cabo el acreedor o a través de sus usuarios autorizados.

Sin embargo, en el caso de México derivado de que solo el acreedor y sus usuarios autorizados a través del sistema tienen acceso a este, la notificación se encuentra en su propia cuenta de usuario. No obstante, derivado de la cancelación automática de la garantía cuando llega el término de vigencia, el sistema envía un correo electrónico al acreedor y al usuario autorizado que haya llevado a cabo la inscripción en el que informa que la garantía se cancelará automáticamente quince días antes de que se lleve a cabo, para que en caso de que requiera renovar la vigencia pueda llevarlo a cabo.

Por otra parte, no se establece un plazo para cancelar la garantía cuando se ha cubierto la obligación garantizada, tal como se dispone en el art. 19 del Reglamento, consideramos que esta parte es fundamental ya que de lo contrario no se establece una regla clara de período de tiempo que tiene el acreedor para que lleve a cabo dicha cancelación o modificación, cuando se ha cubierto la obligación garantizada.

## **9. Seguridad del registro**

Como se ha señalado, los acreedores están facultados para llevar a cabo las inscripciones directamente en el sistema electrónico, por lo cual deben firmar to-

dos los asientos que realizan en el mismo, la firma electrónica<sup>5</sup> tiene los mismos efectos que la firma autógrafa y con ello son responsables de información que ingresan.

Una vez que firman electrónicamente, se emite una boleta electrónica que cuenta con sello digital de tiempo<sup>6</sup> y con la cadena de firma.

Además, como parte de la validez de los documentos emitidos electrónicamente, estas boletas pueden validarse en cualquier momento por el sistema, ingresando una cadena única de datos, con la cual cualquier usuario podrá reproducirse la boleta y verificar que es válida.

## 10. Aviso preventivo y anotaciones

En México se agregó una figura innovadora denominada *aviso preventivo*, que permite que mientras se está en proceso de firmar el contrato pero ya se cuenta con la determinación de las partes y de los bienes muebles que serán parte de la garantía, se puede llevar a cabo un aviso preventivo que tendrá una vigencia de quince días naturales y, por tanto, si se lleva a cabo la inscripción correspondiente dentro de ese plazo, tendrá efectos desde la fecha de inscripción.

Por otra parte, como el equivalente al formulario de ejecución se determinó el asiento «Anotación» que es el Asiento relativo a resoluciones judiciales o administrativas, así como cualquier acto que por su naturaleza constituya, modifique, transmita o cancele una Garantía Mobiliaria, ordenado por una instancia de autoridad, en este sentido, un área de oportunidad importante es la regulación y especificación de los efectos y la vinculación clara de este con los procedimientos de ejecución judicial y extrajudicial. Derivado de que los procesos actualmente vigentes nacieron antes que el RUG, la vinculación no es tan clara como en el caso de otros países donde sus leyes han sido publicadas de forma homologada y todos los pilares se han determinado ligados en dichas leyes.

## 11. Certificaciones

En el caso del Reglamento se establece que la certificación puede ser en sentido positivo o negativo; en el caso de México, la «Certificación» solo se puede expedir cuando existe alguna garantía inscrita, ya que de conformidad con el art. 34 del Reglamento del Registro Público de Comercio: «Toda persona podrá realizar consultas y solicitar la emisión de certificaciones de Asientos que consten en el RUG. La certificación será emitida con firma electrónica y sello digital de tiempo y contendrá, al igual que las boletas que emita el Sistema, una cadena única de datos que podrá ser ingresada al mismo para verificar su autenticidad».

Una vez que ingrese al sistema, existen cinco criterios de búsqueda con los que puede encontrar la información que requiera, los cuales son: i) descripción de los

---

<sup>5</sup> «Datos en forma electrónica consignados en un Mensaje de Datos, o adjuntados o lógicamente asociados al mismo por cualquier tecnología, que son utilizados para identificar al Firmante en relación con el Mensaje de Datos e indicar que el Firmante aprueba la información contenida en el Mensaje de Datos, y que produce los mismos efectos jurídicos que la firma autógrafa, siendo admisible como prueba en juicio» (Código de Comercio, [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/3\\_250117.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/3_250117.pdf)).

<sup>6</sup> «El registro que prueba que un dato existía antes de la fecha y hora de emisión del citado sello, en los términos que se establezca en la norma oficial mexicana sobre digitalización y conservación de mensajes de datos que para tal efecto emita la Secretaría» (*id.*).

bienes; ii) nombre del otorgante; iii) folio electrónico del otorgante; iv) número de garantía o asiento, y v) CURP del otorgante. Asimismo, se informa que toda la información que resulta de las búsquedas y de las certificaciones que se obtengan del RUG es considerada como pública.

## **12. Garantías mobiliarias inscritas antes del inicio del RUG**

Una de las grandes decisiones que debe tomar un país cuando inicia con la operación de un registro de garantías es si quiere incorporar al nuevo régimen de registro todas las garantías mobiliarias o prefiere iniciar solo con el registro de las nuevas garantías.

Esta decisión tiene mayor impacto cuando se trata de la derogación de la ley o leyes anteriores aplicables a garantías mobiliarias y su tratamiento en la nueva ley.

En nuestro caso, derivado de que cuando inició operaciones el RUG solo se trataba de las reglas registrales y no de la creación de la propia figura, se adoptó la decisión de inscribir solo las nuevas garantías, por lo que las anteriores deben cancelarse y modificarse con las reglas anteriores, es decir, en el Registro Público de Comercio.

Derivado de lo antes expuesto, el RUG ha tenido importantes resultados, durante los primeros años de su operación se registraron cuatro veces más garantías mobiliarias comparadas con los años anteriores.

— De septiembre a diciembre de 2012 se inscribieron en el RUG casi siete veces más garantías de las que se inscribían en el Registro Público de Comercio.

— Actualmente se encuentran más de 2.166.962 garantías mobiliarias inscritas (Anexo I. Resultados).

## **IV. CONCLUSIONES GENERALES**

Como se pudo ver a lo largo del informe, México ha sido pionero en la implementación de un sistema de garantías mobiliarias, y participó activamente en la elaboración de la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias; asimismo, ha desarrollado un registro, ágil, sencillo, gratuito, que cumple con las mejores prácticas en la materia.

Sin embargo, derivado de que las reformas se han desarrollado en distintos momentos y de que los pilares: leyes, registro y ejecución, se han ido perfeccionando en distintas fechas y leyes, no en todos los casos se encuentran claramente vinculados, por lo cual no se logra que las operaciones garantizadas con bienes muebles estén sujetas a mismo tratamiento jurídico y tengan reglas homologadas y claras.

Por ello, actualmente nos encontramos trabajando en una Ley de Garantías Mobiliarias donde se concentren todos los principios aplicables, con reglas de constitución, prelación y ejecución claras y homologadas, que, sin duda, consideramos que logrará culminar con los efectos que se han buscado desde la primera reforma en el año 2000: lograr mayor acceso al crédito por parte de las pequeñas y medianas empresas.

## V. BIBLIOGRAFÍA

### 1. Legislación

- Código de Comercio 1889, *Diario Oficial de la Federación*, México, 15 de septiembre de 1889.
- Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.
- Decreto de Reforma a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, del Código de Comercio, y de la Ley de Instituciones de Crédito publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 23 de mayo de 2000.
- Decreto de Reforma a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, del Código de Comercio, y de la Ley de Instituciones de Crédito, de la Ley del Mercado de Valores, de la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas y de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 13 de junio de 2003.
- Decreto de Reforma al Código de Comercio publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 27 de agosto de 2009.
- Decreto de Reforma al Código de Comercio, de la Ley General de Sociedades Mercantiles, de la Ley de Fondos de Inversión, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, de la Ley Federal de Derechos y de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 13 de junio de 2014.
- Decreto de Reforma al Reglamento del Registro Público de Comercio publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 23 de septiembre de 2010.

### 2. Páginas de internet

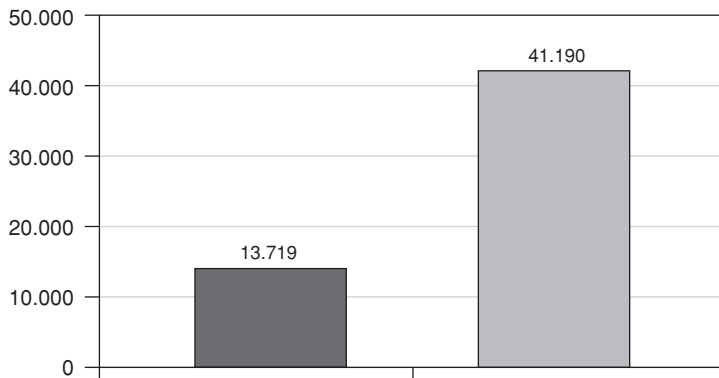
- FERNÁNDEZ ARROYO, Diego, Ensayo «LA CIDIP VI ¿Cambio de Paradigma en la Codificación Interamericana de Derecho Internacional Privado», [http://www.oas.org/dil/esp/XXXVI\\_curso\\_la\\_cidip\\_VI\\_Paula\\_Maria\\_All.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/XXXVI_curso_la_cidip_VI_Paula_Maria_All.pdf).
- KOZOLCHYK, Boris, y WILSON, John, *La Ley Interamericana de Garantías Mobiliarias (Ley Modelo) de la Organización de los Estados Americanos*, <http://www.supersociedades.gov.co/web/Comision/entrega5/ultrartrspan.pdf>.

### 3. Revistas

- CISCOMANI FREANER, Francisco, «La prenda sin transmisión de posesión en México», *Revista de Derecho Privado*, núm. 5, mayo-agosto de 2003, pp. 3-23.

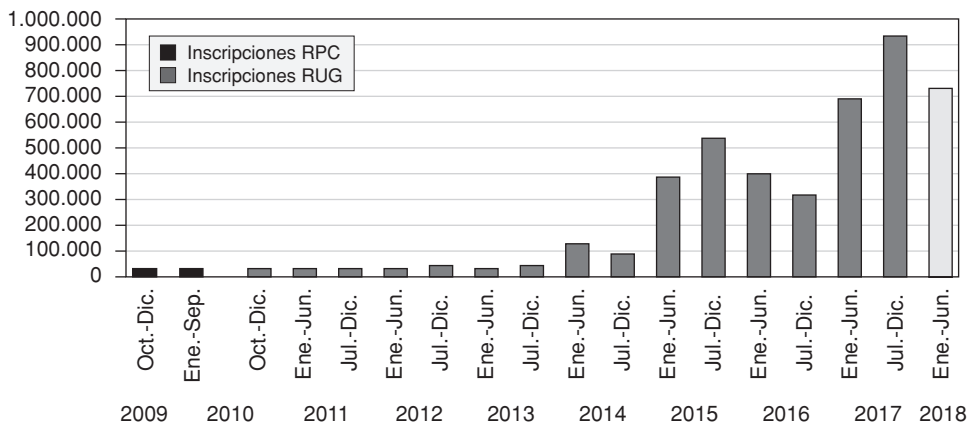
### ANEXO I. RESULTADOS DEL RUG

**Inscripciones mensuales  
(octubre 2009-octubre 2010 vs. octubre 2010-octubre 2011)**



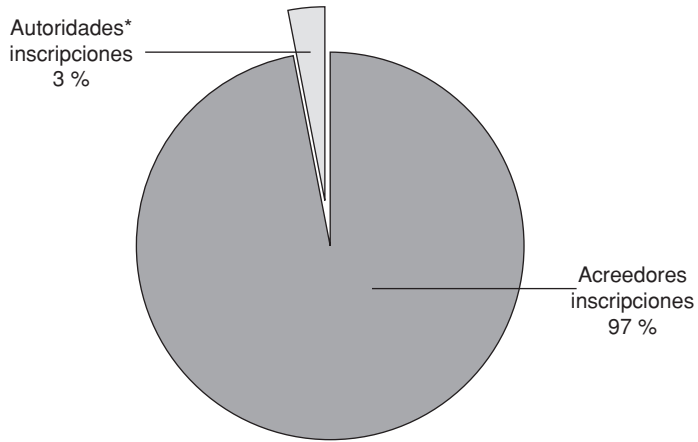
**RESUMEN:**

- Durante los *primeros años* de operación del RUG se registran *cuatro veces más garantías inmobiliarias* comparado con los años anteriores.
- De *septiembre a diciembre de 2012* se inscribieron en el RUG *casi siete veces más garantías* de las que se inscribían en el Registro Público de Comercio.
- Total de Garantías Mobiliarias inscritas al 31 de mayo de 2019: 4.703.574.

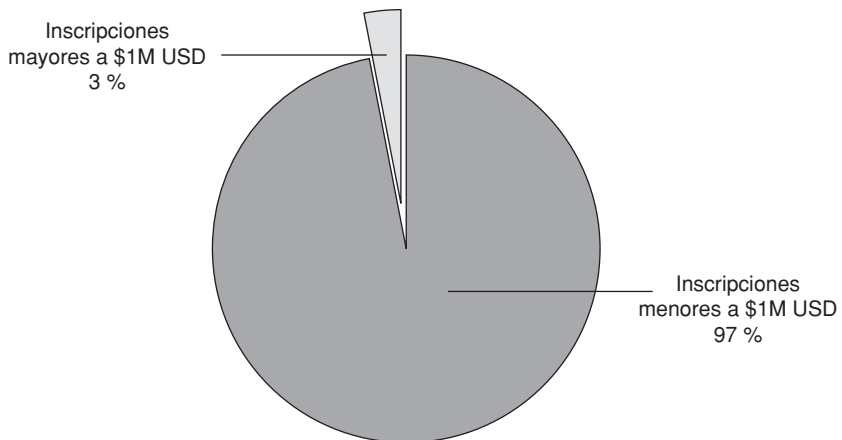




**Tipos de personas que inscriben**



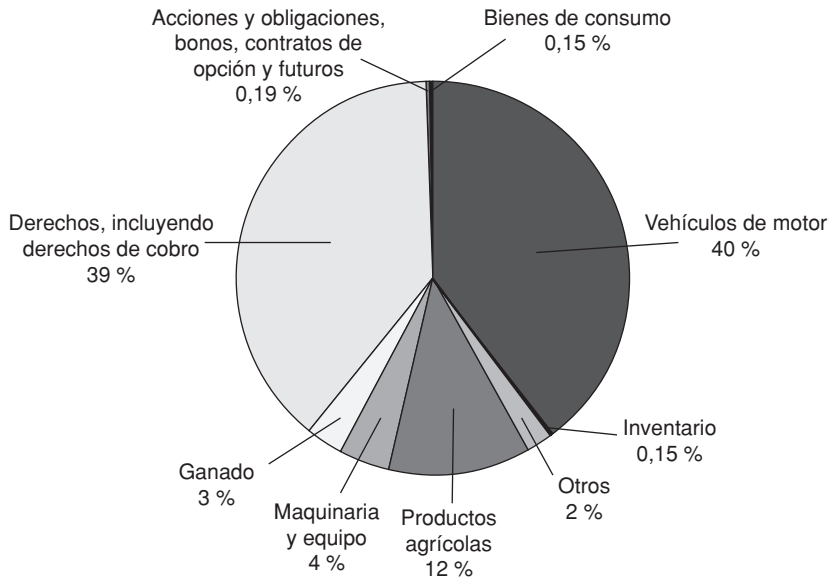
**Montos de créditos garantizados**



\* Fedatarios públicos, autoridades federales y estatales y jueces.

\*\* La estadística muestra la debida implementación de la política pública orientada a que los propios acreedores realicen operaciones directamente en el Registro.

### Inscripciones por tipo de bienes



# PARAGUAY: LA REFORMA DEL SISTEMA DE GARANTÍAS MOBILIARIAS

José Antonio MORENO RODRÍGUEZ  
Lucía Elena CAZAL ZALDÍVAR

**SUMARIO:** I. EL ACCESO A FINANCIAMIENTO Y LAS GARANTÍAS MOBILIARIAS.—II. LA DIFICULTAD DE LAS MIPYMES PARA ACCEDER AL CRÉDITO EN PARAGUAY.—III. PROBLEMAS DEL MARCO JURÍDICO ACTUAL: 1. Existe un sistema fragmentado de garantías mobiliarias. 2. Se requiere una descripción específica de los bienes en garantía. 3. Se permite una descripción general de las obligaciones garantizadas y se puede garantizar cualquier tipo de deudas y obligaciones. 4. Las características del registro de garantías no cumplen con las mejores prácticas en la materia. 5. La normativa prevé únicamente la ejecución judicial de las garantías mobiliarias.—IV. HACIA UNA REFORMA DEL SISTEMA DE GARANTÍAS MOBILIARIAS EN PARAGUAY.—V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

En las últimas décadas, numerosos países de los cinco continentes vienen modernizando, de manera acentuada, su marco normativo de Derecho privado en temas relacionados con el Derecho comercial. Paraguay no ha estado ajeno a este fenómeno, y ha adoptado varios textos jurídico-normativos en la materia. Por ejemplo, en cuestiones de arbitraje comercial, ha derogado su anacrónica legislación contenida en el Código Procesal Civil para incorporar, en vez, una regulación apta. En otras ocasiones, se incorporaron al país textos jurídico-normativos sobre temas que solo recientemente han surgido, como en lo relativo al comercio electrónico.

En los ejemplos citados, el país incorporó soluciones propuestas por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, conocida también como CNUDMI según sus siglas en español o UNCITRAL en inglés. Este organismo de Naciones Unidas fue creado en el año 1966, y desde entonces vino proponiendo modelos de reformas a los distintos países del mundo que quieran adoptarlos en diversas áreas, como las ya señaladas; y otras, como la compraventa y los transportes internacionales de mercaderías, cuyos textos también fueron adoptados por Paraguay.

En los temas de compraventa y de transportes, Paraguay avanzó a ratificar «tratados» propuestos por el referido organismo mundial. En tanto que, en los ejemplos del arbitraje y el comercio electrónico, el país procedió a incorporar en «leyes» las propuestas de dicha organización. En estos supuestos y otros relativos a temas abarcados por la CNUMDI, el objetivo perseguido por los distintos países

es el mismo: modernizar sus marcos normativos que así lo requieran en cuestiones relacionadas con el Derecho privado.

Los textos que propone el organismo mundial vienen precedidos de importantes estudios de Derecho comparado que incorporan a organismos internacionales, académicos, gremios y otros expertos, y terminan siendo aprobados formalmente en el seno de la CNUDMI, del que Paraguay forma parte actualmente y vino integrando por muchos años. Como consecuencia, se generan textos que representan los estándares y las mejores prácticas a nivel global, que cuentan además con la legitimación de haber pasado una instancia de aprobación en la que se encuentran representados varios países, y que es un organismo dentro de las propias Naciones Unidas, sin duda la máxima organización mundial.

Hace ya varios años la CNUDMI viene realizando estudios con miras a proponer a los países con legislaciones anacrónicas una regulación apta en materia de garantías mobiliarias, que sustituya a los regímenes tradicionales de la prenda y otros sistemas de garantías sobre muebles. Como consecuencia, la organización generó hace ya más de diez años una guía legislativa sobre las operaciones garantizadas, en materia de garantías mobiliarias, que indica a los legisladores las opciones aceptables de regulación en este tema, incluyendo extensos comentarios fundamentando la razón de ser de las mismas<sup>1</sup>. Posteriormente, la CNUDMI elaboró otras dos guías legislativas sobre el tema, enfocadas específicamente a las garantías mobiliarias sobre propiedad intelectual y a la creación de un registro de garantías mobiliarias<sup>2</sup>.

Paralelamente, la propia Organización de los Estados Americanos (OEA) había adoptado una Ley Modelo de Garantías Mobiliarias, que también propone soluciones efectivas en este tema, similares a las de la CNUDMI<sup>3</sup>. Estos trabajos han influido reformas en varios países, y particularmente en Latinoamérica, Estados como México, Costa Rica, Guatemala, Perú y recientemente Colombia, han incorporado leyes que los adoptan. El éxito de las reformas para un mejoramiento del sistema de garantías mobiliarias en estos países ha sido notable, como se demuestra con estadísticas, por ejemplo, reflejadas en estudios encargados por el Banco Mundial y la Corporación Financiera Internacional (IFC), a cuyo respecto resalta, como ejemplo exitoso reciente, la reforma colombiana de hace pocos años.

Más allá de la guía, la CNUDMI continuó con sus trabajos en materia de garantías mobiliarias, y terminó aprobando recientemente, en 2017, una Ley Modelo de Garantías Mobiliarias<sup>4</sup>. Además de guías legislativas, se cuenta, pues, ahora,

---

<sup>1</sup> COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL (CNUDMI), *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre las Operaciones Garantizadas*, Nueva York, Naciones Unidas, 2010. Disponible en [https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/security-lgs/09-82673\\_ebook-S.pdf](https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/security-lgs/09-82673_ebook-S.pdf).

<sup>2</sup> COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL (CNUDMI), *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre las Operaciones Garantizadas. Suplemento Relativo a las Garantías Reales sobre Propiedad Intelectual*, Nueva York, Naciones Unidas, 2011. Disponible en [https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/security/10-57129\\_Ebook\\_Suppl\\_SR\\_IP\\_s.pdf](https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/security/10-57129_Ebook_Suppl_SR_IP_s.pdf); COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL (CNUDMI), *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre la Creación de un Registro de Garantías Reales*, Viena, Naciones Unidas, 2014. Disponible en <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/security/Security-Rights-Registry-Guide-s.pdf>.

<sup>3</sup> ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA), *Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias*, 6.<sup>a</sup> Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-VI), 8 de febrero de 2002. Disponible en [http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/garantias\\_mobiliarias\\_Ley\\_Modelo\\_Interamericana.pdf](http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/garantias_mobiliarias_Ley_Modelo_Interamericana.pdf).

<sup>4</sup> COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL (CNUDMI), *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Garantías Mobiliarias*, Viena, Naciones Unidas, 2017. Disponible en [http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/security/ML\\_ST\\_S\\_ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/security/ML_ST_S_ebook.pdf).

con textos-modelo, que pueden ser directamente copiados por los países que opten por incorporar, con la mayor fidelidad posible, las soluciones propuestas por la organización. Obviamente, por tratarse de una Ley Modelo, a diferencia de una ley uniforme, no requiere ser copiada en su totalidad. Sin embargo, lo aconsejable es apartarse solamente cuando sea imprescindible del texto propuesto en el modelo. Así se ha procedido, por ejemplo, acertadamente en Paraguay, en materia de arbitraje comercial. No está demás insistir que el país forma parte de Naciones Unidas y de la propia CNUDMI, por lo que las soluciones allí aprobadas también técnicamente lo están por parte de Paraguay.

Paraguay además forma parte de otras organizaciones mundiales, como la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y el Instituto para la Armonización del Derecho Privado Internacional, conocido también con el acrónimo de UNIDROIT, además de la ya mencionada OEA a nivel continental. También a este respecto Paraguay ha procedido a incorporar, trasegándolos, sus textos normativos, como ocurrió con la reciente ley paraguaya de contratos internacionales, que copia en su mayor parte las soluciones de instrumentos emanados de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y de la OEA.

Recientemente, Paraguay también ha ratificado el Convenio de Ciudad del Cabo relativo a Garantías Internacionales sobre Elementos de Equipo Móvil, elaborado por UNIDROIT, que ya ha sido ratificado por casi un centenar de países. Este instrumento prevé un régimen internacional uniforme que busca crear condiciones favorables para la concesión de créditos necesarios para la adquisición de equipamiento móvil de alto valor económico, mediante la reducción de los riesgos de financiación. En esencia, el Convenio de Ciudad del Cabo se halla fundado en los mismos principios que las recomendadas leyes de garantías mobiliarias, como los principios de prioridad transparente y pronta ejecución, en los que se debe fundar cualquier sistema que regule transacciones garantizadas. Consecuentemente, al haber incorporado el Convenio de Ciudad del Cabo, Paraguay ya ha aceptado los fundamentos subyacentes que se reflejan en los sistemas modernos de operaciones garantizadas.

Los diversos instrumentos que buscan la armonización a través de distintas técnicas como las «leyes modelo», «guías legislativas» y «tratados», propuestos por las organizaciones ya referidas, además de una alta calidad técnica en su concepción, tienen como valor agregado el hecho de que vuelven más predecible la normativa del país que los incorpora. En materia de Derecho privado, y particularmente en el ámbito mercantil, la seguridad del tráfico requiere reglas claras, modernas, y conocidas, necesidad que se acrecienta cuanto mayor resulte el volumen de comercio internacional de un Estado.

Paraguay ha reconocido la necesidad de armonizar su marco jurídico en materia de garantías mobiliarias a las mejores prácticas internacionales en la materia, tomando de referencia los instrumentos que las reflejan. Esta contribución recorre el camino que está siendo transitado en pos de la promulgación de una nueva legislación de garantías mobiliarias. Como punto de partida, se presenta la situación actual sobre acceso a financiamiento, con particular enfoque al déficit de financiamiento existente para las MIPYMES. Seguidamente, se relatan los trabajos realizados en la elaboración de una moderna ley de garantías mobiliarias. Finalmente, se realizan unas observaciones conclusivas ofreciendo una perspectiva sobre los siguientes pasos que deben adoptarse, con el fin de lograr una reforma completa e integral del sistema de garantías mobiliarias, que redunde en un impacto positivo y permanente para Paraguay.

## I. EL ACCESO A FINANCIAMIENTO Y LAS GARANTÍAS MOBILIARIAS

El acceso a crédito financiero garantizado por parte de los actores económicos de un país es fundamental como fuente de generación de capital que les permita aumentar su productividad, competitividad y crecimiento.

Quien pretende financiamiento debería contar con un patrimonio de respaldo para que, en caso de incumplimiento, el acreedor pueda valerse de su ejecución y cobrarse así su crédito. Difícilmente un acreedor otorgue crédito a una persona que no cuente con bienes suficientes en su patrimonio como garantía eventual en caso de no pago.

Las posibilidades de acceso al crédito se amplían cuando el deudor puede afectar bienes a una operación específica. Ocurre que muchas veces el patrimonio del prestatario es insuficiente para responder ante un eventual incumplimiento de sus obligaciones. Para el acreedor representa también un mayor riesgo no contar con bienes específicamente afectados en garantía de una operación, pues allí, en caso de incumplimiento, deberá dirigirse contra el patrimonio del deudor, quien puede haberse comprometido también con otros acreedores. En este supuesto, no le quedará al acreedor sino cobrar en proporción a los demás, si hay un proceso colectivo de quiebra, o quedar sujeto a las resultas del concordato de un eventual proceso de convocatoria de acreedores, y hasta en ocasiones, soportar el riesgo de que embargos anteriores y remates consecuentes acrecienten el riesgo de cobro al menos parcial.

De ahí la importancia de las garantías especiales como la hipoteca y la prenda. Con ellas, un bien, inmueble en el primer caso, y mueble en el segundo, quedan afectados específicamente a garantizar la operación a la que resultan accesorias.

Tradicionalmente, en Paraguay, al igual que en otros países de América Latina, la riqueza se ha ligado a la propiedad de bienes inmuebles. La cultura consistía en prestar dinero a cambio de que el prestatario hipotecue sus bienes inmuebles.

Pero el mundo cambió. Gran parte de la riqueza de una sociedad se encuentra, no en propiedades inmobiliarias, sino en bienes muebles tangibles y en derechos intangibles. En la actualidad, la empresa con mayor riqueza no es necesariamente la que tiene más inmuebles. Con solo pensar en empresas como Netflix, Amazon o Apple, en las cuales sus mayores activos son el desarrollo de nuevas tecnologías y la propiedad intelectual de sus invenciones, se comprueba que los activos mobiliarios han adquirido fundamental preponderancia.

En un sistema crediticio que funciona bien, consecuentemente, debería existir mayor cantidad de créditos afectados a garantías mobiliarias antes que a hipotecas. Como se verá, ese no es el caso de Paraguay.

La legislación anticuada, pero vigente hasta la actualidad, refleja las prácticas tradicionales. En efecto, las instituciones financieras se ven restringidas a ofrecer crédito garantizado por bienes muebles como consecuencia de leyes que están construidas en base a un régimen que da preponderancia a los bienes inmuebles.

A su vez, el sistema de prenda, de raigambre en la Roma de hace dos milenios, no funciona o resulta insatisfactorio, por lo que, o no se lo emplea, o se lo utiliza mal, o se imponen mayores costos de transacción. Consecuentemente, las leyes vigentes contribuyen a que los activos mobiliarios sean un capital muerto, en cuanto no pueden ser efectivamente utilizados para solicitar crédito a la banca privada.

Todo ello deriva en que un segmento importante de la sociedad, especialmente las MIPYMES, enfrenten enormes barreras de acceso al crédito y a menudo se

encuentran excluidas del mismo por su incapacidad de ofrecer garantía de pago en sus operaciones crediticias, en las condiciones exigidas por el sistema actual.

## II. LA DIFICULTAD DE LAS MIPYMES PARA ACCEDER AL CRÉDITO EN PARAGUAY

Las MIPYMES son un componente esencial de la economía de Paraguay. De conformidad al último censo realizado en el 2011, más del 97 por 100 de las unidades económicas de Paraguay son micro, pequeñas y medianas empresas, que emplean a más del 61 por 100 de la población ocupada del país<sup>5</sup>.

No obstante, las MIPYMES enfrentan serias dificultades para acceder al crédito. Apenas el 30 por 100 de las micro, pequeñas y medianas empresas, reporta haber obtenido créditos, préstamos o financiamiento para la operación de su negocio, en comparación con el promedio regional de América Latina de 44,5 por 100<sup>6</sup>. Menor aún es el porcentaje de MIPYMES que han obtenido crédito formal. El porcentaje cae a 15,9 por 100 si tomamos únicamente a las microempresas agrícolas rurales o explotaciones agrícolas familiares<sup>7</sup>.

De todas las MIPYMES que accedieron a créditos, préstamos o financiamiento, casi el 50 por 100 de micros y pequeñas empresas y el 35 por 100 de medianas empresas ha obtenido financiamiento de una entidad cooperativa, mientras que cerca del 80 por 100 de empresas grandes que han obtenido créditos, préstamos o financiamiento, lo han hecho de un banco privado. A su vez, el último censo revela que solo el 10 por 100 de las MIPYMES tiene una cuenta bancaria, aunque este porcentaje aumenta al 85 por 100 de empresas grandes<sup>8</sup>.

En síntesis, las estadísticas anteriores revelan la falta de servicios bancarios y financieros dirigidos a las micro, pequeñas y medianas empresas.

Por demás, los datos recabados revelan que sí existe demanda de créditos por parte de las MIPYMES. Aproximadamente la mitad de las micro, pequeñas y medianas empresas que no acceden a financiamiento manifestó que les gustaría pedir dinero prestado para sus negocios<sup>9</sup>. En concordancia, el SME Finance Forum estima un déficit de financiamiento de más de US\$ 6.000 millones de valor para las más de un millón de MIPYMES en Paraguay<sup>10</sup>.

Los motivos por los cuales las micro, pequeñas y medianas empresas no acceden a crédito garantizado son diversos. En parte, deriva de la imposibilidad de cumplir con los requerimientos de documentación y de las técnicas de supervisión *in situ* que se focalizan en un análisis de la documentación en vez de en un análisis del flujo de caja y metodologías de pago de deuda<sup>11</sup>.

Otra causa que contribuye a esta situación es la incompatibilidad entre los activos que poseen las MIPYMES, bienes muebles, y los activos que las instituciones fi-

<sup>5</sup> DIRECCIÓN GENERAL DE ESTADÍSTICA, ENCUESTAS Y CENSO, *Censo Económico Nacional 2011*. Disponible en [http://www.dgeec.gov.py/Publicaciones/Biblioteca/CEN2011/resultados\\_distritales\\_CEN.pdf](http://www.dgeec.gov.py/Publicaciones/Biblioteca/CEN2011/resultados_distritales_CEN.pdf).

<sup>6</sup> GRUPO BANCO MUNDIAL, *Paraguay Notas de Política 2018*, p. 57. Disponible en <http://documentos.bancomundial.org/curated/es/751071525763871071/pdf/126021-WP-PUBLIC-SPANISH-PYNotasdePoliticaFinal.pdf>.

<sup>7</sup> *Estrategia Nacional de Inclusión Financiera de Paraguay 2014*, p. 15.

<sup>8</sup> DIRECCIÓN GENERAL DE ESTADÍSTICA, *Encuestas y Censo, Censo Económico Nacional 2011*. Disponible en [http://www.dgeec.gov.py/Publicaciones/Biblioteca/CEN2011/resultados\\_distritales\\_CEN.pdf](http://www.dgeec.gov.py/Publicaciones/Biblioteca/CEN2011/resultados_distritales_CEN.pdf).

<sup>9</sup> *Estrategia Nacional de Inclusión Financiera de Paraguay 2014*, p. 15.

<sup>10</sup> GRUPO BANCO MUNDIAL Y CORPORACIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL (IFC), *Diagnóstico de Garantías Mobiliarias e Insolvencia de la República de Paraguay 2015*, p. 25.

<sup>11</sup> *Estrategia Nacional de Inclusión Financiera de Paraguay 2014*, p. 15.



nancieras tienden a aceptar como garantía, bienes inmuebles<sup>12</sup>. Según estadísticas del Banco Mundial, este fenómeno se da, a nivel global, en los países en desarrollo. En efecto, el 73 por 100 de las garantías aceptadas por las instituciones financieras en los países en desarrollo son bienes inmuebles, mientras que únicamente el 27 por 100 de las garantías aceptadas son bienes muebles. Esta realidad está en completa discordancia con los activos de las MIPYMES, que están constituidos en un 78 por 100 por activos mobiliarios<sup>13</sup>.

A su vez, los resultados de la última Encuesta de Empresas del Banco Mundial realizada en Paraguay, en el año 2017, indica que las instituciones financieras requieren el 190,1 por 100 del valor del préstamo como garantía<sup>14</sup>. La Encuesta de Empresas realizada en el año 2010 reveló que para las pequeñas empresas la situación es aún más difícil, pues se les requiere el 478,6 por 100 del valor del préstamo como garantía, en comparación con el 234,6 por 100 requerido en promedio en la región<sup>15</sup>. Mientras más pequeña la empresa, más restrictivas son las condiciones de acceso al crédito.

### III. PROBLEMAS DEL MARCO JURÍDICO ACTUAL

¿A qué se debe la renuencia de las instituciones financieras a conceder préstamos garantizados con bienes muebles? Indefectiblemente, existen limitaciones de orden legal que obstaculizan cualquier interés de la banca por fomentar la inclusión financiera en sectores y con clientes que tradicionalmente no pertenecen al club del crédito, como lo son las MIPYMES.

Al respecto, el reporte *Doing Business* del Banco Mundial nos permite visualizar las características de orden normativo que constituyen estándares internacionales deseados por legislaciones de garantías mobiliarias y de insolvencia a efectos de fomentar el acceso a financiamiento y que la normativa vigente en Paraguay aún no contempla.

En materia de obtención de crédito, el reporte *Doing Business* del Banco Mundial mide dos aspectos que afectan su disponibilidad: la difusión de información crediticia y la fortaleza de los derechos legales de acreedores y deudores respecto a las transacciones garantizadas. El primer aspecto mide la cobertura, alcance, calidad y accesibilidad de la información crediticia disponible a través de un grupo de subindicadores. El segundo aspecto evalúa si las leyes vigentes sobre garantías mobiliarias e insolvencia contemplan ciertas características que facilitan los préstamos, a través de otro grupo de subindicadores. El cumplimiento de la mayor cantidad de los subindicadores indica más información crediticia y derechos legales más robustos para prestatarios y acreedores.

En el *Doing Business 2019*, la clasificación general de Paraguay fue de 124 en el indicador de Obtención de Crédito, de entre 190 países medidos por el informe. En materia de difusión de información crediticia, Paraguay cumple con siete de los ocho subindicadores analizados, en comparación con el promedio más bajo

<sup>12</sup> GRUPO BANCO MUNDIAL, *Paraguay Notas de Política 2018*, p. 57. Disponible en <http://documentos.bancomundial.org/curated/es/751071525763871071/pdf/126021-WP-PUBLIC-SPANISH-PYNotasdePoliticaFinal.pdf>.

<sup>13</sup> GRUPO BANCO MUNDIAL Y CORPORACIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL (IFC), *Diagnóstico de Garantías Mobiliarias e Insolvencia de la República de Paraguay 2015*, p. 22.

<sup>14</sup> GRUPO BANCO MUNDIAL, *Enterprise Surveys 2017*. Disponible en <http://espanol.enterprisesurveys.org/data/exploreconomies/2017/paraguay#finance>.

<sup>15</sup> GRUPO BANCO MUNDIAL Y CORPORACIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL (IFC), *Diagnóstico de Garantías Mobiliarias e Insolvencia de la República de Paraguay 2015*, p. 28.

de América Latina y el Caribe de cumplir con 4,9 subindicadores. Ahora bien, en materia de fortaleza de derechos legales, Paraguay cumple con únicamente un indicador de los doce indicadores analizados, muy por debajo del promedio de 5,4 de América Latina y el Caribe<sup>16</sup>.

La posición de desventaja de Paraguay en el Índice de Derechos Legales del *Doing Business 2019* refleja las ineficacias de la legislación paraguaya aplicable en materia de garantías mobiliarias.

A continuación se realizará un breve análisis de las características preponderantes del marco jurídico paraguayo en materia de garantías mobiliarias, en contraposición a aquellas recomendadas para un sistema moderno que facilite la dinamización de la economía a través del fomento de acceso a crédito garantizado con activos mobiliarios.

### **1. Existe un sistema fragmentado de garantías mobiliarias**

Una característica resaltante del sistema de garantías mobiliarias en Paraguay es que contiene aspectos fragmentados a nivel de legislación. En efecto, existe una diversidad de leyes aplicables a diferentes formas jurídicas de operaciones destinadas a garantizar el pago de un tipo de obligación con un bien mueble. En efecto, coexisten la prenda tradicional y la prenda con registro —ambas reguladas en el Código Civil paraguayo—, con la venta con reserva de propiedad, los arrendamientos financieros, los fideicomisos de garantía e instrumentos como el *warrant* y el certificado de depósito, expedidos por los almacenes generales de depósito, que cuentan con sus regulaciones legales especiales.

La multiplicidad de leyes deriva a su vez en la fragmentación a nivel de requerimientos para la constitución, publicidad e inclusive para la ejecución de la garantía. Por ejemplo, los automotores tienen su propio registro en la Dirección Nacional del Registro del Automotor, la propiedad intelectual se registra en la Dirección Nacional de Propiedad Intelectual y los *warrants* se registran en uno de los cuatro almacenes generales de depósito regulados por el Banco Central del Paraguay. A su vez, las regulaciones de los *warrants* y fideicomisos prevén la posibilidad de ejecución extrajudicial, mientras que la prenda tradicional y la prenda con registro únicamente pueden ejecutarse judicialmente.

Lejos de facilitar el financiamiento, la proliferación de leyes especiales torna más compleja e impredecible la posición del acreedor o dador del crédito, lo que impide que el mismo confíe en el sistema.

En contraposición, un sistema unitario, basado en un enfoque que se ha denominado «funcional», atiende a la función económica que cumple el acto jurídico que tiene por objeto constituir una garantía sobre bienes muebles para garantizar el pago de una obligación, más que al nombre jurídico con que la operación fue bautizada. Consecuentemente, una característica fundamental de un sistema moderno de garantías mobiliarias es la existencia de un marco jurídico que consolide la multiplicidad de leyes existentes y que se aplique a toda figura jurídica que cumpla la función de constituir un derecho real de garantía sobre un bien mueble, independientemente a cómo sea denominada.

---

<sup>16</sup> BANCO MUNDIAL, *Doing Business 2019*. Disponible en <http://espanol.doingbusiness.org/es/data/exploreconomies/paraguay>.

## 2. Se requiere una descripción específica de los bienes en garantía

Bajo el marco jurídico actual, los activos mobiliarios ofrecidos como garantía deben ser específicamente descritos. En efecto, de conformidad a la normativa aplicable a la prenda tradicional y a la prenda con registro, el instrumento en el que se constituya la prenda debe contener una designación detallada de la especie y naturaleza de los objetos prendados, incluyendo su calidad, peso y medida si fuesen necesarios para individualizarlos. En caso de tratarse de ganados, la norma exige la especificación de su número, edad, sexo, marca o señal, y si se tratase de productos, se debe indicar su calidad, peso y número<sup>17</sup>.

Si bien la legislación actual admite la constitución de una prenda sin desplazamiento sobre una numerosa variedad de bienes, tales como ganado de toda especie, productos, maquinarias destinadas a explotación industrial o agropecuaria, todo instrumento de trabajo, frutos de cualquier naturaleza y vehículos automotores, en la práctica, no se utiliza para crear una garantía flotante o sobre una universalidad de bienes. De hecho, ello está restringido por el requerimiento de la descripción detallada de los activos objeto de la garantía.

El marco jurídico sobre prendas es demasiado restrictivo, lo cual obstaculiza considerablemente los bienes muebles y categorías de bienes muebles que un deudor puede ofrecer en garantía. En efecto, la necesidad de realizar una descripción específica impide usar como garantía crediticia bienes muebles intangibles, inventario, bienes que son vendidos y pasan a convertirse en cuentas por cobrar, bienes que se transforman en otros bienes luego de pasar por un proceso productivo, así como bienes futuros.

A su vez, en contraposición a un sistema moderno de garantías mobiliarias, la ley paraguaya no permite a un deudor conceder derechos de garantía sin desplazamiento sobre una única categoría de bienes muebles, así como sobre sustancialmente todos sus bienes muebles.

Como consecuencia, en vez de permitir gravar la mayor amplitud de bienes muebles, el marco jurídico de Paraguay está caracterizado por ser limitativo en ese aspecto.

## 3. Se permite una descripción general de las obligaciones garantizadas y se puede garantizar cualquier tipo de deudas y obligaciones

Un sistema moderno de garantías mobiliarias requiere de flexibilidad en la estructuración de la obligación garantizada, a modo de permitir garantizar obligaciones futuras y líneas de crédito. En efecto, el único subindicador del Índice de Derechos Legales del reporte del *Doing Business* con que cumple el marco jurídico paraguayo mide si la legislación de un país admite estas previsiones.

La normativa sobre prenda expresamente prevé la posibilidad de garantizar una obligación cierta o condicional, presente o futura, y a establecer un monto máximo de afectación del bien mueble prendado<sup>18</sup>. No obstante, la práctica y la metodología de registro tienden a indicar que las prendas generalmente garantizan el pago de una suma de dinero cierta y establecida desde el momento de su creación<sup>19</sup>. A su vez, las normas disponen que la prenda garantiza, además de la deuda,

<sup>17</sup> Arts. 2296 y 2335 del Código Civil paraguayo.

<sup>18</sup> Arts. 2294, 2296, 2327 y 2335 del Código Civil paraguayo.

<sup>19</sup> GRUPO BANCO MUNDIAL Y CORPORACIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL (IFC), *Diagnóstico de Garantías Mobiliarias e Insolvencia de la República de Paraguay 2015*, p. 42.

los intereses convencionales, moratorios y punitivos, las cláusulas penales, así como daños causados por la falta de cumplimiento de la obligación y los gastos y costas incurridos en la ejecución<sup>20</sup>.

#### **4. Las características del registro de garantías no cumplen con las mejores prácticas en la materia**

Paraguay se caracteriza por tener diversos registros públicos en los cuales se inscriben los gravámenes según el tipo de bien de que se trate. Si se grava una aeronave, la inscripción se realiza en el Registro Aeronáutico Nacional; si se grava una embarcación, la inscripción se realiza en el Registro de Buques; mientras que si se grava un vehículo, la inscripción se realiza en el Registro de Automotores. Es decir, no existe ni un registro centralizado geográficamente ni unificado en cuanto a los bienes que inscriben.

A su vez, dependiendo del bien objeto de la operación, por ejemplo, del bien objeto de un arrendamiento financiero o del bien que pase a formar parte del patrimonio autónomo de un fideicomiso en garantía, hay numerosos acuerdos que no son inscritos en ningún registro, por lo que se generan gravámenes «fantasma» que permanecen ocultos a todos los que no intervinieron en la operación.

Además, el hecho de que una operación de garantía esté inscrita en un registro no implica que cualquier persona va a tener acceso a la información correspondiente. La normativa permite el acceso a los terceros con interés justificado, y considera que, en general, son los abogados y notarios públicos quienes lo tienen<sup>21</sup>. Ahora bien, aunque se demuestre el interés, no existe un sistema electrónico de consultas de los registros públicos<sup>22</sup>. A su vez, la base de los registros está organizada para que un tercero pueda consultar si un bien particular fue objeto de una garantía, pero no si un deudor alguna vez constituyó una garantía sobre algún bien mueble.

De hecho, el proceso de registro no es electrónico. En efecto, la parte interesada debe presentar a la oficina del registro correspondiente los documentos físicos relacionados con la operación de que se trate. Los funcionarios del registro procederán a realizar una revisión de los mismos, y una vez verificado que cumplan con los requisitos formales y materiales exigidos, procederán a inscribir la operación.

El problema fundamental en el que derivan las características de los registros públicos en Paraguay es la falta de certeza jurídica, lo cual impacta directamente en el riesgo del crédito y en la consecuente renuencia del prestamista de otorgar financiamiento. Es decir, la organización de los registros no permite que el prestamista pueda determinar con claridad su orden de prelación respecto a la garantía. Consecuentemente, como afirma el profesor Alejandro Garro, «si el prestamista no tiene en claro cuál es su rango o prelación, simplemente no presta, o si presta lo hace a un plazo menor y con una tasa o tipo de interés más alto, para cubrirse de eventuales riesgos de no cobrar, o cobrar con mucha demora y menos de lo que le corresponde»<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> Arts. 2299 y 2330 del Código Civil paraguayo.

<sup>21</sup> Art. 328 de la Ley 879/1981 «Código de Organización Judicial», y art. 2 del Reglamento General Técnico Registral de la Dirección General de los Registros Públicos.

<sup>22</sup> Únicamente la Dirección Nacional de Propiedad Intelectual tiene un sistema electrónico de consultas de las marcas inscritas en el mismo y en el cual se actualiza, aunque no inmediatamente, la situación de las mismas. No obstante, el proceso de registro no se realiza de manera electrónica.

<sup>23</sup> A. M. GARRO, «La importancia de la Convención de la Ciudad del Cabo para los países de América Latina», *The International Legal Regimen for the Taking of Security in High-Value Mobile Equip-*

Un registro de bienes muebles debe contemplar la naturaleza desplazable de los bienes, así como la necesidad de mantener el bien en posesión del prestatario, a fin de que lo pueda seguir usando. Este último aspecto es clave en la economía moderna, puesto que permitirá al prestatario continuar con sus actividades económicas a modo de generar los ingresos que le permitirán pagar la deuda contraída. Si un agricultor otorga su maquinaria para sembrar y cosechar en prenda, y es despojado de su propiedad, se vería imposibilitado de desarrollar la actividad productiva por la cual genera ingresos.

A efectos de otorgar certeza jurídica y asegurar el establecimiento de un buen sistema de prelación, se recomienda que un registro de garantías mobiliarias cumpla con ciertos estándares establecidos. Una característica recomendada, diferenciadora con los registros actuales en Paraguay, es la de implantar un sistema centralizado, en el que se registren todo tipo de garantías mobiliarias sobre bienes muebles, independientemente de la figura jurídica utilizada para su constitución, para todo tipo de activos mobiliarios.

A su vez, el registro debe ser electrónico, a fin de que las inscripciones se hagan en tiempo real. Además, es crucial que las consultas realizadas por los interesados arrojen información actualizada de las garantías gravadas sobre un bien mueble, a efectos de que el prestamista pueda tomar decisiones informadas y proteger sus derechos sobre el activo. Un registro electrónico responde a las necesidades de los sistemas crediticios modernos, facilitando al acreedor garantizado la inscripción de enmiendas de los términos de acuerdos en curso, en lo relativo a los bienes gravados y a las obligaciones garantizadas, que pudieron haberse modificado con el transcurso del tiempo.

Por demás, otra particularidad de los registros modernos, y que comporta un alejamiento de las prácticas tradicionales y arraigadas de registración, consiste en la inscripción de «avisos» o «notificaciones», y no de los documentos que forman parte del acuerdo de garantía. Un registro de garantías mobiliarias no es un registro de propiedad, sino un registro de derechos de garantías sobre bienes. Por tanto, su objetivo es solo notificar la existencia de determinados derechos de los acreedores sobre ciertos tipos de garantías y el rango de prelación de derechos sobre esos bienes, para lo cual no es necesario registrar la documentación subyacente.

En definitiva, los registros públicos de Paraguay no cumplen con los estándares recomendados para un registro de garantías mobiliarias moderno.

## **5. La normativa prevé únicamente la ejecución judicial de las garantías mobiliarias**

Las partes de un acuerdo de garantía tienen expectativas similares. El acreedor supone que el deudor cumplirá voluntariamente sus obligaciones y el deudor supone que el acreedor le entregará el crédito, en la cantidad y condiciones pactadas. No obstante, ambas partes son conscientes desde el inicio de la relación que pueden darse supuestos en que la otra no cumpla con las obligaciones asumidas. Si bien el acreedor puede incumplir sus obligaciones, lo más usual es que sea el deudor el que incurra en un incumplimiento, consistente en no devolver el crédito de conformidad con el acuerdo<sup>24</sup>.

---

*ment, Possibilities and Challenges*, Rome, diciembre 2004, UNIDROIT 2004, Study LXXIII Doc. 16, pp. 36-38.

<sup>24</sup> COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL (CNUDMI), *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre las Operaciones Garantizadas*, Nueva York, Naciones Unidas, 2010, p. 295. Disponible en [https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/security-ig/s/09-82673\\_ebook-S.pdf](https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/security-ig/s/09-82673_ebook-S.pdf).

De darse tal situación, es clave que el acreedor disponga de mecanismos eficientes que le permitan hacerse el cobro de la suma adeudada, mediante la venta del bien mueble otorgado en garantía, ya sea por un proceso de ejecución judicial o extrajudicial. A ello se suma la importancia de asegurar que el bien mueble garantizado mantenga relativamente su valor durante la vida de la relación. De hecho, por su propia naturaleza, los bienes muebles tienen valor como garantía solo en la medida en que, ante un incumplimiento del deudor, el acreedor pueda recuperar el valor adeudado a través de la venta del bien gravado por la suma más alta posible.

En Paraguay, ante el incumplimiento del deudor, el acreedor se enfrenta a un proceso judicial de ejecución prendaria en el que debe demostrar el incumplimiento, y luego proceder al embargo, secuestro y venta del bien gravado. No solo ello, sino que, en caso de sentencia en contra del deudor, este tiene la posibilidad de apelar la misma antes de que se proceda a la venta del bien. La ejecución judicial es excesivamente lenta y genera gastos que, en los casos en los que se logra ubicar el bien y venderlo, no se compadece con el valor del bien a ese momento.

Según datos del Banco Mundial, un proceso judicial en Paraguay dura en promedio seiscientos seis días y tiene un costo del 30 por 100 del valor del crédito<sup>25</sup>. A su vez, considerando los trámites administrativos, legales y procesales, el proceso judicial consta de aproximadamente 38 etapas<sup>26</sup>.

La legislación paraguaya vigente no permite a las partes pactar un proceso extrajudicial a efectos de la venta del bien. Tampoco permite la apropiación directa del bien por parte del acreedor garantizado. En consecuencia, las restricciones impuestas por el marco jurídico actual en materia de ejecución de garantías mobiliarias y la demora y gastos de la ejecución judicial obstaculizan y desalientan la utilización de bienes muebles como garantía de créditos.

#### **IV. HACIA UNA REFORMA DEL SISTEMA DE GARANTÍAS MOBILIARIAS EN PARAGUAY**

Paraguay examinó la posibilidad de una reforma a su sistema de garantías mobiliarias en el año 2006, en un taller organizado por el Banco Central del Paraguay y el Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política (CEDEP).

Desde entonces, varios países de la región, como Colombia, México, Costa Rica, Guatemala y Perú, han completado reformas en la materia, con un impacto significativo en el acceso al financiamiento y al capital productivo local. A su vez, otros países de la región se encuentran en proceso de reforma de sus sistemas de garantías mobiliarias.

Desde marzo de 2014, con la primera misión de la Corporación Financiera Internacional (IFC) del Grupo de Banco Mundial en Asunción sobre el tema, se planteó un nuevo marco jurídico en materia de garantías mobiliarias con los bancos paraguayos. Sensibilización y diálogo con los actores del sector público y privado en la materia, los pasos a seguir y el potencial impacto de una reforma del sistema de garantías mobiliarias en Paraguay, se tocaron en diferentes misiones y reuniones con actores públicos y privados, con miras a que la reforma podría contribuir de manera significativa al acceso a financiamiento de las micro, pequeñas y me-

---

<sup>25</sup> BANCO MUNDIAL, *Doing Business 2019*. Disponible en <http://espanol.doingbusiness.org/es/data/exploreconomies/paraguay>.

<sup>26</sup> GRUPO BANCO MUNDIAL Y CORPORACIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL (IFC), *Diagnóstico de Garantías Mobiliarias e Insolvencia de la República de Paraguay 2015*, p. 49.



dianas empresas y de agentes económicos locales, la agroindustria y otros sectores privados.

En 2015 se produjo el documento de Diagnóstico: Sistema de Garantías Mobiliarias e Insolvencia, República de Paraguay en colaboración con el Ministerio de Justicia, quien actuó como contacto principal entre el Gobierno de la República de Paraguay y el Grupo Banco Mundial durante el periodo.

Los resultados del diagnóstico sin lugar a dudas demostraron el déficit en materia de acceso al financiamiento que padece la República de Paraguay.

Bajo el liderazgo y coordinación del Ministerio de Justicia, se organizó un Equipo de Trabajo, conformado por representantes técnicos del Banco Central del Paraguay, el Ministerio de Hacienda y Ministerio de Justicia, junto con expertos locales e internacionales del Grupo del Banco Mundial que estaría encargado de elaborar el proyecto de ley de garantías mobiliarias. En abril de 2016 se llevó a cabo la primera reunión del Equipo de Trabajo.

Desde la primera reunión y hasta recientemente, el Equipo de Trabajo redactó el Proyecto de Ley de Garantías Mobiliarias, basado en la Ley Modelo de Garantías Mobiliarias de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), la que a su vez estuvo redactada en base a las recomendaciones formuladas en la Guía Legislativa sobre las Operaciones Garantizadas, el Suplemento relativo a las Garantías Reales sobre Propiedad Intelectual y la Guía Legislativa sobre la Creación de un Registro de Garantías Reales, todos documentos de la CNUDMI.

A su vez, la Ley Modelo de la CNUDMI está basada en los mismos principios de su predecesora, la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias elaborada por la OEA y aprobada en el 2002, la cual ya había exitosamente servido de base para la reforma de las legislaciones de garantías mobiliarias de varios países de América Latina.

Con el fin de involucrar a todos los actores públicos y privados que pudiesen tener interés en la reforma del sistema de garantías mobiliarias, se realizaron congresos y seminarios de socialización del borrador de Proyecto de Ley de Garantías Mobiliarias y de difusión del tema. Además, se invitó a los actores a realizar sus comentarios al borrador del Proyecto de Ley, que tras ser considerados fueron traducidos en nuevas modificaciones al Proyecto de Ley. Para el Equipo de Trabajo siempre fue fundamental socializar el Proyecto de Ley a fin de presentar al Congreso de la Nación un texto consensuado.

Si bien el año 2017 trajo consigo elecciones presidenciales, las nuevas autoridades del Gobierno Nacional han manifestado su compromiso con la continua mejora del clima de inversión y de negocios en Paraguay y, consecuentemente, con la presentación del Proyecto de Ley de Garantías Mobiliarias al Congreso de la Nación y con el apoyo para su aprobación.

## **V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

Paraguay necesita contar con una legislación moderna en materia de garantías mobiliarias. El Proyecto de Ley de Garantías Mobiliarias de Paraguay, al estar basado fundamentalmente en la Ley Modelo de Garantías Mobiliarias de la CNUDMI, busca no solo modernizar el régimen de garantías mobiliarias en Paraguay, sino coadyuvar a que el país cuente con regulaciones de vanguardia y predecibles para el desarrollo apropiado de los actores económicos locales en el comercio internacional.



El siguiente paso es fundamental: obtener la aprobación del Proyecto de Ley por parte del Congreso de la Nación y promulgar la Ley de Garantías Mobiliarias. Sin embargo, si bien contar con una nueva ley es un componente clave, no es suficiente para lograr una reforma completa e integral del sistema de garantías mobiliarias.

La Ley de Garantías Mobiliarias rompe con arraigados paradigmas jurídicos: requiere de un cambio de mentalidad y de acciones coordinadas para garantizar su impacto positivo en la promoción del acceso a financiamiento. Entonces, es clave que el Gobierno Nacional priorice la elaboración de un plan de acción que respalde la implementación de la ley. Es fundamental coordinar esfuerzos con organismos tales como la OEA, CNUDMI y el Grupo Banco Mundial, los cuales prestan asistencia a los Estados en la adopción e implementación de instrumentos modernos de garantías mobiliarias, a fin de considerar la experiencia y mejores prácticas internacionales en este proceso.

La iniciativa deberá comprender una estrategia de implementación del registro electrónico de garantías mobiliarias y de elaboración de las reglamentaciones adicionales que la nueva ley requiera, tales como nuevos reglamentos del registro y de las alternativas de ejecución que la misma introduce. Por demás, el Gobierno Nacional, conjuntamente con el Banco Central del Paraguay y las instituciones bancarias y financieras, deberá analizar las necesidades de ajustar la regulación financiera en todo lo que respecta a garantías mobiliarias, a fin de adecuarla a las novedosas disposiciones de la Ley de Garantías Mobiliarias.

De hecho, el plan de acción deberá diseñar una estrategia que fomente el diálogo entre los actores del sector público y privado, incluyendo a bancos, financieras, casas de crédito, abogados e integrantes del Poder Judicial, a fin de analizar las implicaciones de la nueva legislación sobre la normativa paraguaya vigente que se relacione con garantías sobre activos mobiliarios.

Por demás, debe planificarse una importante labor de socialización y capacitación a fin de que todos los actores involucrados comprendan la necesidad de dejar de lado nuestras prácticas tradicionales, que no se compadecen con las necesidades de financiación requeridas en la actualidad ni con la naturaleza de las actividades productivas y comerciales. Por demás, es clave que tanto los usuarios de la ley, prestatarios y prestamistas, así como quienes puedan tener una intervención en las operaciones, como integrantes del Poder Judicial, notarios públicos, abogados y funcionarios del registro, comprendan la Ley de Garantías Mobiliarias y la empleen correctamente.

Además, las labores de comunicación contribuirán a una interpretación unificada de las disposiciones de la nueva ley, lo que será clave para otorgar al sistema la certeza y seguridad requeridas para que su aplicación redunde beneficiosa.

Por último, otro componente esencial de la reforma del sistema de garantías mobiliarias es el establecimiento de indicadores que permitan monitorear y evaluar su impacto en el acceso al financiamiento.

Ciertamente, Paraguay está avanzando en la dirección correcta. Los impactos positivos en otros países de la región tras la reforma de sus sistemas de garantías mobiliarias sugieren buenos augurios para Paraguay. Siempre que la implementación de la nueva Ley de Garantías Mobiliarias esté acompañada de un plan coherente y comprensivo de los demás componentes de una reforma integral, se espera que redunde en beneficio del crecimiento inclusivo, beneficiando en particular a las MIPYMES, mediante la promoción de la concesión del crédito a bajo costo, incrementando así la oferta de crédito financiero garantizado.



# PERÚ: GARANTÍAS MOBILIARIAS

Sara SOTELO AGUILAR

**SUMARIO:** I. ANTECEDENTES.—II. NUEVO RÉGIMEN DE GARANTÍA MOBILIARIA EN PERÚ: 1. Ámbito de aplicación. 2. Creación. 3. Prelación. 4. Registro y publicidad. 5. Ejecución.

## I. ANTECEDENTES

La regulación de garantías que afectan bienes muebles en Perú es de larga data. Hasta el 2006 en Perú la entrega de bienes muebles en garantía se daba a través de la prenda, que estaba regulada en el Código Civil y en normas especiales sobre prenda agrícola, prenda industrial, prenda minera, prenda vehicular, entre otras.

En el 2006 se promulgó la Ley de Garantía Mobiliaria, Ley 28677, cuyo propósito fue fusionar en un texto único y ordenado los diferentes registros de prendas que existían en Perú.

Hasta la dación de la Ley 28677 los registros de prendas sobre bienes muebles estaban dispersos, contándose así con un registro de prenda industrial y otro de prenda agrícola, por ejemplo; y las exigencias y requisitos para constituir esas prendas eran muy distintos, lo que ocasionaba trabas y dificultades en los operadores económicos.

Los principales logros de la Ley 28677 fueron, entre otros, unificar en una sola norma la regulación de la dación de bienes muebles en garantía; permitir que obligaciones de toda naturaleza puedan ser respaldadas por garantías mobiliarias, pudiendo tratarse de obligaciones presentes o futuras, determinadas o determinables, sujetas o no a modalidad; y permitir que se otorgue una garantía sin posesión del bien al que se refiere la misma.

La implementación de la Ley 28677 no alcanzó los resultados esperados, debido a que, por ejemplo, si bien la ley permitía que se constituyera garantía mobiliaria sobre bienes futuros, la Superintendencia Nacional de Registros Públicos (SUNARP) que estaba a cargo del registro de estas garantías requería que al momento del registro de la garantía mobiliaria se verifique que el otorgante fuese titular del derecho de propiedad sobre los bienes materia de la garantía, y esto dificultaba la constitución de garantías mobiliarias sobre bienes materia de importación, por ejemplo.

Al no obtenerse con la dación de la Ley 28677 los resultados esperados, respecto de incremento en el acceso al crédito y disminución de las tasas de interés que se aplicaba a los mismos, es que se gestaron y presentaron al Congreso de la República del Perú varios proyectos de ley con el propósito de modificar la Ley de Garantía Mobiliaria —Ley 28677— incorporando en sus propuestas legislativas buenas prácticas internacionales en materia de Garantías Mobiliarias, referidas a cinco aspectos: ámbito de aplicación, creación, prelación, registro y publicidad, y ejecución, no llegando los mismos a ser aprobados por el Congreso y siendo archivados.

Finalmente, en el año 2018 mediante Ley 30823, art. 2, numeral 2, literal *c*), se delega en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materias relacionadas con la gestión económica y competitividad, de integridad y lucha contra la corrupción, de prevención y protección de personas en situación de violencia y vulnerabilidad y de modernización de la gestión del Estado, especificándose que ello incluye, que en materia de gestión económica y competitividad, el Poder Ejecutivo está facultado para legislar a fin de:

«*c*) Impulsar el desarrollo productivo y empresarial de las micro, pequeñas y medianas empresas (MIMYME) y de los sectores de alto impacto de la economía nacional, mejorando el financiamiento y otorgamiento de garantías y similares, así como estableciendo una *nueva regulación del régimen societario, de "garantía mobiliaria" y del régimen de contrataciones*<sup>1</sup>. Asimismo, promover la formalización laboral. Estas disposiciones no implicarán restringir las competencias registrales y notariales, ni implicarán efectuar modificaciones sobre el régimen de las micro y pequeñas empresas (MYPE)».

En este contexto, el 10 de septiembre de 2018 se publicó en el *Diario Oficial El Peruano* el Decreto Legislativo 1400 que aprueba el Régimen de Garantía Mobiliaria, derogando la Ley 28677 que había regido desde el 2006. La entrada en vigencia del Decreto Legislativo 1400 se previó para el primer día hábil siguiente del funcionamiento de las bases de datos del Sistema Informativo de Garantía Mobiliaria (SIGM) que disponía dicha norma.

Mediante Decreto Supremo 243-2019-EF, publicado el 3 de agosto de 2019 en el *Diario Oficial El Peruano*, se aprobó el Reglamento del Decreto Legislativo 1400, que consta de cincuenta y cuatro (54) artículos y siete (7) disposiciones complementarias finales. Este Reglamento prevé que su propósito es asegurar una adecuada implementación y establecer las disposiciones que regulen la ejecución del régimen de garantía mobiliaria y el Sistema Informativo de Garantías Mobiliarias (SIGM), sistema bajo la administración de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP).

De acuerdo a lo previsto en la segunda disposición complementaria final del Decreto Legislativo 1400, la SUNARP tiene un plazo de noventa (90) días, contados a partir del día siguiente de que se emitió el reglamento, para iniciar el proceso de contratación correspondiente para el desarrollo del Sistema Informativo de Garantías Mobiliarias (SIGM), por lo que hacia finales del año 2019 esta contratación debe haberse concretado.

El Decreto Legislativo 1400 también prevé que, desde la fecha de suscripción del contrato para el desarrollo del SIGM la SUNARP tiene un plazo de doscientos setenta días calendario para poner en funcionamiento la base de datos del SIGM y su interconexión con los respectivos registros jurídicos, pudiendo ese plazo ser prorrogado por una única vez, por lo que el 2020 ya se debería estar funcionando

---

<sup>1</sup> La cursiva es nuestra.

el SIGM previsto en el Decreto Legislativo 1400 y reglamentado por el Decreto Supremo 243-2019-EF.

Debemos precisar que a la SUNARP, como entidad administradora del SIGM, le corresponde organizar, administrar, supervisar y brindar las seguridades necesarias para el correcto funcionamiento de la plataforma electrónica en que se basa el SIGM. Asimismo, corresponde a la SUNARP aprobar —vía Resolución de Superintendencia— las normas complementarias para la operatividad del procedimiento sancionador previsto dentro del marco del Sistema Informativo de Garantías Mobiliarias (SIGM).

## II. NUEVO RÉGIMEN DE GARANTÍA MOBILIARIA EN PERÚ

El Decreto Legislativo 1400 regula el régimen de garantía mobiliaria y el Sistema Informativo de Garantías Mobiliarias (SIGM). El Decreto Supremo 243-2019-EF aprueba el Reglamento del Decreto Legislativo 1400.

El Decreto Legislativo 1400 opta no por hacer ajustes al régimen vigente desde el 2006, sino a un cambio drástico en la regulación de la garantía mobiliaria en Perú al establecer un sistema puramente informativo que permite publicitar los gravámenes constituidos respecto de bienes muebles y que han sido colgados o anotados en una plataforma electrónica, dejando sin efecto el régimen que se venía aplicando de calificación e inscripción registral de las garantías mobiliarias.

El Decreto Legislativo 1400, de acuerdo a su exposición de motivos, se ha desarrollado tomando como base las buenas prácticas internacionales en esta materia, como son:

### 1. Ámbito de aplicación

El Decreto Legislativo 1400 prevé un amplio alcance o ámbito de aplicación tanto respecto de las partes, los bienes, como de las obligaciones que pueden ser garantizadas mediante el régimen de garantía mobiliaria.

Respecto a los *sujetos* que pueden intervenir en la constitución o creación de una garantía mobiliaria, tenemos que el Decreto Legislativo 1400 permite la participación de personas jurídicas y naturales, no incluyendo limitaciones incluso si se trata de personas nacionales o extranjeras. La definición de «deudor garante» señala que se trata de «la persona natural o jurídica que constituye la garantía mobiliaria conforme a lo dispuesto en el presente Decreto Legislativo»<sup>2</sup> y la definición de «acreedor garantizado» prevé es la persona a cuyo favor se constituye la garantía mobiliaria o quien hubiese adquirido, bajo cualquier título, la obligación garantizada.

El reglamento precisa que la información de las garantías mobiliarias inscritas en el SIGM se organiza mediante la técnica de registro denominada «Folio Personal», esto es, que la información está organizada en función de cada persona deudora garante para lo cual se le asigna un código de identificación y que el Reglamento en su art. 3 de definiciones precisa que «dicho código puede ser el número de DNI, número de RUC o número de pasaporte según corresponda»<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Art. 2 del Decreto Legislativo 1400, Acrónimos y definiciones.

<sup>3</sup> DNI es el Documento Nacional de Identidad que constituye el documento de identificación que todo ciudadano peruano debe tener y que es necesario para acceder a todos los servicios y beneficios del Estado. El RUC es el Registro Único de Contribuyente, que es el número que identifica a una persona

El Reglamento precisa que el número de DNI será utilizado para la identificación de personas naturales nacionales peruanas, el número de pasaporte cuando se trate de identificar personas naturales extranjeras, y que el número de RUC será utilizado para identificar a una persona jurídica nacional, sucursal o establecimiento permanente de sociedades extranjeras, entre otros sujetos contemplados en la normativa especial de la materia, que adquieran la condición de contribuyente y/o responsable de tributos administrados por la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT).

El ámbito de aplicación del Decreto Legislativo 1400 y su reglamento es amplio respecto de los *bienes* que pueden ser objeto de una garantía mobiliaria, en tanto permite que se afecten en garantía mobiliaria todo tipo de bienes.

En esta línea, el art. 4 del Decreto Legislativo 1400 prevé que pueden ser objeto de garantía mobiliaria «los bienes muebles específicos, categorías genéricas de bienes muebles, derechos sobre bienes muebles, bienes muebles determinados o determinables, bienes muebles tangibles o intangibles, bienes muebles presentes o futuros, bienes muebles registrados o no registrados o sobre la totalidad de bienes muebles del deudor garante» y contiene un listado de los bienes a que se refiere pero precisando que el listado es enunciativo pero no limitativo.

Entre los bienes contenidos en el listado previsto en el art. 4 del Decreto Legislativo 1400 tenemos los inventarios, la indemnización proveniente de una póliza de seguro, las acciones o participaciones en sociedades, entre otros. Por su parte, el reglamento también incluye una lista de bienes que pueden ser objeto de garantía mobiliaria y un numeral 10 que señala que pueden ser objeto de garantía mobiliaria: «10. Todo bien mueble al que las partes atribuyan valor económico, que no se encuentre excluido en el art. 5 del Decreto Legislativo 1400, ni excluido, restringido o prohibido por norma legal expresa».

El art. 5 del Decreto Legislativo 1400 prevé los bienes muebles que están excluidos de ser objeto de garantía mobiliaria, como son los bienes muebles inembargables, los intangibles excluidos expresamente por ley, las naves y embarcaciones establecidas en las leyes y convenciones internacionales aplicables, los *warrants* y certificados de depósitos con *warrants* emitidos por almacenes generales de depósitos y depósitos aduaneros autorizados, así como los bienes representados por aquellos, entre otros.

Es importante resaltar que el reglamento contiene en su art. 27 parámetros para la descripción de bienes muebles dados en garantía mobiliaria, de forma tal que permita su identificación.

Respecto a las *obligaciones* que pueden ser garantizadas a través de una garantía mobiliaria, el Decreto Legislativo 1400 permite que puedan respaldarse todo tipo de obligaciones. En su art. 3 se señala que la garantía mobiliaria puede garantizar el cumplimiento de una o varias obligaciones, que se puede tratar de obligaciones propias o de terceros, de cualquier naturaleza, presente o futura, determinada o determinable, sujeta o no a modalidad.

El art. 3.3 del Decreto Legislativo 1400 prevé que, salvo las partes pacten en contrario de forma expresa, la garantía mobiliaria garantizada comprende a la misma en su totalidad; esto es, que comprende la deuda principal, los intereses, las comisiones, los gastos, las primas de seguros pagadas por el acreedor garantizado, las costas y los costos procesales, los eventuales gastos de custodia y conservación,

---

natural o jurídica como contribuyente de tributos y contiene datos de identificación de las actividades económicas a las que se dedica dicho contribuyente.

las penalidades, la indemnización de daños y perjuicios y cualquier otro concepto acordado por las partes al momento de la constitución.

Sobre el particular, el Reglamento precisa que el aviso electrónico de constitución de la garantía mobiliaria debe contener, como mínimo, el monto máximo de dicha obligación garantizada o monto máximo cubierto por la garantía mobiliaria.

## 2. Creación

El Decreto Legislativo 1400 prevé los elementos esenciales del acuerdo de creación de la garantía mobiliaria, cuando en su art. 9 señala el contenido mínimo del acto jurídico de constitución de la garantía mobiliaria, previendo que estos son: los datos que permitan la identificación del deudor garante, del acreedor garantizado o el representante designado por las partes y de la obligación garantizada, la descripción genérica o específica del bien o bienes sobre los que se constituye la garantía mobiliaria, la voluntad expresa de constituir una garantía mobiliaria, así como la declaración de quien la constituye de estar legitimado para hacerlo, el monto máximo de la obligación garantizada la que tiene que estar expresada en letras y números.

Este contenido mínimo del acto jurídico constitutivo puede constar en el propio acto jurídico constitutivo de la obligación garantizada, en un contrato de crédito, de financiamiento u de otro tipo, o en un documento aparte o anexo, o en general en cualquier documento que deje por escrito la voluntad de constitución de la garantía mobiliaria. Sobre el particular, el reglamento en su art. 5 precisa que el acto jurídico de constitución de la garantía mobiliaria debe estar contenido en cualquier medio escrito bajo sanción de nulidad, pues ello permite dejar constancia de la voluntad de las partes de afectar un bien mueble para garantizar el cumplimiento de una o varias obligaciones; también se precisa que la inscripción de la garantía mobiliaria en el SIGM no es requisito para la constitución de aquella.

En cuanto a quién puede constituir una garantía mobiliaria, el Decreto Legislativo 1400 prevé que puede constituir una garantía mobiliaria un deudor garante «que ejerce un legítimo derecho sobre los bienes muebles susceptibles de garantía mobiliaria y no se encuentre con impedimento legal de afectar dichos bienes muebles».

La norma prevé que cuando se trata de las denominadas «garantías mobiliarias preinscritas», se debe dejar constancia en el acto constitutivo del carácter futuro de aquella, y que cuando se trate de un bien en garantía cuyo valor sea variable pero no por causas de depreciación, se debe dejar constancia de las condiciones y mecanismos para la valorización del bien en caso de ejecución de la garantía.

El Decreto Legislativo prevé que la garantía mobiliaria puede ser con posesión o posesoria, cuando la posesión del bien objeto de la garantía se entrega al acreedor garantizado o a un tercero depositario designado por aquel, siendo que la garantía mobiliaria se constituye al momento de la entrega del bien. Se está ante una garantía sin posesión cuando el bien permanece en posesión del deudor garante o de un tercero. En ambos casos, la voluntad de las partes debe constar por escrito, bajo sanción de nulidad, y deja a determinación de aquellas la formalidad en que constará el acto de constitución de la garantía mobiliaria, que puede ser escritura pública, documento con firmas legalizadas o certificadas, firmas digitales o firmas manuscritas. El Reglamento, en su art. 5, precisa que la formalidad seguida para el documento donde consta la constitución de la garantía mobiliaria no condiciona su publicidad o su prelación en el SIGM.



En el caso que la garantía mobiliaria cuente con un contrato de control, aquella se considera constituida desde que se pacta dicho contrato. El Contrato de Control es aquel acuerdo entre un deudor garante, un acreedor garantizado y una empresa del sistema financiero (ESF) o el intermediario de valores mobiliarios, mediante el cual este último acuerda cumplir con las instrucciones del acreedor garantizado respecto del manejo, limitación y/o disposición de los fondos depositados en las cuentas de depósito objeto de la garantía mobiliaria.

La Garantía Mobiliaria Prioritaria de Adquisición (GMPA) es aquella que se constituye para respaldar la adquisición por parte del deudor garante de bienes muebles presentes o futuros y/o los costos de su adquisición de dichos bienes. La forma de constitución de una GMPA es la de una garantía mobiliaria sin posesión. El Reglamento precisa que en el aviso electrónico de constitución de esta GMPA la persona acreedora garantizada debe hacer referencia al carácter especial de la garantía que se trata, y que corresponde al SIGM comunicar electrónicamente de esta inscripción a las personas acreedoras garantizadas anteriores.

Salvo acuerdo expreso de las partes, la garantía mobiliaria afecta los bienes muebles, sus partes integrantes y accesorios existentes al momento de su ejecución, así como sus bienes muebles atribuibles y derivados de aquellos. El art. 27 del Reglamento prevé los parámetros que deben seguirse para la descripción de los bienes en garantía.

Finalmente, el art. 7 del Decreto Legislativo 1400 prevé que, salvo acuerdo expreso, un contrato de garantía mobiliaria constituye una sola garantía aun cuando grave varios bienes muebles y o varias categorías generales de bienes. En esta línea, el art. 25 del Decreto Legislativo 1400 prevé que la tasa por incorporación de un aviso electrónico en el SIGM es única y se aplica por cada aviso, independientemente del número o valor de transacciones contenidas en el mismo, o el número o valor de los bienes en garantía.

### 3. Prelación

Las disposiciones sobre prelación de la garantía mobiliaria son esenciales para contar con un régimen eficaz de protección para el crédito, de allí que las reglas deben ser precisas y deben regular todo tipo de conflicto de prelación entre reclamantes concurrentes, que permita evitar que se constituyan derechos de garantía posteriores que gocen de mayor prioridad que las garantías ya publicitadas a través del Sistema Informativo de Garantías Mobiliarias (SIGM).

El criterio previsto en el Decreto Legislativo 1400 es el criterio temporal. El art. 34 del Decreto Legislativo 1400 prevé que la prelación y oponibilidad ante terceros de los derechos conferidos por la garantía mobiliaria se da desde el momento en que aquella es publicitada conforme esta norma, esto es, a través de un aviso electrónico en el SIGM. El Reglamento precisa en su art. 19 que la inscripción del aviso electrónico de constitución de la garantía mobiliaria puede ser anterior o posterior al acto jurídico de constitución de aquella.

El art. 36 del Decreto Legislativo 1400 prevé que la prelación de los acreedores garantizados, cuyas garantías adquieren publicidad al ingresar un aviso electrónico en el SIGM, se rige por el criterio de prioridad en el tiempo. Siendo así que la incorporación del referido aviso electrónico otorga a dicho acreedor publicidad, prioridad y preferencia en los derechos de perseguir y pagarse con los bienes dados en garantía; prioridad que puede hacer valer frente a cualquier otro acreedor garantizado o tercero que con posterioridad, haya o no incorporado un aviso electrónico de garantía mobiliaria en el SIGM sobre el mismo bien. Así también, se tiene

que dicho acreedor que registró su aviso electrónico en el SIGM tiene prelación respecto de cualquier otro acreedor cuya garantía mobiliaria, con o sin posesión, no se hubiese publicitado.

Respecto de garantías mobiliarias sobre bienes muebles donde la posesión de aquellos ha sido entregada al acreedor garantizado o a un tercero designado por aquel, o cuando se cuenta con un contrato de control del acreedor garantizado, el Decreto Legislativo establece disposiciones particulares, que detallamos a continuación:

i) La garantía mobiliaria donde la posesión del bien la tiene el acreedor garantizado, o un depositario designado por aquel, adquiere publicidad —lo que determina su prelación— desde el momento en que se adquiere dicha posesión.

ii) Un acreedor garantizado que tiene la posesión del bien materia de la garantía mobiliaria tiene prelación sobre cualquier otro acreedor garantizado, salvo que el aviso electrónico de este segundo acreedor garantizado haya sido inscrito en el SIGM con anterioridad a la fecha en que el primer acreedor garantizado haya adquirido la posesión del bien.

iii) Cuando se trata de garantías mobiliarias sobre saldos en cuentas de depósitos en empresas del sistema financiero (ESF), certificados de depósitos a plazo o certificados bancarios en empresas del sistema financiero, la publicidad de la garantía mobiliaria se determina por el momento en que se otorga el control al acreedor garantizado. De acuerdo a lo previsto en el art. 14 del Decreto Legislativo 1400, estas garantías mobiliarias se publicitan mediante el contrato de control, sin que sea necesaria la inscripción de un aviso electrónico en el SIGM.

La prelación de la GMPA también tiene reglas especiales previstas en el Decreto Legislativo 1400, como son que toda GMPA constituida a favor de quien financia la adquisición de los bienes materia de la misma tiene prelación frente a cualquier otra garantía mobiliaria concurrente constituida por el deudor garante y que no se haya constituido con fines de adquisición de los bienes, pero para que dicha prelación sea efectiva o el acreedor que financia la adquisición de los bienes (acreedor de la GMPA) debe estar en posesión de los mismos, o antes de que el deudor garante entre en posesión de los bienes adquiridos, debe ya estar inscrito o publicitado el respectivo aviso electrónico de la GMPA en el SIGM.

El Decreto Legislativo 1400 prevé que si los bienes materia de la GMPA pasan a formar parte del inventario del deudor garante, el acreedor garantizado, además de la inscripción del aviso electrónico de su GMPA en el SIGM, debe notificar por escrito a los demás acreedores, que aparezcan con inscripciones anteriores en el SIGM que afecten dicho inventario o bienes del mismo tipo cubiertos por la GMPA, de la constitución de la GMPA a su favor.

#### **4. Registro y publicidad**

El Sistema Informativo de Garantías Mobiliarias (SIGM) se trata de una base de datos electrónica en la que, vía formularios electrónicos estándar preestablecidos, se da la publicidad de la inscripción original de las garantías mobiliarias, su modificación, cancelación y ejecución.

La base de datos del SIGM es de alcance nacional, siendo que el ingreso y consulta de los avisos electrónicos se hace de forma directa o de forma remota a través de un portal electrónico diseñado para tales efectos.

El SIGM está bajo la administración de la Superintendencia Nacional de Registros Públicos (SUNARP), tratándose de una plataforma única donde se inscriben los avisos electrónicos relativos a las garantías mobiliarias.

También se pueden inscribir en el SIGM contratos como los siguientes: arrendamiento de bienes muebles, cesión de créditos o derechos, fideicomiso de garantía sobre bienes muebles, contratos preparatorios, mandatos y/o resoluciones judiciales, arbitrales o administrativas.

De esta forma, la información contenida en el SIGM se constituye en una fuente objetiva, pública y de acceso remoto sobre la constitución, modificación, cancelación y ejecución de garantías mobiliarias, brindando información a los agentes económicos sobre si los bienes muebles de un deudor garante se encuentran libres o afectados a garantía mobiliaria, y en caso de corresponder, que conozcan el orden de prelación de la garantía mobiliaria constituida a su favor, cuando concurren varios acreedores de garantías mobiliarias respecto de un mismo bien mueble. Es así que podemos señalar que la inscripción de un aviso dentro del marco del SIGM contribuye a la determinación eficiente del orden de prelación entre distintos acreedores garantizados por garantías mobiliarias.

En mérito a la inscripción del aviso electrónico que el acreedor garantizado inscribe en el SIGM, se logra la publicidad y la prelación y oponibilidad frente a terceros de su derecho de garantía, sin que se requiera algún tipo de calificación registral, ni la intervención de un notario público, pues la inscripción del aviso otorga fecha cierta y prelación a la garantía mobiliaria a que se refiere.

Un aspecto importante es que la inscripción del aviso electrónico resulta independiente a la constitución de la garantía mobiliaria, por lo que aquel no convalida acto jurídico o contrato, así como tampoco califica su existencia, eficacia o validez, ni confiere veracidad a la información publicitada.

Este ingreso del aviso al SIGM será por vía electrónica, a través de usuarios del SIGM acreditados previamente ante la SUNARP, siendo el costo para la incorporación de un aviso se aplica una tasa única no porcentual; esto es, que no está determinada por el valor de los bienes dados en garantía ni por la cantidad de bienes a que se refiere el aviso electrónico.

Al tratarse el SIGM un sistema de avisos electrónicos en base a formularios estándar, la SUNARP no es responsable del contenido de los avisos electrónicos que se ingresen en la base de datos del SIGM, siendo la SUNARP responsable únicamente de mantener un adecuado funcionamiento del Sistema Informativo de Garantías Mobiliarias (SIGM) de conformidad con el Decreto Legislativo 1400 y su Reglamento.

El Decreto Legislativo 1400 ha establecido un contenido mínimo del aviso electrónico de una garantía mobiliaria, como son los datos que permitan la identificación del deudor garante y del acreedor garantizado, la descripción de los bienes dados en garantía y el monto máximo de la obligación garantizada. Este aviso debe incluir información sobre el momento en que el aviso electrónico es ingresado a la base de datos, señalando día, hora, y hasta el minuto y segundo, y adquiere los efectos de la prelación y oponibilidad desde la fecha en que el aviso consta en la base de datos y queda disponible para su consulta en línea.

## 5. Ejecución

La ejecución de una garantía mobiliaria, de acuerdo a lo previsto en los arts. 48 y ss. del Decreto Legislativo 1400, se puede dar de forma judicial o extrajudicial, en el momento en que la obligación garantizada resulte exigible. Corresponde proceder con la ejecución al acreedor garantizado o al representante debidamente

autorizado, siendo que esta ejecución puede darse mediante el uso de tecnologías de la información y plataformas informáticas virtuales.

Para efectos de la ejecución se utiliza como referencia el valor, o los mecanismos y condiciones de valorización del bien que las partes acordaron.

Una vez efectuada la ejecución del bien dado en garantía, es de cargo del acreedor garantizado incorporar al SIGM un aviso que publicite la cancelación de la respectiva garantía mobiliaria.

Respecto de la toma de posesión del bien materia de garantía y ejecución extrajudicial, el Decreto Legislativo 1400 incluye la posibilidad que las partes pacten los procedimientos y mecanismos que ayudaran a asegurar la entrega de la posesión del bien en garantía, como puede ser el uso de medios electrónicos para impedir que el bien siga funcionando, el que se tenga una llave del bien o del lugar donde aquel se encuentre depositado o almacenado, a fin de facilitar la toma de posesión del mismo. El reglamento contiene disposiciones<sup>4</sup> sobre el aviso electrónico de ejecución de la garantía mobiliaria que debe publicitarse en el SIGM, el mismo que es necesario para iniciar la ejecución de la garantía, pues dicho aviso surte efectos de notificación del inicio de la ejecución y con aquel se hacen exigibles las obligaciones garantizadas de las demás personas acreedoras concurrentes.

La ejecución de una garantía mobiliaria, y por tanto la venta del bien afectado por la misma, solo se puede suspender si se acredita el cumplimiento de las obligaciones garantizadas o que el acreedor acceda expresamente a la suspensión de la venta, de conformidad al art. 52 del Decreto Legislativo 1400. En esta línea, el Reglamento precisa en su art. 51 que el trámite de designación de árbitros e instalación del arbitraje, o la interposición de una demanda judicial, no impiden la ejecución de la garantía mobiliaria, y que en ningún caso ya sea por vía judicial o arbitral, ni por medida cautelar, se puede disponer la suspensión de la ejecución o venta del bien afectado por la garantía mobiliaria.

Respecto al pacto de adjudicación del bien por el acreedor garantizado, el régimen de garantía mobiliaria sí lo permite, siempre que se cumpla con lo dispuesto en el art. 58 del Decreto Legislativo 1400 que prevé que para que opere esta adjudicación la propiedad del bien materia de la garantía mobiliaria a favor del acreedor garantizado se debe seguir el procedimiento establecido en esta norma y designar un representante común, con poder específico e irrevocable, para que en caso de incumplimiento y que corresponda la ejecución de la garantía mobiliaria, el representante esté facultado para proceder con la suscripción de toda la documentación necesaria para la transferencia del bien mueble afectado. Este procedimiento contiene disposiciones sobre la valoración del bien, cuando el mismo será adjudicado al acreedor garante, a fin proteger los derechos del deudor garante.

Un aspecto importante en la ejecución de una garantía mobiliaria es que está regulada la salvaguarda de los derechos de los acreedores con mayor prelación respecto de los bienes materia de garantía mobiliaria, al preverse que corresponde al acreedor garantizado que está procediendo a la ejecución de la garantía y a la adjudicación de los bienes muebles afectados por la misma, a pagar hasta por el valor del bien el crédito a dichos acreedores garantizados con prelación preferente.

Es importante precisar que el deudor garante puede reclamar judicialmente que se le resarza por los daños que pudiesen haberlo afectado, si la venta del bien en garantía no se realizó respetando los términos pactados.

---

<sup>4</sup> Art. 36 del Decreto Supremo 243-2019-EF.



# REPÚBLICA DOMINICANA: PROYECTO DE LEY DE GARANTÍAS MOBILIARIAS

Joselyn POLANCO  
Rocío PAULINO  
Ana Patricia OSSERS

**SUMARIO:** I. ANTECEDENTES.—II. SISTEMA JURÍDICO ACTUAL.—III. PLANIFICACIÓN DEL PROYECTO.—IV. SIMILITUDES Y DIVERGENCIAS DEL PROYECTO Y LA LEY MODELO INTERAMERICANA.—V. CONCLUSIONES.

## I. ANTECEDENTES

Al entrar en vigencia el Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana y Estados Unidos (DR-CAFTA), y para lograr el mayor aprovechamiento de las oportunidades potenciales que abre el DR-CAFTA, nos hemos visto compelidos a buscar herramientas eficientes de acceso al crédito, que les permitan a las pequeñas y medianas empresas (pymes) adoptar procesos cada vez más competitivos e innovadores que puedan crear nuevas oportunidades para el desarrollo productivo del país.

Las pequeñas y medianas empresas (pymes) son consideradas un importante soporte de la economía dominicana por su contribución a la generación de empleos, participación en el crecimiento del PIB y capacidad productora de bienes y servicios para la exportación, por lo que contribuyen además, de manera significativa, a la estabilidad social y política del país. Todas estas razones nos han mostrado claramente que debemos buscar herramientas innovadoras que nos permitan contribuir con el desarrollo de las pequeñas y medianas empresas (pymes), permitiendo su acceso al crédito a un menor costo, toda vez, que actualmente estas empresas no poseen las garantías que les permite acceder al crédito formal o su ingreso puede ser resultar muy oneroso, por la escasa disponibilidad de información que poseen.

El Gobierno del presidente Danilo Medina ha diseñado un Plan en apoyo a las MIPYMES, que incluye el fortalecimiento del marco legal e institucional, entre los que se encuentra la implementación de políticas, programas y herramientas para asegurar el acceso al crédito de las MIPYMES<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Marina ORTIZ, Miguel CABAL y Rita MENA, *Micro, Pequeñas y Medianas Empresas en la República Dominicana 2013*, Santo Domingo, Editora Fondo para el Financiamiento de la Microempresa, Inc., 2014.

Para contribuir con el objetivo de este plan, República Dominicana se encuentra en la búsqueda de un marco legal eficaz, eficiente y competitivo, que otorgue a las pymes herramientas de financiamientos seguras, que desarrolle un sistema de garantías transparente, el cual conlleve la creación de una base de datos, es decir, un registro único con su procedimiento y proceso de consultas, en el cual puedan visualizarse todos los derechos mobiliarios registrados, y en el que puedan ser utilizados todo tipo de garantías mobiliarias para apoyar el sector productivo, lo que hace necesario una reforma integral al régimen de garantías mobiliarias, un gran cambio para el país tanto a nivel jurídico como social, pero que traerá consigo competitividad y atracción de empresas extranjeras para realizar financiamiento en este país.

A partir del año 2002, la Organización de los Estados Americanos (OEA) implementó una iniciativa llamada Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias, con el fin de modernizar los sistemas jurídicos de las Américas, diferentes países han actualizado su marco normativo, destacándose países como Colombia, Costa Rica, Honduras, Guatemala, entre otros más, que han adaptado su legislación a este modelo; leyes que según han demostrado los indicadores estadísticos han impactado increíblemente el acceso al crédito luego de su implementación. Una ley como esta es la que necesita nuestro país, con la cual se logre impactar el crédito que cuente con un registro sin calificación, accesible al público en tiempo real, en el que se puedan realizar consultas en línea, con un sistema transparente de prelación y sobre todo que sea de bajo costo. En cuanto a la parte procesal, necesitamos procesos judiciales y extrajudiciales acorde a la naturaleza de los bienes en garantía, que permitan una pronta recuperación de los bienes, siempre realizado bajo un marco de legalidad y seguridad jurídica para todas las partes involucradas.

Adicionalmente, a todo lo expuesto anteriormente, cabe destacar que con esta iniciativa el país promueve la inclusión financiera de las pequeñas y medianas empresas (pymes), a través del uso de diferentes bienes muebles como garantía para adquisición de crédito, dando una mayor apertura a su participación en el sistema financiero.

## II. SISTEMA JURÍDICO ACTUAL

El marco normativo en el que se encuentra regulada la prenda en nuestro país es muy variado, por lo que podemos decir que existe lo que llamamos una dispersión normativa, es decir, no existe una normativa uniforme y específica donde se establezca la prenda, una parte se encuentra en el Código Civil, que establece la prenda sin desapoderamiento de Derecho común, en el Código de Comercio, la prenda comercial establecida y la prenda universal regulada por la Ley de Fomento Agrícola núm. 6186, de 12 de febrero de 1963.

Las garantías prendarias se registran en el Juzgado de Paz del domicilio del deudor y se anotan en un libro especial, posteriormente la inscripción se realiza al dorso del contrato, tal y como lo establece la Ley de Fomento Agrícola núm. 6186, de 12 de febrero de 1963. Este proceso conlleva que muchas veces el acreedor deba trasladarse al interior del país a registrar su garantía, ante la situación de que es ahí donde está ubicado el domicilio del deudor, lo que resulta, en costo y duración del proceso tanto para el deudor como el acreedor, obviando el principio de celeridad y economía procesal. Otro punto importante es la certeza de la existencia de ese gravamen al momento de que sea necesario obtener una certificación de la misma.

De igual forma, el proceso de ejecución de estas garantías genera incertidumbre al no existir un plazo estimado para que el proceso judicial culmine. Actual-



mente nuestros tribunales se encuentran con una gran mora judicial por el exceso de expedientes, lo que no permite que los procesos de ejecuciones sean rápidos y expeditos, resultando esto en una desventaja para el acreedor que no puede apropiarse de las garantías en tiempo oportuno, lo que conlleva pérdida a su financiamiento, entendiéndose esto como una de las razones por la que las empresas con capacidad para ofrecer como garantías bienes con mayor facilidad de recuperación son las que, a través de los años y continua de esta forma, han tenido un real acceso al crédito formal.

### III. PLANIFICACIÓN DEL PROYECTO

Desde mediados del año 2013, el Ministerio de Industria, Comercio y Mipymes (MIC), líder del proyecto y el cual está dirigido por el señor Ignacio Méndez, vicedirector de Fomento a las pequeñas y medianas empresas (pymes), conjuntamente con el Banco Central de la República Dominicana (BCRD) como soporte del proyecto, se encuentran inmersos en los trabajos para la realización de una reforma integral del sistema de garantías mobiliarias, con la asistencia de la Oficina de Asistencia Técnica del Departamento de Estado de Estados Unidos (OTA, por sus siglas en inglés), quienes contrataron a los señores María del Pilar Bonilla y Joaquín Picado para que junto a un grupo de expertos nacionales elaboraran lo que es hoy un anteproyecto de ley de garantías mobiliarias.

Para iniciar esta reforma, y lograr estos objetivos, el Banco Mundial y la Corporación Financiera Internacional (IFC) realizaron un diagnóstico, que abarcó el marco económico-financiero, jurídico e institucional de la República Dominicana, el cual mostraría las debilidades y fortalezas del sistema, lo que les permitiría preparar el plan de acción que conllevaría la realización de esta reforma<sup>2</sup>. Los hallazgos y recomendaciones realizadas han sido incluidos en el Proyecto de Ley que hoy tenemos. Al mismo tiempo, se realizó una agenda pormenorizada, se establecieron los tiempos, identificación de actores claves tanto en el sector privado como público, se evaluó la importancia de incluir los órganos judiciales en el proceso, quienes eran de vital importancia para la implementación del mismo.

Se dio inicio a las reuniones para presentar el contenido del Proyecto de Ley, con todos los participantes claves del sistema, exponiendo las bondades del mismo y lo necesario para el ordenamiento jurídico de nuestro país. En principio hubo resistencia; sin embargo, poco a poco se fue logrando que hicieran suyo este proyecto y fuimos haciéndole sentir que eran partes muy importante en esto, estábamos muy urgidos de sus observaciones, y fue así como iniciamos este camino que falta poco por finalizar o quizá apenas inicia.

En el marco de estas reuniones, los temas más preponderante eran el pacto comisorio y la parte de publicidad registral, con la creación de un registro único de garantías, causando cierta inquietud, ya que no se entendía que este no era un registro de derecho, sino un registro de transacciones, es decir, no se lleva a cabo una calificación registral de los documentos, más bien es un archivo electrónico, diseñado para hacer públicos los avisos que contienen la constitución, modificación, cancelación y ejecución de las garantías mobiliarias inscritas. En cuanto a derogar el pacto comisorio, establecido en nuestro Código Civil desde muchos años atrás, en principio fue muy difícil aceptar esta realidad, entendiéndose que este pacto comisorio es lo que ha impedido que los acreedores de forma abusiva afecten

---

<sup>2</sup> BANCO MUNDIAL-IFC, *Diagnóstico: Sistema de Garantías Mobiliarias República Dominicana*, agosto 2014.

el patrimonio de los deudores, art. 2078<sup>3</sup>. Sin embargo, luego de múltiples visitas, presentaciones y seminarios de los consultores, y mostrar cuáles han sido las mejores prácticas internacionales en esta materia, se comprendió la importancia de esta figura en una Ley de Garantías Mobiliarias.

A partir de este momento, se dio inicio a lo que llamamos el primer componente de la reforma, con la elaboración del primer borrador del Proyecto de Ley, de los cuales hemos tenido al menos seis (6) borradores, donde todos los actores han tenido la oportunidad de hacer sus observaciones, las cuales fueron ponderadas y en una gran parte acogidas en el proyecto. Estas observaciones dieron lugar a que se planteara la necesidad de hacer seminarios de capacitación a los sectores para aclarar algunas inquietudes y dudas, los cuales fueron realizados exitosamente y contribuyeron de forma significativa para disipar esas dudas e inquietudes.

El segundo componente de este proyecto es la implementación del Registro de Garantías Mobiliarias con su reglamento, el cual establecerá la operatividad del sistema y posteriormente serán emitidos los manuales correspondientes por la entidad que sea la administradora del sistema.

En enero de 2015 el Banco Mundial y la Corporación Financiera Internacional (IFC) realizaron un asesoramiento técnico para elegir los candidatos para operar el registro de garantías mobiliarias, de los cuales fueron elegidos tres (3) potenciales operadores del registro de garantías mobiliarias, resultando electa la Cámara de Comercio y Producción de Santo Domingo (CCPSD), por tener la infraestructura tecnológica, ya que es la entidad que lleva el Registro Mercantil y tiene la disposición de alojar un nuevo registro.

Es importante acotar que, con la aprobación de una Ley de Garantías Mobiliarias, el indicador del *Doing Business*, que mide temas de competitividad en el acceso al crédito, nos permitirá estar en un mejor lugar de puntuación. Este indicador tuvo una gran mejoría con la aprobación de la Ley de Reestructuración y Liquidación de Empresas y Personas Comerciantes en el año 2015, la cual entró en vigencia el 7 de febrero del presente año 2017, lo cual influye positivamente en la inversión extranjera y además permite que las entidades financieras puedan recuperar su dinero en caso de insolvencia de algunos de sus deudores, lo que unido a una Ley de Garantías Mobiliarias será un gran avance a nivel de los países más avanzados en esta materia.

#### **IV. SIMILITUDES Y DIVERGENCIAS DEL PROYECTO Y LA LEY MODELO INTERAMERICANA**

El Proyecto de Ley de Garantías Mobiliarias de la República Dominicana tiene muchas similitudes con la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias («Ley Modelo»), esto es así porque el Proyecto para la República Dominicana busca emular las mejores prácticas y disposiciones internacionales en materia de garantías mobiliarias, y es por este motivo que las recomendaciones de Ley Modelo fueron tomadas en cuenta para la elaboración de la regulación dominicana.

Dentro de las principales similitudes del Proyecto de Ley que podemos citar, son las relativas a los objetivos y principios de la ley, así como a las disposiciones

---

<sup>3</sup> Véase art. 2078 del Código Civil R. D., que reza: «No puede el acreedor, por falta de pago, disponer de la prenda, sin perjuicio de que pueda hacer ordenar en justicia se le entregue como pago hasta la debida concurrencia, según tasación hecha por peritos, o que se venda en pública subasta. Cualquier cláusula que autorice al acreedor para apropiarse la prenda o para disponer de ella, sin las formalidades expresadas, se considerará nula».

concernientes a la constitución, publicidad, reglas de prelación, ámbito de aplicación de la ley de ejecución de las garantías mobiliarias conforme se podrá apreciar en adelante.

El Proyecto de Ley de Garantías Mobiliarias de la República Dominicana, al igual que la Ley Modelo, se encuentra fundamentado en los siguientes objetivos nacionales:

— Facilitar el acceso al crédito de las micro, pequeñas y medianas empresas dominicanas (MYPIMES), mediante la ampliación de los tipos de bienes muebles que pueden constituir garantías mobiliarias<sup>4</sup>.

— Establecer un marco jurídico del régimen de garantías mobiliarias unitario, para su constitución, efectividad, publicidad, registro, prelación, ejecución y todo lo relacionado con las garantías mobiliarias.

— Establecer criterios claros con respecto a la publicidad de los diferentes tipos de garantías mobiliarias, ya que bajo el marco jurídico actual no existe un registro único de registro de las garantías mobiliarias y los acreedores se tienen que dirigir a diferentes registros para registrar su garantía y darle publicidad.

— Asegurar la eficacia de la garantía mediante el establecimiento de criterios claros sobre el orden de prelación de las garantías.

— Crear un proceso de ejecución de garantías mobiliarias rápido y eficiente, que permita la ejecución de la garantía inmobiliaria en tiempo razonable para evitar pérdidas innecesarias y procurando mantener garantías a favor del deudor.

Al igual que la Ley Modelo, el Proyecto de Garantías Mobiliarias de la República Dominicana tiene por objeto regular las garantías mobiliarias, el sistema electrónico de registro y los procesos de ejecución relacionados con dichas garantías.

De acuerdo a las recomendaciones de la Ley Modelo, y en el entendido de que dichos bienes muebles entran en el ámbito de aplicación de legislaciones especiales, el régimen de Garantías Mobiliarias no se aplica a las aeronaves, helicópteros, buques o bienes que en virtud de las leyes dominicanas son objeto de hipoteca.

El Proyecto de Ley de la República Dominicana, a diferencia de la Ley Modelo, tiene un espectro más amplio de bienes muebles que pueden ser sujeto de garantías, dentro de los cuales se incluyen los «patrimonios autónomos»<sup>5</sup>, hace una separación entre bienes corporales e incorporales, e incluye una definición más extensa de las garantías mobiliarias. Dentro de los bienes corporales abarca: materia prima, inventarios fijos, inventarios revolventes, equipos de toda naturaleza, productos industrializados, productos finales, cosechas, frutos, títulos de crédito, títulos representativos de mercaderías y acciones.

Dentro de los bienes incorporales abarca: derechos de crédito, rentas, flujos de contratos, derechos de propiedad industrial y participaciones sociales.

Asimismo, el Proyecto de Ley de Garantías Mobiliarias de la República Dominicana incluye la figura de control, que es el acuerdo entre la institución depositaria o el intermediario de valores mobiliarios, el deudor garante y el acreedor garantizado, según el cual la institución depositaria o intermediario de valores acepta a partir de ese momento cumplir las instrucciones del acreedor garantizado, sin requerir de la autorización del deudor garante, respecto al manejo, limitación, pago de los fondos depositados en las cuentas objeto de la garantía o respecto de

---

<sup>4</sup> Se propone un concepto amplio y genérico de garantía mobiliaria, que incluye la posibilidad de gravar bienes muebles presentes o futuros. La ley prevé los bienes incorporales, los bienes derivados y bienes atribuibles y las garantías inmobiliarias prioritarias para la adquisición de bienes muebles.

<sup>5</sup> Definidos en la ley como sigue: «*Patrimonio Autónomo*: conjunto de bienes y/o derechos están afectos a un fin, tales como patrimonios fideicomitidos».

la disposición de los valores depositados en la cuenta de inversión, de conformidad con lo dispuesto en el contrato de control, que se rige por la ley.

Un ejemplo en el cual pudiera aplicarse la figura de control es en caso de garantías sobre depósitos de dinero, en las cuales puede constituirse y publicitarse este tipo de garantía (Control) mediante la adquisición del control por parte del acreedor garantizado.

Continuando con las similitudes, el Proyecto de Garantías Mobiliarias de la República Dominicana adopta de la Ley Modelo la figura de la garantía mobiliaria prioritaria para la adquisición de bienes muebles, que financia la adquisición de uno o varios bienes, sobre los que se crea la garantía mobiliaria, y puede garantizar la adquisición de bienes presentes o futuros y los costos de adquisición de los mismos. Pudiendo los acreedores que financian bienes de esta manera tener prelación frente a las garantías de otros acreedores.

Con relación a la garantía mobiliaria prioritaria para la adquisición de bienes muebles, a diferencia de lo estipulado en la Ley Modelo, para fines de prelación en adición al formulario de registro, se deberá describir el tipo y la categoría de garantía mobiliaria en el contrato de constitución de la garantía para fines de prelación.

Al igual que en la Ley Modelo, la prelación en el Proyecto de Garantías Mobiliarias de la República Dominicana está definida por la constitución de la garantía mobiliaria y el cumplimiento de los requisitos de publicidad. Con respecto a la constitución de la garantía mobiliaria, el Proyecto de Ley de la República Dominicana, establece de una forma más flexible la constitución de la garantía mobiliaria por pacto contenido en un contrato, por contrato de constitución de garantía mobiliaria, o por disposición de Ley o Judicial<sup>6</sup>, a diferencia de la Ley Modelo que establece la forma de constitución de la garantía mediante contrato entre el deudor y el acreedor garantizado.

Con respecto a la garantía mobiliaria con desapoderamiento (desposesión) al igual que la Ley Modelo, la garantía surte efectos desde el momento en que el deudor garante entrega posesión o control de los bienes en garantía al acreedor garantizado o a un tercero designado.

De forma símil a la Ley Modelo, el Proyecto de Garantías Mobiliarias de la República Dominicana establece que la escritura de la constitución de la garantía se puede hacer en escritura pública o en documento privado con o sin firmas legalizadas o en documento electrónico con firma digital.

Asimismo, en el Proyecto de Garantías Mobiliarias de la República Dominicana se reconoce la validez de la garantía mobiliaria sobre créditos, dentro de los cuales se incluyen los créditos documentarios y se establece un procedimiento de publicidad de las garantías sobre títulos de créditos y títulos representativos de mercaderías emitidos de forma electrónica.

En el Proyecto de Garantías Mobiliarias de la República Dominicana, al igual que la Ley Modelo, el registro de las garantías mobiliarias se organiza en base a un sistema de folio personal, pero se prevé en el Proyecto de República Dominicana que se permita la búsqueda de bienes específicos, siempre que dichos bienes tengan un número de serie que permita identificarlos con exactitud.

Dentro de las divergencias principales relativas al registro, entre el Proyecto de Garantías Mobiliarias de la República Dominicana y la Ley Modelo, se pueden citar

---

<sup>6</sup> Ejemplo de las leyes tributarias o judiciales. Aquellos que ejercen de forma legítima derechos de retención de bienes muebles no requieren de la suscripción de un contrato o pacto para la constitución de su garantía mobiliaria.

las disposiciones relativas al acceso al Registro de Garantías Mobiliarias, mientras que la Ley Modelo prevé un sistema de acceso abierto, el Proyecto de la República Dominicana prevé un registro electrónico al cual solo podrán acceder los usuarios del sistema, existiendo dos tipos de usuarios, los usuarios A y los usuarios B.

Los usuarios A son las personas que pueden inscribir avisos electrónicos de constitución, modificación, cancelación y ejecución de garantías mobiliarias, y los usuarios B son las personas que pueden consultar la información contenida en la base de datos, únicamente pueden verla y solicitar certificaciones. El Registro de Garantías Mobiliarias de acuerdo al Proyecto de Garantías Mobiliarias de la República Dominicana emitirá certificaciones y tendrán carácter de documento público auténtico.

La vigencia de la inscripción según el Proyecto de Garantías Mobiliarias de la República Dominicana, a diferencia de lo dispuesto por la Ley Modelo, es de cinco años renovables a cinco años adicionales.

Con relación al proceso de ejecución de las garantías mobiliarias, el Proyecto de Ley de Garantías Mobiliarias de la República Dominicana crea un procedimiento extrajudicial y un proceso judicial abreviado. Los procedimientos de ejecución de la garantía consisten en: *a)* venta en pública subasta; *b)* venta directa, y *c)* adjudicación. Estos procedimientos se pueden agotar tanto por vía extrajudicial o judicial de acuerdo a lo pactado entre las partes. De igual forma, dicho Proyecto prevé medidas precautorias por impugnación para no frustrar el derecho del acreedor garantizado.

De lo antes expuesto, se puede apreciar que, salvo disposiciones específicas contenidas en el Proyecto de Ley, y de conformidad con el marco jurídico de la República Dominicana, el Proyecto está inspirado en gran medida en la Ley Modelo, de la cual ha adoptado las mejores referencias y disposiciones en materia de garantías mobiliarias, considerándola uno de los mejores referentes en la región en materia de garantías mobiliarias.

## V. CONCLUSIONES

Finalmente, podemos concluir diciendo que República Dominicana está aunando esfuerzos para que este Proyecto de Ley se realice acorde a los principios internacionales de la Ley Modelo Interamericana y su Registro, la Guía Legislativa Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional y los Principios de IFC.

Al promulgarse la ley que entendemos será este año, nuestro tercer componente será la capacitación para la comprensión de la figura a todos los operadores del sistema y posteriormente a un año de su entrada en vigencia, realizar las estadísticas para conocer el impacto que han tenido las pymes con la implementación de esta ley y su Reglamento de Aplicación.



PARTE IV  
**INFORMES SUPRANACIONALES**





# **LAS REFORMAS EN GARANTÍAS MOBILIARIAS PARA LA INCLUSIÓN FINANCIERA Y EL EMPODERAMIENTO ECONÓMICO DE LAS MUJERES**

María Celina CONTE

El propósito de este material es contribuir con las reflexiones y consideraciones en torno al potencial impacto de la implementación efectiva de un sistema de garantías mobiliarias o de su reforma, incluyendo su sistema de registro, en la inclusión financiera, y en particular, a la seguridad económica y ciudadanía de las mujeres, en la medida que la aplicación de este tipo de legislación tome en cuenta las necesidades y barreras que enfrentan las mujeres, así como el impacto diferenciado que dicha implementación puede tener en sus vidas y en la sociedad en general.

Varias de las ideas abordadas en este material fueron presentadas por quien suscribe durante tres seminarios internacionales en materia de reforma de garantías mobiliarias organizados por el Departamento de Derecho Internacional (DDI) de la Organización de los Estados Americanos (OEA) llevados a cabo en El Salvador y Perú, en 2014, y en Jamaica, en 2015, con la participación de diversos sectores, incluyendo gobierno, academia, banca, y organismos internacionales y regionales, entre otros<sup>1</sup>.

Antes de abordar el potencial impacto de un sistema eficiente de garantías mobiliarias o de las reformas de estos sistemas, tomando en cuenta los principios de la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias, es preciso destacar que, a más de veinte años de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer realizada en Beijing (1994), el tema de empoderamiento económico de las mujeres y cómo un entorno normativo propicio podría contribuir a promover la igualdad de género, sigue representando un tremendo desafío. En este marco, de limitado acceso por parte de las mujeres a los recursos productivos, incluyendo el acceso al crédito

---

<sup>1</sup> María Celina CONTE, *Secured Transactions and Asset-Based Lending for Financial Inclusion and Women's Economic Security and Citizenship*, presentado en Caribbean Capacity-Building Workshop on Secured Transactions and Asset-Based Lending, Kingston, Jamaica, febrero de 2015. Disponible en [http://www.oas.org/en/sla/dil/docs/gm\\_jamaica\\_feb\\_2015\\_presentations\\_Mar1a\\_Celina\\_Conte\\_1.pdf](http://www.oas.org/en/sla/dil/docs/gm_jamaica_feb_2015_presentations_Mar1a_Celina_Conte_1.pdf).

formal, los préstamos garantizados se tornan como un catalizador para inyectar las economías y sobre todo para transformar a las micro, pequeñas y medianas empresas, en las cuales se cuenta con una amplia participación femenina.

*En cuanto al estado de situación de los derechos de las mujeres y la igualdad de género*, los países de América Latina y el Caribe (ALC) han ido adaptando gradualmente sus leyes nacionales al marco jurídico internacional e interamericano sobre los derechos de las mujeres, en particular, respecto a la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), así como a una serie de compromisos políticos en la materia. Según la OCDE<sup>2</sup>, en el mundo en desarrollo, ALC ha logrado los avances más significativos en términos del reconocimiento formal de los derechos de las mujeres, lo cual va desde la ratificación del marco jurídico internacional e interamericano, el reconocimiento de la igualdad entre hombres y mujeres a nivel constitucional, y la formulación de leyes y políticas públicas sobre los derechos de las mujeres y la igualdad de género.

Este marco ha sido replicado en la mayoría de los países mediante enmiendas constitucionales sobre la igualdad de género, leyes sobre diferentes aspectos de los derechos humanos; políticas públicas para la aplicación de este marco; mecanismos de sanción de la discriminación y la promoción de los derechos; y campañas de sensibilización y formación de agentes del Estado. Asimismo, ALC es la región en desarrollo que ha logrado los mayores avances en reducir la brecha de género en la educación, la participación en la fuerza laboral, los derechos civiles, la propiedad de la tierra y el derecho de familia<sup>3</sup>.

A pesar de estos avances, existe una permanente brecha entre la igualdad de jure y la igualdad *de facto*. La legislación internacional y nacional, así como las garantías constitucionales de igualdad, todavía no se reflejan en la vida de millones de mujeres de la región. Persisten muchos obstáculos para la plena realización de los derechos y la ciudadanía de las mujeres, incluyendo su acceso a la educación de calidad, al empleo remunerado y recursos productivos, a beneficios igualitarios en la salud y otros servicios sociales, hasta la capacidad de las mujeres para ejercer sus derechos sexuales y reproductivos, para protegerse contra la violencia tanto en el seno de su hogar como en el ámbito público, y de incidir en la toma de decisiones<sup>4</sup>.

Bajo dicho contexto hemisférico han venido operando y operan la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM) y la OEA, con la misión de apoyar a los Estados Miembros en sus esfuerzos para cumplir con sus compromisos internacionales e interamericanos en materia de derechos de las mujeres e igualdad de género, a fin de que estos se reflejen en políticas públicas efectivas, contribuyendo a la plena e igualitaria participación de las mujeres en los ámbitos civil, político, económico, social y cultural. Como parte de dichos esfuerzos, la CIM ha venido acompañando los esfuerzos de la OEA, a través del Departamento de Derecho Internacional, orientados a fomentar la inclusión financiera de las mujeres mediante la promoción de la adopción de los principios de la Ley Modelo Interamericana sobre Ga-

---

<sup>2</sup> OECD, *Atlas of gender and development: How social norms affect gender equality in non-OECD countries*, Paris, Organization for Economic Cooperation and Development, 2010, p. 92, [http://www.oecd.org/document/50/0,3746,en\\_2649\\_33935\\_44810034\\_1\\_1\\_1\\_1,00.html](http://www.oecd.org/document/50/0,3746,en_2649_33935_44810034_1_1_1_1,00.html).

<sup>3</sup> CIM, «Citizen Security and women's human rights. Statement by the President of the CIM», en Rocío GARCÍA GAYTÁN, *International Conference in Support of the Central American Security Strategy*, Guatemala City, 22-23 de junio de 2011.

<sup>4</sup> Mayor información en la web de CIM en <http://www.oas.org/es/cim/derechos.asp>.

rantías Mobiliarias, que fuera adoptada en 2002, así como de su Reglamento Modelo para el Registro.

*Respecto a la situación actual de los derechos económicos de las mujeres*, a pesar de los importantes avances experimentados en ALC durante la última década en la participación de las mujeres en el mercado laboral —que aumentó en un 35 por 100 desde el año 1990—, y aunque las mujeres representan el 52,1 por 100 de la población en edad de trabajar, todavía se enfrentan a obstáculos persistentes, las mujeres siguen sobrerrepresentadas entre los desempleados, permanecen confinadas en posiciones más vulnerables que sus homólogos masculinos y están expuestas a otros déficit persistentes de trabajo decente y brechas de género (participación laboral, salarial, segregación ocupacional, precariedad e informalidad, participación en posiciones de decisión y poder, y distribución del trabajo doméstico no remunerado, entre otros)<sup>5</sup>.

La incursión de las mujeres en el mercado laboral se ha dado de una manera irreversible sin que esto haya significado una redistribución de los roles de género y ellas sigan como principal responsables del trabajo reproductivo. El trabajo doméstico no remunerado representa una carga desproporcionada para las mujeres y en la práctica es un subsidio invisible al sistema económico, que perpetúa su subordinación y explotación<sup>6</sup>. Es uno de los principales obstáculos que enfrentan las mujeres para entrar en la fuerza de trabajo. De hecho, la evidencia muestra que el trabajo doméstico no remunerado en algunos países representan alrededor del 25 por 100 (México, Perú, El Salvador) del Producto Bruto Interno (PBI) de dichos países —en algunos casos, una equivale a una contribución superior a la que es aportada por el sector industrial—.

Además, las mujeres predominan entre los pobres y los más pobres, tomando en cuenta que la pobreza va mucho más allá del ingreso insuficiente, pues su impacto se hace sentir también en otras dimensiones, como en la falta de oportunidades, trabajo, tiempo, movilidad y acceso a redes de contactos.

A pesar de las persistentes brechas de género y los obstáculos que enfrentan las mujeres, las investigaciones muestran que el aumento de su participación en el mercado laboral ha representado el mayor motor del crecimiento mundial y la competitividad. Ante ello, cerrar la brecha del empleo asalariado podría impactar significativamente el ingreso per cápita, el crecimiento del PIB, la competitividad y la reducción de la pobreza. En un escenario de paridad en las tasas de empleo asalariado, aumentaría el PIB de los Estados Unidos de América hasta en un 9 por 100, el PIB de la zona euro en un 13 por 100 y el PIB japonés en un 16 por 100; así como el ingreso per cápita en quince grandes economías, incluyendo Brasil y México, en un 14 por 100 en 2020 y 20 por 100 para el año 2030<sup>7</sup>. Además, hay evidencia de que, en términos de los niveles de pobreza, en ALC, el aumento de los ingresos de las mujeres ha sido fundamental para la reducción de la pobreza en la última década. Un estudio del Banco Mundial señala que el incremento de ingresos de las mujeres ha contribuido al 30 por 100 de reducción de la pobreza extrema en la región<sup>8</sup>.

Cuando se incrementan los ingresos del hogar controlados por las mujeres, ya sean provenientes de ingresos propios o producto de transferencias de efectivo, se

<sup>5</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE MUJERES (CIM/OEA), *Avance de la Igualdad de Género en el marco del Trabajo Decente*, 2011.

<sup>6</sup> CEPAL, *Consenso de Brasilia, Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe*, Brasilia, 13-16 de julio de 2010, p. 2.

<sup>7</sup> IFC y ONU WOMEN, *Hechos y cifras: empoderamiento económico*, 2014.

<sup>8</sup> WORLD BANK, *The Effects of women's economic power in Latin America and the Caribbean*, 2012.

alteran las formas de gasto de tal forma que resulta beneficioso para las niñas y niños y el bienestar familiar. Esta situación propicia un círculo virtuoso en la medida que el gasto de las mujeres tiende a apoyar el desarrollo de capital humano, el que a su vez alimenta el crecimiento económico futuro. Por tanto, el impacto en el bienestar de la familia de aquellas mujeres que tienen acceso al crédito para iniciar o hacer crecer sus negocios, puede ser profundo<sup>9</sup>.

A pesar de estos importantes beneficios, solo un tercio de las pequeñas y medianas empresas (pymes) en el mundo en el sector formal están dirigidas por mujeres. Si la potencial contribución de las mujeres es tan importante, transformador, cómo no fomentar una mayor participación de las mismas en la economía en sectores más productivos. Una aplicación efectiva de la legislación de garantías mobiliarias podría contribuir en dicha dirección.

Como parte de esta reflexión, es importante tomar en cuenta que si bien las empresas de propiedad de mujeres representan un poco más del 30 por 100 de los negocios formales y registrados a nivel global, casi el 70 por 100 de las pymes de los países en desarrollo que son propiedad de mujeres son rechazadas por las instituciones financieras. Como consecuencia, las pymes formales de propiedad de mujeres presentan un déficit anual de financiamiento considerable<sup>10</sup>.

En el caso de las micro, pequeñas y medianas empresas (MIPYMES), las cuales son responsables de generar la mayor parte del empleo en las Américas, representan entre el 90 y el 95 por 100 de las empresas registradas, pero solo contribuyen en promedio al 40 por 100 del PIB de los países. Más de un tercio de estas empresas, las cuales representan entre el 50 y el 70 por 100 de los trabajos creados, son de propiedad de mujeres, y un 25 por 100 son creadas por población menor de treinta y cinco años<sup>11</sup>.

Al respecto, en las últimas dos décadas, ALC ha experimentado un incremento importante en el número de microempresas lideradas por mujeres, principalmente como una forma de salir de la pobreza frente a la crisis y debido al incremento de jefaturas femeninas en los hogares. Esto ha implicado que en gran parte acudan al sector informal y al emprendimiento personal. Debido a que elude las estrictas regulaciones laborales, la economía informal ofrece a las mujeres flexibilidad, aunque muchas veces a expensas de sus derechos laborales, pensión y otros beneficios sociales.

En el caso de Perú<sup>12</sup>, los más amplios segmentos a ser empleados informalmente son mujeres (76 por 100), trabajadores menores de treinta años (80 por 100), aquellos que cuentan con menores ingresos (99 por 100). Por otro lado, en el caso de Jamaica, otro de los países en los que la OEA ha venido promoviendo la adopción de los principios de un sistema de garantías mobiliarias y su sistema de registro, muestra las más altas cifras de informalidad entre los países angloparlantes de la región. Según un informe de la CIDH (2011), aunque las mujeres en Jamaica

---

<sup>9</sup> Goldman Sachs, «Giving credit where it is due. How closing the credit gap for women-owned SMEs can drive global growth», en ILO, *Labour Market Transition of Young Women and Men in Jamaica. The Statistical Institute of Jamaica (STATIN)*, 2014.

<sup>10</sup> *La República*, Perú, edición de 15 de julio de 2017. El 70 por 100 de pymes de mujeres son rechazadas por el Sistema financiero. Disponible en <https://www.google.com/amp/s/larepublica.pe/amp/economia/1061960-el-70-de-pymes-de-mujeres-son-rechazadas-son-rechazadas-por-el-sistema-financiero>.

<sup>11</sup> OAS, *Credit where credit is due: How collateralized lending in the Americas helps MSMEs growth*, 2012.

<sup>12</sup> CENTRO NACIONAL DE PLANEAMIENTO ESTRATÉGICO (CEPLAN), *Economía Informal en el Perú: Situación actual y perspectivas*, 2016. Disponible en [https://www.ceplan.gob.pe/documentos/\\_economia-informal-en-peru/](https://www.ceplan.gob.pe/documentos/_economia-informal-en-peru/).

representen dos tercios de las pequeñas empresas (65 por 100), reciben un poco menos de la mitad de los préstamos del gobierno (49 por 100). A nivel de microempresas, las mujeres reciben el 62 por 100 de los préstamos, cifra que disminuye a medida que crece el nivel del préstamo, lo que refleja la capacidad limitada de las mujeres para acceder a préstamos más altos<sup>13</sup>. La reforma de la actual ley de garantías mobiliarias en Perú y la adopción de la reciente ley en la materia en Jamaica, tomando en cuenta los principios de la Ley Modelo Interamericana en la materia y su correspondiente sistema de registro, representarán sin lugar a dudas pasos importantes que permitirán en dichos países una mayor inclusión financiera de un sector mayoritario de la población, como son las mujeres, con todos los potenciales beneficios que ello implicará para el bienestar social y económico de ellas y sus familias, y por ende de la sociedad en general.

Las MIPYMES propiedad de mujeres enfrentan los mismos desafíos que todas las demás MIPYMES. Sin embargo, estos desafíos generalmente se amplifican o son más difíciles de superar. El acceso al financiamiento es mencionado por más pymes propiedad de mujeres en el mundo en desarrollo como una limitación importante para establecer o desarrollar su negocio. El acceso al financiamiento para las mujeres emprendedoras/empresarias está limitado por los estereotipos tradicionales, los factores sensibles al género, así como por la falta de garantías, los débiles derechos de propiedad y las leyes, reglamentos y prácticas discriminatorias, y barreras relacionadas con las características de la empresa/propietario. Todos ellos pueden tener un impacto desproporcionado en las mujeres empresarias.

En general, se estima que alrededor del 63 al 69 por 100 de las pymes propiedad de mujeres están desatendidas o subatendidas por las instituciones financieras. Las mujeres tienen una capacidad reducida: se les pide una garantía que no tienen; su historial de crédito que ha dependido hasta ese momento del microfinanciamiento no se toma en cuenta; se les pide un codeudor, que en muchos casos es su esposo. Se han dado casos en que algunas empresas propiedad de mujeres en América Latina se han visto obligadas a combinar entre 60 y 70 micropréstamos a corto plazo anualmente, porque al no contar con garantías tradicionales para avalar sus préstamos, no pueden obtener préstamos bancarios (*Charles Shapiro, 27 junio 2011, Remarks at the Diplomacy*). Estos son aspectos a los que se enfrentan las mujeres en el sector que tienen su origen en el marco legal.

*Barreras legales y regulatorias.* En muchos países del mundo en desarrollo, las mujeres no disfrutan de la protección de marcos jurídicos adecuados y de derechos de propiedad claros, que son precisamente la base del espíritu empresarial que alienta la inversión, la innovación y el crecimiento. La Corporación Financiera Internacional (IFC) y el Banco Mundial analizan las diferencias legales basadas en género en 143 economías en varias áreas, incluyendo acceso a instituciones, uso de propiedades, conseguir un trabajo, desarrollar crédito, proporcionar incentivos para trabajar e ir a la corte. Existe una diferenciación entre hombres y mujeres establecida por las leyes, reglamentos e instituciones, lo cual desincentiva a las mujeres a trabajar y a iniciar y manejar un negocio.

Nuestra región se encuentra entre las que lograron reducir en un 50 por 100 las restricciones legales sobre acceso a los derechos de propiedad o llevar a cabo acciones legales. En Brasil, por ejemplo, hasta 1988, los hombres casados eran los jefes de familia y los únicos en la capacidad de representar a su familia, seleccionar

---

<sup>13</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH), *El trabajo, la educación y los recursos de las mujeres: la ruta hacia la igualdad en la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales*, 2011.

el hogar familiar y administrar los bienes conyugales y los que pertenecían a su esposa. Desde entonces, las mujeres han avanzado considerablemente sus derechos en estas áreas, aunque quedan algunos casos pendientes, como en Chile, donde el esposo legalmente maneja la propiedad conyugal, incluyendo la propiedad generada en el matrimonio y cualquier propiedad que la esposa tuviera antes de contraer nupcias. La esposa puede mantener los ingresos que genera por su trabajo, si prueba que los ha generado.

Dentro de este contexto:

— ¿Cómo contribuir para hacer frente a los principales desafíos que enfrentan las mujeres empresarias?

— ¿Cómo articular y traducir el crecimiento económico con la generación de empleo formal y decente?

La implementación efectiva de una reforma de garantías mobiliarias segura —la Ley de Interés de Seguridad en la Propiedad Personal (SIPPA) en Jamaica— tiene el potencial de contribuir con la inclusión financiera y el empoderamiento económico de las mujeres, pero también para combatir problemas importantes como la informalidad y la pobreza. Ejemplos de cómo los esquemas de garantías mobiliarias pueden ayudar en la práctica, se muestran en varios países. Entre los casos que ya han sido estudiados se encuentran las experiencias de Ghana y China.

Ghana: en el caso de Ghana, los préstamos han llegado principalmente a mujeres empresarias del sector informal que no tienen acceso al crédito debido a la falta de garantías tradicionales (bienes raíces y títulos de propiedad), pero que poseen bienes muebles. Después de la creación del registro de garantías en Ghana, las instituciones financieras y no financieras expandieron sus operaciones de préstamos a las MIPYMES. Se llevaron a cabo más de 63.000 registros. De ellos, el 21 por 100 eran pymes y el 66 por 100 eran microempresas. Se proporcionaron más de 14.000 millones de dólares de financiación a más de 13.000 pymes y 40.000 microempresas, incluido un 70 por 100 de mujeres<sup>14</sup>.

China: después de que en 2008 se estableció el registro de las cuentas por cobrar de valores nacionales en garantía, miles de pymes han podido acceder al crédito a través de cuentas por cobrar como garantía. En los primeros 5,5 años después de la reforma, las instituciones financieras y no financieras facilitaron más de 6.000 millones de dólares en financiamiento garantizado con cuentas por cobrar. Una evaluación independiente mostró que casi el 60 por 100 de las empresas receptoras de préstamos garantizados por cuentas por cobrar eran propiedad de mujeres y que las mujeres tenían una participación mayoritaria en el 20 por 100 de estas empresas<sup>15</sup>.

### *Reflexiones y recomendaciones*

Considerando las importantes restricciones que enfrentan las mujeres para iniciar y hacer crecer sus negocios, así como su contribución potencial a la economía y al crecimiento, cualquier medida que facilite a las mujeres el acceso a recursos económicos, incluido el acceso al crédito, en condiciones justas y seguras, promueve una economía sólida, el desarrollo social y político y la reducción de la informalidad de, por ende, la pobreza.

---

<sup>14</sup> WORLD BANK GROUP AND IFC, *Impacto crediticio de las Garantías Mobiliarias, El Salvador y Colombia*, 2014, [http://www.oas.org/en/sla/dil/docs/secured\\_transactions\\_seminar\\_el\\_salvador\\_2014\\_presentations\\_Elsa\\_Rodriguez\\_1.pdf](http://www.oas.org/en/sla/dil/docs/secured_transactions_seminar_el_salvador_2014_presentations_Elsa_Rodriguez_1.pdf) and <http://www.asomicrofinanzas.com.co/pdfs/memorias/Alejandro%20Ivarez%20de%20la%20Campa%20-%20IFC.pdf>.

<sup>15</sup> *Id.*



En el proceso de modificación del marco legal para alentar al sistema financiero a cambiar su interacción con las empresas y otros sectores, es importante que las instituciones financieras comprendan y tomen en cuenta las necesidades diferenciadas y la importancia que tienen las empresas propiedad de mujeres en sus mercados.

Los principales beneficiarios de las reformas de garantías mobiliarias son las micro y pequeñas empresas, las empresas de propiedad de mujeres, y los jóvenes, así como aquellos emprendimientos localizados en comunidades remotas, que carecen de voz y presencia en los entornos de formulación de políticas. Por esta razón, la construcción del consenso político debe combinarse con esfuerzos de sensibilización y de alcance destinados a los que quedan atrás.

El éxito y legitimidad de la Ley de Garantías Mobiliarias dependerá en parte que la población la conozca y se apropie de ella.

Será importante evaluar el impacto de la implementación de sistemas de garantías mobiliarias en las MIPYME de propiedad de mujeres en la región, así como identificar y difundir experiencias, buenas prácticas y lecciones aprendidas sobre la implementación de estos sistemas de garantías mobiliarias sensibles al enfoque de género.

Uno de los mayores desafíos sigue siendo el cerrar la brecha entre la ley y la práctica; que los avances del marco jurídico puedan traducirse en un impacto real sobre la vida de la ciudadanía, en la inclusión financiera de las mujeres, aportando por ende a ese ciclo virtuoso que contribuye a la reducción de la informalidad y la pobreza.



# SISTEMAS DE GARANTÍAS MOBILIARIAS EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE: METODOLOGÍA Y REFORMAS

John M. WILSON\*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. COMPONENTE FINANCIERO: 1. Marco económico-financiero. 2. Reglamentación financiera. 3. Financiamiento de las pymes. 4. Acceso al financiamiento.—III. COMPONENTE JURÍDICO: 1. Derechos legales. 2. Uniformidad y creación: 2.1. Principio general. 2.2. Sistema fragmentado. 2.3. Creación. 3. Bienes en garantía: 3.1. Bienes atribuibles. 3.2. Bienes posteriormente adquiridos. 4. Obligación garantizada. 5. Garantías de adquisición. 6. Prelación: 6.1. Garantía de adquisición. 6.2. Bienes adheridos. 6.3. Comprador en el curso ordinario. 7. Financiamiento especializado: 7.1. Inventario. 7.2. Financiamiento de equipo. 7.3. Financiamiento agrícola. 7.4. Factoraje financiero. 7.5. Equipos muebles internacionales. 8. Ejecución: 8.1. Requerimiento de ejecución extrajudicial. 8.2. Recuperación del bien en garantía. 8.3. Disposición de los bienes. 8.4. Apropiación en satisfacción de la deuda.—IV. COMPONENTE REGISTRAL: 1. Características. 2. Publicidad y prelación. 3. Uniformidad. 4. Registros existentes. 5. Gravámenes ocultos. 6. Registros especiales. 7. Formularios de registro. 8. Descripción de los bienes y de la obligación. 9. Ratificación, verificación y calificación. 10. Firma. 11. Costo. 12. Tecnología.—V. CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCIÓN

Los sistemas de garantías mobiliarias —el uso de bienes muebles como garantía de un préstamo— permiten que las empresas utilicen sus activos como garantía crediticia para generar nuevo capital productivo. Este uso de préstamos garantizados es una alternativa importante a los préstamos bancarios tradicionales, ya que favorecen a pymes y a otros prestatarios con características que pueden encontrarse fuera de la línea de negocio y productos bancarios predominantes. Generalmente son garantizados por las cuentas por cobrar de una empresa, su inventario, y/o su equipo, y benefician aquellos actores que no disponen de predios u otros inmuebles que puedan hipotecar. El objetivo final de un sistema moderno y funcional de garantías mobiliarias es facilitar el acceso al crédito para todos los sectores y actores económicos, pero en particular para las micro y pequeñas empresas, así como a los sectores de fabricación y agrícola.

Una ley y un registro de garantías mobiliarias ayudan a las empresas locales a obtener el capital que requieren. Logran: mayor facilidad en la obtención de un

---

\* Los contenidos y opiniones contenidas en el presente documento son de responsabilidad exclusiva del autor y no necesariamente representan la posición de IFC o del Grupo del Banco Mundial. El autor agradece a la OEA y a los editores la oportunidad de contribuir al presente volumen y está profundamente agradecido al Prof. David MORÁN BOVIO por su apoyo sustantivo y editorial invaluable en el proceso de redacción. Cualquier error u omisión son responsabilidad exclusiva del autor.

préstamo, mayor flexibilidad y alcance en los bienes que se emplean como garantía, uniformidad en el sistema de registro y publicidad de las garantías, certeza y transparencia en la prelación de los acreedores (aplicable también en un proceso de insolvencia), certeza en los derechos de terceras personas, y mayor flexibilidad y agilidad en la ejecución de una garantía en caso de incumplimiento.

## **II. COMPONENTE FINANCIERO**

El primer paso en la secuencia de eventos que implica una reforma en materia de garantías mobiliarias debe ser la conducción de un análisis financiero que intente dirimir el estado actual del sistema crediticio del país, así como de las necesidades de financiamiento de los actores locales. Debido a la importancia de los actores económicos pequeños de un país, este análisis debe contener un enfoque específico sobre las pymes.

### **1. Marco económico-financiero**

En este sentido, mediciones importantes incluyen estabilidad económica, apertura y competitividad, así como las políticas económicas, monetarias e institucionales que ha implementado un país respecto acceso de financiamiento, papel del sector privado, creación y actividad de los mercados de capitales. Esto se debe extender, además, al sector financiero y las prácticas y tecnologías empleadas para servir a los actores comerciales del país.

También se debe determinar el papel de la regulación del sistema financiero con respecto al acceso al financiamiento en general, y más específicamente sobre el tema de las garantías muebles y su importancia (o falta de ellas) en el crecimiento económico del país. De igual manera se debe medir el papel que juegan, en la falta de acceso al financiamiento, las prácticas y productos financieros actuales que emplean algún tipo de garantía, particularmente cuando se comparan los bienes que los acreedores requieren como garantía de un préstamo.

Durante esta fase de análisis financiero, se puede llevar a cabo, además, una encuesta a las entidades financieras del país sobre crédito garantizado con bienes muebles, para determinar si los préstamos presentan altos índices de riesgo crediticio para los bancos y si generalmente tienen una tasa de interés promedio más elevado que los préstamos sin garantía o garantizados con bienes inmuebles. Asimismo, se debe medir la tasa de morosidad para préstamos con bienes muebles, mediante promedios que se reflejen en dichas encuestas o en información del regulador financiero. Por otro lado, se deben determinar las instituciones financieras que aceptan como garantía bienes muebles corporales e incorporeales, y las características de los deudores en dichos casos, al igual que las características de los préstamos garantizados. En consecuencia, de los insumos derivados de estas encuestas se puede determinar, si se otorga, o no, crédito formal garantizado con bienes muebles y, si se otorga, las condiciones en que se entrega el crédito, como por ejemplo si los altos tipos de interés se encuentran influidos por un alto grado de riesgo crediticio.

### **2. Reglamentación financiera**

Por otro lado, y de manera preliminar, se debe examinar la reglamentación financiera del país para determinar los criterios y la metodología aplicable a las instituciones financieras reguladas en materia de evaluación, reservas de capital y de provisionamiento, definiendo los criterios, conceptos, variables y clasificaciones

que deben seguir estas entidades para la medición del riesgo de la cartera de créditos y, en particular, el caso de préstamos con garantías. Con base en dichos conceptos, esta sección de un análisis financiero puede determinar la fórmula acostumbrada en el mercado de colateralización de un préstamo, ya sea respecto del porcentaje de bienes en garantía que se requiere respecto al monto de préstamos, así como del o de los tipos combinados de bienes y/o garantías personales, reales, o solidarias que se requieran para otorgar de conformidad con los lineamientos prudenciales requeridos.

En la práctica actual, el papel de la reglamentación vigente en la protección del sistema financiero sigue una estrategia conservadora. De igual manera, la discriminación entre el valor como garantía de un bien inmueble frente al valor de un bien mueble sigue la misma lógica, entendida a la luz del nivel distinto de riesgo representado por cada uno. El regulador financiero, sin embargo, debe considerar la necesidad de un mayor equilibrio entre la facultad como colateral de los distintos bienes. Resulta indiscutible (bajo el marco jurídico/comercial actual) que algunos tipos de bienes muebles de alto valor, tales como las aeronaves o embarcaciones, representan una garantía de igual nivel que aquella sobre un inmueble, mientras que otros bienes muebles podrían conllevar un riesgo menor bajo un sistema reformado. Una reforma al régimen de garantías generaría el equilibrio necesario que la regulación financiera debería reconocer, entre las garantías otorgadas sobre bienes muebles y las generadas sobre bienes inmuebles, en la forma en que hoy se reconocen esas garantías o, como antes se anotó, sobre bienes muebles de alto valor.

Más específicamente, respecto a los requerimiento de la regulación, se debe determinar: en qué modalidad se permite a las empresas utilizar sus bienes muebles como garantía, así como la manera en que los préstamos garantizados reflejan los riesgos inherentes al acreedor garante; es decir, su impacto sobre los casos en que: i) la prelación del acreedor es clara y transparente; ii) la inscripción de la garantía surte efectos frente a todos y el registro es sencillo, electrónico y de bajo costo; iii) tras el incumplimiento de un deudor, el proceso de ejecución favorece la realización, recuperación y enajenación del bien mueble en garantía a favor del acreedor garantizado, y iv) el sistema financiero protege a los intereses de ambas partes de una relación crediticia. En dichos casos el estudio debería determinar si, en comparación al marco económico y regulatorio existente, y con la consiguiente reforma, las empresas alcanzarán un mayor acceso al crédito, a un menor costo, y con un nivel de incumplimiento reducido.

Desde esta perspectiva se debe determinar si, visto desde la regulación financiera, en un sistema que contenga las protecciones descritas en el párrafo anterior, los préstamos con garantía mobiliaria siguen representando un riesgo crediticio elevado. Si acaeciese de ese modo, y de nuevo desde la óptica del regulador, implicaría la necesidad de mantener un sistema discriminatorio de garantías, que favoreciese las constituidas sobre bienes inmuebles, pese a un proceso exitoso de reforma. Con más atención aún sobre el sector bancario, lo anterior implicaría, junto a la exigencia de respetar la reglamentación bancaria, la necesidad de reducir los riesgos, la de prestar proporcionalmente menos con la garantía de bienes muebles, y la de incrementar los costos para cubrir los riesgos elevados presentados. Dicho análisis, entonces, también revelaría las bondades que un proceso de reforma (exitoso como pueda serlo desde la perspectiva jurídica) pueda tener en el otorgamiento (calidad y cantidad) de préstamos posteriores a dicho proceso.

En términos macroeconómicos, no existe duda respecto a la importancia de las garantías sobre bienes muebles en relación al capital productivo de un país. Tal relevancia se incrementa en el marco microeconómico. De hecho, los activos

muebles representan una fuente importante para la financiación empresarial en los países con economías desarrolladas. En Estados Unidos de Norteamérica, de conformidad con estadísticas de la Commercial Finance Association (CFA), citados en los diagnósticos sobre garantías mobiliarias del World Bank Group (WBG), los créditos garantizados con bienes muebles representan alrededor del 70 por 100 de la financiación de la pequeña empresa. El volumen de los préstamos con bienes muebles se ha multiplicado por cuarenta en treinta años. Llegó a un total de 400 millones de dólares. Ese sector ha crecido un 12 por 100 anual durante los últimos diez años.

La inserción en una economía de un concepto avanzado de garantía mobiliaria permite el otorgamiento de crédito garantizado y desarrolla múltiples productos financieros de gran utilidad para la pyme. Entre ellos se pueden mencionar, a modo de ejemplo, las líneas de crédito ABL (*assets based lending*), el *leasing*, el factoraje tradicional, el factoraje inverso (*confirming*), las cadenas productivas, financiamiento de inventario de alto valor, financiación de instrumentos, pignoración de adquisiciones, entre otros.

### **3. Financiamiento de las pymes**

Un tercer elemento en el análisis financiero ha de centrarse en las características relativas al financiamiento de las pymes. En general, se deben ofrecer los porcentajes de empresas micro, pequeño, mediano y grande, para comparar su papel en el mercado laboral, así como en otros indicadores macroeconómicos. También se han de identificar los obstáculos para las pymes: acceso a la financiación, virtudes y defectos, costos y condiciones, así como su incidencia sobre la competitividad y crecimiento del sector. Finalmente conviene exponer el porcentaje del crédito comercial nacional que se destina a las pymes y compararlo con el que llega al sector corporativo de gran tamaño. Puede completarse con la comparación de los índices de morosidad o de impagados entre los préstamos a pymes y los de otros sectores.

### **4. Acceso al financiamiento**

Finalmente, antes de emprender un proceso de reforma sobre garantías mobiliarias, se deben analizar las prácticas y productos financieros actuales que emplean algún tipo de garantía, comparando los bienes que los acreedores requieren como garantía, con los bienes que los actores económicos usualmente poseen. En tal sentido, se deberá comparar la cartera vencida de los préstamos garantizados con bienes muebles, frente a la de los préstamos garantizados con bienes inmuebles. A manera de conclusión, el análisis financiero se deberá centrar en los indicadores de acceso al financiamiento en el país, medirá y comparará otros relevantes para la economía, con los de sus competidores regionales e internacionales, buscará de esta forma identificar el lugar que ocupa en materia de acceso al crédito.

## **III. COMPONENTE JURÍDICO**

Una vez se establezcan las necesidades de financiación existentes en el país, se determinará si el marco normativo juega un papel de incentivo o de desincentivo para satisfacer estas necesidades. Por tanto, el segundo eje de una reforma al sistema de garantías mobiliarias se centra en el análisis jurídico y modificación de las reglas actuales, de conformidad con los estándares y mejores prácticas internacionales, basados en el examen del estado actual del marco normativo, los Códigos

Civiles y Comerciales, otras disposiciones pertinentes: leyes bancarias, derecho de instrumentos financieros, títulos de crédito, etc. En función de los elementos vigentes en la legislación nacional, este componente debe considerar y posiblemente instar reformas de las figuras jurídicas que, con el derecho actual, establecen algún tipo de derecho real, pignoración o gravamen sobre bienes muebles, presentes o futuros, tangibles o intangibles, incluyendo facturas, títulos de crédito e instrumentos de cobro.

Así las cosas, los interesados, tanto en el sector público como privado, deberán completar un análisis del estado actual del marco jurídico nacional y compararlo con los estándares y mejores prácticas internacionales, con la inclusión de los instrumentos internacionales existentes, tanto de la Organización de los Estados Americanos como de la Comisión de Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional.

## 1. Derechos legales

Para modernizar la legislación de garantías mobiliarias en un país, los prestamistas y prestatarios deben tener la facultad de designar como objeto de la garantía cualquier bien mueble que tenga valor en el mercado, independientemente de si el objeto actualmente existe o existirá en el futuro, y si se trata de un bien tangible o intangible (o es un instrumento de cobro), si retiene su forma original o se transforma en otra mercadería, si es dinero, título de crédito, título valor, una factura o un título representativo o una cuenta por cobrar. Sin embargo, en varios países donde se han llevado a cabo reformas, o en aquellos en donde reformas siguen pendientes, el marco legal llega a ser demasiado restrictivo: límites en los tipos de bienes válidos como garantía, figuras pignoraticias tradicionales que perviven, imposibilidad para crear una garantía sobre bienes genéricos, fungibles, intangibles o reemplazables, de manera eficaz.

En general, un sistema jurídico debe otorgar dos derechos fundamentales al acreedor para reducir el riesgo del préstamo y de la garantía: *a)* el de recuperar el importe prestado y, en caso de incumplimiento, y *b)* el de aplicar el valor de la garantía al saldo insoluto.

Y cuando se pretende embeber el importe adeudado en el valor de la garantía, si los bienes objeto de esta han sido sustituidos, transformados o vendidos, el acreedor tendría prioridad sobre los bienes de reemplazo, los nuevos bienes o sobre el producto de la venta de unos u otros. Adicionalmente, si los bienes los adquiere un tercero (fuera del curso normal de los negocios), o acaban pignorados ulteriormente por otro acreedor, el acreedor inicialmente garantizado tendría derecho de prelación y/o persecución, siempre y cuando haya perfeccionado su garantía mobiliaria por medio de la inscripción de un aviso o notificación en un registro de garantías.

Un sistema de este tipo funciona efectivamente, si posee varias características esenciales. Estas pueden repasarse con el Indicador de Obtención de Crédito, del Reporte *Doing Business*, elaborado por el Banco Mundial, cuyo Índice de Fortaleza de los Derechos Legales contiene 12 principios: 10 relativos a garantías mobiliarias, 2 sobre normas de insolvencia.

— Principio núm. 1: ¿Posee la actividad económica un marco jurídico de garantías mobiliarias integrado o unificado, que cubra la creación, publicidad y ejecución de los equivalentes funcionales a las garantías sobre activos muebles (transferencia fiduciaria de títulos, *leasing* financiero, descuento o cesión de cuentas por cobrar y ventas con retención de título)?



— Principio núm. 2: ¿Permite la ley a una empresa que, sobre categorías singularizadas de bienes muebles (cuentas por cobrar, bienes almacenados, etc.), constituya derechos de garantía sin desplazamiento o no posesorios, sin requerir una descripción específica de los bienes en garantía?

— Principio núm. 3: ¿Permite la ley a una empresa que constituya sobre todos sus bienes muebles derechos de garantía sin desplazamiento, sin requerir una descripción específica de los bienes en garantía?

— Principio núm. 4: ¿Cabe emplear como objeto para el derecho de garantía bienes futuros o bienes por adquirir y directamente se extiende la garantía a los productos, ganancias o bienes en sustitución de los originales?

— Principio núm. 5: ¿Se permite una descripción general de las obligaciones en el acuerdo de garantía y en los documentos de registro, de modo que cualquier tipo de deudas y obligaciones se pueden garantizar entre las partes, y el acuerdo de garantía puede incluir una cantidad máxima garantizada por los bienes?

— Principio núm. 6: ¿Funciona un registro de garantías, o institución registral para garantías sobre bienes muebles, con carácter único y ámbito estatal? ¿Resulta accesible a personas jurídicas y naturales? ¿Posee una base de datos electrónica indexada por nombre de deudor?

— Principio núm. 7: ¿El registro de garantías constituye uno de avisos, en tanto que archiva únicamente un aviso sobre la existencia de garantías, y no los documentos relacionados, sin detenerse en la revisión jurídica de la transacción? ¿Hace públicos también equivalentes funcionales a garantías reales?

— Principio núm. 8: El registro de colaterales, además de permitir esos asientos, ¿tiene rasgos modernos, como, por ejemplo, permitir a los acreedores garantizados (o a sus representantes) registrar, buscar, enmendar o cancelar garantías reales por internet?

— Principio núm. 9: Cuando un deudor incumple sus obligaciones fuera de un procedimiento de insolvencia, ¿los acreedores garantizados poseen prelación (p. ej., cobran antes que las reclamaciones fiscales o laborales)?

— Principio núm. 10: Cuando una empresa entra en liquidación, ¿los acreedores garantizados son pagados con prelación (p. ej., antes de reclamaciones fiscales o laborales)?

— Principio núm. 11: Cuando un deudor es sometido a un procedimiento judicial de reorganización, los acreedores garantizados quedan sujetos a una paralización automática de los procedimientos de ejecución, pero ¿establece la ley protecciones claras para finalizar tal paralización (p. ej., si los bienes se encuentran en peligro, o si esos bienes no interesan para la reorganización), o señala término para su vigencia?

— Principio núm. 12: ¿Posibilita la ley que las partes establezcan la ejecución extrajudicial en el acuerdo de garantía? ¿Permite la ley ventas públicas y privadas del objeto de la garantía? ¿Faculta al acreedor garantizado para hacerse con el bien en satisfacción de la deuda?

El índice para responder varía de 0 a 12. Los valores superiores visualizan leyes de garantías mobiliarias y de insolvencia mejor diseñadas para asegurar y ampliar las posibilidades de acceso al crédito para las micro, pequeñas y medianas empresas. Para las economías de América Latina y el Caribe, ese índice promedia en casi 6.

## 2. Uniformidad y creación

Un sistema moderno de garantías mobiliarias requiere un marco único/uniforme que consolide la multiplicidad de garantías sobre bienes muebles. Lo an-

terior contrasta con la tradición romano-germánica, que tiende a la variedad de leyes para el financiamiento garantizado con bienes muebles. Cada una de esas leyes ordena reglas propias para la constitución, formalización, publicidad y ejecución de la garantía que, en la práctica, pueden generar contradicciones mutuas.

Así, hay tipos de garantías que limitan: los sujetos activos y pasivos en la relación garantizada, las actividades económicas para las que pueden destinarse, o la naturaleza de los bienes gravados.

Ese sistema novedoso podría orquestarse con las siguientes pautas:

### **2.1. Principio general**

Principio de uniformidad, que coincide con el principio de publicidad funcional y obedece a la necesidad de eliminar gravámenes ocultos. La uniformidad permite crear una única garantía mobiliaria sujeta a unas mismas reglas de creación, de publicidad y de prelación.

Adicionalmente, el sistema requiere una aplicación de amplio alcance que incluya: bienes muebles (corporales e incorporeales, presentes y futuros) y sus derivados, que puedan ser gravados parcial o totalmente, y que el deudor pueda disponer de ellos, sustituirlos o transformarlos en el curso normal de su operación económica. Lo anterior puede ser realizado mediante la noción (consolidada normativamente) de los bienes derivados y atribuibles, y su carácter intercambiable sin requerir el consentimiento del acreedor garantizado.

En lo que se refiere a la financiación y a la creación de la garantía, una transacción de esa naturaleza se caracteriza por la existencia de: una obligación, un deudor garante, un acreedor, bienes muebles dados en garantía, y un contrato, según el cual la garantía sobre los bienes muebles del deudor le otorgue ciertos derechos al acreedor. Además, la creación de la garantía debería considerar prácticas flexibles y de bajo costo para la formalización de los contratos respectivos.

La constitución de garantías mobiliarias no debe estar sujeta a formalidades tales como la firma o ratificación del negocio ante notario público, ni al pago de derechos por su creación. De esta manera, el costo del crédito se reduce para todos los participantes, principalmente para los deudores. Además, se facilitan para los bienes muebles, operaciones garantizadas consistentes en el simple intercambio de órdenes de compra, facturas o compraventas, que se perfeccionan con la sola firma de un recibo. Si estas operaciones se sujetaran a formalidades quedarían excluidas de los beneficios del sistema de garantías mobiliarias.

La efectividad del sistema de garantías requiere la celebración por las partes de un contrato de garantía, diferente al de préstamo. Aquel ha de establecer la creación de la garantía mobiliaria, la identidad de las partes contratantes, el inventario de obligaciones y la descripción genérica o específica de los bienes en garantía.

Una vez que el acreedor garantizado y el deudor celebren el contrato de garantía, la garantía mobiliaria es válida entre las partes.

Para posibilitar las prácticas pre-registrales y siempre que las partes lo convengan, la reforma debe permitir la separación de documentos: el de la obligación garantizada y el de la garantía mobiliaria. Así puede el acreedor registrar la garantía mobiliaria (y obtener la prelación relativa a la fecha de inscripción correspondiente), sin que aún exista un contrato de préstamo o de garantía.

## 2.2. *Sistema fragmentado*

Una característica de los sistemas de garantías mobiliarias en América Latina consiste en su fragmentación legislativa y registral. En lo legislativo, las prendas sin desplazamiento, comunes en algunos países, juegan el papel de ley de garantías mobiliarias *per se*. Pero coexiste con diversos tipos de prenda, cesiones de crédito, garantías sobre títulos de crédito, arrendamientos financieros, prendas flotantes, pagaré protestado —juicio ejecutivo— remate, prenda con desplazamiento, entre otros. Aunque la prenda sin desplazamiento (llamada también sin desapoderamiento, no posesoria, o sin desposesión) llegue a un nivel y objetivo unificador, no alcanza a reemplazar todo el sistema de garantías existente y, en consecuencia, carece de las características incorporadas en el indicador de derechos legales del Reporte *Doing Business*. Además, esos otros medios de garantía aludidos poseen alguna de las características antes mencionadas, pero ninguno reúne lo necesario para su consideración como instrumento acorde a un sistema moderno de garantías mobiliarias.

Para reemplazar a dicho sistema fragmentado, se debe alumbrar otro, realmente unitario y uniforme, en el cual los bienes muebles (tangibles e intangibles, presentes y futuros) derivados directa o indirectamente de las cantidades obtenidas de un crédito otorgado al deudor, u otros bienes pertenecientes a este, puedan ser gravados parcial o totalmente. Sin perjuicio de que ese mismo deudor pueda disponer de ellos y sustituirlos o transformarlos en el curso normal de sus operaciones y conforme a su actividad preponderante, sin necesidad del consentimiento del acreedor.

## 2.3. *Creación*

Con respecto al proceso de creación del préstamo y de la garantía, una transacción de esa naturaleza se caracterizaría por: una deuda, un deudor, un acreedor, bienes muebles dados en garantía, y un acuerdo entre las partes donde la garantía sobre los bienes muebles del deudor otorgue derechos al acreedor. A diferencia de la práctica actual en la mayoría de los países de la región, además, la constitución debería considerar prácticas flexibles y de bajo costo respecto a la formalización de los contratos respectivos.

Consecuentemente, un sistema reformado debe requerir que las partes celebren un contrato de garantía por escrito que debe contener, entre otros requisitos, las siguientes cláusulas: *a)* lugar y fecha de celebración; *b)* identificación del deudor garante y su firma; *c)* monto máximo de la obligación garantizada o forma para la determinación del monto insoluto de la deuda; *d)* descripción, genérica o específica, de los bienes en garantía; *e)* mención expresa de que se trata de un contrato de garantía mobiliaria, cuyo objeto es la constitución de una garantía mobiliaria a favor del acreedor garantizado; *f)* mención expresa de si la garantía se extiende a bienes fungibles o de reemplazo, adquiridos posteriormente por el deudor garante en adición o en sustitución o transformación de los originalmente gravados; *g)* fecha de vencimiento de la obligación garantizada o la forma de determinarla; *h)* monto de las penas convencionales para las partes en caso de incumplimiento del contrato, tipo de los intereses ordinarios y moratorios, por incumplimiento de la obligación principal, e *i)* en su caso, cláusula arbitral para someter cualquier disputa a procedimiento arbitral. Una vez que el acreedor garantizado y el deudor celebren el contrato de garantía, la garantía mobiliaria es válida entre las partes.

En contraste, los sistemas vigentes en numerosos países de la región consideran las garantías mobiliarias accesorias a un contrato preexistente. Por eso la creación de la garantía mobiliaria ha de ser precedida (o acompañada) por una obligación: no cabe la creación (ni la inscripción) de la garantía mobiliaria sin la obligación previa. Esta «naturaleza accesoria» impide las prácticas *pre-registradas*, necesarias para garantizar préstamos futuros o avances futuros (descritos en la sección siguiente).

De ahí la idea antes apuntada, para cuando convenga a las partes, acerca de la separación de documentos: uno para la obligación garantizada, otro para la garantía mobiliaria. Así como la posibilidad de registrar una garantía (y obtener la prelación relativa) sin que exista un contrato de préstamo o garantía.

Asimismo, la legislación actual en la mayoría de los países en América Latina requiere que un contrato de prenda o garantía se otorgue por escritura pública y/o con las firmas de las partes autorizadas por un notario público. Además, el instrumento se protocoliza por el mismo notario. Tal exigencia resulta necesaria para que la prenda sea ejecutable, sin reconocimiento previo. Pero agrega costo y formalidades al proceso de constitución, lo cual obstaculiza varias de las ventajas descritas de un sistema flexible de garantías mobiliarias.

### 3. Bienes en garantía

Un sistema de garantías mobiliarias, acorde con estándares internacionales, debe extender el gravamen al producto final de un proceso de fabricación o agrícola, así como al dinero y/o cualquier bien o derecho recibido como producto de la venta, intercambio, y/o cualquier otra disposición de bienes en garantía. Bajo este esquema la garantía debe alcanzar los bienes que reemplacen o transformen aquellos originalmente gravados, con independencia de su calidad, cantidad y especie.

Los bienes derivados serán aquellos que se puedan identificar como físicamente provenientes de los bienes originalmente gravados. Incluye, sin dejarlo limitado a, los frutos o productos de cosecha. Bienes atribuibles son los provenientes de la venta, permuta o pignoración de los originalmente gravados: dinero en efectivo, depósitos en cuentas con instituciones financieras y cuentas de inversión, nuevos bienes de inventario, equipo o enseres que resulten de la enajenación, transformación o sustitución de los bienes muebles dados en garantía de la obligación original, independientemente del número y de la secuencia de estas enajenaciones, transformaciones o sustituciones.

Incluyen las indemnizaciones recibidas por bienes dados en garantía, al igual que cualquier otro derecho de indemnización por pérdida, daños y perjuicios causados a los bienes dados en garantía. Igualmente, otros frutos civiles como los dividendos.

Uno de los puntos principales de una reforma consiste en identificar el tipo de bienes muebles susceptibles de ser gravados con una garantía mobiliaria. Si se abarcan bienes muebles tangibles e intangibles, así como bienes futuros. Una reforma debe referir los bienes que pueden servir como garantía: por ejemplo, todo tipo de cosas corporales o incorporales muebles, presentes o futuras, sobre derechos y sus bienes asociados, créditos, valores, grupos de bienes o universalidades de hecho, cosas que se puedan reputar como inmuebles por destino o por adherencia entre otros. Aunque la prenda sin desplazamiento, en algunas jurisdicciones, intenta crear una garantía revolvente, requiere descripciones detalladas de los bienes otorgados en garantía. Ello dificulta el empleo como garantía de bienes

fungibles, futuros o intangibles, de forma genérica. Esos obstáculos se presentan, especialmente, en materia de registro, según las disposiciones legales vigentes y la práctica general en los actuales registros de prenda.

La reforma en que se piensa, por tanto, debe permitir descripciones genéricas como «el inventario de bienes», «todos los créditos por cobrar», «todas las facturas futuras», «todos los bienes presentes y futuros», «todas las impresoras», etc. De tal manera cabría gravar cualquier bien mueble presente o futuro, tangible o intangible, en tanto pueda ser descrito en el contrato de garantía y en el formulario de inscripción registral. La garantía mobiliaria puede abarcar los bienes originalmente gravados, así como los bienes futuros atribuibles a estos. Los bienes dados en garantía pueden también incluir grupos de bienes de uno o más tipos, como equipo comercial, inventarios, cuentas por cobrar, el *goodwill* de una empresa, incluyendo la base de activos total, etcétera.

Tal reforma debería permitir el otorgamiento de garantías sobre la propiedad intelectual, que como bien mueble incorporal estaría también dentro del ámbito de la aplicación de la ley, que aplicaría a estas garantías un régimen acorde con los tratados internacionales y la legislación nacional.

En cuanto a aeronaves, material rodante ferroviario, objetos especiales y buques, la ley de garantías mobiliarias solo debería aplicarse, si no existieran registros o reglamentos especializados o tratados o acuerdos internacionales que se ocupen de las garantías sobre este tipo de bienes, en los que el Estado sea parte. También la ley debería aplicarse a los valores materializados o inmaterializados no intermediados.

### **3.1. Bienes atribuibles**

En la categoría de bienes futuros, la reforma ha de contemplar la noción de bienes atribuibles. Se trata de una figura conveniente para la actividad productiva, comercializadora y agrícola, en la que la transformación, física o económica, resulta característica habitual para el bien originalmente gravado. La legislación en numerosos países permite dicha extensión, principalmente para la transformación física de una semilla a un fruto, o de materia prima a un producto finalizado. Pero otros límites impiden a los subsecuentes de los bienes originalmente gravados, que puedan emplearse como garantía continua o revolvente. Y la transformación económica (cuanto sigue a la venta del fruto o producto) no siempre deviene abarcada por la extensión de la garantía a bienes futuros o atribuibles.

Un sistema de garantías mobiliarias debe incluir la extensión automática del gravamen al producto final a un proceso de fabricación o agrícola, así como al dinero y/o cualquier bien o derecho recibido como producto de la venta, intercambio, y/o cualquier otra disposición de dicho bien. Igualmente, la garantía debe extenderse también a los bienes que reemplacen o transformen los originalmente gravados con independencia de la calidad, cantidad y especie.

Por citar un ejemplo, cuando el inventario y las facturas (o cuentas por cobrar) se toman como garantía, una reforma debe reconocer que el deudor venderá su inventario, lo transformará en bienes distintos o cobrará dichas facturas como parte de su actividad preponderante y, por tanto, ese mismo deudor recibirá efectivo, facturas, títulos de crédito o títulos-valor, u otro tipo de bienes o mercaderías en favor de los bienes pignorados. Aunque bajo leyes existentes en varios países, se permite considerar incluso los bienes futuros, el problema vigente radica en su falta de precisión para definir ampliamente el concepto de producto u ofrecer una definición más amplia de atribuibles.

### 3.2. *Bienes posteriormente adquiridos*

Una reforma debe considerar la aplicación del concepto de bienes posteriormente adquiridos. La figura sirve para equipos o materiales reemplazables, que requieren una extensión de la garantía a bienes adquiridos ulteriormente por el deudor, pese a que no sean considerados atribuibles a los originalmente gravados, cuando de ese modo lo convienen las partes. Esta figura conviene para el correcto funcionamiento de un sistema moderno de garantías mobiliarias. Pese a que en numerosas jurisdicciones se requiere que los bienes dados en garantía sean definidos al momento del contrato, para esta funcionalidad, el acreedor garantizado únicamente puede prever la categoría general de los tipos de activos que el deudor puede adquirir en el futuro. En consecuencia, una reforma debe permitir descripciones generales de los bienes dados en garantía, tanto en el contrato de garantía como en los formularios de inscripción registral, aun cuando las descripciones específicas sean posibles.

Los acreedores garantizados difícilmente poseen habilidad para perseguir activos generados ulteriormente sobre los originalmente gravados. Por eso la garantía sobre la propiedad posteriormente adquirida ha de resultar independiente de tal habilidad. La reforma, entonces, habrá de incorporar la garantía mobiliaria sobre «la propiedad posteriormente adquirida». Para ello el contrato de garantía habrá de describir de forma genérica la propiedad posteriormente adquirida. También debe considerarse la garantía mobiliaria perfeccionada y con efectos *erga omnes*, si los formularios de inscripción registral describen los bienes subsecuentes de igual forma que los dados en garantía (algo que se debe prever en la reglamentación del sistema de registro que acompañaría una nueva ley).

Un sistema efectivo de garantías mobiliarias debe facilitar al deudor, que ha gravado todos sus bienes presentes y futuros, un mecanismo para la obtención de crédito. Para esto cabe, bajo ministerio de la ley, segregar bienes adquiridos mediante crédito otorgado por el nuevo acreedor, con la válida constitución de gravamen mobiliario específico. A la vez que se protege al consumidor, cuando adquiere bienes del deudor en el curso normal de los negocios, para impedir el derecho de persecución sobre dichos bienes, a favor del acreedor garantizado. El sistema ha de incorporar para su acabamiento, una ejecución de bajo costo, efectiva y rápida en caso de incumplimiento del deudor, y un sistema de notificación de gravámenes por medio del registro.

## 4. **Obligación garantizada**

Otra de las innovaciones esperadas consiste en dotar a la obligación garantizada de una estructura flexible, que permita la garantía sobre obligaciones futuras, líneas de crédito garantizadas, y la creación de garantías flotantes. Esta última conforma una de las figuras más innovadoras entre las mejores prácticas internacionales. En la *garantía flotante*, fluctúan tanto los bienes en garantía como la obligación garantizada. Conviene advertir cómo, en la mayoría de los países latinoamericanos, se establece una regla opuesta a este principio, pues el acreedor garantizado debe indicar tanto el monto exacto de la deuda garantizada como todos sus términos subsidiarios (plazo, tipo de interés, etc.). La legislación vigente en estos países carece de antecedente para el registro de una garantía que ampare el cumplimiento de una obligación indeterminada. El marco normativo incorporará dicha práctica, si se enmienda el requisito de la determinación de la suma, y se opta por una des-



cripción de la obligación garantizada, semejante a la descrita para permitir como garantía bienes atribuibles y de propiedad posteriormente adquirida.

Conjuntamente, estas figuras otorgan la flexibilidad para que un deudor obtenga una línea fluctuante de préstamos presentes y futuros al crear una garantía mobiliaria sobre fondos fluctuantes de bienes presentes o futuros dados en garantía. Esta práctica es necesaria para financiar el inventario y cuentas. En este tema, varios países han adoptado una regla intermedia propuesta por la Ley Modelo Interamericana, donde se permite que el acreedor garantizado identifique la deuda garantizada como una cantidad máxima o estimada<sup>1</sup>.

## 5. Garantías de adquisición

Una figura común en el ámbito normativo de corte civilista es la retención del título de propiedad. A veces coexiste con figuras semejantes en la legislación financiera y/o comercial: el *leasing* financiero, por ejemplo, destinadas a la adquisición de maquinaria y equipo. Tal efecto se logra, en unas disposiciones más avanzadas, con la garantía de adquisición, la cual permite que el deudor obtenga financiamiento para la adquisición de esos bienes muebles. En tal caso se debe considerar la necesidad de proteger al deudor, cuando haya recurrido a sus bienes futuros para constituir un gravamen. En caso contrario, podría cerrarse la posibilidad para el deudor de alcanzar líneas de crédito de nuevos acreedores, pues estos considerarían todos los activos llegados al patrimonio del deudor, incluyendo los derivados del crédito por ellos otorgado, sujetos al gravamen original a favor del primer acreedor.

Una reforma debe considerar, entonces, que un deudor otorgue un derecho específico sobre los activos adquiridos por él, con la financiación de los acreedores posteriores al primer acreedor. El Derecho vigente en varios países en América Latina no aborda adecuadamente ese escenario: cuando el acreedor dispone de una garantía prioritaria sobre la totalidad de los bienes presentes y futuros del deudor, y sobre los frutos de la venta y disposición de dichos bienes; entonces el deudor requiere cierta protección, para evitar el flujo crediticio de una sola fuente, que le subordinaría a ese acreedor para ulteriores necesidades crediticias.

En consecuencia, una reforma de las disposiciones sobre garantías mobiliarias ha de facilitar a los acreedores que concedan crédito con fines determinados, la prelación en los bienes adquiridos por el deudor con cargo a esos créditos específicos. El monto de tal gravamen mobiliario habrá de equivaler al precio de compra de los bienes que haya adquirido el deudor a través del crédito concedido por el acreedor. El mecanismo permitiría al deudor obtener nuevos créditos para bienes adicionales, y las garantías prioritarias y específicas en relación con los bienes que se adquirieran, proporcionarían a los acreedores potenciales una prelación determinada a uno o más bienes sobre el acreedor original que ha constituido una garantía genérica anterior.

## 6. Prelación

La regla *primero-en-tiempo-primero-en-derecho*, que debe ser aplicable a toda ley de garantías, establece que una garantía mobiliaria es oponible frente a terceros, desde que se haga pública. Quien sea primero en publicar (mediante ins-

---

<sup>1</sup> Esta cantidad máxima o estimada no requiere de actualización alguna, se mantiene constante y su determinación se hará para efectos de otorgar una nueva financiación en donde se requiera por parte del deudor determinar la cuantía pendiente de la obligación garantizada o cuando proceda adelantar una ejecución de la garantía ante el incumplimiento de la obligación garantizada.



cripción registral, toma de posesión del bien, o algún método de control) tendrá prelación. En ese marco resulta importante recordar las consideraciones citadas anteriormente, acerca de que un sistema moderno permita publicidad de la garantía, ya sea por registro o posesión del bien, aun antes de la celebración del contrato de garantía o de préstamo. La prelación debe ser, entonces, desde el momento de registro o posesión, sin que la celebración del contrato de garantía o el otorgamiento del crédito posean relevancia. Lógicamente, si la publicidad de una garantía mobiliaria requiere algún acto adicional, la prelación dejará de obtenerse hasta que se cumpla esa exigencia añadida.

### **6.1. Garantía de adquisición**

La garantía de adquisición excepciona el principio *primero-en-tiempo*, en similitud a la retención de título, o al arrendamiento financiero. Para que dicha garantía sea efectiva, sin embargo, puede ser necesaria la inclusión de reglas adicionales, particularmente la notificación al acreedor garantizado prioritario, cuando existe una garantía especial previa sobre inventario. Piénsese, por ejemplo, cuando un primer banco financia la adquisición de electrodomésticos para su venta, y un segundo banco, con posterioridad, financia algunos electrodomésticos específicos.

### **6.2. Bienes adheridos**

Un sistema moderno debe permitir además una garantía mobiliaria sobre bienes muebles que puedan llegar a ser adheridos o incorporados a un inmueble. En tal caso, la prelación del acreedor garantizado con esos bienes muebles habrá de tener preferencia frente al acreedor preexistente con garantía hipotecaria sobre el inmueble.

Ciertamente, la ley suele establecer que una prenda sin desplazamiento (sobre cosas inmuebles por destino o naturaleza) no requiere acuerdo del acreedor garantizado con hipoteca (sobre inmueble al que se incorpore el objeto de la prenda). Algún ordenamiento establece la preferencia (sobre los bienes correspondientes) del acreedor pignoraticio frente al acreedor hipotecario. Pese a lo cual, a la mecánica de esta prelación le falta claridad en la legislación y en punto al registro, donde no se hace una notación respectiva a los bienes por destinación.

Por mor de la claridad en tal regla y para obtener la deseada prelación, el acreedor garantizado con bienes muebles incorporados al inmueble habría de cumplir alguna exigencia: Primero, efectivamente, debe haber entregado fondos nuevos (valor nuevo o consideración nueva) al deudor garantizado, para la adquisición de los bienes objeto de la garantía. Segundo, debe publicitar su garantía mobiliaria sobre los bienes muebles, con anterioridad a la adhesión de estos al inmueble en cuestión. En tal supuesto, el acreedor de una obligación preexistente carecerá de prelación con respecto a esos bienes.

Para el funcionamiento de esta regla, sin embargo, se necesita, en algunos casos, enmendar las reglas hipotecarias y registrales, a fin de evitar el carácter accesorio del mueble sobre el inmueble y, por tanto, afectado por la garantía hipotecaria inmobiliaria.

### **6.3. Comprador en el curso ordinario**

En materia de prelación, cuando la garantía recae sobre inventario, un proyecto de reforma debe proteger al consumidor, permitiéndole la adquisición, libre

de contienda, de la garantía mobiliaria creada por el vendedor. Así el consumidor adquiere pacíficamente productos en venta del comerciante, sin inquietarse ante la posibilidad de gravámenes sobre lo adquirido. Asimismo, esa venta deja inmune la garantía del acreedor garantizado, pues esta se extiende al bien atribuible generado, permitiéndole renunciar al derecho de persecución sobre el bien original. Esta regla habría de aplicarse siempre: tanto si es perfecta la garantía del acreedor, como si el comprador conoce la existencia de la garantía mobiliaria.

## **7. Financiamiento especializado**

Junto a las áreas sustantivas listadas, una reforma debe incluir avances en algunas prácticas, para fomentar el acceso al financiamiento de pymes. Entre otras: el financiamiento de inventario, el financiamiento de equipo, el financiamiento agrícola, el *leasing* financiero, y el factoraje o descuento/cesión de créditos.

### **7.1. Inventario**

Entre los activos más valiosos de las pymes suele destacar el inventario. Esos bienes destinados a la venta y posterior reemplazo pueden emplearse como garantía, pero para tal función se requiere que la garantía sobre los bienes originalmente gravados se extienda a los bienes que los sustituyan. Con respecto al financiamiento de inventario, algunos mecanismos de prenda intentan su extensión a bienes futuros. La operación en la práctica se ve limitada, frecuentemente, por los requerimientos de formalidades, o por la descripción pormenorizada señalada anteriormente. Tampoco suele abordar la legislación existente si, con la venta del inventario, el prestamista podría perder su garantía, ni, de modo general, reglas para el consumidor de los bienes del inventario pignorado, para determinar si la adquisición queda fuera del derecho de persecución del acreedor garantizado, en caso de incumplimiento del deudor/vendedor.

Para el financiamiento con la garantía del inventario, una reforma ha de lograr la extensión del gravamen sobre los bienes originalmente pignorados, a las cuentas por cobrar, derechos de cobro, puntos de venta, o productos y bienes atribuibles resultantes de la venta del inventario. Cabe notar, sin embargo, que la mayoría de las legislaciones en los países en América Latina no prevén esa extensión automática. Por ello, los acreedores serán renuentes a aceptar el inventario como garantía, por la posibilidad de perderla con la venta del inventario. Un proyecto de reforma, entonces, debe contemplar el financiamiento de inventario de manera específica.

### **7.2. Financiamiento de equipo**

La compra de bienes de equipo indica la necesidad financiera más común en las actividades empresariales. Por eso un sistema moderno de garantías ha de contemplarla. Y lo ha de hacer sin desapoderamiento, mediante la inscripción de un formulario de registro, recomendaciones ya apuntadas en secciones anteriores. Con el marco normativo de la mayoría de los países de América Latina, esta financiación se podría llevar a cabo por medio de un contrato de prenda sin desplazamiento, o por medio de *leasing* financiero. Pero esta última figura no requiere inscripción, lo cual ocasiona un gravamen oculto. Este se opone tanto a los intereses de terceros como de los acreedores, hipotéticamente interesados en la financiación, por la ausencia de certeza sobre la titularidad del conjunto de elementos productivos. Tales dificultades han de ser eludidas con la reforma del sistema.

### 7.3. *Financiamiento agrícola*

Otro tipo de financiamiento de gran importancia enlaza con el crédito agrícola. Un pequeño o mediano productor desea financiar siembra y cosecha, incluyendo semillas, equipo y mano de obra. El crédito se pagaría al final de la temporada de producción. Algunos ordenamientos prevén el recurso a la prenda sin desplazamiento, o similares: créditos de habilitación o avío. Sin embargo, nuevamente existe incertidumbre, esta vez respecto al conjunto de frutos y productos de los bienes sembrados/cosechados que conforman el objeto de la garantía: tiende a estimarse que ese objeto de garantía solo puede abarcar los bienes provenientes de los originalmente gravados, y descritos con especificidad, sin que pueda afectar al producto económico de la venta en cualquier modalidad (dinero, facturas, cuentas por cobrar, títulos valores, bienes adquiridos con los originales o sus derivados, etc.), salvo que figuren de modo específico en el contrato y con suficiente pormenor. Una dificultad adicional puede venir por la extensión de la hipoteca inmobiliaria sobre el predio de la plantación, pues, eventualmente, puede abarcar los frutos de la plantación. Esto frena también el financiamiento agrícola. Un proyecto de reforma debe contemplar la financiación de un proceso agrícola: siembra, cosecha, almacenamiento, venta, con una figura unitaria y en una única transacción o relación crediticia.

### 7.4. *Factoraje financiero*

El factoraje financiero (*factoring* tradicional) consiste en la compra, por parte de un factor-prestamista, de cuentas por cobrar o facturas generadas por las ventas a crédito de un productor. Pese a la práctica creciente de factoraje, también en la mayoría de los países de América Latina y el Caribe, se carece de normativa desarrollada y coordinada en la materia. A modo de alternativa, se interpretan las leyes para otorgar reconocimiento a las facturas, como si se tratase de efectos de comercio, y se consideran permitidas prácticas similares a la cesión de crédito.

Existe incertidumbre, sin embargo, sobre las excepciones o reclamos que puede interponer el deudor de la factura. Las facturas a crédito, por lo general, son pagaderas a treinta o noventa días, en función del acuerdo entre productor y cliente. Las transacciones de factoraje «puro» comprenden la venta automática de las cuentas y no obligan al productor a otorgar ningún tipo de garantía. En otras palabras, en el factoraje tradicional, el factor no presta dinero al productor manufacturero garantizando su crédito con las cuentas, sino que, simplemente, compra las cuentas del productor y paga por estas en efectivo, de la misma manera que lo haría por la compra de cualquier otro bien.

La coordinación con la cesión de créditos surge al considerar, cómo las normas suelen requerir a los créditos caucionados, la sujeción a las reglas que correspondan a su naturaleza. Bajo un proyecto de reforma, sin embargo, se debe aclarar la relación factor-productor y, en particular, si difiere de la relación entre acreedor garante y deudor garante. En general, una normativa de garantías mobiliarias, coordinada con la de *factoring*, habría de propiciar un régimen que resolviese los conflictos entre reclamos de acreedores sobre las facturas o cuentas por cobrar del vendedor/deudor garante. El régimen aplicable en dicho contexto debería coincidir con el que suele regular las cesiones de facturas o cuentas por cobrar, a veces bajo el Código Civil, con el mandato de publicidad vinculante para los terceros.

Un proceso de reforma, entonces, debería contemplar la relación entre acreedor y factor, pero también el conveniente paralelismo entre las normas de garan-

tías mobiliarias y las de factoraje financiero. A deficiencia de esta, y como mínimo, la ley de garantías mobiliarias deberá requerir la publicidad, tanto de las garantías mobiliarias sobre cuentas por cobrar como de los contratos de factoraje sobre estas, así se podrían impedir los gravámenes ocultos.

### **7.5. Equipos muebles internacionales**

Existen equipos móviles internacionales, tales como las aeronaves, buques, satélites, equipo ferroviario, y equipo de minería, construcción o agricultura. Su financiamiento se rige mediante reglas, semejantes a las hipotecarias, con un registro supranacional, para la toma de intereses o gravámenes sobre ellos. Esta materia habría de considerarse excluida del posible sistema unitario de garantías mobiliarias, a la vez que se estima la suscripción de instrumentos internacionales, tales como el Convenio de la Ciudad del Cabo del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado.

## **8. Ejecución**

Los bienes muebles, por sus características propias, evanescencia o mutabilidad, valen como garantía en la medida en que, ante un incumplimiento del deudor garante, el acreedor garantizado pueda recuperarlos y enajenarlos con rapidez y eficiencia. Por tanto, una reforma debe analizar los procedimientos de ejecución vigentes (de forma global: aspectos procesales, desde luego, pero también constitucionales, con atención a las garantías de audiencia), y determinar si se establecen procesos separados o distintos para bienes inmuebles y para bienes muebles, así como el grado en que los procesos resultan suficientemente ágiles y efectivos, para fomentar (o incluso permitir) el crédito con garantías mobiliarias.

### **8.1. Requerimiento de ejecución extrajudicial**

Un sistema efectivo de garantías mobiliarias otorga al acreedor garantizado dos derechos primordiales con trascendencia sobre el riesgo de la financiación y de la garantía: *a*) el de recuperar el monto de la obligación garantizada, y *b*) en caso de incumplimiento, el de recuperar los bienes dados en garantía y aplicar su valor al saldo insoluto.

Esto último podría ocurrir al recuperar el acreedor los bienes originalmente gravados. Si fueron sustituidos, transformados o vendidos, tendría prioridad sobre los de reemplazo, los nuevos bienes o sobre el producto de la venta de unos u otros. Cuando han sido adquiridos por un tercero (fuera del curso normal de los negocios), o pignorados por un acreedor subsecuente, el acreedor tendría el derecho de prelación y/o persecución, siempre y cuando haya hecho oponible su garantía mobiliaria por medio de la inscripción en el registro de garantías mobiliarias.

El funcionamiento efectivo del sistema de garantías mobiliarias impone que un acreedor pueda hacerse con la posesión de los bienes muebles corporales dados en garantía, sin la exigencia de intervención judicial. Esta se requeriría, en condiciones ordinarias, para fijar la culpabilidad del incumplimiento. Pero cabe, igualmente, que la inscripción registral vaya acompañada del vigor preciso para la ejecución. Una reforma, entonces, debe atender a la ejecución extrajudicial de la garantía y a los mecanismos para el paso de la posesión al acreedor sin participación judicial.

Uno de los ejes del régimen de garantías mobiliarias gira tanto sobre la posibilidad de que el acreedor garantizado emplee las resultas de la enajenación del bien objeto de la garantía, como sobre la apropiación del bien en pago de la obligación garantizada. Todo régimen deberá entonces prever vías judiciales o extrajudiciales eficientes, económicas y previsibles para la ejecución de la garantía por efecto del incumplimiento de la obligación garantizada.

La ejecución extrajudicial incluye disposiciones de carácter imperativo para el acreedor garantizado: cuando pacta una ejecución extrajudicial, como la inscripción del formulario de ejecución, por ejemplo, con su doble paso: notificación del incumplimiento de la obligación y de la voluntad de iniciar la ejecución, el deudor garante tiene derecho a recibir del acreedor garantizado el exceso, si lo hubiera, entre la valoración del bien dado en garantía y el importe de la obligación garantizada.

La eficacia de los procedimientos de ejecución impacta positivamente en los derechos tanto del acreedor garantizado como del deudor garante. A todos beneficia el mayor valor resultante de la ejecución, también al deudor, pues reduce cuanto pueda quedar debiendo como obligación no garantizada, tras haber destinado el producto de la venta del bien, o el bien, a satisfacer la obligación garantizada.

De manera generalizada, los procedimientos de ejecución actuales en los países de América Latina devienen poco efectivos. Las normas y la práctica judicial requieren el proceso contencioso, tanto para dar por satisfecha la deuda como para sancionar su incumplimiento. Siempre de conformidad con la decisión de un tribunal, el cual, con citación del deudor, puede resolver la petición, siempre y cuando se le exija al acreedor que caucione previamente las resultas del juicio.

Este proceso requiere un instrumento público para acceder al procedimiento ejecutivo, lo que agrega un costo significativo en la documentación de una prenda sin desplazamiento u otro instrumento. La posibilidad para el acreedor insatisfecho de hacerse con la posesión sin intervención judicial no siempre se permite en los ordenamientos vigentes, así como tampoco la ejecución extrajudicial de la garantía.

La exigencia de un procedimiento judicial para la ejecución de la garantía implica demandar al deudor garantizado, obtener una sentencia favorable y después acudir a los mecanismos previstos en la ley para lograr la ejecución de la sentencia. Esta exclusiva vía judicial puede resultar lenta y costosa, lo cual merma la maximización de valor para el bien en garantía. Costas y gastos de la ejecución normalmente se hallan presentes en el otorgamiento de la financiación y en su cálculo, con lo que demoras e ineficiencias en la ejecución de la garantía afectan negativamente la disponibilidad y el costo del crédito.

## **8.2. *Recuperación del bien en garantía***

Antes del incumplimiento de la obligación garantizada, el deudor garante suele estar en posesión o tenencia del bien en garantía. Pero con el incumplimiento surge para el acreedor garantizado, el derecho al control, posesión o tenencia. Un proyecto de reforma debe otorgar al acreedor garantizado el derecho de aprehensión del bien corporal en garantía, sin la obligación de acudir a la vía judicial para el ejercicio de este derecho.

La habilitación legal al acreedor garantizado para que, acaecido el incumplimiento de la obligación garantizada, haga suyo el bien en garantía, le faculta para

lograr la realización del valor del bien, con la minoración de gastos en mantenimiento hasta la enajenación. La posesión del bien por parte del acreedor conlleva su derecho a decidir el destino del objeto de la garantía.

La aprehensión por el acreedor garantizado del bien en garantía reduce algunos riesgos de la operación. Estos se manifiestan patentes, como posibilidad, si el bien permanece en la esfera de poder del deudor garante: ocultamiento, transferencia, uso indebido, pérdida u obsolescencia, con su impacto en el valor de la garantía.

Ante bienes perecederos o con rápida depreciación, la exigencia de procedimientos judiciales, costosos y demorados, diluirá la eficacia del derecho del acreedor garantizado.

### **8.3. *Disposición de los bienes***

Junto al derecho a hacerse con el objeto de la garantía, disponer de él, ha de reconocerse también al acreedor en la reforma. De otro modo, el costo y las demoras que normalmente acarrea la intervención judicial conlleva la pérdida de la garantía y/o su depreciación. Una venta extrajudicial del bien en garantía maximiza, normalmente, su valor; con el aseguramiento para deudor (y para acreedor) de la realización en condiciones de mercado.

Las ventas privadas (o extrajudiciales) requieren tanto la correcta valoración de los bienes como mecanismos modernos de venta (subastas en internet).

La mayoría de las legislaciones vigentes carece de actualización y flexibilidad en esa materia. Se exige que el bien sujeto a prenda, por ejemplo, sea subastado según las reglas del juicio ejecutivo del Procedimiento Civil. Pero este proceso, pese a su limitación de excepciones oponibles (pago de la deuda y extinción del título), tiende a ser formal, tardío y costoso. Tampoco auspicia un precio de mercado para el bien subastado.

Ese procedimiento cercena posibles abusos de los acreedores garantizados. Pero los intereses de estos y sus deudores tienden a coincidir: ambos se benefician, por ejemplo, si el acreedor optimiza los ingresos con la rápida disposición de la garantía. Lo anterior deviene cierto, particularmente, si el deudor resulta insolvente, pues la garantía torna en activo exclusivo para el pago del crédito. Cuanto más se eleve el precio para la venta del bien dado en garantía, mayor posibilidad habrá de liberar la deuda contraída por el acreedor.

### **8.4. *Apropiación en satisfacción de la deuda***

Un régimen efectivo de garantías mobiliarias debe proporcionar la suficiente flexibilidad para permitir la obtención del valor más alto posible del bien en garantía. Las mejores prácticas recomiendan que tanto el acreedor garantizado como el deudor garante puedan proponer que los bienes en garantía sean apropiados al acreedor garantizado, en pago de la obligación garantizada. Si el deudor garante hace la propuesta, el acreedor garantizado podrá aceptarla o rechazarla. Si el acreedor garantizado realiza la propuesta, deberá informar al deudor garante y a cualquier tercero con derechos concurrentes sobre el bien en garantía.

Este mecanismo maximiza el valor del bien dado en garantía y presupone mecanismos de valoración que protejan los derechos del deudor garante. Por el contrario, privar la reforma de fórmulas contractuales para la apropiación del bien en



garantía, como pago de la obligación garantizada, puede afectar la eficacia de la ejecución y hacer más costosa la ejecución de la garantía.

#### IV. COMPONENTE REGISTRAL

El componente registral de una reforma se compone con: la determinación del estado de los registros del país, su propósito y reglamentación, su organización, cobertura y capacidad técnica/informática. Así se verifica cómo incorporar las pretensiones de un sistema de garantías mobiliarias, los cuales, en torno al registro, se centran en: i) establecer la fecha en que se registra la garantía, como criterio para la prelación sobre el objeto de garantía, y ii) hacer públicos los gravámenes sobre bienes muebles en operaciones garantizadas.

##### 1. Características

El correcto funcionamiento de un sistema de garantías mobiliarias requiere publicidad de las garantías que graven los bienes de un deudor. Para lograrla, el registro constituye el medio preferible. El sistema de publicidad más frecuente, también en el propuesto por el Reglamento de Registro de Garantías Mobiliarias de la OEA, la fecha de inscripción registral de la garantía, otorga la prelación. El elenco de las mejores prácticas aceptadas internacionalmente sobre este tipo de registros recomienda:

#### RECOMENDACIONES para un registro moderno de garantías mobiliarias

**Registro de notificación o aviso:** un registro de garantías mobiliarias no es un registro de propiedad, sino un registro de derechos sobre garantías. Por tanto, el objetivo del registro es solo notificar la existencia de determinados derechos de los acreedores sobre ciertos tipos de garantías y el rango de prelación de derechos sobre esos bienes. Por ello, las inscripciones de derechos solo requieren la notificación/inscripción de cierta información y no el registro de documentos o acuerdos entre acreedores y otorgantes de derechos. La única información obligatoria que se debe requerir al inscribir una garantía en el registro son los datos identificativos del acreedor, del otorgante del derecho, de la garantía y del monto total de la obligación garantizada.

**Registro centralizado único:** el sistema ideal de registro de garantías mobiliarias consiste en tener un registro central único para todas las garantías. Tener registros provinciales o regionales, así como registros para determinados tipos de garantías, hace los sistemas mucho más ineficientes y costosos creando en muchos casos lagunas de ciertos tipos de garantías que no se registran y permanecen ocultas viciando el sistema.

**El registro debe ser público, aunque puede gestionarse de forma privada:** la información contenida en el registro debe pertenecer al poder público, ya que las inscripciones pueden tener efectos legales sobre la prelación de acreedores y derechos sobre determinados bienes. Sin embargo, el hecho de que la información sea pública no impide que el registro pueda manejarse a través de una concesión o acuerdo similar, por un ente privado.



**Registro accesible al público en general para consultas:** la información contenida en el registro sobre los gravámenes que existen sobre bienes debe ser accesible y estar abierta al público en general sin ningún tipo de restricción; es decir, la persona que desee hacer una consulta no tiene que justificar la razón por la que quiere hacer esa consulta.

**Registro electrónico accesible a través de internet:** un registro moderno debe ser en línea, de forma que tanto la persona que inscriba el derecho como la persona que desee hacer consultas pueda hacerlas a través de internet. Estos registros son los únicos que van a poder proveer información actualizada en tiempo real de las inscripciones existentes.

**Registro de usuarios que generalmente son los acreedores garantizados o sus representantes:** las inscripciones en el registro deberán llevarse a cabo directamente por el acreedor garantizado o su representante autorizado. Las inscripciones por lo general se hacen a través del establecimiento y apertura de una cuenta de usuario.

**Función limitada del registrador:** el registrador debería ver sus funciones limitadas a velar por el buen funcionamiento del registro, al manejo administrativo del registro y a proveer cierta información a los usuarios. El registrador no debería tener ninguna función de verificación de las inscripciones ni del contenido de las inscripciones y por tanto no tiene responsabilidad sobre las inscripciones. La responsabilidad sobre la veracidad de las inscripciones recae sobre el que inscribe (el acreedor garantizado o su representante autorizado).

**Posibilidad de modificar inscripciones, cancelarlas o transferirlas:** el registro debe establecer reglas claras sobre cómo se hacen las inscripciones, y las posteriores modificaciones, cancelaciones o transferencias de inscripciones, y sobre quien está autorizado a hacerlas.

**Posibilidad de hacer consultas sobre las inscripciones del registro:** el registro debe ser diseñado de forma que se puedan realizar consultas utilizando índices de búsqueda que deben incluir: identificador del otorgante del derecho, número de serie de un bien (para aquellos bienes que tengan número de serie) y número de inscripción.

**Pago de derechos de inscripción y consulta:** todos los registros exigen el pago de una tasa de inscripción. Algunos registros también exigen el pago de tasas por consultas. En cualquier caso, el aspecto fundamental a la hora de establecer las tasas es que debe ser una tasa fija (no variable en función del tipo de transacción que se registra o en función del monto de la obligación), y de un monto razonable dirigido a cubrir los gastos que la inscripción ocasiona al registro.

**Integridad del registro:** para mantener la integridad de la información del registro, es necesario conocer la identidad del que hace la inscripción para poder en cualquier momento identificar al autor de una inscripción falsa o de mala fe. El registro además deberá prever sanciones para casos de abusos o inscripciones falsas, y proveer de mecanismos a las partes para hacer reclamaciones en casos de error o falsedad en la inscripción.

**Seguridad del registro:** el registro deberá prever las medidas de seguridad necesarias para proteger la información contenida en el registro a través de servidores suplementarios para duplicar la información en caso de desastres que puedan afectar al funcionamiento del registro y la información contenida en el mismo.

## 2. Publicidad y prelación

La publicidad a los terceros sobre los muebles gravados con alguna garantía conforma el propósito normal del registro de garantías mobiliarias. El marco regulatorio y la reforma deben fijar la prelación y la oponibilidad según la inscripción en el registro (fecha y hora). Los estándares internacionales reposan sobre el concepto: *primero-en-tiempo, primero-en-derecho*.

## 3. Uniformidad

Un sistema de garantías mobiliarias con pretensión de unidad estatal requiere un registro *único* nacional. Un estudio sobre la publicidad registral ha de contemplar los registros existentes. Y detenerse en su normativa y estructura, en función de las modalidades de garantía inscribibles, así como su papel en la concesión de préstamos y/o en las garantías, en la titularidad de los bienes, y en las notificaciones y oponibilidad frente a terceros. Lo anterior evidenciará la necesidad de consolidar los registros en un sistema único y uniforme para todo el país.

## 4. Registros existentes

La conveniencia de un registro único se opone a la realidad, en la mayoría de los países de América Latina: poseen, por lo general, sistemas parcialmente unificados y centralizados, o sistemas fragmentados [véase, *supra* sección III, 2.2]: no todas las garantías (bajo las figuras mencionadas en esa sección III) se registran, generándose gravámenes ocultos. Y entre las que se registran, lo hacen en registros locales, estatales, por tipo de bien y especializados (de embarcaciones, aeronaves, y propiedad industrial/intelectual, etc.), al igual que falta un criterio, metodología, proceso, de contenido uniforme, para el registro de las diferentes garantías.

## 5. Gravámenes ocultos

Una deficiencia adicional que se observa en los países latinoamericanos: la existencia de garantías sin registro. Así, los contratos de *leasing* financiero, factoraje, patrimonios autónomos, reservas de dominio, etc. Como hemos visto, bienes muebles de significativo valor; tales como maquinaria y equipo, carecen de acceso a la inscripción en varias disposiciones registrales actuales, pero pueden emplearse como medio de garantía extra-registral. Acaban constituyendo cargas o gravámenes ocultos, que distorsionan el mercado crediticio y encarecen el costo de financiamiento (al imponer onerosas verificaciones adicionales).

## 6. Registros especiales

Cuando así lo requiere la legislación y los tratados internacionales vigentes, las reformas a un sistema de garantías mobiliarias y el establecimiento de un registro debe requerir que una garantía mobiliaria se inscriba en un registro adicional y/o especial, así como las reglas que se debe seguir al respecto. Esta inscripción adicional, además, debe contemplar la adherencia o incorporación al inmueble de los bienes muebles sujetos a garantía, para averiguar el impacto que, en la prelación de estos, puede llegar a tener una hipoteca inmobiliaria. Asimismo, una reforma debe coordinar con la aplicación de los tratados internacionales, suscritos y ratificados,

que crean registros especializados transfronterizos. En el caso de garantías sobre bienes de propiedad intelectual, por ejemplo, se deberían seguir las reglas respecto a la inscripción de la titularidad y existencia del derecho en la Oficina Nacional de Propiedad Intelectual, así como consideración de la ubicación indicada para la inscripción de una garantía. En materia de equipo móvil internacional, tales como aeronaves, satélites, y ferrocarriles, se debe seguir los tratados de UNIDROIT mencionados anteriormente.

## 7. Formularios de registro

Un registro moderno de garantías mobiliarias se caracteriza por la inscripción de formularios, no de contratos, y a que opera a través de la presentación de un aviso para su inscripción, que permita identificar al acreedor del gravamen, el tipo de transacción y los bienes gravados, que pueden ser descritos de forma específica o genérica. En la mayoría de los países, el marco jurídico vigente, sin embargo, requiere la inscripción del contrato de prenda, sus modificaciones y alzamientos y documentos en que consta la obligación garantizada. Adicionalmente, los sistemas actuales generalmente requieren una copia del contrato autorizada ante notario público, y la del contrato en que consten las obligaciones garantizadas. Este no puede ser separado del primero, lo cual implica que el registro no funcione en tiempo real, y dependa de la actuación de un tercero, en relación al contrato de garantía. En varios países, además, se analiza el título de propiedad antes de inscribir una prenda, lo cual implica un examen más propio de los inmuebles que de los bienes muebles, en los que la posesión debe representar el título en la mayoría de los casos.

Es recomendable basar un registro de garantías mobiliarias en formatos (o formularios uniformes), lo cual conlleva ventajas sobre un registro de documentos primarios, tales como los contratos de la operación y el de garantía. La primera de estas ventajas se manifiesta en la velocidad para la publicidad tanto de la operación garantizada como de los bienes gravados. La otra vertiente de esa celeridad la percibe el tercero cuando accede a la información. Un formulario uniforme, para cualquier clase de transacción garantizada con bienes muebles, deberá prever distintos campos que serán completados con los datos necesarios para definir, en cada caso, el tipo de transacción a registrar, lo cual supone la conversión de la declaración documental, a una forma electrónica será más sencilla.

La segunda ventaja de este sistema es su flexibilidad, pues la descripción genérica o por categoría de bienes gravados permite emplear como garantía una susceptible de cambiar constantemente (como en el caso de inventarios y cuentas por cobrar), y transacciones con operaciones revolventes, o con plazos o condiciones para su disposición. Con la inscripción transaccional, las garantías mobiliarias correspondientes a futuros desembolsos, o a bienes adquiridos con posterioridad a la constitución del gravamen, tendrán su prelación sucesiva en la fecha de cada inscripción. El registro de un formulario permite al acreedor y al deudor con garantía sobre una línea de crédito establecer la prelación deseada con una inscripción única, efectuada aun antes de la entrega del crédito al deudor.

Los créditos otorgados a empresas mayoristas e incluso al menudeo suelen ser automáticamente renovables: el acreedor pone fondos a disposición del deudor o comerciante, quien dispone hasta un máximo de cuanto necesita. Con el sistema de registro que se propone, el acreedor puede registrar su garantía, sobre el inventario de mercancías existentes y las que se adquieran subsecuentemente, así como sobre las cuentas por cobrar generadas con la venta de dichas mercancías. En este sistema, la descripción de la garantía mobiliaria se expresa en términos generales

o por categoría de bienes. Cada vez que el comerciante o deudor adquiere bienes integrados en la descripción genérica quedan gravados con la prelación del gravamen sobre los bienes originales. Además, el hecho de que durante la vigencia del contrato no resulte un saldo a cargo del deudor, no es motivo para que la garantía mobiliaria se extinga o caduque, mas deberá permanecer vigente para cubrir las cantidades que el comerciante o deudor retire, eventualmente, de su línea de crédito, y hasta en tanto queden cumplidas sus obligaciones.

Bajo la legislación y operación de los registros actuales en la región, este tipo de inscripción de información sumaria no es posible (generalmente hablando), ya que, bajo el régimen existente, las inscripciones se hacen por medio de la presentación del original del acto, o una copia auténtica de este, o de una sentencia que dé lugar al privilegio de inscripción.

## **8. Descripción de los bienes y de la obligación**

Para que una garantía se pueda extender a bienes intangibles, fungibles, de inventario, futuros, atribuibles y/o posteriormente adquiridos, es necesario que el sistema registral permita las descripciones generales o genéricas de estos, sin limitar las descripciones específicas o indubitables. Asimismo, para que la garantía pueda llegar a ser revolvente o cubrir líneas de crédito, la descripción de la obligación también debe ser genérica.

Consecuentemente, un registro moderno, bajo un proceso de reforma, debe establecer los requisitos de identificación general/genérica de los bienes en garantía en los formularios de inscripción registral, tanto para la obligación como para la garantía. La reglamentación actual suele requerir descripciones específicas tanto para la obligación garantizada, como para los bienes en garantía.

Por otro lado, si así lo requiere la transacción o así lo convienen las partes, el formulario de inscripción registral debe permitir descripciones específicas de los bienes en garantía. En otras palabras, bajo el nuevo registro debe ser permitida cualquier descripción de bienes muebles dados en garantía, sea específica o no, en tanto sirva para identificar los bienes sujetos a garantía mobiliaria. La descripción del bien en garantía, en el formulario de inscripción registral, permite informar a los terceros acerca de la carga que afecta a ese bien.

Adicionalmente, un formulario de inscripción registral puede incluir una anotación o descripción especial, cuando la garantía mobiliaria abarca categorías completas de un tipo de bien garantizado en particular (p. ej., todas las existencias, todo el equipo, todo el equipo electrodoméstico, todas las cuentas por cobrar, etc.). Anotaciones similares pueden ser requeridas cuando una garantía mobiliaria alcanza todos los bienes muebles o activos del deudor (p. ej., todos los activos, todos los bienes presentes y futuros). Si las partes no pretenden que la garantía mobiliaria grave todos los bienes muebles del deudor, pueden escoger una descripción universal como «todos los activos», pero podría limitar su ámbito (p. ej., todos los bienes del deudor, a excepción de los automóviles).

## **9. Ratificación, verificación y calificación**

Bajo los regímenes vigentes, en la mayoría de los países, al registro acceden solo escrituras públicas: documentos previamente presentados ante el notario para su formalización. Sigue luego un proceso de calificación interno, previo a la inscripción de la garantía, para verificar los aspectos principales de la operación.

Un registro moderno de garantías mobiliarias, sin embargo, se basa en formularios —no registra documentos—. La información ingresa en el registro por la acción del acreedor (o un tercero facultado por este), pues el acreedor se beneficia de la prelación correspondiente y, por tanto, él debería responder de la veracidad: él afrontará las consecuencias de una información errónea o no autorizada.

Así las cosas, un proceso de reforma debe examinar la metodología empleada para proceder al registro. Ha de atender al modo de cumplir los requisitos procedimentales y legales necesarios. Y, según la propuesta, como un registro moderno requeriría la inscripción de formularios, no de documentos, *se recomendaría* la eliminación de los procesos de formalización y calificación, que aún puedan existir.

## 10. Firma

Generalmente, existen en los registros vigentes condiciones de forma, para la creación de una garantía y para el contrato de préstamo. También, cuando se requiere la inscripción registral de la garantía, se imponen diferentes formalidades que incluyen la firma autógrafa de las partes. A manera de recomendación, el registro bajo un proceso de reforma deberá ser meramente electrónico, y basado en formatos precodificados que se remiten a través de internet. Por tanto, el requisito de la firma debe ser analizado y/o eliminado, en función de las salvaguardas adicionales que pueda ofrecer el sistema de registro electrónico.

## 11. Costo

Otro aspecto crítico para la reforma en el sistema de garantías se fija en el costo de las inscripciones relativas a bienes muebles. El registro de garantías mobiliarias debe basarse en un bajo costo de utilización. La simplificación del proceso de registro, además, crea un sistema menos oneroso, especialmente con respecto a la eliminación de los procesos de calificación. Un sistema electrónico también aumenta la exactitud y seguridad de los registros, al integrar programas de corrección de errores automáticos, y promueve la uniformidad en los procesos de registro, a la vez que facilita el registro con múltiples jurisdicciones. El importe en dichas condiciones debería basarse en el de creación, recepción, almacenamiento y divulgación de la información, lejos de un impuesto porcentual a la operación crediticia.

## 12. Tecnología

La telemática ha tenido un impacto significativo en la publicidad de gravámenes mobiliarios. La posibilidad de acceso, desde cualquier parte (remoto), a la información registrada mediante inscripciones electrónicas, elimina la necesidad de inscripciones locales. Ahora la información registrada se puede almacenar en un lugar central que cubra un territorio determinado, una región o una nación, y esta base de datos puede ser accesible desde cualquier lugar, dentro o fuera del país. El uso de información almacenada electrónicamente evita muchos de los problemas y limitaciones actuales, asociados con la custodia en papel, y con el hecho de que toda inscripción o cancelación deba hacerse manualmente, lo cual aumenta gastos en tiempo y dinero, sobre todo si se trata de conservar información o de la urgencia de las inscripciones. Este problema se desvanece con los registros electrónicos: carecen de limitaciones de almacenamiento de información, así como de evanes-

cencia (en condiciones normales) y, por tanto, las inscripciones pueden durar indefinidamente y acomodar cantidades masivas de información.

Desde el punto de vista de la armonización e integración económica, la importancia de los registros computarizados es extraordinaria, más cuando se puede acceder personalmente desde diversas instalaciones. Permite además gran agilidad en el procesamiento de datos y la accesibilidad desde diversos puntos permitirá también obtener rápidamente cualquier información desde el extranjero. Es importante tener presente que las cuestiones relacionadas con el diseño y la operación de un registro de bienes muebles se pueden separar de la reforma o adicionar a la parte sustantiva de los gravámenes mobiliarios. El éxito de una reforma o adición para promover las transacciones garantizadas con bienes muebles está íntimamente ligada a la forma en que funcionen los registros. Como resultado, varios puntos relacionados con el registro deben resolverse de antemano para proceder, incluyendo la ubicación y o entidad que pudiera administrar el registro, mientras que las cuestiones operacionales y administrativas deben dejarse a un reglamento de implementación.

## V. CONCLUSIONES

Se ha manifestado que existe una falta significativa de acceso al financiamiento, y que posee un impacto económico negativo en el crecimiento y competitividad de las pymes, además de haber apuntado cómo el marco normativo y registral vigente deja de proveer soluciones jurídicas e institucionales necesarias que fomenten el movimiento contrario. Con un sistema de garantías mobiliarias, un país debe hacer factible el comienzo de un proceso de reforma a su sistema de garantías mobiliarias.

Entre los problemas económicos que encara la región destacan la escasez y el alto costo del crédito comercial y al consumidor. Un sistema jurídico que garantice cabalmente los préstamos a comerciantes y consumidores con el valor de los bienes muebles involucrados, facilitará el acceso al crédito por parte de la mayoría de los comerciantes y consumidores, quienes en la actualidad carecen de dicho crédito. Los factores macro y micro, económicos, que determinan la disponibilidad y coste de los préstamos son numerosos. Pero el riesgo crediticio disminuye significativamente, en la manera expuesta anteriormente, cuando el acreedor tiene fácil acceso al valor de los bienes muebles dados en garantía, lo cual debe tener el impacto necesario para la adecuación de la reglamentación financiera pertinente.

Para modernizar la legislación local, a los prestamistas y prestatarios se les debe de otorgar la facultad de designar, como objeto de la garantía, cualquier bien mueble que tenga valor en el mercado, independientemente de si el objeto actualmente existe o existirá en el futuro, y si sea este un bien tangible o intangible, si retiene su forma original o se transforma en otra mercadería, si es dinero, título de crédito, título valor o representativo o cuenta por cobrar. Asimismo, se deben eliminar las restricciones arbitrarias y permitir más autonomía a las partes en la transacción crediticia. Lo mismo es cierto con respecto a terceros registrales y a acreedores, a quienes el legislador quiera extender una protección especial tal como a los trabajadores con respecto a salarios no pagados.

Como solución a las ineficiencias de los sistemas jurídico y registral actuales, existen experiencias exitosas de reforma, como la de Colombia, Costa Rica y otros países en la región, que han demostrado que incrementan el capital crediticio disponible a los actores económicos locales, creando un ámbito legal/económico virtuoso mediante una mayor certidumbre jurídica. Esto a su vez disminuye el

riesgo de un préstamo, lo que reduce el costo del crédito, y que resulta no solo en la facilitación de acceso a financiamiento, sino también en un aumento en la competitividad de los actores nacionales.

Para lograr este resultado, se recomiendan: Primero, una reforma completa e integral conformada en base a los estándares internacionales y mejores prácticas, incluyendo la Ley Modelo Interamericana de Garantías Mobiliarias. Segundo, se requiere además la reglamentación, diseño, lanzamiento y operación de un registro moderno, electrónico y centralizado de garantías mobiliarias, que también puede estar basado en el Reglamento Modelo de OEA. Tercero, se requiere una campaña de concienciación y capacitación a los usuarios; y finalmente, se requiere la inclusión de un componente de monitoreo y evaluación para asegurarse de que la reforma produzca el impacto esperado. Como se ha ido describiendo a lo largo del presente, un proceso de reforma a los sistemas locales de garantías mobiliarias no es un proceso de corto plazo y requiere varios pasos y cambios de paradigmas. Sin embargo, dicho esfuerzo tiene un impacto sobre el acceso al financiamiento para los actores económicos locales a largo plazo.



# UNIFORM SECURED TRANSACTIONS LAW: THE MODEL INTER-AMERICAN LAW AND THE UNCITRAL MODEL LAW ON SECURED TRANSACTIONS COMPARED

Spyridon V. BAZINAS\*

**SUMMARY:** I. INTRODUCTION.—II. STRUCTURE OF THE TWO TEXTS, KEY OBJECTIVES AND FUNDAMENTAL APPROACHES: 1. Structure. 2. Key objectives and general approaches.—III. TERMINOLOGY.—IV. SCOPE OF APPLICATION AND GENERAL PROVISIONS.—V. CREATION OF A SECURITY INTEREST.—VI. THIRD-PARTY EFFECTIVENESS OF A SECURITY INTEREST.—VII. NOTICE REGISTRATION: 1. The MIAL and the UML. 2. The MIARR and the UMRP.—VIII. RIGHTS AND OBLIGATIONS OF THE PARTIES AND OF THIRD-PARTY OBLIGORS: 1. Rights and obligations of the parties. 2. Rights and obligations of third-party obligors.—IX. PRIORITY OF A SECURITY INTEREST.—X. ENFORCEMENT OF A SECURITY INTEREST.—XI. LAW APPLICABLE TO A SECURITY INTEREST.—XII. TRANSITION.—XIII. THE IMPACT OF INSOLVENCY ON A SECURITY INTEREST.—XIV. CONCLUSIONS.

## I. INTRODUCTION

The importance of a modern secured transactions law for trade and trade finance is nowadays generally accepted. The fact that, in the case of the borrower's default, the lender may enforce its claim for the repayment of a loan against an encumbered asset reduces the risk of non-payment, which is crucial in the case of borrower's insolvency. As a result, lenders are likely to extend higher amounts of credit and at better credit terms, and borrowers/suppliers of goods and services are likely to extend better credit terms to the buyers of their goods and services<sup>1</sup>.

The UNCITRAL Model Law on Secured Transactions (the «UML»)<sup>2</sup>, which also contains Model Registry Provisions (the «UMRP»), and the Model Inter-American Law on Secured Transactions (the «MIAL»)<sup>3</sup> together with the Model Registry Re-

---

\* This article is based on another article of the author published in *Unif. L. Rev.*, vol. 22, 2017, 914-929. The author is grateful for helpful comments on an earlier version of this article by Alejandro M. GARRO (Columbia University School of Law). The author is solely responsible though for the final content of this article.

<sup>1</sup> Woody FLEISIG, *Secured Transactions: The Power of Collateral* (1996), available at <https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/1996/06/pdf/fleisig.pdf>.

<sup>2</sup> Adopted by the United Nations Commission on International Trade Law («UNCITRAL») at its forty-ninth session, in 2016 (A/71/17, para. 119). All UNCITRAL security interests texts are available on the UNCITRAL website under <https://uncitral.un.org/en/texts/securityinterests>.

<sup>3</sup> Approved by the Sixth OAS Specialized Conference on Private International Law (CIDIP-VI) in 2002.

gulations (the «MIARR»)<sup>4</sup>, are intended to regulate security interests in movable (tangible and intangible) assets and the registration of notices with respect to security interests in such assets.

The purpose of this chapter is to generally compare and briefly explain the main provisions of these two texts. Section II discusses their structural similarities and differences, as well as their key objectives and the fundamental approaches. Section III addresses their terminology, and section IV their scope and general provisions. Section V discusses the creation of a security interest, and sections VI and VII briefly discuss the effectiveness of a security interest against third parties and the registration of a notice with respect to a security interest. Section VIII discusses the rights and obligations of the parties and third-party obligors and section IX the priority of a security interest. Section X discusses the enforcement of a security interest and section XI addresses the law applicable to a security interest. Section XII deals with transition issues and section XIII with impact of insolvency on a security interest. This chapter concludes with some general remarks with respect to the general advantages and disadvantages of the two texts as models for national secured transactions law.

## II. STRUCTURE OF THE TWO TEXTS, KEY OBJECTIVES AND FUNDAMENTAL APPROACHES

### 1. Structure

While there are some common characteristics between the two texts in their structure, key objectives and fundamental approaches, there are also significant differences. A key difference is that, while the MIAL is a little shorter than the UML (72 as compared to 105 articles), the UML is simpler and easier to understand and implement. The main reason is that the organization of the material in the UML is more logical and transparent. It should be noted, however, that, while there are no official data on the implementation of the UML yet<sup>5</sup>, the MIAL has influenced the secured transactions laws of a few States in the Americas<sup>6</sup>.

The material of the UML is organized in nine chapters with obvious and logical titles (scope of application, creation, third-party effectiveness, registration, priority, rights and obligations of third-party obligors, enforcement, conflict of laws and transition). Each chapter contains, in part 1, a set of general provisions applying to security interests in all types of movable asset and, in part 2, a set of asset-specific provisions applying to security interests in specific types of asset.

<sup>4</sup> Approved by the Seventh OAS Specialized Conference on Private International Law (CIDIP-VII) in 2009. Both the MIAL and the MIARR are available on the OAS website under [http://www.oas.org/en/sla/dil/docs/secured\\_transactions\\_book\\_model\\_law.pdf](http://www.oas.org/en/sla/dil/docs/secured_transactions_book_model_law.pdf).

<sup>5</sup> For good reasons, as the UML was adopted by UNCITRAL in 2016, and its *Guide to Enactment* in 2017; and, while there is evidence that the recommendations of the *Legislative Secured Transactions Guide* and the other guides have influenced the secured transactions laws of a number of countries (such as, Australia, Colombia, Mexico and Thailand), official data is still missing. There is unofficial information, however, that the UML is being considered for enactment in Bahrain, St. Lucia and Trinidad and Tobago.

<sup>6</sup> Boris KOZOLCHYK, «Implementation of the Model Inter-American Law on Secured Transactions in Latin America: current status», *Arizona Journal of International & Comparative Law*, vol. 28, No. 1, 2011, 1-42; Alejandro M. GARRO, «The OAS-sponsored Model Law on Secured Transactions: Gestation and Implementation», *Uniform Law Review Unif. L. Rev.*, 2010, 391-412, and Marek DUBOVEC, «A Guide to a Successful Adoption and Implementation of the Organization of American States Model Law on Secured Transactions and Registry Regulations in Honduras - The National Law Center Experience», *Uniform Commercial Code Law Journal* (vol. 43 #4), 825-860.

The MIAL has one chapter (called title) less (scope, creation, publicity, registration, priority, enforcement, arbitration and conflict of laws); it is divided in titles with Roman numerals, chapters with Roman numerals, articles with Arabic numerals and paragraphs again with Roman numerals! The title on publicity has ten chapters and deals also with a number of issues that are unrelated to publicity (*e. g.* the discharge of a receivable by the debtor, and the obligations of a creditor in possession of collateral); there is a title with one article on arbitration<sup>7</sup>; and there is no chapter on the rights and obligations of the parties and the rights of third party-obligors (the former issues are dealt with in the title on creation and the latter in the title on publicity).

In addition, the MIAL deals with the secured obligation in the title on scope and general application and includes in the secured obligation reasonable enforcement expenses and damages for breach of contract<sup>8</sup>. However, the UML deals with these issues where they arise in real life, that is, with the secured obligation in the context of the creation of a security interest and with reasonable expenses in the context of enforcement. Most importantly, the UML avoids to interfere with contract law leaving contractual damages to the parties and the law governing contracts<sup>9</sup>.

Moreover, in the MIAL the title on conflict-of-laws is much less elaborate than the relevant chapter of the UML<sup>10</sup>; and there is no title on transition issues to ensure that the new secured transactions law will not affect rights acquired under the prior law.

Also, the fact that the MIAL applies also to outright transfers of receivables is not addressed in the chapter on the scope but on the section on receivables of the publicity chapter<sup>11</sup>, which also has a chapter on acquisition security interests; and with respect to types of assets such as securities and attachments to movable or immovable property the reader is left with the impression that either they are excluded (although they are nowhere mentioned) or are addressed as movable assets but without the necessary asset-specific provisions. This means that art. 1 on scope does not fully reveal the scope of the MIAL; the reader has still to read further provisions to ascertain the exact scope of the MIAL.

In both texts, the asset-specific rules modify the rules applying generally to all types of asset. But the UML does not contain asset-specific rules on security interests in letters of credit<sup>12</sup>, while the MIAL does not contain rules on security interests in non-intermediated securities (*i. e.* securities other than those credited to a securities account and rights resulting from the credit of securities in a securities account, such as stock and bonds held directly by the issuer and typically used as security in commercial finance transactions)<sup>13</sup>.

## 2. Key objectives and general approaches

The MIAL has a formal preamble and introductory comments that set out its main objectives. The UML does not have a formal preamble. However, the Guide

---

<sup>7</sup> MIAL, art. 68.

<sup>8</sup> MIAL, art. 4.

<sup>9</sup> MIAL, art. 4, and UML, arts. 7, 79(2)(a) and 72(1)(b).

<sup>10</sup> MIAL, arts. 69-72.

<sup>11</sup> MIAL, art. 13.

<sup>12</sup> MIAL, arts. 23-26 and UML, art. 3(a). The Legislative Secured Transactions Guide, however, contains recommendations on security interests in letters of credit (reccs. 27, 50, 107, 127, 176, and 212).

<sup>13</sup> UML, arts. 1(c), 2(w), 27, 51, 71, 82 and 100. For a comparative analysis of the MIAL, see Boris KOZOLCHYK and Dale Beck FURNISH, *The Model Inter-American Law on Secured Transactions: A Comparative Analysis*, World Bank, Global Forum on Insolvency Risk Management (Washington DC, 2003).

to Enactment of the UML (the «Guide to Enactment»), which is an article-by-article commentary of the UML, clarifies that the key objectives and fundamental approaches of the UML are the same as those set out in the UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions Guide (the «Legislative Secured Transactions Guide»)<sup>14</sup>. The Legislative Guide on Secured Transactions is addressed mainly to legislators considering reforming secured transactions laws in their States. It addresses the full range of the issues to be addressed in secured transaction legislation and the treatment of security interests in insolvency law; and it provides a detailed discussion of all workable approaches to the relevant issues with comparative advantages and disadvantages<sup>15</sup>.

The main key objectives to which the two texts refer and which they support with specific provisions are common (*e. g.* to promote low-cost credit by enhancing the availability of secured credit, to simplify the creation of security interests, promote their transparency, provide certainty with respect to their priority and enhance the efficiency of their enforcement)<sup>16</sup>. However, the UML also emphasizes and supports with specific and detailed provisions the need for harmonization of secured transactions laws, including conflict-of-laws rules, and coordination with other laws, as well as the need to balance the interests of all affected persons (*e. g.* secured, unsecured and preferential creditors)<sup>17</sup>. Most importantly, unlike the MIAL which is a regional uniform law text, the UML, as an international uniform law text, is intended to promote harmonization of secured transactions throughout the world.

In addition, both texts: *a)* use a unitary concept of security interest; *b)* follow a functional approach in the sense that they apply to every interest that secures the performance of an obligation, including transfers of title for security purposes, retention-of-title sales and financial leases, and *c)* apply to all types of movable asset (with limited but somehow different exceptions), secured obligation, secured debtor (grantor) and secured creditor<sup>18</sup>.

However, unlike the MIAL, the UML provides a great deal of flexibility to national legislators in several respects<sup>19</sup>. More concretely, a number of the provisions of the UML are presented within square brackets and national legislators are requested to consider deciding whether to include those provisions in their enactment of the Model Law or not<sup>20</sup>. In other provisions, national legislators are requested to decide how to deal with certain issues, such as time periods or courts<sup>21</sup>. In yet other provisions, text is included within square brackets for the national

<sup>14</sup> *Guide to Enactment*, paras. 16-18. The *Guide to Enactment* was adopted by UNCITRAL at its fiftieth session, in 2017 (A/72/17, para. 216).

<sup>15</sup> Spyridon V. BAZINAS, «The UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions and the draft UNCITRAL Model Law on Secured Transactions compared», in L. GULLIFER and O. AKSELI (eds.), *Secured transactions law reform: principles, policies and practice*, Oxford, U.K., Hart Publishing, 2016, 481-502.

<sup>16</sup> *Legislative Secured Transactions Guide*, recommendation 1(a), (c), (f), (g), (h)). For a comparison of the Legislative Guide and the Model Law, see Spyridon V. BAZINAS, «The UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions and the draft UNCITRAL Model Law on Secured Transactions compared», in L. GULLIFER and O. AKSELI (eds.), *Secured transactions law reform: principles, policies and practice*, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2016.

<sup>17</sup> *Secured Transactions Guide*, recommendation 1(j) and (k).

<sup>18</sup> MIAL arts. 1 and 2, and UML arts. 1 and 2(kk).

<sup>19</sup> If the MIAL did not constitute a substantial departure from the secured transactions laws of the region or harmonization on the basis of the MIAL was generally acceptable, it could be argued that such flexibility would not be necessary. But this is not the case.

<sup>20</sup> For example, UML arts. 1(3)(e) and 6(3)(d).

<sup>21</sup> For example, UML arts. 19(2)(a), 26(3) and 77(2)(a), 78(4)(b) and (c), and 79(2)(c).

legislator to choose from, such as «notation of a security right» and «entry of the name of the secured creditor as the holder of the securities» in the books of the issuer<sup>22</sup>. In yet other provisions, enacting States are requested to fill in blanks left in the UML, such as with respect to preferential claims that prevail over security interests<sup>23</sup>. Finally, in other provisions, options are offered for national legislators to choose from, such as with respect to the law applicable to a security interests in a right to payment of funds credited to a bank account<sup>24</sup>.

Neither the UML nor the MIAL deal with the treatment of security interests in insolvency. However, the UML deals with the effectiveness and priority of a security interest in insolvency and is supplemented with the UNCITRAL Guide on Insolvency Law (the «Legislative Insolvency Guide»)<sup>25</sup>, which contains detailed recommendations as to how security interests should be treated in insolvency law.

In addition, the UML is supported by a set of texts that provide analysis and discussion of all issues and the various approaches to be followed in secured transactions laws with their comparative advantages and disadvantages. The most important of these texts are the Guide to Enactment, which explains the UML article-by-article, and the Practice Guide, which provides practical guidance to parties involved in secured transactions in States that have enacted the Model Law<sup>26</sup>.

The provisions of the UML are based on the recommendations of: *a*) the United Nations Convention on the Assignment of Receivables in International Trade the «Assignment Convention»<sup>27</sup>; *b*) the Legislative Secured Transactions Guide<sup>28</sup>; *c*) the Supplement on Security Rights in Intellectual Property («the Intellectual Property Supplement»)<sup>29</sup>, and *d*) the UNCITRAL Guide on the Implementation of a Security Rights Registry (the «Registry Guide»)<sup>30</sup>.

The Assignment Convention deals with the assignment of receivables in international trade in the context of receivables finance transactions, such as asset-based lending, factoring, forfaiting, securitization and project finance<sup>31</sup>. It removes legal obstacles with respect to the assignment of future receivables and receivables assigned in bulk and in violation of anti-assignment agreements, and the rights and obligations of debtors of receivables. It also removes legal uncertainty as to the law applicable to the third-party effectiveness and priority of assignments of receivables<sup>32</sup>.

Like the Legislative Secured Transactions Guide, the guides that followed are intended to provide guidance and recommendations mainly to legislators.

The Intellectual Property Supplement addresses the coordination of secured transactions and intellectual property law, with a view to enhancing the availability of credit to intellectual property right holders without interfering with the funda-

<sup>22</sup> For example, UML arts. 27(a), and 51.

<sup>23</sup> For example, UML art. 36.

<sup>24</sup> For example, UML art. 97, UMRP arts. 13, 23 and 26.

<sup>25</sup> [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/05-80722\\_ebook.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/05-80722_ebook.pdf).

<sup>26</sup> Adopted by UNCITRAL at its fifty-second session, in 2019 (A/74/17, para. 101).

<sup>27</sup> Adopted by the United Nations General Assembly by its resolution 56/81 of 12 December 2001.

<sup>28</sup> Adopted by UNCITRAL at its fortieth session, in 2007 (A/62/17 (Part II), paras. 99 and 100).

<sup>29</sup> Adopted by UNCITRAL at its forty-third session, in 2010 (A/65/17, para. 227).

<sup>30</sup> Adopted by UNCITRAL at its forty-sixth session, in 2013 (A/68/17, para. 191).

<sup>31</sup> For the key features of the Convention, see Spiros V. BAZINAS, «International receivables», in Paul U. ALI (ed.), *Secured Finance Transactions, Key Assets and Emerging Markets, Globe Law and Business*, 2007, 83-99.

<sup>32</sup> Explanatory Note by the UNCITRAL Secretariat, paras. 1-3. On 2 January 2019, The US Senate consented to the ratification of the Convention by the US (<https://www.congress.gov/treaty-document/114th-congress/7/amendments?r=2>).

mental policies of intellectual property law<sup>33</sup>. It also discusses extremely complex issues, such as acquisition financing in an intellectual property context, law applicable to security interests in intellectual property and the impact of insolvency of a licensor or licensee on a security interest in that party's rights<sup>34</sup>.

The Registry Guide discusses in detail the legal, technological, administrative and operational issues arising with respect to the secured transactions registry foreseen in the Legislative Secured Transactions Guide<sup>35</sup>. It thus complements the Legislative Secured Transactions Guide and the Intellectual Property Supplement with respect to issues relating to the establishment and the operation of a security interests registry<sup>36</sup>.

### III. TERMINOLOGY

Definitions, in particular definitions in a uniform law, are a key part of the law, as they assist the reader in better understanding potentially new terms used and make the law shorter to the extent that defined terms may be briefly referred to<sup>37</sup>.

Both texts contain a section dealing with terminology. Some definitions are the same, but many are different. More importantly, the two texts place a different emphasis on terminology. While the MIAL defines about ten terms (and definitions are not set out in an alphabetical order), the UML defines more than fifty terms (in alphabetical order) in an as neutral way as possible so that terms would not be associated with any particular jurisdiction and would be easier to understand and translate. For example, terms that are defined in the UML but not in the MIAL include the following: acquisition secured creditor, bank account, certificated non-intermediated securities, competing claimant, consumer goods, control agreement, default, financial contract, netting agreement, mass and product; and, to avoid using terminology used in any particular jurisdiction, the UML makes reference to «encumbered asset», not to «collateral», to «third-party effectiveness», not to «perfection», of a security interest, to «grantor», not to «debtor», to debtor of the receivable», not to «account debtor».

As already mentioned, both the MIAL and the UML follow the unitary approach and thus use only one concept (the former uses the term «security interest», while the latter uses the term «security right» that is easier to translate into the other five official languages of the United Nations). They both define the term they use in a functional way as a property right in a movable asset created by agreement to secure payment or other performance of an obligation<sup>38</sup>.

The two texts define several other terms generally in the same way, but there also differences in terminology. One such difference, for example, is that, while the MIAL uses the term «attributable movable property» for property derived from an

<sup>33</sup> Spyridon V. BAZINAS, «UNCITRAL's contribution to Intellectual Property Financing Law», in Toshiyuki KONO (ed.), *Security Interests in Intellectual Property*, Springer, 2017, 103-118.

<sup>34</sup> *Intellectual Property Supplement*, para. 1.

<sup>35</sup> *Registry Guide*, para. 2.

<sup>36</sup> Spyridon V. BAZINAS, «The UNCITRAL Guide on the Implementation of a Security Rights Registry, Part IV in a great UNCITRAL Saga», *Uniform Commercial Law Journal*, vol. 46 #1, September 2014, 50-70.

<sup>37</sup> Rolf Herber was right when he used to say that the most difficult uniform law text would be a text on uniform definitions (<https://www.jura.uni-hamburg.de/die-fakultaet/personenverzeichnis/herber-rolf.html>).

<sup>38</sup> MIAL, arts. 1 and 2, and UML, art. 2(kk). The EBRD Model Law on Secured Transactions uses the term «charge» used in English law (<https://www.ebrd.com/news/publications/guides/model-law-on-secured-transactions.html>). For the ease of the reader, this article uses the term «security interest».



encumbered asset or resulting from its sale, substitution or transformation<sup>39</sup>, the UML uses the term «proceeds» but defines it equally broadly as the MIAL. While this broad definition, including in the term «proceeds» also natural and civil fruits, will be a novelty in many States, parties may always define «proceeds» differently in their security agreement. As a result, in the absence of such an agreement, the secured creditor will be more secured and thus likely to offer better credit terms<sup>40</sup>.

Another terminological difference is that the MIAL refers to the person granting a security interest as «the secured debtor» (although a debtor is not really secured), while the UML refers to the «grantor»<sup>41</sup>. In both texts though the terms are defined in such a broad way as to ensure that the person granting the security interest may be the debtor of the secured obligation or a third party (*e. g.* a parent company that creates a security interest in its assets to secure a loan taken by one of its subsidiaries). Yet another terminological difference is that the MIAL refers to «encumbered property» or «collateral», while the UML uses consistently the term «encumbered asset»<sup>42</sup>.

Yet another terminological difference is that the MIAL defines the term «buyer in the ordinary course of business» as «a third party who, with or without knowledge of the fact that the transaction covers collateral subject to a security interest, gives value to acquire such collateral from a person who deals in property of that nature»<sup>43</sup>. The UML does not have such a definition. However, the relevant priority rules refer to a buyer (*i. e.* for value) or other transferee (*i. e.* without value) acquiring its rights in the encumbered free of the security interest, if the sale was authorized by the secured creditor or if a buyer (but not a transferee without value) did not have knowledge that the sale violated the rights of the secured creditor under the security agreement<sup>44</sup>.

#### IV. SCOPE OF APPLICATION AND GENERAL PROVISIONS

Both the MIAL and the UML apply to security interests in all types of movable asset, subject to limited exceptions. However, there are several differences in the scope of application of the two texts.

One difference is that the MIAL applies to security interests in letters of credit<sup>45</sup>, while the UML does not. However, the Guide to Enactment refers States to the recommendations of the Legislative Secured Transactions Guide on security interests in letters of credit<sup>46</sup>. The main reason for this approach of the UML is that it was thought that implementation of the relevant recommendations of the Legislative Secured Transactions Guide would have made the UML unduly complex, and, in any case, interested States could always implement the relevant recommendations of the Legislative Secured Transactions Guide<sup>47</sup>.

Yet another difference between the two texts is that, while they both exclude security interests in intermediated securities, the UML deals with security interests in non-intermediated securities (*e. g.* stock and bonds not held in a securi-

<sup>39</sup> MIAL, art. 3(VI), and UML, art. 2(bb).

<sup>40</sup> *Guide to Enactment*, paras. 59-61.

<sup>41</sup> MIAL, art. 3(II), and UML, art. 2(o).

<sup>42</sup> MIAL, arts. 3(IV) and 7(IV), and UML art. 2(k).

<sup>43</sup> MIAL, art. 3(IV).

<sup>44</sup> UML, art. 34(2) and (4).

<sup>45</sup> MIAL, arts. 1 and 23-26.

<sup>46</sup> Recs. 27, 50, 107, 127, 176 and 212.

<sup>47</sup> *Guide to Enactment*, para. 24.



ties account)<sup>48</sup>. The reasons why intermediated securities are excluded, at least from the Legislative Secured Transaction Guide and UML, are that: *a)* they raise a broad range of issues that deserves special legislative treatment, and *b)* they are addressed in other uniform law texts<sup>49</sup>, such as the Convention on the Law Applicable to Certain Rights in Respect of Securities Held with an Intermediary<sup>50</sup>, and the Unidroit Convention on Substantive Rules for Intermediated Securities<sup>51</sup>. In addition, the reasons why the UML applies to security interests in non-intermediated securities are that: *a)* they are typically part of important commercial finance transactions; *b)* there are wide divergences between national laws in this regard, and *c)* there is no other uniform law text that addresses security interests in non-intermediated securities<sup>52</sup>.

Yet another difference between the two texts is that the MIAL leaves the selection of the types of asset that may be excluded from its scope to each State, while the UML lists some specific exceptions (*e. g.* letters of credit, intermediated securities and receivables arising from financial contracts)<sup>53</sup> and leaves it to each State to introduce further exceptions (setting out the example of assets subject to specialized registration, such as ships or aircraft)<sup>54</sup>. It should be noted though that the MIAL also defers to other domestic law or international conventions that require title to movable property to be registered in a specialized registry and contain provisions relating to security interests in such property (such as laws on rights in motor vehicles), but not in its scope provisions<sup>55</sup>. This means that, unlike the UML which contains a detailed scope provision<sup>56</sup>, the reader has to read the whole of the MIAL to ascertain its exact scope.

Yet another difference between the two texts is that, while the MIAL applies to security interests in intellectual property, it contains very few provisions in this respect<sup>57</sup>. To the contrary, the UML provides that it does not apply to security interests in intellectual property in so far as it is inconsistent with the law of the enacting State relating to intellectual property, and contains a number of intellectual property-specific provisions that address important issues<sup>58</sup>. These provisions are explained in the Guide to Enactment of the UML; and relevant background information may be found in the commentary and the recommendations of the Intellectual Property Supplement.

Both the MIAL and the UML apply to all types of transfer of receivables, whether they are security or outright transfers, and their provisions are based on the provisions of the Assignment Convention<sup>59</sup>. However, unlike the UML which clari-

<sup>48</sup> UML, art. 2(w): «Non-intermediated securities» means securities other than securities credited to a securities account and rights in securities resulting from the credit of securities to a securities account.

<sup>49</sup> *Legislative Secured Transactions Guide*, ch. I, para. 37.

<sup>50</sup> <https://www.hoch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=72>.

<sup>51</sup> <https://www.unidroit.org/instruments/capital-markets/geneva-convention>. For a comparison of the Geneva Convention with the relevant UNCITRAL texts, see Spyridon V. BAZINAS, «The Geneva Securities Convention and UNCITRAL Texts on Secured Transactions Compared», in Thomas KEJUSER (ed.), *Transnational Securities Law*, Oxford University Press, 2014, 87-116.

<sup>52</sup> *Guide to Enactment*, para. 36.

<sup>53</sup> UML, art. 2(m): «Financial contract» means any spot, forward, future, option or swap transaction involving interest rates, commodities, currencies, equities, bonds, indices or any other financial instrument, any securities repurchase or lending transaction, and any other transaction similar to those transactions entered into in financial markets and any combination of those transactions.

<sup>54</sup> MIAL, art. 1, and UML, art. 1(1) and (3).

<sup>55</sup> MIAL, art. 37.

<sup>56</sup> UML, art. 1.

<sup>57</sup> MIAL, arts. 32 and 37.

<sup>58</sup> UML, art. 1(3)(b), 17, 50 and 99.

<sup>59</sup> «Many of the provisions of the United Nations Convention on the Assignment of Receivables in International Trade (UNCITRAL) became part of the MIAL», KOZOLCHYK, no. 6, 17.

fies this matter in its scope provisions<sup>60</sup>, the MIAL clarifies this matter in its title on publicity<sup>61</sup> And, unlike the MIAL, the UML: *a)* clarifies in its scope provisions that the provisions on the enforcement of security interests in receivables do not apply to outright transfers of receivables<sup>62</sup>, and *b)* includes in its chapter on the enforcement of security interests a provision on the enforcement of an outright transfer of receivables<sup>63</sup>. The reason why the UML applies to outright transfers of receivables is that there is a need to subject all those types of transaction in receivables to the same third-party effectiveness and priority rules because: *a)* receivables are used in financing transactions which may take the form of an outright transfer of or a security interest in receivables, and *b)* it is not always easy for a third party to determine whether one or the other form of transaction is involved in a particular case<sup>64</sup>.

Yet another difference is that, while both the MIAL and the UML apply to security interests in proceeds, the UML and does not apply to proceeds of a kind that is excluded from its scope of application (*e. g.* intermediated securities), at least to the extent that other law applies and covers all matters covered in the UML<sup>65</sup>.

Yet another difference is that the UML defers to consumer protection laws<sup>66</sup>. Thus, the UML does not override a rule of consumer law, which, for example, does not permit the creation or enforcement of a security interest in all present and future assets or employment benefits at least up to a certain amount.

A further difference is that, unlike the MIAL, the UML states that it does not override provisions of other law that limit the creation or enforcement of a security interest in certain types of assets, such as employment benefits, or the transferability of an asset on the sole ground that it is a future asset<sup>67</sup>. Article 13 overrides such limitations only to a limited extent and only with respect to receivables on the grounds that this is beneficial for grantors, secured creditors and debtors of receivables, without negatively affecting the interest of the latter<sup>68</sup>.

As already mentioned, neither the MIAL nor the UML deals explicitly with security interests in tangible assets attached to movable or immovable property (attachments or accessions). If the MIAL applies, it does not contain the necessary provisions. If it does not apply, it leaves an important gap. However, the Guide to Enactment clarifies that: *a)* the UML applies to the creation, third-party effectiveness and priority of a security interests in an attachment to movable property to the extent that attachments are tangible assets to which the UML applies, and *b)* with respect to the enforcement of a security interests in such an attachment, interested States may implement recommendation 166 of the Legislative Secured Transactions Guide. According to that recommendation, a secured creditor enforcing a security right in an attachment to movable property is liable for any damage

<sup>60</sup> UML, art. 1 (2).

<sup>61</sup> MIAL, art. 13 (title III on publicity), which foresees that: «The provisions of this Law concerning security interests over receivables are applicable to every type of assignment of receivables». And MIAL art. 59, II, provides that: «If the collateral consists of receivables, the secured creditor has the right to collect or enforce the receivables against the third person obligated on the receivable in accordance with the provisions of Title III of this Law».

<sup>62</sup> UML, art. 1(2).

<sup>63</sup> UML, art. 83.

<sup>64</sup> *Guide to Enactment*, para. 23.

<sup>65</sup> UML, art. 1(4) and *Guide to Enactment*, para. 29.

<sup>66</sup> UML, art. 1(5) and *Guide to Enactment*, para. 30.

<sup>67</sup> UML, art. 1(6) and *Guide to Enactment*, para. 31.

<sup>68</sup> *Guide to Enactment*, paras. 109 and 111.

caused by the act of removal of the attachment other than any diminution in its value attributable solely to the absence of the attachment<sup>69</sup>.

Attachments to immovable property are not addressed in the UML either. The reason is that they involve issues of immovable property law that do not lend themselves to harmonization at the international level. However, the Guide to Enactment clarifies that interested States may enact the relevant recommendations of the Legislative Secured Transactions Guide<sup>70</sup>.

Also, unlike the MIAL, the UML deals in its general provisions with party autonomy (identifying the mandatory law rules in the law), the general standards of conduct (good faith and commercial reasonableness) and interpretation of and filling of gaps in the law<sup>71</sup>.

Finally, the MIAL deals with arbitration in a title with one article and settles the issue of the arbitrability of disputes arising from security agreements<sup>72</sup>. This provision deals with the arbitrability of contractual disputes arising from security agreements. But this is not an issue as the arbitrability of contractual disputes is not disputed (*i. e.* an arbitral tribunal may order the debtor of the secured obligation to pay). The real issue is the issue of third-party rights in the context of the enforcement of a security interest and this is not addressed in the MIAL.

Unlike the MIAL, the UML deals with that matter with an article in its general provisions, which provides that, if other law allows the parties to settle their disputes by an alternative dispute resolution method (arbitration, mediation, conciliation and online dispute resolution), nothing in the UML affects that agreement<sup>73</sup>. This provision is based on the assumption that contractual disputes arising from security agreement are arbitrable, but the real issue relates to the rights of third-parties that arise in the context of the enforcement of an arbitral award against the encumbered asset.

The UML goes a step further and addresses this issue with its provisions on the rights of third parties in the context of the extra-judicial enforcement of a security interest. According to these provisions, the enforcing secured creditor is obliged to notify the grantor and any person in possession before taking possession of the encumbered asset out of court and all creditors of record before selling it out of court; and the secured creditor with priority has the right to take over enforcement and be paid according to its order of priority<sup>74</sup>. These provisions are a very good model of provisions that provide for the recognition and enforcement of an arbitral award against an encumbered asset, without unduly interfering with the rights of third-party creditors.

## V. CREATION OF A SECURITY INTEREST

Both the MIAL and the UML distinguish between creation (effectiveness of a security interest between the grantor and the secured creditor) and effectiveness against third parties (such as other creditors the grantor, whether secured or

<sup>69</sup> UML, art. 1(6). *Guide to Enactment*, paras. 32 and 33.

<sup>70</sup> *Legislative Secured Transactions Guide*, recs. 21, 41 43, 87, 88, 164, 165 and 184, and *Guide to Enactment*, para. 34.

<sup>71</sup> UML, arts. 3-5.

<sup>72</sup> MIAL, art. 68.

<sup>73</sup> UML, art. 3 (3), and *Guide to Enactment*, para. 75.

<sup>74</sup> UML, arts. 76, 77(2)(b), 8(4) and 79(1).

unsecured)<sup>75</sup>. The objective of this distinction is the need: *a)* to avoid burdening creation with unnecessary formalities and cost, and *b)* to enhance certainty and transparency by providing for the registration of notices of security interests in a public registry. Both of these policy objectives are key objectives of an effective and efficient secured transactions law<sup>76</sup>. Under this approach, registration is not required for the creation of a security interest, but only for its effectiveness against third parties<sup>77</sup>.

Also, both texts provide that a security interest is created by an agreement between the grantor and the secured creditor<sup>78</sup>. In the case of a non-possessory security interest (which is the most important type of security interest as it allows the grantor to retain possession and use of the encumbered assets), both texts require the agreement to be in writing; writing includes an electronic record; and the agreement must contain, at least, information to identify the grantor and the secured creditor, and a generic or specific provision of the encumbered asset and the secured obligation<sup>79</sup>.

Furthermore, in both texts, a writing is not required in the case of a possessory security interest<sup>80</sup>. Also, in both texts, a security agreement may relate to after-acquired assets («future assets» in the UML)<sup>81</sup>, but the security interest is created when the grantor acquires rights in those assets or the right to encumber them<sup>82</sup>.

However, there are some differences between the two texts as to the requirements for a security agreement. The MIAL requires: *a)* an express indication that the movable asset is to serve as collateral to secure an obligation; *b)* a statement of the date the agreement is entered into, and *c)* a statement of the maximum amount secured by a security interest<sup>83</sup>. The first requirement is rather a drafting difference, as the UML contains this requirement in the definition of the term «security right»<sup>84</sup>. The second requirement (fixed date) is a substantive difference as the UML does not make a statement of the date a requirement in the absence of which the security agreement would be ineffective. It leaves the matter to the parties to the security agreement, who would typically include a statement of the date of the agreement.

The third requirement (maximum amount) is left in the UML as an option of States, depending on what they consider as the most efficient financing practice and on the reasonable expectations of local credit market participants<sup>85</sup>. The rationale of this requirement is to facilitate the grantor's access to secured financing from other creditors in situations where the residual value of the encumbered assets is sufficient for the grantor to obtain credit from other sources<sup>86</sup>. This approach, however, presents also disadvantages, including the following: *a)* a later secured creditor may not be prepared to lend against the residual value of encumbered assets since the initial secured creditor will have priority for any later exten-

---

<sup>75</sup> UML, art. 2(e): «Competing claimant» means a creditor of a grantor or other person with rights in an encumbered asset that may be in competition with the rights of a secured creditor in the same encumbered asset.

<sup>76</sup> *Legislative Secured Transactions Guide*, rec. 1(c) and (f), and chap. II, para. 7.

<sup>77</sup> MIAL, art. 10 and UML, art. 18.

<sup>78</sup> MIAL, art. 5 and UML, art. 6(1).

<sup>79</sup> MIAL, art. 6 and UML, art. 6(3).

<sup>80</sup> MIAL, art. 8, and UML, art. 6(4).

<sup>81</sup> UML, art. 2 (n): «Future asset» means a movable asset, which does not exist or which the grantor does not have rights in or the power to encumber at the time the security agreement is concluded.

<sup>82</sup> MIAL, art. 6 and UML, art. 6(2).

<sup>83</sup> MIAL, art. 7(I), (III) and (V).

<sup>84</sup> UML, art. 2(kk).

<sup>85</sup> UML, art. 6(3)(d).

<sup>86</sup> *Guide to Enactment*, para. 89.

sion of credit; *b*) setting a maximum amount may limit the amount of credit available from the initial secured creditor, and *c*) the initial secured creditor may simply require the grantor to consent to the inclusion of an inflated maximum amount in the security agreement<sup>87</sup>.

Furthermore, while both texts require a written agreement for the creation of a non-possessory security interest, only the UML clarifies explicitly the legal consequence of the absence of a writing, leaving it to States to choose from two different formulations («is concluded in» and «is evidenced by»)<sup>88</sup>. The reason is that this is a contractual law matter, which differs from State to State, and the UML is generally not intended to harmonize or interfere with contractual law. If a State chooses the expression «is concluded in», in the absence of a writing signed by the grantor, a security agreement would not be effective (except if the secured creditor is in possession of the encumbered assets and no writing is required)<sup>89</sup>. If, however, a State chooses the expression «is evidenced by», a security agreement that is not in a writing signed by the grantor would still be effective if its terms are evidenced by a written document signed by the grantor (*i. e.* an oral agreement that is subsequently confirmed in writing)<sup>90</sup>.

The MIAL provides that «the contract creating the security *must* be in writing»<sup>91</sup>. So, it is a matter of interpretation whether the written form is an effectiveness requirement (in the absence of which the security agreement would be ineffective) or an evidentiary requirement (in the absence of which the security agreement would be effective but it would need to be proven with a writing).

There are further differences between the two texts with respect to the organization of the relevant material on the creation of a security interest. The MIAL deals with the right to use and dispose of an encumbered asset, the secured creditor's right of inspection and the grantor's in possession of the encumbered asset to ensure it in the provisions on the creation of a non-possessory security interest. The UML deals with these rights and obligations (and other rights such as the right of the grantor to obtain information) in a separate chapter on the rights and obligations of the parties (see part VIII.1 below)<sup>92</sup>.

In addition, unlike the MIAL, the UML contains three additional very important provisions in the chapter on the creation of a security interest, which provide: *a*) for the automatic extension of the security interest in the identifiable proceeds (including proceeds of the encumbered assets, unless the parties agree otherwise (there are also special rules for money and funds credited to a bank account); *b*) for the extension to a mass or product of a security interest in a tangible asset that is commingled in a mass or transformed into a product, and *c*) that a security interest is extinguished when all secured obligations have been discharged and there are no outstanding commitments to extend credit secured by the security interest<sup>93</sup>.

With respect to the extinguishment of the security interest, it could be argued that this gap in the MIAL could be filled through an interpretation based on the general principles underlying the MIAL (although the MIAL does not contain a provision on interpretation and gap filling like art. 5 of the UML). However, even in

<sup>87</sup> *Legislative Secured Transactions Guide*, para. 94.

<sup>88</sup> UML, 6(3) chapeau.

<sup>89</sup> UML, 6(4).

<sup>90</sup> *Guide to Enactment*, para. 88.

<sup>91</sup> MIAL, art. 6.

<sup>92</sup> MIAL, art. 9, and UML, arts. 52-56.

<sup>93</sup> UML, arts. 10-12.

that case, it would not be clear that, for the security interest to be extinguished, the discharge of all secured obligations would not be enough, and the non-existence of any commitment to extend credit secured by the security interest would also be required.

Moreover, unlike the MIAL, the UML includes a number of asset-specific creation rules that deal with very important issues arising with respect to the creation of security interests in receivables, rights to payment of funds credited to bank accounts, negotiable documents and tangible assets with respect to which intellectual property is used<sup>94</sup>.

These rules deal with:

*a)* The effectiveness of a security interest in a receivable, even if the contract giving rise to the receivable (*e. g.* a sales agreement) contains a clause preventing the creditor (*e. g.* the seller) from creating a security interest in or transferring the receivable against the debtor (*e. g.* the buyer).

*b)* A secured creditor with a security interest in a receivable or other intangible asset or in a negotiable instrument has the benefit of any personal or property right that secures or supports payment or other performance of the encumbered asset without a new act of transfer.

*c)* A negative pledge agreement between a holder of a bank account and the bank does not prevent the effective creation of a security interest in a bank account (although this does not affect the rights of the bank under other law).

*d)* A security interest in a negotiable document extends to the tangible asset covered by the document, provided that the issuer of the document is in possession of the asset at the time the security interest in the document is created.

*e)* A security interest in a tangible asset with respect to which intellectual property (*e. g.* a personal computer) is used does not extend to the intellectual property (right to use the copyrighted software) and a security interest in the intellectual property does not extend to the tangible asset.

## VI. THIRD-PARTY EFFECTIVENESS OF A SECURITY INTEREST

While the MIAL and the UML use different concepts («publicity» in the MIAL, and «third-party effectiveness» in the UML), the two concepts have almost the same meaning. However, the term «third-party effectiveness» reflects more accurately the legal effect of notice registration, possession and control, because: *a)* notice registration constitutes at best limited publicity as it contains a very limited amount of data; *b)* notice registration may not constitute publicity at all as it may refer to a potential security interest that has not been created at the time of registration; *c)* possession of an asset by a person does not disclose whether that person is the owner, a secured creditor or a person holding the asset on behalf of another person, and *d)* control does not provide any publicity at all.

In addition, while the two texts refer essentially to the same methods to achieve publicity or third-party effectiveness (registration, possession or control), their structure is different. The MIAL refers to registration, possession or control in a general article, and then to delivery, and delivery and endorsement in subsequent article on security interests in letters of credit and instruments or documents respectively<sup>95</sup>. The UML, in the general part of its chapter on third-party effectiveness,

<sup>94</sup> UML, arts. 13-17.

<sup>95</sup> MIAL, arts. 10, 23 and 27.



refers to registration and possession as the primary methods of third-party effectiveness, and, in the asset-specific part, to control and registration in the books of the issuer with respect to security interests in rights to payment of funds credited to a bank account and in non-intermediated securities respectively<sup>96</sup>.

Moreover, both texts provide that a change in the third-party effectiveness method (*e. g.* from possession to registration) does not affect the third-party effectiveness of a security interest; and that, if it lapses, third-party effectiveness may be re-established but the security interest is effective against third parties only as of the time third-party effectiveness is re-established<sup>97</sup>. Also, both texts deal with continuity of third-party effectiveness where the applicable law changes as a result of a change in the connecting factor in similar but slightly different ways (see part 10 below on the law applicable to a security interest)<sup>98</sup>.

At the same time, the two texts also present a number of important differences. Unlike the UML, the MIAL does not include in its part on creation a rule providing for the automatic extension of a security interest in an encumbered asset to the proceeds of that asset, unless the parties otherwise agree. It does contain though in the part on publicity a rule, which foresees that result only «if this consequence is mentioned in the registration form»<sup>99</sup>. This rule confuses the issue of creation with the issue of third-party effectiveness of a security interest, and is not fully correct, as it runs counter to the normal expectation of the parties, at least with respect to cash proceeds, and places the risk of the lack of an agreement on the secured creditor. Under the UML, if a security interest in an encumbered asset is effective against third parties, the security interest in its identifiable proceeds in the form of money, receivables, negotiable instruments and funds credited to a bank account («cash proceeds») is also automatically effective against third parties (registration of a new notice is required though for proceeds of a different kind)<sup>100</sup>.

Yet another difference is that, unlike the MIAL, the UML provides for the automatic third-party effectiveness of a security interest in a mass or product, and an acquisition security interest in consumer goods with an acquisition price below a certain amount<sup>101</sup>.

In addition to the general rule of art. 10 on the publicity of security interests (which applies to all types of asset, including bank accounts), the MIAL contains additional rules on the publicity of acquisition security interests and security interests in receivables, non-monetary claims, letters of credit, property in possession of a third party, inventory, instruments, documents and intellectual property<sup>102</sup>. As already mentioned, the UML provides that registration and possession are the primary third-party effectiveness methods applicable to security interests in all types of movable asset; but it also contains asset-specific rules that deal with third-party effectiveness of security interests in rights to payment of funds credited to a bank account, negotiable documents, uncertificated non-intermediated securities (the general rule on third-party effectiveness by registration applies equally to all non-intermediated securities and the general rule on third-party effectiveness by possession applies to certificated non-intermediated securities)<sup>103</sup>.

<sup>96</sup> UML, arts. 18, 25 and 27.

<sup>97</sup> MIAL art. 10, and UML, arts. 21 and 22.

<sup>98</sup> MIAL arts. 69 and 70, and UML, art. 23.

<sup>99</sup> MIAL, art. 11.

<sup>100</sup> UML, art. 19(1).

<sup>101</sup> UML, arts. 20 and 24.

<sup>102</sup> MIAL, arts. 12-29, 31 and 32.

<sup>103</sup> UML, arts. 25 and 27.



With respect to the third-party effectiveness of security interests in tangible assets by possession of a third party, the two texts achieve the same results in slightly different ways. In its title on publicity, the MIAL provides that: *a)* with the consent of the grantor, the secured creditor may hold an encumbered asset through a third person; *b)* such possession is sufficient to make the security interest effective against third parties but only from the time the third person receives evidence in writing of the security interest, and *c)* the third person must, at the request of any interested person, disclose forthwith whether or not it has received notice of a security interest covering the asset in its possession<sup>104</sup>.

The UML achieves the same result by defining «possession», which is one of the primary methods of third-party effectiveness, as actual possession by the secured creditor or its representative, or by an independent person acknowledging that it holds the asset on behalf of the secured creditor<sup>105</sup>. No notice to that representative or other person is required; but whether a person is a representative (*e. g.* employee) or an agent of the secured creditor, must be clear to third parties.

With respect to the third-party effectiveness of a security interest in inventory, the two texts also achieve the same results in slightly different ways. The MIAL provides that a security interest in inventory, comprised of present and future assets and their proceeds, may be made effective against third parties by a single registration<sup>106</sup>. The UML achieves the same result by a rule in the UMRP that provides that the notice to be registered must contain a generic (*e. g.* all my present and future inventory and their proceeds) or specific description of the encumbered assets<sup>107</sup>.

As already mentioned, the UML does not deal with security interests in the right to receive the proceeds of a letter of credit. However, the Guide to Enactment clarifies that interested States may implement in this respect the recommendations of the Legislative Secured Transactions Guide<sup>108</sup>. According to these recommendations, a security interest in the right to receive payment of the proceeds of a letter of credit may be made effective against third parties by possession, registration or control<sup>109</sup>.

The treatment of this matter in the MIAL is different in several respects. For example, under the MIAL, the encumbered asset is the letter of credit itself, provided that the terms of the letter of credit are complied with. In addition, under the MIAL, a security interest in a letter of credit may be made effective against third parties by delivery of the letter from the beneficiary to the secured creditor, provided that the letter of credit does not forbid its delivery to a party other than the paying bank and that the secured creditor cannot demand payment unless the letter of credit has been amended to permit such a demand. Moreover, under the MIAL, the beneficiary may transfer its right to draw on a letter of credit to a secured creditor, provided that the letter of credit permits such a transfer. Also, under the MIAL, a security interest in a letter of credit may be made effective against third parties by registration, but does not come into existence until the beneficiary complies with the terms and conditions of the letter of credit thereby becoming entitled to payment thereon and that security interest is not enforceable against the issuing or confirming bank until the date and time on which this party accepts to pay.

Finally, under the MIAL, if the secured obligation consists of a future extension of credit, the secured creditor must extend such credit no later than thirty

---

<sup>104</sup> MIAL, art. 30.

<sup>105</sup> UML, arts. 1(z) and 18(2).

<sup>106</sup> MIAL, art. 31.

<sup>107</sup> UMRP, arts. 8(c) and 11(2).

<sup>108</sup> *Guide to Enactment*, para. 24.

<sup>109</sup> *Legislative Secured Transactions Guide*, recs. 32, 37 and 50.

days from the date on which the issuing or confirming bank accepts the terms and conditions of the security interest in the proceeds of the letter of credit, unless otherwise agreed; and if this does not happen, the security interest terminates, its registration, if any, may be cancelled, and the secured creditor must execute a signed release to the issuing or confirming bank allowing them to pay the beneficiary according to its original terms and conditions<sup>110</sup>.

Furthermore, under the MIAL, a security interest in an instrument that is negotiable by endorsement and delivery or only by delivery may be made effective against third parties by delivery of possession of the instrument or document with any necessary endorsement<sup>111</sup>. Under the UML, a security interest in a negotiable instrument or document may be made effective against third parties by possession or registration<sup>112</sup>. The UML does not deal with endorsement of an instrument or document as a method of third-party effectiveness. It merely provides that States in which a security interest may be created in a negotiable instrument or document by endorsement with the words «value in security», «value in pledge» or similar wording, the secured creditor in possession has all the rights that a holder of the instrument or document has under the relevant laws<sup>113</sup>.

With respect to the third-party effectiveness of a security interest in intellectual property, the two texts achieve the same result (*i. e.* third-party effectiveness by registration) in somehow different ways. Under the MIAL, a security interest in intellectual property and any proceeds, «is governed by this Law, including article 37», which gives precedence to other laws or international conventions, as long as they provide for the registration of title in intellectual property and contain provisions relating to security interests in intellectual property<sup>114</sup>. If the UML applies to security interests in intellectual property, a security interest may be made effective against third parties by registration in the general security interest registry<sup>115</sup>. If a State that has enacted the UML has a special registry in which security interests in intellectual property may be registered, it is left to the enacting State to ensure coordination of the two registration regimes<sup>116</sup>.

Another structural, rather than substantive, difference is that the MIAL deals in the provisions on the publicity of a security interest in receivables with the rights of the account debtor (the «debtor of the receivable» in the UML). This matter is dealt with in the UML in a separate chapter on the rights and obligations of third-party obligors (see part VIII.2 below).

## VII. NOTICE REGISTRATION

### 1. The MIAL and the UML

The MIAL contains a few general legal rules dealing with the registration of a notice of a security interest (Title IV, Registry and Related Matters). However, all registration-related issues are dealt with in detail in a separate text, the MIARR. The UML deals with all these issues in the UMRP that are part of the UML as the

<sup>110</sup> MIAL, arts. 23-26.

<sup>111</sup> MIAL, arts. 27-29.

<sup>112</sup> UML, art. 26.

<sup>113</sup> *Guide to Enactment*, paras. 141 and 142.

<sup>114</sup> MIAL, art. 32.

<sup>115</sup> UML, art. 18(1).

<sup>116</sup> *Registry Guide*, paras. 64-66.

UML cannot be enacted without them (it is left to each State though to determine whether to enact all or some of them as part of the UML, in a separate statute or in administrative regulations)<sup>117</sup>.

The general registration-related rules of the MIAL and the MIARR are very similar to the equivalent rules of the UMRP. For example, under both texts:

- a) Notice registration is treated as a publicity or third-party effectiveness method (not a method of creation)<sup>118</sup>.
- b) Any person may register a notice<sup>119</sup>.
- c) The notice must be in the registration form prescribed by the Registry and must contain a limited amount of data, such as the name and address of the secured debtor or grantor and the secured creditor, a specific or general description of the encumbered asset and the maximum amount secured by a security interest (optional in the UML)<sup>120</sup>.
- d) The notice may be amended or cancelled at any time<sup>121</sup>.
- e) The Registry must be public and have an electronic database in which notices will be indexed by the name of the secured debtor or grantor, authorized users with a confidential key may have remote electronic access<sup>122</sup>.
- f) The notice must indicate whether the security interest is an acquisition security interest (if this indication is omitted, the acquisition security interest loses its super-priority status)<sup>123</sup>.

At the same time, there are several differences. Here are some examples:

- a) While, under the MIAL, the notice takes effect against third parties from the moment of its registration, under the MIARR and the UMRP, the registration is effective when the notice is entered into the registry record and becomes accessible to searchers<sup>124</sup>.
- b) As already mentioned, under the MIAL, the notice to be registered has to set out the maximum amount to be secured, while in the UML this is an option left to States<sup>125</sup>.
- c) Under the MIAL, the duration of registration is set to five years and may be renewed for another three years, while the UML offers two additional options (for parties to select the duration of registration in the notice to be registered and for parties to be able to do so but with a maximum number of years), and the registration may be renewed more than once<sup>126</sup>.
- d) Under the MIAL, if a cancellation is made in error or in a fraudulent manner, the secured creditor may re-register and retain its priority only as against other secured creditors that registered a notice of their security interest during the time of validity of the erroneously cancelled registration form, while the UML offers options from which enacting States may choose, ranging from the effectiveness to the ineffectiveness of an unauthorized notice<sup>127</sup>.
- e) Under the MIAL, an erroneously cancelled registration does not change the priority of the relevant security interest as against creditors existing at the time of

<sup>117</sup> UML, footnote 8.

<sup>118</sup> MIAL, arts. 10 and 35, UML, art. 18(1).

<sup>119</sup> MIAL, art. 36, and UMRP, art. 5(1).

<sup>120</sup> MIAL, art. 38, and UMRP, arts. 5(1)(a) and 8.

<sup>121</sup> MIAL, arts. 41 and 42, and UMRP, art. 16.

<sup>122</sup> MIAL, arts. 43-46, and UMRP, arts. 5, 22(1), 27-29.

<sup>123</sup> MIAL art. 40, and UML, art. 38.

<sup>124</sup> MIAL, art. 35, MIARR, art. 6(I), and UMRP, art. 13(1).

<sup>125</sup> MIAL, art. 38(III), and UMRP, art. 8(e).

<sup>126</sup> MIAL, art. 39, and UMRP, arts. 8(d) and 14.

<sup>127</sup> MIAL, art. 42, and UML, art. 21.

the erroneous cancellation, while the UML offers options to States (one protecting existing creditors and another providing protection to the secured creditor whose security interest was erroneously cancelled) but only with respect to erroneous cancellations by the Registry<sup>128</sup>.

f) Unlike the UML, the MIAL also provides for the registration of a notice of enforcement<sup>129</sup>.

## 2. The MIARR and the UMRP

The MIARR and the UMRP present both similarities and differences. A general difference has to do with the organization of the material. In the UMRP, the material is organized in a more logical way and divided in chapters and articles, each of which has a clear heading and addresses one or several but related topics. Thus, while the MIARR have 21 articles and the UMRP 34, the latter are easier to understand and use.

The two texts deal with a number of matters in the same or similar way. For example:

a) They both provide for public access to the Registry, provided that a person uses the prescribed notice form, has a user account or otherwise identifies himself/herself and pays or arranges to pay the prescribed fee<sup>130</sup>.

b) The Registry is under no obligation to verify the information contained in a notice<sup>131</sup>.

c) In principle, the Registry may not amend or remove information from the public registry record<sup>132</sup>.

d) The Registry may remove information from the public registry record only if the registration is no longer effective or a cancellation notice is registered (although the UMRP provides also for an option under which cancelled notices remain on the public registry record with an indication that they have been cancelled)<sup>133</sup>.

e) Registration is effective once the information is entered in the public registry record and becomes accessible to searchers<sup>134</sup>.

f) The Registry is obliged to send to the person identified in the notice as the secured creditor a verification notice (under the MIARR, the verification notice has to be sent to the registrant too)<sup>135</sup>.

g) The Registry has to organize the information in the registry record in a way that makes searches possible according to the secured debtor or grantor name (the MIARR provides also indexing and searching by serial number and the UMRP by registration number) and issue a search result<sup>136</sup>.

h) The secured debtor (grantor) and the secured creditor are to be identified in similar ways<sup>137</sup>.

i) The description of the encumbered asset in the notice may be generic<sup>138</sup>.

<sup>128</sup> MIAL art. 42, and UML, art. 31.

<sup>129</sup> MIARR, art. 16.

<sup>130</sup> MIARR, arts. 2 and 3, and UMRP, art. 5.

<sup>131</sup> MIARR, art. 4, and UMRP, art. 7(2) and (3).

<sup>132</sup> MIARR, art. 5(I), and UMRP, art. 29.

<sup>133</sup> MIARR, art. 5(II), and UMRP, art. 30.

<sup>134</sup> MIARR, art. 6(I), and UMRP, art. 13(1).

<sup>135</sup> MIARR, art. 10, and UMRP, arts. 22, 23 and 28(2).

<sup>136</sup> MIARR, art. 6(VI) and 8, and UMRP, art. 15(1).

<sup>137</sup> MIARR, art. 11, and UMRP, arts. 9 and 10.

<sup>138</sup> MIARR, art. 14, and UMRP, art. 11.

*j)* Amendment notices must contain the registration number and the information to be amended<sup>139</sup>.

*k)* A notice must be cancelled upon performance of all secured obligations with the consent of the secured creditor (the UMRP provide an elaborate set of rules covering a number of related issues)<sup>140</sup>.

*l)* The Registry may charge a fee<sup>141</sup>.

*m)* The Registry has to issue and users must use the prescribed notice forms<sup>142</sup>.

The UMRP deal also with a number of matters that are not addressed in the MIARR at all or, at least, explicitly or fully. For example:

*a)* While under both the MIARR and the UMRP the Registry does not need to determine whether registration or cancellation has been authorized, the UMRP clarify further that the off-record authorization has to be in writing, may be given even after the registration and the security agreement constitutes sufficient authorization<sup>143</sup>.

*b)* A registration may relate to multiple security interests and take place even before creation of a security interest or conclusion of a security agreement<sup>144</sup>.

*c)* The information in the notice has to be expressed in the language specified by the State enacting the UML (with the exception of the names and addresses of the grantor and the secured creditor), and in the character set specified and publicized by the Registry<sup>145</sup>.

*d)* A registrant or the Registry may enter a single amendment notice to amend the secured creditor identified and address in multiple notices<sup>146</sup>.

*e)* The post-registration change of the grantor identifier does not affect the third-party effectiveness or priority of a security interest<sup>147</sup>.

*f)* The post-registration transfer of an encumbered asset may or may not affect, or may have a limited effect on, the third-party effectiveness and priority of a security interest (options A-C)<sup>148</sup>.

*g)* The information in the registry record may be organized so that information may be retrieved as an exact match or as a close match (options A and B).

*h)* The Registry may correct errors it made but options are offered with respect to the way this correction may be made and its effect (options A and B).

*i)* The Registry may have limited liability or no liability at all (options A-C)<sup>149</sup>.

## VIII. RIGHTS AND OBLIGATIONS OF THE PARTIES AND OF THIRD-PARTY OBLIGORS

### 1. Rights and obligations of the parties

Unlike the MIAL, the UML contains a general provision providing that the mutual rights and obligations of the grantor and the secured creditor are determined

<sup>139</sup> MIARR, art. 15, and UMRP, art. 17.

<sup>140</sup> MIARR, art. 19(1), and UMRP, art. 20.

<sup>141</sup> MIARR, art. 20, and UMRP, art. 33.

<sup>142</sup> MIARR, art. 21, and UMRP, art. 5(1).

<sup>143</sup> MIARR, art. 4, and UMRP, art. 2.

<sup>144</sup> UMRP, arts. 3 and 4.

<sup>145</sup> UMRP, art. 12.

<sup>146</sup> UMRP, art. 18.

<sup>147</sup> UMRP, art. 25.

<sup>148</sup> UMRP, art. 26.

<sup>149</sup> UMRP, art. 32.

by their agreement, but also any usage to which they have agreed and any practices they have established between themselves<sup>150</sup>.

Both the MIAL and the UML provide that the secured creditor in possession has the obligation to exercise reasonable care to preserve the encumbered assets<sup>151</sup>. However, under the MIAL, unless otherwise agreed, reasonable care relates to the preservation of the value of the encumbered assets and the rights derived therefrom. And, under the UML: *a*) the grantor in possession also has the same obligation; *b*) what constitutes reasonable care depends on the nature of an asset (*e. g.* precious metals may have to be kept in a vault and a valuable musical instrument may have to be played); *c*) under art. 4, the obligation has to be performed in good faith and in a commercially reasonable manner, and *d*) reference is made to the encumbered assets, rather than to their value, as in most cases, preservation of the assets would also result in the preservation of their value, while, in other cases, preservation of the value of the assets may impose an undue burden (*e. g.* a person in possession of shares may have to exercise the right to collect dividends or vote, but may not be required to participate in an increase of the capital of the company)<sup>152</sup>.

In addition, both the MIAL and the UML provide that the secured creditor may use the encumbered assets according to the security agreement<sup>153</sup>. However, the UML also provides that the secured creditor is entitled to: *a*) be reimbursed for reasonable expenses it incurs in the preservation of the assets; and *b*) inspect the assets in the possession of the grantor<sup>154</sup>. Under the MIAL, unless the encumbered assets are fungible, the secured creditor must keep them separate from similar assets<sup>155</sup>. The same result may be achieved under the UML but only if it is required by the general standard of conduct of art. 4 (exercise of all rights and performance of all obligations in good faith and in a commercially reasonable manner).

Moreover, under the UML, upon extinguishment of a security interest<sup>156</sup>, the secured creditor must return the encumbered assets and register a cancellation notice<sup>157</sup>. While the former obligation is implicit in the MIAL, the latter is explicitly dealt with in the MIARR<sup>158</sup>.

Furthermore, unlike the MIAL, the UML gives the grantor a right to request information with respect to the amount of the secured obligation outstanding at the time of the request and the assets remaining encumbered at that time (which would be necessary if the grantor wishes to use the residual value of the encumbered assets to obtain credit from another creditor)<sup>159</sup>.

Finally, the UML deals with contractual issues relating to security interests in receivables that are not addressed in the MIAL, such as representations of the grantor, the right of the grantor or the secured creditor to notify the debtor, and the right of the secured creditor to payment of the encumbered receivable<sup>160</sup>.

<sup>150</sup> UML, art. 52.

<sup>151</sup> MIAL, art. 33(I), and UML, art. 53.

<sup>152</sup> *Enactment Guide*, paras. 371 and 372.

<sup>153</sup> MIAL, art. 33(III), and UML, art. 55(1)(b).

<sup>154</sup> UML, art. 55(1)(a) and (2).

<sup>155</sup> MIAL, art. 33(II).

<sup>156</sup> UML, art. 12.

<sup>157</sup> UML, art. 54, and UMRP, art. 20.

<sup>158</sup> MIARR, art. 19(I).

<sup>159</sup> UML, art. 56.

<sup>160</sup> UML, arts. 57-59.



## 2. Rights and obligations of third-party obligors

The MIAL contains, strangely enough, in Title III on Publicity, some provisions with respect to the rights and obligations of an account debtor where a security interest is created in a receivable<sup>161</sup>. Those provisions are very similar to the provisions of the UML, which, however, are much more detailed and are included in a separate chapter dealing with the rights and obligations of the parties and third-party obligors<sup>162</sup>.

The distinction between debtor issues and third-party effectiveness issues is important as third-party effectiveness is a method for achieving priority, and priority raises a host of different issues that should not be confused with the debtor's protection (*e. g.* a debtor of a receivable may discharge its obligation to pay the receivable by paying in accordance to the rules of the UML even if the debtor does not pay the claimant with priority)<sup>163</sup>. This distinction is important for an additional reason. Under the UML, the law of the grantor's location applies to the third-party effectiveness of a security interest and the law governing the receivable applies to the discharge of the debtor of the receivable<sup>164</sup>.

In addition, the UML deals with issues that are not addressed in the MIAL, such as the modification of the contract giving rise to the receivable and recovery of payments<sup>165</sup>.

In addition to those provisions, the UML contains a set of provisions dealing with the rights and obligations of other third-party obligors (*e. g.* the payee under an encumbered negotiable instrument, the deposit-taking institution with which an encumbered bank account is held and the issuer of a non-intermediated security)<sup>166</sup>. The purpose of these provisions is to preserve the rights of third-party obligors under negotiable instrument, bank deposit, securities or other relevant law of the State that has enacted the UML.

Finally, unlike the UML which does not have such a provision, the MIAL includes in its chapter on publicity an additional rule that has nothing to do with publicity but relates to the rights and obligations of the debtor of an encumbered receivable. Under this provision, in the case of a security interest in a non-monetary claim<sup>167</sup>, the secured creditor has the right to notify the debtor to render performance of the obligation, but the debtor may refuse based on «reasonable cause»<sup>168</sup>. The meaning of the term «reasonable cause» is not clear. However, failure of the partner of the debtor (the secured debtor) to offer any required counter-performance should constitute probable cause.

---

<sup>161</sup> MIAL, arts. 15-20.

<sup>162</sup> UML, arts. 61-67.

<sup>163</sup> UML, art. 63.

<sup>164</sup> UML, arts. 86 and 96.

<sup>165</sup> UML, arts. 66 and 67.

<sup>166</sup> UML, arts. 68-71.

<sup>167</sup> Under both texts, a security interest in a non-monetary claim [which is not a receivable as in both texts the term «receivable» is defined as a contractual or non-contractual monetary claim, MIAL, art. 3(X), and UML, art. 2(dd)], is made effective against third parties under the general third-party effectiveness rules by registration [MIAL, art. 21, and UML, art. 18(1)].

<sup>168</sup> MIAL, art. 22.



## IX. PRIORITY OF A SECURITY INTEREST

The general priority rule of the MIAL and the UML is the same, first-to-register or otherwise make effective against third parties a security interest<sup>169</sup>. The same applies to the general take-free rule for buyers of encumbered assets<sup>170</sup>. However, the MIAL has a single exception to the general take-free rule (authorization of the sale by the secured creditor)<sup>171</sup>. Under the UML, there is one more exception; a buyer of an encumbered asset in the grantor's ordinary course of business does not acquire its rights free of the security interest if it has knowledge that the sale violates the rights of the secured creditor under the security agreement<sup>172</sup>.

The two texts have essentially the same or very similar priority rules on subordination<sup>173</sup>, acquisition security interests<sup>174</sup>, and security interests in negotiable documents<sup>175</sup> and money<sup>176</sup>. However, there are some differences. For example, the rule on the priority of an acquisition security interest of the UML is much more elaborate than the corresponding rules in the MIAL in that it: *a)* distinguishes between and contains different rules for equipment, inventory and consumer goods, and *b)* offers a simpler option in which one third-party effectiveness rule is provided for security interests in all types of encumbered asset<sup>177</sup>.

In addition, under the MIAL, the holder of money or a transferee of negotiable instruments who takes possession with any necessary endorsement in the ordinary course of the transferor's business takes free of any security interests<sup>178</sup>. However, under the UML, a transferee of money that is subject to a security interest or a buyer a tangible encumbered asset in the ordinary course of business acquires it free of the security interest, unless the transferee or buyer has knowledge that the transfer violates the rights of the secured creditor under the security agreement<sup>179</sup>.

Furthermore, the UML has a number of additional priority rules, for example, on statutory preferential claims, in and outside insolvency, rights of judgment creditors, negotiable instruments, rights to the payment of funds credited to a bank account, intellectual property and non-intermediated securities<sup>180</sup>.

For example, under the UML, a security interest that is effective against third parties at the time of the commencement of insolvency proceedings in respect of the grantor retains the third-party effectiveness and priority it had before the commencement of the insolvency proceedings, unless another claim has priority pursuant to the insolvency law of the enacting State<sup>181</sup>. In addition, the type and amount of a statutory preferential right that has priority over a security right that is effective against third parties must be set out in the law of the enacting State<sup>182</sup>. These provisions are crucial, as they are intended to allow the secured creditor to

<sup>169</sup> MIAL arts. 47 and 48, and UML, arts. 29 and 30.

<sup>170</sup> MIAL, art. 49, and UML, art. 34(1).

<sup>171</sup> MIAL, art. 53.

<sup>172</sup> UML, art. 34(4).

<sup>173</sup> MIAL, art. 50, and UML, art. 43.

<sup>174</sup> MIAL, art. 51, and UML, art. 38.

<sup>175</sup> MIAL, art. 52, I, and UML, art. 49.

<sup>176</sup> MIAL, art. 52, II, and UML, art. 48.

<sup>177</sup> UML, art. 38.

<sup>178</sup> MIAL, art. 52(II).

<sup>179</sup> UML, art. 48 and 34(4).

<sup>180</sup> UML, arts. 36, 37, 39, 46, 47, 50 and 51.

<sup>181</sup> UML, art. 35.

<sup>182</sup> UML, art. 36.

determine its priority before it extends credit, which in itself should have a beneficial impact on the availability and the cost of credit (see part XIII below).

In addition, as already mentioned, under the UML, a security interest in a right to payment of funds credited to a bank account may be made effective against third parties by registration, by creating a security interest in favour of the bank with which the account is held, by a tri-partite control agreement (between the grantor, the secured creditor and the deposit-taking institution) or by the secured creditor becoming the account holder<sup>183</sup>. Thus, the UML contains much more detailed rules on the priority of competing security interests in rights to payment of funds credited to a bank account.

According to these rules, the security interest rank as follows in the order of priority: *a*) first is the security interest that is made effective against third parties by the secured creditor becoming the account holder; *b*) next are the rights of set off and then any security interest of the bank with which the account is held; *c*) then follows the security interest that is made effective against third parties by a tri-partite control agreement (and, if there is more than one control agreement, priority is determined according to the time of conclusion of the control agreements), and *d*) last is the security interest that is made effective against third parties by registration. Furthermore, a transferee of funds from a bank account acquires the funds free of any security interest, except if the transferee had knowledge that the transfer violated the rights of the secured creditor under the security agreement<sup>184</sup>.

Moreover, the MIAL has a priority rule on security interests in fixtures to immovable property that gives priority to a security interest in a movable asset that is affixed to an immovable, without losing its identity as a movable, over security interests in the relevant immovable, provided a notice of the security interest in the movable asset was registered in the immovable registry before it became a fixture<sup>185</sup>.

The UML applies to attachments to movable property but contains no special rules. This means that the general rules applicable to tangible assets apply to security interests in attachments to movable assets. Thus, a security interest in a tangible asset that is or becomes an attachment to movable property may be created, made effective against third parties and enforced in accordance with the general rules of the UML without any further action; and the general priority rules of the UML apply to the various priority competitions that might arise. The Guide to Enactment of the UML, however, discusses also a possible different enforcement rule providing that a secured creditor enforcing a security interest in an attachment to movable property is liable for any damage caused by the act of removal of the attachment other than any diminution in its value attributable solely to the absence of the attachment<sup>186</sup>.

The UML, however, does not deal with security interests in attachments to immovable property, as this is primarily a matter of immovable property law. That does not lend itself to unification or harmonization at the international level. Thus, it is left to enacting States to consider implementing the recommendations of the Legislative Secured Transactions Guide in this respect<sup>187</sup>.

---

<sup>183</sup> UML, art. 25.

<sup>184</sup> UML, art. 47.

<sup>185</sup> MIAL, art. 52(IV).

<sup>186</sup> *Guide to Enactment*, paras. 32 and 33.

<sup>187</sup> *Guide to Enactment*, para. 34.

## X. ENFORCEMENT OF A SECURITY INTEREST

Both the MIAL and the UML emphasize the importance of an efficient enforcement mechanism for the availability and the cost of credit<sup>188</sup>, and foresee both the judicial and the extra-judicial enforcement of a security interest.

However, there are several differences between the two texts with respect to the enforcement of a security interest. For example, unlike the UML, the MIAL provides that:

a) A secured creditor who intends to commence enforcement must register an enforcement form in the Registry<sup>189</sup>.

b) A notice of default and request for payment must be issued in a notarized or judicial form<sup>190</sup>.

c) The secured debtor (grantor) may object by submitting evidence to the court that he, she or it has made full payment<sup>191</sup>.

d) The secured creditor may seek from a court an order of repossession of the encumbered asset without a hearing to the secured debtor or grantor.

e) Any defence other than that of full payment must be referred to an independent judicial action, which cannot prevent the secured creditor from continuing with enforcement<sup>192</sup>.

f) The secured creditor may proceed with a sale of the encumbered asset and the secured debtor/grantor can stop the sale only by making full payment<sup>193</sup>.

g) The sale proceeds must be applied first against the costs of enforcement and other similar costs, the payment of taxes and then against the payment of the secured obligation, with any surplus having to be returned to the secured debtor or grantor<sup>194</sup>.

The UML has a more elaborate set of enforcement rules. These rules may be briefly summarized as follows. The secured creditor may repossess and sell the encumbered assets and distribute the sales proceeds in accordance with the priority rules of the UML<sup>195</sup>. In addition, the secured creditor may propose to acquire the encumbered asset in total or partial satisfaction of the secured obligation<sup>196</sup>.

The secured creditor may exercise these rights by applying to a court or other authority or without such an application, and proceedings should include expedited proceedings<sup>197</sup>. Judicial enforcement is subject to the provisions of the UML and other relevant law of the State enacting the UML; extra-judicial enforcement is subject to the provisions of the UML<sup>198</sup>.

For the secured creditor to be able to obtain possession of an encumbered asset out of court, the security agreement must provide for extra-judicial repossession of the encumbered asset, the secured creditor must give notice to the grantor and

<sup>188</sup> MIAL, *Introduction* (f), and *Guide to Enactment*, paras. 16 and 17, and *Legislative Secured Transactions Guide*, rec. 1(h) and *Introduction*, para. 56.

<sup>189</sup> MIAL, art. 54.

<sup>190</sup> MIAL, art. 55.

<sup>191</sup> MIAL, art. 56.

<sup>192</sup> MIAL, art. 57.

<sup>193</sup> MIAL, art. 58.

<sup>194</sup> MIAL, art. 60.

<sup>195</sup> UML, arts. 77-79.

<sup>196</sup> UML, art. 80(1).

<sup>197</sup> UML, art. 73(1).

<sup>198</sup> UML, art. 73(3).

any other person in possession of the encumbered asset and the grantor must not object at the time of repossession<sup>199</sup>.

If the secured creditor chooses to dispose of or propose the acquisition of an encumbered asset without an application to a court or other authority, the secured creditor has to notify the grantor, the debtor (if it is a different person from the grantor), and other competing claimants of record or claimants who notified the enforcing secured creditor<sup>200</sup>.

In the case of out-of-court enforcement, the secured creditor must use the proceeds of disposition to satisfy the secured obligation after deducting the reasonable cost of enforcement; if there is a surplus, the secured creditor must turn it over to the grantor or any subordinate competing claimant, and, in the case of doubt, to a competent judicial or other authority or to a public deposit fund<sup>201</sup>.

In the case of judicial enforcement, a buyer of an asset will normally acquire it free of any security interest and a lessee or licensee may have the benefit of it unaffected by any security interest<sup>202</sup>. However, in the case of extra-judicial enforcement, a buyer will acquire it free of, and a lessee or licensee may have the benefit of it unaffected by, only security interests that are subordinate to the security interest of the enforcing secured creditor<sup>203</sup>.

Where the encumbered asset is in the form of a receivable, negotiable instrument, right to payment of funds credited to a bank account or intermediated security, the secured creditor may collect it directly from the debtor, without having to apply to a court, and even before default, if the grantor consents. The secured creditor is also entitled to enforce any personal or property right securing payment of the encumbered receivable or other right, without having to apply to a court. If a security interest in a right to payment of funds credited to a bank account is made effective against third parties by registration (rather than by control which requires the consent of the deposit-taking institution), the secured creditor may collect only pursuant to a court order, unless the deposit-taking institution agrees otherwise. And the collection rights of the secured creditor are subject to the rights of the relevant third-party obligor<sup>204</sup>.

The outright transferee of a receivable has the same collection rights with the difference that it may exercise them at any time<sup>205</sup>, and while the other enforcement rules do not apply to an outright transfer of receivables<sup>206</sup>.

## XI. LAW APPLICABLE TO A SECURITY INTEREST

Both the MIAL and the UML contain conflict-of-laws rules. The basic rules are to a large extent the same. The law of the State in which a tangible encumbered asset is located governs the creation, third-party effectiveness and priority of a security interests in tangible assets (*lex situs* or *lex rei sitae*)<sup>207</sup>; the law of the State in which the grantor is located governs the creation, third-party effectiveness and

---

<sup>199</sup> UML, art. 77(2).

<sup>200</sup> UML, arts. 78(3) and 80(2).

<sup>201</sup> UML, art. 79(2).

<sup>202</sup> UML, art. 81(1) and (2).

<sup>203</sup> UML, art. 81(3) and (4).

<sup>204</sup> UML, art. 82.

<sup>205</sup> UML, art. 83.

<sup>206</sup> UML, art. 1(2).

<sup>207</sup> MIAL, art. 69(1), and UML, art. 85(1).

priority of a security interest in intangible assets<sup>208</sup>; and «location» means the place of central administration of a business or, in the absence of a business, the place of habitual residence<sup>209</sup>.

But the conflict-of-laws chapters of the two texts also present differences. The main difference is the emphasis placed on conflict of laws in the two texts. The MIAL contains four rules, while the UML contains sixteen rules, highlighting in this way the importance of certainty as to the law applicable to security interests.

In addition, the application of the conflict-of-laws rules of the MIAL are explicitly made conditional on a prior determination that a particular case «has contacts with more than one State», without specifying what contact is sufficient. While the UML will also apply only to international cases, it does not require such a prior determination. The reason is to avoid that, whenever a conflict-of-laws rule of the UML refers to the law of a State, a court may disregard it by deciding that the case is not sufficiently international<sup>210</sup>. As, under the MIAL, any contact should be sufficient, this difference with the UML should be considered as being more of a drafting nature.

Moreover, unlike the MIAL which does not contain such a provision, under the UML, the law applicable to the mutual rights and obligations of the parties arising from their security agreement is the law chosen by the parties. In the absence of a choice of law by the parties, the applicable law is the law governing the security agreement as determined by the conflict-of-law provisions generally applicable to contractual obligations<sup>211</sup>. This law may be, for example, the law of the State: *a*) in which the characteristic performance of the agreement is to be made (*e. g.* the extension of credit in a credit agreement)<sup>212</sup>, or *b*) which is most closely connected to the security agreement (*e. g.* the State in which a security agreement is entered into and performed, and in which both parties are located)<sup>213</sup>. Other than this rule, all the other conflict-of-laws rules of the UML, are not subject to party autonomy, as they deal with the law applicable to property law matters<sup>214</sup>.

Furthermore, under the MIAL, the law of the location of the collateral (encumbered asset) governs the validity, publicity (third-party effectiveness) and priority of a security interest in corporeal movable property and a possessory security interest in incorporeal movable property<sup>215</sup>. The reference to a «possessory security interest in incorporeal movable property» (while the chapeau refers to the location of the collateral) is strange<sup>216</sup>.

<sup>208</sup> MIAL, art. 70(I), and UML, art. 86.

<sup>209</sup> MIAL, art. 72, and UML, art. 90.

<sup>210</sup> *Guide to Enactment*, para. 469.

<sup>211</sup> UML, art. 84.

<sup>212</sup> *Rome I Regulation*, art. 4(3) and (4).

<sup>213</sup> *Rome I Regulation*, art. 4(2).

<sup>214</sup> UML, art. 3(1), and *Guide to Enactment*, para. 470.

<sup>215</sup> MIAL, art. 69.

<sup>216</sup> Perhaps, the intention was to refer to «electronic negotiable documents» (as art. 71 does, which refers to negotiable incorporeal property and to a person having acquired a possessory interest therein). This may have been an attempt to craft a rule similar to art. 85, para. 2 of the UML (that, where there is a negotiable document covering the encumbered assets, the law applicable to priority is the law of the State in which the document is located, and not the assets), but having in mind electronic negotiable documents. Still, it is not clear that art. 69, II works as drafted, since its scope is very broad applying to any incorporeal property. Also, the very first implementation of the MIAL in Guatemala does not contain this rule (article 72 of the Guatemalan secured transactions law at [https://www.banguat.gob.gt/leyes/2013/ley\\_garantias\\_inmobiliarias.pdf](https://www.banguat.gob.gt/leyes/2013/ley_garantias_inmobiliarias.pdf)). Neither does the Colombian law implementing the MIAL (see article 83 of the Colombian law at <https://www.garantiasmobiliarias.com.co/Ayuda/Legislacion/Ley.pdf>).

Also, under the MIAL, the law of the location of the secured debtor (grantor) (*i. e.* the place of central administration or, if the secured debtor (grantor) does not have a place of business, habitual residence) governs the validity, publicity and priority of a non-possessory security interest in incorporeal movable property or a security interest in movable corporeal property if the property is held by the secured debtor (grantor) as equipment for use in the secured debtor's (grantor's) business, or as inventory for lease<sup>217</sup>. This rule is problematic to the extent it requires a third-party to determine whether the grantor holds the encumbered asset as equipment or as inventory and, if the grantor uses the encumbered asset as inventory, whether the inventory is held for lease or sale.

Under the UML, a possessory security interest in incorporeal property is impossible as possession is defined in the UML as «physical possession of a tangible asset»<sup>218</sup>; and the law applicable to tangible assets is the law of the State in which the asset is located, even if the asset is held by the grantor as equipment or inventory.

The UML also contains a set of conflict-of-laws rules that modify the *lex situs* rule for tangible assets covered by negotiable documents, as well as mobile and export assets and are missing in the MIAL. Under these rules: *a)* to protect the negotiability of a negotiable document, where a tangible asset is covered by a negotiable document, a security interest in the asset is governed by the law of the location of the document, not the asset<sup>219</sup>; *b)* where a tangible asset is ordinarily used in more than one State (*e. g.* a motor vehicle), a security interest in that asset is governed by the law of the State in which the grantor is located<sup>220</sup>, and *c)* where a tangible asset is in transit or is intended to be relocated at the time of the creation of a security interest, it may also be created and made effective against third parties under the law of its ultimate destination, provided that it reaches that State within a short period of time<sup>221</sup>.

The two texts also differ with respect to the relevant time for determining location. Under the MIAL, that time is the time of creation of the security interest<sup>222</sup>. Under the UML, for creation issues, the relevant time for determining location is the time of the putative creation of the security interest; for third-party effectiveness and priority it is the time when the issue arises<sup>223</sup>. However, if all competing security interests are created and made effective against third parties before a change in location of the asset or the grantor, references to location in the conflict-of-laws rules are of the location before the change in location<sup>224</sup>.

The two texts also deal with the law applicable where there is a change in the connecting factor in a similar but somehow different way. Under the MIAL, where the secured debtor (grantor) changes location after the security interest has been publicised, the law of the State of the new location governs the publicity and the priority of the security interest as against unsecured creditors and third parties that acquire rights in the collateral after the relocation. However, the priority of a security interest under the law of the previous location may be preserved if it is publicised under the law of the new location within ninety days after the relocation<sup>225</sup>.

<sup>217</sup> MIAL, art. 70.

<sup>218</sup> UML, art. 2(z).

<sup>219</sup> UML, art. 85(2).

<sup>220</sup> UML, art. 85(3).

<sup>221</sup> UML, art. 85(4).

<sup>222</sup> MIAL, art. 69 and 70, chapeau.

<sup>223</sup> *Guide to Enactment*, para. 491.

<sup>224</sup> UML, art. 91.

<sup>225</sup> MIAL, arts. 69 and 70.



Under the UML, a security interest that is effective against third parties remains effective against third parties, even if the grantor or the encumbered asset changes location, until the earlier of: *a*) the time when third-party effectiveness would have lapse under the law of the initial location; and *b*) a short period of time after the relocation; and, if the initial third-party effectiveness is preserved, the initial priority is also preserved<sup>226</sup>.

There are further important conflict-of-laws rules that are included in the UML but are missing in the MIAL. Under the UML, the enforcement of a security interest in tangible assets is governed by the law of the State in which the encumbered asset is located at the time enforcement commences and in intangible assets by the law applicable to priority<sup>227</sup>. Thus, with respect to the enforcement of security interests in tangible assets, the application of the relevant *lex fori* is preserved; and with respect to security interests in intangible assets, all matters are referred to one and the same law, that is, the law of the State if the grantor's location.

In addition, under the UML, the priority of a security interest in receivables arising from the sale or use of immovable property as against security interests that are registrable in the immovable property registry is governed by the law of the State under which the immovable property is maintained<sup>228</sup>. The problem with this rule is that it requires a person to find out whether the right of a competing claimant is registrable (but not necessarily registered) in the immovable property registry<sup>229</sup>.

Moreover, under the UML, the creation of a security interest in proceeds of encumbered assets is governed by the law governing the creation of a security interest in the original encumbered asset (if the original encumbered asset is inventory and the proceeds are receivables, the law applicable is the law of the location of the inventory); and the third-party effectiveness and priority of a security interest in proceeds is governed by the law governing a security interest in an original encumbered asset of the same kind as the proceeds (in the above-mentioned example, the law applicable is the law of the grantor's location)<sup>230</sup>. Again, the problem with this rule is that different conflict-of-laws rules apply to matters relating to security interests in proceeds. As a result, difficulties may arise where the law governing creation recognizes a broad right in proceeds (*e. g.* including civil and natural fruits), while the law governing third-party effectiveness and priority recognizes a narrower right<sup>231</sup>.

The UML also contains a number of general conflict-of laws rules dealing with issues such as *renvoi*, mandatory law rules and public policy, that are missing in the MIAL<sup>232</sup>.

Most importantly, the UML contains a rule that is intended to ensure certainty as to the law applicable to security interests in the case of insolvency. Under this provision, the commencement of insolvency proceedings in respect of the grantor does not displace the law applicable to a security interest<sup>233</sup>. The application of this rule, however, has a limit. It does not affect the application of the law of the States in which the insolvency proceedings are commenced (*lex fori concursus*) to manda-

<sup>226</sup> UML, art. 23.

<sup>227</sup> UML, art. 88.

<sup>228</sup> UML, art. 87.

<sup>229</sup> *Guide to Enactment*, para. 482.

<sup>230</sup> UML, art. 89.

<sup>231</sup> *Guide to Enactment*, para. 487.

<sup>232</sup> UML, arts. 92 and 93.

<sup>233</sup> UML, art. 94.



tory law issues, such as avoidance of fraudulent and preferential transfers, ranking of claims and distribution of proceeds<sup>234</sup>.

In addition, the UML deals with the law applicable to the rights and obligations between the secured creditor and a third-party obligor, such as the debtor of an encumbered receivable, and refers this matter to the law governing the relationship between the grantor and the third-party obligor (that is, in the case of a receivable arising from a sales agreement, the law governing the sales agreement)<sup>235</sup>.

Moreover, the UML offers two options to States with respect to the law applicable to security interests in a right to payment of funds credited to a bank account. The first option is the law of the State in which the deposit-taking institution maintaining the account has its place of business; and the second option refers mainly to the law of the State expressly stated in the account agreement as the State whose law governs the account agreement or, if the account agreement expressly provides that the law of another State is applicable to all such issues, the law of that other State<sup>236</sup>.

Finally, the UML deals with the most difficult but important issues relating to the law applicable to security interests in intellectual property and non-intermediated securities<sup>237</sup>.

## XII. TRANSITION

The importance of efficient transition rules cannot be over-emphasized, in particular as one of the main concerns associated with law reform is the impact of the new law on rights existing before the new law comes into force.

Unfortunately, the MIAL does not contain rules dealing with the transition from the old to the new secured transactions law that are intended to govern any conflicts between the two laws and ensure that rights acquired before the introduction of the new law are not negatively affected.

However, the MIRR provides for the registration of security interests created under prior law, and the commentary to the MIRR explains that a State enacting this provision will have to include in its law provisions dealing with the priority of security interests created after the enactment of the MIAL<sup>238</sup>.

In recognition of the importance of fair and efficient transition rules, the UML contains a set of detailed transition provisions<sup>239</sup>. These rules:

- a) Provide that the law formerly governing rights that fall within the scope of the new law is repealed.
- b) Provide that the new law applies in principle to all security interests.
- c) Preserve the exceptional application of prior law in circumstances where no new third-party rights are implicated.
- d) Introduce a transition period for the holders of prior security interests to comply with the third-party effectiveness requirements of the new law.
- e) Set a date on which the new law goes into effect<sup>240</sup>.

---

<sup>234</sup> *Guide to Enactment*, para. 500.

<sup>235</sup> UML, art. 96. This is also the approach followed in art. 29 of the Assignment Convention and art. 14(2) of the Rome I Regulation.

<sup>236</sup> UML, art. 97.

<sup>237</sup> UML, arts. 99 and 100.

<sup>238</sup> MIRR, art. 17 and comment on art. 17.

<sup>239</sup> *Legislative Secured Transactions Guide*, chap. XI, paras. 1-3.

<sup>240</sup> UML, arts. 101-107.

### XIII. THE IMPACT OF INSOLVENCY ON A SECURITY INTEREST

Neither the MIAL nor the UML deals with the treatment of security interests in insolvency. However, the UML contains two insolvency-related rules. Under the first rule, a security interest that is effective against third parties at the time of the commencement of insolvency proceedings in respect of the grantor remains effective against third parties and retains the priority it had before the commencement of the insolvency proceedings, unless another claim has priority pursuant to insolvency law<sup>241</sup>. Under the second rule, the commencement of insolvency proceedings in respect of the grantor does not displace the law applicable to a security interest, subject to the application of the *lex fori concursus* to certain mandatory law rules such as avoidance of preferential or fraudulent transactions<sup>242</sup>.

In addition, the Legislative Secured Transactions Guide in chapter XII contains a comprehensive, self-contained summary of the discussion in the Legislative Insolvency Guide of all issues that are typically dealt with in insolvency law, including the treatment of security interests in insolvency proceedings.

Generally, these two UNCITRAL guides make several recommendations with respect to the treatment of security interests in insolvency, which set out a modern uniform regime on this so important topic. This regime may be summarized as follows.

First, encumbered assets are part of the estate (this rule applies also to assets subject to a transfer of title for security purposes or a retention-of-title sale, which is treated as a secured transaction)<sup>243</sup>. Thus, individual enforcement actions of secured creditors are subject to stays. In liquidation proceedings, there is little difference as they should not last longer than a few weeks. But in reorganization, proceedings which typically last much longer, the difference is significant. The reason for this stay of individual enforcement actions is that, if they are allowed to continue and the estate is dismembered, the reorganization cannot succeed. This does not mean, however, that the secured creditor is unprotected. The secured creditor has a right to seek relief from the court (*e. g.* payment of monthly installments, preservation of the value of collateral, and separation of collateral that is not necessary for the reorganization)<sup>244</sup>.

Second, a security interest in after-acquired assets does not extend to assets acquired by the insolvent grantor after the commencement of insolvency, except if those assets are proceeds of the assets encumbered before the commencement of insolvency<sup>245</sup>. Otherwise, value from the insolvency estate could be used to create an inappropriate preference for secured creditors to the detriment of other creditors.

Third, the effectiveness of a security interest must be respected subject to avoidance of fraudulent and preferential transactions (to avoid creating a systemic risk, financial contracts though are exempt from avoidance actions)<sup>246</sup>, and the third-party effectiveness (*e. g.* by registration) may be renewed even after commencement of insolvency<sup>247</sup>.

<sup>241</sup> UML, art. 35.

<sup>242</sup> UML, art. 94.

<sup>243</sup> *Legislative Insolvency Guide*, rec. 35(a).

<sup>244</sup> *Legislative Insolvency Guide*, recs. 39, 50-58.

<sup>245</sup> *Legislative Secured Transactions Guide*, recs. 235 and 236.

<sup>246</sup> *Legislative Insolvency Guide*, recs. 87-89 and 92.

<sup>247</sup> *Legislative Secured Transactions Guide*, rec. 238.

Fourth, the priority of a security interest must be respected subject to any claims that are superior in priority to a security interest (statutory preferential claims). Statutory preferential claims though must be limited in kind and amount and be clearly set out in the law, as their existence is bound to affect the availability and the cost of credit. And to the extent that the value of the encumbered asset is not sufficient to satisfy fully the secured obligation, the secured creditor may participate in the insolvency proceedings as an ordinary unsecured creditor<sup>248</sup>.

Fifth, as they are affected, secured creditors may vote on the reorganization plan in one or more classes of creditors<sup>249</sup>. Dissenting secured creditors who vote against the plan may still be bound by the plan, provided that the court hears their case, the reorganization can otherwise not succeed and secured creditors are granted relief (*e. g.* monthly installments, protection of the value of the collateral, etc.).

Sixth, security interests securing new (post-commencement) financing do not have priority over security interests securing pre-commencement financing, except, for example, where that the insolvent debtor proves that it cannot obtain credit otherwise and the insolvency court decides that this credit is necessary for the success of the reorganization, and post-commencement secured creditors are given an opportunity to present their case and seek relief (*e. g.* monthly installments, protection of the value of the collateral, etc.)<sup>250</sup>.

Seventh, contractual automatic termination clauses upon the occurrence of an event (such as insolvency) should be unenforceable as against the insolvency administrator and the insolvent debtor<sup>251</sup>.

#### XIV. CONCLUSIONS

The MIAL and the UML set out a uniform law regime on security interests in movable assets. They present a few similarities but also several and fundamental differences. Among the main similarities are the unitary and the functional approach to secured transactions, the comprehensive scope, the distinction between creation and third-party effectiveness (or publicity) of a security interest, notice registration, the first-to-register priority rule and the availability of out-of-court enforcement remedies.

Among the main differences are that, unlike the MIAL which does not deal with some matters at all and with other matters only in a summary way, the UML deals with most, if not all, of the issues that need to be addressed in a modern secured transactions law in a detailed and comprehensive way

In addition, the two laws differ in their scope of application (*e. g.* with respect to letters of credit and non-intermediated securities), their different rules on the creation, third-party effectiveness, priority the rights and obligation of third-party obligors, enforcement of security interests in certain types of asset and conflict-of-laws.

Moreover, the organization of the material in the UML is more rational and transparent (creation, third-party effectiveness, registration, priority, rights and obligations of third-party obligors, enforcement, conflict of laws, transition).

<sup>248</sup> *Legislative Insolvency Guide*, rec. 188 and *Legislative Secured Transactions Guide*, rec. 239.

<sup>249</sup> *Legislative Insolvency Guide*, rec. 126.

<sup>250</sup> *Legislative Insolvency Guide*, recs. 63-67.

<sup>251</sup> *Legislative Insolvency Guide*, recs. 70 and 71, and *Legislative Secured Transactions Guide*, rec. 237.

Furthermore, the UML, which included also the UMRP, is a more recent text (2016) than the MIAL (2002) and the MIRR (2009), comes in the six United Nations languages (Arabic, Chinese, English, French, Russian and Spanish), and is accompanied by an article-by-article commentary (the Guide to Enactment), a Practice Guide, and several other texts (the Assignment Convention, the Legislative Secured Transactions Guide the Intellectual Property Supplement, and the Registry Guide), aspects that should significantly facilitate its enactment by States.

Most importantly, the UML comes with a set of legislative recommendations on the treatment of security interests in the grantor's insolvency, thus providing guidance to States with respect to the coordination between secured transactions law and insolvency law, without which any reform of secured transactions law or insolvency law would be incomplete.

Finally, unlike the MIAL, the UML which is a regional text prepared by the Organization of American States, the UML is an international text prepared by UNCITRAL, that is, the core legal body of the United Nations system in the field of international trade law and thus promotes international, rather than regional, harmonization of secured transactions law. Regional harmonization of secured transactions law may make sense in certain cases (*e. g.* where it is easy to achieve and may promote regional trade). But international harmonization has obviously a higher potential to facilitate international trade and trade financing, and often makes more sense.

In view of all the above, the UML is a more modern, complete and authoritative model for national secured transactions legislation, not only than the MIAL but also than any other national, regional or international secured transactions law. Even article 9 UCC, which served as a model to many countries and influenced the UML in a number of respects, is drafted in a complex way and is not easy to understand or translate, does not offer the flexibility of the UML and does not come with all these texts that supplement the UML, and in particular the Legislative Insolvency Guide, or in the six languages of the United Nations<sup>252</sup>.

---

<sup>252</sup> English secured transactions law is certainly a very efficient secured transactions law. However, it is not a good model for the world. As it is admitted by the Financial Law Committee of the City of London Law Society, while it works (mainly due to English lawyers and English courts), it is complex and out of date (*Introduction to the Secured Transactions Code and Commentary*, paras. 1-5, <http://www.citysolicitors.org.uk/attachments/article/121/Draft%20Secured%20Transaction%20Code%20-%20Commentary%20-%20July%202016.pdf>). Second, it has not implemented the recommendations of the English Law Reform Commission which are more in line with the UML (<https://www.lawcom.gov.uk/project/company-security-interests/>). For those reasons, the secured transactions laws of the major common law jurisdictions (*e. g.* USA, Canada, Australia, New Zealand and India) deviate from English secured transactions law and are similar to the UML.

# ANTECEDENTES DE LA LEY MODELO INTERAMERICANA DE GARANTÍAS MOBILIARIAS (LMOEA): ESTUDIOS PREPARATORIOS, PRINCIPIOS RECTORES, LEYES Y SUS EXPERIENCIAS

Boris KOZOLCHYK\*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. LA RELACIÓN ENTRE LA LMOEA Y EL TLCAN: 1. La ausencia de créditos comerciales e industriales a tasas de intereses razonables en México y un remedio temporal: un caso ilustrativo. 2. Estudios pioneros sobre los préstamos comerciales con garantías mobiliarias en el Derecho Interamericano y su influencia en la redacción de la LMOEA. 2.1. «El Derecho y la estructura crediticia de Latinoamérica» (*«Law and the Credit Structure of Latin America»*, en lo sucesivo LCSLA) (RAND Corporation, 1966). 2.2. La metodología de *«Law and the Credit Structure in Latin America»* (en lo sucesivo el Derecho y la Estructura Jurídica Latinoamericana). 2.3. El Derecho viviente del crédito comercial y de las Garantías Mobiliarias (GM) en Latinoamérica. 2.4. Hallazgos y conclusiones. 2.5. El Proyecto de Reforma Jurídica de Costa Rica 1967-1970 (PRJ).—III. LA REDACCIÓN DEL PROYECTO SECOFI/NATLAW Y LA LEY MODELO INTERAMERICANA DE GARANTÍAS MOBILIARIAS (LMOEA): 1. EL EDA: 1.1. Primer préstamo. 1.2. ¿Qué se inscribe en el Registro de Garantías Mobiliarias y cómo se describen los bienes garantizadores en el texto registrado? 1.3. ¿Cuál es el significado del término *«security interest»*. ¿Es un derecho real de dominio o de posesión preferente? 1.4. El *«security interest»* como una garantía mobiliaria unitaria, aunque abierta a nuevos tipos de préstamos. 1.5. Los patrimonios de afectación como bienes garantizadores. 1.6. Garantía mobiliaria privilegiada para la adquisición de bienes o mercaderías especificados (en lo sucesivo GMPBE). 1.7. La protección al tercero transaccional y registral. 1.8. El cobro extrajudicial del préstamo. 2. México: 2.1. La ausencia de garantías mobiliarias sobre el inventario entendido como un patrimonio de afectación. 2.2. Dos problemas conceptuales.—IV. LA PROPUESTA KOZOLCHYK/NATLAW DE SEIS PRINCIPIOS RECTORES PARA UNA FUTURA LEY SECOFI/NATLAW (1999): LA REDACCIÓN DE PRINCIPIOS RECTORES COMO UN PUENTE NORMATIVO PARA EL «TRASPLANTE» DE INSTITUCIONES JURÍDICAS FORÁNEAS: 1. Los Principios Kozolchyk/NatLaw: 1.1. Características de los bienes garantizadores. 1.2. Los derechos del deudor garante y acreedor garantizado. 1.3. La constitución, publicitación y prelación del Derecho posesorio del acreedor garante; su posesión preferente y la excepción de la Garantía Privilegiada para la Adquisición de Bienes Específicos (GPBE). 1.4. El comprador en el curso ordinario de los negocios del vendedor/deudor garante. 1.5. La reposición y venta de bienes garantizadores. 1.6. La garantía mobiliaria unitaria.—V. EL PROYECTO CONJUNTO DE LA SECRETARÍA DE COMERCIO Y FOMENTO INDUSTRIAL DE MÉXICO (SECOFI) Y DE NATLAW DE 2001 Y LA ADOPCIÓN DE LA LEY MODELO INTERAMERICANA DE LA OEA FEBRERO 2002 POR LA OEA.—VI. LAS ADOPCIONES DE LA LMOEA Y SU EFECTIVIDAD: SUGERENCIAS PARA UN FUTURO MENOS LITIGIOSO Y SENSIBLE A LAS MEJORES PRÁCTICAS DEL MERCADO.

---

\* El autor expresa su profundo agradecimiento al Lic. Investigador Senior de NatLaw Adalberto ELÍAS por sus sugerencias de mejoramiento del texto y a la Administradora y Asistente Ejecutiva Perla Amaya-Furquim por su acostumbrada e inigualable ayuda en la preparación del texto final.

## I. INTRODUCCIÓN

El propósito de este capítulo es proveer los antecedentes necesarios para poder aplicar la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias (en adelante LMOEA) y sus instituciones<sup>1</sup>, en un contexto claro y consistente con su misión. La misión general de la LMOEA es modernizar y armonizar la aplicación del Derecho de las Garantías Mobiliarias en Latinoamérica con su aplicación en Canadá y Estados Unidos y con ello hacer posible un crédito comercial a tasas de interés asequibles a la vasta mayoría de pequeños y medianos comerciantes latinoamericanos, fomentando así un desarrollo económico sostenido. Un propósito tan ambicioso requiere precisar qué queremos decir por «derecho». ¿Es este el llamado Derecho positivo, «oficial» o en «los libros» de cada país o región, independientemente de si ese derecho se observe en la práctica diaria? ¿O es este el Derecho «viviente», verdaderamente observado por los comerciantes, banqueros y sus clientes, de manera tal que refleja sus prácticas, usos y costumbres comerciales más consistentes con su propósito comercial?

La misión inicial de la LMOEA fue la de contribuir al mejor funcionamiento del Tratado de Libre Comercio entre Canadá, México y Estados Unidos (TLCAN) ratificado en 1993, facilitando así el acceso al crédito especialmente, por las empresas que más empleo podían generar, sobre todo en el noroeste de México (la zona más cercana a Estados Unidos). Y una vez que el desarrollo económico del noroeste de México se hiciera evidente, facilitando empleo a muchos obreros desempleados, la misión de la LMOEA era contribuir al desarrollo económico de todo el hemisferio.

Una nota pedagógica: La LMOEA requirió la adopción de muchos nuevos conceptos, reglas y principios de interpretación, gran parte de los cuales provenían de otras culturas comerciales y sistemas jurídicos. En tal contexto, es aconsejable que el lector interesado en la más efectiva aplicación de la LMOEA se pregunte, tal y como lo hicieron repetidamente varios notarios públicos mexicanos, si la adopción de una institución jurídica proveniente de otro sistema y cultura jurídica y comercial ajena era realmente necesaria, o si el mismo resultado normativo y económico podría obtenerse reteniendo la presente institución, aunque con los «ajustes» requeridos por su nueva misión de fomentar desarrollo económico. ¿O era la abrogación de la institución existente ineludible debido a que sus instituciones reflejaban anacrónicos valores culturales y económicos? Refiero al lector a la sección VI, donde se discute cómo el Derecho hondureño anterior a la adopción de la Ley de Garantías Mobiliarias Hondureña del 28 de enero de 2010 requería que el deudor garante fuese propietario de la tierra que él arrendaba o usufructuaba, para poder obtener el crédito garantizado con su cosecha y otros activos agrícolas. El lector constatará cómo el rompimiento con normas jurídicas existentes, valores coloniales y la adopción de una ley que solo requería la posesión legítima de esos activos hicieron posible un promedio de 6.000 nuevos préstamos por año en solo un sector agrícola y con tasas de interés razonables<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> El término *institución jurídica* se refiere a los conceptos, reglas, normas legislativas o judiciales (también descritas como normas individuales) y sus principios de interpretación.

Las siguientes abreviaciones se utilizarán a lo largo de este capítulo: Garantía Mobiliaria Privilegiada para la Adquisición de Bienes o Mercaderías Especificados (en lo sucesivo GMPBE), LCSLA para el estudio *Law and the Credit Structure in the Americas*, TLCAN para Tratado de Libre Comercio de América del Norte, LMOEA para Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias, Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932 de México (en lo sucesivo LGTOC), Ley Modelo Interamericana de la Organización de los Estados Americanos de Garantías Mobiliarias (LMOEA), Estudio de Armonización de Leyes de Garantías Mobiliarias del TLCAN (EDA).

<sup>2</sup> Véase Boris KOZOLCHYK. *Contratos Comerciales Comparados, Derecho, Cultura y Desarrollo Económico*, Chile, Tirant lo Blanch, 2020; en adelante KOZOLCHYK, CCC, §§§ 3.3, 3.3 y 3.4, al igual que § 22.9 y al texto acompañante de notas 278 y 279.



## II. LA RELACIÓN ENTRE LA LMOEA Y EL TLCAN

El diseño e implementación de la LMOEA ha sido en gran medida parte de la misión del Kozolchik National Law Center (en lo sucesivo también referido como NatLaw), fundado en 1992<sup>3</sup>. Al momento de su fundación, la misión del NatLaw era facilitar el comercio entre Canadá, México y Estados Unidos (miembros del TLCAN), modernizando y armonizando sus prácticas y leyes comerciales y financieras. Desde el comienzo de esta labor y de la intensificación del comercio entre los miembros del TLCAN, los comerciantes, agricultores e industriales mexicanos se encontraron con la necesidad de competir con sus contrapartes en Canadá y Estados Unidos, pero sin tener acceso a tasas de interés razonables. Por su cercanía geográfica a México, al igual que por su mandato de promover la armonización internacional del Derecho comercial, NatLaw dedicó parte de su labor investigativa inicial a facilitar el crédito con garantías mobiliarias a comerciantes, agricultores e industriales mexicanos. Esta labor se llevó a cabo primero a través de la facilitación de créditos con Garantías Mobiliarias por bancos situados en Estados Unidos y sujetos al art. 9 del *Uniform Commercial Code* (Código Uniforme de Comercio, en lo sucesivo UCC) y a continuación como participante en la redacción de la LMOEA.

### 1. La ausencia de créditos comerciales e industriales a tasas de intereses razonables en México y un remedio temporal: un caso ilustrativo

El tipo de maquilas conocido como «*Maquila Shelter*» (o «Refugio», en lo sucesivo «MS») resultó ser uno de los más beneficiosos esfuerzos industriales mexicanos en la década precedente a la adopción del TLCAN, sobre todo para la facilitación de empleo en el noroeste de México. Por medio de la MS, el productor industrial extranjero arrienda del empresario mexicano uno o más almacenes o naves para conservar la materia prima y equipo requeridos para el ensamblaje o terminación de bienes y productos exportables al TLCAN. El arrendador/empresario mexicano se compromete también a reclutar y emplear la mano de obra mexicana productora requerida para ensamblar y exportar sus productos y se hace responsable del pago de sus salarios y del cumplimiento con las leyes laborales y de bienestar social de México. Por su parte, el arrendatario/productor extranjero supervisa el ensamblaje, controla su calidad y es responsable de su exportación a Estados Unidos o Canadá.

Poco después de ratificarse el TLCAN en 1998, nos visitó «F», un funcionario ejecutivo de una MS situada en el estado de Sonora, México. Su empresa había recibido numerosas peticiones de alquiler de almacenes, naves u otros espacios industriales para el ensamblaje o terminación de sus productos destinados al TLCAN. Fue tal la demanda de los servicios de las MS, que, en poco tiempo, aproximadamente 3.000 obreros mexicanos ocuparon todo el espacio de producción

---

<sup>3</sup> Véase el anuncio de prensa: *De-glitching foreign trade*, Arizona Daily Star, 24 de mayo de 1992. El Kozolchik National Law Center nació en 1992 con la denominación de «National Law Center for Inter American Free Trade ( NLCIFT)», su correo electrónico actual es [natlaw@natlaw.com](mailto:natlaw@natlaw.com) y su sitio en internet es <http://natlaw.com/>. Véase, además, el libro introductorio a Natlaw intitulado: *Economic Growth through Law: From Idea to Reality, A Twenty-Year Retrospective*, 2012. En el presente capítulo, citaré frecuentemente dos estudios que proveen un análisis más detallado de la redacción de la LMOEA: Boris KOZOLCHYK y John WILSON, «The Organization of American States: The New Model Inter-American Law on Secured Transactions, Uniform Law Review», *Revue de Droit Uniforme*, vol. VII, 2002-1, pp. 69-131 (citada como KOZOLCHYK y WILSON), y Boris KOZOLCHYK y Dale B. FURNISH, «The OAS Model Law on Secured Transactions: A Comparative Analysis», *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas*, vol. 12, p. 101 (2006) (citada como KOZOLCHYK y FURNISH).



disponible en las plantas de la MS de F. F inquirió con su banco en Sonora sobre préstamos para construir almacenes adicionales pero los términos y condiciones requeridos por ese banco no eran rentables: además de la garantía de una hipoteca inmobiliaria, sobre los terrenos y futuros edificios, la banca requería una garantía personal del empresario local expresada en pagarés suscritos por los dueños de la empresa y una tasa de 40 por 100 de la cantidad prestada por un préstamo de cinco a diez años de duración.

F consultó a NatLaw respecto a la posibilidad de obtener préstamos con una tasa de interés más razonable por parte de bancos estadounidenses. El Lic. Todd Nelson, entonces coordinador del estudio comparado de garantías mobiliarias, preparó un estudio/cuestionario destinado a proporcionar la información requerida por bancos estadounidenses interesados en financiar la construcción de las naves de empresarios mexicanos. El cuestionario incluía una lista de posibles bienes garantizadores. Entre ellos estaban: 1) todo el equipo productivo del arrendador del almacén incluyendo sus maquinarias, mobiliario y equipos; 2) los contratos de arrendamiento de la MS con sus clientes arrendatarios provenientes de Estados Unidos o Canadá y productores de los bienes y productos almacenados; 3) los contratos con otras entidades a los que la MS prestaba otros servicios incluyendo los de consultoría; 4) un estimado de las facturas correspondientes a los contratos anteriormente descritos durante los últimos dos años de producción en la maquila existente; 5) la cantidad promedio de depósitos de la MS en bancos nacionales y extranjeros también durante los últimos dos años de producción de esa maquila; 6) el valor mercado de la propiedad intelectual de la MS, incluyendo su «buen nombre o reputación» (*Goodwill*), y 7) montos de las pólizas de seguro contra los diversos riesgos asumidos por los dueños de los almacenes de maquila.

F se sorprendió de la inclusión, entre los activos derechos «incorpóreos» o «intangibles» como los descritos en los acápite 2), 3), 4) y 6) e inquirió respecto al valor «prestable» que un banco estadounidense atribuía a los bienes garantizadores enumerados en esos acápite. Todd Nelson respondió que dependiendo de la solvencia de los deudores y de la «edad» de las facturas (mientras más cercanas a la fecha de pago, menor su valor mercado), el banco prestaba entre un 75 a un 90 por 100 del valor facial de estos bienes «incorpóreos». Y cuando F preguntó sobre el valor prestable de los almacenes o naves recién construidos, la respuesta fue que el préstamo respaldado por bienes inmuebles tenía un valor prestable de aproximadamente un 50 por 100 del valor mercado del inmueble. Su siguiente pregunta fue: ¿Cuál es la razón de la disparidad entre el valor prestable de un bien tan «sólido» y rentable como un edificio y otro tan intangible e inseguro como el de los derechos contractuales incluyendo a las facturas por cobrar? La respuesta de Nelson también le resultó sorprendente a F: los bienes caracterizados como bienes muebles, y en especial los contratos, facturas y títulos de crédito y valor, eran por lo general más «líquidos» o más fáciles de ser cobrados que los bienes inmuebles y por tanto los bancos comerciales estadounidenses los preferían como bienes garantizadores.

Con base en esa información, F creó una empresa subsidiaria de su empresa en Sonora en Arizona que fungió como la entidad cesionaria o endosataria de los derechos contractuales y reales que actuarían como los bienes garantizadores de la apertura de una «línea de crédito» bancaria. Este contrato de préstamo y garantía mobiliaria sería gobernado por el Código de Comercio Uniforme de Estados Unidos (*Uniform Commercial Code*, UCC). Como resultado de estas operaciones la MS de F obtuvo préstamos por varios millones de dólares de bancos en El Paso (Texas) y Tucson (Arizona) a un interés anual de aproximadamente 7,5 por 100. Ocho años más tarde, la mano de obra de la MS de F se había quintuplicado (de 3.000 a 15.000

empleados y en la actualidad emplea 28.000 obreros). En esa ocasión le pregunté al empresario F a qué atribuía las diferencias entre el crédito comercial de Sonora y de Arizona. Respondió que las diferencias se debían «no solo a una ley anacrónica, sino también la distinta cultura comercial de los dos países». Cuando indagué lo que él identificaba como cultura comercial, su respuesta fue: «En México la profesión de comerciante no es tan respetada como otras profesiones». Curiosamente yo había llegado a la misma conclusión en un estudio concluido aproximadamente tres décadas antes de la entrada en vigor del TLCAN<sup>4</sup>.

## 2. Estudios pioneros sobre los préstamos comerciales con garantías mobiliarias en el Derecho Interamericano y su influencia en la redacción de la LMOEA

### 2.1. «El Derecho y la Estructura Crediticia de Latinoamérica» («Law and the Credit Structure of Latin America», en lo sucesivo *LCSLA*) (RAND Corporation, 1966)<sup>5</sup>

La comparación del Derecho estadounidense y latinoamericano de Garantías Mobiliarias es de origen reciente. «*Chattel Mortgages and Substitutes Therefor in Latin America*» (Hipotecas Mobiliarias y sus Sustitutos en Latinoamérica), un estudio realizado por el abogado corporativo estadounidense Víctor Folsom, fue la primera comparación de estas garantías y fue publicada en 1954<sup>6</sup>. En este estudio, Folsom delineaba diferencias normativas en el Derecho Interamericano de Garantías Mobiliarias, pero no les asignaba un costo medido en términos de su contribución al desarrollo económico del país o región en cuestión (en lo sucesivo costo «desarrollista»)<sup>7</sup>. En 1966 publiqué un libro intitolado *Commercial Letters of Credit in the Americas*, cuyo capítulo 21 comparaba el Derecho estadounidense, europeo y latinoamericano en materia de prendas e hipotecas mobiliarias y su uso en relación a créditos documentarios, pero al igual que Folsom, yo no les asignaba un costo «desarrollista»<sup>8</sup>.

Pocos meses antes de la publicación de la versión inglesa del *Commercial Letters of Credit in the Americas*, fui contratado por la RAND Corporation (en lo sucesivo RAND) de Estados Unidos para realizar estudios jurídicos e interdisciplinarios asignándole costos desarrollistas a las instituciones jurídicas estudiadas. El propósito de este análisis: ayudar a evaluar las posibilidades de éxito de un programa de ayuda económica para Latinoamérica, llamado «Alianza para el Progreso», inaugurado en 1961 por el presidente John F. Kennedy. RAND es un connotado centro de investigaciones interdisciplinarias cuyo principal cliente es el gobierno de Estados Unidos. Durante la Segunda Guerra Mundial RAND estableció su reputación utilizando las matemáticas y la cibernética en estudios económicos y de ciencia política. Estos es-

<sup>4</sup> Véase Boris KOZOLCHYK, «Law and the Credit Structure in Latin America», 7 *Virginia L. Rev.*, 1 (1967), citando al historiador mexicano Ernesto LOBATO LÓPEZ, *El Crédito en México: Esbozo histórico hasta 1925*, 1963, pp. 9, 27 y 28.

<sup>5</sup> Véase la versión original del estudio citado en la nota anterior en Boris KOZOLCHYK, *Law and the Credit Structure of Latin America*, RAND Corporation RM-4018-RC marzo, 1966.

<sup>6</sup> Véase Víctor FOLSOM, «Chattel Mortgages and Substitutes Therefor», 3 *American Journal of Comparative Law*, 477 (1954), Víctor Folsom fue presidente de la Barra (Colegio) Interamericano de Abogados y tras varias décadas de ser uno de los más distinguidos practicantes del Derecho comercial interamericano.

<sup>7</sup> *Ibid.*

<sup>8</sup> El libro *Commercial Letters of Credit in the Americas* fue traducido al castellano en 1973 por el Instituto de Cultura Hispánica de España con el título: *El Crédito Documentario en las Américas* (1973).

tudios fueron pioneros para mejorar la planificación de decisiones gubernamentales, muchas de ellas militares. Además, investigadores de RAND, especialmente matemáticos, economistas y politólogos, habían participado en el diseño del Plan Marshall para la reconstrucción de la Europa destruida por la Segunda Guerra Mundial.

En 1966 ya existían serias dudas entre los economistas y politólogos de RAND respecto al método de implementación de la Alianza para el Progreso, y en especial sobre el papel del Derecho como un factor impulsor del desarrollo económico de Latinoamérica. En 1964, dicté una conferencia sobre este tema en la Universidad de Stanford donde expresé dudas similares<sup>9</sup>. RAND me propuso que llevase a cabo un estudio empírico respecto al papel del Derecho en el desarrollo económico de Latinoamérica, tratando de identificar los principales problemas y posibles soluciones. Acepté esta propuesta, pero con la limitación que ella fuese circunscrita a instituciones de Derecho comercial, especialmente a sus garantías mobiliarias y títulos de crédito.

## 2.2. *La metodología de «Law and the Credit Structure in Latin America» (en lo sucesivo el Derecho y la Estructura Jurídica Latinoamericana)*

La metodología usada por el Derecho y la Estructura Jurídica era crucial, porque sus usuarios en gran medida eran economistas, sociólogos y politólogos interesados en identificar las fallas de las mismas instituciones jurídicas/comerciales y bancarias que habían contribuido al desarrollo económico de Estados Unidos (y de la Europa del Plan Marshall). El «Derecho y la Estructura Jurídica Latinoamericana» se dividió en dos partes. La primera analizaba el Derecho positivo de las garantías mobiliarias y títulos de crédito en los países seleccionados, y la segunda estudiaba las prácticas del «Derecho comercial viviente» relacionado con las mismas instituciones jurídicas en Latinoamérica<sup>10</sup>. En esta parte era necesario examinar estadísticas pertinentes al funcionamiento de las instituciones jurídicas, sino también a sus prácticas comerciales y bancarias por medio de entrevistas a los comerciantes y banqueros más aptos de influenciar al comportamiento de sus colegas, a quienes me referiré como banqueros o comerciantes modelo o arquetípicos<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> Boris KOZOLCHYK, «Law and Social Change in Latin America: The Alliance for Progress», 44 *Hispanic American Historical Review*, 1964, pp. 491-502.

<sup>10</sup> Para una discusión más detallada del Derecho positivo de las garantías mobiliarias en varios de los países investigados de lo que es posible en este capítulo, véase el t. III, Capítulo 2, pp. 1-97 del *Curso de Derecho Mercantil* por Boris KOZOLCHYK y Octavio TORREALBA (Costa Rica, 1968).

<sup>11</sup> En mi redacción de cuestionarios para las entrevistas con comerciantes y banqueros, la selección de entrevistados y la redacción de cuestionarios, se inspiró en mis experiencias investigativas para mi libro de texto *Commercial Letters of Credit in the Americas* (1966), traducido al castellano por el Instituto de Cultura Hispánica como *El Crédito Documentario en las Américas* (1973) y en la metodología de dos eminentes científicos sociales: el profesor estadounidense E. A. Hoebel, uno de los fundadores de la antropología jurídica contemporánea y el sociólogo alemán Max Weber (uno de los fundadores de la sociología contemporánea). En el libro: *The Law of Primitive Man*, E. Adamson HOEBEL, Harvard University (<http://www.hup.harvard.edu/catalog.php?isbn=9780674023628&content=reviews>), Hoebel identifica los principios rectores para la resolución de disputas respecto a quien tenía, por ejemplo, el mejor derecho a poseer y disponer de lo cazado o pescado entre miembros de una misma tribu dependía de las opiniones de los más respetados líderes de la comunidad. Y estos a su vez recurrían a las «memorias más confiables» de otros miembros de la misma comunidad para reconstruir los hechos y cuestiones jurídicas de la disputa. Por su parte, Max Weber sugería vencer las dificultades enfrentadas por sociólogos en su intento de describir el comportamiento de un grupo social (lo que hubiera requerido la investigación del comportamiento de cada miembro del grupo), seleccionando el comportamiento de miembros «representativos» o arquetípicos del comportamiento de diversos grupos. El más famoso de sus arquetipos era el hombre «racional», un modelo de comportamiento que no es siempre aplicable a los comerciantes y banqueros por razones que explicaré en el texto principal.

Así, en una de las investigaciones para mi libro sobre el crédito documentario entrevisté a varios banqueros arquetípicos, para establecer por qué su comportamiento había influido al de sus colegas. Notablemente, ese respeto estaba basado no solo en sus conocimientos técnicos sobre cómo mejor establecer costos, ganancias o pérdidas, sino en la «honestidad» y «razonabilidad» de sus conductas, hasta el punto que tanto en el Derecho positivo alemán como estadounidense reconocían esa conducta como fuente de obligaciones vinculantes para los participantes en las transacciones comerciales y civiles<sup>12</sup>. Por razonabilidad, los banqueros y comerciantes estadounidenses entendían la predisposición de los banqueros y comerciantes arquetípicos de ponerse en «los zapatos» transaccionales de su contraparte contractual o, de ser necesario, en los de un colega modelo, y preguntarse cómo se comportarían estos en la transacción en cuestión<sup>13</sup>. Así, en el primer estudio sobre el Derecho viviente en el crédito documentario yo investigaba las causas de la hegemonía de las prácticas bancarias de Nueva York a partir de la conclusión de la Primera Guerra Mundial.

En una entrevista con Frank Sauter (uno de los banqueros más respetados en Estados Unidos), le pregunté a qué atribuía la preeminencia de Nueva York como centro de emisión de créditos documentarios. De acuerdo con Sauter, uno de estos factores eran prácticas bancarias «egoístas» a la par que «altruistas», aunque a la postre rentables. En una de estas prácticas, los bancos neoyorquinos no exigían el pago de una comisión por la emisión del crédito documentario. En otras palabras, por contraste con los europeos y latinoamericanos, ellos solo cobraban comisión cuando su crédito era «usado» por su beneficiario. Es decir, cuando este presentaba los documentos requeridos para su pago y el banco emisor pagaba el crédito o se comprometía a pagarlo en un futuro cercano<sup>14</sup>.

Sauter era consciente que la mera emisión de un crédito documentario irrevocable a favor de su cliente confería a ese cliente una apariencia de solvencia ante terceros y con ello les obsequiaba algo de valor, pero como decía Sauter: «Precisamente porque le ofrecemos algo de valor a nuestro cliente y no cobramos por ello hasta que el crédito sea “usado”, este cliente nos tendrá en cuenta al planear sus futuras operaciones con créditos documentarios». Y agregó: «El uso de estas prácticas presume que la vasta mayoría de nuestros clientes son gente honesta, decente y agradecida. Por tanto, cuando les obsequiamos algo valioso, nuestra expectativa es que ellos se sientan comprometidos a reciprocarnos una confianza negocial, igual a la que en ellos depositamos».

Este comportamiento, en parte altruista y en parte utilitario o egoísta, se diferenciaba del *comerciante racional* de Max Weber, ya que ese, por lo general, no asumiría el riesgo de conferir algo valioso sin una recompensa inmediata por parte de clientes desconocidos, debido a que, pensando «racionalmente», la futura recompensa podría frustrarse por cualquier motivo. Por ello, desde mi primera entrevista con Sauter, comencé a denominar las prácticas arquetípicas similares a las de Sauter, como «razonables», y también comencé a contrastar ese comportamiento con el de otros banqueros predominantemente «egoístas», y propensos a actuar dolosamente o de «mala fe». Como pronto se percatará el lector, esta tipología del

<sup>12</sup> Por ejemplo, véanse las §§ 13.3 (especialmente la jurisprudencia comparada) y 23.5 de Kozolchyk, CCC sobre la influencia de las fuentes de Derecho consuetudinario contractual en el Derecho alemán y estadounidense.

<sup>13</sup> Véase *Commercial Letters of Credit in the Americas*, versión castellana, pp. 78 y 79, que contrastan la razonabilidad de la exención del «previo pago» de la comisión de apertura y de otros gastos en Estados Unidos, Argentina y Brasil.

<sup>14</sup> *Ibid.*

contratante comercial arquetípico formó parte importante de la metodología, hallazgos y conclusiones del Estudio sobre el Derecho y la Estructura Crediticia en Latinoamérica.

### 2.3. *El Derecho viviente del crédito comercial y de las garantías mobiliarias (GM) en Latinoamérica*

#### a) *Las garantías más populares y sus principales problemas: el concepto de la propiedad del bien garantizador*

Las entrevistas y cuestionarios con comerciantes y banqueros en Argentina, Brasil, Chile y México, en 1965, revelaron que el crédito comercial, sobre todo el concedido al pequeño comerciante, era riesgoso y costoso. También revelaron la presencia de prácticas exclusivamente egoístas y frecuentemente de mala fe. Los contratos de garantías mobiliarias utilizados eran por lo general: 1) ventas con reserva de dominio; 2) prendas con o sin desposesión de los bienes prendados, en su mayoría prendas agrarias<sup>15</sup>; 3) hipotecas mobiliarias u otras variantes, como los llamados «*trust receipts*» o «recibos fiduciarios» en Brasil y Argentina, y 4) los contratos refraccionarios y de habilitación y avío en México<sup>16</sup>.

Las tasas de intereses anuales en estos países fluctuaban alrededor de un 40 por 100. El marcado contraste entre las tasas de interés estadounidenses y latinoamericanas reflejaba la presencia de mayores riesgos crediticios en los países latinoamericanos. Tres décadas después, un estudio del Banco Central de Brasil concluido en el año 2000 confirmó la relación causal entre las altas tasas de interés y un 35 por 100 de morosidad o incumplimiento (*inadimplência*) de los préstamos subyacentes<sup>17</sup>. Parte de estos riesgos eran atribuibles a prácticas «simulatorias» de muchos acreedores garantizados que insistían en obtener derechos de propiedad sobre los bienes garantizadores, independientemente de cuán duraderos o efímeros fueran los bienes garantizadores, o cuán inconcluso o inciertos sean los derechos de propiedad sobre ellos<sup>18</sup>.

#### b) *La prisión por deudas como una de las principales «garantías» del cobro*

En algunos de los países estudiados, los acreedores y sus abogados trataban de combatir la incertidumbre del cobro de prendas o hipotecas mobiliarias mediante la amenaza de la prisión de los deudores incumplidores. Y cuando la «prisión por deudas» era declarada inconstitucional los acreedores recurrían a otras simulaciones<sup>19</sup>.

#### c) *Garantías mobiliarias, los títulos de crédito y los embargos cautelares*

Es importante aclarar que la gran mayoría de los «títulos» o «instrumentos» garantizadores del pago de obligaciones monetarias más usados en los cuatro

<sup>15</sup> La Ley de Prenda Agraria pionera en Latinoamérica fue la Ley Argentina 9644, de 19 de noviembre de 1914, <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=96244>.

<sup>16</sup> Véase Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932 (LGTOC).

<sup>17</sup> Departamento de Estudios e Pesquisa, Banco Central do Brasil, Juros E Spread Bancario no Brasil, p. 8 (outubro 1999-2000). Véase juros y pesquisas.

<sup>18</sup> Véase *El Derecho y la Estructura Crediticia*, pp. 13-16.

<sup>19</sup> Para una discusión del eventual fracaso de la prisión por deudas en Costa Rica véase *infra* sección II.2.5.c).



países no eran los diversos contratos de garantías mobiliarias, sino los títulos de crédito tales como las letras de cambio, pagarés y cheques, «negociables» o «circulatorios» firmados o endosados por sus deudores y avales. Además, es necesario recordar que la obligación «incorporada» a estos títulos de crédito no era *in rem* o resultante de un derecho inmediato a la posesión de un bien mueble determinado, sino *in personam*, o reclamable contra el deudor moroso, insolvente o encarcelado por prisión por deudas.

Es cierto que estos dos títulos de crédito eran conceptuados como «títulos ejecutivos», y por tanto daban lugar a embargos o secuestros de bienes del deudor en el correspondiente juicio ejecutivo, y especialmente en su fase «precautoria» o de preservación de los bienes garantizadores para su ulterior venta y cobro<sup>20</sup>. Pero también es cierto que un título de crédito *per se* no confiere un derecho real sobre los bienes garantizadores, y menos aun cuando existe un derecho previo y superior sobre esos mismos bienes, por parte de un acreedor garantizado que hubiese publicitado ese derecho en la forma establecida por la Ley de Garantías Mobiliarias.

d) *La iliquidez de los pagarés, letras de cambio y cheques y la «psicología del pago con falsas monedas»*

Las siguientes preguntas fueron dirigidas a los comerciantes que tenían la mejor reputación entre sus colegas y bancos depositarios o prestamistas como los más solventes y conocedores de su profesión. *¿Por qué, a pesar de la falta de pago de títulos de crédito cuyo porcentaje de pago es menor del 50 por 100, continúan creciendo su volumen de circulación al igual que la rapidez de sus endosos?*<sup>21</sup>. Esta pregunta iba acompañada de tablas estadísticas, que indicaban un alto incremento del número de protestos por falta de pago o aceptación de las letras de cambio y por falta de pago de los pagarés, durante el periodo de 1953 a 1962. Por ejemplo, en Argentina, los protestos por falta de pago durante esos años habían subido un 22 por 100, en Brasil el incremento había sido de un 12 por 100 y en Chile de un alarmante 39 por 100<sup>22</sup>.

A las anteriores preguntas agregué otras formuladas durante la entrevista. La primera fue: «Calculando usted que la mitad de los títulos no serían pagados, ¿por qué continúa aceptando esos títulos de crédito de sus clientes como medio de pago?». Aproximadamente la mitad de los auscultados respondieron diciendo que «tal era el uso o la costumbre en plaza». La otra mitad citó a un admirado comerciante que describió su comportamiento con las siguientes palabras: «Póngase usted en mi lugar, si a usted le pagan con lo que es en realidad una moneda falsa, ¿qué haría? Yo pienso que por más honesto que uno sea, cuando a alguien le pagan con una falsa moneda, y se repite ese fenómeno, interviene la “psicología de la falsa moneda” y usted «por defensa propia le pasará la misma moneda a otro acreedor y este otro al otro, etcétera».

Insistí en que una parte de mi pregunta permanecía sin respuesta y esta parte era: ¿Por qué es que el «otro» a quién usted pasa esa moneda la acepta a sabiendas de que es falsa? Su respuesta fue que: «Todos los que somos parte de un mundo inflacionario nos tenemos que cubrir de los efectos de la inflación. Por ello, ya no anunciamos nuestros precios antes de las ventas como acostumbrábamos a hacer con anterioridad a la inflación. Si un comprador quiere pagar con un título de

<sup>20</sup> Véase el art. 54 de la LGTOC mexicana.

<sup>21</sup> Véase LCSLA, pp. 28-30.

<sup>22</sup> *Ibid.*

crédito, nuestro precio será el doble del precio de mercado y la mitad de ese precio tiene que ser pagada en efectivo. Muchos de nosotros pretendemos que esperamos ansiosamente ser pagados el resto del precio con un título de crédito pagadero en un futuro. Es obvio que, si podemos cobrar la totalidad o parte de la letra, el cheque o el pagaré, “¡qué bien!”. Pero, si no, al menos obtuvimos alguna ganancia cobrando el doble del precio de mercado del día anterior, que raras veces es inferior al precio del mercado del día siguiente»<sup>23</sup>.

#### 2.4. *Hallazgos y conclusiones*

A mi regreso a RAND, compartí los anteriores hallazgos con Toni Pascal, un distinguido economista, también de procedencia hispanoamericana. Él resumió uno de los hallazgos de esta forma: «La cultura comercial que guía muchas de las transacciones crediticias descritas, obviamente, no pertenecen a tu categoría de lo “razonable”, sino a la categoría de “suma cero” (para que una parte gane, la contraparte tiene que perder)». A continuación, le pregunté si el estudio confirmaba la presencia de otro factor inflacionario que provenía de la desconfianza comercial y que afectaba a los precios y volúmenes de transacciones, independientemente de la oferta y demanda de los bienes, productos y servicios subyacentes. Su respuesta fue positiva y agregó. «¿Y ese es uno de los costos que tú válidamente atribuirías a una disfuncionalidad jurídica, no es cierto?».

#### 2.5. *El Proyecto de Reforma Jurídica de Costa Rica 1967-1970 (PRJ)*

##### a) *Antecedentes*

Poco tiempo después de la publicación de mi estudio sobre el Derecho y la estructura crediticia, recibí una carta del Sr. David Rockefeller, el entonces presidente del Banco Chase Manhattan y del Consejo de Relaciones Internacionales de Estados Unidos (*Council on Foreign Relations*). En ella, él me decía que: «Los economistas miembros del equipo de investigadores económicos del Banco Chase han concluido que su estudio sobre el Derecho y la Estructura del Crediticio en Latinoamérica cubre el tema estudiado mucho mejor que cualquier otra fuente»<sup>24</sup>. Semanas más tarde recibí una llamada del doctor Carlos José Gutiérrez, decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, quien expresó interés en un plan de enseñanza e investigación en su Facultad, en conjunción con profesores y alumnos de posgrado, para «investigar con más detalle algunos temas relevantes al desarrollo económico de Costa Rica, poniendo en práctica alguna de las ideas y propuestas de ese estudio». Fue así como comenzó en 1966 el «Proyecto de Reforma Jurídica» localizado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

##### b) *La desconfianza comercial y crediticia*

Un cuestionario dirigido a potenciales inversionistas costarricenses preguntaba: «Las estadísticas disponibles indican que inversores de clase media como usted prefieren invertir en hipotecas de segundo grado que durante los últimos cinco años han pagado menos de la mitad del dividendo anual que pagan las ac-

<sup>23</sup> Entrevista sobre la liquidez de los títulos de crédito en archivo de autor.

<sup>24</sup> Véase carta de David Rockefeller, presidente del Chase Manhattan Bank, 25 de abril de 1966, en los archivos de Natlaw.



ciones de la Industria Nacional de Cemento de Costa Rica, S. A., ¿a qué se debe su rechazo de una ganancia más alta que la producida por hipotecas de segundo grado?».

La respuesta más común reflejaba la desconfianza de gran parte del público inversionista: «Si la ganancia es tan buena como dicen los anuncios de esta compañía cementera, ¿por qué esta compañía se la ofrece a inversores como a mí, que no somos ni familia ni buenos amigos de sus dueños?, u otra variante común: «Si es tan buena la ganancia, ¿por qué tratan de venderlas a extraños y no se quedan con ellas para obtener los máximos beneficios?». La pregunta siguiente era: ¿usted conoce a las personas o entidades que les venden las hipotecas de segundo grado? La vasta mayoría de las respuestas indicaban que los inversores en estas hipotecas eran o bien familiares o cercanos amigos de deudores o acreedores de esas hipotecas. Claramente el factor familiar o de amistad determinaba la confianza en la inversión por parte de un tercero carente de un vínculo familiar o de amistad con los dueños o administradores de las empresas. Solo aquellos inversionistas con un nivel mucho más alto de ingreso y de preparación financiera evaluaban la propuesta inversión de manera más objetiva y menos «familiarista». Si la misma desconfianza negocial prevalecía entre los prestamistas y prestatarios (no familiares), ¿cómo la combatían el Derecho positivo y el viviente del Derecho de garantías mobiliarias?

c) *El Derecho de garantías mobiliarias y la desconfianza en ciertas instituciones crediticias y jurídicas*

1) El Derecho viviente; el apremio corporal y la prisión por deudas en Costa Rica

Sorpresivamente para uno de los países más democráticos e igualitarios del hemisferio, sus Códigos de Comercio, Civil y Penal aunaban esfuerzos para imponer la condena de prisión de «apremio corporal», por varios delitos relacionados al incumplimiento de préstamos quirografarios y con garantías mobiliarias. Mi pregunta a un ministro de la Corte Suprema de Costa Rica bien respetado por su preocupación por la justicia y equidad fue: ¿por qué un país con el historial democrático e igualitario de Costa Rica preserva una institución tan injusta como la prisión por deudas? Me contestó que, tanto él como sus colegas, periódicamente consideraban la necesidad de declarar al apremio corporal inconstitucional, pero se resistían a hacerlo por la bien probable crisis económica que sufriría el país. A continuación, me mostró más de trescientas «tarjetas de computadoras IBM» indicando el nombre del deudor y las órdenes de aprehensión por apremio corporal.

Pocos días después, investigadores del Proyecto de Reforma Jurídica, que acompañaban a alguaciles a cargo de arrestar y transportar a deudores morosos a la Penitenciaría de San José, reportaron que por lo general las órdenes de aprehensión no se ejecutaban. Cuando los investigadores inquirieron sobre el porqué de esta conducta, igualmente ilegal, un alguacil respondió: «En este país están endeudados y sujetos al apremio corporal desde el presidente X hasta el más humilde empleado, de manera que si fuéramos a tomar al apremio seriamente habría que encarcelar a una gran parte de la población incluyendo a nuestras familias y a nuestros gobernantes». Esta explicación se confirmó con la visita a la penitenciaría: de los aproximadamente 300 reos supuestamente encarcelados de acuerdo con las «tarjetas IBM» solo tres estaban realmente encarcelados y su delito era la falta de pago de deudas «alimenticias» a sus familias.

2) El Registro Central de Prendas de Costa Rica y su organización con base al nombre de los deudores

De acuerdo con un decreto Ejecutivo de octubre de 1958<sup>25</sup>, los Libros Índices del Registro se organizaban por medio de tarjetas con los nombres de los deudores, entre otros datos. El hecho de que la búsqueda de gravámenes en el Registro de garantías mobiliarias girase en torno a los nombres de los deudores y no de los bienes garantizados me llamó la atención, porque dos años antes durante el Estudio sobre el Derecho y la Estructura del Crédito en Latinoamérica, los registradores de los cuatro países describieron sus registros de prendas como organizados en torno a la descripción de los bienes garantizados.

Un registro basado en los nombres de los deudores garantes reflejaba la naturaleza frecuentemente fungible y reemplazable de los bienes garantizados, y especialmente de las mercaderías que constituían el inventario de sus deudores. Obviamente, no tenía sentido crear un «folio real» para, digamos, una o cada caja de camisas gravadas por la garantía mobiliaria, como lo hacía el Registro de Propiedad Inmueble Alemán (*Grundbuch*) para cada uno de sus bienes inmuebles. Además, como señalamos anteriormente, la propiedad «histórica» de estos era bien difícil, si no imposible, de establecer, y aun pudiendo ser establecida, el supuesto derecho de propiedad no era capaz de reivindicar la camisa, en posesión de un «comprador en el curso ordinario de los negocios del vendedor». Ya que, de no ser protegidas tales compras por consumidores, desaparecerían la vasta mayoría de las ventas al por menor y al por mayor a crédito. Y con estas desaparecerían los flujos de efectivo que hacen posible el crédito para los comerciantes al por menor y por mayor, al igual que el crédito a sus fabricantes.

a. *La ausencia de descripciones para inventarios y bienes atribuibles y las dilaciones de las inscripciones*

Las rápidas y continuas ventas y transformaciones de los bienes garantizados requerían descripciones registrales lo suficientemente flexibles como para identificar bienes fungibles, sujetos al dinamismo de ventas y reemplazos, como es el caso de los «inventarios» de establecimientos al por menor y por mayor, de la producción almacenada de fábricas de bienes fungibles o de la cosecha de las granjas. Como se discutirá en breve, registros canadienses y estadounidenses usan términos tales como «inventario de automóviles o de productos electrodomésticos», «cuentas por cobrar» «depósitos en la cuenta de» como los «Patrimonios de Afectación» acuñados por doctrinarios alemanes de finales del siglo XIX<sup>26</sup>. Así se identificaban y gravaban los bienes descritos, cuyo propósito comercial era facilitar el repago prioritario del préstamo garantizado.

Las entrevistas con usuarios del registro revelaron que el proceso de registro y obtención de información registral era frecuentemente dilatado e incierto. De

<sup>25</sup> Véase KOZOLCHYK y TORREALBA, p. 27, para la referencia al Decreto Ejecutivo 24, de 13 de octubre de 1958.

<sup>26</sup> De acuerdo con el profesor Raúl CERVANTES AHUMADA, <https://leyderecho.org/patrimonio-de-afectacion>, «tradicionalmente se ha admitido que los bienes patrimoniales siempre deben tener un [...] propietario. Pero ya desde el Derecho romano se aceptaba que de los bienes patrimoniales de una persona se separase un acervo que se afectara a un fin determinado, como en el caso del conjunto de bienes destinado a la explotación mercantil. En la actualidad, principalmente por la doctrina germánica, se ha descubierto que ciertos bienes afectados a un fin determinado podrían no estar sometidos a un titular dominical», <https://www.google.com/search?q=Patrimonio+de+Afectacion+Wikipedia&tbm=isch&source=univ&sa=X&ved=2ahUKewiG-J-R6vPgAhUIGDQIHVPhBDYQsAR6BAGDEAE&biw=1266&bih=569>.

hecho, un numeroso grupo de comerciantes presentó una queja al director del Registro alegando que inscripciones que debían completarse en veinticuatro horas, a veces se demoraban semanas, si no meses, privando de eficacia al sistema de prelaciones<sup>27</sup>.

b. *La incertidumbre creada por la calificación registral*

El segundo párrafo del art. 541 del Código de Comercio de Costa Rica de 1964 establecía:

«El Registro no inscribirá documento alguno en que se constituya un gravamen de prenda, *sin revisar previamente, bajo su responsabilidad, los asientos de inscripción para determinar si existe inscrito o presentado algún contrato anterior sobre los mismos bienes muebles inscribibles*. En caso de duda en cuanto a la identificación, el Registro exigirá, antes de practicarse la inscripción, la aclaración necesaria de parte de los contratantes» (cursiva añadida).

La calificación registral es contraria a la función de un Registro de Deudores, que no investiga ni el origen ni el tracto sucesivo de la titularidad de los bienes garantizadores. En este registro, el registrador solo verifica la correspondencia *aparente* entre los documentos registrados y los requisitos formales establecidos por la ley o reglamentos registrales.

c. *Resumen y conclusiones*

La desconfianza tanto en el Derecho positivo como en el viviente de garantías mobiliarias en Costa Rica se hizo aparente con el frecuente uso de simulaciones, tales como las conducentes al apremio corporal, que a la larga resultaron tan inefectivas como las pretensiones de derechos dominicales para sustentar los derechos reales de los acreedores. A la par, se puso de manifiesto que la prohibición del Pacto Comisorio no restauraba un balance justo o equitativo de derechos y obligaciones entre las partes, ya que por lo general los acreedores usaban otros medios para privar al deudor del bien garantizador, sin tener que acudir a juicio y sin protecciones de tipo constitucional. El Derecho registral evidenciaba serias fallas respecto a: 1) el documento o documentos registrables; 2) la descripción genérica requerida por los bienes garantizadores comerciales más importantes tales como el inventario del comerciante y sus bienes atribuibles, y 3) la incomprensión de la función registral, al imponer un deber de calificación de títulos incompatible con un Registro de Deudores.

Finalmente, un estudio (desafortunadamente inédito) respecto a la accesibilidad de ciertos grupos de deudores, de bajo ingreso, a préstamos con intereses que no excedían de un 12 por 100 anual, produjo uno de los más importantes hallazgos<sup>28</sup>. Este crédito, conocido entre sus participantes como «rotativo» o «de tanda», era accesible solo en algunos vecindarios habitados por empleados de la misma empresa privada u oficina o dependencia del gobierno. Su capital de préstamo dependía de las contribuciones voluntarias mensuales hechas por los miembros o

<sup>27</sup> Véanse KOZOLCHYK y TORREALBA, p. 27, n. 17.

<sup>28</sup> Este estudio estuvo dirigido en 1965 por la profesora Renata Rausch, profesora de sociología de la Universidad de Costa Rica, quien oralmente me informó de sus resultados (y que yo anoté), pero desafortunadamente no supimos más de ella. Sin embargo, años más tarde leí un estudio que confirmaba la presencia de ese crédito en comunidades mexicoamericanas en Estados Unidos, véase Carlos VÉLEZ-IBÁÑEZ, *Bonds of Mutual Trust: The Cultural Systems of Rotating Credit Associations Among Urban Mexicans and Chicanos* (1983).

empleados de esas empresas o dependencias oficiales. A pesar de la voluntariedad de las contribuciones de los miembros, existía la obligación moral de contribuir al fondo «rotativo» o de «tanda», siempre y cuando ese contribuyente estuviese en posición económica de hacerlo. Este crédito era generalmente administrado por residentes de la vecindad o miembros de la comunidad de préstamos, muchas de las cuales eran viudas, aún responsables del sustento de sus familias.

En respuesta al porqué de la popularidad de esas viudas administradoras, los miembros de esos fondos se referían a la «conocida honestidad, buen juicio y caridad de estas señoras». Estas características eran importantes, porque estas administradoras decidían qué participantes necesitaban más los préstamos rotativos. Que las viudas u otras personas elegidas fuesen reconocidas por su honestidad, caridad y buen juicio, confirmaba la importancia del proceder ético en el proceso de obtención de confianza negocial, y reflejaba también la identificación entre la figura de la viuda y las madres de los miembros del fondo, *quienes, por vínculo familiar, eran las más confiables*<sup>29</sup>. A la postre, las tasas de interés para estos préstamos eran las más bajas, y los porcentajes de recuperación los más altos. Los investigadores del PRJ quedamos lo suficientemente impresionados por este hallazgo, como para tratar de usarlo en la enumeración de los derechos y obligaciones simétricos y equitativos de las partes y terceros en futuras leyes de garantías mobiliarias.

En suma, los estudios costarricenses contribuyeron al entendimiento del por qué aquellas prácticas crediticias, que requerían un cumplimiento consistente con la buena fe contractual, y sus componentes de honestidad, razonabilidad y tratamiento equitativo o igualitario de los derechos y obligaciones de ambas partes y terceros, eran las que engendraban los más altos porcentajes de cumplimiento por sus deudores y las menores tasas de interés por sus acreedores. Este hallazgo es importante en cualquier tipo de mercado pero, como lo demostraba la desconfianza de terceros en el mercado costarricense, es fundamental en las sociedades que Max Weber caracterizaba como «familistas»<sup>30</sup>.

### III. LA REDACCIÓN DEL PROYECTO SECOFI/NATLAW Y LA LEY MODELO INTERAMERICANA DE GARANTÍAS MOBILIARIAS (LMOEA)

La redacción de la Ley Modelo Interamericana de Garantías Mobiliarias comenzó en el año 2000. En esa época, NatLaw ya había completado exitosamente la armonización de varias prácticas comerciales y financieras del TLCAN. Este

<sup>29</sup> Esta conclusión también pertenece a la profesora Renata Rausch, mencionada en la nota anterior.

<sup>30</sup> Max WEBER, véase *supra* nota 11, fue uno de los primeros sociólogos en establecer el nexo causal entre la desconfianza de extraños (o no miembros de su familia ni amigos cercanos) y la reticencia a comerciar con los mismos. Una reciente recopilación de ensayos sobre la ética de los negocios en los países asiáticos hace mención a la conclusión de Max Weber que:

«El “familismo” es perjudicial para el desarrollo económico [...] (ya que), los lazos familiares excesivamente restrictivos limitan el desarrollo de los valores universales y los lazos sociales impersonales necesarios para la creación de organizaciones empresariales modernas [...]. Por esta razón, sociedades “familistas”, tales como las de China y Filipinas, se consideran de baja confianza (comercial) y tienen dificultades para la creación de organizaciones confiables más allá de la familia; y, en consecuencia, el Estado ha tenido que intervenir para promover empresas duraderas y competitivas a nivel mundial. En este sentido, un marcado contraste puede ser delineado con las sociedades de alta confianza (por parte de todos los participantes en el mercado), como las de Japón y Alemania, capaces de producir empresas a gran escala que no están basadas en lazos de parentesco (es decir, gestionadas por profesionales)» (paréntesis añadido). Véase Alejo José G. SISON, *Business and culture in the Philippines: a story of gradual progress, in business ethics in theory and practice: contributions from Asia and New Zealand*, 151 (Patricia H. WERHANE y Alan E. SINGER, eds., 1999).

acierto alentó sus esfuerzos de armonizar el Derecho de Garantías Mobiliarias de los países miembros de la OEA. La obtención de préstamos con garantías mobiliarias por maquiladoras mexicanas, de bancos estadounidenses, con tasas de interés razonables (descrita en la sección II.1), confirmó la necesidad de un estudio comparativo de garantías mobiliarias en los tres países del TLCAN, que indicase cómo alcanzar resultados negociales similares, a los logrados con los préstamos de bancos estadounidenses a la Maquila Sonorense.

Con ese propósito, a principios de 1993, NatLaw invitó al profesor Ronald C. C. Cuming de la Universidad de Saskatchewan (Canadá) (uno de los expertos mundiales en el Derecho de Garantías Mobiliarias), para que conjuntamente con el abogado bancario Todd Nelson (después profesor del Instituto Tecnológico de Monterrey), y acompañado por un distinguido grupo de profesores, y notarios y banqueros mexicanos, realizasen el Estudio de Armonización del Derecho de Garantías Mobiliarias en la zona del TLCAN. Al igual que con los estudios Centro y Sur Americanos anteriormente aludidos, el Estudio de Armonización requería que se examinara el Derecho positivo y viviente de los tres países del TLCAN. La siguiente nota 31 a pie de página enumera a los participantes en estas investigaciones y en la redacción del anteproyecto de Ley de Garantías Mobiliarias SECOFI» (o Secretaría de Comercio y Fomento Industrial de México) y del Proyecto de Ley Modelo Interamericana de Garantías Mobiliarias de la OEA<sup>31</sup>. A continuación resumiré aspectos claves del estudio de Todd Nelson y Ronald C. C. Cuming y sus colaboradores denominado: *The Harmonization of Secured Financing Laws of the NAFTA Partners: Focus on Mexico* (NatLaw, 1995) (en lo sucesivo EDA).

## 1. EL EDA

El EDA seleccionó ocho distintos préstamos con garantías mobiliarias en Canadá, Estados Unidos y México para comparar sus disparidades normativas. A continuación sintetizaré los más importantes hallazgos del primer préstamo, porque es el que contiene más elementos comunes a los seleccionados.

### 1.1. Primer préstamo

#### a) *Sus términos y condiciones*

Ed, un pequeño comerciante distribuidor de productos electrodomésticos, obtiene una línea de crédito con un banco prestamista (BP) por un periodo de un año. Esta línea de crédito pone a la disposición de Ed una suma de dinero cuyo

---

<sup>31</sup> Lista de participantes y consultores en todo el proceso de redacción de la LMOEA: el profesor Raúl Cervantes Ahumada de la UNAM y al entonces presidente de la Asociación de Notarios de México el Lic. Adrián R. Iturbide, Lic. Octavio Rivera Farber, presidente de la Asociación de Notarios de Sinaloa, Dr. José Roldán Xopa, asesor del Registro de la Propiedad de México, el Dr. Juan José Ríos, profesor de la UNAM e investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. La Banca Mexicana estuvo representada por el ingeniero Guillermo Jiménez, director de Operaciones Internacionales de Banamex, y la Asociación Internacional de Registradores de la Propiedad estuvo representada por el Dr. Óscar Salas Marrero. Entre los consultores estadounidenses estaban el profesor William Boyd de la Facultad de Derecho de la Universidad de Arizona, el profesor Dale B. Furnish de la Facultad de Derecho de la Universidad del Estado de Arizona, el profesor Alejandro Garro de la Universidad de Columbia, y el profesor Lynn Lopucki de la Universidad de Wisconsin. El abogado estadounidense Harry Sigman (uno de los miembros del Comité Redactor del art. 9 del UCC), al igual que el investigador del Proyecto de Ley SECOFI, John Wilson Molina, y el autor de este capítulo también participaron activamente en este estudio.

monto fluctúa de acuerdo con el porcentaje que represente la cantidad prestada del valor de los activos del prestatario. De aumentar los ingresos y otros activos, Ed aumentará la suma prestada, y viceversa. Las partes firman un contrato informal que enumera bienes garantizadores tales como: 1) el inventario de productos electrodomésticos adquiridos con el dinero prestado; 2) las cuentas por cobrar (incluyendo las facturas atribuibles a las ventas de Ed al igual que el dinero depositado en bancos u otros derechos contractuales atribuibles a las ventas del inventario, y 3) los nuevos bienes de inventario adquiridos con el producto de las ventas de los inventarios anteriores como su reemplazo.

b) *Canadá y Estados Unidos*

1) *Cómo se constituye la garantía mobiliaria*

En Canadá y en Estados Unidos la garantía mobiliaria se constituye por medio de un contrato de garantía, generalmente informal, incluyendo el uso de mensajes electrónicos. La obligatoriedad de ese contrato entre las partes ocurre desde el momento de su conclusión. Pero su efectividad contra terceros comienza con la inscripción, en un registro oficial, de un sumario de los términos y condiciones del contrato de garantía (descritos en la próxima sección). Los terceros protegidos por el Derecho de los dos países (aunque a veces en diversos grados) son: 1) otros acreedores garantizados o quirografarios; 2) compradores de los bienes garantizadores, y 3) síndicos o representantes de los acreedores y deudores en procesos de insolvencia o quiebra.

**1.2. *¿Qué se inscribe en el Registro de Garantías Mobiliarias y cómo se describen los bienes garantizadores en el texto registrado?***

Por lo general, lo que se inscribe es un breve resumen del contrato de garantía frecuentemente denominado «declaración de financiamiento» (*financing statement*). De acuerdo con la sección 9-502 del UCC, esta declaración o versión electrónica debe proveer: 1) el nombre del deudor o deudores; 2) el nombre del acreedor garantizado; 3) la descripción sumaria de la garantía mobiliaria, y 4) la descripción de garantías sobre bienes inmuebles relacionados a la garantía mobiliaria, tales como la hipoteca de la mina, cuyos productos son bienes garantizadores de la garantía inscrita en el Registro de Garantías Mobiliarias, o la hipoteca de una finca, cuyos árboles o madera extraídos son bienes garantizadores de la garantía mobiliaria. La razón de este requisito es obvia: la necesidad de homologar los datos inscritos en los registros de garantías mobiliarias, inmobiliarias o de otros bienes garantizadores.

En cuanto a la descripción de los bienes garantizadores, la sección 9-108 del UCC adopta el criterio de razonabilidad: «Una descripción es suficiente, independientemente de su especificidad, si describe a los bienes garantizadores en forma razonable». Como expliqué anteriormente<sup>32</sup>, el criterio de la razonabilidad toma en cuenta lo que haría un acreedor garantizado modelo o arquetípico, respetado por su conocimiento de las prácticas publicitarias, al igual que por su honestidad, justicia o equidad, respecto a otros contratantes y terceros. Como también aclaré anteriormente, esta referencia al criterio de razonabilidad trae consigo la aplicación del principio de la buena fe comercial: al decir de la sección 1-201 (20) del UCC: «Buena

<sup>32</sup> KOZOLCHYK CCC § 1.2.D.



fe... significa honestidad y la observancia de estándares comerciales razonables de trato justo».

### 1.3. *¿Cuál es el significado del término «security interest». ¿Es un derecho real de dominio o de posesión preferente?*

El *Diccionario Jurídico Black* (el más popular de Estados Unidos)<sup>33</sup> atribuye numerosas y contrarias acepciones al término «*interest*» como parte de la expresión «*security interest*». Una de ellas es: «el término más general que pueda emplearse para denotar a la propiedad en tierras o en bienes muebles». Pero a continuación, usa otra acepción, que comienza con la advertencia: «Los términos “*interest*” y título de propiedad no son sinónimos». En mi opinión, la última aclaración es la más precisa, ya que el término «*interest*» no se refiere a un derecho absoluto tal como el de propiedad, sino a derechos sobre bienes de terceros, derechos que los juristas romanos describían como *iura in re aliena*, tales como el derecho del usufructuario o del usuario en una servidumbre. Es por ello que la sección 9-202 del UCC declara que, cuando se trata de una garantía mobiliaria, la propiedad del bien es irrelevante [*Title to the Collateral (is) Immaterial*], y provee el ejemplo de la venta con reserva de dominio, cuya supuesta «reserva» o «retención» de dominio no otorga un derecho superior al derecho de un acreedor garante, quien registró su derecho posesorio legítimo, con anterioridad a la reserva o retención del supuesto dominio sobre el mismo por otro acreedor.

### 1.4. *El «security interest» como una garantía mobiliaria unitaria, aunque abierta a nuevos tipos de préstamos*

Tanto el UCC como la Legislación Canadiense de Garantías Mobiliarias agrupan todas sus garantías existentes bajo el rubro unitario de *security interest*. Uno de los beneficios de la garantía unitaria consiste en reducir lo más posible las disputas sobre la prelación o prioridad de los derechos reales del acreedor garantizado, ya que solo cuando el derecho real publicitado sobre los bienes garantizados coincide con el tipo de derecho que tienen los poseedores de todos los *security interests*, resulta posible la aplicación uniforme del principio: «primero en tiempo (de ser registrado o publicitado), primero en derecho (*prior tempore, potior iure*)». De lo contrario, como en cierta ocasión me dijera en una audiencia un juez de la ciudad de Tucson, Arizona: sería como comparar a un «saguaro» (una planta desértica espinosa) con una «orquídea tropical». Debo aclarar cómo, a pesar que la garantía mobiliaria canadiense y estadounidense es unitaria, esto no significa que estén limitadas a los préstamos enumerados en una lista cerrada o exclusiva, como es el caso de las garantías mobiliarias de la República Popular China<sup>34</sup>. La limitación del *numerus clausus* conlleva serias consecuencias económicas a la par que jurídicas. Una de ellas consiste en la imposibilidad de predecir, qué nuevo tipo de patrimonio de afectación podría ser un bien garantizador, como trataré a continuación.

### 1.5. *Los patrimonios de afectación como bienes garantizadores*

Como fue discutido anteriormente [véase sección II.2.5.d)], una de las descripciones más frecuentes de los bienes garantizadores comerciales usados en Canadá

<sup>33</sup> Véase, por ejemplo, *Black's Law Dictionary*, 4.<sup>a</sup> ed., 1957 p. 950.

<sup>34</sup> Véase KOZOLCHYK CCC 19.8.A.



y Estados Unidos es la de «*inventory and proceeds*» (inventario de mercaderías de un establecimiento, sus reemplazos, o bienes derivados o atribuibles a sus ventas que los sustituyan). El concepto de un patrimonio de afectación en su versión canadiense o estadounidense es de naturaleza comercial y dinámica: permite la sujeción o afectación de un conjunto de bienes corporales e incorporeales a un propósito o fin comercial especificado, tal como garantizar el pago de una o más deudas. Su uso en Estados Unidos se ha generalizado, a tal punto que, durante el año 2006, su volumen de uso como bien garantizador alcanzaba los 500 billones de dólares anuales<sup>35</sup>. De hecho, el concepto de un Patrimonio de Afectación como el bien garantizador de una garantía mobiliaria ha financiado innumerables proyectos de mayor cuantía nacional y transnacional. Uno de estos proyectos usado internacionalmente es la transacción conocida como «*securitization*» de activos (securitización, titulización)<sup>36</sup>.

### **1.6. Garantía mobiliaria privilegiada para la adquisición de bienes o mercaderías especificados (en lo sucesivo GMPBE)**

Otro Patrimonio de Afectación, usado comúnmente en el Derecho de Garantías Mobiliarias de los dos países, es el de GMPBE. En tal caso, el deudor garante que notifique a los acreedores garantizados previos del nuevo préstamo constituye una GMPBE «para la adquisición de bienes o mercaderías específicas». Esta garantía GMPBE aumenta sensiblemente el valor de todos los activos del deudor garante, y tiene prelación sobre el producto de las ventas provenientes de los bienes o mercaderías en ella especificadas, a pesar de la preexistencia de una o más inscripciones de garantías mobiliarias sobre similares bienes tales como «el inventario del deudor X».

Además de aumentar el valor de todos los activos del deudor garante, esta garantía mobiliaria actúa como un freno al abuso de las llamadas cláusulas «ómnibus» (que gravan supuestamente en forma permanente «todos los activos del deudor» o «todo el inventario del deudor»), con posibles efectos monopolísticos presentes y futuros. Ya que cuando el deudor garante tiene el derecho a constituir la garantía *a posteriori* de la existencia de una garantía mobiliaria con cláusulas monopolísticas, su alcance y el uso se limitan considerablemente.

### **1.7. La protección al tercero transaccional y registral**

El comprador-consumidor que adquiere bienes o mercaderías del inventario del deudor garante, en el «curso ordinario de los negocios», es uno de los principales terceros protegidos por la garantía mobiliaria. En ese caso, la buena fe del comprador no podría ser impugnada, con la alegación de que sabía o debía saber respecto a la existencia del gravamen sobre los inventarios<sup>37</sup>. Una realidad

<sup>35</sup> Véase [https://cfa.com/eWeb/docs/tsl\\_archives\\_pdf/sep07\\_pg008.pdf](https://cfa.com/eWeb/docs/tsl_archives_pdf/sep07_pg008.pdf).

<sup>36</sup> Véase el magistral tratado del profesor español David RAMOS, *The Law of Transnational Securitization* (Oxford, 2010), quien en la página xiii de su Prefacio define a la *securitization* como una transacción «que incluye a todas aquellas transacciones financieras que permiten a una compañía en necesidad de financiamiento (compañía originadora) obtener fondos de inversionistas a cambio de transferirles remesas de dinero provenientes de sus ganancias [o de no existir estas, absorber las pérdidas sufridas por el conjunto de activos (*pool of assets*)], activos tales como préstamos y cuentas por cobrar comerciales, conjuntos estos que permanecen aislados de las deudas incurridas por la compañía originadora en sus transacciones previas y distintas a las transacciones «securitizadas» (la traducción de este pasaje es propia).

<sup>37</sup> Véase la sección 1-201(9) del UCC.

jurídica y otra económica precluyen tal alegato. Jurídicamente, el bien de inventario adquirido por un consumidor durante el curso de los negocios del vendedor se transforma en un bien de consumo, así se protege con la garantía implícita derivada del buen título en la adquisición (aparte de las defensas facilitadas por el Derecho del consumo)<sup>38</sup>. La razón económica: de no estar amparados los consumidores en sus compras a los comerciantes, se destruiría tan vital eslabón en la liquidez de la cadena del capital prestable, con la consiguiente privación de crédito a minoristas y mayoristas, a la par que fabricantes, con el intolerable costo económico<sup>39</sup>.

Otro tercero protegido es el tercero registral en general. Este presta o compra con base en lo inscrito en el registro. De no aparecer algún gravamen inscrito en contra del deudor garante o vendedor, o de figurar uno de cuantía insuficiente para afectar el cobro del préstamo proyectado por el tercero, ese préstamo o posesión estaría protegido.

### **1.8. El cobro extrajudicial del préstamo**

Tanto Canadá como Estados Unidos validan acuerdos entre el acreedor y el deudor garante, con los que el acreedor puede, en caso de incumplimiento del contrato de garantías mobiliarias, vender o liquidar los bienes garantizadores, para extinguir la deuda del deudor garante, regresándole el saldo restante. Este procedimiento constituye una versión equitativa del Pacto Comisorio. Está sujeto a suspensión o anulación, si el acreedor recurre a violencia o a la «perturbación de la paz social» (*breach of peace*)<sup>40</sup>, en su intento de recuperación o venta del bien garantizador. De igual manera, tras la apropiación o venta del bien o bienes, el acreedor garante continúa siendo responsable, en un juicio posterior, por el abuso de su derecho al cobro o por su enriquecimiento indebido.

## **2. México**

### **2.1. La ausencia de garantías mobiliarias sobre el inventario entendido como un patrimonio de afectación**

En México, aún en la actualidad, el inventario del deudor garante es raramente usado como bien garantizador. Ante esa ausencia, continúan usándose variantes mucho menos efectivas, tales como: 1) las ventas «a consignación»: las mercaderías vendidas a crédito quedan sujetas a ser recobradas o retiradas por su vendedor, si el comprador no logra venderlas antes de determinada fecha; 2) las ventas con reserva de dominio que frecuentemente conforman gravámenes ocultos o no registrados; 3) los arrendamientos financieros simulados, y 4) las prendas comerciales sin desposesión del deudor, cuyo régimen jurídico continúa siendo bien incierto<sup>41</sup>. Por otra parte, entendido como un patrimonio de afectación, es decir, como un conjunto de mercaderías o de otros bienes reunidos con el propósito de que en su totalidad, periódicamente renovable, constituyan una garantía mobiliaria [apuntada *supra* sección III.1.1.b)], el inventario comercial puede ser una de las garantías mobiliarias más importantes de México y las Américas.

<sup>38</sup> Véase la sección 2-312 del UCC.

<sup>39</sup> Véase *supra* la sección III.2.5.c)2.

<sup>40</sup> Véase la sección 9-509 (a) y (b) del UCC.

<sup>41</sup> EDA, p. 18.

## 2.2. *Dos problemas conceptuales*

### a) *La posesión legítima vs. la posesión legítima preferente sobre el mismo bien*

Visto desde el «balcón» del Código Civil francés de 1804, el concepto de garantía unitaria parecería requerir la titularidad del deudor garante sobre el bien gravado, para su transmisión al acreedor garante. A pesar de la realidad de la máxima medieval «*Mobilia Non Habent Sequelam*» (los bienes muebles carecen de tracto sucesivo), este derecho de propiedad se presuponía por el antiguo art. 2279 del Código Civil francés y por su «prole» latinoamericana (incluyendo el art. 2868 del Código Civil para el Distrito Federal de México), en cuyas palabras: «nadie puede dar en prenda las cosas ajenas sin estar autorizado por su dueño»<sup>42</sup>. En otras palabras, la garantía unitaria, de acuerdo con estos artículos, solo podía ser constituida por el dueño del bien.

A pesar de las insalvables incertidumbres para establecer la titularidad y el tracto sucesivo de bienes muebles, algunos de los abogados mexicanos entrevistados por Nelson y Cuming sostenían que el poseedor legítimo también era el titular del bien, de acuerdo con los arts. 790 y 829 del Código Civil para el Distrito Federal. Caracterizaban estos artículos como la versión mexicana del principio: «la posesión del bien mueble equivale a su título» (o «*possession vaut titre*» del art. 2279 del Código Civil francés de 1804). Por tanto, si un deudor garante, poseedor legítimo de un bien, lo transmitía a un tercero de buena fe, este adquiriría un derecho de tipo dominical (en virtud del principio de equivalencia de la posesión y el dominio sobre el mismo bien)<sup>43</sup>, superior al derecho del acreedor que registró su garantía mobiliaria sobre igual bien, antes de su transmisión al tercero.

Esta interpretación no distingue entre la venta o la transferencia de un bien garantizador por parte de un deudor garante, poseedor legítimo, y la venta por un comerciante, poseedor legítimo de ese inventario (que hizo objeto de garantía), a un consumidor de buena fe, tal como las diferenciamos anteriormente<sup>44</sup>. De acuerdo con los entrevistados, la única excepción a la superioridad del derecho de quien adquiere simplemente por la aplicación de la regla de «*possession vaut titre*», aparecía en la jurisprudencia mexicana sobre bienes garantizadores, en relación a créditos de refacción y avío registrados previamente a la transferencia a tercero<sup>45</sup>.

En mi opinión, el error interpretativo proviene de que los abogados entrevistados no distinguían entre los derechos del poseedor legítimo y de otro acreedor que no solo era tenedor de una posesión legítima, sino también preferente, a causa de la publicidad registral previa de su Derecho posesorio.

### b) *La conexión entre la posesión legítima preferente y el concepto de una garantía unitaria*

El concepto de garantía unitaria se aplica a todos los préstamos con garantías mobiliarias, y requiere la existencia de un derecho real como común denominador.

<sup>42</sup> El antiguo art. 2079 del Código Civil francés de 1804 proveía: «Hasta el momento de la desposesión del deudor [...] el (deudor) permanece siendo el dueño del bien prendado» (paréntesis añadido). Para el texto del art. 2858 del Código Civil Federal véase [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/2\\_090318.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/2_090318.pdf).

<sup>43</sup> El antiguo art. 2279 del *Code Civil* de 1804 proveía: «*En fait des meubles, la possession vaut titre*» (En materia de bienes muebles, la posesión equivale al título).

<sup>44</sup> Véanse *supra* notas 38 y 39.

<sup>45</sup> Véase EDA, pp. 16-17.

La distinción entre posesiones legítimas con jerarquías preferentes diversas deriva de la necesidad transaccional de conceder diferentes posesiones legítimas sobre un bien, a diversos acreedores/poseedores. Esto sucedía, entre otras transacciones, en la venta internacional de mercaderías. Dependiendo de la fase de la transacción y del pago de lo debido, los siguientes intervinientes, entre otros, podrían reclamar derechos posesorios: 1) el vendedor, a quien su comprador le debía la totalidad o parte de su precio de compra; 2) el comprador, que había pagado el precio y no había recibido la posesión del bien; 3) el banco, que había emitido un crédito documentario y había pagado el precio total de la compra a nombre de su comprador, y como garantía para recobrar su pago poseía una guía o conocimiento de embarque marítimo, o un certificado de depósito en un almacén endosado a su nombre, y 4) el transportista marítimo o almacenista, que retenía o no entregaba la carga hasta que no se le pagase su flete o tarifa de almacenamiento.

c) *Problemas con la dicotomía de la prenda civil y comercial*

La dicotomía entre prendas civiles y comerciales en el Derecho mexicano también proviene de la codificación decimonónica francesa, en la que las transacciones comerciales crediticias eran generalmente sospechosas de usura, mientras que los préstamos civiles se presumían gratuitos, a pesar que el cobro de intereses en la prenda civil era opcional<sup>46</sup>. Sin embargo, el Código Civil para el Distrito Federal, más a tono con las prácticas comerciales del siglo xx, trata al préstamo de dinero (mutuo) como un contrato que, a opción de las partes, puede ser con o sin pago de intereses (mutuo simple) o con interés<sup>47</sup>.

El art. 2858 del Código Civil para el Distrito Federal requiere: «para que quede constituida la prenda, esta deberá ser entregada al acreedor, real o jurídicamente». Como también ha sucedido con la legislación prendaria de la República Popular China, esta regla no distingue entre lo requerido para constituir un contrato de prenda, entre el acreedor y el deudor prendario, y lo preciso para afectar los derechos de terceros<sup>48</sup>. Es obvio que, de no existir un contrato de prenda entre el acreedor y el deudor, el deudor prendario podría negarse impunemente a entregar el bien, o el acreedor podría negarse a prestar, simplemente no aceptando el bien.

Concorde con la naturaleza civil y comercial de la Prenda Mexicana, las fuentes de ambas prendas lo son el antes mencionado Código Civil Federal y la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932 (en lo sucesivo LGTOC)<sup>49</sup>. Los profesores Nelson y Cuming señalan que, a pesar de la naturaleza generalmente formalista de las prendas gobernadas por los Códigos Civiles, esta prenda es percibida por los deudores garantes y bancos mexicanos como más deseable por su flexibilidad e informalidad que su contraparte comercial<sup>50</sup>. Por tanto, muchos de ellos prefieren constituir prendas sin desposesión del deudor como sujetas al Código Civil del Distrito Federal.

<sup>46</sup> De acuerdo con el art. 1874 del Código Civil francés de 1804, hay dos tipos de préstamos: el de bienes que pueden ser usados sin ser destruidos, y el de las cosas que se consumen por su uso. El primer tipo se denomina préstamo de uso y es gratuito, y el segundo se denomina un préstamo de consumo, o simplemente un préstamo.

<sup>47</sup> Código Civil para el Distrito Federal (1928), arts. 2384 y 2393.

<sup>48</sup> Véase KOZOLCHYK CCC § 19.6.A.

<sup>49</sup> Véase la LGTOC, edición actualizada hasta el 2018 en [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/145\\_220618.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/145_220618.pdf).

<sup>50</sup> EDA, p. 17.

Como comentan los profesores Nelson y Cuming:

«Es perfectamente justificable que abogados mexicanos estén a favor de una mayor flexibilidad por medio de la aplicación del Código Civil para el Distrito Federal cuando el deudor, en forma contraria a lo que asumen las reglas del crédito de re-facción y avío del LGTOC, no es una empresa productora y sus activos no son fácil o productivamente transferibles al acreedor».

No obstante, ellos citan dos ejecutorias de la Suprema Corte de México (una decidida en 1952 y la otra en 1956)<sup>51</sup> que impiden el uso del Código Civil para el Distrito Federal como ley suplementaria a la LGTOC en materia de prendas comerciales aduciendo que: «La LGTOC es tan exhaustiva en su regulación de la prenda comercial que no quedan lagunas legislativas sujetas a ser llenadas por el Código Civil para el Distrito Federal»<sup>52</sup>.

d) *Problemas con las ejecuciones judiciales y extrajudiciales*

Una publicación de la Suprema Corte de México, intitulada «Prenda Mercantil» y publicada en 1996<sup>53</sup>, transcribe una serie de debates sobre la constitucionalidad del art. 341 de la LGTOC que refleja las profundas divisiones entre los ministros de la Corte. Este artículo provee, en su parte relevante, lo siguiente:

«El acreedor podrá pedir al juez que autorice la venta de los bienes o títulos dados en prenda, cuando se venza la obligación garantizada. El juez correrá traslado de inmediato al deudor de dicha petición, notificándole que contará con un plazo de quince días, contados a partir de la petición del acreedor, para oponer las defensas y excepciones que le asistan a efecto de demostrar la improcedencia de la misma, en cuyo caso el juez resolverá en un plazo no mayor a diez días. Si el deudor no hace valer este derecho, el juez autorizará la venta»<sup>54</sup>.

A continuación incluyo un extracto del *Diario de Debates de la Suprema Corte*, en el que el ministro Góngora Pimentel explica el porqué de las oscilaciones de su razonamiento, extracto que ilustra tanto las pasiones como las incertidumbres a que ha dado lugar este precepto entre los jueces mexicanos:

«(C)uando yo era secretario (de la corte), este asunto de la inconstitucionalidad del 341, uno de los ministros [...] me pidió que hiciera un memorándum para que el sostuviera la constitucionalidad del precepto, yo ya tenía algunos años de profesor de títulos y operaciones de crédito y le dije «imposible, esto es notoriamente inconstitucional», y él me dijo: límitese usted a hacer lo que se le ordena y lo hice con toda dedicación y en ese sentido se resolvió la constitucionalidad (pero) yo me quedé muy molesto con eso. Cuando fui nombrado juez de Distrito concedí amparos (cuatro o cinco) declarando la inconstitucionalidad del 341 [...] y así pensé que había hecho bien, ahora que estoy en la Suprema Corte [...] (el asunto de la constitucionalidad del 341 ha regresado) yo voy a votar por la constitucionalidad del precepto por las razones que ya dije en el memorándum que repartí» (paréntesis añadidos)<sup>55</sup>.

La importancia de la certidumbre en un procedimiento tan esencial a la liquidez de las garantías mobiliarias, tanto para el crédito comercial como para el del consumidor, requería la redacción de una ley armonizada, para resolver la disputa en favor de un remedio extrajudicial, pero preservando su justicia y equidad.

<sup>51</sup> *Ibid.*, p. 18, n. 24, con referencia al Amparo Directo en el caso del Banco Comercial Mexicano, 11 *Boletín de Información Judicial*, 671 (1956), y Oscar Torres 113 SJF 5.ª época 943 (1952).

<sup>52</sup> *Ibid.*

<sup>53</sup> Véase la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Prenda Mercantil, Serie Debates Pleno, México 1996 (en lo sucesivo «Debates del Pleno»).

<sup>54</sup> Véase <http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/Documentos/Tesis/913/913967.pdf>.

<sup>55</sup> Véase Debates del Pleno de la Suprema Corte de México, 1966, p. 21.

#### **IV. LA PROPUESTA KOZOLCHYK/NATLAW DE SEIS PRINCIPIOS RECTORES PARA UNA FUTURA LEY SECOFI/NATLAW (1999)<sup>56</sup>: LA REDACCIÓN DE PRINCIPIOS RECTORES COMO UN PUENTE NORMATIVO PARA EL «TRASPLANTE» DE INSTITUCIONES JURÍDICAS FORÁNEAS**

En una reunión del EDA de octubre de 1994, la Asociación Notarial de México propuso que yo redactara unos principios para sintetizar las conclusiones de los tres estudios aludidos anteriormente. Se proponían lograr un consenso, entre el Derecho de Garantías Mobiliarias en de los países del «*Civil Law*» y del «*Common Law*», tal como se intentaría en posteriores reuniones de asociaciones de abogados y notarios (en el ámbito hemisférico). Eventualmente este consenso facilitaría la redacción de una futura Ley de Garantías Mobiliarias, adoptada por México y subsiguientemente sometida para su adopción por los países miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA).

La propuesta de la Asociación Notarial coincidía con mis experiencias como uno de los redactores de las Reglas y los Usos Uniformes relativos a los Créditos Documentarios (UCP 500) de la Cámara de Comercio Internacional<sup>57</sup> y de la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingentes<sup>58</sup>. La idea motriz resultaba patente: para «trasplantar» instituciones jurídicas de un sistema jurídico a otro, se han de reducir las prácticas comerciales y bancarias, al igual que sus reglas legislativas, a principios rectores comunes. Y estos principios, a su vez, deben estar imbuidos de cooperación comercial, contraria a las prácticas «de suma cero» y mala fe, y hallarse bien alineadas, por el contrario, con la buena fe comercial: han de estimular la honestidad, la razonabilidad y la equidad entre contratantes, así como entre estos y terceros.

La primera reunión hemisférica fue patrocinada por la Sección de Derecho Internacional de la Asociación de Abogados de Estados Unidos (*American Bar Association, International Law Section*). Se celebró el 11 de noviembre de 1994 en México D. F. Congregó a juristas estadounidenses, canadienses, mexicanos y centro y suramericanos. La segunda reunión hemisférica fue patrocinada por la Asociación del Notariado de México y por el Colegio de Notarios de México D. F. Concurrieron representantes de asociaciones notariales de Canadá, Colombia, Guatemala, España, Hungría, México y Perú. Se llevó a cabo en Veracruz, México, el 31 de mayo de 1995<sup>59</sup>. El criterio unánime, en ambas, fue auspiciar el uso de estos principios en el Primer Proyecto de Ley de Garantías Mobiliarias de México.

### **1. Los Principios Kozolchyk/NatLaw<sup>60</sup>**

#### **1.1. Características de los bienes garantizados**

Cualquier activo comercial puede ser un bien garantizador, siempre y cuando los prestamistas garantizados permitan el uso del deudor garante de los bienes garantizados como la garantía de sus préstamos.

<sup>56</sup> Véase Boris KOZOLCHYK, *Qué hacer sobre la Anticuada Ley de Garantía Prendaria Mexicana (What to do about Mexico's antiquated Secured Transactions Law)*, 1995, pp. 537-539, 12 *Arizona Journal of International and Comparative Law*.

<sup>57</sup> <https://primeraexportacion.com/wp-content/uploads/2010/05/Brochure500.pdf>.

<sup>58</sup> <https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/payments/guarantees/guarantees-s.pdf>.

<sup>59</sup> Véase *supra* nota 56.

<sup>60</sup> La versión de los principios transcritos a continuación fue la usada en la reunión del 31 de mayo de 1995 de la Asociación de Notarios de México y del Colegio de Notarios del Distrito Federal de México.



a) Los bienes garantizadores no tienen que existir al momento de constituir el préstamo: pueden ser bienes o activos futuros o renovables periódicamente. Tampoco tienen que ser corporales o tangibles.

b) Cuando el bien garantizador es un patrimonio de afectación o parte del mismo, podrá ser descrito con frases tales como: «todos los activos del deudor garante», «el inventario y bienes atribuibles del deudor garante», o «el conjunto de facturas o cuentas por cobrar del deudor garante». El acreedor garantizado tendrá un derecho de posesión legítima sobre los bienes o servicios así descritos, y sobre los que los reemplacen, si así se estipula en la descripción del contrato de garantía, o en la declaración de financiamiento. Los bienes que reemplacen los originales en el patrimonio de afectación por medio de su venta o permuta serán considerados como bienes atribuibles solo a su patrimonio de afectación.

### **1.2. Los derechos del deudor garante y acreedor garantizado**

a) El deudor garante no tiene que ser titular o dueño del bien garantizador; puede constituir y perfeccionar o publicitar una garantía mobiliaria con la posesión legítima del bien garantizador.

b) Varios derechos posesorios sobre el mismo bien pueden ser ejercitados simultánea o sucesivamente por distintos deudores y acreedores (*iura in re aliena*), según lo acordado por las partes y no prohibido por ley.

### **1.3. La constitución, publicitación y prelación del Derecho posesorio del acreedor garante; su posesión preferente y la excepción de la Garantía Privilegiada para la Adquisición de Bienes Específicos (GPBE)**

a) La constitución de un Derecho posesorio a favor del acreedor garante requiere un contrato de Garantía Mobiliaria. El contrato de «Línea de Crédito» constituye un préstamo, cuyo monto crece con el aumento del valor de los activos o ventas del deudor, y decrece o deja de existir cuando estos activos o ventas descienden del porcentaje de liquidez crediticia contractualmente especificado. La efectividad de los derechos contractuales de garantía contra terceros comienza con la transmisión de los bienes garantizadores al acreedor garantizado, o con la inscripción del Derecho posesorio en el Registro Público apropiado.

b) La prelación de los derechos posesorios, generalmente, se determina por el principio: primero en tiempo (de registro), mejor en derecho. La publicitación del Derecho posesorio otorga a ese derecho un carácter preferente, frente a: 1) los acreedores quirografarios, y 2) los acreedores garantizados con inscripción posterior. La excepción la conforma el préstamo garantizado para la adquisición de bienes o mercaderías especificados. Se trata de una garantía privilegiada, para la compra de bienes o mercaderías específicas, susceptibles de aumentar significativamente el valor agregado del patrimonio del deudor garante. La prelación la justifica, tanto su aptitud para aumentar el valor de todos los activos del deudor garante, como su idoneidad para impedir el uso abusivo de cláusulas monopolizadoras, por otros acreedores garantizados, tales como las que gravan «todos los activos del deudor» indefinidamente.

---

Este texto es posterior al que apareció en mi artículo: *Qué hacer con la Anticuada Ley de Garantía Pren- daria Mexicana*, supra nota 56. Esta versión fue eventualmente reemplazada, en 2006, por la fórmula actual, aún denominada *Los Doce Principios del NLCIFT para las Garantías Mobiliarias en las Américas*.



c) El Registro que más se ajusta a las condiciones mencionadas en el inciso a) no es un registro de bienes garantizadores, sino de deudores garantes. Solo cuando el bien garantizador vale lo suficiente y se identifica por número de serie u otro método fidedigno, podrá inscribirse en la sección correspondiente. En el registro de deudores se anota un sumario del contrato de bienes garantizadores identificados: la, así llamada, «declaración de financiamiento». Ese registro habrá de resultar accesible por los usuarios, personalmente o de modo electrónico. El carácter público ha de facilitarse también mediante su bajo costo.

#### **1.4. *El comprador en el curso ordinario de los negocios del vendedor/deudor garante***

El comprador en el curso ordinario de los negocios del vendedor/deudor garante tiene el estatus jurídico de un consumidor/poseedor legítimo de los bienes adquiridos del vendedor/deudor garante, y no puede ser privado de esa posesión por parte de acreedores de ese deudor. Sin embargo, los derechos de posesión preferente de estos acreedores garantizados continúan gravando los bienes atribuibles que resulten de las ventas hechas por el vendedor/deudor garante, tales como cuentas por cobrar, depósitos en cuentas bancarias, o mercaderías o bienes reemplazantes de los vendidos.

#### **1.5. *La reposición y venta de bienes garantizadores***

En caso de incumplimiento del deudor garante, el cobro de la deuda deberá realizarse de la manera más rápida y menos costosa posible, incluyendo la reposición y venta por parte del acreedor garante, siempre y cuando esta no sea abusiva, violenta ni lo enriquezca indebidamente.

#### **1.6. *La garantía mobiliaria unitaria***

La garantía mobiliaria es solo efectiva, es decir, capaz de publicitar y priorizar derechos posesorios preferentes, cuando es una garantía unitaria: la que reúne bajo su manto normativo a todas las posibles garantías mobiliarias, independientemente de su denominación.

### **V. EL PROYECTO CONJUNTO DE LA SECRETARÍA DE COMERCIO Y FOMENTO INDUSTRIAL DE MÉXICO (SECOFI) Y DE NATLAW DE 2001 Y LA ADOPCIÓN DE LA LEY MODELO INTERAMERICANA, FEBRERO 2002, POR LA OEA**

En febrero de 1998, la Asociación del Notariado Mexicano fue la anfitriona del Congreso Anual del Notariado Latino, donde el Proyecto SECOFI/NatLaw también recibió apoyo de las asociaciones presentes<sup>61</sup>. A continuación el Consejo de Banca Internacional de Estados Unidos (*United States Council on International Banking*, USCIB), que también incluía a una sección Canadiense) y la Federación Latinoamericana de Bancos (FELABAN) acordaron apoyar la redacción de una Ley Interamericana de Garantías Mobiliarias basada en los seis principios elaborados por Kozolchyk/NatLaw para su uso en el proyecto de Ley SECOFI/NatLaw,

<sup>61</sup> Véase Boris KOZOLCHYK, *Meeting of OAS-Cidip Drafting Committee on Secured Transactions* (Conference Transcript) AJICL, Summer 2001, Foreword, p. 321.

cuya redacción comenzó en 1995 por dos grupos de trabajo conformados por: 1) Los notarios públicos miembros de la Asociación Notarial de México: licenciados Adrián Iturbide, Miguel Alessio Robles y Jorge Arce Gargollo, y 2) SECOFI, cuyo grupo de trabajo fue presidido por el Ing. Jaime Zabudovski, subsecretario de las negociaciones comerciales internacionales, y cuyos redactores fueron (por parte de SECOFI) el Lic. Francisco Ciscomani y (por parte del NatLaw) el Lic. John Wilson Molina y este autor. Eventualmente, la propuesta de la Asociación Notarial se fusionó con el proyecto SECOFI/NatLaw. Tras haber sido aprobado por asociaciones bancarias canadienses, mexicanas y estadounidenses, este Proyecto de Ley fue sometido por SECOFI a la Presidencia de México, quien lo refirió a la Secretaría de Hacienda para su revisión y supuesto envío al Congreso de México en 2000<sup>62</sup>. Desafortunadamente, esta Secretaría modificó seriamente el Proyecto de Ley SECOFI/NatLaw con consecuencias negativas hasta el día de hoy.

El Consejo Permanente de la OEA reunió a un Grupo de Expertos, en diciembre de 1998, para establecer el contenido de la futura Ley Modelo<sup>63</sup>. Estos sugirieron la celebración de dos futuras reuniones. En la primera, febrero del año 2000, la delegación de Estados Unidos presentó un texto adicionado de los Seis Principios Kozolchik/NatLaw, para la consideración del Grupo de Expertos y Asociaciones de Bancos. La Delegación de México, por su parte, aportó un conjunto de ejemplos acerca de las reglas derivadas de esos principios<sup>64</sup>. La reunión de expertos segunda y última se mantuvo en noviembre de 2000, en Miami, Florida. A ella concurrieron quince representantes: de Canadá, Latinoamérica y el Caribe. Aprobaron el texto de los 6 principios Kozolchik NatLaw más sus adiciones, con el título de «12 Principios Rectores de la Ley Modelo de la OEA», más unas Reglas anexas, para facilitar la aplicación de la Ley Modelo con medios electrónicos (*Uniform Inter-American Rules For Electronic Documents and Signatures*, IAREDS).

A petición del Grupo de Redacción, NatLaw revisó el Proyecto de Ley Modelo de Garantías Mobiliarias y el texto final de IAREDS, y lo sometió a la Secretaría Jurídica de la OEA en septiembre de 2001, para su debate final en la Conferencia Plenaria llevada a cabo en la OEA durante los días 4 a 8 de febrero de 2002. Durante esta Conferencia, las delegaciones de México y Estados Unidos presentaron el texto final del Proyecto de LMOEA para su discusión. Otras delegaciones, incluyendo a las de Argentina, Canadá y Uruguay, añadieron importantes reformas. Una de las más importantes enmiendas fue la inclusión de reglas derivadas de la recién adoptada Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional (2001)<sup>65</sup>.

## **VI. LAS ADOPCIONES DE LA LMOEA Y SU EFECTIVIDAD: SUGERENCIAS PARA UN FUTURO MENOS LITIGIOSO Y SENSIBLE A LAS MEJORES PRÁCTICAS DEL MERCADO**

El número de leyes de garantías mobiliarias inspiradas por la LMOEA es alentador: Colombia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Jamaica, Nicara-

<sup>62</sup> El presidente Ernesto Zedillo envió un mensaje de apoyo al texto de la Ley SECOFI, su importancia económica y la solidez de sus estudios y principios rectores. Véase *Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados* de 7 de abril de 1999. Texto completo en los Archivos de NatLaw.

<sup>63</sup> Véase Resolución del Consejo CP/RES 732 (1173/98).

<sup>64</sup> Véase REG/CIDIP-VI-INF3/00, OAS/Ser.K/XXI, REG-VI-INF.5/0, 14 de febrero de 2000, y OAS/Ser.K/ IXXI, REG/CIDIP-VI-INF.2/00, 14 de febrero de 2000.

<sup>65</sup> <https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/payments/receivables/ctc-assignment-convention-s.pdf>. La importancia de estos bienes garantizadores fue ilustrada en la sección I.

gua y Perú<sup>66</sup>. Otros países como Chile y México, que habían promulgado leyes más distantes del texto y espíritu de la LMOEA, consideran en la actualidad versiones más cercanas a ella.

El Banco Mundial emplea la adopción de la LMOEA como un indicador positivo para el desarrollo, ya que esta facilita el acceso al crédito comercial, especialmente por parte de pequeñas y medianas empresas (pymes)<sup>67</sup>. Otro signo de esa efectividad: países de pobreza inveterada, tales como Honduras, han comenzado a combatirla más efectivamente, particularmente en su población rural, a partir de la adopción. Un informe, de 2010, de la *Millenium Challenge Corporation* (agencia estadounidense para la ayuda económica a países en vías de desarrollo), describe los efectos de un proyecto iniciado en Honduras en el 2005<sup>68</sup>:

«El acceso al crédito [en Honduras] constituye un reto para deudores no propietarios. Sin ese derecho, cultivan parcelas o se sirven de inmuebles, así no pueden ofrecer a las instituciones de crédito la requerida garantía. Como parte de un Acuerdo (*Compact*) de Ayuda Económica a Honduras [...] la Corporación del Milenio financió un programa de acceso al crédito en Honduras [...] hecho posible por [...] reformas jurídicas que incluían [...] la promulgación de una Ley de Garantías Mobiliarias y la apertura de un Registro de estas garantías. Estas reformas [...] lograron que bienes mobiliarios tales como equipos para la explotación de granjas agrícolas puedan ser usados como bienes garantizadores. El Acuerdo [...] también proveyó asistencia técnica a bancos [...] y distribuidores de semillas y fertilizantes para que pudieran otorgar crédito a pequeñas y medianas granjas, a tasas de interés asequibles [...]. Al concluirse el acuerdo, *aproximadamente 6.000 granjeros, pequeños empresarios agrarios, al igual que otros productores y horticultores* [...] habían sido recipientes de préstamos con garantías mobiliarias» (extracto y cursiva añadidos)<sup>69</sup>.

El énfasis indica el alcance de la independencia del derecho dominical sobre la tierra o sobre los bienes muebles asociados con ella. En las palabras del Segundo Principio del Kozolchyk/NatLaw, de mayo de 1995: «El deudor garante no tiene que ser el titular o el dueño del bien garantizador; este deudor es capaz de constituir y perfeccionar o publicitar una garantía mobiliaria siendo el poseedor legítimo del bien garantizador». Este Principio reaparece en el art. 7 de la Ley de Garantías Mobiliarias de Honduras, del 28 de enero del 2010: «Las garantías mobiliarias

<sup>66</sup> Véase Colombia, Ley de Garantías Mobiliarias, Ley 1676, de 2013 (20 de agosto), *Diario Oficial* núm. 48.888, de 20 de agosto de 2013, [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1676\\_2013.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1676_2013.html); Costa Rica, Ley de Garantías Mobiliarias, núm. 9246, *Diario Oficial La Gaceta*, 7 de mayo de 2014, vigencia desde 21 de mayo de 2015, <http://www.cvfirm.com/esp/wp-content/uploads/2014/05/Ley-9246-de-Garantias-Mobiliarias.pdf>; El Salvador, Ley de Garantías Mobiliarias, *DO* 190, t. 401, 14 de octubre de 2013, Decreto 488, <https://www.diariooficial.gob.sv/>; Honduras, Ley de Garantías Mobiliarias, Decreto 182-2009, *Gaceta* 32.125, de 28 de enero 2010, <http://www.poderjudicial.gob.hn/CEDIJ/Documents/Ley%20de%20Garantias%20Mobiliarias.pdf>; Jamaica, *The Security Interests in Personal Property Bill*, 2013 (the «SIPP»); además Jamaica también creó un Registro de Garantías Mobiliarias (SIPP Registry); Nicaragua, Ley de Garantías Mobiliarias, Ley 936, aprobada el 6 de octubre de 2016, *La Gaceta* 200, 25 de octubre de 2016, <https://www.lagaceta.gob.ni/>; Perú, *El Peruano*, 7 de septiembre de 2018, Decreto Legislativo que aprueba el Régimen de Garantías Mobiliarias, <https://elperuano.pe/>. Si bien las enmiendas a Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, de México, de 1932 (LGTOC), han tratado de acercarse al texto y espíritu de la LMOEA, al igual que a la Ley de Chile, 20.190, sobre la Prenda sin Desplazamiento de la Posesión, de 2007, este empeño aún está por concluirse (respecto a Chile, véase el informe del Banco Mundial de 4 de diciembre de 2014, [http://www.agendaproductividad.cl/wp-content/uploads/2014/10/Chile-Diagnostic\\_Version\\_07-04-2015-1.pdf](http://www.agendaproductividad.cl/wp-content/uploads/2014/10/Chile-Diagnostic_Version_07-04-2015-1.pdf)).

<sup>67</sup> Véase Grupo del Banco Mundial, *Diagnóstico: Sistema de Garantías Mobiliarias*, República de Chile (12 de noviembre de 2014).

<sup>68</sup> Véase <https://www.mcc.gov/where-we-work/program/honduras-compact>, y para sus resultados véase el Reporte transcrito a continuación y citado *infra* nota 69.

<sup>69</sup> Véase *Increased Access to Credit in Honduras*, <https://www.mcc.gov/sectors/sector/agriculture>, última visita: 17 de marzo de 2019.

pueden constituirse por quien tenga posesión, un derecho de posesión, o [...] un derecho a transferir o transmitir los bienes dados en garantía». Ese respaldo ha posibilitado préstamos garantizados a tasas de interés razonable en Honduras.

La positiva influencia de la LMOEA abunda en ejemplos similares. Para muestra, una anécdota: poco tiempo después de la promulgación de la Ley de Garantías Mobiliarias de Colombia, en 2013 (Ley 1676 de 2013) («Ley de 2013»), me reuní con la Asociación de Bancos de Colombia. Camino de ella, el taxi paró en un semáforo, junto a un anuncio sobre las modalidades de préstamo con garantías mobiliarias, ofrecidos por una entidad. Una de ellas era para adquirentes de vehículos de transporte, incluyendo a taxistas. Pregunté al chófer si pensaba que ese crédito a taxistas prosperaría. Fue inmediata su respuesta: hasta esa ley (la de 2013), su abuelo, su padre y él habían trabajado durante cincuenta años en el taxi sin llegar a adquirirlo. Con la nueva ley, él y sus dos hijos taxistas, eran titulares de un nuevo taxi, uno para cada cual, a tasa de interés razonable.

Más aún, un «Diagnóstico» del Banco Mundial comparó los pobres resultados de la Ley Chilena 20.190 sobre la Prenda sin Desplazamiento de la Posesión, en 2007 (carente de los elementos básicos de la LMOEA), con los de la Ley de Garantías Mobiliarias de Colombia, de 2013, que sí los poseía. Su conclusión fue que, en contraste con lo sucedido en Chile, en Colombia «durante los primeros cuatro meses de funcionamiento de su Ley de 2013, el volumen de los préstamos a pequeñas y medianas (pymes) había alcanzado la cifra de aproximadamente 30.000 nuevos préstamos con un valor mayor a los 10.000 millones de dólares de Estados Unidos»<sup>70</sup>.

No obstante, el cuadro general de implementación de la LMOEA podría resultar más rotundo. Recientes conversaciones con la asociación de banqueros estadounidenses especializados en préstamos con garantías mobiliarias (*Commercial Financial Association*, CFA, en la actualidad *Secured Finance Network*, SFN) indican que el volumen de préstamos en América Latina, por sus miembros y corresponsales, había sido mucho menor a lo esperado, sobre todo por ausencia del préstamo garantizado por inventarios de mercaderías y bienes o productos atribuibles al mismo. Estos banqueros sugirieron la necesidad de una preparación mayor, para sus corresponsales, en las prácticas requeridas por este préstamo, sus implicaciones económicas y bancarias para activos como: «inventario», «bienes atribuibles», «bienes accesorios fijos» (*fixtures*), «garantías para la adquisición de bienes específicos», «líneas de crédito», etc. Otro tanto sucedía con la importancia de operaciones como la «Garantía Mobiliaria Unitaria», del «número abierto» de préstamos y de bienes garantizados, al igual que la sustitución del derecho de dominio por el derecho de posesión preferente de la Ley Modelo Interamericana de Garantías Mobiliarias.

Recientes investigaciones llevadas a cabo por NatLaw identificaron la presencia de numerosas disposiciones redundantes, a la par que conflictivas, en el Derecho mexicano y peruano anterior a su revisión final en septiembre de 2018. Por ejemplo, un reciente estudio del Lic. Adalberto Elías, investigador senior del NatLaw, detectó varias reglas incoherentes en la LGTOC: sus arts. 371 y 328. El art. 371 establece que la prenda sin transmisión de posesión «tendrá prelación sobre actos y gravámenes registrables y no registrados y sobre actos o gravámenes registrados con posterioridad». Sin embargo, el art. 328 ordena: «Los créditos de habilitación o avío, debidamente registrados, se pagarán con preferencia a los refaccionarios y ambos con preferencia a los hipotecarios inscritos con posterioridad». Como el deudor mantiene la posesión de los bienes en los créditos de habilitación o avío, ¿se debe aplicar a estos créditos el art. 371? Las reglas de prelación de la LGTOC

<sup>70</sup> *Supra* nota 66.

también chocan con las del Código de Comercio de México. Por ejemplo, el art. 32 bis 6, del Código de Comercio, establece que las garantías mobiliarias inscritas, de acuerdo a las reglas que rigen al RUG, «tendrán prelación sobre cualquiera otras posteriores o anteriores no inscritas» (primero en el tiempo, primero en el derecho). Asimismo, el art. 32 bis 1(A)(III), del Código de Comercio, ordena que dentro del concepto de garantía mobiliaria queda comprendida la «prenda en los créditos refraccionarios o de habilitación o avío». Tomando en cuenta la doctrina de *lex specialis*, ¿esto quiere decir entonces que respecto a la prelación entre un contrato de crédito refraccionario y uno de habilitación o avío, la regla de prelación prevista en el art. 32 bis 6, del Código de Comercio (primero en el tiempo, primero en el derecho), no es aplicable?<sup>71</sup>.

Los conflictos normativos no son privativos del Derecho Mexicano de Garantías Mobiliarias. Previas a las recientes reformas de la Ley Peruana de Garantías Mobiliarias (Decreto Legislativo 1400, de 10 de septiembre de 2018), el registro se dividía en dos subregistros de garantías mobiliarias, no claramente distinguibles: uno inscribía la propiedad sobre bienes muebles gravados, y el otro los contratos sobre estos bienes. Además, una resolución administrativa de incierta jerarquía requería una inscripción de ventas a plazo, con o sin garantía mobiliaria, en un Registro fiscal. Una de las cuestiones, ante un tribunal federal estadounidense, suscitó si tal sistema resultaba tan cierto como el de una inscripción hecha en un registro único de garantías mobiliarias. Mi testimonio fue el siguiente: por haber sido redactadas imprecisa y conflictivamente, las tres reglas registrales carecían de certidumbre. Similarmente, la multiplicidad de registros de garantías, en la República Popular China, originó más de cuatro millones de juicios, sobre la validez de las inscripciones de esas garantías, y ello solamente durante los primeros tres meses del año 2018<sup>72</sup>.

Para lograr un futuro Derecho de Garantías Mobiliarias, más efectivo en su misión desarrollista y menos generador de litigios, mi sugerencia es sencilla: apoyar la preparación técnica de los futuros expertos para la modernización y armonización de las futuras versiones de la LMOEA. Ellos habrán de evaluar la efectividad de las vigentes prácticas, reglas y principios rectores. Como se ha apuntado anteriormente, el secreto para crear y mantener una normativa productiva del desarrollo económico sostenido radica en promover la cooperación comercial nacional e internacional, y rechazar prácticas y reglas «de suma cero» y de mala fe, favoreciendo las contrarias, basadas en la buena fe. Finalmente, esos expertos deberán tener en la mente que el concepto de la buena fe con mayor impacto económico, requiere «fórmulas» transaccionales por parte de comerciantes, banqueros y clientes que sean honestas, razonables y equitativas.

Al expresar mi sincero agradecimiento a los profesores David Morán Bovio y Joaquín Picado por su generosa invitación a que sea el autor de este capítulo, quisiera, a nombre del Kozolchik National Law Center y de su director ejecutivo el Dr. Marek Dubovec, invitar a nuestros colegas autores y a sus respectivas instituciones profesionales, educativas e investigadoras, a aunarse en NatLaw, con la participación en reuniones, cursos de enseñanza, redacción de manuales de mejores prácticas bancarias y jurídicas, al igual que otras publicaciones periódicas, requeridas por el continuo avance de la tan prometedora institución jurídica, que tanto necesitamos y tanto nos apasiona.

<sup>71</sup> Adalberto ELÍAS, *Retos que presenta el Marco Jurídico que regula a la Garantía Mobiliaria en México*, Memorandum para el subsecretario de Industria y Comercio de la Secretaría de Economía de México (12 de febrero de 2019).

<sup>72</sup> Véase BK CCC § 19.4. B (3).





# LEY MODELO INTERAMERICANA SOBRE GARANTÍAS MOBILIARIAS

## PREÁMBULO CIDIP-VI/RES.5/02

La sexta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado,

### Considerando:

Que, de conformidad con el temario aprobado por la Asamblea General [AG/RES. 1613 (XXIX-O/99)], esta Conferencia incluyó la cuestión de los contratos de préstamos internacionales de naturaleza privada y, en particular, la uniformidad y armonización de los sistemas de garantías mobiliarias, comerciales y financieras internacionales;

Que las delegaciones de los Estados Unidos y México han copresidido un Grupo de Trabajo sobre este tema y han trabajado con otros Estados Miembros en la elaboración de una Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias; y

Que la creación de una Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias y su adopción por los Estados Miembros de la Organización reducirá considerablemente el costo de la obtención de crédito y facilitará el comercio y las inversiones internacionales en la región, ayudando asimismo a las empresas de pequeña y mediana escala de todas partes del Hemisferio,

### Resuelve:

1. Aprobar la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias, que se anexa a la presente resolución.

2. Instar a los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos a adoptar leyes compatibles con la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias.

## CIDIP-VI/RES. 6/02

La Sexta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado,

### Considerando:

Que esta conferencia ha aprobado la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias;

Que la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias prevé el uso de documentos y firmas electrónicos, en sus sistemas de registro y en otros contextos;

Que la interconectividad de los sistemas nacionales de registro será un aspecto importante para el eficaz funcionamiento del sistema interamericano de financiamiento con garantías mobiliarias;

Que la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) adoptó la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico (1996) y Firmas Electrónicas (2001), que han servido de base para la adopción de leyes en varios Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos<sup>1</sup>,

---

<sup>1</sup> Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (Resolución 51/162 de la Asamblea General de Naciones Unidas, adoptado el 16 de diciembre de 1996) y



**Resuelve:**

1. Recomendar que los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos adopten regímenes legales compatibles con los instrumentos de CNUDMI sobre Comercio Electrónico y Firmas Electrónicas adoptados en 1996 y en 2001.

2. Invitar a los Estados Miembros a examinar los principios que encierra el proyecto de Reglas Uniformes Interamericanas en materia de Documentos y Firmas Electrónicas preparado por la delegación de los Estados Unidos, y considerar la conveniencia de incorporarlos a su legislación nacional.

### LEY MODELO INTERAMERICANA SOBRE GARANTÍAS MOBILIARIAS

(Aprobada por la Sexta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-VI), en su tercera sesión plenaria celebrada el 8 de febrero de 2002)

#### INTRODUCCIÓN

La Sexta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-VI) fue convocada por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos en su vigésimo sexto periodo ordinario de sesiones, a través de la Resolución AG/RES.1393 (XXVI-O/96). La conferencia especializada, celebrada en la sede de la OEA en Washington D. C. en 2002, abarcó los préstamos internacionales de naturaleza privada y, en particular, la uniformidad y armonización de los sistemas de garantías mobiliarias, comerciales y financieras internacionales y culminó con la adopción de la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias.

La Ley Modelo se rige por los siguientes objetivos, que fueron acordados por la Comisión asignada al tema desde un principio:

*a)* facilitar el acceso al crédito mediante la ampliación al máximo posible del espectro de bienes que pudiesen constituir una garantía (a este aspecto refiere el Artículo 4);

*b)* simplificar los procedimientos de constitución de la garantía mobiliaria procurando el abaratamiento de costos (a este aspecto refieren los Artículos 5 a 9);

*c)* establecer criterios claros en lo que respecta a publicidad de los diferentes tipos de garantías mobiliarias como instrumento funcional para determinar el grado de prelación entre acreedores (a este aspecto refieren los Artículos 10 a 34);

*d)* estandarizar los aspectos documentales y registrales concernientes a la garantía (a este aspecto refieren los Artículos 35 a 46);

*e)* asegurar la eficacia de la garantía mediante el establecimiento de criterios previsible y detallados sobre el orden de prelación de las garantías (a este aspecto refieren los Artículos 47 a 53);

*f)* procurar celeridad en los procesos de ejecución de la garantía misma, evitando pérdidas innecesarias y brindando garantías razonables al deudor garante (a este aspecto refieren los Artículos 54 a 67);

La Ley Modelo está diseñada para dotar de la seguridad jurídica necesaria para el ejercicio de las prácticas crediticias y reducir el costo del crédito. Por consiguiente, la Ley Modelo sienta las bases para que los estados puedan modernizar sus marcos jurídicos en materia de garantías mobiliarias y así atender mejor las necesidades de financiamiento que afrontan en la actualidad. Por lo general, estas reformas van dirigidas a establecer un sistema uniforme que elimine la confusión causada por la falta de uniformidad en los marcos jurídicos de garantías mobiliarias actuales compuestos de diversos mecanismos de garantía, proporcionar mayor flexibilidad, diversificar los bienes que pueden servir como garantía de una transacción de crédito, garantizar la protección a terceros y establecer un sistema de ejecución moderno, eficiente y ágil. La Ley Modelo propone un concepto unitario, amplio y genérico de garantía mobiliaria que incorpora transacciones garantizadas con bienes muebles en un solo mecanismo de garantía en virtud del cual se pueden gravar bienes muebles presentes o futuros, corporales o inmateriales. Los Estados podrán introducir enmiendas al texto de la Ley Modelo para ajustarlo a sus circunstancias particulares.

#### TÍTULO I

#### Ámbito y aplicación general

**Artículo 1.** La presente Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias (en lo sucesivo la «Ley») tiene por

Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas (adaptado el 5 de julio de 2001).

objeto regular garantías mobiliarias para garantizar obligaciones de toda naturaleza, presentes o futuras, determinadas o indeterminables.

Un Estado podrá declarar que esta Ley no se aplica a ciertos tipos de bienes muebles que expresamente indiquen en el presente texto.

Un Estado que adopte esta Ley deberá crear un sistema de registro único y uniforme aplicable a toda figura de garantías mobiliarias existente dentro del marco jurídico local, para dar efecto a esta Ley.

**Artículo 2.** Las garantías mobiliarias a que refiere esta Ley pueden constituirse contractualmente sobre uno o varios bienes muebles específicos, sobre categorías genéricas de bienes muebles, o sobre la totalidad de los bienes muebles del deudor garante, ya sean estos presentes o futuros, corporales o incorporales, susceptibles de la valoración pecuniaria al momento de la constitución o posteriormente, con el fin de garantizar el cumplimiento de una o varias obligaciones, presentes o futuras sin importar la forma de la operación o quien sea el titular de la propiedad.

Cuando a una garantía mobiliaria se le dé publicidad de conformidad con esta Ley, el acreedor garantizado tendrá el derecho preferente a ser pagado con el producto de la venta de los bienes gravados.

**Artículo 3.** Para efectos de esta Ley se entiende por:

I. Registro: el Registro de Garantías Mobiliarias.

II. Deudor garante: la persona, sea el deudor principal o un tercero, que constituye una garantía mobiliaria conforme a esta Ley.

III. Acreedor garantizado: la persona en cuyo favor se constituye una garantía mobiliaria, con o sin desposesión, ya sea en su propio beneficio o en beneficio de un tercero.

IV. Comprador [o adquirente] en el Curso Ordinario de las Operaciones Mercantiles: un tercero que con o sin conocimiento de que su operación se realiza sobre bienes sujetos a una garantía mobiliaria, paga para la adquisición de dichos bienes de una persona dedicada a comerciar bienes de naturaleza.

V. Bienes Muebles en Garantía: cualquier bien mueble, incluyendo créditos y otros tipos de bienes incorporales, tales como bienes de propiedad intelectual, o ca-

tegorías específicas o genéricas de bienes muebles, incluyendo bienes muebles atribuibles, que sirvan para garantizar el cumplimiento de una obligación garantizada de acuerdo con los términos del contrato de garantía.

La garantía mobiliaria sobre los bienes en garantía se extiende, sin necesidad de mención en el contrato de garantía o en el formulario de inscripción registral, al derecho a ser indemnizado por las pérdidas o daños ocasionados a los bienes durante la vigencia de la garantía, así como a la indemnización de una póliza de seguro o certificado que ampare el valor los mismos.

VI. Bienes Muebles Atribuibles: los bienes muebles que se puedan identificar como derivados de los originalmente gravados, tales como los frutos que resulten por su venta, sustitución o transformación.

VII. Formulario de Inscripción Registral: es el formulario para llevar a cabo la inscripción de la garantía mobiliaria proporcionado por el Registro a que refiere el Artículo 3.I, el cual contendrá al menos, los datos necesarios para identificar al solicitante, al acreedor garantizado, al deudor garante, el o los bienes en garantía, el monto máximo garantizado por la garantía mobiliaria y la fecha del vencimiento de la inscripción, de acuerdo con su reglamento.

VIII. Inventario: el conjunto de bienes muebles en posesión de una persona para su venta o arrendamiento en el curso ordinario de la actividad mercantil de esa persona. El Inventario no incluye bienes muebles en posesión de un deudor para su uso corriente.

IX. Garantía Mobiliaria de Adquisición: es una garantía otorgada a favor de un acreedor —incluyendo un proveedor— que financia la adquisición por parte del deudor de bienes muebles corporales sobre los cuales se crea la garantía mobiliaria. Dicha garantía mobiliaria puede garantizar la adquisición presente o futura de bienes muebles presentes o por adquirirse en el futuro financiados de dicha manera.

X. Crédito: el derecho (contractual o extra-contractual) del deudor garante de reclamar o recibir pago de una suma de dinero, de un tercero, adeudada actualmente o que pueda adeudarse en el futuro, incluyendo cuentas por cobrar.

**Artículo 4.** Las obligaciones garantizadas, además de la deuda principal pueden consistir en:

I. Los intereses ordinarios y moratorios que genere la suma principal de la obligación garantizada, calculados conforme se establezca en el contrato de garantía, en el entendido de que en caso que no exista previsión al respecto, estos serán calculados a la tasa de interés legal que se encuentre vigente en la fecha del incumplimiento;

II. Las comisiones que deban ser pagadas al acreedor garantizado, tal y como las mismas se encuentren determinadas en el contrato de garantía;

III. Los gastos en que razonablemente incurra el acreedor garantizado para la guarda y custodia de los bienes en garantía;

IV. Los gastos en que razonablemente incurra el acreedor garantizado con motivo de los actos necesarios para llevar a cabo la ejecución de la garantía;

V. Los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento del contrato de garantía, que sean cuantificados judicialmente, o en virtud de un laudo arbitral o mediante un contrato de transacción;

VI. La liquidación convencional de daños y perjuicios cuando hubiere sido pactada.

## TÍTULO II Constitución

**Artículo 5.** Una garantía mobiliaria se constituye mediante contrato entre el deudor garante y el acreedor garantizado.

**Artículo 6.** Si la garantía mobiliaria es sin desposesión, el contrato por el cual se constituye la garantía mobiliaria deberá ser por escrito y surte efectos entre las partes desde el momento de su suscripción, salvo pacto en contrario.

Sin embargo, la garantía mobiliaria, sobre bienes futuros o a adquirir posteriormente gravará los derechos del deudor garante (personales o reales) respecto de tales bienes, solo a partir del momento en que el deudor garante adquiera tales derechos.

**Artículo 7.** El contrato de garantía por escrito deberá contener, como mínimo:

I. Fecha de celebración;

II. Datos que permitan la identificación del deudor garante y del acreedor garantizado, así como la firma por escrito o electrónica del deudor garante;

III. El monto máximo garantizado por la garantía mobiliaria;

IV. La descripción de los bienes muebles en garantía, en el entendido de que dicha descripción podrá realizarse de forma genérica o específica;

V. La mención expresa de que los bienes muebles descritos servirán de garantía a la obligación garantizada; y

VI. Una descripción genérica o específica de las obligaciones garantizadas.

La escritura podrá hacerse a través de cualquier medio de comunicación fehaciente que deje constancia del consentimiento de las partes en la constitución de la garantía, incluyendo el telex, telefax, intercambio electrónico de datos, correo electrónico, y medios ópticos o similares, de conformidad con las normas aplicables en esta materia y teniendo en cuenta la resolución de esta Conferencia que acompaña esta Ley Modelo (CIDIP-VI/ RES. 6/02).

**Artículo 8.** Si la garantía mobiliaria es con desposesión, surte efectos desde el momento en que el deudor garante entrega posesión o control de los bienes en garantía al acreedor garantizado o a un tercero designado por este, salvo pacto en contrario.

**Artículo 9.** Si la garantía mobiliaria es sin desposesión, el deudor garante o cualquier persona que adquiera los bienes sujetos a la garantía, salvo pacto en contrario, tendrá los siguientes derechos y obligaciones:

I. El derecho de usar y disponer de los bienes muebles en garantía y sus bienes muebles atribuibles en el curso normal de las operaciones mercantiles del deudor;

II. La obligación de suspender el ejercicio de dicho derecho cuando el acreedor garantizado le notifique al deudor garante de su intención de proceder a la ejecución de la garantía mobiliaria sobre los bienes en garantía bajo los términos de la presente Ley;

III. La obligación de evitar pérdidas y deterioros de los derechos y bienes muebles otorgados en garantía y hacer todo lo necesario para dicho propósito;

IV. La obligación de permitir que el acreedor garantizado inspeccione los bienes en garantía para verificar su cantidad, calidad y estado de conservación; y

V. La obligación de contratar un seguro adecuado sobre los bienes en garantía contra destrucción, pérdida o daño.

### TÍTULO III Publicidad

#### CAPÍTULO I *Reglas Generales*

**Artículo 10.** Los derechos conferidos por la garantía mobiliaria serán oponibles frente a terceros solo cuando se dé publicidad a la garantía mobiliaria. La publicidad de una garantía mobiliaria se puede dar por registro de acuerdo con el presente Título y el Título IV o por la entrega de la posesión o control de los bienes en garantía al acreedor garantizado o a un tercero designado por este de acuerdo con el presente Título.

Se le podrá dar publicidad a una garantía mobiliaria sobre cualquier tipo de bienes muebles en garantía por medio de su inscripción registral, salvo con lo dispuesto en el Artículo 23. Asimismo, se podrá dar publicidad una garantía mobiliaria por medio de la entrega de posesión o control de los bienes en garantía solo si la naturaleza de los mismos lo permite o si la entrega es realizada de la manera contemplada por el presente Título.

A una garantía que se le haya dado publicidad de acuerdo con uno de los métodos mencionados, se le podrá dar publicidad subsecuentemente por otro método y, desde que no exista lapso intermedio sin publicidad, se considerará que la garantía estuvo continuamente publicitada a efectos de esta Ley.

**Artículo 11.** Una garantía mobiliaria podrá amparar bienes muebles atribuibles siempre y cuando esta circunstancia se mencione en el formulario de inscripción registral.

#### CAPÍTULO II *Garantía Mobiliaria de Adquisición*

**Artículo 12.** Una garantía mobiliaria de adquisición, debe dársele publicidad por medio de la inscripción de un formulario de inscripción registral que haga referencia al carácter especial de la garantía y que describa los bienes gravados por la misma.

#### CAPÍTULO III *Créditos*

**Artículo 13.** Las disposiciones de esta Ley referidas a garantías mobiliarias sobre

créditos se aplican a toda especie de cesión de créditos en garantía. Si la cesión no es en garantía solo deberá cumplir con las reglas de publicidad; de lo contrario estará sujeta a las reglas de prelación de esta Ley.

**Artículo 14.** Se le da publicidad a una garantía mobiliaria, otorgada por un deudor garante sobre créditos debidos al deudor garante, por medio de su inscripción registral.

**Artículo 15.** Salvo por lo dispuesto en esta Ley, una garantía mobiliaria otorgada sobre créditos, no podrá modificar la relación jurídica subyacente ni hacer más onerosas las obligaciones del deudor del crédito cedido sin su consentimiento.

**Artículo 16.** El deudor de un crédito cedido en garantía tiene los derechos y esta sujeto a las obligaciones indicadas en este Capítulo.

**Artículo 17.** El deudor del crédito cedido puede extinguir su obligación pagando al deudor garante o al cesionario en su caso. Sin embargo, cualquier saldo debido al deudor garante o al cedente al momento o después de que el deudor del crédito cedido reciba notificación del acreedor garantizado de que debe realizar el pago al acreedor garantizado, el saldo debido deberá ser pagado al acreedor garantizado. El deudor del crédito cedido podrá solicitar al acreedor garantizado prueba razonable de que la garantía mobiliaria se ha efectuado, y de no proporcionarse dicha prueba razonable dentro de un tiempo razonable, el deudor del crédito cedido podrá hacer pago al deudor garante.

La notificación al deudor del crédito cedido podrá realizarse por cualquier medio de comunicación generalmente aceptado. Para que dicha notificación sea efectiva, deberá identificar el crédito respecto al cual se solicita el pago, e incluir instrucciones de pago suficientes para que el deudor del mismo pueda cumplir con la notificación. Salvo pacto en contrario, el acreedor garantizado no entregará dicha notificación antes que ocurra un incumplimiento que le autorice la ejecución de la garantía.

**Artículo 18.** De ser notificada al deudor del crédito cedido más de una garantía mobiliaria sobre el mismo crédito, el deudor del crédito cedido deberá efectuar el pago de conformidad con las instrucciones de pago enunciadas en la primera notificación

recibida. Cualquier acción entre acreedores garantizados destinadas a hacer efectivo el orden de prelación establecido en el Título V de esta Ley quedan preservadas.

**Artículo 19.** Una garantía mobiliaria sobre un crédito, con exclusión de una obligación bajo una carta de crédito, es válida, sin importar cualquier acuerdo entre el deudor del crédito cedido y el deudor garante por el cual se limite el derecho del deudor garante a crear una garantía sobre, o ceder, el crédito. Nada en el presente Artículo afecta la responsabilidad del deudor garante para con el deudor del crédito cedido por los daños ocasionados por incumplimiento de dicho acuerdo.

**Artículo 20.** El deudor del crédito cedido podrá oponer en contra del acreedor garantizado todas las excepciones derivadas del contrato original o cualquier otro contrato que fuere parte de la misma transacción, que el deudor del crédito cedido podría oponer en contra del deudor garante.

El deudor del crédito cedido podrá oponer cualquier otro derecho de compensación en contra del acreedor garantizado, siempre y cuando dicho derecho se encontrara disponible al deudor del crédito cedido al momento en el cual recibió la notificación.

El deudor del crédito cedido podrá acordar con el deudor garante o cedente, por escrito que renuncia a oponer, en contra del acreedor garantizado, excepciones y derechos de compensación que el deudor del crédito cedido podría oponer bajo los dos párrafos del presente Artículo. Dicho acuerdo impide que el deudor del crédito cedido oponga dichas excepciones y derechos de compensación.

El deudor del crédito cedido no podrá renunciar a las siguientes excepciones:

I. Aquellas que surjan a raíz de actos fraudulentos cometidos por el acreedor garantizado o cesionario; o

II. Aquellas basadas en la incapacidad del deudor del crédito cedido.

#### CAPÍTULO IV

##### *Obligaciones No-Monetarias*

**Artículo 21.** Se le da publicidad a una garantía mobiliaria, otorgada por el deudor garante sobre una obligación no-monetaria, a favor del deudor garante, por medio de su inscripción registral.

**Artículo 22.** Cuando el bien en garantía consiste en una obligación no-monetaria, el acreedor garantizado tiene el derecho de notificar a la persona obligada que dé cumplimiento de dicha obligación o que la ejecute en su beneficio hasta el grado permitido por la naturaleza de la misma. La persona obligada se podrá rehusar solo en base a una causa razonable.

#### CAPÍTULO V

##### *Cartas de Crédito*

**Artículo 23.** A una garantía mobiliaria sobre una carta de crédito cuyos términos y condiciones requieren que sea presentada para obtener el pago, se le dará publicidad por medio de la entrega de dicha carta de crédito por parte del beneficiario (deudor garante) al acreedor garantizado, siempre y cuando dicha carta de crédito no prohíba su entrega a otra parte que no sea el banco obligado. Salvo el caso en que la carta de crédito haya sido enmendada para permitir que el acreedor garantizado gire contra el banco emisor, la entrega a este último no lo habilita a cobrar el crédito sino que impide la presentación de la carta de crédito por parte del beneficiario (deudor garante) al banco pagador o negociante.

**Artículo 24.** Un beneficiario (deudor garante) podrá ceder su derecho a girar contra una carta de crédito al acreedor garantizado obteniendo la emisión de un crédito transferible a nombre del acreedor garantizado como cesionario-beneficiario. La validez y efecto respecto de terceros de dicha transferencia se regula por las disposiciones aplicables de la versión en vigencia al momento en que la misma se efectúe, de las Prácticas y Costumbres Uniformes para Créditos Documentarios de la Cámara de Comercio Internacional.

**Artículo 25.** La existencia de una garantía sobre los fondos de una carta de crédito se condiciona a que el beneficiario cumpla con los términos y condiciones de la carta de crédito por lo tanto habilitando el pago de la misma. A los efectos de su publicidad, esta garantía mobiliaria deberá ser inscrita en el registro pero no será ejecutable contra el banco emisor o confirmante hasta la fecha y hora en la cual este dé su aceptación bajo los términos y condiciones que regulen el pago de la carta de crédito.



**Artículo 26.** Si la obligación garantizada consiste en la emisión futura de un crédito o en la entrega de un valor en el futuro al beneficiario (deudor garante), el acreedor garantizado deberá emitir dicho crédito o entregar dicho valor en un plazo no mayor de 30 días contados a partir de la fecha en la cual el banco emisor o confirmante acepte los términos y condiciones de la garantía sobre los fondos de la carta de crédito, salvo pacto en contrario. Si dicho crédito o valor no se emite dentro de este plazo, la garantía mobiliaria se dará por cancelada, su inscripción, si se ha efectuado, se podrá cancelar, y el acreedor garantizado deberá remitir una liberación firmada al banco emisor o confirmante autorizando a este a pagar al beneficiario (deudor garante) de acuerdo con sus términos y condiciones originales.

#### CAPÍTULO VI

##### *Instrumentos y Documentos*

**Artículo 27.** Cuando el bien en garantía es un documento cuyo título es negociable se le dará publicidad a la garantía mobiliaria, ya sea por endoso o por mera entrega, o por medio de la entrega de la posesión del documento con cualquier endoso que sea necesario.

**Artículo 28.** Cuando un título representativo de mercaderías es creado, transferido o prendado electrónicamente, para la creación de transferencia o prenda se aplicarán las reglas especiales del registro electrónico correspondiente.

**Artículo 29.** En caso que el acreedor garantizado dé publicidad a su garantía mobiliaria por medio de la posesión y endoso del documento pero posteriormente lo entrega al deudor garante, para cualquier propósito incluyendo el retiro, almacenamiento, fabricación, manufactura, envío o venta de bienes muebles representados por el documento, el acreedor garantizado deberá inscribir su garantía antes de que el documento sea regresado al deudor garante de acuerdo con el Artículo 10 de esta Ley.

Cuando los bienes muebles representados por un documento representativo se encuentren en posesión de un tercero depositario o almacén de depósito, se dará publicidad a la garantía mobiliaria por medio de la notificación por escrito al tercero en cuestión.

#### CAPÍTULO VII

##### *Bienes en Posesión de un Tercero*

**Artículo 30.** El acreedor garantizado, con el consentimiento del deudor garante, podrá tener los bienes por medio de un tercero; la tenencia por medio de un tercero implica publicidad solo desde el momento en que dicho tercero reciba prueba escrita de la garantía mobiliaria. Dicho tercero deberá, a la solicitud de cualquier interesado, informar inmediatamente a este si ha recibido o no una notificación de la existencia de una garantía mobiliaria sobre los bienes en su posesión.

#### CAPÍTULO VIII

##### *Inventario*

**Artículo 31.** A una garantía mobiliaria sobre inventario integrado por bienes presentes y futuros y sus bienes atribuibles, o parte del mismo, podrá dársele publicidad por medio de una única inscripción registral.

#### CAPÍTULO IX

##### *Derechos de Propiedad Intelectual*

**Artículo 32.** Una garantía mobiliaria sobre derechos de propiedad intelectual, tales como patentes, marcas, nombres comerciales, regalías y otros bienes muebles atribuibles a los mismos, se sujetará a las normas de esta Ley, incluyendo el Artículo 37.

#### CAPÍTULO X

##### *Obligaciones de un Acreedor en Posesión de los Bienes en Garantía*

**Artículo 33.** Corresponde al acreedor en posesión de los bienes en garantía:

I. Ejercer cuidado razonable en la custodia y preservación de los bienes en garantía. Salvo pacto en contrario, el cuidado razonable implica la obligación de tomar las medidas necesarias para preservar el valor de la garantía y los derechos derivados de la misma.

II. Mantener los bienes de manera que permanezcan identificables, salvo cuando estos sean fungibles.

III. El uso de los bienes en garantía solo dentro del alcance contemplado en el contrato de garantía.

**Artículo 34.** Una garantía con desposesión podrá ser convertida en garantía sin desposesión, reteniendo su prelación, siempre y cuando se le dé publicidad a dicha garantía por medio de inscripción registral de acuerdo al Artículo 10, antes de que se devuelvan los bienes muebles al deudor garante.

#### TÍTULO IV

##### Registro y Disposiciones Relacionadas

**Artículo 35.** La garantía mobiliaria a la cual se dé publicidad mediante su inscripción en el Registro será oponible frente a terceros desde el momento de su inscripción.

**Artículo 36.** Cualquier persona podrá efectuar la inscripción de la garantía mobiliaria autorizada por el acreedor garantizado y el deudor garante; y cualquier persona podrá efectuar la inscripción de una prórroga con la autorización del acreedor garantizado.

**Artículo 37.** Cuando otra ley o convención internacional aplicable requiera que el título de bienes muebles sea inscrito en un registro especial y contenga normas relativas a las garantías creadas sobre dicha propiedad, dichas disposiciones tendrán precedencia con respecto a esta Ley, en lo referente a cualquier incongruencia entre ambas.

**Artículo 38.** El formulario de inscripción registral deberá seguir un formato y médium estandarizado prescrito por reglamentación. Dicho formulario, deberá permitir incluir los siguientes datos:

I. El nombre y dirección del deudor garante;

II. El nombre y dirección del acreedor garantizado;

III. El monto máximo garantizado por la garantía mobiliaria;

IV. La descripción de los bienes en garantía, que podrá ser de forma genérica o específica.

Cuando exista más de un deudor garante otorgando una garantía sobre los mismos bienes muebles, todos los deudores garantes deberán identificarse separadamente en el formulario de inscripción registral.

**Artículo 39.** La inscripción en el Registro tendrá vigencia por un plazo de cinco años, renovable por periodos de tres años, conservando la fecha de prelación original.

**Artículo 40.** Para darle publicidad a una garantía mobiliaria de adquisición y oponibilidad frente a acreedores garantizados previos con garantía sobre el mismo tipo de bienes, el acreedor con garantía de adquisición deberá cumplir con los siguientes requisitos, antes de que el deudor garante tome posesión de dichos bienes:

I. Inscribir en el formulario de inscripción registral una anotación que indique el carácter especial de la garantía mobiliaria de adquisición; y

II. Notificar a los acreedores garantizados con anterioridad sobre el mismo tipo de bienes, cuáles son los bienes que el nuevo acreedor garantizado espera adquirir mediante la garantía mobiliaria de adquisición.

**Artículo 41.** Los datos de inscripción podrán modificarse en cualquier momento por la inscripción de un formulario de modificación; la modificación tendrá efecto solo desde la fecha de su inscripción.

**Artículo 42.** El acreedor garantizado podrá cancelar la efectividad del registro original por medio de la inscripción de un formulario registral de cancelación.

Si una cancelación se lleva a cabo por error o de manera fraudulenta, el acreedor garantizado podrá reinscribir el formulario de inscripción registral en sustitución del formulario cancelado. Dicho acreedor retiene su prelación con relación a otros acreedores garantizados que hayan inscrito una garantía durante el tiempo de vigencia del formulario original erróneamente cancelado, mas no en contra de acreedores garantizados que hubieran inscrito sus garantías con posterioridad a la fecha de cancelación pero con anterioridad a la fecha de reinscripción de la garantía.

**Artículo 43.** La entidad designada por el Estado operará y administrará el Registro el cual será público y automatizado, y en el cual existirá un folio electrónico que se ordenará por nombre de deudor garante.

**Artículo 44.** El Registro contará con una base central de datos, constituida por los asientos registrales de las garantías mobiliarias inscritas en el Estado.

**Artículo 45.** Para la inscripción y búsqueda de información, el Registro autorizará el acceso remoto y por vía electrónica a usuarios que lo soliciten.



**Artículo 46.** Los usuarios contarán con una clave confidencial de acceso al sistema del Registro para inscribir garantías mobiliarias mediante el envío por medios electrónicos del formulario de inscripción registral, o por cualquier otro método autorizado por la legislación del Estado, así como para realizar las búsquedas que le sean solicitadas.

## TÍTULO V Reglas de Prelación

**Artículo 47.** El derecho conferido por una garantía mobiliaria respecto de bienes en garantía es oponible frente a terceros solo cuando se ha cumplido con el requisito de publicidad.

**Artículo 48.** La prelación de una garantía mobiliaria se determina por el momento de su publicidad.

La garantía mobiliaria confiere sobre el acreedor garantizado el derecho de persecución respecto de bienes en garantía, con el propósito de ejercitar los derechos de la garantía.

**Artículo 49.** Sin embargo, un comprador o adquirente de bienes muebles enajenados en el curso ordinario de las operaciones mercantiles del deudor garante recibirá los bienes muebles libre de gravamen.

El acreedor garantizado no podrá interferir con los derechos de un arrendatario o beneficiario de una licencia bajo arrendamiento o licencia otorgada en el curso ordinario de las operaciones mercantiles del arrendador o persona quien otorgó la licencia después de la publicación de la garantía mobiliaria.

**Artículo 50.** La prelación de una garantía mobiliaria podrá ser modificada mediante acuerdo escrito entre los acreedores garantizados involucrados, salvo que afecte el derecho de terceros o esté prohibido por ley.

**Artículo 51.** Una garantía mobiliaria de adquisición tendrá prelación sobre una garantía anterior que afecte bienes muebles futuros del deudor garante del mismo tipo, siempre que se constituya de acuerdo con lo establecido en esta Ley, aún cuando se le haya dado publicidad con posterioridad. La garantía mobiliaria de adquisición se extenderá exclusivamente sobre los bienes muebles específicos adquiridos con esta y

el numerario específicamente atribuible a la venta de estos últimos, siempre y cuando el acreedor garantizado cumpla con las condiciones establecidas en el Artículo 40.

**Artículo 52.** I. Una garantía mobiliaria con desposesión sobre un documento representativo de mercaderías tendrá prelación sobre una garantía que grave los bienes representados por dicho documento siempre y cuando esta última haya sido dada a publicidad posteriormente a la fecha de emisión de tal documento.

II. El tenedor de dinero o cesionario de un título negociable que ha tomado posesión del mismo con o sin endoso según corresponda, en el curso ordinario de las operaciones mercantiles de la persona que se lo transfirió, los recibe libre de gravamen.

III. El acreedor garantizado que reciba una aceptación por un banco emisor o confirmante de su garantía, a la cual se le dio publicidad sobre los bienes atribuibles de una carta de crédito, tiene prelación sobre cualquier otra garantía mobiliaria sobre dichos bienes, sin importar el momento de publicidad, de otro acreedor garantizado que no haya recibido dicha aceptación o la haya recibido en fecha posterior. Cuando la garantía mobiliaria cubra los bienes atribuibles de la carta de crédito, se aplicará la regla general de prelación establecida en esta Ley.

IV. Una garantía mobiliaria que se haya previamente publicitado sobre bienes muebles adheridos o incorporados a un inmueble, sin perder su identidad de bien mueble, tiene prelación respecto de garantías sobre el inmueble correspondiente, siempre y cuando la misma se haya inscrito en el registro inmobiliario correspondiente antes de la adhesión o incorporación.

**Artículo 53.** El acreedor garantizado podrá autorizar al deudor garante que disponga de los bienes en garantía, libres de gravamen, sujeto a los términos y condiciones acordados por las partes.

## TÍTULO VI Ejecución

**Artículo 54.** Un acreedor garantizado que pretenda dar comienzo a una ejecución, en caso de incumplimiento del deudor garante, efectuará la inscripción de un formulario registral de ejecución en el Registro y entregará una copia al deudor garante, al deudor

principal de la obligación garantizada, a la persona en posesión de los bienes en garantía y a cualquier persona que haya dado a publicidad una garantía mobiliaria sobre los mismos bienes muebles en garantía.

El formulario registral de ejecución deberá contener:

I. Una breve descripción del incumplimiento por parte del deudor;

II. Una descripción de los bienes en garantía;

III. Una declaración del monto requerido para satisfacer la obligación garantizada y cubrir los gastos de la ejecución razonablemente cuantificados;

IV. Una declaración de los derechos reconocidos por este Título al recipiente del formulario de ejecución; y

V. Una declaración de la naturaleza de los derechos reconocidos por este Título que el acreedor garantizado intenta ejercer.

**Artículo 55.** En caso de incumplimiento de la obligación garantizada el acreedor garantizado deberá requerir al deudor garante el pago de la cantidad adeudada. Dicho requerimiento podrá hacerse, a opción del acreedor, en forma notarial o en forma judicial en el domicilio de deudor mencionado en el formulario de inscripción registral. En el acto del requerimiento o intimación deberá entregarse al deudor copia del formulario registral de ejecución inscrito en el Registro.

**Artículo 56.** El deudor tendrá un plazo de tres días, contados desde el día siguiente a la recepción del formulario de ejecución, para oponerse acreditando ante el Juez o al Notario interviniente el pago total del adeudo y sus accesorios. No se admitirá otra excepción o defensa que la de pago total.

**Artículo 57.** En el caso de una garantía mobiliaria sin desposesión sobre bienes corporales, transcurrido el plazo indicado en el Artículo anterior, podrá el acreedor garantizado presentarse al Juez solicitándole que libre de inmediato mandato de desposesión o desapoderamiento, el que se ejecutará sin audiencia del deudor. De acuerdo con la orden judicial, los bienes en garantía serán entregados al acreedor garantizado, o a un tercero a solicitud del acreedor garantizado. Cualquier excepción o defensa que el deudor pretenda hacer valer contra el procedimiento iniciado, distinta a la indicada en el

Artículo anterior, deberá implementarla por vía de acción judicial independiente conforme prevea la legislación procesal local; dicha acción judicial no obstará el ejercicio de los derechos de ejecución del acreedor garantizado contra los bienes en garantía.

**Artículo 58.** En cualquier momento antes de que el acreedor garantizado disponga de los bienes en garantía, el deudor garante, así como cualquier otra persona interesada, tiene el derecho de terminar los procedimientos de ejecución, ya sea:

I. Pagando el monto total adeudado por el deudor garante al acreedor garantizado, así como los gastos razonables incurridos por el acreedor garantizado en el procedimiento de ejecución; o

II. Si la obligación garantizada es pagadera en cuotas, reestableciendo el cumplimiento del contrato de garantía pagando las cantidades adeudadas al acreedor garantizado, así como los gastos razonables incurridos en el procedimiento de ejecución, y remediando cualquier otro incumplimiento.

**Artículo 59.** Con respecto de una garantía con desposesión, o de una garantía sin desposesión sobre bienes muebles incorporeales, o con respecto a una garantía sin desposesión sobre bienes corporales después de su reposición por parte del acreedor garantizado:

I. Si los bienes muebles en garantía se cotizan habitualmente en el mercado en el Estado donde la ejecución se lleva a cabo, pueden ser vendidos directamente por el acreedor garantizado a un precio acorde con el valor en dicho mercado.

II. Si los bienes muebles en garantía se tratasen de créditos, el acreedor garantizado tendrá el derecho de realizar el cobro o ejecutar los créditos en contra de los terceros obligados por el crédito, de acuerdo con las disposiciones del Título III de esta Ley.

III. Si los bienes muebles en garantía consisten en valores, bonos o tipos de propiedad similar, el acreedor garantizado tendrá el derecho de ejercer los derechos del deudor garante relacionados con dichos bienes, incluyendo los derechos de reivindicación, derechos de cobro, derechos de voto y derechos de percibir dividendos y otros ingresos derivados de los mismos.

IV. Los bienes muebles en garantía podrán ser vendidos privadamente, o tomados en pago, por el acreedor garantizado, siem-

pre y cuando los mismos sean previamente tasados o valuados por perito único y habilitado designado por el acreedor garantizado, por el precio de tasación o valuación. El acreedor garantizado podrá optar por venderlos en subasta pública previa publicación en dos diarios de mayor circulación, con por lo menos cinco días de antelación, sin base y al mejor postor.

**Artículo 60.** Los bienes atribuibles a la venta o subasta se aplicarán de la siguiente manera:

I. Los gastos de la ejecución, depósito, reparación, seguro, preservación, venta o subasta, y cualquier otro gasto razonable incurrido por el acreedor;

II. Pago de impuestos debidos por el deudor garante estos garantizan un gravamen judicial;

III. La satisfacción del saldo insoluto de la obligación garantizada;

IV. La satisfacción de las obligaciones garantizadas con garantías mobiliarias con prelación secundaria; y

V. El remanente, si lo hubiere, se entregará al deudor.

Si el saldo adeudado por el deudor garante excede los bienes atribuibles a la realización de los bienes en garantía, el acreedor garantizado tendrá el derecho de demandar el pago por el remanente al deudor de la obligación.

**Artículo 61.** Los eventuales recursos contra cualquier resolución judicial, referida en el presente Título, no tendrán efecto suspensivo.

**Artículo 62.** En cualquier momento, antes o durante el procedimiento de ejecución, el deudor garante podrá acordar con el acreedor garantizado condiciones diferentes a las anteriormente reguladas, ya sea sobre la entrega del bien, las condiciones de la venta o subasta, o sobre cualquier otro aspecto, siempre que dicho acuerdo no afecte a otros acreedores garantizados o compradores en el curso ordinario.

**Artículo 63.** En todo caso, quedará a salvo el derecho del deudor de reclamar los daños y perjuicios por el ejercicio abusivo de sus derechos por parte del acreedor.

**Artículo 64.** Cualquier acreedor garantizado subsecuente podrá subrogarse en

los derechos del acreedor garantizado precedente pagando el monto de la obligación garantizada del primer acreedor.

**Artículo 65.** El derecho del deudor garante de vender o de transferir bienes en garantía en el curso ordinario de sus operaciones mercantiles queda suspendido desde el momento en que el deudor garante reciba notificación del comienzo de los procedimientos de ejecución en su contra, de acuerdo con las normas de ejecución de la presente Ley. Dicha suspensión continuará hasta que la ejecución haya terminado, salvo que el acreedor garantizado autorice lo contrario.

**Artículo 66.** Los acreedores garantizados podrán ejercitar sus derechos de ejecución y asumir el control de los bienes en garantía en el orden de su prelación.

**Artículo 67.** Una persona que compra un bien en garantía en una venta o subasta con motivo de una ejecución, recibirá la propiedad sujeta a los gravámenes que recaigan sobre la misma, con excepción del gravamen correspondiente al acreedor garantizado que vendió la propiedad para realizar sus derechos y de los gravámenes sobre los cuales este tenga prelación.

## TÍTULO VII Arbitraje

**Artículo 68.** Cualquier controversia que se suscite respecto a la interpretación y cumplimiento de una garantía, podrá ser sometida por las partes a arbitraje, actuando de consenso y de conformidad con la legislación de este Estado.

## TÍTULO VIII Conflictos de Leyes y Alcance Territorial de Aplicación

**Artículo 69.** En el caso de que una garantía mobiliaria esté vinculada con más de un Estado, la ley del Estado en que estén ubicados los bienes en garantía al momento en que se crea la garantía mobiliaria regula cuestiones referentes a la validez, publicidad y prelación de:

I. Una garantía mobiliaria sobre bienes muebles corporales, salvo los bienes muebles del tipo al que se hace referencia en el Artículo siguiente; y

II. Una garantía mobiliaria con desposesión sobre bienes muebles incorporales.

Si los bienes en garantía se trasladan a un Estado diferente a aquel en el cual se le dio publicidad previa a la garantía mobiliaria, la ley del Estado al cual se trasladaron los bienes regirá las cuestiones referentes a la publicidad y prelación de la garantía mobiliaria frente a los acreedores quirografarios y a los terceros que adquieran derechos en la garantía tras el ingreso de los bienes. No obstante, la prelación de la garantía registrada conforme a la ley del lugar anterior de ubicación de los bienes dados en garantía subsiste si a dicha garantía se le da publicidad conforme a la ley del Estado de la nueva ubicación dentro de los 90 días siguientes al traslado de los bienes.

**Artículo 70.** En el caso de que una garantía mobiliaria esté vinculada con más de un Estado, el derecho del Estado en el cual el deudor garante se localice en el momento de la creación de la garantía, regula las cuestiones referentes a la validez, publicidad y prelación de:

I. Una garantía mobiliaria sin desposesión sobre bienes incorporales; y

II. Una garantía mobiliaria sobre bienes muebles corporales si dichos bienes permanecen en posesión del deudor garante como equipo utilizado en el curso ordinario de sus operaciones mercantiles, o como inventario para arrendamiento.

Si el deudor garante se traslada a un Estado diferente a aquel en el cual se le dio publicidad previa a la garantía mobiliaria, la ley del Estado de la nueva localización del deudor garante regulará las cuestiones referentes a la publicidad y prelación de la garantía mobiliaria frente a los acreedores quirografarios y a los terceros que adquieran derechos en la garantía tras la fijación de la nueva localización. No obstante, la prelación de la garantía a la cual se le dio publicidad conforme a la ley del lugar de la localización anterior subsiste si a dicha garantía se le da publicidad conforme a la ley del Estado de la nueva localización del deudor garante dentro de los 90 días siguientes al traslado del deudor.

**Artículo 71.** La prelación de una garantía sin desposesión sobre bienes muebles incorporales negociables frente a terceros que adquieran derechos posesorios sobre dichos bienes, se rige por la ley del Estado en donde se ubiquen los bienes en garantía al momento de la adquisición de los derechos posesorios.

**Artículo 72.** Al efecto de aplicar el Artículo 70, un deudor garante se considera localizado en el Estado donde se ubica el centro principal de sus negocios.

Si el deudor garante no opera un negocio o no tiene un centro de negocios, el deudor garante se considera localizado en el Estado de su residencia habitual.

# MODEL INTER-AMERICAN LAW ON SECURED TRANSACTIONS

## TITLE I Scope and General Application

**Article 1.** The objective of the Model Inter-American Law on Secured Transactions (hereinafter, the «Law») is to regulate security interest in movable property securing the performance of any obligations whatsoever, of any nature, present or future, determined or determinable.

A State may declare that this Law does not apply to the types of collateral expressly specified in this text.

A State adopting this Law shall create a unitary and uniform registration system applicable to all existing movable property security devices in the local legal framework, in order to give effect to this Law.

**Article 2.** The security interests to which this Law refers are created contractually over one or several specific items of movable property, on generic categories of movable property, or on all of the secured debtor's movable property, whether present or future, corporeal or incorporeal, susceptible to pecuniary valuation at the time of creation or thereafter, with the objective of securing the fulfillment of one or more present or future obligations regardless of the form of the transaction and regardless of whether ownership of the property is held by the secured creditor or the secured debtor.

When a security interest is publicized in accordance with this Law, the secured creditor has the preferential right to payment from the proceeds of the sale of the collateral.

**Article 3.** For purposes of this Law, the following terms mean:

I. Registry: is the Registry of Movable Property Security Interests.

II. Secured Debtor: the person, whether the principal debtor or a third party, who creates a security interest over movable property in accordance with this Law.

III. Secured Creditor: the person in whose favor a security interest is created, possessory or non-possessory, whether for its own benefit or for the benefit of other persons.

IV. Buyer [or transferee] in the Ordinary Course of Business: a third party who, with or without knowledge of the fact that the transaction covers collateral subject to a security interest, gives value to acquire such collateral from a person who deals in property of that nature.

V. Movable Property Collateral: any movable property, including receivables and other kinds of incorporeal property, such as intellectual property, or specific or general categories of movable property, including attributable movable property, that serves to secure the fulfillment of a secured obligation according to the terms of the security contract. The security interest in the collateral extends to, regardless of any mention in the security contract or in the registration form, the right to be indemnified for any loss or damage affecting the collateral during the course of the security interest, as well as to receive the product of an insurance policy or certificate that covers the value of such property.

VI. **Attributable Movable Property:** the movable property that can be identified as derived from the originally encumbered property, such as fruits, or property resulting from its sale, substitution or transformation.

VII. **Registration Form:** the form provided by the Registry referred to in Article 3.I, to register a security interest, and which will include at least the data prescribed by the regulations necessary to identify the applicant, the secured creditor, the secured debtor, the collateral, the maximum amount secured by the security interest, and the termination date of registration.

VIII. **Inventory:** movable property held by a person for sale or lease in the ordinary course of that person's business operations. Inventory does not include movable property held by the secured debtor for its ongoing use.

IX. **Acquisition Security Interest:** a security interest granted in favor of a creditor—including a supplier—who finances the acquisition by the debtor of the moveable corporeal property over which the security interest is granted. Such security interest may secure the acquisition of present or subsequently acquired movable property so financed.

X. **Receivable:** the secured debtor's right (contractual or extra-contractual) to claim or receive payment of any monetary sum, currently or thereafter due, from a third party, including accounts receivable.

**Article 4.** The secured obligation, in addition to the principal debt may consist in:

I. Ordinary and default interests generated by the principal sum of the secured obligation calculated according to what is stated in the security contract, with the understanding that, if no rate has been stated, said interest will be calculated at the legal rate applicable at the time of default;

II. The commissions which must be paid to the secured creditor as provided in the Security contract;

III. Reasonable expenses incurred by the secured creditor for the maintenance and custody of the secured property;

IV. Reasonable expenses incurred by the secured debtor, generated by the acts necessary to effectuate the enforcement of the security interest;

V. Damages caused by the breach of the security contract as determined by a court, arbitration award or private settlement;

VI. The liquidated damages, if any, when these have been established.

## TITLE II Creation

**Article 5.** A security interest is created by contract between the secured debtor and secured creditor.

**Article 6.** If the security interest is non-possessory, the contract creating the security must be in writing and the security interest takes effect between the parties from the moment of the execution of the writing, unless the parties otherwise agree.

However, a security interest in future or after-acquired property encumbers the secured debtor's rights (personal or real) in such property only from the moment the secured debtor acquires such rights.

**Article 7.** The written security contract must contain, as a minimum:

I. Date of execution;

II. Information to identify the secured debtor and the secured creditor, as well as the written or electronic signature of the secured debtor;

III. The maximum amount secured by the security interest;

IV. A description of the collateral, in the understanding that such description may be generic or specific;

V. An express indication that the movable property described is to serve as collateral to a secured obligation; and

VI. A generic or specific description of the secured obligations.

The writing may be manifested by any method of communication that leaves a permanent record of the consent of the parties to the creation of the security interest, including telex, telefax, electronic data interchange, electronic mail, and any other optical or similar method, according to the applicable norms on this matter and taking into account the resolution of this Conference attached to this Model Law (CIDIP-VI/RES. 6/02).

**Article 8.** If the security interest is possessory, it takes effect from the moment the secured debtor delivers possession or control of the collateral to the secured creditor or a third person designated on its behalf, unless the parties otherwise agree.

**Article 9.** If the security interest is non-possessory, the secured debtor or any person



that acquires the collateral subject to the security interest, unless otherwise agreed, has the following rights and obligations:

I. The right to use and dispose of the collateral and any proceeds derived from the original collateral in the ordinary course of the debtor's business;

II. The obligation to discontinue the exercise of such right when the secured creditor notifies the secured debtor of its intention to enforce the security interest in the collateral under the terms of this Law;

III. The obligation to prevent damage and loss of the collateral and do what ever is necessary for such purpose;

IV. The obligation to allow the secured creditor to inspect the collateral to verify its quantity, quality and state of conservation; and

V. The obligation to adequately insure the collateral against destruction, loss or damage.

### **TITLE III** **Publicity**

#### **CHAPTER I** *General Rules*

**Article 10.** The rights conferred by the security interest take effect against third parties only when the security interest is publicized. A security interest may be publicized by registration in accordance with this Title and Title IV or by delivery of possession or control of the collateral to the secured creditor or to a third person on its behalf in accordance with this Title.

A security interest in any type of collateral may be publicized by registration, except as provided in Article 23. A security interest may be publicized by delivery of possession or control only if the nature of the collateral so permits or delivery is effected in the manner contemplated by this Title.

A security interest publicized by one method may later be publicized by another method and, provided there is no intermediate lapse without publicity, it will be considered that the security interest was continuously publicized for the purposes of this Law.

**Article 11.** A security interest may cover attributable movable property if this consequence is mentioned in the registration form.

#### **CHAPTER II** *Acquisition Security Interest*

**Article 12.** An acquisition security interest must be publicized by filing of a registration form that refers to the special character of this security interest and that describes the collateral thereby encumbered.

#### **CHAPTER III** *Receivables*

**Article 13.** The provisions of this Law concerning security interests over receivables are applicable to every type of assignment of receivables. If the assignment is not for security it must comply only with the publicity provisions of this Law; if it fails to so comply, it will be subject to the priority rules of this Law.

**Article 14.** A security interest granted by the secured debtor in receivables owed to the secured debtor is publicized by registration.

**Article 15.** Except as otherwise provided in this Law, a security interest granted in receivables shall not modify the underlying legal standing nor increase the obligations of the account debtor without this party's consent.

**Article 16.** The account debtor of a receivable assigned in security has the rights and is subject to the obligations stated in this Chapter.

**Article 17.** The account debtor of the assigned receivable may discharge its obligation by paying the secured debtor or the assignor as the case may be. However, any outstanding amount owed to the secured debtor or assignor at the time or after the account debtor of the assigned receivable receives notice from the secured creditor to make payment to the secured creditor, the outstanding amount must be paid to the secured creditor. The account debtor may request the secured creditor to provide reasonable proof of the existence of the security interest, and, if reasonable proof is not provided within a reasonable time, the account debtor may make payment to the secured debtor.

The notice to the account debtor may be given by any generally accepted means of communication. In order for such notice to



be effective, it must identify the receivable in respect of which payment is requested, and include sufficient payment instructions to enable the account debtor to comply. Unless otherwise agreed, the secured creditor shall not deliver such notice before the occurrence of an event of default that entitles the secured creditor to enforce the security interest.

**Article 18.** If an account debtor receives notice of more than one security interest of the same receivable, the account debtor shall make payment of the obligation in conformity with the payment instructions contained in the first notification received. Any actions between secured creditors designed to give effect to the priority provisions of Title V of the Law are preserved.

**Article 19.** A security interest in a receivable, other than a claim under a letter of credit, is effective notwithstanding any agreement between the account debtor and the secured debtor limiting the right of the secured debtor to grant security in or assign the receivable. Nothing in this Article affects any liability of the secured debtor to pay damages to the account debtor for breach of any such agreement.

**Article 20.** The account debtor may raise against the secured creditor all defenses and rights of set-off arising from the original contract, or any other contract that was part of the same transaction, that the account debtor could raise against the secured debtor.

The account debtor may raise against the secured creditor any other right of set-off, provided that it was available to the account debtor when notification of the security interest was received by the account debtor.

The account debtor may agree with the secured debtor or assignor in a writing not to raise against the secured creditor the defenses and rights of set-off that the account debtor could raise pursuant to the first two paragraphs of this Article. Such an agreement precludes the account debtor from raising those defenses and rights of set-off.

The account debtor may not waive the following defenses:

- I. Those arising from fraudulent acts on the part of the secured creditor or assignee; or
- II. Those based on the account debtor's incapacity.

#### CHAPTER IV *Non-Monetary Claims*

**Article 21.** A security interest granted by the secured debtor in a claim that is a non-monetary obligation, owed to the secured debtor, is publicized by registration.

**Article 22.** When the collateral is a claim that is a non-monetary obligation, the secured creditor has the right to notify the person obligated on the claim to render performance of the obligation to or for the benefit of the secured creditor and to otherwise enforce the obligation to the extent that the nature of the obligation permits. The person obligated on the claim may refuse only based on reasonable cause.

#### CHAPTER V *Letters of Credit*

**Article 23.** A security interest in a letter of credit the terms and conditions of which require that it be presented in order to obtain payment shall be publicized by the beneficiary's (secured debtor's) delivery of the letter of credit to the secured creditor; provided that such a letter of credit does not forbid its delivery to a party other than the paying bank. Unless the letter of credit has been amended to permit the secured creditor's draw, the delivery to the secured creditor does not entitle the latter to draw on the letter of credit and solely prevents the beneficiary's (secured debtor's) presentment of the letter of credit to the paying or negotiating bank.

**Article 24.** A beneficiary (secured debtor) may transfer or assign its right to draw on a letter of credit to a secured creditor by obtaining the issuance of a credit transferable to the name of the secured creditor as a transferee-beneficiary. The validity and effect upon third parties of such a transfer is governed by the applicable provisions of the prevailing version, at the moment in which it takes place, of the Uniform Customs and Practices for Documentary Credits of the International Chamber of Commerce.

**Article 25.** The existence of a security interest in the proceeds of a letter of credit is conditioned upon the beneficiary complying with the terms and conditions of the letter of credit thereby becoming entitled to payment thereon. To be publicized, such a security in-

terest must be filed in the registry but not be enforceable against the issuing or confirming bank until the date and time on which this party accepts, under the terms and conditions governing the payment of the letter of credit.

**Article 26.** If the secured obligation consists of a future extension of credit or the giving of value in the future to the beneficiary (secured debtor), the secured creditor must extend such credit or value no later than 30 days from the date on which the issuing or confirming bank accepts the terms and conditions of the security interest in the proceeds of the letter of credit, unless otherwise agreed. If such credit is not extended or value is not given within this period, the security interest terminates, its registration, if any, may be cancelled, and the secured creditor must execute a signed release to the issuing or confirming bank allowing them to pay the beneficiary (secured debtor) according to its original terms and conditions.

#### CHAPTER VI

##### *Instruments and Documents*

**Article 27.** Where the collateral is an instrument or document, the title to which is negotiable by endorsement and delivery, or delivery alone, the security interest may be publicized by delivery of possession of the instrument or document with any necessary endorsement.

**Article 28.** When the transfer or a pledge of a document of title has taken place in an electronic format, or its transfer or pledge has been effectuated in an electronic registry, the special rules governing such electronic registry shall apply.

**Article 29.** If the secured creditor publicizes its security interest by possession and endorsement of the document but subsequently delivers it to the secured debtor for any purpose including withdrawing, warehousing, manufacturing, shipping or selling the movable property represented by the document, the secured creditor must register its security interest before the document is returned to the secured debtor in accordance with Article 10 of this Law.

When the movable property represented by a document is in the possession of a third party depository or a bailee, the security interest may be publicized by the delivery of a written notice to the third party.

#### CHAPTER VII

##### *Property in Possession of a Third Party*

**Article 30.** The secured creditor, with the consent of the secured debtor, may hold the property through a third person; detention by a third person effects publicity only from the time the third person receives evidence in writing of the security interest. The third person must at the request of any interested person disclose forthwith whether or not it has received notice of a security interest covering property in its possession.

#### CHAPTER VIII

##### *Inventory*

**Article 31.** A security interest over inventory, comprised of present and future property, and its attributable movable property, or any part thereof, may be publicized by a single registration.

#### CHAPTER IX

##### *Intellectual Property Rights*

**Article 32.** A security interest in intellectual property rights, such as patents, trademarks, trade-names, goodwill, royalties and other attributable movable property derived therefrom, is governed by this Law, including Article 37.

#### CHAPTER X

##### *Obligations of a Creditor in Possession of Collateral*

**Article 33.** A creditor in possession of the collateral:

I. Shall exercise reasonable care in the custody and preservation of the collateral. Unless otherwise agreed, reasonable care implies the obligation to take the necessary steps to preserve the value of the collateral and the rights derived therefrom.

II. Shall maintain the collateral in such a way that it remains identifiable, unless it is fungible.

III. May use the collateral only as provided in the security contract.

**Article 34.** A possessory security interest may be converted into a non-possessory security interest and retain its priority provided that the security interest is publicized

by registration before the collateral is returned to the secured debtor, in accordance with Article 10.

#### **TITLE IV** **Registry and Related Matters**

**Article 35.** The security interest publicized by registration takes effect against third parties from the moment of its registration.

**Article 36.** Any person may effect a registration authorized by the secured creditor and the secured debtor, and any person may register a continuation of an existing registration with the authorization of the secured creditor.

**Article 37.** Where another law or an applicable international convention requires title to movable property to be registered in a special registry, and contains provisions relating to security interests created over such property, such provisions shall have precedence over this Law, to the extent of any inconsistency between the two.

**Article 38.** The registration form shall be in the standard form and medium prescribed by regulation. Such form shall provide for entry of the following data:

I. The name and address of the secured debtor;

II. The name and address of the secured creditor;

III. The maximum amount secured by the security interest;

IV. The description of the collateral, which can be generic or specific. When there is more than one secured debtor granting a security interest over the same movable property, all secured debtors must be separately identified in the registration form.

**Article 39.** The registration in the Registry will be valid for a term of five years, renewable for three-year terms, preserving the original priority.

**Article 40.** In order for an acquisition security interest to be publicized and have priority over previous creditors with security interests over property of the same type, the secured creditor of the acquisition security interest must comply with the following re-

quirements, before the debtor takes possession of such property:

I. Register in the registration form a notation that indicates the special character of the acquisition security interest; and

II. Notify the holders of previously perfected security interests over property of the same kind that the secured creditor has or expects to acquire an acquisition security interest in the collateral described in the notice.

**Article 41.** The registration data may be amended at any time by the registration of an amendment form; the amendment shall take effect only from the time of its registration.

**Article 42.** The secured creditor may cancel the original registration by filing a cancellation form.

If a cancellation is made in error or in a fraudulent manner, the secured creditor may reregister the registration form in substitution of the cancelled form. Such secured creditor retains its priority in relation to other secured creditors that registered a security interest during the time of validity of the erroneously cancelled registration form, but not against secured creditors who registered their security after the date of cancellation and before the date of reregistration.

**Article 43.** The entity designated by the State will operate and administrate the Registry, which will be public and automated and in which there will be an electronic folio, which will be indexed by the name of the secured debtor.

**Article 44.** The Registry will have a central database constituted by the registration records of the security interests inscribed in the State.

**Article 45.** For the registration and searches of information, the Registry will authorize remote and electronic access to users who so request.

**Article 46.** The users will have a confidential key to access the Registry system in order to register security interests by sending the registration form via electronic means or via any other method authorized by the legislation of this State, as well as in order to conduct the searches that are requested.

## TITLE V Priority Rules

**Article 47.** The right conferred by a security interest in respect of the collateral is effective against third persons only when the publicity requirements have been fulfilled.

**Article 48.** The priority of a secured interest is determined by the time of its publicity.

A security interest confers on the secured creditor the right to follow the collateral in order to exercise its rights under the security.

**Article 49.** Nevertheless, a buyer or transferee of collateral in the ordinary course of the transferor's business takes free of any security interest in the collateral.

The secured creditor cannot interfere with the rights of a lessee or a licensee under a lease or a license granted in the ordinary course of the lessor's or licensor's business after the publication of the security interest.

**Article 50.** The priority of a security interest can be modified by written agreement between the secured creditors involved, unless it affects the rights of third parties or is prohibited by law.

**Article 51.** An acquisition security interest will have priority over a previous security interest that encumbers future movable property of the secured debtor, as long as it is created according to the provisions of this Law and even when it was publicized after the previous security interest. The acquisition security interest will cover exclusively the specific movable property acquired with it and the cash proceeds attributable to their sale, provided the secured creditor has complied with the conditions set out in Article 40.

**Article 52.** I. A possessory security interest in a document of title has priority over a security interest in the property covered by such document of title if the latter is publicized after the document of title is issued.

II. The holder of money or a transferee of negotiable instruments who takes possession with any necessary endorsement in the ordinary course of the transferor's business takes free of any security interests.

III. The secured creditor who received notice of acceptance by the issuing or confirming bank, of its publicized security inter-

est over the proceeds of a letter of credit, has priority over any security interest over such proceeds, regardless of the time of its publicity, obtained by another secured creditor who did not receive such acceptance or who received it at a later date. Where the security interest covers the proceeds of a letter of credit, the ordinary rule of priority set out in this Law applies.

IV. A publicized security interest in a movable that is affixed to an immovable, without losing its identity as a movable, has priority over security interests in the relevant immovable, provided the security interest over the movables has been registered in the immovable registry before affixation.

**Article 53.** The secured creditor may authorize the secured debtor to dispose of the collateral free of encumbrance, subject to any terms and conditions agreed to by the parties.

## TITLE VI Enforcement

**Article 54.** A secured creditor who intends to commence enforcement, in case of default of the secured debtor, shall register an enforcement form in the Registry and deliver a copy to the secured debtor, to the principal debtor of the secured obligation, to the person in possession of the collateral and to any person who has publicized a security interest in the same collateral.

The enforcement form shall contain:

I. A brief description of the default by the secured debtor;

II. A description of the collateral;

III. A statement of the amount required to satisfy the secured obligation and to pay the secured creditor's enforcement expenses as reasonably estimated;

IV. A statement of the rights provided by this Title to the recipient of the enforcement form; and

V. A statement of the nature of the remedies provided by this Title that the secured creditor intends to exercise.

**Article 55.** In case of default on the secured obligation, the secured creditor shall require the payment from the secured debtor. Notice of this requirement shall be issued in a notarized or judicial form, at the creditor's option, to the debtor's address as indicated in the registration form. In the re-

quirement or notification process, the debtor shall be given a copy of the enforcement form filed with the registry.

**Article 56.** The debtor shall have a period of three days from the day following receipt of the enforcement form to object by giving evidence to the Judge or the Notary involved that full payment of the amount and its accessories has been made. No exception or defense, other than full payment, will be admitted.

**Article 57.** In case of a non-possessory security interest over corporeal property, once the period indicated in the previous Article has elapsed, the secured creditor may ask the Judge to issue an order of repossession, which shall be enforced forthwith, without granting a hearing to the debtor. In accordance with a Judge's order the collateral shall be delivered to the secured creditor, or to a third party at the request of the secured creditor. Any exception or defense that the debtor wishes to make against such order, other than that indicated in the previous Article, shall be initiated through an independent judicial action, as provided for in local procedural law; such independent judicial action shall not prevent the secured creditor from exercising its enforcement rights against the collateral.

**Article 58.** At any time before the secured creditor disposes of the collateral, the secured debtor, as well as any other interested person, has the right to terminate the enforcement proceedings by:

- I. Paying the full amount owed to the secured creditor, as well as the reasonable enforcement costs of the secured creditor; or
- II. If the secured obligations are installment obligations, reinstating the security contract by paying the amounts actually in arrears together with the secured creditor's reasonable enforcement expenses and remedying any other act of default.

**Article 59.** With respect to a possessory security interest, or with respect to a non-possessory security interest in incorporeal property, or with respect to a non-possessory security interest in corporeal property after repossession:

- I. If the collateral is movable property that is customarily priced in the market in the State where enforcement takes place, it

may be sold directly by the secured creditor at a price in accord with such market.

II. If the collateral consists of receivables, the secured creditor has the right to collect or enforce the receivables against the third person obligated on the receivable in accordance with the provisions of Title III of this Law.

III. If the collateral consists of stocks, bonds or similar types of property, the secured creditor has the right to exercise the secured debtor's rights in relation to the collateral, including redemption rights, rights to draw, voting rights and rights to collect dividends or other revenues derived from the collateral.

IV. The collateral may be sold privately, or taken in payment against the debt, provided that it has been previously appraised by an single qualified appraiser designated by the secured creditor, for the price of the appraisal. The secured creditor may elect to sell the collateral in a public auction previously announced in two daily publications of major circulation, at least five days before the sale, without minimum bid, to the highest bidder.

**Article 60.** The proceeds of the sale or auction will be applied in the following manner:

- I. The costs of enforcement, storage, repair, insurance, preservation, sale or auction, and any other reasonable cost incurred by the creditor;
- II. The payment of any outstanding taxes owing by the secured debtor if they are secured by a lien on the collateral provided by operation of law;
- III. The payment of the outstanding amount of the secured obligation;
- IV. The payment of secured obligations stemming from security interests with a secondary priority; and
- V. Any remainder will be returned to the debtor.

If the outstanding loan amount owed by the secured debtor exceeds the proceeds of the disposition of the collateral, the secured creditor shall have the right to demand payment for any deficiency from the debtor of the obligation.

**Article 61.** The possible appeals of any judicial decision mentioned in this Title will not have suspensive effect.

**Article 62.** At any time, before or during the enforcement proceeding, the debtor



may reach an agreement with the creditor on terms other than those previously established, either for the delivery of the goods, the terms of the sale or auction, or any other matter, provided that said agreement does not affect other secured creditors or buyers in the ordinary course of business.

**Article 63.** In any event, the debtor retains the right to claim damages against a creditor that abuses its enforcement rights.

**Article 64.** Any subsequent secured creditor may subrogate the rights of a preceding secured creditor by paying the secured obligation of the secured debtor.

**Article 65.** The secured debtor's right to sell or transfer collateral in the ordinary course of business operations is suspended from the moment the secured debtor receives notice of the commencement of enforcement proceedings against the secured debtor, pursuant to the enforcement rules of this Law. This suspension will continue until the completion of the enforcement proceedings, unless the secured creditor otherwise agrees.

**Article 66.** Secured creditors are entitled to exercise their enforcement rights and to assume control of the collateral in the order of their priority rank.

**Article 67.** A person who purchases the collateral at a sale or auction, takes the property subject to the real rights with which it is encumbered, with the exception of the security interest of the creditor who sold the property and the security interests or claims which were subordinate to such security interest.

## **TITLE VII Arbitration**

**Article 68.** Any controversy arising out of the interpretation and fulfillment of a security interest may be submitted to arbitration by the parties, acting by mutual agreement and according to the legislation applicable in this State.

## **TITLE VIII Conflict of Laws and Territorial Scope of Application**

**Article 69.** In cases where a security interest has contacts with more than one

State, the law of the State in which the collateral is located at the time the security interest is created shall govern issues relating to the validity, publicity and priority of:

- I. A security interest in corporeal movable property other than movable property of the kind referred to in the next Article; and
- II. A possessory security interest in incorporeal movable property.

If the collateral is moved to a different State than that in which the security interest was previously publicized, the law of the State to which the collateral has been moved governs issues relating to the publicity and priority of the security interest as against unsecured creditors and third persons who acquire rights in the collateral after the relocation. However, the priority of the security interest acquired under the law of the previous location of the collateral is preserved if the security interest is publicized in accordance with the law of the State of the new location within 90 days after the relocation of the property.

**Article 70.** In cases where a secured transaction has contacts with more than one State, the law of the State in which the secured debtor is located when the security interest is created governs issues relating to the validity, publicity and priority of:

- I. A non-possessory security interest in incorporeal property; and
- II. A security interest in movable corporeal property if the property is held by the secured debtor as equipment for use in the secured debtor's business, or as inventory for lease.

If the secured debtor changes its location to a different State than that in which the security interest was previously publicized, the law of the State of the secured debtor's new location governs issues relating to the publicity and priority of the security interest as against unsecured creditors and third persons who acquire rights in the collateral after the relocation. However, the priority of the security interest acquired under the law of the previous location of the secured debtor is preserved if the security interest is publicized in accordance with the law of the State of the secured debtor's new location within 90 days after the relocation of the debtor.

**Article 71.** The priority of a non-possessory security interest in negotiable incorporeal property as against third persons that

acquire a possessory interest in the property is governed by the law of the State where the collateral is located when the possessory interest is acquired.

**Article 72.** For the purposes of applying Article 70, a secured debtor is consid-

ered located in the State where the secured debtor maintains the central administration of its business.

If the secured debtor does not operate a business or does not have a place of business, the secured debtor is considered located in the State of its habitual residence.



## AUTORES PARTICIPANTES

**Elsa Ayala (México)** es licenciada en Derecho por la Universidad Latinoamericana con más de veinte años de experiencia en el Gobierno Federal. Diseña e implementa políticas públicas, estrategias y directrices que facilitan el ambiente de negocios tales como la implementación de la Sociedad por Acciones Simplificadas (SAS); la modernización del Registro Público de Comercio y el Sistema Garantías Mobiliarias. Ha participado en la redacción de diversas reformas legales y elaboración de normas oficiales para el impulso al comercio electrónico. Ha posicionado a México en materia mercantil ante diversos organismos y foros internacionales como la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho mercantil internacional (UNCITRAL), el Banco Mundial, y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). Actualmente se desempeña como consultora del International Finance Corporation (IFC) en la implementación de sistemas de garantías mobiliarias en países de América Latina; y como presidente ejecutivo de la Asociación de Almacenes Generales de Depósito (correo-e: *erag.38@gmail.com*).

**Spiros V. Bazinas (Grecia-Austria)** is a Member of the Law Faculty of the Sigmund Freud University in Vienna, Austria (2019 to today). He is also an Independent Consultant advising States and national and international organizations on trade law reform matters (2018 to today). He served with the United Nations Secretariat, Office of Legal Affairs, first with the General Legal Division in New York (1989-1992) and then with the International Trade Law Division [United Nations Commission on International Trade Law («UNCITRAL») Secretariat] in Vienna (1992-2017). He co-authored more than ten books and published more than fifty articles on various international trade law topics. Before joining the United Nations Secretariat, he practiced law as an attorney in Athens, Greece, dealing with civil and commercial law matters (1986-1988). He holds an LL.B. from the National and Kapodistrian University of Athens, an LL.M. equivalent from the University of Hamburg, Germany, and an LL.M. from the University of Miami at Coral Gables, Estados Unidos (all with distinction) (correo-e: *spiros.bazinas@gmail.com*).

**María del Pilar Bonilla (Guatemala).** Abogada, Profesora en la Universidad Francisco Marroquín (Guatemala) y Socia Senior en el Despacho Signature Regional Law Group. Ha representado a Guatemala ante la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), en el Grupo VI de Garantías Reales y ha trabajado como consultora y catedrática a nivel internacional en temas de Garantías Mobiliarias (correo-e: *pili.bonilla@icloud.com*).

**Laura Carballo Piñeiro (España-Suecia).** Professor, Nippon Foundation Chair. World Maritime University. Profesora Titular de Derecho Internacional Privado, Universidad de Santiago de Compostela (en situación de servicios especiales). Acreditación a Catedrática (ANECA). Miembro de la Fundación Alexander von Humboldt. Miembro del Grupo De Conflictu Legum (USC). Autora de numerosas publicaciones en español, inglés, alemán e italiano, ha sido investigadora visitante en el Max Planck Institute for Comparative and Private International Law, Columbia Law School, el Institute of European and Comparative Law at Oxford University y UNCITRAL, además de haber enseñado en prestigiosas instituciones de Europa y América Latina como la Academia de La Haya de Derecho Internacional Privado, y las Universidades de Antioquia y Medellín en Colombia, y la Universidad Central de Venezuela. Sus principales áreas de interés son el Derecho internacional privado, litigación internacional y Derecho del comercio internacional, en particular insolvencia internacional (correo-e: *lc@wmu.se*).

**Omar Alfonso Cárdenas Caycedo (Colombia).** Abogado de la Universidad de Nariño (Colombia), especialista en Derecho procesal civil y magíster en Derecho comercial de la Universidad Externado de Colombia. Cursa estudios de doctorado en Derecho en la Universidad Carlos III de Madrid. Profesor de pregrado y posgrado de la Universidad de Nariño. Ha realizado publicaciones científicas en Derecho procesal y comercial. Miembro del Capítulo Nariño del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Ex-director de Consultorios Jurídicos y ex-director del Centro de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño (Colombia) (correo-e: *omalca-udenar@hotmail.com*).

**Lucía Elena Cazal Zaldívar (Paraguay).** LSE LL.M. Candidate (2019-2020). Abogada, Universidad Nacional de Asunción (2015). Es miembro del Grupo de Trabajo redactor del proyecto de Ley de Garantías Mobiliarias para Paraguay (2016-2019). Asesora y representa a empresas nacionales e internacionales en materia de inversiones en Paraguay y en arbitrajes. Ha actuado como colaboradora en arbitrajes internacionales de la Cámara de Comercio Internacional y en arbitrajes de inversiones del CIADI, Banco Mundial. Fue miembro de equipos de arbitraje que participaron en competencias internacionales en París, Budapest y en Viena, donde recibió una mención de honor. Es entrenadora de los equipos de arbitraje de la Universidad Nacional de Asunción. Es miembro del Comité de Arbitraje y Resolución Alternativa de Disputas de la Cámara de Comercio Internacional (correo-e: *lcazal@altra.com.py*).

**María Celina Conte (Perú)** dirige la Secretaría de Cumbres de las Américas de la Organización de los Estados Americanos (OEA) desde septiembre de 2017 (Secretaría Técnica y memoria institucional del Proceso de Cumbres de las Américas). Antes (2008-2017): especialista senior de género en la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM/OEA) durante nueve años (Transversalización de la Perspectiva de Género en la OEA y Estados Miembros, incluyendo el Programa de Género de la OEA, y Seguridad y Ciudadanía Económica de las Mujeres). Previamente (1994-2008), especialista del Departamento de Ciencia, Tecnología e Innovación de la OEA. En sus veinticinco años de servicios en la OEA, ha gestionado y supervisado la implementación de programas de cooperación técnica de carácter institucional, hemisféricos y regionales, con la participación de gobiernos, organismos internacionales y regionales, sector productivo, sociedad civil y actores sociales. Ha asesorado la preparación e implementación de reuniones y diálogos de alto nivel políticos y técnicos, facilitado e informado negociaciones conducentes a la adopción de la agenda hemisférica a nivel de la Cumbre y de reuniones ministeriales. Cuenta con dos maestrías, en Políticas Públicas Internacionales de la Escuela de

Estudios Avanzados Internacionales (SAIS) de la Universidad de Johns Hopkins y en Políticas y Comercio Internacional de la Universidad de George Mason. Asimismo, cuenta con una licenciatura en Administración de Empresas de la Universidad del Pacífico de Lima, Perú (correo-e: *MConte@oas.org*).

**Jorge Feliu Rey (España).** Profesor Visitante doctor (acreditado a profesor titular de Derecho mercantil), Universidad Carlos III de Madrid. Premio extraordinario de doctorado (2012) y Premio de Excelencia (2019). Representante de ASADIP y posteriormente de CEDEP en el Grupo de Trabajo VI UNCITRAL. Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid (1999-). Árbitro de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Madrid (2015-). Miembro del *European Law Institute* (2015-). Academic Visitor en la University College of London; Project Researcher en la University of Tokyo; Academic Visitor Kozolchik National Law Center (NATLAW, Arizona, Estados Unidos), Visiting Senior Fellow Harris Manchester College, Oxford University; Visiting Scholar en Tulane University y Columbia University; Visiting Professor en Gakushin University (Tokio) (correo-e: *jfeliu@der-pr.uc3m.es*).

**Boris Kozolchik (Cuba-Estados Unidos).** Doctor en Derecho, Universidad de la Habana (1956). LL.B. (MCL) Universidad de Miami (1959). LL.M. y Doctorado Universidad de Michigan (1960) y SJD (1996). Profesor y Director, Instituto de Derecho Comparado de las Américas, Southern Methodist University School of Law (1960-1964). Investigador Visitante RAND Corporation (1964-1966). Profesor Visitante y Director del Proyecto de Reforma Jurídica, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica (1967-1969). Investigador Visitante Max-Planck Institut, Hamburgo (Alemania) (1970, 1971). Profesor Evo De Concini, Facultad de Derecho James E. Rogers, Universidad de Arizona (1969-2017). Profesor Visitante: Escuela de Derecho de la Universidad de Costa Rica y Escuela Libre de Derecho del mismo país; Louisiana State University, School of Law; Universidad Carlos III de Madrid (España); Aix en Provence (Francia). Drs. Honoris Causa: Universidad Antonio Guillermo Urrelo de Perú, Universidad Mayor de Chile y de la Facultad de Derecho de la Universidad de Economía y Negocios de Shanghai (SUIBE) China. Han dado su nombre al Centro de Investigaciones en el Instituto Tecnológico de Monterrey, Campus Guadalajara; y al Kozolchik National Law Center, Tucson Arizona. Representante de los Estados Unidos y de la Asociación Bancaria de los Estados Unidos ante la UNCITRAL, y Organización de los Estados Americanos (OEA) y la Cámara de Comercio Internacional (usos y costumbres uniformes sobre créditos documentarios, garantías bancarias). Premios: José Luis Siqueiros. Ignacio Vallarta. Leonard J. Theberg (correo-e: *bkozolchik@natlaw.com*).

**Antoinette Mckain (Jamaica).** Jamaica Deposit Insurance Corporation (JDIC) CEO & BoD member (also member: Financial Regulatory Committee and Financial System Stability Committee), Jan 1, 2007. JDIC LC and CS (2003-2007). Bank of Jamaica LC (1996-2003). Executive Council of the International Association of Deposit Insurers (IADI) (2007-2009) and Chairperson for the Caribbean Regional Committee of the IADI. Chairperson of the Betting Gaming and Lotteries Commission First Instance Tribunal. As lawyer practiced in criminal prosecution and civil law respectively through the Resident Magistrates Court and the Office of the Director of Public Prosecutions in Jamaica, the Attorney' General's Chambers in the British Virgin Islands (BVI); and private practice in various areas of commercial law and family law practice in Jamaica and the BVI. She also held the positions of Registrar General, Admiralty Marshall and Additional Magistrate for the BVI. LL.B. from the Faculty of Law, UWI and the General Legal Council Legal Education Certificate from the Norman Manley Law School. MBA (Finance) from

the University of Manchester and Wales. Chartered Banker MBA from Bangor University and former member of the Institute of Chartered Bankers. Member of the Jamaican Bar Association, and formerly a member of the BVI Bar Association and a Notary Public for the BVI (correo-e: [Antoinnette.McKain@jdic.org](mailto:Antoinnette.McKain@jdic.org)).

**Mary Ela Martínez Medina (Honduras).** Abogada. Máster en Administración de Empresas. Doctora en Derecho por la Universidad de Salamanca, España. Directora de la Maestría en Derecho Procesal Civil de la Universidad de San Pedro Sula, Honduras (correo-e: [mary.martinez@mmlegallhn.com](mailto:mary.martinez@mmlegallhn.com)).

**Luis Manuel C. Meján (México).** Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Con títulos de Profesor Normalista, Maestría en Educación Cívica y Social y Licenciatura en Derecho. Es investigador Nivel 1 del Sistema Nacional de Investigadores del CONACYT. Académico Asignatura Plus en el ITAM, y profesor en los posgrados de la Universidad Panamericana, México y Guadalajara. Ejerce como consultor en materias Concursal, Sistema Financiero y Corporativo. Por treinta años fue abogado de Banco Nacional de México, S. A., donde fue director de Asesoría Jurídica a la Dirección General y prosecretario del Banco y del Grupo Financiero. Presidió el Comité Jurídico de la Asociación de Banqueros de México, A. C. Desde su inicio y hasta diciembre de 2009 fue el director general del Instituto Federal de Especialistas de Concursos Mercantiles, con cuyo carácter presidió la International Association of Insolvency Regulators. Miembro de la Barra Mexicana Colegio de Abogados y de asociaciones profesionales internacionales, representa a México en la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil y en el Grupo *ad hoc* del Banco Mundial. Es conferenciante en Universidades y agrupaciones profesionales en Congresos en múltiples países y autor de más de una docena de libros y de artículos (correo-e: [lmej@itam.mx](mailto:lmej@itam.mx)).

**David Morán Bovio (España).** Dr. en Derecho (1985), Universidad de Sevilla (dir. Manuel Olivencia). Catedrático de Derecho Mercantil en la Universidad de Cádiz (2001, desde 1987 catedrático EU). Becario FPI (1980-1984), DAAD (1994), Alexander von Humboldt (1996-1997) y Salvador de Madariaga (2005-2006). Miembro en el equipo de representantes de España ante UNCITRAL (1989-2014). Fue presidente (1994) del Plenario y de dos Grupos de Trabajo (NIEO, 1993-1994, ICP, 1995-2001). También y ha pertenecido a los de Transporte (2002-2008) e Insolvencia (2001-2014). Corresponsal de Unidroit desde 1994. Esas tareas explican parte de sus publicaciones (correo-e: [david.moran@uca.es](mailto:david.moran@uca.es)).

**José Antonio Moreno Rodríguez (Paraguay).** LL.M. Harvard, 1993. Miembro del Comité Jurídico Interamericano de la OEA y relator de su guía de contratos internacionales. Miembro del Grupo de Trabajo de la Conferencia de La Haya de DIP que elaboró los Principios de La Haya sobre contratos internacionales. Anterior Delegado ante la CNUDMI. Miembro del Consejo de Gobierno del Unidroit. Exmiembro de la Corte de Arbitraje de la ICC. Miembro de tribunales arbitrales del CIADI, la PCA y otros centros arbitrales. Profesor en varias universidades y autor de publicaciones en las Américas, Europa y Asia. Miembro del estudio jurídico Altra Legal ([www.altralegal.com](http://www.altralegal.com)). Web personal: [www.jmoreno.info](http://www.jmoreno.info).

**Roberto A. Muguillo (Argentina).** Abogado (UBA. Universidad de Buenos Aires). Doctor en Derecho - Área D. Comercial (UBA), Especialista en Asesoramiento Jurídico de Empresas. Profesor Titular Consulto de Derecho Comercial, Facultad de Derecho (UBA). Investigador Asociado de CEAL (Center of Economic Analysis of Law, Estados Unidos). Medalla a Mejor Trayectoria del Departamento Económico Empresarial de la UBA (2010). Autor de diversas obras en Derecho comercial, contratos y sociedades (véase en [www.muguillo.com.ar](http://www.muguillo.com.ar)). Conferencista invitado

por diversos centros académicos de orden nacional e internacional como Brasil, Bolivia, Costa Rica, Guatemala, El Salvador, Honduras, México, Perú, Uruguay y Estados Unidos y por instituciones como Banco Mundial y OEA ([www.muguillo.com.ar](http://www.muguillo.com.ar) y [roberto@muguillo.com.ar](mailto:roberto@muguillo.com.ar)).

**Diana Muñoz Flor (México).** Licenciada en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Asociada Individual del Instituto Nacional de Administración Pública. Entre sus temas de experiencia se encuentran, la implementación de políticas públicas que promueven la certeza y la seguridad jurídica en las transacciones comerciales, el acceso al crédito y la mejora de sistemas informáticos para el clima de negocios. Desde el 2009 trabaja para la Secretaría de Economía y en la actualidad se desempeña como directora general adjunta de Política Mercantil. Colaboró en la implementación del Registro Único de Garantías Mobiliarias, del Sistema de Publicaciones de Sociedades Mercantiles y en el proyecto de Modernización del Registro Público de Comercio. También ha participado como ponente en varios seminarios internacionales sobre garantías mobiliarias promovidos por el Banco Mundial, la Organización de los Estados Americanos (OEA) y el Centro Nacional de Derecho para el Libre Comercio Interamericano. Ha participado como delegada mexicana en las reuniones ordinarias de la Comisión de las Naciones Unidas para la Unificación del Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre el Grupo de Trabajo VI (correo-e: [anaid375@gmail.com](mailto:anaid375@gmail.com)).

**Dante Mauricio Negro Alvarado (Perú-Estados Unidos).** Abogado egresado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, donde realizó estudios de posgrado en Derecho Internacional Económico. Máster en Derecho Internacional y en Derechos Humanos por la Universidad de Notre Dame, Indiana, ha trabajado en la OEA (Washington, D. C.) desde 1995 y ejercido como Director del Departamento de Derecho Internacional desde 2006. Es Secretario Técnico del Comité Jurídico Interamericano, profesor en la Maestría en Protección Internacional de los Derechos Humanos de la Universidad de Alcalá, España, y profesor honorario de la Universidad de San Martín de Porres de Lima, Perú. Ha realizado numerosas presentaciones y publicaciones sobre Derecho internacional (público y privado) y el sistema interamericano (correo-e: [DNegro@oas.org](mailto:DNegro@oas.org)).

**Laura María Oliva Salazar (El Salvador).** Abogada y notaria, graduada con *cum laude* de la Universidad de El Salvador, con ejercicio profesional y experiencia en las áreas Derecho corporativo, bancario, bursátil, civil y mercantil, especialmente en temas de Derecho de familia, laboral, notarial y registral, con amplia experiencia en operaciones bancarias, asesoría en relación a juicios laborales, civiles y mercantiles, elaboración de créditos, trámites notariales de jurisdicción voluntaria en procesos de inscripción en Registros Públicos y Gubernamentales. Actualmente cursa Maestría en Administración y Dirección de Empresas con doble titulación con la Universidad Europea del Atlántico de Santander, España y con la Universidad Internacional Iberoamericana de México. Es asociada de la firma «Signature, Regional Law Firm», la cual es una firma regional con oficinas en Guatemala, El Salvador, Honduras, Costa Rica, Nicaragua y Panamá (correo-e: [Lmoliva@signaturelex.com](mailto:Lmoliva@signaturelex.com)).

**Ana Patricia Ossers Gerónimo (República Dominicana).** Licenciada en Derecho *Summa cum laude* de la Universidad Católica de Santo Domingo (2009) y Magíster en Derecho Empresarial de la Universidad Antonio de Nebrija de Madrid, España (2011-2012). En la actualidad Directora Jurídica del Ministerio de Economía, Planificación y Desarrollo de la República Dominicana. Ha trabajado como asociada en firmas de abogados de la República Dominicana. Participó como abo-



gada local y miembro del equipo de revisión y redacción del Proyecto de Ley de Garantías Mobiliarias de la República Dominicana, proyecto liderado por el Banco Central y el Ministerio de Industria y Comercio, financiado por la Oficina del Tesoro de los Estados Unidos y el Banco Mundial. Fue encargada de revisión legal de los expedientes de solicitudes de Licencias y Permisos de operación de estaciones de expendio de combustibles y de transferencia de licencias de importación de combustibles y derivados, así como de ofrecer consulta legal en materia mercantil, propiedad industrial, zonas francas y aspectos regulatorios en la Consultoría Jurídica del Ministerio de Industria y Comercio. Está especializada en Derecho corporativo, administrativo, contratación público-privada, inversión extranjera y propiedad industrial (correo-e: [aossers@economia.gob.do](mailto:aossers@economia.gob.do)).

**Rocío Paulino (República Dominicana).** Licenciada en Derecho de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM), donde realizó estudios de posgrado en Derecho societario y comercial y procedimiento civil; con ejercicio profesional y experiencia en las áreas de Derecho civil, bancario, Derecho de familia, sucesoral y notarial, así como en litigios en materia civil. Participó como abogada local y miembro del equipo de revisión y redacción del Proyecto de Ley de Garantías Mobiliarias de la República Dominicana, liderado por el Banco Central y el Ministerio de Industria y Comercio. En la actualidad, subconsultora jurídica del Banco Central de la República Dominicana, a cargo de las áreas de Litigios y Embargos (correo-e: [r.paulino@bancentral.gov.do](mailto:r.paulino@bancentral.gov.do)).

**Joselyn Polanco (República Dominicana).** Licenciado en Derecho, Universidad Dominica O & M. Completó Maestría en Derecho Inmobiliario y Registral, Universidad Iberoamericana UNIBE (2016) y actualmente está realizando una Maestría en Derecho de los Mercados Financieros, en la Pontificia Universidad Católica Madre y Madre (PUCMM). Coordinador Técnico del Banco Central de la República Dominicana. Ha trabajado en la revisión de varios proyectos de reformas legislativas, como son la Ley de Mercado de Valores, Ley de Reestructuración y Liquidación Judicial de Empresas y Personas Físicas Comerciantes de la República Dominicana (Ley de Insolvencia) y miembro del equipo de revisión y redacción del Proyecto de Ley de Garantías Mobiliarias de la República Dominicana, proyecto liderado por el Banco Central y el Ministerio de Industria y Comercio, financiado por la Oficina del Tesoro de los Estados Unidos y el Banco Mundial. Está especializada en Derecho inmobiliario, regulación financiera y del mercado de valores y Derecho corporativo (correo-e: [j.polanco@bancentral.gov.do](mailto:j.polanco@bancentral.gov.do)).

**Linda Patricia Reyes Interiano (Honduras).** Abogada. Máster en Derecho Empresarial. Máster en Derecho Procesal Civil. Catedrática de la Facultad de Derecho, Universidad de San Pedro Sula. Magistrada de la Corte de Apelación Civil de la ciudad de San Pedro Sula (correo-e: [lindareyesi@hotmail.com](mailto:lindareyesi@hotmail.com)).

**Teresa Rodríguez de las Heras Ballell (España).** Profesora Titular de Derecho Mercantil, Universidad Carlos III de Madrid. 2017-2018 *Chair of Excellence in Oxford University*, en el marco del programa UC3M-Santander Chair of Excellence. Miembro del *European Union Commission Expert Group on Liability/Technologies formation on Advanced Robots, Artificial Intelligence, and Internet of Things*. Miembro del *European Union expert group for the Observatory on the Online Platform Economy (the «EU Observatory»)*. Delegada de España, Grupo de Trabajo VI UN-CITRAL y delegada de España para el MAC Protocol de UNIDROIT. Miembro del *Study Group of UNIDROIT* para la elaboración del MAC Protocol al Convenio de Ciudad del Cabo sobre garantías internacionales. Miembro del Consejo del ELI (European Law Institute). Of Counsel, Andersen Tax & Legal. Árbitro de la Corte

de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Madrid y Experto para la resolución de conflictos relativos a nombre de *dominio.es*, de la Corte. Española de Arbitraje. Miembro del Jurado de AUTOCONTROL de control de la Publicidad, 2014-2018. *European Central Bank Legal Research Programme 2018* sobre regulación de Fintech. Fellowships y Visiting Professorships: James J. Coleman, Sr. Distinguished Visiting Professor of Law, Tulane University Law School, Nueva Orleans; Fellow del Transatlantic Technology Law Forum, Stanford Law School; Professeur invité, Université de Toulouse 1 Capitole; Profesora Visitante invitada Università degli Studi di Torino; Visiting Senior Fellow, Harris Manchester College, Oxford University; Profesora visitante en Columbia University, University College of London, Universidad de los Andes, University of Turku, Universidad de Buenos Aires, University of Tokyo, entre otras (correo-e: *tla@der-pr.uc3m.es*).

**Anayansy Rojas Chan (Costa Rica).** Máster en Derecho Empresa y Justicia (2018), Universidad de Valencia, Especialista en Banca y Finanzas (2001), Instituto de Estudios Bursátiles, Madrid. Especialista en Derecho Comercial (1992). Profesora de Derecho Comercial III y Contratos Modernos en la Universidad de Costa Rica (2017 a la fecha). Becaria de Unidroit (2005). Premio Alberto Brenes del Colegio de Abogados de Costa Rica (2001), modalidad mejor obra jurídica inédita, Valores anotados en cuenta. Estudio Jurídico del Régimen en la Ley 7732. Árbitro de Derecho, Centro de Conciliación de la Cámara de Comercio de Costa Rica (2010), Centro de Arbitraje y Mediación del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica (2016) y Centro de Resolución de Conflictos del Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos de Costa Rica (2019) (correo-e: *anayansyr@gmail.com*).

**Carlos Sánchez-Mejorada y Velasco (México).** Abogado (1964), cum laude, Escuela Libre de Derecho, Ciudad de México; Magister in Legibus (LL.M., 1965), Harvard University Law School, Cambridge, Mass. Abogado postulante (1965-1978); Vicepresidente, Abogado General y Secretario del Consejo de Administración, General Electric de México, S. A., de C. V. (1978-1986); Vicepresidente y Abogado General, Citibank, N. A., en México (1986-1994); socio director, Sánchez-Mejorada, Abogados (1995-a la fecha). Relator de la Sección Mexicana del Transnational Insolvency Project del American Law Institute (1995-2004). Miembro de varios tribunales de arbitraje *ad hoc*; testigo perito en Derecho mexicano en diversos juicios ante tribunales de los Estados Unidos y procedimientos arbitrales *ad hoc*. En la Escuela Libre de Derecho, Profesor de Derecho Concursal (2013 a la fecha). Profesor Adjunto de Derecho Administrativo, segundo curso (1984-2001). Miembro de la Comisión de la Comisión de Asesores Externos en Derecho Internacional Privado de la Consultoría Jurídica de la Secretaría de Relaciones Exteriores y Delegado de México ante CNUDMI desde 1999 en materia de insolvencia (Grupo V) y garantías mobiliarias (Grupo VI). Presidente de las 32.<sup>a</sup> (2007) y 44.<sup>a</sup> (2011) sesiones del Grupo V y vicepresidente de la Comisión (2011). Desde 1989, individuo de número de la Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación, miembro de la Junta de Gobierno y Secretario General de 1995 a 2007. Miembro de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A. C. y protesorero (1967-1974). Miembro fundador (1987) y presidente (2006-2007) de la Comisión Mexicana de Derechos Humanos, A. C. Autor: El Estado de Derecho. Instituto de Proposiciones Estratégicas, A. C., México, 1996; y La Garantía del Crédito en Derecho Mexicano. México, Tirant lo Blanch, 2017 (correo-e: *carlos@sanchez-mejorada.com*).

**Sara Sotelo Aguilar (Perú).** Consultor Derecho Corporativo, Bancario, Financiero y Compliance. LL.M. Harvard Law School (2000). Bachiller Derecho y Abogada, Pontificia Universidad Católica del Perú (1984 y 1985). Experiencia gerencial y transaccional orientada a identificación y mitigación de riesgos legales y



estrategia jurídica para proporcionar soluciones. Gerente Legal BankBoston Perú (2001-2005); jefe Departamento Auditoría Legal, Superintendencia Banca Seguros y AFP (2007-2009); secretaria técnica, Comisión Multisectorial Proyecto de Ley Garantías Mobiliarias (2009-2011); consultor Consejo Nacional de Competitividad «Ley de Garantías Mobiliarias y Buenas Prácticas Internacionales» (2014); miembro Grupo Expertos de Secretaría UNCITRAL, Ley Modelo de Garantías Mobiliarias (2014); presidente del Consejo del Notariado (2015-2016) (correo-e: *sotelo.sara@gmail.com*).

**Jeannette Michelle Elisabeth Tramhel (Canadá-Estados Unidos).** Abogada egresada de la Queen's Universidad en Canadá, Máster en Derecho Internacional de Georgetown Universidad, miembro de la barra en Ontario, Canadá y Nueva York. Oficial Jurídico Senior del Departamento de Derecho Internacional de la OAS desde 2013, encargado de los temas de la organización sobre Derecho internacional privado. Fue Oficial Jurídico con CNUDMI (UNCITRAL), ha trabajado en política comercial con el Gobierno de Canadá, ha practicado y enseñado Derecho comercial y comercial internacional. Como profesional de desarrollo internacional, enfatiza el uso del proceso participativo. Numerosas presentaciones y publicaciones sobre Derecho internacional y otros temas (correo-e: *JTramhel@oas.org*).

**John M. Wilson (Estados Unidos-México).** Especialista del Sector Financiero en el Grupo del Banco Mundial World Bank, donde se enfoca en reformas en materia de garantías mobiliarias y su impacto en el desarrollo de productos financieros basados en bienes muebles para el incremento de acceso al financiamiento de la Pyme. Basado en la Ciudad de México, centra sus actividades en la región de América Latina y el Caribe. Cuenta con más de quince años de experiencia en el Desarrollo e implementación de sistemas de garantías mobiliarias y registros de garantías mobiliarias a nivel multilateral y local. Antes de unirse al Grupo del Banco Mundial, fungió como Oficial en el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit) en Roma, así como del Departamento de Derecho Internacional de Organización de los Estados Americanos (OEA) en Washington, D. C. Ha sido consultor de varios gobiernos en sus esfuerzos de reformas comerciales y financieras y ha practicado como abogado en Estados Unidos y México. Es graduado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Arizona, en donde tuvo la oportunidad de laborar con el Dr. Boris Kozolchyk en el National Law Center for Inter-American Free Trade (correo-e: *jwilson4@ifc.org*).

**Yvette Sutherland-Reid (Jamaica).** Senior Legal Officer, Ministry of Industry, Commerce, Agriculture & Fisheries (correo-e: *yareid@micaf.gov.jm*).

**Carlos Elías Zablah Córdoba (El Salvador).** Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Doctor José Matías Delgado. San Salvador El Salvador. Máster en Derecho de las Tecnologías de la Información y la Comunicaciones, por la Universidad Pontificia Comillas de Madrid, España. Posgrado en Derecho Mercantil y bursátil de la Universidad de Salamanca, España. Posgrado en Derecho Comunitario Europeo por la Universidad de Salamanca, España. Catedrático de Contratación electrónica y el Derecho de Nuevas Tecnologías de la Información en la Maestría de Derecho empresarial, de la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas (UCA) San Salvador. Asociado Certificado FIBA - AMLCA Anti Money Laundering de la Universidad Internacional de la Florida, Estados Unidos. Actualmente Socio Fundador de la firma Signature Regional Law Firm, por El Salvador, con experiencia por más de veintidós años en el Sistema Financiero, Bancario, Bursátil, Regulatorio, Corporativo y Societario. Trabajó por más de quince años como abogado para Banco de Comercio de El Salvador, S. A., Sco-

tiabank El Salvador, S. A., en el Departamento legal de dichas instituciones como asesor en materia de Contratos Bancarios, Asesoría en conglomerados Financieros y Corporativo. Actualmente funge como presidente del Instituto de Derecho y Tecnologías de El Salvador. Es conferencista en materia de Derecho de las Tecnologías de la Información y Derecho Bancario en Universidades y agrupaciones profesionales, congresos (correo-e: *cezablah@signaturelex.com*).

