



**UNIVERSIDAD DE CHILE.
Facultad de Derecho.**

**“LEY MODELO SOBRE GARANTÍAS MOBILIARIAS DE LA OEA:
UNA PROPUESTA PARA FACILITAR EL ACCESO AL CRÉDITO A LA
PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA Y LA ARMONIZACIÓN JURÍDICA DE
AMÉRICA.”**

Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Alumnos

Tania Alejandra Almuna Pérez.

Felipe Ignacio Vercellino Jélvez.

Profesor Guía: Mario Ramírez Necochea.

Santiago de Chile, 2009.

Índice.

| | |
|---|-----------|
| Índice..... | 1 |
| Introducción..... | 11 |
| CAPITULO I..... | 16 |
| Las garantías reales de la Pequeña y Mediana Empresa en América Latina y el Caribe.... | 16 |
| 1.1 Problemática del acceso al crédito en Latinoamérica. | 16 |
| 1.2 Deficiencias de los regímenes mobiliarios vigentes en Latinoamérica..... | 18 |
| 1.2.1 Falta de regulación uniforme. | 19 |
| 1.2.2 Limitación de bienes garantizables..... | 20 |
| 1.2.3 <i>Dispersión de registros</i>..... | 20 |
| 1.2.4 Falencia del sistema registral. | 21 |
| 1.2.5 Formalidades y requisitos..... | 21 |
| 1.2.6 Ejecución..... | 22 |
| CAPITULO II..... | 24 |
| Armonización y unificación jurídica americana y la Ley Modelo Interamericana de | |
| Garantías Mobiliarias..... | 24 |
| 2.1 Proceso de armonización y unificación del derecho americano. | 24 |
| 2.2 Labor unificadora de la Organización de Estados Americanos..... | 26 |
| 2.3 Iniciativas armonizadores sobre garantías mobiliarias a nivel mundial..... | 27 |
| 2.4 El camino hacia la CIDIP VI y la aprobación de la Ley Modelo Interamericana de | |
| Garantías Mobiliarias. | 28 |
| 2.5 Génesis de la Ley Modelo Interamericana sobre las Garantías Mobiliarias. | 30 |

| | |
|--|-----------|
| 2.6 Fuentes de la Ley Modelo Interamericana sobre las Garantías Mobiliarias. | 35 |
| 2.6.1 Préstamo comercial inglés del siglo XVIII. | 36 |
| 2.6.2 Préstamo comercial del siglo XX en Estados Unidos. | 36 |
| 2.6.3 Artículo 9 del Uniform Commercial Code (UCC). | 37 |
| CAPITULO III. | 39 |
| Análisis ley modelo interamericana sobre garantías mobiliarias. | 39 |
| 3.1 Ámbito y aplicación general. | 39 |
| 3.2 Obligaciones garantizables. | 39 |
| 3.3 Bienes susceptibles de ser constituidos como garantía. | 41 |
| 3.4 Terminología de la Ley Modelo. | 42 |
| 3.5 Constitución de la garantía mobiliaria. | 44 |
| 3.6 Elementos esenciales del contrato de garantía escrito. | 45 |
| 3.7 Derechos y obligaciones del deudor garante. | 46 |
| 3.8 Perfeccionamiento y publicidad de la garantía mobiliaria. | 47 |
| 3.8.1 Publicidad de garantías mobiliarias de adquisición. | 48 |
| 3.8.2 Publicidad de cuentas por cobrar y otras disposiciones relacionadas. | 48 |
| 3.8.3 Publicidad de garantías sobre obligaciones contractuales y extracontractuales. . | 51 |
| 3.8.4 Publicidad de garantías sobre cartas de crédito. | 52 |
| 3.8.5 Publicidad de instrumentos y documentos. | 53 |
| 3.8.6 Publicidad de bienes en posesión de un tercero. | 54 |
| 3.8.7 Publicidad de garantía sobre inventario. | 55 |
| 3.8.8 Publicidad de garantía sobre derechos de propiedad intelectual. | 55 |
| 3.8.9 Publicidad de la garantía de adquisición. | 55 |
| 3.9 Obligaciones del acreedor en posesión de los bienes en garantía. | 56 |

| | |
|--|-----------|
| 3.10 Registro de las garantías mobiliarias..... | 57 |
| 3.10.1 Formulario de inscripción. | 58 |
| 3.10.2 Vigencia de la inscripción en el registro..... | 59 |
| 3.10.3 Modificación de la inscripción en el registro. | 60 |
| 3.10.4 Cancelación de la inscripción en el registro..... | 60 |
| 3.10.5 Administración y funcionamiento del registro. | 60 |
| 3.10.6 Orden de prelación de las garantías mobiliarias. | 61 |
| 3.11. Modificación de la prelación de las garantías mobiliarias..... | 63 |
| 3.11.1 Preferencia de garantías mobiliarias de adquisición. | 63 |
| 3.11.2 Reglas especiales de prelación de las garantías mobiliarias. | 64 |
| 3.12 Ejecución de la garantía mobiliaria. | 65 |
| 3.12.1 Formulario registral de ejecución..... | 67 |
| 3.12.2 Oposición a la ejecución de la garantía mobiliaria..... | 67 |
| 3.12.3 Ejecución en las garantías mobiliarias sin desposesión sobre bienes corporales. | 67 |
| 3.12.4 Paralización del procedimiento de ejecución de la garantía mobiliaria..... | 68 |
| 3.12.5 Ejecución en garantías con desposesión, o garantías sin desposesión sobre bienes muebles incorporales..... | 69 |
| 3.12.6 Utilidades de la venta o subasta. | 70 |
| 3.12.7 Acuerdo sobre el procedimiento de ejecución..... | 71 |
| 3.12.8 Daños y perjuicios. | 72 |
| 3.12.9 Suspensión de derecho de venta o transferencia. | 72 |
| 3.12.10 Praelación para la ejecución..... | 72 |
| 3.12.11 Adquisición tras venta o subasta por ejecución..... | 73 |
| 3.13 Arbitraje..... | 73 |

| | |
|--|-----------|
| 3.14 Conflictos de leyes y alcance territorial de aplicación de la ley..... | 73 |
| CAPITULO IV | 76 |
| Panorama legislativo en Latinoamérica. Análisis de tres reformas legales sobre garantías mobiliarias. | 76 |
| 4.1 Garantías mobiliarias en el Perú..... | 76 |
| 4.1.1 Sistema de garantías mobiliarias previo a la LGMP. | 77 |
| 4.1.2 Reforma del sistema de garantías mobiliarias del Perú..... | 78 |
| 4.1.3 Análisis de la Ley de Garantía Mobiliaria del Perú..... | 79 |
| 4.1.3.1 Definiciones legales. | 80 |
| 4.1.3.2 La Garantía mobiliaria peruana. | 80 |
| 4.1.3.3 Clasificación de las garantías mobiliarias..... | 81 |
| 4.1.3.3.1 Garantía mobiliaria pre constituida. | 81 |
| 4.1.3.3.2 Garantías mobiliarias sobre derechos. | 83 |
| 4.1.3.3.3 Garantía mobiliaria sobre títulos valores..... | 83 |
| 4.1.4 Contenido de la garantía mobiliaria..... | 83 |
| 4.1.5 Obligaciones garantizables. | 84 |
| 4.1.6 Bienes susceptibles de gravamen..... | 84 |
| 4.1.7 Bienes muebles no susceptibles de afectación en garantía mobiliaria. | 88 |
| El artículo 4 de la LGMP establece que todo bien mueble puede ser afectado en garantía, sin embargo, la misma LGMP en concordancia a lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 1° de la Ley Modelo, establece que no se puede garantizar una obligación con los siguientes bienes muebles:..... | 88 |
| 4.1.8 Acto constitutivo de la garantía mobiliaria..... | 89 |
| 4.1.9 Elementos del acto constitutivo de la garantía mobiliaria..... | 90 |

| | |
|--|-----|
| 4.1.9.1 Transferencia y transmisión del acto jurídico constitutivo de la garantía mobiliaria..... | 92 |
| 4.1.10 Características y modalidades de las garantías mobiliarias..... | 92 |
| 4.1.11 Derechos y deberes del constituyente de la garantía mobiliaria. | 95 |
| 4.1.11.1 Derechos del constituyente. | 95 |
| 4.1.11.2 Obligaciones del constituyente de una garantía mobiliaria. | 96 |
| 4.1.12 Derechos y deberes del acreedor garantizado con una garantía mobiliaria. | 98 |
| 4.1.12.1 Derechos del acreedor garantizado. | 98 |
| 4.1.12.2 Obligaciones del acreedor garantizado. | 99 |
| 4.1.13 Prelación de los Acreedores Garantizados..... | 100 |
| 4.1.14 Registro Mobiliario de Contratos. | 100 |
| 4.1.14.1 Sistema Integrado de Garantías. | 103 |
| 4.1.14.2 Actos inscribibles en el Registro Mobiliario de Contratos. | 104 |
| 4.1.14.3 Formulario de inscripción de la garantía mobiliaria..... | 104 |
| 4.1.14.4 Control del formulario de inscripción..... | 106 |
| 4.1.14.5 Formulario electrónico. | 107 |
| 4.1.14.6 Efectos de la inscripción registral..... | 108 |
| 4.1.14.7 Formulario de Cancelación de la garantía mobiliaria..... | 108 |
| 4.1.15 Ejecución de la garantía mobiliaria..... | 109 |
| 4.1.15.1 Limitaciones a la ejecución de la garantía mobiliaria. | 110 |
| 4.1.15.2 Desposeimiento del bien mueble para la ejecución de la garantía mobiliaria..... | 110 |
| 4.1.16 Pacto comisorio..... | 112 |
| 4.2 Ley de garantías mobiliarias de Guatemala..... | 113 |

| | |
|---|-----|
| 4.2.1 Antecedentes de la Ley de Garantías Mobiliarias de Guatemala. | 114 |
| 4.2.2 La garantía mobiliaria guatemalteca. | 115 |
| 4.2.3 Carácter unitario de la garantía mobiliaria..... | 116 |
| 4.2.4 Contenido de las obligaciones garantizadas..... | 116 |
| 4.2.5 Bienes susceptibles de garantía mobiliaria. | 117 |
| 4.2.6 Obligaciones garantizables. | 118 |
| 4.2.7 Clasificación de las garantías mobiliarias en Guatemala. | 118 |
| 4.2.7.1 Garantía mobiliaria con posesión..... | 118 |
| 4.2.7.2 Garantía mobiliaria sin posesión. | 119 |
| 4.2.7.3 Garantía mobiliaria prioritaria. | 120 |
| 4.2.7.4 Garantía Mobiliaria sobre créditos. | 122 |
| 4.2.7.5 Garantía mobiliaria sobre crédito documentario. | 124 |
| 4.2.8 Constitución de la garantía mobiliaria. | 125 |
| 4.2.9 Requisitos del contrato de garantía. | 125 |
| 4.2.10 Publicidad de las garantías mobiliarias..... | 127 |
| 4.2.11 Registro de Garantías Mobiliarias..... | 128 |
| 4.2.11.1 Características de Registro de Garantías Mobiliarias..... | 129 |
| 4.2.11.2 Formulario registral de garantías mobiliarias. | 130 |
| 4.2.12 Reglas de prelación de las garantías mobiliarias de Guatemala..... | 131 |
| 4.2.13 Limitaciones al derecho de persecutoriedad..... | 132 |
| 4.2.14 Ejecución de la garantía mobiliaria..... | 132 |
| 4.3 Ley de Prenda sin Desplazamiento de Chile. | 134 |
| 4.3.1 La prenda sin desplazamiento de la ley chilena..... | 138 |
| 4.3.2 Contrato de prenda sin desplazamiento chileno..... | 139 |

| | |
|--|-----|
| 4.3.2.1 Menciones del contrato de prenda sin desplazamiento. | 139 |
| 4.3.3 Obligaciones caucionables con prenda sin desplazamiento..... | 140 |
| 4.3.4 Tipos de prenda sin desplazamiento reconocidas por la ley..... | 140 |
| 4.3.4.1 Prenda sobre derechos emanados de contratos celebrados con reparticiones públicas. | 140 |
| 4.3.4.2 Prenda de créditos nominativos..... | 141 |
| 4.3.4.3 Prenda constituida sobre valores emitidos sin impresión física del título que los evidencie o sobre valores depositados en una empresa de depósito de valores constituida de acuerdo a la ley N° 18.876..... | 142 |
| 4.3.4.4 Prenda sobre bienes o derechos futuros..... | 142 |
| 4.3.4.5 Prenda sobre cosas que no han llegado al país..... | 142 |
| 4.3.4.6 Prenda sobre muebles que se reputan inmuebles por destinación o adherencia o sobre muebles que después se transforman en inmuebles por destinación o adherencia. | 142 |
| 4.3.4.7 Prenda de grupos de bienes o universalidades de hecho. | 144 |
| 4.3.5 Confusión, mezcla o transformación de bienes pignorados..... | 147 |
| 4.3.6 Derechos y obligaciones que emanan del contrato de prenda sin desplazamiento. | 148 |
| 4.3.7 Procedimiento aplicable a las acciones establecidas en la ley..... | 151 |
| 4.3.8 Inscripción, modificación y alzamiento del contrato de prenda. | 152 |
| 4.3.8.1 Tradición del derecho real de prenda. | 153 |
| 4.3.8.2 Modificación o eliminación de una inscripción del Registro de prendas..... | 154 |
| 4.3.8.3 Alzamiento de la prenda sin desplazamiento. | 154 |
| 4.3.9 Registro de prendas sin desplazamiento. | 154 |
| 4.3.10 Ejecución de la prenda sin desplazamiento. | 155 |

| | |
|--|-----|
| 4.3.10.1 Acción de desposeimiento..... | 157 |
| 4.3.10.2 Efecto inocuo de la resolución que declare la quiebra..... | 157 |
| 4.3.10.3 Concurrencia de acreedores prendarios o de estos con acreedores hipotecarios..... | 158 |
| 4.3.11 Delitos y Penas en relación con la ley. | 159 |
| 4.3.12 Derecho Legal de retención a favor de beneficiarios de documentos relacionados con el comercio exterior. | 159 |
| 4.3.13 Vigencia de la ley. | 160 |
| 4.3.14 Derogaciones de la ley. | 161 |
| 4.3.15 La nueva ley de prenda sin desplazamiento chilena a la luz de la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias de la OEA. | 161 |
| 4.3.15.1 Facultad de uso, transformación, venta y permuta. | 162 |
| 4.3.15.2 Constitución de garantías sobre todo tipo de bienes muebles corporales e incorporales. | 166 |
| 4.3.15.3 Constitución de la prenda sin desplazamiento. | 167 |
| 4.3.15.4 Publicidad de la prenda sin desplazamiento..... | 168 |
| 4.3.15.5 Registro de la prenda sin desplazamiento..... | 169 |
| 4.3.15.6 Garantía mobiliaria de adquisición..... | 174 |
| 4.3.15.7 Comprador en el curso ordinario de los negocios..... | 175 |
| 4.3.15.8 Ejecución de la garantía mobiliaria. | 176 |
| Conclusiones. | 179 |
| Bibliografía general. | 187 |
| Autores institucionales..... | 192 |
| Artículo de diario. | 195 |

Artículos en línea.....195

Introducción.

Las pequeñas y medianas empresas (PYME) son un sector productivo relevante en el desarrollo económico y social de América Latina y el Caribe. Tienen una importante participación en el Producto Interno Bruto (PIB) de cada Estado, son en general la mayor fuente de generación de empleo dentro de los países, además de ser un elemento que potencia la cohesión social y representan un gran porcentaje del total de número de empresas.¹ De acuerdo a información recabada por el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) las pequeñas y medianas empresas aportan entre el 35 y el 40 % del PIB de América Latina.² En todos los países de la región representan un alto porcentaje de generación de empleo, a vía de ejemplo, se puede mencionar que en Argentina emplean un 70%, en Brasil alrededor del 60% y en Chile un 86% de la fuerza laboral formal.³ Tienen además importante influencia social, ya que a diferencia de las grandes empresas que suelen situarse en centros urbanos, las pequeñas y medianas empresas se sitúan tanto en centros urbanos, como en sectores rurales y en general en todos los lugares poblados. Cabe agregar, que se dedican a todo tipo de actividad económica, ya sea comercial, industrial, artesanal o de prestación de servicios.

Por todos los aspectos expuestos las pequeñas y medianas empresas tienen un rol fundamental dentro de la sociedad. Lo que ha motivado que diferentes organismos internacionales, entre ellos el Banco Interamericano de Desarrollo y la CEPAL, desarrollen

¹ Ríos, Mauro. “Ser PYME en Latinoamérica”, en <http://www.microsoft.com/mexico/PYME/editorial/ayuda-financiamiento/exportadoras/article3.msp>., Cabe señalar, que los índices y características que se utilizan para determinar el tamaño de las empresas varían de un país a otro, clasificándose según el número de empleados, el nivel de ventas o sus activos.

² En Red PYME: <http://www.laredpyme.org/index.php/Noticias/PYME-en-el-Mundo/Los-retos-de-las-PYME-en-America-Latina.html>

³ IPES. “Capítulo 14: “Acceso de las pequeñas y medianas empresas al financiamiento”, en <http://www.iadb.org/res/ipes/2005/docs/14s.pdf>

estudios y proyectos buscando entregar apoyo a este sector económico. De igual forma, los gobiernos americanos llevan adelante políticas públicas para fortalecer y apoyar esta clase de empresas, ya que sólo considerando el nivel de empleo que otorgan, es notorio que su estabilidad y crecimiento tiene importancia para toda la población de cada país.

El principal propósito de las PYME es aumentar el tamaño de sus negocios, a través del incremento de sus ventas, teniendo mayor número de clientela, modernizando o incrementando sus maquinarias, aumentando su inventario, etc. Sin embargo, para lograr este propósito requieren superar la falta de acceso a financiamiento, que representa su principal escollo para lograr el desarrollo deseado. El financiamiento externo es esencial para propender al crecimiento de estas empresas, ya que de lo contrario, solo tienen la opción de reinvertir sus utilidades, lo que no es suficiente para aumentar su tamaño. Existen iniciativas empresariales interesantes que lamentablemente no pueden concretarse por falta de financiamiento, lo cual genera un efecto negativo que finalmente afecta la macroeconomía del país donde opera.

Por otro lado, el acceso a crédito resulta muy necesario en tiempos de crisis económica, como los que se viven actualmente a nivel mundial, ya que generalmente las PYME no cuentan con una capacidad suficiente para enfrentar por si solas la baja en la demanda de sus productos, sufriendo grandes dificultades, ya que no poseen un “colchón” adecuado para enfrentar estas vicisitudes. Cabe agregar, que aquellas empresas que actualmente son de mayor tamaño, generalmente empezaron como un pequeño negocio, que creció en virtud del desarrollo de una actividad muy lucrativa, de buenos contactos en la banca o haber inspirado la suficiente confianza para que las entidades financieras decidieran apoyarlas, otorgándoles crédito. Sin embargo, esta no es la regla general, usualmente las PYME tienen dificultad para acceder a crédito comercial y cuando acceden a él, los intereses que deben pagar son más altos, se les

otorgan por un plazo menor y les prestan montos de dinero más bajos, en comparación a las condiciones en que acceden las empresas de mayor tamaño.

Las explicaciones para este fenómeno son múltiples y derivan del concepto de riesgo. El riesgo está asociado a todo otorgamiento de crédito, sea de consumo, sea comercial, sea el deudor una gran empresa, una PYME o una micro empresa. En el caso de las PYME el riesgo deriva de las siguientes fuentes: La falta o escasez de patrimonio, ya que las PYME no tienen o tienen pocos inmuebles y su activo esta esencialmente constituido por bienes muebles; la informalidad de las empresas, las empresas pequeñas muchas veces no se constituyen como personas jurídicas y se confunde la figura del dueño, persona natural, con la empresa, afectando su patrimonio particular para obtener créditos para la empresa;⁴ los montos de los créditos que se solicitan y se otorgan son menores y a la vez los costos de administración y supervisión de los créditos son fijos e independientes del monto del crédito, esto produce que el costo para el banco de un crédito pequeño sea mayor, lo que tiene incidencia en la tasa de interés.

Por el rol primordial de las PYME en América Latina y el Caribe y esta falencia en el sistema crediticio que perjudica el desarrollo de la región, nos propusimos estudiar un paliativo jurídico a esta situación. Según numerosos estudios, la restricción del acceso al crédito para los pequeños y medianos empresarios en la región está directamente vinculada a la falta de garantías reales de estas empresas y los regímenes legales que regulan esta materia en la actualidad.

Partiendo de esa base, nos hemos propuesto analizar un instrumento jurídico de integración regional, que ha nacido al amparo de la Organización de Estados Americanos (OEA), la “Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias de la OEA”.

Siendo la armonización y unificación jurídica de América un anhelo de larga data, fenómeno que también se observa en la Comunidad Europea, nos parece interesante y primordial

⁴ Visa y The Nielsen Company. “Perspectivas de las PYME en América Latina”, 2007, p. 2.

estudiar esta iniciativa, dilucidar si responde a las necesidades de la región y si es una herramienta útil para el desarrollo económico de ésta y para el fortalecimiento de las pequeñas y medianas empresas.

Con ese objetivo estudiaremos en el primer capítulo las dificultades a que se ven enfrentadas las pequeñas y medianas empresas de América Latina y el Caribe para acceder a financiamiento para su desarrollo y crecimiento. También estudiaremos cuáles son los motivos por los que existe esta restricción en el acceso al crédito.

Posteriormente, en el capítulo II expondremos los esfuerzos armonizadores y unificadores de la legislación americana, exponiendo su evolución hacia las Conferencias Interamericanas de Derecho Internacional Privado (CIDIP) realizadas en el marco de la Organización de Estados Americanos, enfocándonos en la CIDIP VI, cumbre en la que se generó la Ley Modelo sobre Garantías Mobiliarias.

En el Capítulo III revisaremos todo el articulado de la Ley Modelo de Garantías Mobiliarias, con el fin de conocer su contenido y apreciar los rasgos distintivos de los regímenes existentes en América Latina.

En el Capítulo IV expondremos tres leyes internas sobre garantías mobiliarias que se generaron tras la aprobación de la Ley Modelo de Garantías Mobiliarias en la CIDIP VI. Trataremos la ley de garantías mobiliarias de Perú, ley que nos interesó, porque si bien se inspira en la Ley Modelo y busca cumplir la misma finalidad tiene ciertas divergencias, por lo que queremos explorar si cumplen en mayor o menor medida con el objetivo. También veremos la Ley de Garantías Mobiliarias de Guatemala, porque parece ser la copia más fiel a la Ley Modelo, adaptándose a la vez a la cultura jurídica guatemalteca. Por último, revisaremos en este capítulo la nueva ley de prenda sin desplazamiento chilena, la cual ha sido planteada con los mismos objetivos que se propone enfrentar la Ley Modelo, pero adoptando una forma propia,

concordante con su tradición jurídica, alejándose radicalmente en algunos tópicos del modelo de la OEA. Por ello nuestro propósito es constatar si la ley chilena posee las características de una ley de garantías mobiliarias moderna, a la luz de la Ley Modelo de la OEA, ya que esta se construyó a partir del estudio y la determinación de los principios que han sido rectores de las modificaciones legislativas que se han producido en esta materia en el mundo.

CAPITULO I

Las garantías reales de la Pequeña y Mediana Empresa en América Latina y el Caribe.

1.1 Problemática del acceso al crédito en Latinoamérica.

El otorgamiento de créditos en América Latina y el Caribe se caracteriza esencialmente por ser bastante restringido, en razón a que acceden a él principalmente las empresas de mayor tamaño; en cambio, las pequeñas y medianas empresas tienen muchas dificultades para obtener crédito comercial y, cuando acceden a él, lo hacen a tasas de interés altas y por montos menores. Para que las entidades financieras presten más, a tasas de interés razonables y por mayores montos, por lo general es necesario que los deudores cuenten con un bien que pueda servir de garantía, con el objeto de solucionar las dificultades que engendra todo crédito,⁵ estas son; el riesgo moral, la información asimétrica y la selección adversa.⁶ En este sentido, el Ministerio de Economía y Finanzas del Perú, reafirma esta idea señalando que son pocas las empresas que acceden al crédito y que la mayoría de ellas lo hace en condiciones muy onerosas. Esto limita el crecimiento de las empresas y detiene la generación de riqueza en Perú. Además agrega que este hecho impide que las empresas peruanas compitan en igualdad de condiciones con empresas extranjeras, ya que éstas últimas tienen la posibilidad de acceder a créditos a menores tasas de interés.⁷

Diagnósticos de este tipo se repiten en distintos países de la región. Esto lo podemos ilustrar a través de las siguientes cifras del año 2006, que indican el porcentaje del crédito sobre el Producto Interno Bruto (PIB): en México es 22,43 %, en Brasil 36,45 %, en Argentina 13,03

⁵ De la Peña, Nuria y Fleisig, Heywood. “Marco Legal e Institucional de Garantías Reales Mobiliarias en la Región”, CEAL, 2001, p. 2.

⁶ IPES. “Capítulo 14: Acceso de las pequeñas y medianas empresas al financiamiento”, 2005, p.219 y 220.

⁷ Ministerio de Economía y Finanzas. “Facilitando el acceso al crédito mediante un sistema eficaz de garantías reales”. Lima, Perú, 2001, p. 4.

% y en Chile de un 82,40 %. Estos porcentajes son bajos en comparación a los de Canadá, en donde alcanza el 198,19 %, o los de Estados Unidos y Alemania, que superan absolutamente el Producto Interno Bruto.⁸ Cabe señalar que Chile tiene el porcentaje más alto dentro de la región; sin embargo, no se diferencia de sus pares latinoamericanos en cuanto a las trabas legales para la utilización de garantías mobiliarias, por lo tanto, las micro, pequeñas y medianas empresas chilenas también se enfrentan a las mismas dificultades para acceder al crédito.⁹

Las pequeñas y medianas empresas suelen pertenecer a personas que no cuentan con capacidad de otorgar garantías inmobiliarias, ya que en general no poseen bienes inmuebles, o eventualmente tienen uno ya afecto a una garantía. En consecuencia, el crédito que se puede obtener, por ejemplo a través de la constitución de hipotecas, es muy restringido.

En cambio, generalmente para las pequeñas y medianas empresas los bienes muebles representan la mayor parte de su activo o capital de trabajo, constituido esencialmente por bienes de inventario, materiales, bienes para la venta, maquinarias, cuentas por cobrar, etc.¹⁰ Dichos bienes muebles perfectamente podrían ser utilizados como garantías para la obtención de crédito.

Las vías a través de las cuales los empresarios obtienen principalmente crédito son dos: el crédito directo de sus proveedores por medio del otorgamiento de plazo y el crédito que entregan las entidades financieras. Ya señalamos con anterioridad, que en el caso de las instituciones financieras este porcentaje en relación al PIB en América Latina es bastante reducido.

⁸ Gauna, Diego. “Desarrollo financiero: la agenda pendiente del crecimiento económico argentino. Universidad de Palermo, Buenos Aires, Argentina, 2008, p. 2.

⁹ Cantuarias, Fernando. “Robin Hood Reloaded: Quitándole al rico para robarle al pobre”. En seminario SELA 2005: Law and Poverty, Río de Janeiro, Brasil, 16 a 19 junio, 2005, p. 6.

¹⁰ De la Peña, Nuria y Fleisig, Heywood. “República Dominicana: Como el marco legal para garantizar préstamos limita el acceso al crédito en el sector agroalimentario”, en : p.6.

Cabe señalar que ni las instituciones financieras ni los proveedores en América Latina suelen asegurar el pago de las obligaciones, y disminuir de esa manera el riesgo de la operación, a través de garantías mobiliarias, salvo casos aislados como son los automóviles o maquinarias mayores. Situación que es muy distinta en países como Alemania, Canadá y Estados Unidos. Por ello que aún cuando en los países de nuestra región las garantías muebles están reglamentadas a través de prendas civiles, prendas sin desplazamiento, prendas agrarias, prendas industriales, etc., estas no son mayormente utilizadas en la práctica.

1.2 Deficiencias de los regímenes mobiliarios vigentes en Latinoamérica.

Tomando en cuenta el panorama descrito en el punto anterior, surge la siguiente interrogante; ¿Por qué las garantías mobiliarias no son utilizadas en América Latina?

Considerando que la materia está debidamente regulada en los países de la región, es decir, existe la posibilidad de utilizar garantías mobiliarias, se ha llegado a la conclusión de que la falencia reside en el marco legal actualmente vigente.¹¹ De acuerdo a la opinión de varios autores y desde nuestro punto de vista las falencias relevantes serían las siguientes:

- 1.-Falta de regulación uniforme.
- 2.-Limitación de bienes garantizables.
- 3.-Dispersión de registros.
- 4.-Falencia del sistema registral.
- 5.-Formalidades y requisitos.
- 6.-Ejecución.

¹¹ De la Peña, Nuria y Fleisig, Heywood. “Marco Legal e Institucional de Garantías Reales Mobiliarias en la Región”, op.cit, p.2.

1.2.1 Falta de regulación uniforme.

En la mayoría de los países latinoamericanos las garantías muebles están establecidas en diferentes leyes especiales. Las que regulan en forma diversa la constitución, perfección, ejecución y preferencia de las mismas. Al existir en casi todos los países leyes de garantías especiales sobre warrants, almacenes de depósitos, prenda industrial, prenda agrícola, etc., se generó una pluralidad legislativa, que finalmente, en forma contraria a su objetivo, redujo el otorgamiento de crédito.¹² Esto se puede observar claramente en Chile¹³ donde existen diversos tipos de prenda, reguladas en forma dispersa, fenómeno que se repite en Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador, El Salvador, Honduras, Nicaragua y Uruguay.¹⁴ Sin perjuicio de ello, algunos de los países nombrados están llevando adelante reformas legislativas para implementar un sistema de garantías mobiliarias moderno y eficaz. La dispersión legislativa en la regulación de las garantías mobiliarias provoca inseguridad en el sistema, ya que se deben estudiar una serie de leyes diversas y poco congruentes para tener certeza respecto a la prioridad del crédito y sobre otros aspectos relevantes de una garantía. Por ello, contribuiría mucho a la utilización de estas herramientas jurídicas, el hecho de que se encuentren reguladas en conjunto y de manera sistemática en un mismo texto legal, sin perjuicio de reconocer que algunas prendas deben ser reguladas de forma diversa, pero igualmente en el mismo texto legal, esencialmente por las características especiales de los bienes sobre los que recaen.¹⁵

¹² Muguillo, Roberto. “Régimen de garantías breve análisis y propuesta a nivel latinoamericano”, The World Bank: Latin American and Caribbean Insolvency Workshop, Ciudad de México, 30-31 de Octubre 2000, p.4.

¹³ Historia de la ley 20.190 en www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-20190/HL20190.pdf, p. 26

¹⁴ Cantuarias, Fernando. Op.cit., p.15.

¹⁵ Cantuarias, Fernando. Op.cit., p.17.

1.2.2 Limitación de bienes garantizables.

Como se explicaba en el punto anterior, en América Latina se da un tratamiento legal disperso a las prendas existentes. Estas prendas sectoriales que se han creado a partir de las necesidades surgidas en el mercado, tienen como objetivo conseguir créditos para un sector productivo específico,¹⁶ estableciendo un catálogo restringido de bienes que pueden ser prendados y cuya naturaleza está íntimamente ligada al mismo sector productivo. De esa manera cada prenda permite la constitución de garantías sobre determinados bienes, limitando el ámbito de bienes prendables, excluyendo una gran cantidad de bienes muebles y restringiendo en consecuencia las posibilidades de los deudores para constituir una garantía.

1.2.3 Dispersión de registros.

El tercer problema bastante generalizado en Latinoamérica, es que en cada país coexisten una variedad de registros distintos, lo que se traduce en la dispersión de la información registrada, lo cual contribuye al aumento de los costos de verificación y la disminución de la certeza jurídica de cada registro. Los registros se pueden distinguir por; tipo de prenda, por ejemplo, existe un registro para las prendas industriales, otro para las agrícolas, etc.; y también en razón a la ubicación geográfica del registro, es decir, que exista un registro por cada ciudad. Esta dificultad se une al hecho de que no exista un sistema en línea que interconecte los diversos registros de manera de poder informarse por vía electrónica, a través de un acceso remoto. Este hecho dificulta que los acreedores puedan obtener la información necesaria y certera acerca de su prioridad en relación al bien mueble afectado a una garantía, además de resultar demasiado oneroso el estudio de la situación de la garantía y el bien en cada uno de los registros.

¹⁶ De la Peña, Nuria. “Estrategias legales para expandir el crédito mobiliario”, CEAL, Washington D.C., 2001.

1.2.4 Falencia del sistema registral.

En cualquier sistema de garantías mobiliarias que permita constituir las sin desplazar el bien afecto a la garantía desde el deudor al acreedor garantizado, el sistema registral es de vital importancia para su funcionamiento y eficacia. La anotación en el registro constituye generalmente el método para dar publicidad a las prendas sin desplazamiento, método cuya eficacia depende de la certeza que entregue el registro. Sin embargo, actualmente los sistemas de registro presentan dificultades. En primer lugar, el costo de inscripción en el registro suele ser bastante alto, lo cual unido a los costos de redacción del contrato, restringen el uso de la garantía registrable. Por otro lado, suele exigirse la inscripción del contrato mediante el cual se constituyó la garantía, obligando a realizar un estudio previo del instrumento, lo que también encarece su costo.

1.2.5 Formalidades y requisitos.

Las leyes muchas veces imponen requisitos y formalidades ajenas al interés de las partes. Por ejemplo, la exigencia de suscribir la caución mediante escritura pública en la mayoría de las legislaciones latinoamericanas,¹⁷ situación que en razón de su alto costo restringe el uso de la garantía. Por otro lado, la exigencia de descripción precisa e indubitable de los bienes muebles,¹⁸ no es aplicable cuando se trata de bienes futuros o de inventarios, los cuales cambian sus componentes o su detalle en forma constante, requiriendo un esfuerzo mayor que desincentiva su uso.

¹⁷ Véase ley chilena N° 18.112 artículo 2° sobre la prenda sin desplazamiento.

¹⁸ Cantuarias, Fernando. “Las garantías mobiliarias y el sistema registral que requiere para operar eficientemente”. CEAL, Washington D.C., 2001, p.2.

1.2.6 Ejecución.

La regulación de la ejecución suele perjudicar mucho la efectividad de las garantías mobiliarias. Una característica de los bienes muebles, es que se deprecian con mayor velocidad que los bienes inmuebles. Cabe señalar que esta característica se agudiza aún más, en el caso de gravarse inventarios que pueden estar constituidos por mercancías perecederas, como frutas o verduras.¹⁹ Sin embargo, esta importante distinción no es considerada en los procedimientos de ejecución de las garantías muebles contemplados en las diversas legislaciones de América Latina, ya que en general se aplica un procedimiento común, usado tanto para realizar bienes inmuebles como muebles. Esto provoca que el proceso de ejecución suela ser muy largo y costoso,²⁰ lo que en definitiva hace poco atractivo el cumplimiento forzado en caso de incumplimiento, inclusive contando con una garantía preferente.

Además, estas regulaciones no permiten que se haga uso de la autonomía de la voluntad para acordar un procedimiento más expedito. Es así, como se prohíbe el pacto comisorio y la venta extrajudicial.²¹

La realidad expuesta, nos plantea un interesante problema en relación al financiamiento de la pequeña y mediana empresa de América Latina. Si bien el activo de estas empresas suele estar constituido en su mayoría por bienes muebles,²² las entidades financieras y los proveedores no aceptan masivamente estos bienes como garantía.²³ Esto ocurre esencialmente, según lo antes señalado, por el marco legal vigente sobre esta materia en gran parte de América. Por lo tanto, si

¹⁹ Garro, Alejandro. “Problemas en la ejecución de garantías reales mobiliarias en El Salvador”, CEAL, 2001, p.1.

²⁰ En Chile de acuerdo a datos entregados por la Corporación Administrativa del Poder Judicial, la duración promedio de un juicio tramitado de acuerdo a las normas del procedimiento ejecutivo, es de 365 días. Véase en: CEJA, Reporte sobre el Estado de la Justicia en las Américas 2002 – 2003

²¹ Cantuarias, Fernando. “Robin Hood Reloaded: Quitándole al rico para robarle al pobre”, op.cit. p. 20.

²² Safavian, Mehnaz, Fleisig, Heywood y Steinbuks, Jevgenijs. “Unlocking dead capital: How reforming collateral laws improves access to finance the World Bank,” Washington D.C. 2006.

²³ Muguillo, Roberto. Op.cit., p.6.

bien los pequeños y medianos empresarios tienen medios para asegurar el otorgamiento de créditos, estos bajo la normativa actual, en general no resultan atractivos y no son aceptados para ser afectados en garantía por tratarse de bienes muebles y con ello se entorpece el desarrollo y crecimiento de este sector empresarial.

Por lo anterior, estudiaremos una iniciativa armonizadora e innovadora a nivel americano, que pretende ser un instrumento que permita un mayor acceso al crédito por parte de las empresas de menor tamaño, las cuales tienen una enorme importancia económica y social en los respectivos países.

CAPITULO II

Armonización y unificación jurídica americana y la Ley Modelo Interamericana de Garantías Mobiliarias.

2.1 Proceso de armonización y unificación del derecho americano.

El fenómeno de globalización que se vive actualmente a nivel mundial, conlleva que exista un importante progreso a nivel de relaciones económicas, sociales y familiares entre individuos de diferentes naciones. Esta realidad ha provocado que diversos organismos internacionales estén realizando una labor de investigación y adaptación jurídica a las necesidades que nacen a partir de estos cambios en las interrelaciones mundiales. A nivel mundial esta tarea en el campo jurídico económico ha sido asumida por la UNCITRAL (o CNUDMI, en sus siglas en español), que es la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y UNIDROIT, que es el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Internacional Privado.²⁴ Estas iniciativas también se han llevado adelante a nivel regional en el continente americano. La integración jurídica latinoamericana en el marco del derecho internacional privado se puede dividir en dos etapas. Una primera, que es anterior a la unificación jurídica continental europea, en que los países latinoamericanos se propusieron una labor codificadora del derecho internacional privado. Luego una segunda etapa, en que se cambió de objetivo, dejando de lado la labor codificadora para concentrarse en temas específicos, a través de las Conferencias Especializadas Interamericanas de Derecho

²⁴ Ramírez N., Mario. Elementos Fundamentales del Derecho Internacional Privado. Editorial Lexis Nexis. Santiago de Chile, 2007, p. 145.

Internacional Privado, las CIDIP.²⁵ El anhelo de armonización y unificación jurídica a nivel latinoamericano no es nuevo, especialmente considerando las similitudes idiomáticas, sociales, económicas y culturales que existen en la mayor parte de la región. Así podemos mencionar como uno de los primeros apuntes de estos esfuerzos, el Congreso de Panamá convocado por Bolívar, llegando hasta las actuales Conferencias Especializadas Interamericanas de Derecho Internacional Privado, CIDIP, que se desarrollan en el marco de la Organización de Estados Americanos, integrada por 35 Estados de Norte, Sur, Centroamérica y el Caribe.

Otro elemento que impulsa la armonización jurídica es la creación de bloques económicos, como por ejemplo el NAFTA (TLCAN en su sigla en español), que está constituido por México, EE.UU. y Canadá; el MERCOSUR, constituido por Argentina Brasil, Paraguay y Uruguay; el G3, conformado por México, Colombia y Venezuela; el Pacto Andino, integrado por Perú, Bolivia, Ecuador, Venezuela y Colombia; entre otros. Este planteamiento se reafirma al observar el desarrollo de la Unión Europea, que a partir de las necesidades generadas en la evolución de la misma comunidad ha elaborado en forma progresiva un derecho comunitario.²⁶

Volviendo al tema de la evolución de los esfuerzos por armonizar la realidad jurídica de América, podemos señalar como punto de partida la iniciativa del gobierno peruano entre 1877 y 1878. En esa oportunidad, asistieron al Congreso de Lima juristas de Argentina, Bolivia, Chile, Venezuela, Costa Rica, Cuba y Venezuela, para estudiar la viabilidad de acuerdos internacionales en esa época. Lamentablemente este documento finalmente sólo fue ratificado por Perú y no entró en vigor.

²⁵ Garro M., Alejandro. Armonización y unificación del derecho privado en América Latina: esfuerzos, tendencias y realidades. España y la codificación del Derecho Internacional Privado. Terceras Jornadas de Derecho Internacional Privado. Centro de Estudios Superiores Sociales y Jurídicos Ramón Carande. España, 1991, p.5

²⁶ Garro M., Alejandro. Op.cit., p.7.

Posteriormente, en 1889 tuvo lugar el Primer Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado en Montevideo, en el que se adoptaron los primeros tratados de derecho internacional privado que entraron en vigor en el mundo.

Luego un importante hito se suscitó en la Sexta Conferencia Panamericana de 1928 en La Habana, en el que se aprobó el Código de Derecho Internacional Privado o Código de Bustamante, el que fue posteriormente ratificado por 15 países. El objetivo unificador de este instrumento, se ve perjudicado por el hecho de que no fue ratificado por Uruguay, Paraguay, Argentina, Colombia y México; otros países como Bolivia, Chile, Costa Rica, Ecuador y El Salvador lo ratificaron con reserva, subordinándolo a la legislación interna. Por último otros países, lo ratificaron con reserva respecto a artículos específicos. Por otro lado, el Código no estableció un criterio unificador respecto a que se entiende por ley personal, ya que dispone que por ley personal se comprende, la del domicilio, de la nacionalidad o la que haya adoptado o adopte en adelante la legislación interna de cada Estado.

2.2 Labor unificadora de la Organización de Estados Americanos.

Ante la situación descrita en el punto anterior, el protagonismo en la labor armonizadora de la legislación a nivel regional fue asumido por la Organización de Estados Americanos, en adelante OEA, ya que al establecer su institucionalidad en 1948, creó el Consejo Interamericano de Jurisconsultos, encomendándole a éste, la tarea de uniformar la legislación americana, dentro de sus posibilidades. En 1967, este consejo fue reemplazado por el Comité Jurídico Interamericano. Este organismo debía promover el desarrollo y la codificación del derecho internacional, además de estudiar los problemas jurídicos de los países en desarrollo de la región, tratando de promover la unificación de las legislaciones, si ello fuere recomendable. En la práctica, se abocó a elaborar instrumentos concernientes a aspectos esenciales de las relaciones

comerciales internacionales y procesales. En el marco de este trabajo se realizó en 1975 la primera Conferencia Interamericana Especializada en Derecho Internacional Privado, la CIDIP I. A partir de esa fecha, ya se han realizado siete CIDIP, con una frecuencia de una cada cinco años aproximadamente.²⁷ Progresivamente las CIDIP, han asumido un rol codificador del derecho internacional americano, en reemplazo del Código de Bustamante, distinguiéndose de este último por tratar temas específicos. Últimamente, se ha abandonado el anhelo codificador, siendo la nueva tendencia discutir leyes modelos en las CIDIP, las que pretenden ser directrices para la adopción de la legislación interna de los Estados partícipes. Cabe destacar que las CIDIP y esta labor unificadora que emprende la OEA, enfrenta una importante dificultad al pretender armonizar la legislación de países de raigambre bastante diversa. Así los países latinoamericanos tienen un origen jurídico continental romanista, en cambio EE.UU., Canadá y otras legislaciones se fundan en el common law. A la vez no se puede desconocer el hecho de que la mayoría de los países latinos tienen mayor intercambio comercial con Estados Unidos, que entre ellos mismos, esto hace esencial compatibilizar ambos sistemas, aún cuando pueda haber cierto recelo en los países de origen latino en adoptar propuestas del hemisferio norte.

2.3 Iniciativas armonizadores sobre garantías mobiliarias a nivel mundial.

Quisiéramos enfatizar que los esfuerzos armonizadores y unificadores son un fenómeno a nivel mundial, que no sólo se circunscribe a la labor que ha realizado América en este sentido. Para ilustrar estos movimientos, revisaremos brevemente las iniciativas que han existido en el mundo respecto al tema de las garantías mobiliarias.

La armonización y unificación en esta área, se ha realizado a través de dos vías: iniciativas sectoriales e iniciativas regionales. Las iniciativas sectoriales se caracterizan por

²⁷ Ibid., p. 15 a 17.

pretender aumentar la eficacia comercial de créditos garantizados con bienes específicos. Las iniciativas regionales, también tienen por objeto aumentar la eficacia de los créditos garantizados, pretendiendo contribuir de esa manera, a un mayor desarrollo económico de la región y a facilitar el creciente intercambio comercial. Cabe señalar, que la armonización del régimen de garantías en una región es un aspecto fundamental para fomentar el crédito transfronterizo. Otro elemento a destacar es que los instrumentos sectoriales son convenciones, en cambio los regionales son Leyes Modelos.²⁸

Como iniciativas sectoriales podemos nombrar la Convención de UNIDROIT sobre Factoraje (1988), la Convención de UNIDROIT sobre Arrendamiento Financiero (1988), la Convención de Naciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internacional (2001), la Convención de Ciudad del Cabo de Garantías Internacionales en Equipamiento Móvil y la Conferencia de la Haya en Derechos del Titular Indirecto de Garantías (2002).

Las iniciativas regionales de este tipo son las siguientes: la Ley Modelo del Banco Europeo de Reconstrucción y Fomento (1994), Acta Uniforme de las Garantías de OHADA (1997) y la Ley Modelo Interamericana de Garantías Mobiliarias (2002).²⁹ A través de estos instrumentos se ha pretendido armonizar la legislación en esta materia en Europa del Este, Asia, África, América y el Caribe.

2.4 El camino hacia la CIDIP VI y la aprobación de la Ley Modelo Interamericana de Garantías Mobiliarias.

La sexta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, en adelante CIDIP VI fue convocada por la Asamblea General de la Organización de

²⁸ Sánchez, Jorge. “Las garantías mobiliarias internacionales, su régimen de legalidad”, ponencia presentada en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, en el Congreso Internacional de Derecho Mercantil, 8-10 de marzo del año 2006, p. 26.

²⁹ Ibid., p. 15-23.

Estados Americanos en el año 1996. Se planificó realizar la CIDIP VI en Guatemala en 1999, sin embargo, se realizó recién el año 2002, en Washington D.C., Estados Unidos. En esa resolución la Asamblea General encomendó al Consejo Permanente de la OEA aprobar las normas de procedimiento y el temario de la CIDIP VI. La Asamblea General instó a los Estados miembros a realizar sus comentarios en relación al temario propuesto por el Consejo Permanente. Finalmente, en 1998 la Asamblea General aprobó el temario propuesto. El que contenía los siguientes tres temas:

1.- Documentación Mercantil uniforme para el transporte internacional, con particular referencia a la Convención Interamericana sobre Contrato de Transporte Internacional de Mercadería por Carretera de 1989 y la posible incorporación de un protocolo adicional sobre conocimiento de embarque.

2.- Contratos de préstamos internacionales de naturaleza privada y, en particular, la uniformidad y armonización de los sistemas de garantías mobiliarias, comerciales y financieras internacionales.

3.- Conflictos de leyes en materia de responsabilidad extracontractual, con énfasis en el tema de jurisdicción competente y las leyes aplicables respecto de la responsabilidad civil internacional por contaminación transfronteriza.

De estos temas adquirieron mayor protagonismo la discusión sobre el transporte terrestre y las garantías mobiliarias, lo que finalmente culminó el 8 de febrero de 2002, con la aprobación de la “Ley Modelo Interamericana de Garantías Mobiliarias” y dos modelos de Carta de Porte Directa Uniforme Interamericana.

2.5 Génesis de la Ley Modelo Interamericana sobre las Garantías Mobiliarias.

A diferencia de las CIDIP anteriores, en que el Comité Jurídico Interamericano (C.J.I.) elaboraba un informe y un proyecto de convención que era la base del trabajo que se desarrollaba,³⁰ en la CIDIP VI, el desarrollo del trabajo de elaboración del proyecto de la Ley Modelo de Garantías Mobiliarias y la organización de las reuniones, estuvo a cargo de una entidad privada norteamericana sin fines de lucro, asociada a la Universidad de Arizona, el National Law Center for Inter-American Free Trade, en adelante indistintamente NLCIFT.

En este marco, se celebraron tres reuniones de expertos en torno a los temas propuestos para la CIDIP VI, la primera se realizó en 1998, la segunda a principios del año 2000 en Washington D.C. y la tercera se celebró a fines del 2000 en Miami. Estas reuniones previas se enfocaron exclusivamente en los temas de transporte terrestre y garantías mobiliarias, desarrollándose el tema de la contaminación transfronteriza dentro de Uruguay, país al cual se encomendó preparar este tema. Cabe señalar que incluso la tercera reunión de expertos se denominó Reunión del Comité de Redacción de la Ley Modelo de Interamericana sobre Garantías Mobiliarias,³¹ denotando la relevancia que se le dio al tema de las Garantías Mobiliarias. A partir de la segunda reunión de expertos el proyecto fue discutido y en la tercera reunión fue completado, proceso que se había iniciado antes del comienzo de la reunión a través de correos electrónicos.

En la CIDIP VI, se implementó un cambio importante, ya que se dio un giro en relación al instrumento que se utilizaba para regular la materia. Las anteriores CIDIP regulaban las diversas temáticas a través de convenciones, lo que dificulta más la ratificación por parte de los Estados miembros, por su poca flexibilidad, ya que los textos, deben ser ratificados como tales,

³⁰ Garro, Alejandro. Op.cit., p. 17.

³¹ Kleinheisterkamp, Jan y Fernández A., Diego. “Un novedoso paso en el camino de la integración jurídica interamericana”, en Anuario Argentino de Derecho Internacional, Asociación Argentina de Derecho Internacional, Córdoba, 2002, p. 112.

sin existir una facultad amplia de adaptación a la realidad de cada nación, incluso considerando el mecanismo de reserva. Otro argumento esgrimido a favor de una ley modelo, es que el texto final de las convenciones en el marco de las CIDIP, debe ser aprobado en un lapso muy corto, por lo que muchas veces se hacen concesiones entre los Estados miembros, que finalmente no satisfacen el objeto de la regulación. De esa manera, los países ante la disyuntiva de ratificar o no una convención, a pesar de que se trate de un tema de gran relevancia, prefieren no ratificarlo. Esta situación ha provocado que desde la tercera CIDIP, haya bajado la tasa de ratificación de las diversas convenciones. Ante esto, se optó por la modalidad de la Ley Modelo, cuya diferencia estriba en que regula un tema de relevancia, proponiendo a los países la forma “ideal” de tratar el tema de manera de que estos puedan extraer el espíritu, los principios fundamentales y disposiciones relevantes, para introducirlos en su legislación interna, adaptándola a su realidad. Otro argumento a favor de esta vía, es que tanto el tema del transporte terrestre como las garantías mobiliarias no soportaban la rigidez de una convención, especialmente en el caso de las garantías mobiliarias, ya que se trata de una regulación de raigambre norteamericano, que involucra principios y conceptos muchas veces desconocidos para la tradición jurídica latinoamericana. Lo que según algunos, además de dificultar mucho su posterior ratificación, incluso podría haber impedido su aprobación en la CIDIP VI.³²

Cabe señalar que si bien a partir de ese momento se comenzó a utilizar el concepto de Ley Modelo, las convenciones aprobadas con anterioridad, aún cuando no han tenido altos índices de ratificación, han operado en la práctica como leyes modelos, siendo directrices en las reformas legislativas de los diversos Estados, y por lo tanto, han gozado de éxito como fuentes

³² Kleinheisterkamp, Jan y Fernandez A., Diego. Op.cit., p. 114.

inspiradoras de transformaciones del derecho interno de cada país, contribuyendo a la labor armonizadora del derecho americano.³³

Al concluir la CIDIP V, se vislumbró dentro de los temas primordiales para la CIDIP VI, la uniformidad y armonización de los sistemas de garantías comerciales y financieras internacionales. Este tema fue tratado, entre otros, en la primera reunión de expertos preparatoria de la CIDIP VI, acordándose que su labor se orientaría en ese ámbito a la redacción de una ley modelo de garantías mobiliarias.

El NLCIFT comenzó la tarea de socialización de este modelo con anterioridad, presentándolo en México en 1998, en la Primera Conferencia Interamericana de la Banca, y con posterioridad, en la primera reunión de expertos de la CIDIP VI.

La propuesta estaba constituida por una reglamentación que reflejaba los siguientes siete principios:

- 1° Creación de una garantía mobiliaria única y uniforme;
- 2° Extensión automática del gravamen original a otros bienes adquiridos con posterioridad;
- 3° Posibilidad de extensión automática del gravamen original al producto de la venta de los bienes originalmente gravados y las nuevas generaciones de bienes de reemplazo o transformados;
- 4° Segregación de aquellos bienes futuros que sean adquiridos en virtud de un crédito por el precio de la compra;
- 5° Inoponibilidad de la garantía al consumidor;

³³ Samtleben, Jürgen. “Los resultados de la labor codificadora de la CIDIP desde la perspectiva europea” en: España y la codificación internacional del Derecho internacional privado. Terceras Jornadas de Derecho internacional privado. San Lorenzo de El Escorial 13 y 14 de diciembre de 1991, Madrid: Eurolex, 1993, p. 302.

6° Establecimiento de un sistema de ejecución ágil y efectivo, incluyendo la rápida reposición o adjudicación de la garantía y la disposición privada del bien dado en garantía; y

7° La publicidad por registro, contemplando la expansión del concepto de bienes muebles sujetos a una garantía sin desposesión y el principio de publicidad o notificación adecuada, por un lado, y el registro de deudores y la descripción de la garantía, por otro.³⁴

Es importante señalar que el proyecto elaborado por el NLCIFT representa básicamente la ley de garantías mobiliarias utilizada en Estados Unidos y adoptada por Canadá. En el caso de Estados Unidos se trata de una ley adoptada a nivel nacional y establecida en el artículo 9 del Uniform Commercial Code. Este modelo es considerado muy idóneo y funcional, razón por la cual las diversas iniciativas a nivel mundial de modificación legislativa en este ámbito, han tomado este sistema como modelo. En este sentido, en el año 1993 el Banco de Reconstrucción y Fomento Europeo elaboró una ley modelo sobre transacciones garantizadas para orientar los países del centro y este de Europa, los redactores de esta ley modelo han asumido que se guiaron por la legislación estadounidense.

México tuvo una importante participación en la discusión de la Ley Modelo de la OEA, trabajando en conjunto con el NLCIFT e incluso en el año 2001 presentó su propio proyecto de ley modelo sobre garantías mobiliarias partiendo de la base del elaborado por el NLCIFT, pero con algunas modificaciones tendientes a compatibilizarla mejor con la tradición jurídica de América Latina. Estados Unidos aceptó la propuesta de México, convirtiendo este documento en la base para ser discutida en la CIDIP VI, esencialmente porque representaba un aporte positivo al texto de la Ley Modelo y además, quedaban mejor representados los países latinoamericanos, lo que evidentemente favorecería la acogida de esta iniciativa.

³⁴ Kleinheisterkamp, Jan y Fernandez A., Diego. Op.cit., p. 124.

Días previos al comienzo de la CIDIP VI, Canadá presentó su propio proyecto de ley modelo sobre garantías mobiliarias, basado en las anteriores propuestas, pero conteniendo a la vez varias modificaciones que resguardaban los principios ya enunciados y que a la vez mejoraban su texto. Ese documento fue conocido por la mayoría de las delegaciones al comenzar la CIDIP VI lo que otorgaba un lapso bastante corto de discusión y análisis de las iniciativas, ya que esta conferencia se celebraría entre el 4 y el 8 de febrero del año 2002, imponiendo jornadas a los expertos que durarían hasta la madrugada.

La conferencia fue presidida por el ministro de Relaciones Exteriores de Uruguay, Embajador Didier Operti y en la primera sesión plenaria se decidió organizar tres comisiones de trabajo. La primera comisión se abocaría al tema de transporte terrestre, la segunda comisión a las garantías mobiliarias y la tercera al tema de contaminación transfronteriza. La segunda comisión, en su primera reunión el día 4 de febrero del año 2002, eligió como presidente a José Luis Siqueiros de México y como Co-presidente al profesor Boris Kozolchyk, representante de Estados Unidos,³⁵ quien además fue el autor intelectual del proyecto elaborado por el NLCIFT, lo que evidentemente fue un factor esencial para la aprobación del proyecto, ya que el podía realizar una perfecta explicación y justificación de los elementos del mismo. El trabajo de redacción fue realizado con la participación de todos los miembros de la comisión, en la cual Boris Kozolchyk realizó una relación del proyecto y posteriormente se analizó artículo por artículo, planteando las modificaciones necesarias en ese mismo acto.³⁶

Desde el inicio la comisión estableció como objetivos de la ley uniforme que se discutirían, los siguientes aspectos:

a) Facilitar el acceso al crédito ampliando el espectro de bienes susceptibles de garantía;

³⁵ Acta final CIDIP VI en <http://www.oas.org/dil/esp/CIDIPVI-actafinal.htm>

³⁶ Informe del relator de la comisión II (Sistemas de Garantías Mobiliarias) en http://www.oas.org/dil/esp/CIDIP-VI-informe_relator2.htm

- b) Simplificar los procedimientos de constitución de la garantía mobiliaria, procurando el abaratamiento de sus costos;
- c) Establecer criterios claros y precisos respecto a la publicidad de los diferentes tipos de garantías mobiliarias, así como del instrumento funcional para determinar el grado de prelación entre los distintos acreedores;
- d) Estandarizar los aspectos documentales y registrales concernientes a la garantía;
- e) Asegurar la eficacia de la garantía mediante el establecimiento de criterios previsibles y detallados sobre el orden de prelación de las garantías;
- f) Procurar celeridad en los procesos de ejecución de la garantía, evitando pérdidas innecesarias y brindando una protección razonable al deudor garante.³⁷

Finalmente, a partir de la discusión, este ha sido el texto que más modificaciones ha sufrido en el transcurso de una CIDIP, esencialmente para compatibilizar el documento estadounidense-mexicano con el canadiense. En este sentido, se acordó por la comisión tomar como base el texto elaborado por Estados Unidos y México en conjunto, cotejándolo con el documento presentado por Canadá.³⁸

2.6 Fuentes de la Ley Modelo Interamericana sobre las Garantías Mobiliarias.

La Ley Modelo tiene variadas fuentes, provenientes de diversos países. Pasaremos a revisar someramente cada una de estas fuentes para explicar que este sistema no es meramente una construcción teórica, resultado de una serie de reuniones entre expertos, sin aplicación práctica previa. Por el contrario, responde a un modelo que tiene sus orígenes en siglos pasados y que ha evolucionado adaptándose a la realidad y necesidades actuales, con lo cual ha

³⁷ Informe del relator de la comisión II (Sistemas de Garantías Mobiliarias) en http://www.oas.org/dil/esp/CIDIP-VI-informe_relator2.htm

³⁸ Informe del relator de la comisión II (Sistemas de Garantías Mobiliarias) en

demostrado su eficacia práctica. Expondremos cada uno de los modelos y etapas que sirven de fundamento a este sistema.

2.6.1 Préstamo comercial inglés del siglo XVIII.

En el siglo XVIII nació en Inglaterra la prenda sin desplazamiento, esta fue una importantísima contribución, ya que si bien la prenda existía hace muchos siglos, solamente se contemplaba aquella en que al acreedor aseguraba su crédito con la tenencia de un bien del deudor. La prenda sin desplazamiento surge de la necesidad de garantizar obligaciones con bienes de rápida desvalorización, y por tanto, dentro de relaciones contractuales de corta duración. Por otro lado, el surgimiento de la prenda sin desplazamiento, permitió la auto-cancelación de los créditos, es decir, que el pago del crédito fuera posible gracias a la venta de los bienes pignorados o de la venta de bienes producidos a partir de ellos, o mediante la utilización de las maquinarias preñadas para la producción. Por lo tanto, ya en sus inicios la prenda sin desplazamiento se constituye generalmente sobre los elementos que componen el negocio de una persona, tales como el inventario, maquinarias y las cuentas por cobrar. Cabe destacar, que si bien este tipo de prenda nació en esa época, no estaba legislada ni era completamente reconocida por la judicatura, por lo tanto la prenda flotante, que es aquella que se constituye sobre bienes de inventario y maquinarias, no recibía la publicidad y acciones posesorias adecuadas.³⁹

2.6.2 Préstamo comercial del siglo XX en Estados Unidos.

En el siglo XX el sistema crediticio de Estados Unidos experimentó un importante auge, agregando más agentes intermediarios a la pirámide crediticia del siglo XVIII existente en

³⁹ Kozolchyk, Boris y Wilson, John. “La Ley Interamericana de Garantías Mobiliarias (Ley Modelo) de la Organización de Estados Americanos”, NLCIFT, Tucson, Arizona, 2003, p. 7.

Inglaterra. Además, el número de bancos aumentó considerablemente, siendo éstos menos específicos que los ingleses del siglo anterior.⁴⁰ En este contexto, un importante aporte surgió a partir del comercio fluvial, el “*trust receipt*” o recibo fiduciario, consistente en que el importador podía pagar con una garantía, y a la vez revender la mercancía o transformarla y venderla, ya que el acreedor liberaba los documentos legitimadores a cambio de la entrega de un recibo fiduciario firmado. Esto le daba derecho a perseguir los bienes atribuibles a su crédito, resarcándose con el producto de la venta o permuta que haya realizado el deudor.

Además los créditos de consumo vivieron un gran auge tras la Segunda Guerra Mundial, lo que se debió esencialmente a la creación de las tarjetas de crédito y las líneas de crédito. El hecho de que estos créditos de consumo tenían tasas de interés razonables, alentó su crecimiento, lo que aumentó las compras a los minoristas, de estos a los mayoristas y de los mayoristas a los fabricantes.

La demanda y otorgamiento de crédito en Estados Unidos, se ha visto muy favorecida debido a que todo bien susceptible de valoración en el mercado puede constituirse como garantía, incorporando tanto cosas corporales e incorporeales.

2.6.3 Artículo 9 del Uniform Commercial Code (UCC).

Los principios elaborados por el NLCIFT que sirvieron de base a la propuesta de la Ley Modelo, son extraídos del sistema vigente en esa materia en los Estados Unidos. Se trata del artículo 9 del UCC. Habitualmente las leyes del ámbito civil en los Estados Unidos suelen ser diferentes de un Estado a otro, sin embargo esta norma es aplicada uniformemente en todo el país, ya que ha sido adoptada por todos los Estados federales. El UCC fue elaborado por el American Law Institute y la National Conference of Commissioners on Uniform State Laws y se

⁴⁰ Ibid., p. 7.

promulgó en 1951. Esta normativa se caracteriza por establecer sólo un tipo de garantía mobiliaria contractual y por la exigencia de inscripción para la oponibilidad frente a terceros. Cabe señalar que con anterioridad a la vigencia de esta ley, tal como sucede en la mayor parte de América Latina existía una diversidad de tipos de garantías mobiliarias en cada uno de los Estados. La última modificación al artículo 9 del UCC, que amplía el ámbito de aplicación y moderniza el sistema de registro, entró en vigencia el año 2001.

Existe una opinión mayoritaria en cuanto a considerar que el modelo utilizado en Estados Unidos funciona eficientemente y es una herramienta útil para aumentar el acceso al crédito. Esta apreciación positiva en cuanto a su funcionamiento, ha provocado que la mayoría de las iniciativas actuales de regulación de esta materia hayan tomado como modelo este sistema.⁴¹

Cabe agregar que este modelo también fue adoptado por Canadá, país que prestó una importante contribución a la redacción de la Ley Modelo.

Por último, no se debe desconocer, que si bien en un principio el NLCIFT elaboró su propuesta de Ley Modelo en base al sistema norteamericano, México aportó en gran medida al texto que finalmente fue aprobado por la CIDIP VI, adecuando la propuesta al derecho continental de raigambre romana, de manera de armonizar este modelo con la tradición jurídica de América Latina. Un ejemplo de esta intención es la petición por parte de México de incluir un artículo que explicara los conceptos contenidos en la Ley Modelo,⁴² ya que ocupa algunos términos que no son habitualmente utilizados en Latinoamérica.

⁴¹ Kleinheisterkamp, Jan y Fernández A., Diego. Op.cit., p. 125 y 126.

⁴² Véase artículo 3° de la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias de la OEA.

CAPITULO III

Análisis ley modelo interamericana sobre garantías mobiliarias.

En este capítulo trataremos el texto de la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias. Esta propuesta modelo tiene varias innovaciones con respecto al tratamiento que se ha dado habitualmente a las garantías mobiliarias en América Latina y el Caribe. Considerando, que esta ley es el objeto principal de esta memoria y con el fin de permitir un acabado conocimiento de ella, revisaremos todo su articulado.

La Ley Modelo Interamericana de Garantías Mobiliarias de la OEA, consta de 72 artículos, 10 capítulos y 8 títulos, estos últimos tratan el ámbito y aplicación general, la constitución, la publicidad, el registro, las reglas de prelación, la ejecución, el arbitraje, los conflictos de leyes y alcance territorial de la aplicación.

3.1 Ámbito y aplicación general.

En primer lugar, se debe señalar que la ley modelo se aplica solo a garantías convencionales y no a las garantías prescritas por la ley.⁴³ Esto se desprende del artículo 2º de la Ley Modelo sobre Garantías Mobiliarias de la OEA, el cual señala expresamente que las garantías mobiliarias a que se refiere esta Ley se constituyen contractualmente.

3.2 Obligaciones garantizables.

⁴³ Kozolchyk, Boris y Wilson, John. Op.cit., p. 24.

La Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias, que en adelante denominaremos “Ley Modelo”, de acuerdo a su artículo 1º, tiene por objeto regular garantías mobiliarias constituidas con el fin de garantizar obligaciones de toda naturaleza, presentes o futuras, determinadas o determinables.

Este artículo caracteriza perfectamente una noción moderna de garantía mobiliaria, estableciendo su abstracción respecto a la obligación que asegura, que de acuerdo a lo que expresa el artículo podrá ser futura, es decir, de esa manera se podría por ejemplo, constituir garantía sobre un inventario para garantizar una línea de crédito, inscribiendo la garantía en el registro previo al nacimiento de la obligación, asegurándole de esa manera al acreedor la preferencia que requiere.

El artículo 4º de la ley señala, que además de la deuda principal se pueden garantizar obligaciones tales como:

- 1) Los intereses ordinarios y moratorios generados por la suma principal de la obligación garantizada, calculados de acuerdo a lo que se establezca en el contrato de garantía, si no se ha acordado nada al respecto se calculará de acuerdo a la tasa de interés legal vigente a la fecha del incumplimiento;
- 2) Las comisiones que deban pagarse al acreedor garantizado, de acuerdo a lo determinado en el contrato de garantía;
- 3) Gastos razonables del acreedor garantizado ocasionados por la guarda y custodia de los bienes en garantía;
- 4) Los gastos en que razonablemente incurra el acreedor garantizado con motivo de los actos necesarios para llevar a cabo la ejecución de la garantía;

- 5) 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;
- 6) La liquidación convencional de daños y perjuicios cuando hubiere sido pactada.

3.3 Bienes susceptibles de ser constituidos como garantía.

La Ley Modelo, establece que las garantías mobiliarias pueden constituirse 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 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.

Esto significa, que los bienes susceptibles de constituirse en garantía al igual que las garantías sobre los mismos son de número abierto, es decir, no se encuentran limitadas a figuras pre-existentes, como es el caso de las prendas con o sin desplazamiento o las hipotecas mobiliarias, o ventas con reserva o retención de dominio, etc.⁴⁴ Un número cerrado o fijo de bienes garantizables suele ser propio de países en vías de desarrollo,⁴⁵ en cambio un número abierto de bienes pignorables le otorga al mercado la facultad de determinar cuáles son los bienes apreciados con el fin de ser constituidos como garantía.

Cabe agregar que en la garantía mobiliaria sobre bienes futuros o a adquirir posteriormente, la Ley Modelo establece que se gravarán los derechos del deudor garante

⁴⁴ Los 12 Principios del NLCIFT para las Garantías Mobiliarias en las Américas, National Law Center for Inter-American Free Trade, 2006.

⁴⁵ Kozolchyk, Boris. “El crédito comercial y su efecto en la disminución de la pobreza”, National Law Center for Inter-American Free Trade, 2006, p. 6.

(personales o reales) respecto de tales bienes, sólo a partir del momento en que el deudor garante adquiriera tales derechos.

El artículo 1° otorga a los Estados la posibilidad de que declaren que esta Ley Modelo no se aplique a ciertos tipos de bienes muebles. Esta limitación deberá ser señalada expresamente en el texto de la ley que adopte cada Estado al respecto. De esta manera, la Ley Modelo consagra la reserva o declaración de no aplicabilidad, aceptando la coexistencia de garantías especiales establecidas por la ley interna o que requieran por sus características particulares un tratamiento o forma de publicidad diversa. Como por ejemplo los títulos valores o representativos desmaterializados, o los inmuebles por destinación o adherencia.⁴⁶

3.4 Terminología de la Ley Modelo.

El artículo 3 de la Ley Modelo está dedicado a las definiciones, fijando el alcance de los términos relevantes para su aplicación. La inclusión de definiciones es de gran importancia, ya que la Ley Modelo se inspira en el derecho anglosajón, incorporando figuras jurídicas desconocidas en Latinoamérica o bien, conocidas con un distinto alcance. Los términos definidos son los siguientes:

- **Registro:** el Registro de Garantías Mobiliarias.
- **Deudor garante:** la persona, sea el deudor principal o un tercero, que constituye una garantía mobiliaria conforme a la Ley Modelo.
- **Acreeedor 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.

⁴⁶ Kozolchyk, Boris y Wilson, John. Op. cit., p. 27.

- **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 por la adquisición de dichos bienes pertenecientes a una persona dedicada a comerciar bienes de esa naturaleza.

- **Bienes Muebles en Garantía:** se refiere a cualquier bien mueble, incluye créditos y otros

tipos de bienes incorporales, tales como bienes de propiedad intelectual, o categorías 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.

- **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.

- **Formulario de Inscripción Registral:** es el formulario proporcionado por el Registro a

través del cual se realiza la inscripción de la garantía mobiliaria, el que deberá contener a lo menos, los datos necesarios para la identificación del solicitante, del acreedor garantizado, del deudor garante, del o de los bienes en garantía, del monto máximo garantizado por la garantía mobiliaria y de la fecha del vencimiento de la inscripción.

- **Inventario:** es 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.
- **Garantía Mobiliaria de Adquisición:** es una garantía otorgada a favor de un acreedor - inclusive un proveedor - que financia la adquisición por parte del deudor de bienes muebles corporales sobre los cuales se crea la garantía mobiliaria. Esta garantía mobiliaria puede garantizar la adquisición presente o futura de bienes muebles.
- **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.

3.5 Constitución de la garantía mobiliaria.

La garantía mobiliaria se constituye mediante un contrato celebrado entre el deudor garante y el acreedor garantizado, de acuerdo a lo prescrito por el artículo 5° de la Ley Modelo. El artículo 6° agrega que en el caso de las garantías mobiliarias sin desposesión, la garantía deberá constituirse a través de contrato escrito y surte efecto entre las partes desde el momento de su suscripción, salvo que se estipule pacto en contrario.

Con respecto al contrato de garantía se debe señalar, que en la actualidad se estima que la noción de garantía mobiliaria como accesorio al contrato de préstamo preexistente, no es compatible con un sistema de garantías moderno. Ya que si se conservara esta concepción, no existiría la posibilidad de realizar pre-registros para asegurar futuros adelantos, como por ejemplo para el establecimiento de una línea de crédito. La existencia de un contrato de garantía autónomo del préstamo, permite que el acreedor registre su garantía previo al desembolso del

dinero, una vez que exista acuerdo sobre el otorgamiento del crédito para alcanzar la prioridad que desea.⁴⁷

Por otro lado, la garantía mobiliaria con desposesión, es decir, aquella en que la tenencia del bien mueble se traspasa al acreedor garantizado, según lo señalado por el artículo 8° “*surtirá 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 éste, salvo pacto en contrario.*”

3.6 Elementos esenciales del contrato de garantía escrito.

La Ley Modelo en su artículo 7° establece las menciones mínimas que otorgarán la suficiencia necesaria al contrato por el cual se constituye una garantía mobiliaria. Por lo tanto, todo contrato de constitución de una garantía mobiliaria debe contener a lo menos las siguientes menciones:

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, la que 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.

⁴⁷ Kozolchyk, Boris y Wilson, John. Op. cit., p. 14.

Agrega el mismo artículo que *“La escritura podrá hacerse a través de cualquier medio de comunicación fehaciente que deje constancia del consentimiento de las partes sobre la constitución de la garantía, incluyendo el telex, telefax, intercambio electrónico de datos, correo electrónico, y medios ópticos o similares.”* Con ello, la ley busca simplificar el proceso de constitución de las garantías mobiliarias, eximiendo a las partes de exigencias de solemnidades onerosas, como la escritura pública.

3.7 Derechos y obligaciones del deudor garante.

En las garantías mobiliarias sin desposesión, el deudor garante o cualquier persona que adquiera los bienes sujetos a la garantía, salvo pacto en contrario, tendrá según el artículo 9° 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.

3.8 Perfeccionamiento y publicidad de la garantía mobiliaria.

El perfeccionamiento de la garantía mobiliaria se realiza en la Ley Modelo a través de su publicidad. En un sistema de garantías mobiliarias que contemple cauciones sin desplazamiento del bien afecto a ella, la seguridad del acreedor está dada por el registro y publicidad de la garantía. Por ello, es primordial que una ley de garantías mobiliarias moderna establezca métodos de publicidad efectivos, para que la constitución de la garantía sea conocida por terceros de manera fácil y a bajo costo,⁴⁸ con el objetivo de generar confianza y transparencia en el mercado, y facilitar de esa manera el otorgamiento de créditos.

El artículo 10 dispone, que los derechos que confiere la garantía mobiliaria sólo serán oponibles a terceros cuando se dé publicidad a la garantía. Existen tres vías para dar publicidad a ella:

- a) Se le podrá dar publicidad a una garantía mobiliaria sobre cualquier tipo de bienes muebles en garantía por medio de su inscripción registral, salvo las cartas de crédito.
- b) Por otro lado, la garantía mobiliaria con desposesión, es decir, aquella en que la tenencia del bien mueble se traspa al acreedor garantizado, según lo señalado por el artículo 8° *“surtirá 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 éste, salvo pacto en contrario.”*

⁴⁸ Kozolchyk, Boris. Op.cit., p.7.

c) De acuerdo al artículo 30, en caso de que un tercero tenga el bien afecto en nombre y cuenta del acreedor, se entiende realizada la publicidad desde que el tercero reciba prueba escrita de la garantía mobiliaria. El tercero depositario además tendrá la obligación, ante la solicitud de un interesado, de informarle si ha recibido notificación de la existencia de una garantía mobiliaria.

La efectividad de una garantía mobiliaria entre el acreedor garantizado y el deudor existirá por el solo hecho de la celebración del contrato. Sin embargo, los derechos de terceros, incluyendo los de los acreedores quirografarios con sentencias de embargo o remate y los de los síndicos, se podrán afectar solamente si la garantía mobiliaria se publicitó adecuadamente.⁴⁹

Finalmente cabe agregar que a través de la publicidad de las garantías mobiliarias se pretenden eliminar los gravámenes ocultos o secretos.

3.8.1 Publicidad de garantías mobiliarias de adquisición.

A las garantías mobiliarias de adquisición, debe dársele publicidad por medio de la inscripción de un formulario de inscripción registral que haga referencia sobre el carácter especial de la garantía y que describa los bienes gravados por la misma.

3.8.2 Publicidad de cuentas por cobrar y otras disposiciones relacionadas.

La Ley Modelo utiliza el término “créditos” en vez de “cuentas por cobrar”. Las reglas contenidas en el capítulo III, se aplican a toda transferencia de cuentas por cobrar según el

⁴⁹ NLCIFT. Los 12 Principios del NLCIFT para las Garantías Mobiliarias en las Américas, National Law Center for Inter-American Free Trade, 2006.

artículo 13. En la práctica es muy difícil distinguir entre las ventas⁵⁰, transferencias y cesión en garantía de las cuentas por cobrar. Además resultaría muy costosa la notificación a cada deudor de un crédito dado en garantía, por ello la comisión II de la CIDIP VI determinó que la publicidad de las garantías mobiliarias constituidas sobre cuentas por cobrar se producirá con la correspondiente inscripción en el Registro, en virtud de lo cual se hace oponible a terceros. Por ello, el artículo 14 de la Ley Modelo dispone que “*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.*” Cabe agregar que en esta materia la Ley Modelo siguió en varios aspectos lo establecido por la Convención de las Naciones Unidas sobre Transferencia de Cuentas por Cobrar en el Comercio Internacional.⁵¹

Salvo en lo que disponga la propia Ley Modelo, la garantía mobiliaria que se otorgue sobre cuentas por cobrar, no puede modificar la relación jurídica subyacente, ni hacer más onerosas las obligaciones del deudor del crédito cedido sin su consentimiento, según indica el artículo 15.

El artículo 17 de la Ley Modelo establece que el deudor de la cuenta por cobrar puede optar entre pagar al deudor garante o al acreedor garantizado, es decir, al cesionario. Sin embargo, una vez que el deudor de la cuenta por cobrar reciba notificación del acreedor garantizado, que contenga instrucción de efectuarle el pago a él, solo podrá pagar válidamente a éste último. Sin perjuicio de lo anterior, el deudor de la cuenta por cobrar cedida podrá solicitar al acreedor garantizado prueba de que la garantía mobiliaria se ha constituido válidamente. En caso de no proporcionarse dicha prueba dentro de un tiempo razonable, el deudor de la cuenta podrá pagar válidamente al deudor garante.

⁵⁰ Kozolchyk, Boris y Wilson, John. Op. cit., p. 41.

⁵¹ Ibid., p. 40.

Salvo pacto en contrario, la notificación del acreedor cesionario al deudor de la cuenta por cobrar, solo se podrá efectuar una vez que ocurra un incumplimiento que autorice la ejecución de la garantía. Esta notificación al deudor de la cuenta por cobrar podrá realizarse por cualquier medio de comunicación generalmente aceptado, dejando la determinación del tipo de notificación y la fijación del plazo al país adoptante de la Ley Modelo. Pero para que dicha notificación sea efectiva, la Ley Modelo dispone que debe contener la identificación del crédito respecto al cual se solicita el pago, e incluir instrucciones de pago suficientes para que el deudor del mismo pueda cumplir con lo ordenado en la notificación.

El artículo 18 dispone, que en aquellos casos en que se notifique al deudor de la cuenta por cobrar cedida más de una garantía mobiliaria sobre la misma cuenta, el deudor de la cuenta deberá efectuar el pago de conformidad con las instrucciones de pago contenidas en la primera notificación recibida. Sin embargo, se preservan las acciones que puedan existir entre los acreedores para hacer efectivo el orden de prelación establecido por la Ley Modelo.

Aun cuando exista pacto entre el deudor garante y el deudor de la cuenta por cobrar para limitar el derecho a constituir una garantía o ceder el crédito, la garantía mobiliaria será válida, salvo en el caso de las obligaciones bajo carta de crédito. De todas maneras, subsistirá la eventual responsabilidad del deudor garante por haber incumplido ese acuerdo.

Respecto a las excepciones que podrá oponer el deudor de la cuenta por cobrar, el artículo 20 dispone, que puede oponer en contra del acreedor garantizado todas las excepciones derivadas del contrato original o de cualquier otro contrato que fuere parte de la misma transacción.

A lo anterior se agrega, que el deudor de la cuenta por cobrar puede oponer cualquier otro derecho de compensación en contra del acreedor garantizado, siempre y cuando dicho derecho se

encontrara disponible para el deudor de la cuenta al momento de recibir la notificación. Sin embargo, el deudor de la cuenta puede acordar con el deudor garante o cedente, por escrito que renuncia a oponer, en contra del acreedor garantizado, excepciones y derechos de compensación que tendría derecho a oponer.

Sin perjuicio de lo anterior, existen dos clases de excepciones que son irrenunciables:

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.

3.8.3 Publicidad de garantías sobre obligaciones contractuales y extracontractuales.

Los artículos 21 y 22 de la ley se refieren a garantías constituidas sobre las reclamaciones resultantes de obligaciones contractuales y extracontractuales, cuya singularidad radica en que su monto no se encuentra determinado al momento de la constitución de la garantía. La ley Modelo utiliza en su capítulo IV el término obligación no monetaria, en vez de obligaciones contractuales y extracontractuales, sin embargo este término según parte de la doctrina podría llevar a confusión, debido a que en algún momento durante o con posterioridad a la constitución de la garantía, la obligación contractual o extracontractual deberá ser susceptible de apreciación pecuniaria, para poder ser objeto de una garantía mobiliaria.⁵²

La publicidad de este tipo de garantías, se realiza a través de su inscripción registral. En este caso, el acreedor garantizado tiene el derecho a notificar a la persona obligada para que dé cumplimiento a dicha obligación o que la ejecute en su beneficio hasta el grado permitido por la naturaleza de la misma. La persona obligada sólo podrá rehusarse por una “causa razonable”.

⁵² Ibid., p. 42.

Con ello la ley da cabida a que cada país adoptante determine la razonabilidad de la excusa según sus propios criterios legales.

3.8.4 Publicidad de garantías sobre cartas de crédito.

La entidad que redactó el proyecto de la Ley Modelo, el NLCIFT, pudo detectar a través de sus estudios preparatorios que existen ciertos bienes que son muy valorados en el ámbito del comercio internacional, pero que a la vez son poco utilizados como garantía en América Latina y el Caribe. Entre aquellos bienes destacan: el crédito documentario, es decir, la carta de crédito y el crédito contingente (*standby letter of credit*); la cesión al derecho de pago de estos créditos (*assignment of proceeds*); y el derecho al giro o demanda de pago en calidad de causahabiente del beneficiario.⁵³

Respecto a la publicidad de garantías mobiliarias constituidas afectando bienes de esta naturaleza el artículo 23 de la Ley Modelo establece que se le dará “*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 persona o entidad que no sea el banco obligado. Salvo el caso en que la carta de crédito se haya enmendado para que el acreedor garantizado gire contra el banco emisor, la entrega al banco no habilita al acreedor garantizado 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.*”

Existe la posibilidad de que el beneficiario (deudor garante) ceda al acreedor garantizado su derecho a girar contra una carta de crédito obteniendo la emisión de un crédito transferible a nombre del acreedor garantizado como cesionario-beneficiario. La validez y efecto respecto de

⁵³ Ibid., p. 42

terceros de dicha transferencia se regula por las disposiciones aplicables y vigentes de las Prácticas y Costumbres Uniformes para Créditos Documentarios de la Cámara de Comercio Internacional.

Además, el artículo 25 de la Ley Modelo establece que si la garantía afecta los fondos de una carta de crédito condicionada al cumplimiento de algún requisito por parte del beneficiario, su publicidad se llevará a cabo mediante la inscripción en el registro, *“pero no será ejecutable contra el banco emisor o confirmante hasta la fecha y hora en la cual éste dé su aceptación bajo los términos y condiciones que regulen el pago de la carta de crédito.”* El artículo 26 agrega, que *“si la obligación garantizada consiste en la emisión futura de un crédito o en la entrega futura de un valor 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. En caso de haberse efectuado la inscripción de la garantía, esta se podrá cancelar, y el acreedor garantizado deberá remitir una liberación firmada al banco emisor o confirmante autorizando a éste a pagar al beneficiario (deudor garante) de acuerdo con sus términos y condiciones originales.”*

3.8.5 Publicidad de instrumentos y documentos.

El análisis realizado por el NLCIFT también concluyó que los títulos de crédito y documentos representativos eran otro tipo de garantía poco utilizado en América Latina. En la Ley Modelo estos son denominados respectivamente, instrumentos y títulos representativos de

mercaderías. En la práctica, estos títulos representativos en América Latina suelen ser inmovilizados en almacenes generales de depósito.

Si el bien mueble en garantía corresponde a un documento cuyo título es negociable, se deberá dar publicidad a la garantía mobiliaria por medio del endoso o por la mera entrega.

A su vez el artículo 28 dispone que en aquellos casos en que un título representativo de mercaderías es creado, transferido o prendado electrónicamente, se deberán aplicar para la creación de transferencia o prenda las reglas especiales del registro electrónico correspondiente.

El artículo 29 señala, que en aquellos casos en que el acreedor garantizado dé publicidad a su garantía mobiliaria a través 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.

Si los bienes muebles representados por el documento se encuentran en posesión de un tercero depositario o en un almacén de depósito, la publicidad de la garantía mobiliaria se efectúa notificando por escrito al depositario o al respectivo almacén de depósito.

3.8.6 Publicidad de bienes en posesión de un tercero.

Si el deudor garante consiente, el acreedor garantizado podrá tener los bienes a través de un tercero, en calidad de depositario. En este caso, se entiende realizada la publicidad cuando el tercero recibe prueba escrita de la garantía mobiliaria. Este tercero tendrá la obligación, ante la solicitud de cualquier interesado, de informar si se le ha notificado la existencia de una garantía mobiliaria sobre los bienes en su posesión.

3.8.7 Publicidad de garantía sobre inventario.

La publicidad de inventarios integrados por bienes presentes y futuros, tanto como de sus bienes atribuibles, o parte del mismo, puede realizarse por medio de una única inscripción registral.

3.8.8 Publicidad de garantía sobre derechos de propiedad intelectual.

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 la Ley Modelo, además cuando otra ley o convención internacional aplicable requiera que el título de este tipo de bienes muebles sea inscrito en un registro especial y contenga normas relativas a las garantías constituidas sobre dicha propiedad, dichas disposiciones tendrán precedencia con respecto a la Ley Modelo, en lo referente a cualquier incongruencia entre ambas.

En esta disposición se reitera el reconocimiento de los redactores de la Ley Modelo a las regulaciones internas de ciertos bienes que eventualmente requieren un tratamiento distinto.

3.8.9 Publicidad de la garantía de adquisición.

Según señala el artículo 40 de la Ley Modelo, para dar publicidad a una garantía mobiliaria de adquisición y para que ésta sea oponible frente a acreedores garantizados

previamente con garantía sobre el mismo tipo de bienes⁵⁴, el acreedor con garantía de adquisición debe cumplir con ciertos requisitos, antes de que el deudor garante tome posesión de dichos bienes:

- 1) Debe inscribir en el formulario de inscripción registral una anotación que indique el carácter especial de la garantía mobiliaria de adquisición; y
- 2) Debe notificar a los acreedores garantizados con anterioridad sobre el mismo tipo de bienes, indicando cuáles son los bienes que el nuevo acreedor garantizado espera adquirir mediante la garantía mobiliaria de adquisición.

3.9 Obligaciones del acreedor en posesión de los bienes en garantía.

Son obligaciones del acreedor en posesión de los bienes en garantía, según indica el artículo 33:

- 1) Ejercer el 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.
- 2) Mantener los bienes de tal forma que permanezcan identificables. Esta obligación no será aplicable si se trata de fungibles.
- 3) Usar los bienes en garantía dentro del marco estipulado en el contrato de garantía.

El artículo 34 regula la conversión de las garantías, que permite convertir una garantía con desposesión en una garantía sin desposesión, manteniendo la misma prelación. Para ello, antes de devolverse los bienes muebles al deudor garante debe realizarse la inscripción registral.

⁵⁴ Generalmente se trata de un acreedor garantizado previamente con una caución que afecta todos los bienes presentes y futuros o el inventario del deudor garante.

3.10 Registro de las garantías mobiliarias.

Uno de los asuntos esenciales de la Ley Modelo es fomentar el registro de garantías mobiliarias en América, como una de las dos formas de dar publicidad a las garantías mobiliarias y eliminar de esa manera los gravámenes ocultos.⁵⁵ La importancia del registro resalta ya en el artículo 1° de la Ley Modelo, que en su inciso final, impone el deber a los países adoptantes de *“crear un registro único y uniforme que sea aplicable a toda figura de garantías mobiliarias existente dentro del marco jurídico de cada Estado.”* El registro es el instrumento, mediante el cual la ley modelo busca incorporar todas las transacciones garantizadas en un solo mecanismo de garantía.⁵⁶ Cabe agregar, que dentro de los fines principales de la Ley Modelo esta compatibilizar y equilibrar los intereses del deudor, de los acreedores y terceros. Para ello es vital contar con información suficiente y eficaz sobre todas las garantías que un deudor haya constituido para caucionar sus obligaciones. En ese contexto, el acreedor deberá plasmar la información esencial sobre la garantía constituida (transacción y bien dado en garantía) y de esa manera, los terceros tendrán mayor conocimiento sobre el estado financiero del deudor.⁵⁷

Según lo prescrito por el artículo 35 de la ley, con la inscripción en el registro se da publicidad a una garantía mobiliaria y el principal efecto de la publicidad es hacer oponible frente a terceros la garantía. En consecuencia, con la fecha de inscripción se define la prioridad de la garantía, hecho que constituye un incentivo para que el acreedor realice la inscripción lo más pronto posible.⁵⁸

⁵⁵NLCIFT. Op.cit., 2.

⁵⁶ Wilson, John. “La Nueva Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias”, en XXVI seminario de Derecho Internacional Privado y Comparado, Tijuana, Baja California, México, 2002, p.3.

⁵⁷ Ibid., p. 9.

⁵⁸ Kozolchyk, Boris y Wilson, John. Op. cit., p. 49.

El artículo 36 dispone que la inscripción y sus eventuales prorrogas podrán ser realizadas por cualquier persona autorizada por el acreedor garantizado y el deudor garante.

Si otra ley o convención internacional aplicable requiere 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 la Ley Modelo, en lo referente a cualquier incongruencia entre ambas. De esta manera, en el artículo 37 la Ley Modelo nuevamente respeta y reconoce la co-existencia de registros especiales respecto a cierto tipo de bienes.

3.10.1 Formulario de inscripción.

Para facilitar el acto por medio del cual se inscribe en el Registro la garantía mobiliaria ya constituida, la Ley Modelo considera la creación de un formulario estandarizado, el cual debe ser regulado mediante un reglamento dictado por el país adoptante considerando su necesidades. Sin perjuicio de ello, el artículo 38 establece que los datos mínimos que debe contener el formulario son:

- 1) El nombre y dirección del deudor garante; si más de un deudor garante otorga garantía sobre los mismos bienes muebles, todos los deudores garantes deben identificarse separadamente en el formulario de inscripción registral;
- 2) El nombre y dirección del acreedor garantizado;
- 3) El monto máximo garantizado por la garantía mobiliaria;
- 4) La descripción de los bienes en garantía, que podrá ser de forma genérica o específica.

Cabe recalcar, que en la Ley Modelo no se dispone la inscripción del contrato de garantía, sino que solamente del formulario de inscripción registral, con esta herramienta se asegura la confidencialidad a las partes, sin descuidar la debida información de terceros. Por otro lado, un solo formulario registral puede servir para más de una transacción garantizada y extensiones de crédito. De esta forma, se posibilita que incluso se inscriba un formulario registral con anterioridad a la celebración de un contrato de garantía y que se inscriba una garantía para adelantos futuros, aún cuando el acreedor no ha entregado el dinero.⁵⁹ El formulario registral facilita además el registro remoto, a través de Internet u otro medio electrónico, ya que en él sólo se deben plasmar los datos esenciales y se podrán enviar en forma electrónica desde lugares distantes.

El hecho de que se realice la inscripción de un formulario y no del contrato de garantía, elimina la exhaustiva revisión de los documentos por parte de los funcionarios del registro, ya que los datos que contiene son mínimos y uniformes.⁶⁰

En la mayoría de las regulaciones latinoamericanas los bienes dados en garantía deben describirse de forma detallada, individualizándolos en forma indubitada. Considerando que uno de los atributos de la Ley Modelo es la posibilidad de gravar bienes futuros, atribuibles y fungibles, casos en los que resultaría imposible realizar una descripción pormenorizada, la Ley Modelo permite que se realice una descripción genérica en el contrato de garantía, de acuerdo al artículo 7° y en el formulario de registro, según el artículo 38.⁶¹

3.10.2 Vigencia de la inscripción en el registro.

⁵⁹ Ibid., p. 51.

⁶⁰ Ibid., p. 50.

⁶¹ Wilson, John. Ob. Cit., p. 9.

El artículo 39 indica, que la inscripción estará vigente durante cinco años y es renovable por períodos de tres años, conservando la prelación de la fecha de inscripción original.

3.10.3 Modificación de la inscripción en el registro.

El artículo 41 indica que los datos de la inscripción se podrán modificar en todo momento, para ello se utiliza un formulario de modificación. Esta modificación tendrá efecto desde la fecha de su respectiva inscripción en el registro.

3.10.4 Cancelación de la inscripción en el registro.

A través de un formulario registral de cancelación se puede cancelar una inscripción de registro original vigente. Si esta cancelación se realizó errónea o fraudulentamente, es posible que el acreedor garantizado reinscriba el formulario de inscripción registral en sustitución del formulario cancelado. Esto le permite al acreedor retener su prelación con relación a otros acreedores garantizados que hayan inscrito una garantía durante el tiempo de vigencia del formulario original erróneamente cancelado, sin embargo no la retendrá respecto a los acreedores garantizados que hubieran inscrito sus garantías entre la cancelación del formulario original y su reinscripción.

3.10.5 Administración y funcionamiento del registro.

El artículo 43 dispone, que el Estado designará una entidad que operará y administrará el Registro. Este será público y automatizado, y existirá un folio electrónico que se ordenará por nombre del deudor garante, por lo que se establece el folio personal y no real como método de orden y búsqueda. El artículo 44 de la ley indica, que este Registro funcionará con una “base

central de datos, constituida por los asientos registrales de las garantías mobiliarias inscritas.”

Actualmente se utilizan diversos criterios para determinar en qué lugar se debería inscribir la constitución de una garantía sobre un bien. En algunas legislaciones sería en el lugar en que está el bien, en el domicilio del deudor, en el domicilio del acreedor, en la jurisdicción en que las partes celebraron el contrato o en el lugar que dispongan las partes de común acuerdo. Sin embargo, la alternativa establecida por el artículo 44 parece ser la mejor, ya que crear un registro único, con acceso remoto, permite la inscripción y la solicitud desde cualquier parte del país.⁶²

El artículo 55 de la Ley Modelo agrega, que el Registro autorizará el acceso remoto y por vía electrónica a usuarios que lo soliciten, para que puedan realizar inscripciones y búsqueda de información. La intención es que el costo del acto de registro de la garantía sea lo más económico posible y que a la vez sea de fácil acceso para terceros, sin distinción.⁶³

De acuerdo al artículo 46, para acceder al sistema de registro los usuarios contarán con una clave confidencial, de esa manera podrán inscribir garantías mobiliarias enviando por medios electrónicos el formulario de inscripción registral, o por cualquier otro método autorizado por la legislación que adopte un Estado en particular. Además podrán realizar búsquedas a través de esta vía.

3.10.6 Orden de prelación de las garantías mobiliarias.

El título V de la Ley Modelo está dedicado a establecer las reglas que fijan la prelación de las garantías mobiliarias. Su artículo 48 señala que esta se determina “*por el momento en que se haya realizado su publicidad.*” Con ello se establece que el acreedor garantizado que realice primero la publicidad de su garantía, adquiere el derecho preferente a ejecutar el bien mueble

⁶² Wilson, John. Op.cit., p. 12

⁶³ NLCIFT. Op.cit., p. 2.

afecto.⁶⁴ Motivo por el cual, es importantísimo realizar la inscripción lo antes posible, incluso podría procederse a ella una vez que se tenga certeza de que se realizará la transacción que genera la obligación que se pretende garantizar.⁶⁵

La garantía mobiliaria preferente, debidamente publicitada, otorga al acreedor garantizado el derecho de persecución respecto de los bienes en garantía, con el propósito de que el acreedor pueda ejercitar los derechos que emanan de ella, y con ello procurarse el cumplimiento de la obligación principal garantizada.

Como excepción al derecho de persecución, el artículo 49 dispone que el comprador o adquirente de bienes muebles enajenados en el curso ordinario de las operaciones mercantiles del deudor garante, es decir, el consumidor, recibirá los bienes muebles libres de toda garantía mobiliaria perfeccionada anteriormente por el vendedor, aun cuando este comprador tenga conocimiento de su existencia. Si la venta se efectúa fuera del curso ordinario de los negocios, el derecho de persecución persiste, siendo oponible la garantía mobiliaria a dicho comprador, incluso cuando haya pagado un precio de compra justo. Con esta norma la Ley Modelo asegura que el consumidor adquirirá libre de riesgo los bienes producidos dentro de la operación económica del deudor garante.⁶⁶ Con lo cual se permite la circulación de los bienes y que el deudor garante pueda llevar adelante su negocio de forma normal, con el objeto de generar los recursos necesarios que le permitan pagar su crédito, sin que la garantía represente una barrera para sus operaciones.

A lo anterior la ley agrega que el acreedor garantizado no puede interferir con los derechos de un arrendatario o beneficiario de una licencia bajo arrendamiento o licencia otorgada en el

⁶⁴ Kozolchyk, Boris y Wilson, John. Op. cit., p. 62.

⁶⁵ Wilson, John. Op.cit., p.10.

⁶⁶ Kozolchyk, Boris y Wilson, John. Op. cit., p. 63.

curso ordinario de las operaciones mercantiles del arrendador o persona quien otorgó la licencia después de la publicación de la garantía mobiliaria.

3.11. Modificación de la prelación de las garantías mobiliarias.

El artículo 50 de la ley permite la modificación del orden de prelación entre las distintas garantías constituidas sobre los mismos bienes muebles, para ello debe existir acuerdo escrito entre los acreedores garantizados involucrados. La modificación no producirá efectos cuando sea realizada afectando derechos de terceros o se encuentre expresamente prohibida por ley.

3.11.1 Preferencia de garantías mobiliarias de adquisición.

El artículo 51 dispone, que las garantías mobiliarias de adquisición tienen prelación sobre las garantías mobiliarias constituidas anteriormente que afecten los bienes muebles futuros del deudor garante, siempre que se haya constituida de acuerdo a lo prescrito por la Ley Modelo, aun cuando se le haya dado publicidad con posterioridad. El mismo artículo agrega que *“la garantía mobiliaria de adquisición se extenderá exclusivamente sobre los bienes muebles específicos adquiridos con ésta y el numerario específicamente atribuible a la venta de estos últimos, siempre y cuando el acreedor garantizado cumpla con las condiciones de publicidad establecidas en la Ley Modelo respecto de las garantías de adquisición.”* De esta manera, los acreedores que financiaron la adquisición de un bien específico, tienen prioridad en relación a ese bien y sus atribuibles frente a todo acreedor, incluso respecto a aquellos que hayan inscrito su garantía previamente.⁶⁷

⁶⁷ Kozolchyk, Boris y Wilson, John. Op. cit., p. 63.

Al priorizar la garantía mobiliaria de adquisición o la de compra de bienes específicos, sobre otras garantías mobiliarias pre-existentes que cubren la misma clase de bienes, se incentiva que se proporcionen préstamos necesarios y oportunos para la adquisición de bienes muebles indispensables para la cadena de producción de la empresa del deudor garante, y a la vez se le protege del monopolio y de la inmovilización de los bienes garantizadores disponibles por parte de uno o más acreedores que cuenten con una caución que comprenda los bienes futuros del deudor garante. En este caso, además de la inscripción correspondiente, para que se perfeccione la garantía mobiliaria de adquisición se requerirá un aviso especial a los acreedores pre-existentes.⁶⁸

3.11.2 Reglas especiales de prelación de las garantías mobiliarias.

El artículo 52 de la Ley Modelo está dedicado a la regulación de la prelación de cuatro tipos de garantías mobiliarias que por su configuración requieren un tratamiento especial.

El número I de este artículo resuelve la preferencia de una garantía mobiliaria con desposesión sobre un documento representativo de mercaderías, sobre una garantía que grave los bienes muebles representados por dicho documento. Para ello exige que la fecha de emisión del documento representativo sea anterior a la fecha de publicidad de la garantía que afecta directamente los bienes muebles.

Acto seguido dispone para los casos en que el tenedor de dinero o cesionario de un título negociable tome posesión de él con o sin endoso, según corresponda, en el curso ordinario de las operaciones mercantiles de la persona que se lo transfirió, que este lo recibirá libre de gravamen.

⁶⁸ NLCIFT. Op.cit. p.3.

El número III del artículo 52 dispone que *“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 en que se le dio 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.”*

Por último regula la prelación de las garantías mobiliarias constituidas previamente afectando bienes muebles adheridos o incorporados a un inmueble, sin que estos hayan perdido su identidad de bien mueble, disponiendo que tienen preferencia respecto de las garantías constituidas sobre el inmueble correspondiente, siempre que la garantía inmobiliaria se haya inscrito en el registro inmobiliario correspondiente antes de la adhesión o incorporación.

Finalmente el artículo 53 de la Ley Modelo señala que el acreedor garantizado puede otorgar autorización al deudor garante para que disponga de los bienes en garantía libres de gravamen, siempre que respete los términos y condiciones acordados por las partes.

3.12 Ejecución de la garantía mobiliaria.

Los bienes muebles y los inmuebles tienen una importante diferencia, que reside en que los bienes muebles se deprecian con mayor velocidad, lo que no sucede con los inmuebles, los cuales suelen tener cierta estabilidad en su valor comercial. Sin embargo, las legislaciones latinoamericanas no se hacen cargo correctamente de esta distinción en la etapa de ejecución y les imponen procedimientos judiciales relativamente largos. Si bien, esto es igualmente molesto para los acreedores con garantía inmueble, en el caso de los bienes muebles este hecho perjudica

sustancialmente la eficacia de la garantía, ya que estos bienes tienen una depreciación más acelerada.⁶⁹

Los bienes muebles sólo podrán ser valorados en el mercado como bienes susceptibles de garantía, si ante el acaecimiento del incumplimiento, estos pueden ser reposeídos, embargados y vendidos con celeridad.

Para solucionar los inconvenientes respecto a la ejecución de garantías sobre bienes muebles, la Ley Modelo regula su procedimiento con el objetivo de contribuir a la efectividad y a la valorización que tienen los acreedores de este tipo de garantías. Promoviendo por un lado, la celeridad de la ejecución y respetando a la vez principios básicos de constitucionalidad.⁷⁰

Según indica el artículo 54 de la ley, si el acreedor ante el incumplimiento del deudor quiere dar inicio a la ejecución, deberá inscribir un formulario registral de ejecución y entregar copia de él al deudor garante, al deudor principal de la obligación garantizada, al poseedor del bien dado en garantía y a toda persona que haya dado publicidad a una garantía mobiliaria constituida sobre el mismo bien.

Se establece a través del artículo 55, que cuando se produzca el incumplimiento por parte del deudor garante, el acreedor garantizado deberá requerirle el pago de la cantidad adeudada. El acreedor podrá optar entre dos formas de realizar el requerimiento: por vía notarial o por vía judicial en el domicilio que el deudor haya señalado en el formulario de inscripción registral. En el mismo momento en que se realice el requerimiento deberá entregarse al deudor copia del formulario registral de ejecución que se inscribió en el Registro.

⁶⁹ Wilson, John. Op.cit., p.19.

⁷⁰ Kozolchyk, Boris y Wilson, John. Op. cit., p. 65.

3.12.1 Formulario registral de ejecución.

De igual forma que la inscripción, la ejecución de una garantía mobiliaria se debe iniciar por medio de la presentación en el registro de un formulario estandarizado y dispuesto por la ley para ello.

De acuerdo a lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 54 el formulario registral de ejecución debe contener a lo menos las siguientes menciones.

- 1) Breve descripción del incumplimiento en que incurrió el deudor;
- 2) Una descripción de los bienes dados en garantía;
- 3) El monto que se requiere para satisfacer la obligación garantizada y además cubrir los gastos de la ejecución;
- 4) Los derechos reconocidos por este Título a los receptores del formulario de ejecución;
- 5) La naturaleza de los derechos reconocidos por esta ley y que el acreedor garantizado intenta ejercer.

3.12.2 Oposición a la ejecución de la garantía mobiliaria.

Al respecto el artículo 56 de la ley dispone que efectuado el requerimiento el deudor tendrá un plazo de tres días contados desde el día siguiente a la recepción del formulario de ejecución para oponerse ante el Juez o al Notario interviniente, acreditando el pago total de lo adeudado y sus accesorios. En consecuencia, según el criterio de la Ley Modelo sólo será admisible la excepción o defensa de pago total.

3.12.3 Ejecución en las garantías mobiliarias sin desposesión sobre bienes corporales.

El artículo 57 de la Ley Modelo regula esta situación señalando, que en el caso de las garantías mobiliarias sin desposesión sobre bienes corporales, una vez que transcurra el plazo de oposición de tres días, el acreedor garantizado podrá presentarse al juez solicitándole que libere 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, en calidad de depositario. Ante esto, cualquier excepción o defensa que el deudor quiera hacer valer, distinta al pago total, deberá deducirla por medio de una acción judicial independiente, de acuerdo a las leyes procesales vigentes del país adoptante. Sin embargo, esta acción judicial, o cualquiera otra que interponga, no tendrán efecto suspensivo respecto a la ejecución de los bienes en garantía, iniciada por el acreedor garantizado.

3.12.4 Paralización del procedimiento de ejecución de la garantía mobiliaria.

Según el artículo 58 de la ley, el deudor garante o cualquier otra persona interesada pueden paralizar el procedimiento de ejecución, en cualquier momento hasta antes de que el acreedor garantizado disponga de los bienes en garantía. Para ello es necesario cumplir con lo dispuesto por alguno de los siguientes puntos:

I. Con el pago del monto total adeudado, más los gastos razonables en que haya incurrido el acreedor garantizado en el procedimiento de ejecución;

II. En caso de que la obligación garantizada sea pagadera en cuotas, deberá restablecer el cumplimiento del contrato de garantía pagando las cantidades adeudadas al acreedor garantizado, además de los gastos razonables en que se haya incurrido a propósito del procedimiento de ejecución y remediando cualquier otro incumplimiento.

3.12.5 Ejecución en garantías con desposesión, o garantías sin desposesión sobre bienes muebles incorporales.

Respecto a la ejecución en garantías con desposesión, o garantías sin desposesión sobre bienes muebles incorporales, o con respecto a garantías sin desposesión sobre bienes corporales después de la toma de posesión por parte del acreedor garantizado, el artículo 59 de la Ley Modelo dispone las siguientes reglas:

- 1) Si los bienes dados en garantía se cotizan habitualmente en el mercado del Estado donde la ejecución se lleva a cabo, estos bienes podrán ser vendidos por el acreedor garantizado a un precio acorde con el valor en dicho mercado;
- 2) Si el bien mueble dado en garantía es un crédito, el acreedor garantizado podrá realizar el cobro o ejecutar los créditos en contra de los terceros obligados por el crédito;
- 3) Si se trata de valores, bonos o tipos de propiedad similar, el acreedor garantizado tendrá el derecho de ejercer los derechos del deudor garante respecto a esos bienes, inclusive los derechos de reivindicación, derechos de cobro, derechos de voto y derechos de percibir dividendos y otros ingresos derivados de los mismos;
- 4) Los bienes muebles en garantía pueden ser vendidos privadamente, o tomados en pago, por el acreedor garantizado, siempre que sean previamente tasados o valuados por perito único y habilitado, designado por el acreedor garantizado y se vendan o tomen en pago por el precio de tasación o valuación. El acreedor garantizado también tiene la opción de 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;

Estas disposiciones le otorgan al acreedor cierta discreción en la ejecución de la garantía, ya que la ejecución y remate judicial conllevan generalmente mayor costo y tiempo.⁷¹

3.12.6 Utilidades de la venta o subasta.

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 60 de la ley el resultado de la venta o subasta, realizada en razón de la ejecución de la garantía mobiliaria, se aplicarán a la deuda garantizada de la siguiente manera:

- 1.-Los gastos de la ejecución, depósito, reparación, seguro, preservación, venta o subasta, y cualquier otro gasto razonable incurrido por el acreedor;
- 2.-Pago de impuestos debidos por el deudor garante;
- 3.-Satisfacción del saldo insoluto de la obligación garantizada;
- 4.-Satisfacción de las obligaciones garantizadas con garantías mobiliarias con prelación secundaria; y
- 5.-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 la garantía, el acreedor garantizado naturalmente tendrá el derecho de demandar el pago por el remanente al deudor de la obligación, pero sin contar con preferencia alguna.

⁷¹ Kozolchyk, Boris y Wilson, John. Op. cit., p. 67.

3.12.7 Acuerdo sobre el procedimiento de ejecución.

Este es una innovación importantísima de la Ley Modelo contenida en el artículo 62, el cual dispone que antes o durante el procedimiento de ejecución, el deudor garante y el acreedor garantizado pueden acordar condiciones diferentes a las anteriormente expuestas y reguladas en la ley modelo, sobre la entrega del bien, las condiciones de la venta o subasta, o sobre cualquier otro aspecto relativo a la ejecución. Sin embargo, esta convención entre las partes no podrá afectar a otros acreedores garantizados o compradores en el curso ordinario del negocio del deudor.

Cabe señalar, que a través de estudios se ha comprobado que las medidas de protección a los derechos del acreedor, permiten incentivar el financiamiento a las pequeñas y medianas empresas. Es decir, estas herramientas que establece la Ley Modelo, para asegurar la autonomía de la voluntad, permiten que se protejan de manera adecuada los derechos del acreedor y de esa manera lograr condiciones igualitarias de otorgamiento de crédito entre pequeñas, medianas y grandes empresas.⁷²

A través de este tipo de acuerdos, se puede facilitar que al momento de la ejecución el acreedor pueda realizar este proceso con celeridad y a bajo costo. Aun cuando resulte extraño, esta adecuada protección a los derechos del acreedor, finalmente, será beneficiosa para las personas que quieran acceder a crédito, ya que se disminuirán los costos del no cumplimiento.⁷³

⁷² Galindo, Arturo y Micco, Alejandro. “Bank Credit to Small and Medium-Sized Enterprises: The Role of Creditor Protection”, Washington D.C., 2005.

⁷³ “Capítulo 14: Acceso de las pequeñas y medianas empresas al financiamiento” en: www.iadb.org/res/ipres/2005/docs/14s.pdf

3.12.8 Daños y perjuicios.

La Ley Modelo dispone en el artículo 63 que si se ocasionan daños y perjuicios por el ejercicio abusivo de los derechos por parte del acreedor, el deudor garante podrá reclamar por ello, y lograr que se le indemnicen dichos daños y perjuicios.

De esta manera, se pretende salvaguardar al deudor frente a un acreedor que pueda hacer uso malicioso de las facultades que se le otorgan y así equilibrar los derechos y obligaciones del acreedor garantizado y el deudor garante.

3.12.9 Suspensión de derecho de venta o transferencia.

El artículo 65 de la ley señala que una vez que el deudor garante sea notificado de que ha comenzado la ejecución, el ya no podrá vender o transferir el bien dado en garantía en el curso ordinario de sus operaciones mercantiles. Esta suspensión durará hasta el término del procedimiento de ejecución, salvo que el deudor garante reciba una autorización por parte del acreedor garantizado. Con ello se logra la inmovilización de los bienes en poder del deudor garante, asegurando un buen resultado para la ejecución.

3.12.10 Prelación para la ejecución.

El artículo 66 de la Ley Modelo señala que, los derechos de ejecución y el control sobre los bienes dados en garantía, será asumido por parte de los acreedores garantizados de acuerdo a su orden de prelación. Cabe recordar que por regla general la prelación se determina por el

registro o por el momento en que se toma la posesión del bien dado en garantía, salvo determinadas excepciones.⁷⁴

3.12.11 Adquisición tras venta o subasta por ejecución.

El artículo 67 de la ley indica que, la persona que con ocasión de una ejecución compra un bien en garantía en una venta o subasta, *“recibirá la propiedad sujeta a los gravámenes que recaigan sobre ella”*, salvo el gravamen correspondiente al acreedor garantizado que vendió la propiedad para realizar sus derechos y de los gravámenes sobre los cuales éste tenga prelación.

3.13 Arbitraje.

El artículo 68 de la ley permite que cualquier controversia que se suscite en relación a la interpretación y cumplimiento de una garantía, pueda ser sometida por las partes a arbitraje, actuando de consenso y conforme a la legislación de cada Estado.

3.14 Conflictos de leyes y alcance territorial de aplicación de la ley.

Según lo establecido en el artículo 69 de la Ley Modelo *“si una garantía mobiliaria está 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 lo referente a la validez, publicidad y prelación de:”*

⁷⁴ Wilson, John. Op.cit., p. 23.

I. Una garantía mobiliaria sobre bienes muebles corporales, salvo los bienes muebles que permanecen en posesión del deudor garante como equipo utilizado en el curso ordinario de sus operaciones mercantiles, o como inventario para arrendamiento;

II. Una garantía mobiliaria con desposesión sobre bienes muebles incorporeales.

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 de un país y luego los bienes afectados son trasladados a otro país, subsiste la preferencia establecida en el primer país si a dicha garantía se publicita conforme a la ley del Estado del segundo país dentro de los 90 días siguientes al traslado de los bienes.

A su vez el artículo 70 indica, si una garantía mobiliaria está 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 incorporeales; 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 a una garantía mobiliaria, la ley del Estado al cual se trasladó el 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 los bienes afectados tras la fijación de la nueva localización. No obstante, la prelación de la garantía publicitada 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. Para ello se considera que el deudor garante se encuentra radicado 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 en que mantiene residencia habitual, según lo dispuesto por el artículo 72.

El artículo 71 dispone, que en el caso de una garantía sin desposesión sobre bienes muebles incorporales negociables frente a terceros que adquieran derechos posesorios sobre dichos bienes, la prelación se rige por la ley del Estado en donde se ubiquen los bienes en garantía al momento de la adquisición de los derechos posesorios.

CAPITULO IV

Panorama legislativo en Latinoamérica. Análisis de tres reformas legales sobre garantías mobiliarias.

Expuesta la importancia de las garantías mobiliarias, sobre todo en relación al acceso al crédito por parte de sectores empresariales emergentes de Latinoamérica y analizado el panorama internacional sobre los intentos legislativos tendientes a la unificación de la regulación de las garantías mobiliarias, en este capítulo nos abocaremos al estudio de las recientes reformas legislativas llevadas a cabo por el Perú, Guatemala y nuestro país, cuyo objeto ha sido reformar los sistemas de prendas contenidos en sus legislaciones.

El principal objetivo de este análisis será conocer la fórmula legislativa usada por estos países para constituir, registrar, publicitar y ejecutar las garantías mobiliarias, y con ello determinar si dicha fórmula se condice con los principios consensuados que deben inspirar un sistema moderno de garantías mobiliarias y si cada una de estas leyes es congruente con la Ley Modelo Interamericana de Garantías Mobiliarias patrocinada por la Organización de Estados Americanos (OEA).

4.1 Garantías mobiliarias en el Perú.

En el mes de mayo del año 2006, en la vecina nación del Perú, entró en vigencia la ley N° 28.677 denominada Ley de la Garantía Mobiliaria, en adelante LGMP, que reformó por completo el sistema de prenda contenido en su Código Civil y en leyes especiales, con el propósito de crear un sistema eficiente y ordenado que impacte positivamente en el mercado financiero, y en especial, permita mayor acceso al crédito al pequeño y mediano empresario.

Las principales innovaciones que introduce esta ley se refieren al aumento de los bienes muebles susceptibles de afectarse en garantía, la simplificación de la constitución y cancelación de la garantía mediante la creación de los respectivos Formularios de Inscripción y Cancelación, además de la creación de un registro de contratos, cuyo objeto es complementar el sistema registral peruano, entregando publicidad eficaz a la garantía, además de fijar las reglas de oponibilidad y prelación de las garantías constituidas sobre bienes no registrados. También introduce modificaciones respecto de la ejecución de las garantías, considerando como válido y eficaz el pacto comisorio y estableciendo como regla general la ejecución por vía extra judicial, convirtiéndose la ejecución judicial en una excepción residual.

4.1.1 Sistema de garantías mobiliarias previo a la LGMP.

Al igual que en la mayoría de los países de Latinoamérica, previo a la entrada en vigencia de la ley N° 28.677, la regulación de las cauciones que afectan los bienes muebles se encontraba dispersa en la legislación peruana. Su legislación estaba compuesta por la regulación de la prenda en el Código Civil peruano y en una serie de leyes especiales dedicadas al tratamiento de distintas prendas sin desplazamientos creadas según las particularidades de diferentes áreas económicas. La prenda sin desplazamiento nace en el Perú con el Registro Público, teniendo la inscripción en éste como consecuencia la afectación jurídica del bien, lo que permitía que el deudor siguiera usando el bien.⁷⁵

Esta configuración legislativa dispersa se caracterizaba por ser compleja, costosa y poco eficaz, principalmente por las siguientes razones:

⁷⁵ Zúñiga M., Francisco. “La toma de posesión del bien en la Ley de la Garantía Mobiliaria: ¿Se va agilizar realmente la ejecución?” Instituto Peruano de Estudios en Derecho de la Empresa. 2006 en: <http://ipede.blogspot.com/>

- 1.- Existencia de variedad de distintas prendas sin desplazamiento creadas especialmente para determinados sectores productivos, (agraria, industrial, minera, pesquera, mercantil, bancaria, etc.) con regímenes dispares de constitución y ejecución.
- 2.- Se calificaba como inmuebles a ciertos muebles con el objeto de permitir su hipoteca.
- 3.- Se confundía la hipoteca mobiliaria con la prenda con “entrega jurídica.”
- 4.- El Código Civil y las distintas leyes especiales sobre la prenda establecían como nulo el pacto comisorio respecto de garantías sobre bienes muebles.
- 5.- La legislación sobre garantías mobiliarias no permitía la afectación de bienes muebles futuros.
- 6.- El sistema de ejecución de la prenda era judicial por regla general, exigiendo un pacto expreso y previo para que su ejecución fuera extra-judicial.
- 7.- Había un régimen restrictivo de garantías específicas para Bancos.⁷⁶

4.1.2 Reforma del sistema de garantías mobiliarias del Perú.

La entrada en vigencia de la Ley N° 28.677 (LGMP) tuvo por objeto reestructurar el régimen de Prendas disperso pre-existente, unificándolo en uno sólo, bajo un Sistema Integrado de Garantías y Contratos. Para ello, establece la figura jurídica de la Garantía Mobiliaria que reúne en forma genérica todo tipo de caución que afecte a uno o varios bienes muebles y que sustituye a la prenda.

La ley peruana fue elaborada por una Comisión Especial creada por el Ministerio de Economía y Finanzas, proyecto que luego recibió los aportes del Ministerio de Justicia y de la

⁷⁶ Castellares Aguilar, Rolando. “Barreras que impiden otorgar préstamos a mypes.” Asociación de Supervisores Bancarios de las Américas ASBA Federación Latinoamericana de Bancos FELABAN, Inter-American Development Bank—IADB Washington DC, Mayo 2007, en <http://www.iadb.org/sds/doc/Banking-conference-Castellares1.pdf>

Superintendencia Nacional de los Registros Públicos. Dicha comisión tuvo por objeto plantear una solución normativa alternativa a la Ley Modelo Interamericana.⁷⁷ Pues, si bien la ley peruana acoge muchas de las figuras contenidas en la Ley Modelo y su sistema de operación de las garantías mobiliarias es esencialmente similar al de la Ley Modelo, sus disposiciones se alejan de la regulación sugerida por la Ley Modelo, imponiendo un sello especial la ley N° 28.677.

Cabe agregar que la 1° disposición transitoria de la ley N° 28.677 encarga a la Superintendencia Nacional de Registros Públicos, en adelante SUNARP, la redacción de “*las disposiciones reglamentarias para la organización y funcionamiento del Registro Mobiliario de Contratos, así como los formularios de inscripción...*” En respuesta a esta disposición con posterioridad fue emitido por la SUNARP el Reglamento contenido en la resolución N°142-2006-SUNARP-SN, sobre las inscripciones del Registro Mobiliario de Contratos y su vinculación con los Registros Jurídicos de Bienes Muebles. Reglamento que resalta por su gran calidad técnica, complementando las disposiciones de la ley e incorporando los modelos de los Formularios de Inscripción.

4.1.3 Análisis de la Ley de Garantía Mobiliaria del Perú.

La ley N° 28.677 cuenta con 44 artículos distribuidos en 3 Títulos que cuentan con los siguientes 5 capítulos; I.- Disposiciones Generales; II.- Constitución de la Garantía Mobiliaria; III.- Prelación de los acreedores; IV.- Inscripción Registral; V.- Registro Mobiliario de Contratos y Sistema Integrado de Garantías y Contratos.

⁷⁷ Delgado S., Álvaro. “Proyecto sobre la garantía mobiliaria”, en Biblioteca Virtual Dr. Gilberto Valente da Silva, XIX Encuentro del Comité Latinoamericano de Consulta Registral. En www.irib.org.br

4.1.3.1 Definiciones legales.

El artículo 2 de la LGMP está dedicado a las definiciones de los términos técnico jurídicos utilizados en esta materia, estableciendo el legislador el alcance de algunas figuras jurídicas y económicas relevantes para la aplicación de la ley. De estos conceptos cabe resaltar por el momento los siguientes:

1.- Adquirente: el tercero que por cualquier título adquiere un bien mueble afecto a la garantía mobiliaria.

2.- Inventario: conjunto de bienes muebles en posesión de una persona para su consumo, transformación, venta, permuta, arrendamiento o cualquier otra operación comercial en el curso ordinario de su actividad económica.

3.- Registros Jurídicos de Bienes: el conjunto de Registros de bienes muebles ya existentes que surten plenos efectos jurídicos.

4.1.3.2 La Garantía mobiliaria peruana.

Como ya fue señalado, con la entrada en vigencia de la LGMP se crea una nueva figura jurídica que agrupa en forma genérica a todas las prendas preexistentes y demás figuras de garantías basadas en la afección de bien mueble, siguiendo la nomenclatura usada por la Ley Modelo de la OEA.

El artículo 1° de la LGMP señala que esta ley tiene por objeto “regular la garantía mobiliaria para asegurar obligaciones de toda naturaleza, presentes o futuras, determinadas o determinables, sujetas o no a modalidad.”

A su vez la garantía mobiliaria es definida por el artículo 3°, el cual dispone que “*es la afectación de un bien mueble mediante un acto jurídico, destinada a asegurar el cumplimiento de una obligación.*” En esta definición se observa que el legislador peruano habla de acto

jurídico, término amplio, que da lugar tanto a actos jurídicos unilaterales como a bilaterales y asimismo a toda la gama de actos y contratos de garantía innominados. Con ello, la garantía mobiliaria se presenta como una figura jurídica genérica y no restrictiva, lo cual abre las puertas a nuevas figuras de este tipo que en el futuro puedan surgir, ya sea, de la técnica jurídica o de la práctica comercial. También resalta de esta definición original de la ley peruana, que el énfasis de la misma esté puesto en la afección del bien mueble para la seguridad del cumplimiento de una obligación, concepción reforzada por el artículo 2° que se refiere a las garantías mobiliarias como “*gravamen constituido sobre bienes mueble*”, aspecto no señalado por la Ley Modelo.

4.1.3.3 Clasificación de las garantías mobiliarias.

La ley peruana también reconoce la distinción de la cual surge la principal clasificación de las garantías mobiliarias, el desplazamiento o no del bien en garantía de manos del deudor al control del acreedor. De ello hace referencia el artículo 3 apartado 3.1 de la ley, bajo la nomenclatura de “*garantía con o sin desposesión del bien mueble*”, entregando a la autonomía de la voluntad y a la libertad contractual la regulación de este aspecto, pudiendo las partes de común acuerdo establecer que la tenencia del mueble continúe en manos del deudor, se traspase a las del acreedor garantizado o que el mueble sea guardado por un tercero depositario. Al respecto, la ley peruana no realiza una regulación separada y detallada de cada uno de estos tipos de garantía, como por ejemplo es el caso de la legislación guatemalteca, estableciendo reglas comunes para todas las formas de tenencia de los bienes muebles afectos a garantía.

Además la legislación peruana reconoce las siguientes garantías mobiliarias, cuyas particularidades difieren de las reglas generales:

4.1.3.3.1 Garantía mobiliaria pre constituida.

Es aquella garantía constituida sobre un bien mueble que no se encuentra en el patrimonio del deudor, pero se espera que durante la relación obligacional haga ingreso a éste. El artículo 20 de la LGMP señala los dos casos en que es posible constituir una garantía mobiliaria con anterioridad a que el deudor pueda disponer del bien mueble, siendo esto posible cuando; la garantía recae sobre un bien mueble ajeno, futuro o eventual, o en el caso que la garantía acceda a una obligación futura o eventual.

El artículo 21 de la misma ley establece que la garantía mobiliaria pre constituida siempre es de naturaleza condicional. Para que produzca plenos efectos entre las partes, en caso que la garantía recaiga sobre un bien mueble ajeno, la eficacia de la garantía está sujeta a la condición de que el constituyente adquiera la propiedad de dicho bien mueble. Si recae sobre un bien mueble futuro o eventual, la condición de que depende la eficacia de la garantía, es que el bien llegue a existir. Por último, la condición a que está sujeta una garantía mobiliaria pre constituida para asegurar una obligación futura o eventual es que efectivamente se contraiga dicha obligación. Una vez cumplida la condición correspondiente, y por consiguiente, adquirida la plena eficacia de la garantía mobiliaria, sus efectos se retrotraerán a la fecha de inscripción en el registro, sin perjuicio, de los derechos que eventualmente hubiese otorgado el anterior propietario.

Para la eficacia frente a terceros, es decir, para que la garantía mobiliaria pre constituida sea oponible a terceros, el artículo 22 de la LGMP exige que sea inscrita en el Registro correspondiente.

Según lo dispuesto en el artículo 23, el deudor o el tercero constituyente, en su caso, serán responsables si la garantía pre constituida no llega a perfeccionarse por causa que le sea imputable.

4.1.3.3.2 Garantías mobiliarias sobre derechos.

La legislación peruana al igual que la Ley Modelo reconoce expresamente la facultad de constituir garantías sobre créditos del constituyente, sean estos presentes o futuros. Dicha garantía podrá ser constituida mediante la cesión de créditos, ya sea en propiedad o en garantía. En ambos casos es necesaria la inscripción en el registro correspondiente para que la cesión otorgue preferencia al acreedor garantizado.

Además señala la ley que el acreedor tiene el derecho a solicitar al constituyente información respecto al proceso de cobro del crédito.

4.1.3.3.3 Garantía mobiliaria sobre títulos valores.

Respecto de las garantías mobiliarias que se constituyan sobre títulos de valores el artículo 18 de la ley señala que se regirán por su respectiva ley,⁷⁸ aplicándose en forma supletoria la ley de garantías mobiliarias N° 28.677. Con ello nuevamente se rompe con la unidad recomendada por la Ley Modelo.

4.1.4 Contenido de la garantía mobiliaria.

Queda entregada a la voluntad de las partes la facultad de establecer el contenido de la garantía y el orden de satisfacción de las distintas partes de la deuda en caso de ejecución por incumplimiento, estableciendo el artículo 3 de la LGMP supletoriamente y en caso de no pactar sobre la materia, que comprenderá la deuda principal, los intereses, las comisiones, los gastos, las costas procesales, gastos de custodia, penalidades e indemnizaciones por daños y perjuicios, las cuales se imputaran en este mismo orden al resultado de la ejecución. Si bien la redacción de

⁷⁸ Véase Ley N° 27.287 sobre Títulos de Valores (Perú).

la ley peruana es completamente distinta a la Ley Modelo, lo dispuesto en esta materia es congruente con lo establecido en el artículo 4° de esta última.

4.1.5 Obligaciones garantizables.

En relación a las obligaciones que pueden ser garantizadas, la LGMP establece una amplitud de posibilidades, pudiéndose garantizar tanto obligaciones presentes como futuras, ya sean estas propias o pertenecientes a terceras personas. La única exigencia es que el monto de la obligación se encuentre determinado o sea determinable, requisito que pueda ser omitido en caso de pactar una garantía por todas las obligaciones presentes y futuras, que existan o lleguen a existir entre las partes.

El artículo 6 de la LGMP también entrega a la voluntad de las partes la facultad de establecer la extensión de la afección del mueble garantizado, regulando supletoriamente y en caso de ausencia de pacto, que la garantía se extenderá en primer lugar a todas las partes integrantes del bien, incluyendo los accesorios existentes al momento de su ejecución. En segundo lugar, en caso que los bienes garantizados se encuentren en manos del deudor y que éste los utilice en su oficio o industria como materias primas, la afección se extiende al nuevo bien mueble que resulte de la transformación del bien garantizado. Por último establece una especie de subrogación, mediante la cual la garantía comprende el monto recibido por el pago de un seguro contratado en caso de destrucción o el monto recibido en caso de expropiación por la autoridad pública.

4.1.6 Bienes susceptibles de gravamen.

Cabe señalar que la LGMP permite constituir garantías sobre cualquier tipo de bien o derecho de carácter mobiliario, que el acreedor junto al deudor consideren de relevancia

económica.⁷⁹ El artículo 4° de la LGMP está dedicado a la descripción y enumeración no taxativa de los bienes muebles susceptibles de garantía, estableciendo que la garantía mobiliaria puede “constituirse sobre uno o varios bienes muebles específicos, sobre categorías genéricas de bienes muebles o sobre la totalidad de los bienes muebles del constituyente de la garantía, sean presentes o futuros, corporales o incorporales.” Al respecto el mensaje de la LGMP reconoce como novedoso la posibilidad de pignorar cualquier tipo de bien mueble, y sobre todo, la posibilidad de afectar la totalidad de bienes pertenecientes al acreedor. Pero parte de la doctrina peruana⁸⁰ no reconoce como novedad la facultad de pignorar todo tipo de bienes, señalando que ya el Código Civil peruano admitía la prenda sobre toda clase de bienes muebles en su artículo 1055, el cual establece que “La prenda se constituye sobre un bien mueble, mediante su entrega física o jurídica, para asegurar el cumplimiento de cualquier obligación.” En este sentido la frase “sobre un bien mueble” no distingue entre los distintos tipos de muebles, y por tanto, no excluía ningún tipo de mueble para ser utilizado como garantía. La exclusión de bienes muebles afectables en garantía provendría de la decisión de las entidades financieras y no de disposiciones legales.

En cuanto a la facultad de garantizar una obligación con todos los bienes presentes y futuros del deudor, también ha recibido críticas⁸¹ argumentándose que dicha facultad podría devenir en la práctica en una intensa ligadura y restricción para el deudor, en razón a que se trata de la constitución de una garantía real sobre el patrimonio mueble del deudor, y no sólo la reiteración del derecho general de garantía que tiene todo acreedor respecto del patrimonio de un deudor en caso de incumplimiento. Así las cosas, todo bien mueble que ingrese al patrimonio del

⁷⁹. Reporte Legal, SNI, “Ley de la Garantía Mobiliaria” en <http://www.sni.org.pe/servicios/legal/reportelegal/content/view/415/27/>

⁸⁰ González B., Gunther. “Hay que derogar la ley de garantía mobiliaria”, Asociación de Estudios de Derecho Privado, 2006, pag. 2, en www.aedp.com.pe

⁸¹ González B., Günther. Op.cit, p 9,10 y 11.

deudor quedará automáticamente afecto a la garantía de una deuda, y con ello, gran parte de los bienes que circulan en la economía se encontrarán afectos a una garantía de esta naturaleza, generando la necesidad de verificar la ausencia de garantía cada vez que se adquiriera un bien. Además, considerando la intensidad de este tipo de garantía, la mayoría de los acreedores solicitará contar con esta garantía reforzada. Accediendo a esta fórmula, el deudor prácticamente renuncia a la obtención de otro crédito, toda vez que no será atractivo para otros posibles acreedores contar con una garantía de segundo orden, en razón de la amplia garantía que poseería aquel acreedor garantizado con todos los bienes presentes y futuros del deudor, generándole una dependencia crediticia respecto a su primer acreedor garantizado reforzadamente. Al respecto cabe agregar que la legislación peruana no reconoce la figura de la garantía mobiliaria de adquisición propuesta por la ley modelo, la cual permite otorgar una garantía preferente a una otorgada sobre todos los bienes presentes y futuros, lo cual mitigaría en parte el problema planteado.

Nuevamente alejándose del modelo legislativo propuesto por la OEA, la LGMP en el mismo artículo 4 de la LGMP en su inciso 2° se encarga de enumerar de manera ejemplar bienes muebles que son susceptibles de afectar en garantía. Dicha enumeración puede clasificarse de la siguiente manera, según la naturaleza del bien afecto:

a.- Bienes tangibles.

- 1.- Los vehículos terrestres de cualquier clase.
- 2.- Las construcciones en terreno ajeno, hechas para un fin temporal.
- 3.- Los materiales de construcción o procedente de una demolición si no están unidos al suelo.
- 4.- Todo tipo de maquinaria o equipo que conserve su carácter mobiliario.
- 5.- Todo bien mueble dado en arrendamiento financiero o arrendado.

6.- Las naves y aeronaves.

7.- Los pontones, plataformas y edificios flotantes.

8.- Las locomotoras, vagones y demás material rodante afecto al servicio de ferrocarriles y el transporte.

b.- Bienes intangibles.

9.- Las fuerzas naturales susceptibles de apropiación.

10.- Los inventarios, estén constituidos por bienes fungibles o no fungibles.

12.- Los bienes muebles futuros.

13.- Las concesiones privadas que sean muebles y que no tengan carácter personalísimo.

c. Títulos representativos de valor.

14.- El saldo de cuentas bancarias, depósitos bancarios, cuentas de ahorro o certificados de depósito a plazo en bancos u otras entidades financieras.

15.- Conocimientos de embarque o títulos de análoga naturaleza.

16.- Las acciones o participaciones en sociedades o asociaciones, aunque sean propietarias de bienes inmuebles.

17.- Los títulos valores de cualquier clase incluyendo aquellos amparados con hipoteca o los instrumentos en los que conste la titularidad de créditos o derechos personales, excepto los cheques.

18.- Las pólizas de seguro.

d.- Derechos.

19.-Los derechos patrimoniales de autor, de inventor, de patente, nombres comerciales, marcas y otros similares.

20.-Los créditos, con o sin garantía mobiliaria.

21.-El derecho de obtener frutos o productos de cualquier bien.

22.-Los derechos a dividendos o a utilidades de sociedades.

4.1.7 Bienes muebles no susceptibles de afectación en garantía mobiliaria.

El artículo 4 de la LGMP establece que todo bien mueble puede ser afectado en garantía, sin embargo, la misma LGMP en concordancia a lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 1° de la Ley Modelo, establece que no se puede garantizar una obligación con los siguientes bienes muebles:

1. Las remuneraciones;
2. El fondo de compensación por tiempo de servicios;
3. Los warrants;
4. Los certificados de depósito;
5. Los bienes muebles inembargables, señalados en el artículo 648 del Código Procesal Civil;
6. Los recursos que constituyen el encaje bancario de conformidad con el artículo 163 de la Ley N° 26702; y,
7. Los bienes que integran los fondos de aportes obligatorios, el encaje legal, el fondo de longevidad, el fondo complementario y los demás señalados en el artículo 20 del Decreto Supremo N° 054-97-EF.

4.1.8 Acto constitutivo de la garantía mobiliaria.

El capítulo segundo de la LGMP está dedicado a regular el acto mediante el cual se constituye una garantía mobiliaria, estableciendo su artículo 17 que se realizará mediante el debido otorgamiento de un acto jurídico unilateral o la celebración de un acto jurídico bilateral o plurilateral, cuyo objeto sea asegurar el cumplimiento de una obligación. Si dicho acto de constitución de la garantía mobiliaria es extendido por un tercero ajeno a la obligación principal, no es necesario el consentimiento del deudor de dicha obligación.

Se exige que el acto conste por escrito, por tanto, se trata de un acto jurídico solemne. La escritura del acto no requiere mayor formalidad, pudiendo otorgarse el acto constitutivo por cualquier “*medio fehaciente que deje constancia de la voluntad de quien lo otorga.*” Asimismo, el artículo 17 LGMP enuncia ejemplarmente medios idóneos para contener esta manifestación de voluntad, destacando el telefax, intercambio electrónico de datos, correo electrónico y medios ópticos o similares. Dichos documentos deben ser válidamente emitidos en conformidad a las leyes peruanas sobre la materia.⁸²

Cabe señalar que el mensaje de la ley peruana y las investigaciones previas a la entrada en vigencia de la misma, apuntan a que una de las mayores barreras a que se enfrentaban los constituyentes de una prenda, y en especial los de menor patrimonio disponible, era su elevado costo de constitución. Es por ello que la LGMP simplifica el acto de constitución de la garantía, requiriendo básicamente la manifestación de voluntad del constituyente por cualquier medio que haga fe de la misma. Con ello el acto constitutivo adquiere la validez suficiente para las partes, sin la necesidad de cumplir con requisitos que hagan mayormente onerosa su constitución.

⁸² Ley N° 27.269 sobre Firmas y Certificados Digitales, Decreto Supremo N° 019-2002-JUS Reglamento de la Ley de Firmas y Certificados Digitales.

Además esta fórmula representa una importante diferencia con la Ley Modelo que limita el acto de constitución a la figura del contrato de garantía mobiliaria. Permitiendo la legislación peruana que incluso la garantía sea constituida por medio de un acto jurídico unilateral, ampliando las formas de constituir la garantía e imponiéndole menos requisitos y formalidades.

4.1.9 Elementos del acto constitutivo de la garantía mobiliaria.

El artículo 19 de la LGMP se encarga de enumerar las menciones mínimas que debe contener el acto jurídico constitutivo de la garantía mobiliaria, y por tanto, también el Formulario de Inscripción de la misma.

Expresamente la LGMP señala que *“Todo acto constitutivo de la garantía debe contener las siguientes menciones:*

1.-Los datos que permitan la identificación, incluyendo el domicilio, del constituyente, del acreedor garantizado y del deudor, así como la firma escrita o electrónica cuando menos del primero. Ya que es posible constituir la garantía mediante un acto unilateral, no es esencial el consentimiento del acreedor garantizado para el nacimiento de la garantía.

2.-En caso de bienes no registrados, la declaración jurada del constituyente sobre su condición de propietario del bien mueble afectado en garantía mobiliaria. El constituyente asumirá las responsabilidades civiles o penales que pudieran derivarse de la falsedad o inexactitud de esta declaración. El constituyente, que puede ser el deudor o un tercero, debe asumir la responsabilidad en cuanto a que la garantía efectivamente podrá ser ejecutada en caso de incumplimiento de la obligación. Situación no prevista en la Ley Modelo, la cual en ninguna de sus disposiciones exige una declaración de esta naturaleza y que en su artículo 2° establece que la garantía mobiliaria se constituirá sin importar quién sea el titular de la propiedad del bien mueble afectado por esta.

3.-*El valor del bien mueble afectado en garantía mobiliaria, acordado entre las partes o fijado por un tercero nombrado de común acuerdo.* Es de suponer que el tercero será un perito nombrado bajo las reglas establecidas por la misma ley.

4.-*El monto determinado o determinable del gravamen.* Cabe señalar que en caso de asegurar una obligación futura no es necesaria la determinación del gravamen a que se afectará el bien mueble.

5.-*La identificación y la descripción del bien mueble afectado en garantía mobiliaria.* La cual permita la clara identificación del o los bienes muebles afectados, con lo cual sea posible una expedita ejecución de la garantía, en caso de incumplimiento. Al igual que en la Ley Modelo, esta exigencia puede ser cumplida con una descripción específica o genérica de los bienes afectados.

6.-*La descripción específica o genérica de la obligación garantizada, según lo acuerden las partes.* Con lo cual se permite que las partes contraigan una relación obligacional permanente en el tiempo, la cual se va renovando sucesivamente sin necesidad constituir cada vez una nueva garantía, lo cual se traduce en un ahorro de tiempo y capital.

7.-*El nombre o razón social, documento oficial de identidad y domicilio del depositario, si fuera el caso.*

8.-*La fecha cierta del acto jurídico constitutivo.* Será la fecha en que se lleve a cabo el acto constitutivo, aunque será oponible a tercero desde la fecha de la inscripción en el respectivo registro.

9.-*El plazo de vigencia de la garantía mobiliaria. Podrá pactarse un plazo indefinido. En defecto de plazo pactado, se presume que es indefinido.* Sin embargo, naturalmente la vigencia de la garantía vence con el pago íntegro de la obligación principal garantizada, a menos que se haya pactado una relación constante en el tiempo y la garantía sea constituida por más de una

obligación o asegure posibles obligaciones futuras, en este caso la vigencia de la garantía persistirá.

10.-La forma y condiciones de la ejecución del bien mueble afectado en garantía mobiliaria. Ya que por regla general la LGMP establece que la ejecución es por vía extrajudicial. Además una de las principales condiciones a que puede verse expuesta la ejecución por incumplimiento es al pacto comisorio, en virtud del cual el acreedor podrá adquirir la propiedad del bien mueble garantizado.

11. Indicación de los datos de inscripción del bien mueble en un Registro Jurídico de Bienes.

4.1.9.1 Transferencia y transmisión del acto jurídico constitutivo de la garantía mobiliaria.

El artículo 30 de la LGMP permite la transferencia y transmisión del acto jurídico constitutivo de la garantía mobiliaria por cualquiera de las formas permitidas por la ley peruana, exigiendo, eso sí, la respectiva inscripción de la cesión para que esta sea oponible a terceros. En cuanto a la eficacia entre las partes la ley no hace referencia a la exigencia de la inscripción de la respectiva cesión, por lo cual es de suponer que entre las partes la cesión se perfecciona al momento de realizar la cesión y no con la inscripción.

4.1.10 Características y modalidades de las garantías mobiliarias.

1.- Garantías Sucesivas. El artículo 7 de la LGMP permite que un bien mueble caucione más de una obligación, incluso de distinto acreedor, para ello sólo se requiere el correspondiente “aviso notarial” al acreedor garantizado en primera garantía. Sobre la constitución y prelación de las garantías sucesivas se dedicará un apartado especial.

2.- Amortización de la deuda. El artículo 8 de la LGMP establece que el constituyente podrá pactar con el acreedor la posibilidad de liberar bienes afectos a garantía con el pago de parte de la obligación principal. Por tanto, la LGMP faculta a las partes de un contrato a plazo garantizado con dos o más bienes muebles o con una universalidad jurídica compuesta de bienes muebles, a pactar la desafección a la garantía de una porción de bienes en proporción al pago parcial realizado por el deudor. Con ello se rompe con la indivisibilidad de la prenda, que no permitía su división, aunque la obligación principal y los bienes muebles admitieran división. Manifestándose la indivisibilidad en que el deudor no podía recobrar parte de los bienes prendados, mientras no satisficiera en forma íntegra la deuda.⁸³

3.- Otorga derecho de retención. La garantía mobiliaria otorga al acreedor un derecho de retención sobre el bien mueble. Para el ejercicio del derecho de retención es esencial que el acreedor tenga bajo su tenencia el mueble sobre el cual se va ejercer. El artículo 10 de la LGMP establece que si la garantía fue pactada sin desplazamiento nace con el incumplimiento de la obligación, el derecho a adquirir la posesión del bien para su posterior realización, por tanto, el derecho legal de retención podrá ser ejercido por el acreedor cuando haya pactado el desplazamiento del bien en garantía y mantenga su tenencia al momento del incumplimiento de la obligación principal. En el caso de la garantía mobiliaria sin desplazamiento, con el incumplimiento nace el derecho a exigir al representante designado para la venta en el acto jurídico constitutivo, la entrega del bien afectado en garantía.

4.- Persecutoriedad de la garantía mobiliaria. El artículo 13 de la LGMP establece que la enajenación que pueda hacer el constituyente de la garantía o la persona que tenga en su poder

⁸³ Meza B., Ramón. “Manual de Derecho Civil: De las fuentes de las obligaciones.” Tomo II, Décima edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006. p. 115.

el bien mueble afecto, no perjudicará la plena vigencia de ésta. Por tanto, la enajenación del bien afecto a garantía resulta inoponible al acreedor garantizado, y con ello, nace el derecho de perseguir el bien mueble en manos de quién se encuentre. Esta regla legal se altera, si el bien mueble garantizado es adquirido en tienda o local abierto al público, siempre que dicha transferencia sea amparada en un comprobante de pago del transferente. En el caso de los bienes inscritos en un Registro Jurídico de Bienes, se aplica la primera regla sin excepción, por tanto, la venta de bienes registrados siempre es inoponible al acreedor garantizado, cumpliendo el registro su objetivo principal, asegurar la garantía del acreedor. Esta disposición concuerda con lo señalado en el artículo 49 de la Ley Modelo que establece que el comprador de bienes del deudor garante, enajenados en el curso ordinario de sus operaciones comerciales, recibirá el bien mueble libre de gravamen, pero la ley peruana agrega una exigencia extra para que opere esta excepción, consistente en que el comprador cuente con el respectivo comprobante de pago emitido por el deudor garante, entregándole con ello una seguridad mayor al acreedor garantizado. Finalmente cabe señalar que no se hace referencia a la buena o mala fe del adquirente para determinar la oponibilidad de la transferencia.

5.- Extensión de la garantía mobiliaria al precio de la venta del bien. En complementación a la característica anterior, el artículo 14 de la LGMP establece que si el deudor enajena a título oneroso el bien afecto a la garantía, la garantía se extiende al precio obtenido de la enajenación, es decir, el acreedor podría buscar el cumplimiento forzado de su obligación en el precio obtenido por la venta del bien que le servía de garantía a su crédito, mientras dicho dinero permanezca en el patrimonio o bajo el control financiero del deudor.

6.- Extensión de la garantía mobiliaria sobre un nuevo bien mueble. El artículo 15 de la LGMP establece que *“si el deudor transforma, en un segundo bien mueble, el bien mueble afectado en garantía mobiliaria, ésta se extenderá al nuevo bien mueble.”* El deudor está obligado a comunicar al acreedor garantizado, dentro de los 5 días y mediante carta notarial, la fecha en que ocurra la transformación y las características del nuevo bien mueble resultante de la transformación. En este caso, el acreedor garantizado deberá inscribir en el Registro correspondiente la garantía mobiliaria que recae sobre el nuevo bien mueble, levantándose la garantía anteriormente constituida.

4.1.11 Derechos y deberes del constituyente de la garantía mobiliaria.

El artículo 11 de la LGMP está dedicado a la enumeración de los derechos y deberes que corresponden al constituyente de una garantía mobiliaria. Cabe señalar que una vez más se trata de normas que suplen el silencio de las partes, a quienes se entrega la facultad de modificar la configuración de dichos derechos y obligaciones en el acto constitutivo o en un acto modificatorio posterior. Además, la ley en esta materia, asimila al eventual adquirente del bien afectado a la garantía y al depositario a la figura del constituyente, y por tanto, le caben los mismos derechos y deberes, los cuales son:

4.1.11.1 Derechos del constituyente.

1.- Derecho a usar, gozar y disponer del bien mueble afecto a una garantía mobiliaria. Este derecho sólo es posible ejercerlo si la garantía mobiliaria fue pactada sin desplazamiento del bien mueble afecto, situación que constituye la regla general.

2.- Derecho a no ser perturbado en su posesión pacífica y regular, incluso cuando se ejerce el derecho a inspeccionar el bien mueble afecto a la garantía mobiliaria. La garantía constituida

sin desplazamiento del bien mueble no puede constituir un perjuicio o una traba para la utilización y goce del mueble afecto por parte de su dueño, por el contrario, esta modalidad busca que éste puede desarrollar su actividad económica plenamente y con el resultado hacer frente a la obligación principal. Sin embargo, el dueño del bien se encuentra obligado a conservar el bien mueble, limitación que va en beneficio del acreedor garantizado quien puede ejercer la supervisión sobre el bien mueble resguardando que su valor se mantenga, derecho que no debe producir una interferencia mayor en las actividades del propietario. Este derecho otorgado por la ley peruana no se encuentra reconocido expresamente en la Ley Modelo, pero se extrae de los principios que la inspiran.

3.- Derecho a exigir el depósito del bien. El deudor de una obligación garantizada, que implique el desplazamiento del bien a manos del acreedor, y cuando este último dañe o pusiera en peligro el bien mueble afectado en garantía, tendrá el derecho a exigir su entrega en depósito a una tercera persona. Además tendrá derecho a la correspondiente indemnización que tuviera lugar por el deterioro o daño efectivamente causado al mueble, estableciendo que la determinación de los daños corresponderá a un peritaje fijado de común acuerdo, o a falta de acuerdo mediante la regulación del inciso 5 del artículo 19 de la LGMP. Tampoco la Ley Modelo entrega esta importante protección para el deudor que haya constituido una garantía mobiliaria con desplazamiento del bien afectado.

4.1.11.2 Obligaciones del constituyente de una garantía mobiliaria.

1.- Obligación de abstenerse de todo acto que importe un abuso del bien mueble. Considerando que la regla general es la garantía mobiliaria sin desplazamiento, el constituyente o dueño del bien mueble garantizado está obligado a utilizarlo de buena fe y de acuerdo a la naturaleza del mismo, lo que implica resguardar el valor del bien mueble estimado al momento de constituir la

garantía, y que éste se mantenga en el tiempo. Obligación que se encuentra en armonía a la impuesta por el número III del artículo 9° de la Ley Modelo que impone la obligación de evitar pérdidas y la deteriorización del bien mueble afectado en garantía.

2.- *Obligación de entregar la posesión del bien o los bienes afectos, a la persona designada en el acto o contrato en que se constituyó la garantía o en su defecto al propio acreedor, toda vez que este último le notifique al constituyente su decisión de proceder a la ejecución de la garantía.* Cabe añadir que es indispensable para proceder a la ejecución de la garantía que exista incumplimiento de la obligación garantizada por parte del deudor. Esta disposición es congruente a lo dispuesto por la Ley Modelo en esta materia.

3.- *Obligación de conservación.* Recae sobre el constituyente la obligación de conservar el bien mueble, evitando su pérdida o deterioro. En caso contrario, surge el derecho alternativo para el acreedor a; exigir su entrega en depósito a un tercero; o proceder con la ejecución de la garantía o solicitar el reemplazo del bien mueble por uno de igual o mayor valor.

4.- *Obligación de permitir la inspección del bien mueble.* El constituyente o el tenedor del bien mueble afecto a una garantía está obligado a permitir en cualquier momento al acreedor que inspeccione el bien con el objeto de verificar su cantidad, calidad y estado de conservación. Esta obligación también se inspira en lo dispuesto en la Ley Modelo.

5.- *Obligación de información.* El constituyente está obligado a dar aviso al acreedor garantizado, por medio de una notificación notarial, sobre la ubicación, traslado, venta, transformación o transferencia del bien mueble afecto a una garantía mobiliaria, que no esté registrada.

4.1.12 Derechos y deberes del acreedor garantizado con una garantía mobiliaria.

Nuevamente la LGMP entrega al acuerdo de voluntades de ambas partes la regulación de las obligaciones y deberes que le corresponderán al acreedor garantizado. Sin embargo, el artículo 12 dispone cuales deberes y obligaciones le corresponderán en caso de falta de pacto sobre la materia. Cabe señalar, que esta materia no está regulada sistemáticamente en la Ley Modelo, situación corregida por la LGMP.

4.1.12.1 Derechos del acreedor garantizado.

1.- *Derecho a ejecutar garantía.* El principal derecho que otorga una garantía mobiliaria es la facultad de ejecutar la garantía cuando el deudor incumpla la obligación principal garantizada. También este derecho es entregado para su modificación a la libertad contractual, y por tanto, puede ser sometido a una modalidad que altere sus efectos.

2.- *Derecho de ejecución anticipada.* Se entrega al acreedor el derecho de ejecutar la garantía mobiliaria antes del vencimiento de la obligación garantizada, toda vez que cuente con “*fundamentos razonables y objetivos*” de que el bien afecto a la garantía no se encuentra debidamente conservado o descubriera hechos que pudieran dificultar o hacer imposible la ejecución de la garantía con posterioridad. Esta facultad no se encuentra reconocida en la Ley Modelo, siendo original de la legislación peruana, que con esto busca entregar mayor seguridad a los acreedores garantizados. Claramente el examen de suficiencia de objetividad y razonabilidad de los fundamentos debe ser realizado por un juez, o un árbitro en su caso, a menos que las partes estén de acuerdo en llevar a cabo la realización anticipada.

3.- *Derecho de persecución.* En caso de que el acreedor garantizado tenga la tenencia del bien mueble, si la pierde puede recuperarla, ya sea, que se encuentre en manos del deudor o de un

tercero extraño. Este derecho se encuentra limitado en caso de venta en el curso ordinario de los negocios del deudor garante, tal como ya fue señalado anteriormente en este capítulo.

4.- *Derecho a percibir los frutos.* En caso que la garantía implique el desplazamiento del bien afecto a la garantía a manos del acreedor, éste tendrá el derecho de percibir los frutos e intereses que produzca, por cuenta del deudor. El resultado debe ser imputado en primer lugar a los intereses que genere la deuda principal y el exceso que hubiere al capital. Cabe señalar que esta disposición podrá ser alterada a través de un acuerdo entre las partes y no encuentra inspiración en la Ley Modelo, la cual no contiene disposición alguna al respecto.

4.1.12.2 Obligaciones del acreedor garantizado.

1.- *Obligación de restitución del bien en garantía.* El acreedor debe devolver o restituir al constituyente, el bien afecto a la garantía mobiliaria cuando el deudor cumpla con la obligación principal garantizada. Cabe concordar esta obligación con lo dispuesto en el artículo 8 de la LGMP que establece tácitamente la divisibilidad de la prenda, al permitir que la restitución sea realizada por parcialidades en proporción al pago por cuotas de la deuda principal.

2.- *Obligaciones de depositario.* El acreedor que cuente con una garantía mobiliaria que implique el desplazamiento del mueble a sus manos, adquiere la calidad de depositario, y por tanto, se encuentra obligado a cuidar del bien y conservar su buen estado.

3.- *Obligación de custodia.* Cuando la tenencia del bien garantizado radica en el acreedor garantizado, éste responderá de la pérdida del mismo. El artículo 12 de la LGMP establece que el acreedor deberá pagar el bien, salvo que pruebe que no se perdió o destruyó por su culpa. No hace referencia a la forma en que habrá de responder por la pérdida, pero por analogía y siendo el método utilizado por la ley cada vez que debe ser tasado un bien mueble sometido a garantía,

el acreedor debería pagar el precio que fije un perito designado bajo las reglas contenidas en la misma LGMP.

4.1.13 Prelación de los Acreedores Garantizados.

Cabe recordar que la LGMP permite constituir garantías mobiliarias sucesivas por lo cual pueden existir dos o más acreedores garantizados con el mismo bien mueble, que en caso de incumplimiento del deudor requerirán la ejecución del mismo bien para solucionar sus respectivos créditos. Es por ello que el Título segundo de la LGMP es dedicado a tratar la prelación de los derechos de los acreedores garantizados.

El artículo 25 de la LGMP entrega la regla fundamental sobre la prelación de los derechos de los acreedores, estableciendo que la preferencia de una garantía sobre otra se basará en la fecha de inscripción en el Registro correspondiente. Esta regla abarca dos ámbitos diferentes. Por un lado, desde la fecha de inscripción el acreedor que cuenta con una garantía mobiliaria tendrá un derecho de preferencia sobre los acreedores comunes que pueda tener el deudor para realizar el bien en caso de incumplimiento de la deuda principal. El otro ámbito de aplicación se refiere a la posibilidad de que se hayan constituido prendas sucesivas sobre un mismo bien mueble, en tal caso será la fecha de registro la que establecerá su respectivo orden de preferencia entre las distintas garantías mobiliarias constituidas.

Cabe agregar que los efectos de la publicidad en la ley peruana concuerdan con lo dispuesto por la Ley Modelo en su título III.

4.1.14 Registro Mobiliario de Contratos.

En virtud del artículo 42 de la LGMP se crea el Registro Mobiliario de Contratos, destinado a la anotación de los actos inscribibles enumerados por el artículo 32 de la misma y

que recaigan sobre bienes muebles que no estén sometidos a la inscripción de un Registro Jurídico de Bienes preexistente. Con las inscripciones registradas se formará una base de datos única y centralizada para todo el Perú. Se trata de un registro de acceso público que permite el acceso remoto a cualquier persona por medio de una conexión a Internet. Cabe agregar que este registro se encuentra legalmente autorizado para brindar copias electrónicas certificadas de los asientos que contiene. El procedimiento ante el Registro es de naturaleza especial y no contenciosa, no permitiendo el apersonamiento de terceros ni la oposición a la inscripción, según lo dispuesto en el reglamento N° 142-2006 emitido por la SUNARP.

Según el artículo 10 inciso 2° del Reglamento, la base de datos de este registro debe estar organizada a través de índices de datos estructurados, siendo el criterio de registro principal, el nombre del constituyente de la garantía. Por lo tanto se instituye un sistema de folio personal de origen causal, utilizando la técnica de inscripción de un resumen o extracto.⁸⁴

La implementación, administración, regulación y supervisión de este Registro está a cargo de la Superintendencia Nacional de Registros Públicos, SUNARP. Labor que realizó mediante la resolución N° 142-2006-SUNARP que tiene como finalidad regular por medio de un reglamento los actos y el procedimiento de inscripción en el Registro Mobiliario de Contratos, en los Registros Jurídicos de Bienes a cargo de la SUNARP, y la vinculación entre todos registros y con ello otorgar un acceso veraz, seguro y público a la información del Sistema Integrado de Garantías y Contratos.

Cabe agregar que el reglamento emitido por la SUNARP, establece que el Registro Mobiliario de Contratos, forma parte de Registro de Bienes Muebles, sujeto a las garantías de confiabilidad entregadas por el Sistema Nacional de los Registros Públicos de Perú. En cuanto a los bienes muebles registrados, las garantías y actos relativos a estos seguirán inscribiéndose en

⁸⁴ Delgado S., Alvaro. Op. Cit. p. 3

los diferentes Registros Jurídicos de Bienes ya existentes o por crearse, como es el caso del Registro de Propiedad Vehicular, Registro de Aeronaves, Registro de Embarcaciones Pesqueras, entre otros. En este caso, se mantiene el sistema de folio real.⁸⁵

La inscripción en el Registro Mobiliario de garantía tiene efecto declarativo, otorgando preferencia y oponibilidad frente a terceros desde la fecha de la respectiva inscripción.

El reglamento exige para la procedencia de una inscripción en el Registro, que el bien mueble no se encuentre inscrito en un Registro Jurídico de Bienes y que el acto o contrato inscribible implique la afectación del bien mediante una garantía, contrato, medida cautelar u otra similar.

Cabe señalar que en esta materia la LGMP se aleja del modelo de ley entregado por la OEA, el cual establece que cada Estado debe contar con un registro único y uniforme aplicable a todas las garantías mobiliarias existentes en el sistema legal de dicho país. Pues bien, la ley peruana crea el Registro Mobiliario de Contratos, pero dicho registro no contendrá la inscripción de todas las garantías, debido a que mantiene la vigencia de los Registros Jurídicos de Bienes preexistentes. En este sentido el artículo 32 número 3 inciso 2° establece textualmente que *“Cuando los actos inscribibles a los que se refiere este artículo recaigan sobre bienes muebles registrados en un Registro Jurídico de Bienes, éstos se inscribirán en la correspondiente partida registral. En caso contrario, se inscribirán en el Registro Mobiliario de Contratos.”* Sin embargo, la misma ley *“Crea un Sistema Integrado de Garantías y Contratos, el cual vinculará la información existente en Registro Mobiliario de Garantías y Contratos con los demás Registros Jurídicos de Bienes. Esto permitirá la realización de búsquedas vía Internet en función al constituyente, independientemente de dónde se encuentre inscrita la garantía o el contrato. Es*

⁸⁵ Ibid. p 4

decir, se establece un índice personal.”⁸⁶ Por lo tanto, depende del funcionamiento de este sistema integrado de información registral la eficacia de la publicidad de las garantías mobiliarias en el Perú.

4.1.14.1 Sistema Integrado de Garantías.

Bajo la diferenciación existente en Perú entre bienes sujetos o no a un registro de bienes jurídicos, se vuelve a uno de los principales problemas a que se enfrentan los sistemas de garantías mobiliarias, el hecho de no contar con un registro único, certero y eficaz de todas las garantías, el cual entregue la suficiente seguridad al acreedor garantizado.

Buscando la unidad requerida, sin la necesidad de dejar sin efectos los registros preexistentes, la legislación peruana crea la figura jurídica llamada Sistema Integrado de Garantías y Contratos, en adelante SIGC, que tiene por objeto dar acceso a todos los asientos electrónicos registrados tanto en el Registro Mobiliario de Contratos como en otros Registros Jurídicos de bienes existentes. Al respecto el Reglamento en el artículo 8 señala que *“El SIGC centraliza y uniformiza la generación, administración, mantenimiento, actualización y acceso a la información existente en el Registro Mobiliario de Contratos y en los Registros Jurídicos de Bienes”*. Con ello se busca lograr el registro unitario propuesto por la Ley Modelo.

El SIGC también se encuentra bajo el control de la SUNARP a quien se le encomienda la tarea de crear un índice de búsqueda que haga eficaz la consulta de los usuarios, a fin de cumplir con la función integradora de este Sistema. El acceso a este sistema es vía Internet, permitiéndose realizar operaciones de reporte y consulta por cualquiera persona que acceda al sitio Web.

⁸⁶Ibd. p. 4

4.1.14.2 Actos inscribibles en el Registro Mobiliario de Contratos.

El artículo 32 enumera los actos jurídicos susceptibles de inscripción en el Registro de Garantías Mobiliarias. Estos actos son:

- 1.-La garantía mobiliaria a que se refiere esta Ley y los actos relativos a su eficacia, modificación o eventual cesión.
- 2.-Las resoluciones judiciales, arbitrales o administrativas referidas a la garantía mobiliaria regulada por esta Ley.
- 3.-Los actos jurídicos que a continuación se enumeran, para los efectos de su prelación, oponibilidad y publicidad, cualquiera que sea su forma, denominación o naturaleza, destinados a afectar bienes muebles o derechos de toda naturaleza, presentes o futuros, determinados o determinables, sujetos o no a modalidad, incluyendo la cesión de derechos; los fideicomisos; el arrendamiento; el arrendamiento financiero; los contratos de consignación; las medidas cautelares; los contratos preparatorios; los contratos de opción; y otros actos jurídicos en los que se afecten bienes muebles.

4.1.14.3 Formulario de inscripción de la garantía mobiliaria.

Siguiendo a la Ley Modelo, la ley del Perú incorpora en su regulación la figura del Formulario Registral, con el objeto de facilitar la inscripción de las garantías mobiliarias, así como de todo otro acto que por esta ley se le deba publicitar.

Los formularios de inscripción son aquellos documentos que deben ser llenados y suscritos manual o electrónicamente por los otorgantes del acto constitutivo de la garantía mobiliaria y debe contar con la toda la información relativa al acto constitutivo, conteniendo como mínimo las menciones señaladas en el artículo 19 de la LGMP.

Este formulario tiene la calidad de declaración jurada y debe contar con la correspondiente certificación de un notario, para constituir un título suficiente para inscribir en el Registro correspondiente. Cabe señalar que dichos formularios constituyen una alternativa a la Escritura Pública, con lo cual el legislador peruano buscó agilizar y abaratar los costos del procedimiento de constitución de una garantía mobiliaria. De esta forma las personas que constituyan una garantía mobiliaria, deben presentar sólo el Formulario de Inscripción completo, sin necesidad de exhibir o anexar copia del acto jurídico constitutivo. Es más, el artículo 36 inciso 2º, a propósito de la calificación de legalidad que deberá realizar el registrador, establece que este último *“no podrá solicitar en ningún caso la presentación del acto jurídico constitutivo de la garantía mobiliaria o generador del acto inscribible.”*

Según lo dispuesto en el artículo 28 del Reglamento este formulario básicamente debe contener; la individualización completa del constituyente, del acreedor garantizado y del deudor, considerando sus respectivos representantes; la identificación y la descripción del bien mueble afectado, dejando expresa constancia sobre si es un bien futuro o presente, propio o ajeno; indicación de los datos de inscripción del bien mueble en un Registro Jurídico de Bienes, cuando corresponda; si se trata de bienes no registrados debe contener la firma de constituyente declarando su condición de propietario; el valor del bien afectado; el monto del gravamen y en su caso las reglas que permitan determinarlo; la descripción de la obligación asegurada especificando su naturaleza; la fecha del acto constitutivo; el plazo de vigencia de la garantía mobiliaria; la forma y condiciones de la ejecución del bien mueble; la identificación del representante a cargo de realizar la venta del bien; y finalmente la certificación notarial.

Corresponde a la SUNARP confeccionar y aprobar los Formularios de los cuales dispondrán las partes que suscriben una garantía mobiliaria, actualmente se encuentran

disponibles en la página Web de la Sunarp.⁸⁷ El Reglamento N° 142-2006-SUNARP establece la existencia de tres distintos tipos de formularios:

- 1.- Formulario de inscripción de garantías mobiliarias, el cual también se utiliza para la pre constitución, modificación y la renovación de la garantía.
- 2.- Formulario de inscripción de otros actos.
- 3.- Formulario de cancelación de garantías mobiliarias y otros actos.

Estos formularios deben admitir la posibilidad de realizar dos o más inscripciones a la vez.

4.1.14.4 Control del formulario de inscripción.

Al tenor de la ley peruana se aprecia que el formulario registral está sometido a dos controles. En primer lugar el artículo 34 de la LGMP señala que el notario que realizará la certificación del formulario, *“deberá verificar además que el formulario de Inscripción esté completo, cumpliendo con todos los requisitos señalados en el artículo 19 de la presente Ley. En el caso de los demás actos inscribibles, verificará el cumplimiento de los requisitos que la SUNARP establezca para tal efecto.”* Agrega expresamente que no se trata de un control de validez ni legalidad del acto, control que será realizado al momento de inscribirse.

En segundo lugar y de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 36 de la LGMP el Registrador dentro de tres días de presentarse un Formulario registral, debe realizar un control sobre la legalidad y validez del acto inscribible, además de constatar la capacidad de las partes. Dicho control se efectuará sólo considerando la información contenida en el formulario y su correspondiente certificación. Además en caso que la garantía verse sobre bienes muebles afecto a una inscripción registral, debe verificar la adecuación del Formulario a los antecedentes del

⁸⁷ Vease en www.sunarp.gob.pe

Registro correspondiente, pudiendo solicitar mayores antecedentes, inclusive la exhibición del acto jurídico de constitución, pero sólo para estos efectos.

En caso de que a la luz de este control, aparezca en el Formulario algún defecto subsanable, el Registrador debe realizar, lo que denomina la ley una “*anotación preventiva*”, en virtud de la cual se conceden noventa días a las partes para subsanar dicho defecto. Si es subsanado el defecto dentro de plazo, el registrador procederá a la inscripción definitiva, retrotrayendo los efectos de la inscripción a la fecha de la anotación preventiva. De no ser subsanado el defecto, la ley establece que la anotación caducará de pleno derecho pasados los noventa días de plazo.

El incumplimiento de las disposiciones sobre este control, genera responsabilidad administrativa para el Registrador.

4.1.14.5 Formulario electrónico.

Siguiendo lo recomendado por la Ley Modelo y procurando facilitar la inscripción a un bajo costo, el artículo 35 de la ley peruana señala que “*El Formulario de Inscripción podrá extenderse en medios electrónicos en cuyo caso su suscripción y certificación también se realizará empleando estos medios.*”

La SUNARP está a cargo de implementar, certificar y determinar los canales idóneos para el funcionamiento electrónico de los Formularios, cuya inscripción en el registro se realizará mediante su transmisión electrónica. Además el artículo 33 de la ley dispone las menciones mínimas que deben contener el asiento o formulario electrónico, que corresponden al detalle pormenorizado de los requisitos del acto inscribible contenidos por el artículo 19 de la misma ley. Cabe agregar que el artículo 40 establece la primacía de la información contenida en el asiento electrónico sobre la contenida en el acto jurídico de constitución, señalando

expresamente que “*si existiese discrepancia entre el acto jurídico inscribible y la información en el asiento electrónico, prevalecerá frente a terceros la información contenida en este último.*”

4.1.14.6 Efectos de la inscripción registral.

El principal efecto de la inscripción en el Registro Mobiliario de Contratos es dar la correspondiente publicidad a la garantía mobiliaria constituida, y con ello se hace oponible frente a terceros, señala el artículo 37 de la ley. Además en virtud de la fecha y hora de ingreso del Formulario al registro se determina la prelación de derechos correspondientes a los acreedores garantizados con los mismos bienes.

Respecto a la publicidad que otorga la inscripción, el artículo 38 señala que inscrito el acto constitutivo se presume conocida la garantía, no admitiéndose prueba en contrario.

4.1.14.7 Formulario de Cancelación de la garantía mobiliaria.

El artículo 41 de la LGMP señala que con el cumplimiento de la obligación principal surge el derecho para el constituyente de una garantía mobiliaria, para solicitar al acreedor satisfecho la suscripción del correspondiente Formulario de Cancelación de la inscripción. La ley peruana otorga 10 días para que se realice esta operación, transcurridos los cuales el constituyente podrá recurrir al mecanismo pactado para estas situaciones en el acto constitutivo, o a falta de pacto sobre la materia, recurrir a la justicia ordinaria, la cual conocerá del asunto bajo un procedimiento sumarísimo.

La inscripción puede ser cancelada por la suscripción voluntaria del Formulario de cancelación, por disponerlo así una resolución judicial, por vencimiento sin renovación de la vigencia de la inscripción, o por solicitud expresa del acreedor garantizado.

4.1.15 Ejecución de la garantía mobiliaria.

El Título III de la LGMP está dedicado íntegramente a regular la ejecución de la garantía mobiliaria. Cabe señalar que la regulación de esta materia realizada por la ley peruana es distinta a la contenida en la Ley Modelo.

Establece el artículo 47 de la LGMP que la venta del bien mueble afecto a la garantía mobiliaria podrá llevarse a efecto en forma extrajudicial según lo pactado en el acto constitutivo, aplicándose lo dispuesto en el título III en caso de no existir tal acuerdo.

Señala el número 1 del artículo 47 que en caso de no contener el acto constitutivo acuerdo sobre la ejecución, se debe otorgar “*poder específico e irrevocable a un tercero para realizar y formalizar la transferencia del bien mueble afecto en garantía mobiliaria.*”, el mismo artículo agrega la prohibición de pactar que el propio acreedor garantizado sea dicho representante. El representante nombrado será el encargado de la venta, asumiendo la responsabilidad civil por el cumplimiento de las condiciones de venta impuestas en el acto constitutivo de la garantía, sin perjuicio de ello, siempre debe actuar con diligencia y buena fe.

Producido el incumplimiento de la obligación principal, el acreedor debe dar cuenta de ello mediante la notificación por carta notarial, al deudor y al representante, y en su caso al tercero constituyente de la garantía. Transcurridos tres días hábiles de recibida la carta notarial el acreedor garantizado podrá proceder a la venta del bien mueble, procedimiento que no se suspenderá “*salvo que el deudor cancele el íntegro de la deuda.*” Las posibles controversias respecto del monto o de la extensión de la garantía serán resueltas por el Juez competente, quien deberá conocer del asunto en procedimiento sumarísimo que no suspenderá la ejecución.

El número 6 del artículo 47 dispone que transcurridos sesenta días (se permite a las partes pactar un plazo distinto) desde el envío de la notificación notarial a quien corresponda, sin

que se haya vendido el bien afectado, el acreedor *“podrá solicitar su ejecución judicial conforme al Código Procesal Civil.”*

4.1.15.1 Limitaciones a la ejecución de la garantía mobiliaria.

En conjunto con lo anterior, el artículo 47 de la ley contiene dos limitaciones que se deben cumplir en la ejecución de una garantía mobiliaria.

En primer lugar dispone la nulidad de la venta cuando el precio alcanzado sea menor a las dos terceras partes del valor pactado entre las partes y contenido en el Formulario de Inscripción, o del valor comercial del bien mueble afectado. Esta nulidad debe ser alegada por el constituyente dentro del plazo de quince días.

En segundo lugar el número 4 del artículo 47 de la LGMP dispone que *“Si el bien mueble estuviese afecto a gravámenes anteriores a la garantía mobiliaria que dio lugar a la venta, el representante deberá consignar a la orden del Juez Especializado en lo Civil, el importe total de la venta del bien mueble dentro de los tres días hábiles siguientes al cobro del precio.”* Para el caso de existir garantías posteriores a la que dio lugar a la ejecución, el representante a cargo de la venta deberá consignar a la orden del Juez el saldo si es que existiese.

Cabe señalar que ambas reglas son aplicables a toda ejecución, incluso la acordada por las partes.

4.1.15.2 Desposeimiento del bien mueble para la ejecución de la garantía mobiliaria.

Según lo dispuesto por la ley las partes pueden acordar libremente la forma de efectuar la toma de posesión del bien mueble afecto a la garantía mobiliaria. A falta de pacto, dispone el artículo 52 de la LGMP que el acreedor garantizado puede asumir directamente la posesión del bien, para ello requiere de la correspondiente certificación notarial que deje *“expresa constancia*

del estado y características principales del bien mueble afecto en garantía mobiliaria, así como la notificación notarial al deudor y, en su caso, al constituyente y al depositario del bien mueble afecto en garantía mobiliaria, dentro de los dos días hábiles siguientes.” Parte de la doctrina peruana ⁸⁸ ha señalado que esta certificación notarial presentaría los siguientes obstáculos:

1). La disposición del notario para que en el momento que se le requiera deje su despacho notarial y se constituya en el lugar donde está el bien del cual se pretende tomar en posesión.

2) La onerosidad de la diligencia, si bien éste costo se va a cargar finalmente al deudor, el desembolso inicial tiene que hacerlo el acreedor, de lo contrario nunca podrá tomar posesión del bien.⁸⁹

Alternativamente al proceder anterior, el acreedor puede solicitar al Juez civil que realice un requerimiento de incautación del bien mueble. Dicho requerimiento se efectúa por medio de un procedimiento sumarísimo, sin traslado del mismo al deudor quien no podrá interponer recurso alguno que entorpezca la ejecución.

El requerimiento judicial debe ser realizado por un funcionario policial, quien deberá llevar a cabo la incautación dentro de 48 horas de recibido el requerimiento. Realizada la incautación inmediatamente la autoridad policial debe hacer entrega del bien mueble al representante encargado de la venta o al acreedor garantizado en su defecto, quien será responsable de su transporte, custodia y conservación según lo dispone el artículo 52.

En este punto, sobre la incautación del bien para su ejecución, la ley peruana se ha alejado considerablemente de la Ley Modelo que en su artículo 57 permite solamente la toma de posesión del bien afecto a una garantía mobiliaria mediante la correspondiente autorización

⁸⁸ Zúñiga M. Francisco. Op. Cit.

⁸⁹ Ibid.

judicial, previa solicitud del acreedor garantizado. De acuerdo con la orden judicial, los bienes en garantía serán entregados al acreedor garantizado, o a un tercero a solicitud del acreedor garantizado. En contraste la Ley Peruana, como es posible apreciar, permite el apoderamiento directo del bien por el acreedor garantizado, siguiendo la influencia del Uniform Commercial Code.⁹⁰

4.1.16 Pacto comisorio.

Alejándose de lo dispuesto por la Ley Modelo el artículo 53 de la LGMP dispone que es válido el acuerdo entre el constituyente de una garantía mobiliaria y el acreedor garantizado por la misma, por el cual se establece que este último pueda adjudicarse en propiedad el bien mueble afecto a la garantía en caso de incumplimiento de la obligación principal. Para la validez de este acuerdo se deben cumplir los siguientes requisitos:

- 1.-Incluir en el acuerdo el valor del bien mueble afecto a la garantía.
- 2.-Otorgar poder específico e irrevocable, al momento de pactar la posibilidad de adjudicación, a un representante común para que en caso de incumplimiento realice la transferencia del bien.
- 3.-Dejar constancia del poder otorgado en el Formulario de Inscripción.

Para proceder a la adjudicación pactada el acreedor debe notificar notarialmente incumplimiento de la obligación principal al deudor y al representante encargado de la transferencia. Esta notificación debe contar con relación del monto detallado de la obligación garantizada no pagada y el valor del bien mueble afecto acordado por las partes.

⁹⁰ Ibid.

4.2 Ley de garantías mobiliarias de Guatemala.

El 1° de enero del año 2008 entró en vigencia la Ley de Garantías Mobiliarias según Decreto 51-2007 del Congreso de la República de Guatemala, en adelante LGMG, la cual como señala su artículo 1° *“tiene por objeto regular las garantías mobiliarias y al Registro de Garantías Mobiliarias...”*. La promulgación de esta ley se enmarca en el plan de fortalecimiento del comercio guatemalteco⁹¹ y atiende la necesidad de implementar y reformar instrumentos jurídicos en dirección a una legislación congruente con sus políticas de comercio exterior. En este sentido la adopción de una ley unificadora de las garantías mobiliarias responde a las exigencias que conlleva el Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos vigente con Guatemala desde el mes de julio del año 2006.

De igual forma que los otros países, en Guatemala el fundamento de económico de la incorporación a su legislación de las garantías mobiliarias, y su regulación unificadora y sistemática, ha sido *“crear un marco jurídico que fomente el uso de garantías mobiliarias de diversa índole para garantizar adecuadamente las obligaciones crediticias que contraigan las diferentes personas individuales o jurídicas en el país, principalmente de aquellos sectores que, como los micro, pequeños y medianos empresarios, tradicionalmente no han calificado como sujetos de crédito.”*⁹² De esta forma la ley surge principalmente de una serie de propuestas realizadas por el Banco Central de Guatemala tendientes a consensuar, dentro de los diversos agentes y sectores económicos, un paquete de leyes que propiciaran la modernización y eficiencia del proceso de intermediación financiera en el país.⁹³ Por ello, el surgimiento de esta ley se enmarca en las políticas públicas económicas del Estado de Guatemala que buscan el

⁹¹ Ministerio de Economía de Guatemala. Plan de acción nacional de Guatemala estrategia para el fortalecimiento y creación de las capacidades relacionadas con el comercio. 2007. p 9.

⁹² Véase Considerando 1° de Decreto número 51-2007 de Guatemala.

⁹³ National Law Center for Inter-American Free Trade. “Ley de Garantías Mobiliarias: Decreto 51-2007. En Inter-Am Data Base.

fomento de la micro, pequeña y mediana empresa con el objeto de entregarles mayor competitividad, y lo cual finalmente se traduzca en un mayor crecimiento económico de dicho país. Lo anterior en base principalmente al aumento de los bienes susceptibles de una garantía de tipo real, la simplificación de los procesos de constitución y cancelación de la misma garantía y la creación de un Registro Electrónico eficaz que entregue la certeza jurídica necesaria.

4.2.1 Antecedentes de la Ley de Garantías Mobiliarias de Guatemala.

La ley guatemalteca está compuesta de 82 artículos distribuidos en nueve títulos y encuentra su inspiración en la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias, la cual adopta con pequeñas modificaciones, que no alteran sustancialmente lo dispuesto por el modelo.

Si bien la LGMG entró en vigencia en el mes de enero del año 2008, aún no ha podido implementarse en la práctica, debido a que aún no se confecciona el correspondiente Reglamento de Implementación del nuevo sistema. Junto a ello, tampoco ha entrado en funcionamiento el Registro de Garantías Mobiliarias contemplado por la ley, el cual según el Ministerio de Economía de Guatemala⁹⁴, se espera que entre en funcionamiento en el primer semestre del año 2009. Es por ello que con fecha 10 de septiembre del año 2008 entró en vigencia el Decreto número 26-2008 que introduce modificaciones a algunos artículos de la ley número 51-2008. La principal reforma apunta a los artículos 80 y 81 de esta ley. El artículo 81 preceptúa que *“el Organismo Ejecutivo debe emitir en un plazo de 90 días los Reglamentos para la aplicación de la misma.”* Situación que no se llevó a cabo por razones de financiamiento para la puesta en marcha del Registro de Garantías Mobiliarias. Por ello el artículo 9º del reglamento 41-2008 establece la continuidad de la inscripción en el Registro de Propiedad de Guatemala, en el Registro Mercantil o en el Registro de la Propiedad Intelectual para las garantías que puedan ser

⁹⁴ Véase página Web ministerio de economía, <http://www.mineco.gob.gt/>

inscritas en aquellos registros. Disponiendo su traslado al Registro de Garantías Mobiliarias cuando este sea implementado, sin costo para las partes y manteniendo su preferencia registral.

En el caso de las garantías mobiliarias que no puedan ser inscritas en los registros ya señalados, el mismo artículo 9 exime de la obligación de inscribir los formularios de constitución, modificación, prórroga o ejecución, mientras no se encuentre operando el Registro de Garantías Mobiliarias.

4.2.2 La garantía mobiliaria guatemalteca.

El artículo 3 de la LGMG entrega el siguiente concepto de las garantías mobiliarias; *“es el derecho real de garantía constituido por el deudor garante a favor del acreedor garantizado, para garantizar el cumplimiento de una o varias obligaciones del deudor principal o de un tercero. Consiste en la preferencia que le otorga al acreedor garantizado para la posesión y ejecución de los bienes muebles dados en garantía.”*

De esta definición cabe resaltar que la LGMG pone énfasis en el carácter real del derecho constituido sobre el bien mueble, el cual se traduce en una preferencia para el acreedor garantizado en la ejecución del mismo. La referencia hecha a la posesión se traduce a que en forma previa a la ejecución, el acreedor garantizado puede solicitar que se le entregue el bien afectado. La misma ley entrega una definición de posesión señalando que esta puede ser real o legal, consistiendo la primera *“en el control material o físico del bien garantizador”*, por tanto, la posesión real se refiere a la tenencia material del bien. La posesión legal es una ficción jurídica en virtud de la cual la ley considera que el bien mueble fue recibido por el acreedor, aún cuando no se haya verificado la entrega material del mismo.

4.2.3 Carácter unitario de la garantía mobiliaria.

La LGMG busca la unificación de distintas cauciones muebles dispersas en toda la legislación guatemalteca, es por ello que en el inciso segundo del mismo artículo 3 otorga la calidad jurídica de garantías mobiliarias a todos *“aquellos contratos, pactos o cláusulas comúnmente utilizados para garantizar obligaciones respecto de bienes muebles.”* Por lo tanto figuras como la prenda, la venta con reserva de dominio, los fideicomisos en garantía, el descuento de créditos y el arrendamiento financiero que versen sobre bienes muebles tienen la calidad de garantías mobiliarias, y por tanto, les son aplicable lo dispuesto en la LGMG. El artículo 7° de la LGMG, complementando y ratificando lo dispuesto en su artículo 3°, establece que bajo el *“concepto genérico y unitario de garantía mobiliaria”* esta ley regula todas las figuras jurídicas preexistentes y dispersas en la legislación guatemalteca tendientes a garantizar obligaciones mediante la afección de un bien mueble. Acto seguido enumera en forma ejemplar y no taxativa las figuras jurídicas que pasan a quedar incluidas en la regulación de la LGMG, entre las cuales resaltan: la prenda en todas sus clases, cartas de porte o conocimientos de embarques, vales, bonos bancarios y saldos a favor en cuentas corrientes.

4.2.4 Contenido de las obligaciones garantizadas.

El artículo 9° de la LGMG está dedicado a señalar que partes de la obligación garantizada serán solventadas por el bien mueble afectado en garantía en caso de ejecución. Cabe señalar que en esta materia la LGMG adopta con leves cambios, lo señalado al respecto por la Ley Modelo en su artículo 4°. Considerando que la obligación garantizada en caso de silencio de las partes consiste en:

- 1.- La deuda principal;

- 2.- Los intereses ordinarios, calculados respecto a la tasa de interés legal vigente al momento del incumplimiento;
- 3.- Gastos de guarda, custodia y ejecución en que incurra el acreedor garantizado;
- 4.- Los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento de la obligación principal, evaluados por la justicia ordinaria.

Cabe reiterar que lo anterior rige de forma supletoria, pudiendo las partes, en virtud de la libertad contractual, modificar dichas reglas, señalando expresamente que los intereses pueden ser calculados bajo otra fórmula pactada, determinar la fijación de una arbitro para la evaluación de los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento de la obligación principal. Finalmente la letra f del artículo 6 de la LGMG establece como limite a la libertad contractual en esta materia el respeto a la moral, las buenas costumbres y el orden público, además de conformarse lo pactado a lo establecido en el mismo cuerpo legal, limites que no están expresamente reconocidos por la Ley Modelo.

4.2.5 Bienes susceptibles de garantía mobiliaria.

El artículo 3° de la LGMG señala que la garantía mobiliaria es posible constituir la sobre tres categorías distintas de bienes:

- a.- Sobre bienes muebles corporales, incorporales o derivados;
- b.- Sobre bienes inmuebles por incorporación o destino; o,
- c.- Sobre los derechos que recaigan sobre las dos categorías anteriores de bienes muebles.

Además el artículo 4° de la ley, establece que la garantía puede afectar a uno o varios muebles específicos, categorías genéricas o la totalidad de los bienes muebles del garante. Los

bienes muebles garantizados pueden ser presentes o futuros, corporales o incorporales, susceptibles de apreciación pecuniaria al momento de la constitución o posteriormente.

Si bien esta enumeración concuerda con lo dispuesto sobre la materia en el artículo 2 de la Ley Modelo, la LGMG agrega que la garantía solo podrá constituirse sobre cualquier tipo de bien mueble *“cuando el deudor garante tenga un derecho posesorio sobre los mismos”*, con ello se aparta de la ley modelo que en el mismo artículo 2° señala que la garantía mobiliaria podrá constituirse sobre cualquiera de estos tipos de bienes muebles *“sin importar la forma de operación o quien sea el titular de la propiedad.”*

4.2.6 Obligaciones garantizables.

La LGMG establece en el artículo 4° que la garantía mobiliaria puede ser constituida *“con el objeto de garantizar el cumplimiento de obligaciones de toda naturaleza.”* Agrega, que las obligaciones garantizables pueden ser presentes o futuras, determinadas o determinables.

4.2.7 Clasificación de las garantías mobiliarias en Guatemala.

El artículo 5 de la LGMG establece la principal clasificación que reconoce la ley, entre la garantía mobiliaria con posesión y sin posesión, en virtud de cuál de las partes retiene el bien mueble afectado. Además se reconocen otras garantías mobiliarias cuyas reglas especiales son establecidas a lo largo de la ley, y en este apartado daremos un tratamiento sistemático de ellas.

4.2.7.1 Garantía mobiliaria con posesión.

Según lo dispuesto por la ley guatemalteca es aquella en que la tenencia de los bienes muebles es traspasada al acreedor garantizado, quien adquiere la calidad de depositario de los mismos. Se perfecciona con la entrega del bien mueble al acreedor o a un tercero designado

como depositario. Por tanto, en este caso la garantía mobiliaria es un contrato real, manteniendo la principal seguridad entregada por la prenda clásica.

4.2.7.2 Garantía mobiliaria sin posesión.

La ley también la llama garantía mobiliaria sin transmisión de posesión y es aquella constituida sobre bienes cuya tenencia conserva el deudor garante, quien también adquiere la calidad y responsabilidad de depositario. Señala el artículo 11 de la LGMG que esta clase de garantía mobiliaria se perfecciona al momento de celebrarse el contrato de garantía, salvo que las partes introduzcan una modalidad que difiera sus efectos en el tiempo. Pero para que sea oponible a terceros es necesario inscribirla en el correspondiente registro. Como ya señalamos, en virtud del Decreto N° 46-2008 hasta la entrada en vigencia del Registro de Garantías Mobiliarias, estas deben ser inscritas en los registros preexistentes si es posible, de lo contrario temporalmente las partes están exentas de realizar dicha inscripción. Además, para el caso de las garantías mobiliarias que afecten bienes futuros, la ley condiciona su perfeccionamiento a la adquisición del bien o sus derechos por parte del deudor garante.

Siguiendo lo dispuesto en el artículo 8° de la Ley Modelo sobre los derechos y obligaciones que le corresponden al deudor garante de una garantía mobiliaria sin posesión (sin desplazamiento), el artículo 14 de la ley guatemalteca entrega su regulación a la voluntad de las partes, disponiendo supletoriamente y en caso de silencio de las partes que le corresponderá al deudor garante:

1.- *“Usar, disponer, preservar y conservar los bienes muebles en garantía...”* comprendiendo además los bienes atribuibles obtenidos en el curso normal de los negocios del deudor garante. Para ello, se exige que el deudor garante proceda con la diligencia debida. La propia ley, en el artículo 2° dedicado a entregar las definiciones relevantes, define la diligencia debida como

aquel *“Cuidado con el que una persona debe actuar siempre con el buen juicio de un fiduciario, conforme a los usos del comercio y cuidando el negocio propio.”* Además expresamente señala que comprende la obligación de tomar razonablemente aquellas medidas necesarias para preservar el valor y la eficacia de la garantía.

2.- La obligación de suspender los derechos de usar y disponer de los bienes muebles afectos a la garantía, *“en caso de que el acreedor garantizado le notifique al deudor garante o a su cesionario de su intención de proceder a la ejecución de la garantía...”*

3.- La obligación de permitir al acreedor garantizado inspeccionar los bienes muebles en garantía, con el objeto de verificar *“su cantidad, calidad y estado de conservación.”*

4.- La obligación de contratar un seguro contra la destrucción y por las pérdidas o daños no provenientes del uso normal de los bienes. Esta obligación está supeditada a la necesidad de dicho seguro en virtud de la naturaleza de los bienes afectos a la garantía, por lo tanto, no siempre será obligación del deudor garante contratar un seguro.

5.- Por último, las partes pueden establecer los derechos y obligaciones que estimen pertinentes, siempre y cuando no contravengan lo dispuesto en la LGMG.

4.2.7.3 Garantía mobiliaria prioritaria.

La Garantía mobiliaria prioritaria contemplada en el artículo 2° de la ley guatemalteca corresponde a la garantía mobiliaria de adquisición contemplada en el artículo 3 número IX de la Ley Modelo, y que ambas normas definen como aquella *“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 financiado de dicha manera”*

Esta clase de garantía mobiliaria según el artículo 17 de la LGMG se constituye mediante la inscripción del formulario registral, en el cual se debe hacer mención expresa de su calidad especial de garantía prioritaria y la descripción al menos genérica de los bienes gravados bajo esta modalidad.

Cabe agregar que el mismo artículo 17 de la ley, en su inciso segundo, establece un derecho preferente para el acreedor garantizado con una garantía de esta clase en caso de que los bienes muebles adquiridos bajo esta modalidad pasen a formar parte del inventario del deudor garante, y éste con anterioridad haya garantizado una obligación afectando en garantía su inventario. En virtud de las reglas generales el acreedor garantizado con una garantía mobiliaria prioritaria adquiriría una preferencia de segundo orden, pero el precepto altera la reglas generales, señalando que este acreedor garantizado adquiere una “*prelación superior al resto de los acreedores*” con garantías previamente constituidas. Para ello, con anterioridad o en el acto de la inscripción debe notificar por escrito o por algún medio electrónico idóneo al o los acreedores garantizados con el inventario del deudor garante. El artículo 45 de la ley profundiza en la materia señalando expresamente los requisitos para que opere esta prelación preferencial del acreedor garantizado prioritario: a) Especificar el carácter prioritario de la garantía mobiliaria en el formulario a inscribir en el Registro; b) Notificar a los acreedores con garantías mobiliarias constituidas en forma previa sobre la misma categoría de bienes, señalándoles cuales son los bienes gravados prioritariamente. Dicha notificación debe ser efectuada en forma previa o en el momento de la inscripción. De igual forma el artículo 56 de la ley señala que esta clase de garantías “*tendrá prelación sobre cualquier garantía anterior que afecte bienes muebles futuros del mismo tipo en posesión del deudor garante...*”. Para ello debe cumplir los requisitos de constitución y publicidad exigidos por la misma ley, aun cuando se le haya dado publicidad con posterioridad a las otras garantías previamente constituidas.

4.2.7.4 Garantía Mobiliaria sobre créditos.

El capítulo II del título II está dedicado íntegramente a la regulación de la garantía mobiliaria constituida sobre derechos.

El artículo 2° de la LGMG entrega la definición del crédito en garantía, señalando que es aquella *“garantía mobiliaria que el deudor garante otorga a favor del acreedor garantizado, consistente en un derecho que tiene de reclamar o recibir el pago de una suma de dinero, que le es debida por un tercero...”*. Agrega el artículo 18 de la ley que la regulación sobre esta materia es aplicable *“a toda especie de cesión en garantía o en venta.”* El artículo 18 de la ley regula la publicidad de la garantía mobiliaria sobre créditos, estableciendo la exigencia de la inscripción registral para tal efecto con el objeto de hacer oponible esta garantía a terceros. Lo mismo se aplica a todas las especies de cesión en garantía, las cuales sin la debida inscripción no adquieren la preferencia otorgada por esta ley.

De lo dispuesto en el capítulo II del título II de la LGMG es posible inferir que para constituir la garantía mobiliaria no es necesario el consentimiento del deudor del crédito entregado en garantía, incluso el artículo 24 de esta ley, dedicado a la validez de la garantía mobiliaria sobre créditos, dispone que es ineficaz toda cláusula o pacto entre el deudor del crédito y el deudor garante mediante el cual se limite el derecho de este último para constituir garantías mobiliarias o ceder dichos derechos. Por tanto, además de no necesitar del consentimiento del deudor de un crédito dado en garantía, tampoco éste puede oponerse a dicha operación, siendo ineficaz todo pacto previo que busque limitar dicha facultad, salvo en caso de tratarse del derecho al pago de un crédito documentario. Sin embargo, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 20 de la ley, la garantía mobiliaria constituida sobre un crédito no afectará la

relación contractual entre el deudor garante (en este caso acreedor) y el deudor del crédito en garantía, “*ni hará más onerosas las obligaciones de éste, si fue cedido sin su consentimiento.*”

En cuanto a las excepciones que pueda oponer el deudor del crédito cedido en garantía, el artículo 21 de la ley, establece que podrá oponer en contra del acreedor garantizado todas las excepciones “*derivadas del contrato original entre el deudor garante y el deudor del crédito en garantía,.... Siempre que éste pudiera valerse de las mismas si dicho crédito le fuese exigido por el deudor garante.*” Además el deudor del crédito en garantía podrá oponer la excepción de compensación por los créditos que tuviese en contra del acreedor garantizado, siempre y cuando dichos créditos hayan estado vigentes al momento de la notificación de la cesión. Cabe agregar que el mismo artículo permite que mediante pacto el deudor del crédito en garantía renuncie a oponer estas excepciones en contra del acreedor garantizado, salvo que surja dicha renuncia de actos fraudulentos del acreedor garantizado o aquellas sean fundadas en la falta de capacidad del acreedor en garantía.

El deudor del crédito en garantía extingue su obligación pagando al deudor garante, salvo que sea notificado por el acreedor garantizado de que debe hacerle el pago del total o del saldo de la deuda a él. En este caso el deudor del crédito en garantía tendrá derecho a exigir que se “*le ponga a la vista*” los documentos mediante los cuales se constituyó la garantía sobre el crédito, teniendo el acreedor garante plazo de tres días para cumplir con este requisito, pasado los cuales sin la exhibición de dichos documentos, el pago deberá realizarse válidamente al deudor garante. Esta notificación puede ser realizada por cualquier medio escrito generalmente aceptado y que acuse de recibo certificado, por medio de documentos electrónicos o por notificación judicial o notarial. Para que produzca todos sus efectos debe “*identificar el crédito sobre el cual se solicita el pago e incluir instrucciones suficientes para que el deudor pueda efectuarlo.*” Además dicha notificación debe realizarse con posterioridad a que se produzca el

incumplimiento de la obligación del deudor garante que autorice la ejecución, las partes de común acuerdo pueden establecer una regla distinta.

4.2.7.5 Garantía mobiliaria sobre crédito documentario.

El artículo 2 de La LGMG define el crédito documentario como *“el contrato, cualquiera que sea su denominación, por el que un banco emisor, a petición y de conformidad con las instrucciones del cliente ordenante o en su propio nombre, y contra la entrega de documentos o de una notificación o instrucción de pago: a) se obliga a hacer un pago a un tercero beneficiario o a su orden, o a aceptar y pagar letras de cambio o instrumentos librados por el beneficiario...”*. La garantía mobiliaria sobre créditos documentarios se constituye precisamente con la entrega del documento que contiene la orden o instrucción libradora del mismo. Dicha entrega material constituye a la vez la publicidad de la garantía según lo preceptuado por el artículo 27 de la misma ley. La entrega no faculta al acreedor garantizado para cobrar el crédito o librar el documento, siendo el objeto de la garantía el impedir que dicho documento sea presentado por el deudor al banco para su cobro. Sin embargo, la ley permite que las partes modifiquen los efectos del contrato, pudiendo las partes habilitar al acreedor garantizado para que efectúe su giro o demande el pago del banco.

Según lo dispuesto en el artículo 28 de la ley, también se puede constituir garantía sobre el derecho que tenga el deudor garante *“a girar o demandar el pago de un crédito documentario, obteniendo la emisión de un crédito transferible a nombre del acreedor garantizado como beneficiario.”*

4.2.8 Constitución de la garantía mobiliaria.

En Guatemala la garantía mobiliaria puede ser constituida por disposición expresa de la ley o mediante la suscripción de “*contrato de garantía, celebrado entre el deudor garante y el acreedor garantizado.*” Cabe señalar que la LGMG no contiene ningún caso de aplicación de la garantía mobiliaria legal.

El contrato de garantía es definido en la letra i del artículo 2° de la LGMG, el cual señala que es aquel “*en virtud del cual, el deudor garante garantiza el cumplimiento de la obligación del deudor principal, a favor del acreedor garantizado...*”. Cabe agregar que tal como lo dispone la Ley Modelo, en caso de tratarse de una garantía mobiliaria sin desplazamiento del bien mueble, el contrato debe cumplir la formalidad de contar por escrito. El artículo 10 de la LGMG expresamente entrega la misma eficacia, validez y obligatoriedad de los asientos que consten en papel a los documentos electrónicos.

4.2.9 Requisitos del contrato de garantía.

Cabe señalar que la LGMG solo exige que el contrato de garantía conste por escrito en caso de tratarse de una garantía sin desposesión (sin desplazamiento). La escrituración no es indispensable en caso de las garantías posesorias (con desplazamiento) en razón a que la ley expresamente establece en el artículo 13 que se presume constituida este tipo de garantías “*desde el momento en que el deudor garante entregue la posesión o control de los bienes muebles en garantía al acreedor garantizado o a un tercero designado por éste, salvo pacto en contrario.*” Por lo tanto, las garantías posesorias también podrán constar por escrito y afectar los efectos de esta presunción legal.

Según reza el artículo 12 de la LGMG, el grado de formalidad de la escrituración del contrato de garantía queda entregado a la voluntad de las partes, quienes pueden valerse para ello

de una escritura pública, de una escritura privada debidamente legalizada, de un asiento electrónico, y en general, de *“cualquier medio que deje constancia permanente del consentimiento de las partes respecto de la constitución de la garantía.”*

Siguiendo el artículo 7 de la Ley Modelo, la ley guatemalteca incorpora una enumeración de las menciones mínimas que debe contener el contrato de garantía, disponiendo el artículo 12 de la LGMG que este contrato debe contener a lo menos las siguientes menciones:

- 1.- Lugar y fecha de celebración;
- 2.- Datos que permitan la plena identificación del deudor garante y del acreedor garantizado;
- 3.- El monto máximo garantizado por la garantía mobiliaria;
- 4.- La descripción de los bienes muebles afectos a la garantía, ya sea, en forma genérica o específica según corresponda a la naturaleza de los bienes;
- 5.- El plazo o la condición a que se sujeta la obligación garantizada. Cabe señalar que esta mención no encuentra símil en la enumeración del artículo 7 de la Ley Modelo;
- 6.- La mención expresa de que los bienes muebles descritos servirán de garantía a la obligación garantizada;
- 7.- La descripción genérica o específica de las obligaciones garantizadas;
- 8.- La firma de las partes o la impresión dactilar en caso de impedimento para firmar, siendo necesario en este último caso, la comparecencia de un testigo.

Cabe agregar que la enumeración, alejándose de la Ley Modelo, contiene menciones cuya incorporación es facultativa para las partes, y por ello resulta inapropiado considerarlas dentro de las menciones mínimas que debe contener el contrato de garantía, ya que sin ellas, este contrato de igual forma surtirá plenos derechos respecto de las partes que lo suscriben. Las menciones facultativas contenidas en el artículo 12 de la LGMG son:

- 1.- Los términos y condiciones para el caso en que el bien en garantía se deteriore o disminuya de forma tal que no cubra el valor del crédito;
- 2.- Los derechos y obligaciones que pacte el deudor garante o su cesionario, que sean diferentes a los señalados en la ley;
- 3.-El procedimiento de ejecución voluntaria que las partes deseen pactar;
- 4.- La inclusión de una cláusula compromisoria.

4.2.10 Publicidad de las garantías mobiliarias.

El capítulo I del Título III de la LGMG está dedicado a la regulación de la publicidad de la garantía mobiliaria, aspecto medular de esta ley y cuyo efecto principal es dar eficacia frente a terceros a una garantía constituida y plenamente eficaz entre las partes de las mismas.

El artículo 2° destinado a las definiciones de esta ley definía originalmente a la publicidad como la *“situación que se logra por medio de la inscripción registral de los bienes muebles dados en garantía o por la posesión que, sobre los mismos, ejerce el acreedor garantizado o un tercero designado por éste como depositario, que implica un derecho oponible frente a terceros.”* Definición mejorada y modificada por el Decreto 46-2008 que señala en su artículo 1° que la publicidad es la *“situación que implica que la garantía mobiliaria es oponible a tercero, se logra por medio de la inscripción registral de la garantía mobiliaria, de conformidad con esta ley y su reglamento, o por la posesión o control que sobre los bienes dados en garantía ejerce el acreedor garantizado o un tercero designado por éste.”*

De esta definición se extrae que el objeto principal de la publicidad es entregarle a la garantía mobiliaria eficacia frente a tercero, en otras palabras, la publicidad hace oponible a los terceros la garantía constituida. En cuanto a conseguir la situación de publicidad la LGMG nuevamente vuelve a distinguir entre las garantías mobiliarias con y sin posesión de los bienes

garantizados. En caso de la garantía posesoria la publicidad de la misma se logra a través de la tenencia de los bienes muebles por parte del acreedor garantizado o por el tercero depositario designado para tal efecto. En cambio la publicidad de la garantía mobiliaria sin desposesión, se logra por medio de la inscripción registral de los bienes muebles afectos a la garantía.

Al respecto cabe señalar que la regulación de la publicidad en la LGMG es totalmente armoniosa con lo dispuesto en la Ley Modelo en su artículo 10°, el cual también reconoce la diferencia entre estas dos modalidades de publicidad en virtud del tipo de garantía que se constituya.

4.2.11 Registro de Garantías Mobiliarias.

Otro pilar fundamental de la LGMG es la creación de un registro nacional y unificado de garantías mobiliarias, en los términos previstos por la ley modelo.

Por medio de lo dispuesto en el artículo 40 de la LGMG, se crea el Registro de Garantías Mobiliarias, cuyo objeto es *la inscripción de la constitución, modificación, prórroga, extinción y ejecución de garantías mobiliarias y, consecuentemente, la publicidad de las mismas.*” La ley en principio exigía que dentro de noventa días después de entrada en vigencia la ley, el ejecutivo debía promulgar el reglamento del registro, situación que no ocurrió, en virtud de falta presupuestaria. Como ya señalamos, dicho problema fue resuelto transitoriamente por la modificación legal introducida por el Decreto N° 46-2008.

En virtud del artículo 42 se encuentran legitimados para realizar la inscripción del correspondiente formulario de constitución de una garantía mobiliaria en el Registro, el acreedor garantizado, el deudor garante, cualquier persona debidamente autorizada por ellas y el notario con el debido poder y que haya legalizado el contrato de garantía mobiliaria, o autorizado las firmas. En el caso de los formularios de modificación, prórroga, extinción y ejecución de

garantías mobiliarias, sólo se encuentra legitimado para realizar la inscripción el acreedor garantizado.

Cabe agregar que la ley dedica su título V a regular el cargo público de Registrador del Registro de Garantías Mobiliarias, cargo de confianza de la presidencia de Guatemala, señalando los requisitos para su nombramiento y remoción.

4.2.11.1 Características de Registro de Garantías Mobiliarias.

1.- Es un organismo público. El mismo artículo 40 de la ley señala que depende directamente del Ministerio de Economía de Guatemala.

2.- Acceso público y remoto. Todos los documentos, actuaciones y archivos del registro de garantías mobiliarias tienen carácter público, pudiendo cualquier persona solicitar copia de las inscripciones y certificaciones de lo que consta en el registro, a su costa. Además el artículo 46 de la ley señala que el Registro autorizará el acceso remoto por vía electrónica a las personas nacionales o extranjeras que lo soliciten, para la inscripción de un formulario o para la búsqueda de información.

3.- Opera por inscripción de formulario estándar. Dichos formularios para cada operación deben ir acompañados en el registro de las correspondientes notificaciones sobre la constitución, modificación, prórroga, extinción y ejecución de garantías mobiliarias. Además la letra a) del artículo 41 de la ley dispone que no es necesaria la inscripción del contrato de garantía mobiliaria o del contrato de adquisición, para el caso de las garantías mobiliarias prioritarias.

4.- Folio electrónico personal. La letra b) del artículo 41 preceptúa que el registro se realiza en función de nombre de la persona natural o jurídica que corresponda al deudor garante.

5. Registro automatizado. Con ello la ley permite la inscripción con un mínimo de calificación registral, evitando la verificación y evaluación sobre la suficiencia del contenido de la inscripción.

6.- Vigencia limitada del Registro. Las partes tienen la libertad para pactar la duración de la vigencia de la inscripción en el contrato de garantía. Si nada dicen al respecto, se aplica lo dispuesto en el artículo 44 que establece que la inscripción “*tendrá vigencia por un plazo de cinco años, renovables por periodos de tres años, conservando la fecha de prelación original.*”

7.- Registro oneroso. Por cada inscripción que se realice en el registro se deberá pagar el arancel que fije el reglamento del mismo.

8.- Sistema interconectado de registro. La ley legitima al registro para interconectarse, y con ello intercambiar información relevante tanto con registros de otros países mediante el correspondiente convenio, como con los registros preexistentes en la legislación guatemalteca, entre ellos con el Registro Mercantil General de la República, el Registro de la Propiedad Intelectual y el Registro de Vehículos Motorizados.

4.2.11.2 Formulario registral de garantías mobiliarias.

Según la definición entregada por el artículo 2° de la ley, el formulario registral es aquel documento proporcionado por el Registro de Garantías Mobiliarias “*para inscribir la constitución, modificación, prórroga o extinción de la garantía mobiliaria...*”. El formulario puede constar en papel impreso o en formato electrónico.

Su regulación es entregada tanto a la LGMG como al respectivo reglamento del Registro, a la fecha aún no promulgado.

El artículo 43 de la ley está dedicado a enunciar las menciones mínimas que debe contener el formulario registral. En esta materia la ley guatemalteca sigue lo establecido en el

artículo 38 del modelo de ley de la OEA, estableciendo que a lo menos el formulario debe contar con:

1.- La identificación personal del deudor garante, y en los casos que correspondan, la de su representante legal o tercero que le representa, junto al mandato o personería que autoriza a representarlo respectivamente. En caso de que exista más de un deudor garante constituyendo una garantía sobre los mismos bienes muebles, cada deudor debe ser identificado por separado en el formulario;

2.- La identificación personal del acreedor garantizado, y en los casos que correspondan, la de su representante legal o tercero que le representa, junto al mandato o personería que autoriza a representarlo respectivamente;

3.- La clara individualización del deudor, comprendiendo el nombre y demás datos que permitan su plena identificación. Cabe señalar que esta mención no es requerida por la Ley Modelo, la cual la subentiende incorporada en la primera mención ya señalada;

4.- El motivo de la inscripción, consignado claramente si se trata de una constitución, modificación, prórroga, extinción o ejecución de la garantía mobiliaria;

5.- La descripción genérica o específica de los bienes muebles que se constituyen en garantía;

6.- Las condiciones generales pactadas en el contrato de garantía;

7.- La fecha de la solicitud de inscripción y las firmas correspondientes al deudor garante y al acreedor garantizado, o de sus respectivos representantes.

4.2.12 Reglas de prelación de las garantías mobiliarias de Guatemala.

El artículo 54 de la LGMG entrega la regla mediante la cual se determina el orden de prelación de las garantías constituidas sobre bienes muebles, estableciendo, de igual forma que la Ley Modelo, que *“se determina por el momento de su publicidad.”*

En virtud de lo anterior, la prelación depende de la clase de garantía mobiliaria que se haya constituido. En el caso de la garantía mobiliaria posesoria la constitución, publicidad y derecho preferente se alcanza con la entrega del bien mueble. En cambio, en el caso de las garantías sin posesión, la publicidad se logra mediante la inscripción del formulario en el Registro, y por tanto, la prelación se determina de acuerdo a la fecha de inscripción de los respectivos derechos. El inciso 3° del artículo 54 de la ley agrega que la garantía publicada tiene preferencia sobre toda garantía no publicada, aun cuando la constitución de esta última se haya realizado con anterioridad. Respecto de las garantías que no sean debidamente publicadas, su prelación se determinará según el orden cronológico de su constitución.

4.2.13 Limitaciones al derecho de persecutoriedad.

La ley de Guatemala, con distinta redacción, adopta la regla establecida en el artículo 49 de la Ley Modelo, que establece excepciones a la oponibilidad de la garantía mobiliaria frente a terceros, y mediante la cual se entrega protección al comprador o adquirente de los productos muebles en el curso normal del negocio del deudor garante, disponiendo el artículo 55 de la LGMG que el adquirente “*recibirá los bienes muebles libres de cualquier gravamen constituido sobre ellos.*” Con ello se limita el derecho de persecutoriedad otorgado al acreedor garantizado.

Tampoco el acreedor garantizado podrá interferir los derechos de un arrendatario o del beneficiario de una licencia sobre bienes muebles, que hayan sido adquiridos en conformidad a la ley.

4.2.14 Ejecución de la garantía mobiliaria.

La ejecución de la garantía mobiliaria se encuentra regulada por el título VIII de la ley, cuyas disposiciones fueron modificadas por el Decreto N°46-2008. La nueva redacción del artículo 58 establece que en caso de incumplimiento de la obligación principal el acreedor garantizado podrá ejecutar la garantía. A su vez para determinar cuál es el procedimiento a seguir se debe verificar si existe algún pacto entre las partes tendiente a una ejecución voluntaria, de no existir tal pacto la ejecución se realizará por vía judicial. En ambos casos, el acreedor garantizado debe inscribir el correspondiente formulario de ejecución, el cual, según el tenor de la redacción original del inciso 3 del artículo 58 de la LGMG sería notificado por el mismo Registro de Garantías Mobiliarias, al deudor garante, al deudor principal, en su caso, al tercero que tenga el bien mueble, y en general a toda persona *“a quien se haya notificado personalmente de la existencia de la garantía mobiliaria.”* Pero la modificación introducida por el Decreto N° 46-2008, esclarece las dudas estableciendo que *“el Registro de Garantías Mobiliarias hará público el hecho de la ejecución”*, correspondiéndole al acreedor garantizado el deber de *“notificar del hecho de la ejecución: al deudor garante, al acreedor principal, a la persona que se encuentra en posesión de los bienes o al depositario, así como a todos los acreedores que aparezcan en esa inscripción registral.”*

La regulación de las notificaciones esta entregada al reglamento del Registro de Garantías Mobiliarias, aún no promulgado.

Tal como lo dispone la Ley Modelo el formulario de ejecución debe contener la individualización de acreedor garantizado que inicia la ejecución, la descripción de incumplimiento del deudor que justifica la ejecución, la descripción de los bienes afectos a la garantía, el monto requerido para satisfacer la deuda principal y los costos de la ejecución. Además debe señalarle al receptor del formulario, los derechos que le corresponde ejercer y la naturaleza de los derechos que intenta ejercer el acreedor garantizado. Además la modificación

introducida por el decreto N° 46-2008 exige que se informe en el formulario la forma en que se llevará a cabo la ejecución de la garantía.

4.3 Ley de Prenda sin Desplazamiento de Chile.

La ley de Mercado de Capitales II (MKII), Ley N° 20.190 fue publicada en el Diario Oficial el 5 de junio de 2007, ella introdujo adecuaciones tributarias e institucionales para el fomento de la industria de capital de riesgo y continúa el proceso de modernización del mercado de capitales chileno. Dentro de sus objetivos centrales está promover el acceso al financiamiento de empresas de capital de riesgo y de las PYME. Esta es una ley miscelánea⁹⁵ que trata materias tales como: modificaciones a la Ley sobre Impuesto a la Renta; la Ley de Timbres y Estampillas; la Ley General de Bancos; el Decreto con Fuerza de Ley N° 251, el que regula las Compañías de Seguros; el Decreto Ley N° 3.500, que estableció el nuevo sistema de pensiones; la Ley N° 18.045, Ley de Mercado de Valores; la Ley N° 18.046, Ley sobre Sociedades Anónimas; la Ley N° 18.815, sobre Fondos de Inversión; el Decreto Ley N° 3.538, de 1980, que crea la Superintendencia de Valores y Seguros; la Ley N° 18.876, sobre Depósito y Custodia de Valores; el Decreto Ley N° 1.328 de 1976, sobre Fondos Mutuos; la Ley N° 19.281, que establece normas sobre arrendamiento de viviendas con promesa de compraventa; agrega 5 incisos al artículo 2489 del Código Civil; modifica la Ley N° 18.657, que autoriza la creación

⁹⁵ Véase <http://www.lyd.com/LYD/index.aspx?channel=3809>. Mercado de Capitales II: ¿ Reforma o ley miscelánea ? "En este sentido, es bueno precisar que su contenido dista mucho de ser una "reforma del mercado de capitales", sino que más bien es una simple "ley miscelánea". Una reforma es un conjunto de modificaciones que, animadas por ideas y objetivos precisos y coherentes, buscan marcar un nuevo rumbo. Una ley miscelánea no tiene ese alcance, sino que es un conjunto de correcciones a problemas detectados a la ley vigente. Este último -sin duda- es el caso del proyecto MKII, pues no se basa en ningún diagnóstico de las causas del aletargamiento que aqueja a nuestro mercado de valores, que se caracteriza por una escasa profundidad y pocas iniciativas nuevas, y acciones para contrarrestarlo, sino que una recolección de inquietudes y problemas que expusieron los distintos agentes del mercado, y el intento de darles solución. En este sentido, el proyecto en general es acertado y se trata de una normativa positiva, en la medida que atiende razonablemente a problemas específicos y efectivamente existentes."

del Fondo de Inversión de Capital Extranjero; la Ley General de Cooperativas; modifica el Código de Comercio creando las Sociedades por Acciones y reformando el Libro IV “De las Quiebras”; dicta normas sobre Agencia de Créditos o Garantías; confiere facultades a la Corporación de Fomento de la Producción; modifica el Decreto Ley N° 825, de 1974, sobre Impuestos a las Ventas y los Servicios; agrega un artículo en el Decreto con Fuerza de Ley N° 101, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, de 1980; modifica la Ley N° 19.768, que introduce adecuaciones de índole tributaria al Mercado de Capitales y flexibiliza el mecanismo de ahorro voluntario.

No obstante lo anterior, sólo nos abocaremos a las normas que dicta respecto a la Prenda sin Desplazamiento y a la creación de un Registro de Prenda sin Desplazamiento, contenida en el artículo 14 de la ley. De acuerdo al mensaje del proyecto de ley enviado por el ejecutivo, la nueva regulación se fundamenta “en las dificultades para acceder al crédito para la industria de capital de riesgo. En primer lugar, como parte del análisis desarrollado con relación al fomento del capital de riesgo, se ha considerado que la mayor o menor facilidad de acceso al crédito es un factor relevante en la generación de nuevos proyectos de inversión. El incentivo a tales inversiones puede lograrse no sólo a través de asistencias o fomento directo, sino que también en virtud de mejoras efectivas en la infraestructura y tecnología contractual que organiza la industria del crédito de otros productos financieros accesorios. En concreto, las garantías son elementos claves en la industria financiera, al elevar la calidad crediticia de un deudor, dándole acceso al financiamiento si no lo tuviere o bien permitiéndole obtenerlo en condiciones más competitivas.”⁹⁶ Esta ley deroga las disposiciones legales que con anterioridad regulaban las prendas especiales sin desplazamiento, en consideración a que muchas de las ventajas eventuales del derecho real de prenda para el tráfico económico y jurídico se ven aminoradas porque existen

⁹⁶ Historia de la ley 20.190 en www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-20190/HL20190.pdf, p. 25.

varias normas dispersas que la regulan, así como excesivas formalidades para su otorgamiento. Lo anterior provoca mayores costos de constitución, registro y alzamiento, lo que en consecuencia restringe y dificulta su uso. Sin perjuicio de ello, las disposiciones transitorias señalan que las prendas especiales que fueron constituidas bajo el imperio de las leyes anteriores, mantendrán su vigencia y se seguirán rigiendo por esas leyes, salvo que las partes dispongan regir la prenda por la nueva ley, para lo que estarán facultados durante el plazo de un año desde la fecha de entrada en vigencia de esta ley.

“Nuestro sistema legal contempla actualmente siete tipos de prendas, ninguna de las cuales solucionan por sí sola todas las necesidades que la actividad comercial y crediticia requiere. Tales prendas son: la prenda civil, regulada por el Código Civil; la prenda comercial, regulada por el Código de Comercio; la prenda de valores mobiliarios a favor de los bancos, regulada por la ley N° 4.287; la prenda agraria, regulada por la ley N° 4.097; la prenda sobre compraventa de cosas muebles a plazo, regulada por la ley N° 4.702; la prenda industrial, regulada por la ley N° 5.687; y la prenda sin desplazamiento regulada por la ley N° 18.112. Las tres primeras prendas requieren la entrega física del bien lo que las restringe enormemente. Técnicamente se les denomina “con desplazamiento”. Las prendas agrarias, industrial y de venta de cosas muebles a plazo, si bien no requieren la entrega física de la cosa prendada, tienen diversas limitaciones derivadas del tipo de bienes y negocios a las que se aplican. La Ley de prenda sin desplazamiento, que es la más moderna y amplia, contiene también ciertas rigideces y limitaciones. En efecto, la forma en que se realiza la publicidad de esta Ley es mediante la publicación de un extracto de la escritura del contrato en el Diario Oficial, los días 1° ó 15 de cada mes, con lo cual el acreedor prendario debiera revisar la totalidad de la publicación antes mencionada para asegurarse que el bien no tenga otros gravámenes anteriores. Lo anterior se traduce en mayor incertidumbre para el acreedor prendario, y por

ende, eleva el costo de financiamiento para los proyectos de inversión. En consecuencia, mediante la presente iniciativa, se crea una nueva prenda sin desplazamiento, prohibiéndose la constitución de las otras prendas especiales, esto es la actual prenda sin desplazamiento, agraria, industrial y de compraventa a plazo, a fin de eliminar la incertidumbre que se produce respecto de bienes gravados con más de una de aquellas prendas. Con todo, se dispone que las prendas constituidas bajo el imperio de dichas leyes, mantienen su vigencia y continúan rigiéndose en todo de acuerdo con tales reglas a menos que las partes de las mismas, voluntariamente deseen migrar al nuevo sistema. Lo anterior busca eliminar la incertidumbre que se produce respecto de bienes gravados con más de una de aquellas prendas.”⁹⁷

Esta diversidad y dispersión de normas que regulan la prenda se debe a razones de tipo jurídico-históricas, ya que los derechos reales (dominio, herencia, hipoteca, prenda, etc.) están taxativamente enumerados en el Código Civil chileno y por tanto, esta materia no está entregada a la autonomía de la voluntad, lo que impide a los particulares crear otros derechos reales distintos a los legalmente establecidos. En consideración a esta rigidez y con el fin de hacer frente a los cambios del ámbito civil y mercantil, el derecho privado ha creado periódicamente nuevas formas y modalidades de prendas, que se distinguen entre ellas, por los bienes susceptibles de pignorar, las actividades económicas en que operan y de si exigen o no la entrega de la cosa prendada al acreedor mientras la obligación caucionada no sea pagada. Por ese motivo a partir de 1857, año en que nuestro Código Civil estableciera la prenda "común con desplazamiento", se ha legislado sobre otras seis figuras: la prenda comercial en 1865, la agraria en 1927, la de valores mobiliarios en favor de los Bancos en 1928, la de bienes muebles vendidos a plazo en 1929, la industrial en 1935 y la genérica sin desplazamiento en 1982. Esta

⁹⁷ Historia de la ley 20.190 en www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-20190/HL20190.pdf, p. 26.

regulación dispersa de los diversos tipos de prenda, con requisitos, modalidades y registros distintos, ha evitado el uso masificado de ella.

La ley corrige esta situación, estableciendo sólo un tipo de prenda sin desplazamiento y un catastro único para la inscripción de todas ellas a cargo del Servicio del Registro Civil. De esta manera se facilita un acceso oportuno a información centralizada, confiable y fidedigna sobre los bienes pignorados. Configuración que se condice con lo recomendado por la Ley Modelo de la OEA.

La nueva ley de prenda sin desplazamiento está compuesta por 42 artículos y una disposición transitoria, 9 títulos, que regulan las siguientes materias: de la constitución y requisitos de la prenda sin desplazamiento; de las obligaciones caucionadas y los bienes prendados; de los derechos y obligaciones emanados del contrato de prenda sin desplazamiento; de la inscripción del contrato de prenda, de su modificación y su alzamiento; del registro de prendas sin desplazamiento; de la realización de la prenda y de la cesión del derecho de prenda; delitos y penas; otras disposiciones y disposiciones transitorias.

4.3.1 La prenda sin desplazamiento de la ley chilena.

De acuerdo al artículo 1° de la ley el objeto de la prenda sin desplazamiento es constituir una garantía sobre una o varias cosas corporales o incorporales muebles, para caucionar obligaciones propias o de terceros, conservando el constituyente la tenencia y el uso del bien constituido en prenda. El artículo 5° agrega que estas obligaciones pueden ser presentes o futuras. Salvo la prenda sobre naves y aeronaves que se regirán por sus propias leyes. Cabe señalar, que si bien la ley chilena no utiliza la nomenclatura recomendada por la Ley Modelo, la definición es totalmente congruente con la de garantía mobiliaria.

4.3.2 Contrato de prenda sin desplazamiento chileno.

De acuerdo al artículo 2 de la ley, es un contrato solemne. Por ello el contrato de constitución, su modificación o su alzamiento deben constituirse por escritura pública o por instrumento privado. Si se realiza por instrumento privado, se exige que las firmas de las partes que concurren sean autorizadas ante Notario Público y que el instrumento se protocolice en el registro del mismo notario que autoriza las firmas, en este caso, respecto a terceros la fecha del contrato será la de su protocolización.⁹⁸ Esto último, implica un abaratamiento en el costo de constitución y permite a quienes no residen en Chile otorgar de manera mucho más sencilla garantías sobre bienes muebles situados en el país.

Estamos ante una solemnidad propiamente tal, de aquellas exigidas en atención a la especie o naturaleza del contrato, cuya omisión significará que no producirá efecto civil y que será inexistente o adolecerá de nulidad absoluta, de acuerdo a la doctrina que se acepte.⁹⁹ Esta exigencia marca una clara diferencia con lo dispuesto en la Ley Modelo, que básicamente exige solo la escriturización del contrato, sin añadir mayores formalidades.

4.3.2.1 Menciones del contrato de prenda sin desplazamiento.

El artículo 3° señala que el contrato deberá tener a lo menos las siguientes menciones:

- 1) Individualización de otorgantes;
- 2) Determinación de las obligaciones caucionadas o indicación de que se trata de una garantía general. Si se trata de una obligación específica caucionada pueden darse dos casos:
 - a.- Que las obligaciones consten en el instrumento por el que se celebra el contrato de prenda sin desplazamiento (por ej. Una compraventa en la que conste el saldo de precio).

⁹⁸ Orrego Acuña, Juan Andrés. Ob.cit, p. 431.

⁹⁹ Vial del Río, Víctor. Teoría General del Acto Jurídico, Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 1991

b.- Que en el contrato de prenda sin desplazamiento solo se incluya una referencia a los documentos donde consten las obligaciones garantizadas (así, por ejemplo, la obligación que consta en cierta escritura pública o en tal pagaré, por determinada suma, tasa de interés y fecha de vencimiento), en cuyo caso hay que subdistinguir:

- si los documentos están en un registro público, basta su mera mención.

- si los documentos no están en un registro público deberán ser protocolizados en copia simple al celebrarse el contrato al momento de la celebración del contrato de prenda. Volveremos a este tema al momento de estudiar la realización de la prenda, ya que esta distinción tiene importancia para determinar el título ejecutivo.¹⁰⁰

3) Individualización o caracterización de cosas empeñadas.

4) Suma determinada o determinable a la que se limita la prenda o la proporción en que debe caucionar diversas obligaciones, si fuere el caso.

4.3.3 Obligaciones caucionables con prenda sin desplazamiento.

Se pueden caucionar toda clase de obligaciones, presentes o futuras determinadas o determinables, de acuerdo al artículo 4° de la ley.

4.3.4 Tipos de prenda sin desplazamiento reconocidas por la ley.

4.3.4.1 Prenda sobre derechos emanados de contratos celebrados con reparticiones públicas.

El artículo 6° señala taxativamente sobre cuáles de estos derechos se puede constituir una prenda. Considerando el derecho de concesión de obra pública o los ingresos o flujos futuros

¹⁰⁰ Orrego Acuña, Juan Andrés. Ob. Cit., p. 430, 431.

que provengan de la explotación de la concesión; sobre el derecho de concesión portuaria o los ingresos o flujos futuros de esta; sobre el derecho de concesión de construcción y explotación del subsuelo; el derecho de concesión onerosa sobre bienes fiscales o los ingresos o flujos futuros que provengan de la explotación de la concesión; el derecho de explotación de concesiones de servicios sanitarios o los flujos futuros que provengan del derecho de concesión; los derechos emanados del derecho de concesión de recintos o instalaciones deportivas del Instituto Nacional del Deporte de Chile, que requerirán previa autorización del Instituto para prendarse y que deriven directa o indirectamente de la ejecución del proyecto de la concesión; y todos los derechos de concesión, que según las leyes bajo las cuales se regulan, sean susceptibles de ser prendados.

4.3.4.2 Prenda de créditos nominativos.

En el artículo 7° establece que sí la prenda recae sobre un crédito nominativo se debe notificar al deudor del mismo, por vía judicial o por medio de notario con exhibición de título, prohibiéndole que lo pague en otras manos. Se podrá omitir la notificación, si el deudor del crédito prendado ha otorgado su aceptación por escrito, por ello usualmente el deudor debiera comparecer en la misma escritura pública o privada que dé cuenta de la constitución de la prenda.¹⁰¹ En caso de no cumplirse ninguno de estos requisitos le será inoponible al deudor del crédito la prenda constituida sobre él. Se deberá protocolizar una copia del título que consigne el crédito nominativo que se otorga en prenda, al suscribirse el contrato de prenda y en él se deberá hacer mención de su protocolización.

¹⁰¹ Orrego Acuña, Juan Andrés. *Cauciones Reales: Prenda e Hipoteca*. Santiago de Chile, Sociedad Editora Metropolitana Ltda., año 2008, p. 438.

4.3.4.3 Prenda constituida sobre valores emitidos sin impresión física del título que los evidencie o sobre valores depositados en una empresa de depósito de valores constituida de acuerdo a la ley N° 18.876.

El artículo 8° indica que, en el caso de los valores emitidos sin impresión física del título, la prenda se deberá anotar en el registro de anotaciones en cuenta. Si se trata de valores depositados en una empresa de depósito de valores, se podrá solicitar directamente a la empresa que realice la anotación de la prenda. De todas maneras, en ambos casos se deberá inscribir en el Registro de Prendas sin Desplazamiento.

4.3.4.4 Prenda sobre bienes o derechos futuros.

En el artículo 9° de la ley se reitera que el contrato de prenda sobre bienes o derechos futuros es válido, pero se agrega que mediante su inscripción no se adquirirá el derecho real de prenda, sino desde que ellos lleguen a existir. Una vez que existan, se entenderá constituido el derecho de prenda desde la fecha de su inscripción en el Registro de Prendas sin Desplazamiento. Esta regulación concuerda con lo dispuesto sobre la materia por la Ley Modelo.

4.3.4.5 Prenda sobre cosas que no han llegado al país.

De acuerdo al artículo 10° de la ley, también pueden prendarse bienes que aún no han llegado al país, para ello el constituyente de la prenda debe ser titular del conocimiento de embarque, de la guía aérea, carta de porte o documento que haga las veces de cualquiera de los anteriores.

4.3.4.6 Prenda sobre muebles que se reputan inmuebles por destinación o adherencia o sobre muebles que después se transforman en inmuebles por destinación o adherencia.

El artículo 14 de la ley contempla expresamente que se puede constituir prenda sobre las cosas que la ley reputa como inmuebles por destinación o adherencia. Cabe señalar que se consideran bienes futuros y se aplican las disposiciones concernientes a ellos establecidas en el artículo 9 de la misma ley. Se entiende que las cosas llegan a existir cuando son separadas del inmueble al que acceden o cesa la afectación a un predio, por la voluntad o el hecho de su dueño y el consentimiento del acreedor hipotecario, si fuere el caso. Pareciera desprenderse de la ley que si el predio en que se encuentra la cosa inmueble por destinación o por adherencia se encuentra hipotecado, no podrá constituirse la prenda sino en la medida que el acreedor hipotecario consienta en ella.¹⁰² También podrán ser objeto de prenda los muebles que después se transforman en inmuebles por destinación o adherencia. En este caso la prenda subsistirá sin que sea necesario el acuerdo del acreedor hipotecario. La prenda gozará de preferencia frente a la hipoteca, siempre que la prenda se anote al margen de la correspondiente inscripción hipotecaria. Si no se realiza la anotación al margen, en caso de ejecución de la hipoteca, se producirá la purga de la prenda, por el solo ministerio de la ley.

La ley no exige que al momento de constituirse la hipoteca se notifique al acreedor prendario, lo que le impone a este último es la carga de revisar periódicamente en los registros del Conservador de Bienes Raíces, si se ha constituido o no hipoteca sobre ese predio. En caso de que se haya constituido un gravamen, el acreedor prendario deberá requerir al Conservador de Bienes Raíces competente que practique la anotación al margen a la que hace mención el artículo. *“Ahora bien, ¿Qué documentos debieran acompañarse al Conservador de Bienes Raíces para que este practique la anotación marginal? Parece razonable concluir que ha de acompañarse una copia autorizada del contrato de prenda y un certificado otorgado por el Servicio de Registro Civil e Identificación, que den cuenta de la inscripción de la prenda y de la*

¹⁰² Ibid, p. 444.

*circunstancia de encontrarse vigente. Nada dijo la ley acerca del plazo para que el acreedor prendario requiera la anotación al margen de la inscripción hipotecaria, de manera de que podría solicitarlo en cualquier tiempo, antes de la subasta del inmueble.”*¹⁰³

Sin la mención a este tipo de bienes, “*habría resultado dudosa su pignoración, atendido que se trata precisamente de inmuebles.*”¹⁰⁴

4.3.4.7 Prenda de grupos de bienes o universalidades de hecho.

Un importante cambio es el establecido en el artículo 11 de la ley chilena, que permite la prenda de grupo de bienes o universalidades de hecho. Este artículo señala que cuando se prendan grupos de bienes de una misma clase o universalidades de hecho, como por ejemplo existencias, inventarios, materias primas, productos elaborados o semielaborados o repuestos, o maquinarias, redes o sistemas, estos pueden ser utilizados, reemplazados, transformados o enajenados, total o parcialmente, salvo que exista pacto en contrario. Por lo tanto, el deudor prendario o constituyente si fuere el caso, mantendrá la disposición material y jurídica sobre ellas, a menos que se hubiere estipulado en el contrato prendario una prohibición en ese sentido.

Los bienes transformados y los productos elaborados con las existencias quedan de pleno derecho constituidos en prenda. Por otro lado, los componentes que salen de la universalidad o del grupo de bienes empeñados, quedan subrogados por los que posteriormente lo integren, hasta la concurrencia del total constituido en prenda. De esta manera se cumple con una de las características indicadas en el mensaje del proyecto de ley, en cuanto a introducir la prenda flotante en la legislación chilena.

¹⁰³ Ibid, p.445.

¹⁰⁴ Guzmán Brito, Alejandro. La pignoración de grupos de bienes de una misma clase o universalidad de hecho en la nueva “Ley de prenda sin desplazamiento”. 1ª Edición, Valparaíso, Chile, Ediciones Universitarias de Valparaíso. 2008. p. 64

Al pignorarse estas universalidades o grupos de bienes, el contrato de prenda debe indicar el valor del conjunto de bienes sobre los que recae la prenda. El precepto se refiere al valor de la universalidad o grupo, no al valor de los componentes de la universalidad o grupo. Esta distinción es importante, ya que ambos valores pueden diferir, incluso el valor del conjunto en muchos casos puede ser mayor.¹⁰⁵ Sin embargo, las partes pueden acordar expresamente no asignarle valor. No se indica explícitamente en la norma cual sería la sanción en caso de no asignar valor, ni establecer esa omisión expresamente en el contrato. *“De esta manera, la simple omisión o preterición del valor, no amparada en la expresión (escrita en el contrato) de un acuerdo en tal sentido, constituye la trasgresión de un mandato legal que debe producir algún efecto, que estimamos ser la conversión del contrato de prenda sin desplazamiento sobre grupos de bienes o universalidades de hecho, regida por el artículo 11 en contrato de prenda sin desplazamiento general, porque el artículo 3, que señala las menciones generales de todo contrato de esta especie, no menciona la del valor. Pero esta conversión entraña un riesgo: como el artículo 3 n° 2 obliga a individualizar o caracterizar las cosas empeñadas, no rigiendo el artículo 11, la individualización o caracterización que proceden deben ser relativas a los elementos contenidos en el conjunto que se había intentado pignorar de acuerdo con dicho artículo, así que cuando de alguna manera no aparezcan individualizados o caracterizados tales elementos, ahora el contrato es nulo”*¹⁰⁶. Si se asigna valor al conjunto, se podrá aplicar lo dispuesto en el artículo 1496, n°2 del Código Civil, este señala: *“El pago de la obligación no puede exigirse antes de expirar el plazo, si no es: 1° ...; 2° Al deudor cuyas cauciones, por hecho o culpa suya, se han extinguido o han disminuido considerablemente de valor. Pero en este caso el deudor podrá reclamar el beneficio del plazo, renovando o mejorando las cauciones.”* De esa manera, la disposición establece una excepción al normal efecto del establecimiento de plazo, al

¹⁰⁵ Ibid., p. 134.

¹⁰⁶ Ibid., p. 134.

no poder exigir su cumplimiento hasta el vencimiento del mismo. Cabe señalar, que esta disposición quizás debió ser matizada por el legislador, para evitar que el deudor prendario quede a merced de un acreedor prendario desconfiado, debido a que muchas veces la disminución del valor del conjunto puede ser momentánea y deberse a circunstancias externas y ajenas al actuar del deudor. Ciertamente un avance en ese sentido es el artículo L527 del Code de Commerce francés, ya que establece que el deudor no podrá disminuir por un hecho suyo el valor del stock prendado. Además señala que si el valor del stock disminuye en un 20%, el acreedor podrá exigir que se restablezca la garantía o que pague la parte de la deuda que sea proporcional a la disminución, en caso de no cumplirse con esta solicitud, se podrá exigir el total de la deuda, considerándose ella como de plazo vencido. Sin embargo, esta norma tendría la falencia de no contemplar una alusión a la duración de la disminución del stock en un 20%, lo que eventualmente podría perjudicar al deudor prendario que se ve enfrentado a una disminución momentánea del valor del stock, por un hecho no imputable a él.¹⁰⁷

En aquellos casos en que se estipuló un pacto por el cual no se podrá utilizar, reemplazar, transformar o enajenar los componentes del conjunto dado en prenda y se fijó un valor al conjunto, éste no se regirá por el artículo 1496 n° 2 del Código Civil, sino, bajo la aplicación de la especialidad de la ley, por el artículo 18 inciso 3° de la ley de Prenda sin Desplazamiento, el cual dispone: *“En caso de infracción a lo dispuesto precedentemente, la obligación caucionada se considerará como de plazo vencido.”* Lo mismo sucederá si se utiliza de una forma distinta a la especificada en el contrato.

Al asignarse valor al conjunto pignorado quedan de pleno derecho prendados los bienes transformados o los productos elaborados, hasta la concurrencia del valor originalmente señalado.

¹⁰⁷ Ibid, p. 138.

En aquellos casos en que existe un pacto para no asignar valor al conjunto prendado, no se aplicará el artículo 1496 n° 2 del Código Civil. Por lo tanto, si el conjunto pignorado se extingue o disminuye considerablemente su valor por hecho o culpa del deudor, no se podrá exigir el pago antes del vencimiento del plazo.

Por otro lado, también operará la subrogación cuando salgan componentes de la universalidad o grupo de bienes, por los que posteriormente lo integren, hasta concurrencia del total de los componentes del original del conjunto.

Cabe señalar que aun cuando no se asigne valor al conjunto, se deberán señalar en el contrato de prenda las particularidades tendientes a individualizar los bienes prendados, señalando si son fungibles o no, determinando en el primer caso su especie, cantidad, calidad, graduación y variedad. *“La idea de mencionar la “especie” de los fungibles es claramente un error, porque suele ser imposible mencionarla. De hecho, en los bienes en serie no hay especies, sino unidades individuales, que se distinguen de los demás individuos solo por ser materia aparte, aunque con forma igual a la de los otros. Así que lo que se quiso decir fue “genero”, que entendemos como el próximo al que las unidades pertenezcan.”*¹⁰⁸

4.3.5 Confusión, mezcla o transformación de bienes pignorados.

Cuando dos o más bienes prendados se mezclen, transformen o confundan en un bien indivisible o que su división cause detrimento en el valor, los acreedores prendarios mantendrán sus derechos en el bien a prorrata de su crédito, sin preferirse por la antigüedad de sus cauciones. De acuerdo a lo señalado, el artículo 12 altera la regla general que establece que las prendas se preferirán por orden de antigüedad, de acuerdo al orden cronológico de sus inscripciones en el Registro de Prendas sin Desplazamiento.

¹⁰⁸ Ibid, p.132.

4.3.6 Derechos y obligaciones que emanan del contrato de prenda sin desplazamiento.

1) *Preferencia del acreedor prendario:* El acreedor tiene derecho a pagarse de acuerdo a la preferencia establecida en el artículo 2474 del Código Civil, que establece para la obligación garantizada con una prenda un crédito preferente de segunda clase. En esto se incluyen los intereses, gastos y costas, cuando existan. También cubrirá el valor del seguro sobre la cosa pignorada, si lo hubiere y cualquier otra indemnización que terceros deban por daños o perjuicios que se le hayan ocasionado. En este caso, operaría una subrogación real, ya que el monto de dinero que pague la compañía de seguro o la indemnización que se reciba en caso de perjuicio, sustituirá para todos los efectos legales a la especie pignorada.¹⁰⁹ En consecuencia, de acuerdo al artículo 15 de la ley, sólo tendrían preferencia respecto a este tipo de acreedor prendario, aquellos señalados en el artículo 2472 del Código Civil¹¹⁰.

2) *Posibilidad de múltiples prendas y su preferencia:* Se pueden constituir una o más prendas sobre un mismo bien, las cuales tendrán preferencia de acuerdo a su antigüedad, la que se determinará de acuerdo a la fecha de inscripción en el Registro de Prenda sin Desplazamiento. De esa manera, el artículo 16 de la ley establece la regla general en cuanto al orden de preferencia en la ejecución de la prenda sin desplazamiento. A la vez, difiere de la regulación de la prenda establecida en el Código Civil, ya que se puede constituir más de una prenda respecto a un mismo bien, en razón a que esta nueva prenda no conserva la calidad de contrato real que ostentaba la prenda del Código Civil, la que se perfeccionaba por la entrega de la cosa, lo que imposibilita que se constituya más de una prenda sobre un mismo bien.

3) *Prohibición de gravar y enajenar:* El artículo 17 de la ley indica que se puede convenir que la cosa pignorada no pueda gravarse ni enajenarse. Debe dejarse constancia de esa prohibición en

¹⁰⁹ Ibid, p.446.

¹¹⁰ Véase Código Civil Chileno, artículo 2472.

la inscripción del contrato en el Registro y en caso de que se contravenga, el acreedor tendrá derecho a exigir su inmediata realización, como si la obligación caucionada fuera de plazo vencido.

4) *Obligaciones y responsabilidad del constituyente de la prenda*: El artículo 18 de la ley señala que el constituyente y/o el deudor prendario conservan la tenencia, uso y goce de la cosa prendada, asumiendo los gastos de conservación, custodia y respondiendo como depositario, aplicándose además las penas que establece el artículo 473 del Código Penal, es decir, presidio o relegación menores en sus grados mínimos y multa de once a veinte sueldos vitales. A su vez el artículo 2222 del Código Civil establece como regla general, que el depositario responde de culpa grave. Sin embargo, en su inciso 2° señala que si el depositario tiene algún interés personal en el depósito, sea porque se le permita usar de él en ciertos casos, sea porque se le conceda remuneración, responde hasta la culpa leve. Considerando que el artículo 18 otorga el derecho de uso, se concluye que el constituyente y/o el deudor prendario responden de culpa leve.

Posteriormente, el artículo señala que esas penas no serán aplicables si legítimamente se ha procedido de acuerdo al artículo 11. Por lo tanto, tratándose de grupos de bienes de una misma clase o universalidades de hecho, las que pueden ser utilizadas, reemplazadas, transformadas o enajenadas, y se realicen legítimamente estas acciones, no se aplicaría esta responsabilidad.

Si la cosa pignorada se abandonare, el tribunal puede autorizar al acreedor para que a su elección tome la tenencia, designe un depositario o pida la realización del bien, considerándose la obligación que garantiza la prenda como de plazo vencido.

En el caso de los derechos, el constituyente estará obligado a evitar su menoscabo o extinción. Si se contraviniera lo anterior, la obligación caucionada se entenderá de plazo vencido.

5) *Estipulación de lugar en que debe conservarse la cosa y su uso:* Las partes podrán convenir que la cosa prendada permanezca en un lugar, sin poder trasladarse y que se utilice solamente en una forma específica. Estas prohibiciones rigen, salvo si el acreedor autoriza un cambio o el tribunal competente del lugar de suscripción del contrato autoriza un lugar o utilización distinta. En caso de contravención, el acreedor puede exigir la inmediata realización considerándose la obligación caucionada de plazo vencido.

6) *Derecho de inspección del acreedor prendario:* Dentro de las garantías para el acreedor prendario, está lo señalado en el artículo 20 de la ley en cuanto a que el mismo o un delegado suyo puede inspeccionar los bienes pignorados. Si debido a estas visitas se causare daño o grave molestia al constituyente de la prenda, se podrá solicitar al tribunal competente que regule las visitas. Si requerido judicialmente el constituyente, se sigue negando a la inspección, el acreedor podrá exigir la realización de la prenda. Este derecho otorgado también es considerado por la Ley Modelo.

7) *Autorización de enajenación de la especie pignorada:* En aquellos casos en que los gastos de conservación y custodia sean muy onerosos para el constituyente, este podrá pedir al tribunal competente que ordene su enajenación. En ese caso se entenderá la obligación caucionada de plazo vencido, y el acreedor se pagará con el producto de la enajenación.

8) *Derecho legal de retención del arrendador:* El arrendador podrá ejercer su derecho de retención sobre las cosas pignoradas, cuando el contrato de arrendamiento conste en escritura pública con anterioridad a la inscripción de la prenda. Además deberá existir un decreto judicial que declare la procedencia de la retención y este debe inscribirse en el Registro de Prendas.

4.3.7 Procedimiento aplicable a las acciones establecidas en la ley.

De acuerdo al artículo 23 en general se aplicará el procedimiento contemplado en el Título IV, párrafo 2° del Libro III del Código de Procedimiento Civil. Es el procedimiento aplicable a las querellas posesorias en particular, contemplado en los artículos 551 a 564 del Código. Estas disposiciones establecen, que presentada la querella, se realizará una audiencia al quinto día hábil desde la notificación al querellado. A esta audiencia deben concurrir las partes, presentando sus medios probatorios, incluyendo los testigos. Una vez concluida la audiencia de prueba, el tribunal en el mismo acto citará a oír sentencia, la que se deberá dictar de inmediato o a más tardar en el plazo de los tres días subsiguientes.

Se tramitarán de acuerdo a este procedimiento las siguientes acciones contempladas en la nueva ley de prenda sin desplazamiento:

- 1.- La acción del artículo 18 que tiene el acreedor en caso de abandono de la cosa pignorada, para solicitar al tribunal a que lo autorice a su elección a tomar la tenencia, designar un depositario o proceder a la realización de la cosa prendada;
- 2.- La acción establecida en el artículo 19 inciso 1°, que tiene el constituyente de la prenda para solicitar al tribunal que lo autorice a trasladar la cosa pignorada a un lugar distinto al acordado o a darle un uso diferente al acordado en el contrato de prenda;
- 3.- La acción del artículo 19 inciso 2° para exigir la inmediata realización de la prenda, cuando el constituyente traslada o da un uso distinto a la cosa pignorada al establecido en el contrato de prenda, sin que mediare autorización del acreedor o del tribunal competente;
- 4.- La acción contemplada en el artículo 20 inciso 1°, para solicitar al tribunal que regule el ejercicio del derecho de inspección;

5.- La acción por la que el acreedor puede exigir la inmediata realización de la cosa prendada, cuando el constituyente se hubiese opuesto a la inspección contemplada en el inciso 2° del artículo 20;

6.- La acción del artículo 21, prevista en caso de que los gastos de custodia y conservación de la cosa prendada fueren dispendiosos, para que el constituyente pueda solicitar al tribunal a que lo autorice para enajenar la cosa prendada.

En el caso de que se enajene la cosa prendada, infringiendo la prohibición establecida por las partes en el contrato de prenda, el artículo 17 de la ley señala que el desposeimiento se efectúa de acuerdo al artículo 35, este último se remite a las normas del Título XVIII del Libro III del Código de Procedimiento Civil, este es “*De la acción de desposeimiento contra terceros poseedores de la finca hipotecada o acensuada*”.

4.3.8 Inscripción, modificación y alzamiento del contrato de prenda.

Una vez que se haya suscrito la escritura pública en que conste el contrato de prenda, su modificación o su alzamiento, o una vez que se haya protocolizado el instrumento privado respectivo, el notario tendrá tres días hábiles, exceptuándose los días sábados, para enviar al Registro de Prenda Sin Desplazamiento los documentos señalados para su inscripción y copia de los documentos en que consten las obligaciones garantizadas.

Una innovación en esta sentido, es que las copias de estos actos y contratos deben ser enviadas por medio de soportes magnéticos o a través de comunicaciones por redes electrónicas que aseguran la fidelidad y seguridad de los antecedentes entregados. En el caso de que las notarías no cuenten con la tecnología necesaria, el Registro de Prendas sin Desplazamiento puede recibir copias físicas de esos documentos y podrá cobrar por los costos de digitalización.

La omisión de cualquiera de las diligencias señaladas, no afectará la validez del contrato de prenda, ni de su modificación o alzamiento, tampoco impedirá su anotación o inscripción, pero hará responsable al notario por los daños que se causaren a partir de su omisión además de la sanción disciplinaria correspondiente. El interesado podrá concurrir directamente al registro para la realización de la inscripción pertinente.

4.3.8.1 Tradición del derecho real de prenda.

De acuerdo al artículo 25 de la ley, el derecho real de prenda se adquirirá, probará y conservará por la inscripción del contrato de prenda en el Registro de Prenda sin Desplazamiento. Una vez inscrito el contrato de prenda será oponible a terceros. Cuando los bienes también se deben inscribir en otro tipo de registro, el contrato de prenda será oponible a terceros, una vez que se haga referencia a este contrato al margen de la inscripción correspondiente. Un ejemplo sería el caso de los automóviles, ya que también se deberá inscribir la prenda en el Registro Nacional de Vehículos Motorizados.¹¹¹ De todas maneras, el contrato de prenda nunca será oponible a un tercero que haya adquirido el bien en un establecimiento que se dedique a la venta al detalle, como fábrica, feria, bolsa de productos agropecuarios, casa de martillo, tienda, almacén u otros establecimientos análogos en que se vendan cosas muebles de la misma naturaleza. Limitación al derecho de persecutoriedad que se encuentra en armonía con lo dispuesto en la Ley Modelo, la cual establece el mismo efecto respecto de los bienes muebles adquiridos “en el curso normal de los negocios del deudor garante.”

¹¹¹ Orrego Acuña, Juan Andrés. Ob. Cit., p.458.

4.3.8.2 Modificación o eliminación de una inscripción del Registro de prendas.

Solo un tribunal está facultado para disponer que una inscripción realizada en el Registro sea modificada o eliminada. Sin embargo, el Registro de Prendas sin Desplazamiento podrá rectificar los errores manifiestos de oficio o a requerimiento de parte dentro de un plazo de 10 días hábiles a partir de la fecha de inscripción.

4.3.8.3 Alzamiento de la prenda sin desplazamiento.

Una vez que se hayan pagado íntegramente las obligaciones caucionadas, el deudor podrá exigir al acreedor que suscriba el acta de alzamiento, en la forma establecida en el artículo 2° de la ley, es decir, por escritura pública o instrumento privado autorizado ante notario y protocolizado en su registro. Si acreedor satisfecho se negare el deudor podrá solicitar el alzamiento en sede judicial.

4.3.9 Registro de prendas sin desplazamiento.

Este registro será administrado por el Servicio de Registro Civil e Identificación, y lo concerniente a las menciones de inscripción, procedimientos de requerimiento y entrega de información será regulado por un reglamento que dictará el Presidente de la República a través de Decreto Supremo, el cual no ha sido dictado a la fecha.

La ley señala que si se niega una inscripción, la persona perjudicada podrá accionar ante el juez de primera instancia, quien resolverá en vista de la solicitud y los motivos del Servicio del Registro Civil e Identificación, por escrito y sin más trámite. En caso de que el juez denegare esta decisión será apelable. Si manda el juez realizar esta inscripción, ésta tendrá la fecha y hora de la primera presentación al Registro.¹¹²

¹¹² Ibid, p.460.

El Servicio de Registro Civil e Identificación podrá cobrar por los derechos y valores de las inscripciones, anotaciones, modificaciones, cancelaciones, alzamientos, digitalizaciones, certificados, informes y copias de contratos de prenda que se efectúen u otorguen. De todas maneras no podrá cobrar más de 1 UTM por cada actuación. Suma que consideramos excesiva para el caso de los micro y pequeños empresarios, quienes acceden a créditos pequeños, los cuales económicamente no soportan costos de transacción de ese importe.

4.3.10 Ejecución de la prenda sin desplazamiento.

La prenda será realizada de acuerdo a las reglas del Juicio Ejecutivo en las obligaciones de dar, regulado por libro tercero del Código de Procedimiento Civil. La escritura pública o copia autorizada del instrumento privado en el que conste el contrato de prenda, tendrá suficiente mérito ejecutivo y no se necesitará reconocimiento previo, respecto a las obligaciones que se contraigan en él o individualicen, en cuanto a su origen, monto, plazo e interés. Si en el contrato de prenda no se individualiza la obligación caucionada se requiere acompañar un título con mérito ejecutivo en que conste la obligación. Se deberá notificar al deudor prendario y al constituyente si este fuere distinto. El acreedor podrá pedir la inmediata realización de la prenda, aún cuando se hubiesen opuesto excepciones. Procediendo en este caso las contempladas en el artículo 464 del Código de Procedimiento Civil, exceptuándose la 2ª, 4ª, 8ª y 15ª.¹¹³ El tribunal resolverá con citación de las partes y puede solicitar que el acreedor caucione previamente los resultados del juicio.

Si la prenda está constituida sobre un crédito, el ejecutante podrá pedir que se notifique por cedula al deudor del crédito pignorado, con el objeto de que éste retenga y consigne en la cuenta corriente del tribunal lo que éste determine. La resolución que dicte el tribunal debe

¹¹³ Véase artículo 464 del Código de Procedimiento Civil.

individualizar el crédito y señalar instrucciones para que el deudor del crédito prendado pueda realizar lo ordenado. Si éste último, no cumple con lo ordenado, a solicitud del acreedor prendario el tribunal despachará mandamiento de ejecución y embargo.

En caso de que el obligado a la retención no pudiese cumplir con lo ordenado, deberá comunicar las causas de su imposibilidad al tribunal dentro de tercer día. Estos fundamentos serán puestos en conocimiento del acreedor, el que tendrá cinco días para objetarlos y exponer lo que convenga a su derecho. El tribunal dará tramitación incidental a esta objeción y si se rechazare, el tribunal con la mera solicitud del acreedor despachará mandamiento de ejecución y embargo.

Si la prenda se constituye sobre un crédito con flujos periódicos, el primer mandamiento de ejecución y embargo servirá para los pagos restantes, sin necesidad de nuevo requerimiento.

En el caso de realización de la prenda sobre los derechos de concesión y del embargo de las utilidades que originen tales derechos rige la siguiente regulación:

Los derechos solo podrán transferirse a quien diere cumplimiento a los requisitos establecidos en las leyes, reglamentos y bases de licitación para ser concesionario según corresponda. Por lo tanto, estaríamos ante uno de los casos que la doctrina denomina contrato dirigido.

El tribunal oficiará a los organismos que hayan otorgado el derecho y a los que aprobaron el otorgamiento del derecho, si procediere, ordenándoles informar acerca de los requisitos necesarios para adjudicarse el derecho en subasta. Los requisitos señalados por estas instituciones serán incluidos en las bases del remate. El acta de remate deberá reducirse a escritura pública y tendrá que ser firmado en un plazo de 60 días desde la adjudicación, por el juez, el adjudicatario y los organismos respectivos. Si transcurre el plazo antes señalado, sin que los organismos pertinentes firmen el acta de remate se entiende que consienten en dicha

transferencia, a menos que manifiesten su oposición y la notifiquen por un ministro de fe al adjudicatario.

Lo anterior no se aplica, si el acreedor prendario opta por proceder al embargo de las utilidades o de cualquier otro pago que el contrato respectivo contemple y que se encuentre prendado a su favor. Una vez embargados estos bienes, el depositario que se nombre tendrá las facultades y deberes del interventor judicial, de acuerdo al artículo 294 del Código de Procedimiento Civil. De todas maneras, para que el depositario pueda ejercer las facultades del interventor requerirá autorización del juez de la causa.

Si la prenda recayere en animales, el tribunal podrá disponer que se vendan en la feria que indique. En ese caso se deberán publicar avisos durante dos días en el periódico que el tribunal señale.

4.3.10.1 Acción de desposeimiento.

El artículo 35 de la ley señala que la acción de desposeimiento contra el tercero poseedor que no sea deudor personal, se sujetará a las normas del Título XVIII del Libro III del Código de Procedimiento Civil, en lo que no sean contrarias a la naturaleza de la cosa prendada o del contrato de prenda, es decir, se aplicará esta regulación cuando la prenda fue constituida por un tercero o cuando fue constituida por el propio deudor que después enajenó la cosa pignorada.

4.3.10.2 Efecto inocuo de la resolución que declare la quiebra.

La ley establece que no se suspenderá la tramitación de los juicios civiles por la declaración de quiebra. No se aplicará a lo regulado por los artículos 125 y 126 de la Ley N° 18.175, *“referencia esta última que en verdad debe entenderse hecha hoy día a los artículos 125 y 126 del Libro IV del Código de Comercio, al que se incorporó la Ley de Quiebras, conforme a*

lo preceptuado por la Ley número 20.080, publicada en el Diario Oficial de fecha 20 de noviembre de 2005.” El artículo 125 establece: *Cuando en la unidad económica hubiere bienes afectos a gravámenes constituidos a favor de terceros, se indicará específicamente en las bases la proporción que en el precio total corresponda a cada uno de dichos bienes, para el solo efecto que tales terceros puedan hacer valer los derechos que procedan dentro del juicio de quiebra.* El artículo 126 dispone: *“Acordada la enajenación como unidad económica, se suspende el derecho de los acreedores hipotecarios, prendarios, retencionarios y otros acreedores para iniciar o perseguir en forma separada las acciones dirigidas a obtener la realización de los bienes comprendidos dentro de la unidad económica, afectos a la seguridad de sus respectivos créditos.”*¹¹⁴

4.3.10.3 Concurrencia de acreedores prendarios o de estos con acreedores hipotecarios.

Se señala en artículo 37 que si quien lleva adelante la ejecución es un acreedor prendario, habiendo otros acreedores prendarios sobre la misma cosa, deberá notificar al deudor prendario la demanda ejecutiva y el requerimiento de pago. Además, en conjunto deben ser notificados los demás acreedores prendarios con derecho sobre el bien. Los que serán pagados del precio del remate de acuerdo al orden que les corresponda, incluso si su crédito aún no se haya devengado. *“Ahora bien, aunque nada dice la ley, entendemos que si uno o más acreedores prendarios no fueron notificados antes de la subasta, subsistirán sus prendas después de la venta forzada.”*¹¹⁵

Si se trata de inmuebles por adherencia o destinación y el acreedor hipotecario es el ejecutante, deberá citar a los acreedores prendarios que hayan constituido prenda sobre el mismo

¹¹⁴ Orrego Acuña, Juan Andrés. Ob. Cit., p.468.

¹¹⁵ Ibid, p.469.

bien, de acuerdo al artículo 2428 del Código Civil¹¹⁶, es decir, como si fueren acreedores hipotecarios. Además se aplicarán los artículos 492 y 762¹¹⁷ del Código de Procedimiento Civil, si resultan aplicables. De acuerdo al artículo 492 del Código de Procedimiento Civil, el acreedor prendario en vez de pagarse con el producto de la subasta podría optar por conservar su prenda, siempre que su crédito no se encontrare devengado.

4.3.11 Delitos y Penas en relación con la ley.

El artículo 39 señala que se castigará con las penas señaladas en el artículo 473 del Código Penal, es decir, presidio o relegación menores en sus grados mínimos y multa de once a veinte sueldos vitales:

- a) El que defraudare a otro disponiendo de cosas pignoradas de acuerdo a la ley de prenda sin desplazamiento, sin señalar el gravamen que les afecta o constituyendo prenda sobre bien ajeno como si fuera propio, o alzando la prenda que haya cedido;
- b) El deudor prendario y el que tenga en su poder la cosa pignorada en conformidad a esta ley, que defraudando al acreedor la altere, oculte, sustituya, traslade o disponga de ella;
- c) El deudor prendario que, tratándose de prenda de créditos u otros derechos defraude al acreedor prendario, ocasionando la pérdida o el menoscabo de estos derechos.

4.3.12 Derecho Legal de retención a favor de beneficiarios de documentos relacionados con el comercio exterior.

De acuerdo al artículo 40 de la ley, el beneficiario de los documentos señalados en el artículo 10, es decir, el conocimiento de embarque, guía aérea, carta de porte o documento que haga las veces de cualquiera de los anteriores, tendrá un derecho legal de retención, sin

¹¹⁶ Véase artículo 2428 del Código Civil.

¹¹⁷ Véase artículo 492 y 762 del Código de Procedimiento Civil.

necesidad de declaración judicial, siempre que éste haya pagado o se obligue a pagar por cuenta o en interés de un tercero, todo o parte del valor de las mercaderías a que se refieren estos documentos.

Podrán ejercer este derecho legal de retención sí no se les reembolsa lo pagado o no se les garantiza con prenda sobre estos mismos bienes, lo que han pagado o se han obligado a pagar.

El valor asegurado incluirá el reembolso del precio de la mercadería, su transporte, su seguro, los derechos de aduana, almacenaje y gastos en que hayan incurrido.

Además tendrán la facultad de pagar por cuenta del deudor, los gastos e impuestos y realizar los trámites necesarios para desaduanar e internar la mercadería en el país. También podrán obtener la realización de la mercadería retenida para el reembolso de los pagos de acuerdo al procedimiento establecido en esta ley.

El deudor está facultado para establecer la prenda a favor del beneficiario del documento, aun cuando según el documento respectivo aparezca como dueño de ellos el acreedor, siempre que el deudor pueda acreditar que él es el destinatario de las mercaderías.

4.3.13 Vigencia de la ley.

El artículo 41 dispone que la ley comience a regir transcurridos 90 días desde la fecha en que se publique en el Diario Oficial el decreto que contenga el reglamento que regula el Registro de Prenda sin Desplazamiento, hecho que aún no se ha producido al término de esta investigación. Esto se debe principalmente a que hasta la fecha no se ha implementado el sistema informático que sustenta este registro.

4.3.14 Derogaciones de la ley.

La nueva ley de prenda sin desplazamiento deroga en su artículo 42 las siguientes normas:

- a) La ley N° 4.097, sobre contrato de prenda agraria;
- b) La ley N° 4.072, sobre contrato de prenda agraria;
- c) La ley N° 5.687, sobre el contra de prenda industrial;
- d) La ley N° 18.112, que dicta normas sobre prenda sin desplazamiento;
- e) El artículo 43 del Decreto con Fuerza de Ley número 164, sobre concesión de obra pública;
- f) El artículo 15 de la ley N° 19.542, que establece una prenda especial de concesión portuaria;
- g) El artículo 3° de la ley N° 19.425, que establecía una prenda especial sobre las concesiones mencionadas en el artículo 32 bis de la ley N° 18.695;
- h) El artículo 62 B del Decreto Ley N° 1.939, que contemplaba una prenda especial sobre el derecho de concesión;
- i) El artículo 16 de la ley N° 19.865, sobre Financiamiento Urbano Compartido;
- j) El artículo 60 de la ley N° 19.712, Ley del Deporte.

4.3.15 La nueva ley de prenda sin desplazamiento chilena a la luz de la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias de la OEA.

En esta sección extraeremos las principales regulaciones de la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias, para examinar si estos aspectos fueron introducidos en la nueva ley de prenda sin desplazamiento chilena. Para realizar esta labor consideramos como principales disposiciones aquellas que desde nuestro punto de vista son esenciales para propender al objetivo de la Ley Modelo, que es aumentar el acceso al crédito comercial, especialmente de los pequeños y medianos empresarios de las Américas.

4.3.15.1 Facultad de uso, transformación, venta y permuta.

La ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias establece en su artículo 9° que *“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 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.”* Entendiéndose esta facultad como la de usar y disponer, de esta manera, la Ley Modelo adopta el primer principio del NLCIFT para las Garantías Mobiliarias en las Américas, el cual señala que las garantías mobiliarias de crédito comercial y de consumo propician el desarrollo económico porque permiten al deudor el uso, transformación, venta o permuta de los bienes garantizadores (movilización de los activos). El producto de la venta o disposición de estos activos o de sus bienes derivados o atribuibles hacen posible la auto-cancelación o pago del préstamo.

De acuerdo al mensaje del proyecto de la ley N° 20.190, el objetivo fue introducir en la legislación chilena la “prenda flotante”, lo que se hizo a través de la disposición contenida en el artículo 11 de la ley de Prenda sin Desplazamiento. Las características de este tipo de prenda son que:

- 1.-En un principio se establece la garantía sobre una masa de cosas que una empresa industrial destina a la fabricación de sus productos finales (materias primas, partes o piezas) o sobre la masa de bienes, también llamada mercadería, que vende a los consumidores o distribuidores;
- 2.-El constituyente de la prenda conserva la posesión de la cosa;
- 3.-A pesar de la constitución de la prenda, el industrial pignorante podrá transformar la cosa pignorada de acuerdo al habitual proceso fabril, vender los productos terminados y vender las mercaderías al comerciante;

4.-Una vez que se venden los productos y las mercaderías quedan libres de prenda;

5.-Los productos industriales elaborados, antes de su venta, como los elementos que ingresan para reponer la existencia consumida en el proceso de producción y continuar la fabricación y las mercancías con que el comerciante se vuelve a abastecer, quedan en prenda hasta que se vendan.¹¹⁸

De esa manera, se permite una permanente disposición de las mercaderías y materias primas y se constituye garantía sobre los bienes que se van incorporando. En caso de realización, el acreedor podrá ejecutar sobre los bienes que constituyen actualmente la masa de bienes.

El crédito comercial permite movilizar los bienes del deudor que sirven como garantía, es decir, autoriza al deudor a usar, transformar, vender o permutar los bienes garantizadores y de esa manera facilitar el pago de la obligación con los activos adquiridos a través del préstamo. Este tipo de crédito se institucionalizó en Inglaterra durante el siglo XVIII y se ha seguido desarrollando en los Estados Unidos de América durante el siglo XX. Este es un sistema más flexible que los que mayoritariamente rigen los países de Latinoamérica. En estos últimos, los bienes de los deudores una vez gravados son inmovilizados ya sea mediante la posesión del acreedor o de su almacenamiento en un almacén general o especial de depósito. Una vez inmovilizados, la venta, transformación o posibilidad de constituir un gravamen adicional sobre los mismos se limita a aquellos préstamos cuya deuda haya sido saldada en su totalidad. En contraste, el crédito comercial garantizado anglo-americano no inmoviliza los activos del prestatario sino que permite al deudor permanecer en posesión de los bienes garantizadores y autoriza su uso, transformación, intercambio o venta, lo que facilita la auto-cancelación del préstamo con los ingresos generados por tales actividades.¹¹⁹

¹¹⁸ Guzmán Brito, Alejandro. Ob. Cit., p.66.

¹¹⁹ Kozolchyk, Boris. “El crédito comercial y su efecto en la disminución de la pobreza”. Op.cit., p. 5.

Las leyes que existían con anterioridad en Chile no permitían esta movilización y auto-cancelación. La ley sobre prenda industrial N° 5.687 del año 1935 por ejemplo, señala que la prenda establecida sobre las materias primas queda ipso iure constituida sobre el producto elaborado con ellas. Sin embargo, solo permite la libre transferencia de los bienes pignorados, si previamente se paga la deuda garantizada o si el deudor autoriza la transferencia; en caso contrario el acreedor podrá exigir el pago al actual tenedor.

El artículo 6 de la ley N° 18.112 sobre Prenda sin Desplazamiento del año 1982 establece: *“Puede constituirse prenda sin desplazamiento sobre existencias de mercaderías, materias primas, productos elaborados o semielaborados y repuestos del comercio o industrias y, en general, de cualquier actividad de la producción o de los servicios. Los componentes de dichas existencias no podrán ser utilizados, transformados o enajenados en todo o parte, ni se podrá constituir sobre ellos ningún derecho a favor de terceros, sin previo consentimiento escrito del acreedor.”* Es decir, solo excepcionalmente y con el consentimiento expreso del acreedor, se pueden utilizar, transformar, enajenar y constituir derechos sobre las existencias.

La ley N° 18.690, sobre almacenes generales de depósito del año 1988, señala en su artículo 28: *“Previo acuerdo entre el almacenista, el depositante y el acreedor prendario, si lo hubiere, podrá el depositante reemplazar todo o parte de las mercaderías o productos depositados por otros iguales o de similar calidad. De la misma forma, podrá el depositante proceder o transformar la mercadería constituida en depósito, caso en el cual el depósito y la prenda se entenderán constituidos, por el solo ministerio de la ley y sin solución de continuidad, sobre el producto resultante de tales operaciones, en cualquier grado de elaboración en que éste se encuentre. De todo lo anterior se deberá dejar constancia en el certificado de depósito y en el vale de prenda.”* Esta disposición, por lo tanto, incluye la sustitución y transformación de

elementos de una masa prendada y la pignoración legal de estos. Sin embargo, se requiere un acuerdo entre pignorante, acreedor y almacenista para permitir esta operación.

En cambio la nueva ley constituye un avance importante en relación al artículo 9° enunciado, ya que la facultad de transformación y sustitución se convierte en un elemento de la naturaleza¹²⁰ y ya no es un elemento accidental,¹²¹ como en la ley sobre almacenes generales de depósito. Esto significa que rige en silencio de las partes y para prohibirlo se requiere de un pacto expreso.¹²²

El artículo 1° de la ley señala que el constituyente conserva la tenencia y el uso del bien constituido en prenda. Además, el artículo 16 dispone que se puede constituir una o más prendas sobre un mismo bien, prefiriéndose por el orden cronológico de sus respectivas inscripciones.

El artículo 17 de la ley indica que se puede convenir que la cosa pignorada no pueda gravarse ni enajenarse. Debe dejarse constancia de esa prohibición en la inscripción del contrato en el Registro. Por lo tanto, se requiere una mención expresa de esta prohibición de enajenar y gravar, por lo que la regla general sería la facultad de gravar y enajenar el bien pignorado.

En consecuencia, se sigue el tenor del artículo 9 de la Ley Modelo, ya que la nueva ley de Prenda sin Desplazamiento permite al deudor o constituyente si fuere el caso, el uso, transformación, venta o permuta de los bienes garantizadores, es decir, se pueden movilizar los activos. Lo que permitiría la auto-cancelación o pago del préstamo. Aun cuando puede resultar limitado por la mera voluntad de las partes, en especial del acreedor, quien siempre busca el mayor resguardo que asegure el pago íntegro de la obligación, restringiéndose los efectos positivos en la accesibilidad en el crédito esperados.

¹²⁰ Vial, Víctor. Teoría General del Acto Jurídico. Ediciones Universidad Católica de Chile, 4 edición, Santiago, 2000, p. 36.

¹²¹ Ibid., p.36 y 37.

¹²² Ibid, p. 68.

4.3.15.2 Constitución de garantías sobre todo tipo de bienes muebles corporales e incorporales.

El artículo 2 de la Ley Modelo señala: *“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.”*

Posteriormente, el artículo 3° de la Ley Modelo señala que la prenda sin desplazamiento puede recaer sobre cualquiera especie de bien mueble, incluyendo créditos y otros tipos de bienes incorporales, como la propiedad intelectual, o categorías específicas o genéricas de bienes muebles, que sirvan para garantizar el cumplimiento de una obligación de acuerdo con los términos del contrato de garantía. Además expresamente señala que puede recaer sobre *bienes muebles atribuibles*, que define como aquellos bienes que se pueden identificar como derivados de los originalmente gravados, tales como el producto de venta, sustitución o transformación.

La nueva ley de prenda sin desplazamiento coincide con el artículo 2° de la Ley Modelo. Específicamente el artículo 5° de la nueva ley de prenda sin desplazamiento señala, que se podrá constituir prenda sobre todo tipo de cosas corporales e incorporales muebles, sean presentes o futuras. Entendiéndose por bienes incorporales muebles los derechos reales que recaen sobre bienes muebles y los derechos personales.

4.3.15.3 Constitución de la prenda sin desplazamiento.

De acuerdo al artículo 6° de la Ley Modelo, la garantía mobiliaria se constituye mediante contrato entre el deudor garante y el acreedor garantizado. Cabe recordar que la Ley Modelo regula la prenda con desplazamiento y la prenda sin desplazamiento, llamándolas garantía mobiliaria con desposesión y sin desposesión, respectivamente. Respecto a la garantía mobiliaria sin desposesión, señala en su artículo 6° que deberá constituirse por contrato escrito. 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. Por tanto, la única formalidad que se exige es que el contrato de ese tipo de garantías conste por escrito.

De acuerdo al artículo 8°, si la garantía mobiliaria es con desposesión, surte efectos desde el momento en que el deudor garante entrega la posesión o el control de los bienes en garantía al acreedor garantizado o a un tercero designado por éste, salvo pacto en contrario.

Compararemos la nueva ley de prenda sin desplazamiento, solo en lo que concierne a la garantía mobiliaria sin desposesión, ya que evidentemente lo relativo a las garantías mobiliarias con desposesión, no es atinente a esta nueva ley chilena. La constitución es regulada en la nueva ley de prenda sin desplazamiento por el artículo 2°, el que señala que el contrato de prenda sin desplazamiento es solemne. El contrato, su modificación y su alzamiento, deberán otorgarse por escritura pública o por instrumento privado, en cuyo caso las firmas de las partes concurrentes deben ser autorizadas por un notario y protocolizado en el registro del mismo. Por lo tanto, la ley chilena exige mayores formalidades para la constitución de la garantía que la Ley Modelo, es más complejo e involucra mayores costos. Este costo de transacción nuevamente representa una barrera al acceso expedito al crédito, especialmente para el sector MIPYME.

4.3.15.4 Publicidad de la prenda sin desplazamiento.

Los sistemas de publicidad de las leyes sobre garantías mobiliarias tienen gran relevancia, ya que su objeto es eliminar los gravámenes ocultos o secretos. La Ley Modelo contempla diversos medios de publicidad, en atención al objeto y tipo de garantía, e indica que las garantías sólo serán oponibles a terceros una vez que se les publicite. De acuerdo al artículo 10 de la Ley Modelo, como regla general, se le podrá dar publicidad por medio de su inscripción registral. También se podrá hacer por medio de la entrega de posesión o control de los bienes en garantía, sólo si la naturaleza de los mismos lo permite o si la entrega es realizada de acuerdo a lo señalado por la Ley Modelo.

De acuerdo a las bases de licitación del proyecto de desarrollo del sistema de registro de prendas sin desplazamiento, uno de los objetivos de este registro es aumentar la certeza en el mercado respecto de las prendas vigentes, dando noticia a quien corresponda, del total de prendas inscritas respecto a un deudor.¹²³ De esta manera, se eliminan los gravámenes ocultos o secretos, ya que se da publicidad de su constitución, a través de este registro público que será administrado por el Servicio de Registro Civil e Identificación. Este principio se reafirma por lo establecido en el artículo 24 de la ley, el cual señala que el derecho real de prenda se adquirirá, probará y conservará por la inscripción del contrato de prenda en el Registro de Prendas sin Desplazamiento. La prenda solo será oponible a terceros a partir de esa fecha, es decir, para que la prenda constituida tenga validez y se pueda oponer a terceros se requiere que su correspondiente anotación en el registro. Esta exigencia no permite que existan gravámenes

¹²³ Bases Administrativas, Bases Técnicas y Anexos de la Licitación Pública para el “Proyecto de Desarrollo del Sistema de Registro de Prendas sin Desplazamiento, conforme al artículo 14 de la Ley N° 20.190”, p.31.

ocultos, ya que no se podrán hacer valer por vía judicial aquellas que no hayan sido registradas y las prendas inscritas tendrán preferencia de acuerdo a su antigüedad.

4.3.15.5 Registro de la prenda sin desplazamiento.

La Ley Modelo pretende lograr una publicidad efectiva de las inscripciones unificando los mecanismos legales que tienen por objeto garantizar el pago de una deuda a través de bienes muebles y de esa forma disminuir ostensiblemente el riesgo que asume el acreedor. Por ese motivo, regula con carácter unitario el registro de los bienes muebles que lo requieran, respetando a la vez cualquier registro especial que se disponga en relación a determinada prenda de acuerdo a otra ley o convención internacional. Así el artículo 37 señala que cuando otra ley o convención internacional aplicable requiera que el título respecto de bienes muebles sea inscrito en un registro especial y contenga normas relativas a las garantías creadas sobre dicha propiedad, estas disposiciones tendrán preferencia con respecto a esta Ley, si existiere incongruencia entre ambas.

En Chile el mensaje de la ley N° 20.190 señala que uno de los objetivos de la Nueva Ley de Prenda sin Desplazamiento es unificar el régimen de las diversas prendas sin desplazamiento que existen actualmente en el país. Al regular estos tipos de prenda en una sola ley y otorgarles un único sistema de publicidad, se está otorgando mayor certeza y transparencia al sistema.

La Ley Modelo, señala que el formulario de inscripción registral debe seguir un formato y médium estandarizado. El formulario de acuerdo a la Ley Modelo deberá incluir:

- 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.

De esta manera, la Ley Modelo se inclinó por la inscripción de un formulario registral y no del contrato de prenda, el que contendrá las menciones necesarias, pero a la vez será muy escueto. Así busca conciliar el interés de las partes, en cuanto a resguardar su privacidad en el desarrollo de sus negocios, como también permitir que a través de la publicidad se tenga acceso a la información que requieran los terceros sobre los aspectos esenciales de la garantía que se constituyó. A la vez, el formulario ofrece mayor flexibilidad, ya que podrá ser utilizado para futuras extensiones del crédito. Sus características también facilitan el registro a distancia.

Por otro lado, se indica que la descripción del bien prendado podrá ser genérica o específica, diferenciándose de la mayoría de las legislaciones latino americanas que prescriben una descripción pormenorizada del bien pignorado. Los redactores de la Ley Modelo consideraron que de esa manera se dificulta la extensión de las garantías a bienes futuros o atribuibles por no ser ellos susceptibles a ser descritos en forma detallada previa a su existencia, lo mismo sucede con los bienes fungibles, renovables y reemplazables por otros de distinto tipo o clase.¹²⁴

En el caso de la nueva prenda sin desplazamiento chilena, si bien hasta la fecha no se ha dictado el reglamento que establecerá las menciones que debe contener la inscripción, los procedimientos para requerir y entregar la información contenida en el Registro, así como la organización, operación y requerimientos básicos del mismo, podemos vislumbrar algunas de sus características a partir de las bases de licitación del sistema de Registro de Prenda sin Desplazamiento, en adelante bases de licitación. Las bases de licitación indican que existirá un registro electrónico y centralizado, en el que se inscribirán los contratos de prenda sin desplazamiento, sus modificaciones y alzamientos. Cada contrato de prenda y los actos

¹²⁴ Kozolchyk, Boris y Wilson, John. Op. cit., p. 48.

vinculados a este constarán en un expediente electrónico. En este punto ya existe la primera diferencia con la Ley Modelo, ya que se registrará el contrato de prenda y no un formulario registral, de esta manera, no se alcanzaría el mismo equilibrio de la Ley Modelo entre el resguardo de la privacidad de las partes y la necesidad de información de terceros. Para la solicitud de inscripción de la prenda vía Internet, se deberá llenar un formulario electrónico, adjuntando archivos electrónicos con contratos y anexos si correspondiere. En caso de que el notario no cumpliera con el trámite de envío de los antecedentes del contrato de prenda para su registro, el propio interesado podrá concurrir a las oficinas del Registro, entregando copia de la documentación fundante del contrato, en soporte de papel. El formulario electrónico de solicitud de inscripción de Contrato de Prenda, incorporará al menos los siguientes campos de datos y funcionalidades:

- Tipo de documento: Escritura pública o instrumento privado.
- Sobre la escritura pública o instrumento privado donde consta la constitución de la prenda:
 - Fecha de suscripción y fecha de otorgamiento de la escritura ó fecha de protocolización del contrato.
 - N° de repertorio de la Notaría.
 - Año de repertorio Notaría.
 - Nombre Notario.
 - Run Notario.
- Prohibición de gravar o enajenar.
- Prenda de vehículos, se debe inscribir la prenda en el Registro de Vehículos Motorizados.
- Sobre los contratantes.

- Tipo: Deudor, constituyente o acreedor.
 - Calidad: Persona natural o Persona Jurídica.
 - Nombres y apellidos o razón social,
 - Run o Rut.
 - Nombres y apellidos del representante legal.
 - Run del representante legal.
- Sobre el requirente (sólo para solicitudes presentadas en Oficinas), pues los requirentes de las solicitudes enviadas al Registro desde las Notarías son los notarios, cuyos datos personales estarán asociados a su cuenta de acceso.¹²⁵

En consecuencia, la información sobre las prendas sin desplazamiento constituidas por cada deudor serán de acceso público, así como el contenido de los contratos de prenda. A través de los contratos, los interesados podrán obtener información sobre quienes son las partes, el monto del préstamo o línea de crédito y los bienes garantizadores. Si bien se otorga la debida publicidad a la constitución, modificación y alzamiento de la prenda, aumentando ostensiblemente el conocimiento del mercado respecto a las prendas vigentes, probablemente habría sido más simple, estandarizado, ordenado e igualmente eficiente, optar por establecer un formulario de registro con los datos mencionados en la Ley Modelo, dando un paso hacia la uniformidad de las legislaciones americanas, con el objeto de facilitar el crédito transfronterizo.

Otra disposición relevante en torno al registro, es el artículo 35 de la Ley Modelo, el que 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. Agregando el artículo 48, que la prelación de la garantía se determina por el momento de su publicidad. Por lo tanto, el

¹²⁵ Ibid., p. 56 y 57.

efecto de la garantía mobiliaria frente a terceros, así como su prelación se determina por el momento del registro o publicidad.

Al respecto, el artículo 24 de la nueva ley de prenda sin desplazamiento señala que el derecho real de prenda se adquirirá por su inscripción en el registro y solo será oponible frente a terceros a partir de esa fecha. Por lo tanto, aún cuando el contrato de prenda se haya celebrado, es esencial que se inscriba con prontitud, ya que de acuerdo al artículo 16 de la ley las prendas se preferirán de acuerdo al orden cronológico de sus inscripciones, lo que es un fuerte incentivo para realizar la inscripción y otorgar la debida publicidad a la prenda.

La Ley Modelo señala en el artículo 43, que 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. El artículo 45 agrega, que para la inscripción y búsqueda de información, el Registro autorizará el acceso remoto y por vía electrónica a usuarios que lo soliciten.

La nueva ley de prenda sin desplazamiento, crea el Registro de Prenda sin Desplazamiento, que llevará el Servicio de Registro Civil e Identificación, este será un registro único, electrónico, centralizado y público. Las bases de licitación contemplan un sistema de solicitud de certificados en línea, vía Internet y en las oficinas del Servicio de Registro Civil e Identificación.¹²⁶ Se señalan mecanismos bastante expeditos para acceder a la información contenida en el Registro, proyectándose además un pago en línea, a través del portal de la Tesorería General de la Republica y otros medios de pago.¹²⁷ Por otro lado, se menciona en las bases de licitación, que uno de los objetivos del Registro es aumentar la certeza del mercado respecto de las prendas vigentes, dando publicidad a quien corresponda, del total de las prendas

¹²⁶ Ibid., p.36.

¹²⁷ Ibid., p.37.

inscritas de un deudor.¹²⁸ En este mismo sentido, agrega que se entregará información del Registro de Prendas sin Desplazamiento a través de los siguientes mecanismos:

- 1.- Certificado de prendas vigentes, por deudor;
- 2.- Certificado de prendas por deudor (vigentes y no vigentes, solo para Tribunales y Ministerio Público);
- 3.- Certificado del historial de un contrato de prenda, que informará sobre la inscripción del contrato, sus modificaciones y alzamiento;
- 4.- Copia simple de los documentos fundantes de un contrato de prenda (escritura pública o instrumento privado);¹²⁹

El equipo redactor del reglamento, discutió si el criterio de organización del registro debía ser por deudor o por bien pignorado. Se llegó a la conclusión de que debido a la amplitud de bienes que podían ser prendados, de características muy disímiles y a veces difícil identificación, sería más apropiado ordenarlos por deudor, es decir, se estableció el orden del sistema mediante folio personal. Esta decisión se refleja en las bases de licitación, por ejemplo cuando señalan que se pueden obtener certificados de prendas vigentes, por deudor.¹³⁰

4.3.15.6 Garantía mobiliaria de adquisición.

La Ley Modelo da especial protección a la garantía mobiliaria de adquisición. Dicha garantía mobiliaria puede garantizar la adquisición presente o futura de bienes muebles presentes o por adquirirse en el futuro, financiados de dicha manera. En el artículo 51 establece que 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

¹²⁸ Ibid., p.31.

¹²⁹ Ibid., p.34.

¹³⁰ Ibid., p. 32.

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 ésta 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.

El objeto de esta disposición es incentivar el otorgamiento de préstamos para la adquisición de bienes necesarios para el desarrollo del negocio del deudor. Además se pretende evitar la inmovilización de los bienes garantizadores.¹³¹

La nueva ley de prenda sin desplazamiento chilena no contempla ninguna disposición de este tipo. Por el contrario se establece en el artículo 15, que el acreedor prendario tendrá derecho a pagarse con la preferencia establecida el artículo 2474 del Código Civil, es decir, la de la segunda clase de créditos. El artículo 16, agrega que las prendas se preferirán por el orden cronológico de sus respectivas inscripciones. Por lo tanto, este último es el único orden de preferencia establecido por la ley, no existiendo ningún incentivo especial para la obtención de nuevos créditos para la adquisición de bienes que puedan quedar directamente prendados. Cabe recordar que la garantía mobiliaria de adquisición es reconocida como una herramienta especialmente útil para el sector MIPYME, siendo uno de los objetivos de ésta modificación legal asistir a este sector económico, es de extrañar la exclusión de esta figura.

4.3.15.7 Comprador en el curso ordinario de los negocios.

La Ley Modelo establece una excepción al principio de prioridad, que está contemplada en el artículo 49. Esta disposición señala que un comprador o adquiriente de bienes muebles

¹³¹ NLCIFT. Op.cit.,p.1.

enajenados en el curso ordinario de las operaciones mercantiles del deudor garante recibirá los bienes muebles libre de gravamen.

El artículo 25 de la nueva ley de prenda sin desplazamiento también tiene una regulación de esta índole, señalando en su inciso 3° que el derecho de prenda no será oponible contra el tercero que adquiera el bien empeñado por venta al detalle en una fábrica, feria, bolsa de productos agropecuarios, casa de martillo, tienda almacén u otros establecimientos análogos en que se vendan cosas muebles de la misma naturaleza. La venta al detalle en los lugares antes mencionados, se puede equiparar a lo que en el principio octavo se denomina “*curso ordinario de los negocios.*”

La nueva ley de prenda sin desplazamiento cumple correctamente con lo enunciado por el principio. Es una normativa de procedencia pragmática, ya que sin la protección al tercero que adquiere un bien de consumo en el curso ordinario de los negocios de su vendedor, la viabilidad del mercado crediticio desaparecería. Es esencial proteger al tercero comprador en el curso ordinario de los negocios para generar un flujo de ingresos. No es fácil seleccionar a quien tenga el mejor derecho a ser protegido como tercero, ni tampoco establecer la más adecuada protección para ese tercero. Escoger equivocadamente quién es digno de esta protección, al igual que elegir una protección excesiva o deficiente, puede resultar bastante costoso para la economía en cuestión.¹³²

4.3.15.8 Ejecución de la garantía mobiliaria.

La Ley Modelo contempla un procedimiento de ejecución moderno y que pone especial énfasis en la celeridad del proceso, ya que por su carácter mueble, la garantía en general pierde

¹³² Kozolchyk, Boris. Ob. Cit. p. 15

valor con mayor rapidez que las garantías sobre bienes inmuebles.¹³³ Uno de los principales problemas de la regulación de garantías mobiliarias en América Latina reside justamente en que se trata de la misma manera la ejecución de los bienes inmuebles y la de los muebles, sin considerar que los bienes muebles se deprecian con mayor velocidad. El procedimiento de ejecución establecido en la Ley Modelo fue explicado detalladamente con anterioridad. Sin embargo, destacaremos dos aspectos importantes, por un lado, los recursos que se interpongan en el transcurso de la ejecución no tendrán efecto suspensivo, lo que ayuda a no dilatar este procedimiento. Y por otro, la Ley Modelo establece en el artículo 62 la posibilidad de que, durante o con anterioridad a la ejecución, el deudor garante y el acreedor podrán acordar condiciones diferentes a las establecidas en la ley respecto a la entrega del bien, a la venta y la subasta, o sobre otro aspecto, siempre que el acuerdo no afecte a otros acreedores garantizados o compradores en el curso ordinario. Esta disposición es un aporte al principio de autonomía de la voluntad de las partes, la que en caso de ser usada será una importante herramienta para hacer más expedito el proceso.

Respecto a su ejecución, la nueva ley de prenda sin desplazamiento señala en el artículo 29, que se aplicarán las reglas del juicio ejecutivo en las obligaciones de dar establecidas en el Título I del Libro III del Código de Procedimiento Civil, con las modificaciones establecidas en la propia ley. La ley de prenda sin desplazamiento, no introduce ninguna modificación al juicio ejecutivo en las obligaciones de dar contenida en el Código de Procedimiento Civil, por lo tanto no existe la posibilidad de realizar acuerdos entre deudor y ejecutante en los ámbitos señalados por la Ley Modelo. Según lo expuesto con anterioridad respecto al procedimiento de ejecución, se puede observar que el procedimiento no tiene la misma celeridad que el de la Ley Modelo. Según datos aportados por la Corporación Administrativa del Poder Judicial, en Chile un juicio

¹³³ Ibid., p. 65.

tramitado de acuerdo a las normas del procedimiento ejecutivo, es de 365 días.¹³⁴ No cabe duda de que ese promedio es muy alto si se pretende ejecutar un bien mueble. Este factor es relevante en cuanto a desincentivar el uso de bienes muebles como garantía y puede ser la principal falencia de esta nueva ley. Ya que si bien ampliar el universo de bienes muebles es un paso esencial, este no tiene mayor valor si los acreedores ante el eventual incumplimiento del deudor prevén un procedimiento de ejecución demasiado extenso, motivo por el cual finalmente deja de ser una garantía efectiva.

En cuanto al efecto en el que se concede la apelación en el juicio ejecutivo, cabe señalar que el artículo 194 del Código de Procedimiento Civil indica que se concederá en el solo efecto devolutivo la resolución dictada contra el demandado en el juicio ejecutivo, es decir, no tiene efecto suspensivo.

¹³⁴ CEJA, Reporte sobre el Estado de la Justicia en las Américas 2002 – 2003 en: <http://www.cejamericas.org/reporte/index.php?idioma=espanol>.

Conclusiones.

Los procesos de armonización y unificación jurídica suelen estar íntimamente vinculados a la creación de pactos económicos regionales. Así por ejemplo, la creación de bloques económicos como el MERCOSUR, la Comunidad Andina y el existente entre países centroamericanos conlleva la implementación de normas comunes para facilitar el comercio entre estos países. Sin perjuicio de reconocer el enorme aporte para la unificación y armonización jurídica que puede representar la existencia de estos bloques económicos, se debe poner hincapié en que esto no es suficiente. Hasta el momento el intercambio económico entre los países de América Latina es más bien modesto, según datos entregados por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile es de aproximadamente un 17%, en contraste el comercio intrazonal de los países de la Unión Europea alcanza aproximadamente un 74%. Estos datos reflejan que el intercambio entre los países latinoamericanos aún no alcanza su grado óptimo, siendo necesario para el desarrollo conjunto de la región, idear nuevas formulas que incentiven la producción e intercambio de mercancías entre los distintos países que la conforman. Desde el punto de vista legislativo, si bien la incipiente unificación jurídica entre las naciones de los bloques económicos existentes no basta para alcanzar este objetivo, resulta claro que es un gran paso para lograr una mayor integración.

En ese contexto iniciativas como las CIDIP, las que buscan armonizar jurídicamente todo América son de gran relevancia. Si bien constituye un anhelo primordial unificar nuestra región en materia de derechos sociales y laborales, no se puede desconocer que el intercambio comercial y su fomento en general suele constituir el primer paso hacia la integración.

Por lo expuesto, consideramos de suma importancia iniciativas como la “Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias” propuesta por la OEA, ya que constituye un puente

entre el derecho anglosajón del “common law” y el derecho latinoamericano de raigambre romano continental, además por constituir un notable avance hacia la integración jurídica comercial de nuestra región. No se trata de adoptar el sistema norteamericano en determinada materia por el hecho de que Estados Unidos tenga mayor poder económico y político, sino de adaptar modelos exitosos en otras partes del mundo para superar problemas que son patentes en nuestra región. Como referencia del éxito respecto a este tipo de adaptación legislativa, la experiencia de Albania y Rumania muestran como la reforma al sistema de garantías en términos similares a la Ley Modelo tiene efectos positivos en el sector financiero, aunque este resultado no solo puede ser atribuido a esta reforma, sino a la interacción de diversos factores. En Albania, tras una nueva ley que regula el sistema de garantías y la implementación de un registro de prendas en el año 2001, el riesgo de los préstamos bajó a la mitad y las tasas de interés también experimentaron una baja considerable. Rumania tiene una experiencia similar, tras reformar la operación de su registro de prenda en el año 2000, con lo cual el crédito aumento alrededor de un 30%. La situación de las empresas de ambos países ha mejorado substancialmente en los últimos años, ya que un mayor número de ellas pudo recibir crédito bancario mediante el uso de garantías mobiliarias, el cual continúa creciendo. La forma de financiar sus empresas cambió positivamente, al aumentar el mercado de créditos formales cuya oferta ahora si es alcanzable para este sector productivo.¹³⁵

La globalización ha hecho patente que muchas veces los problemas a que se enfrentan las empresas de menor tamaño de diversos países son similares. Así del estudio realizado, podemos concluir que el mayor problema financiero que enfrenta el sector PYME de Latinoamérica, su falta de acceso al crédito, tiene origen en la carencia de créditos accesibles por

¹³⁵ Safavian, Mehnaz, Fleisig, Heywood y Steinbuks, Jevgenijs. “Unlocking dead capital: How reforming collateral laws improves access to finance”, Washington D.C., Public Policy for the Private Sector, número 307, 2006, p.3 y 4.

el sector en razón a la falta de garantías consideradas fiables por el sistema financiero, las cuales generalmente están asociadas a la afección de bienes inmuebles.¹³⁶ Sin embargo, de acuerdo a datos publicados por el Banco Mundial, los activos de una empresa en un país latinoamericano generalmente están compuestos mayoritariamente por maquinarias y derechos, ambos tipos de bienes de naturaleza muebles, los cuales en un sistema de garantías anticuado no son considerados como una garantía eficaz, principalmente porque su regulación en cuanto a su constitución, publicidad y ejecución es deficiente, confusa y poco segura. Lo anterior provoca que la mayor parte de los activos de las pequeñas y medianas empresas sean considerados capital muerto, en cuanto a su aptitud para garantizar los créditos necesarios para el emprendimiento y crecimiento de este sector, cuya gran importancia fue expuesta en el cuerpo de esta memoria.

Inserta en la búsqueda de soluciones a la problemática anterior, nace en el seno de la OEA el proyecto para regular uniformemente las garantías mobiliarias en América. Esta iniciativa se materializa finalmente el año 2002 en la CIDIP VI, siendo sus principales redactores los representantes de Estados Unidos (National Law Center for Inter-American Free Trade), expertos mexicanos y expertos canadienses. A través de su estudio logramos reconocer los pilares fundamentales en los cuales se cimienta esta Ley Modelo, resaltando entre ellos la ampliación del universo de bienes garantizables a todos los bienes muebles susceptibles de apreciación pecuniaria; la unificación bajo una sola figura jurídica de garantía que reúne las diversas prendas sectoriales existentes; instauración de sistemas de registros de bajo costo, electrónicos y de fácil acceso, cuyo fin es dar publicidad cierta y efectiva a las garantías constituidas; facultad de transformación, venta y constitución garantías sucesivas sobre un

¹³⁶ Ibid. Un estudio del Banco Mundial señala que en los países en que existe una regulación de las garantías mobiliarias anticuada, no se suelen aceptar bienes muebles como garantía, aún cuando constituyen la mayor parte del activo de las empresas. En cambio en países como Estados Unidos y Canadá, que tienen leyes de garantías mobiliarias consideradas modernas, las empresas no tienen dificultad en constituir garantía sobre sus bienes muebles.

mismo bien para asegurar créditos diversos; toma de posesión y ejecución expedita de los bienes en garantía, permitiendo incluso el pacto de ejecución extrajudicial, con el objeto de enfrentar la depreciación más acelerada de los bienes muebles.

Podemos concluir que esta Ley Modelo reconoce y ampara los principios fundamentales de una ley de garantías moderna y eficaz, ya que se inspira en dos modelos, el canadiense y estadounidense, que han demostrado su aptitud para valorizar los bienes muebles como garantías idóneas para el mercado financiero. A la vez, como fue señalado previamente, se ha procurado que la Ley Modelo reconozca y armonice la tradición jurídica anglosajona y romanista para acercarla y hacer viable la reforma en América Latina.

Por otro lado cabe agregar que la armonización jurídica regional es de fundamental importancia en el largo plazo, sobre todo para el desarrollo del libre intercambio comercial entre los distintos países que la conforman. Por ello dicha armonización debe realizarse por medio de leyes apropiadas que fomenten el acceso y utilización de crédito garantizado afectando bienes muebles. Para que el uso de garantías mobiliarias sea eficaz más allá de las fronteras del país en que se encuentra el bien mueble, es necesario que dicha unificación legislativa alcance también a los registros que le entregan la publicidad necesaria. En este sentido resulta destacable la redacción de la ley guatemalteca sobre garantías mobiliarias, que haciendo suyo el modelo entregado por la OEA y como ya fue señalado en el capítulo dedicado a su análisis, reconoce la posibilidad de que el organismo administrador del Registro de garantías mobiliarias genere acuerdos o convenios internacionales de colaboración e intercambio de información con los registros jurídicos pertenecientes a otros países, todo ello con el fin de incentivar el intercambio comercial con aquellos países. Sin embargo, debido al poco tiempo transcurrido desde su entrada en vigencia y a la falta de promulgación del reglamento exigido por la misma ley para regular la entrada en funcionamiento del registro correspondiente, es una lástima no contar con

información referente a su implementación y sobre todo, respecto a su aporte a la integración comercial regional.

En cuanto a la ley de garantías mobiliarias del Perú esta resulta ser la experiencia legislativa que cuenta con mayor maduración, en razón al tiempo transcurrido desde su promulgación. Lamentablemente aún no existe información disponible respecto a los efectos producidos por su irrupción. Sin perjuicio de ello, cabe destacar de esta regulación, que sin desconocer su cultura jurídica propia y con la inclusión de algunas modificaciones sustanciales ya descritas en el apartado dedicado a su análisis, acoge armoniosamente los principios y figuras jurídicas recomendadas por la Ley Modelo. En este sentido cabe destacar como figura novedosa introducida por esta ley el “Sistema Integrado de Garantías” el cual por medio de los adelantos tecnológicos electrónicos permite acceder a una base de datos global que agrupa información perteneciente a distintos registros jurídicos de bienes, y con ello, lograr la unificación necesaria y equivalente a la existencia de un solo registro, que permite conocer la situación en que se encuentran los bienes pertenecientes a una persona. Además dicho sistema integrado también considera la posibilidad de interconectar su información con la disponible en registros existentes en otros países, previo acuerdo con los mismos, y con ello también la legislación peruana reconoce la necesidad de integración registral para el incremento del comercio internacional.

Respecto de la reforma al sistema prendario chileno cabe concluir que de las tres leyes analizadas es la reforma más conservadora y alejada de la propuesta modelo de la OEA. De partida, conserva la nomenclatura de “prenda sin desplazamiento” en contra de la corriente mundial que adopta la figura de “Garantías Mobiliarias”. Tampoco reconoce, bajo ninguna fórmula, la figura de garantía mobiliaria de adquisición, innovación acogida tanto por Perú como por Guatemala, y que tiene como objeto asistir principalmente a los empresarios que necesitan créditos para la adquisición de elementos necesarios para su labor productiva, entregándole una

preferencia a dichos créditos por sobre otros garantizados previa y globalmente. Institución pensada para posibilitar aun más el crecimiento de la pequeña y mediana empresa.

Otra gran diferencia que presenta el sistema adoptado por Chile, en contraste con la Ley Modelo y los sistemas peruano y guatemalteco, es la obligación de otorgar el contrato de constitución de la garantía mediante escritura pública o en su defecto, por escritura privada protocolizada, mientras las otras legislaciones entregan amplia libertad respecto a la formalidad de su escriturización. Lo cual con seguridad, hará que el proceso de constitución chileno de la garantía sea el más costoso de los analizados una vez que estén en pleno funcionamiento, aun cuando se prevé que será de menor costo que el actualmente existente. Unido a este tema, también resalta en la ley chilena la no adopción del sistema de inscripción registral por medio de un Formulario, haciendo necesaria el registro en forma íntegra del acto constitutivo de la prenda. Consideramos lo anterior una importante falencia de la reforma chilena, en cuanto a que del estudio sobre esta materia, resaltan como aspectos positivos de la inscripción vía formulario registral su simplicidad, su bajo costo, su homogeneidad respecto a la información contenida en cada acto registrado y su equilibrio entre la publicidad de la información necesaria con que deben contar los terceros y la respectiva confidencialidad respecto de los negocios entre las partes otorgantes. Además el registro vía formulario es totalmente congruente con la inscripción y acceso remoto vía Internet, ya que tanto la Ley Modelo, como la peruana y guatemalteca aceptan y promueven el registro por este medio, en consideración a su confiabilidad alcanzada, su bajo costo y su función integradora respecto de lugares alejados o apartados, entre otras ventajas. Es de esperar que con la dictación de reglamento que crea el registro de prendas sin desplazamientos, aún pendiente en la legislación chilena, se aborde este tema dándole una solución armoniosa respecto a la tendencia internacional sobre la materia.

Debemos resaltar que la ampliación de los bienes prendables y la regulación única de todas las prendas sin desplazamiento es muy positiva. Sin embargo consideramos que esta reforma pierde toda su eficacia en razón de la fórmula de ejecución en caso de incumplimiento establecida en la nueva ley de prenda sin desplazamiento, que desde nuestro punto de vista no constituye un avance. El procedimiento de ejecución de las obligaciones de dar no tiene la celeridad que requiere este tipo de garantía. Si la realización del bien es lenta la garantía mobiliaria no tendrá ningún atractivo para el mercado, por lo tanto, aún cuando el universo de bienes prendables sea mayor, si su ejecución es lenta y costosa no fomentará la aceptación, por parte de la banca, de este tipo de garantías para otorgar crédito a la PYME.

Además, consideramos que la reforma chilena debería haber seguido los pasos de Perú y Guatemala en cuanto a permitir y prever la futura interconexión de los registros, esto además de fomentar el comercio internacional, constituirá una importante herramienta para fomentar el crédito transfronterizo. Sin embargo para ser parte de un sistema interconectado tendría que haber establecido un formulario registral. Chile no se puede permitir quedar atrás en este tipo de iniciativas, especialmente considerando que debido a su estabilidad económica y política podría pretender constituirse en la capital financiera de la región.

Finalmente, consideramos en atención a lo expuesto en el cuerpo de la presente memoria que tanto las iniciativas tendientes a la unificación y armonización de los sistemas de garantías mobiliarias, así como las reformas legislativas internas llevadas a cabo por el Perú, Guatemala y Chile, son un importante paso en la modernización de una herramienta jurídica cuyo objeto extra jurídico es fomentar el acceso del crédito, sobre todo de sectores productivos excluidos por el sector financiero formal, en razón a considerarlo un sector poco atractivo por los riesgos asociados a la naturaleza de dichas empresas. Pero aunque la regulación jurídica sobre esta materia sea de una alta calidad, no es por sí sola suficiente para cumplir con su objetivo de

acrecentar el acceso al crédito formal, siendo necesaria además la voluntad del sector financiero de aceptar dicha herramienta como válida y operativa. También cabe señalar que para el óptimo funcionamiento de un sistema moderno de garantía, como los analizados en este trabajo, es esencial que las personas que pretenden acceder a un crédito asociado a una garantía de esta naturaleza desarrollen su actividad empresarial en forma ordenada y responsable. Figuras como la prenda flotante, la garantía preferente de adquisición, o la garantía afectando el inventario o las cuentas por cobrar de un pequeño empresario solo serán posibles si éste demuestra un alto grado de responsabilidad y una administración contable y tributaria adecuada, ordenada y transparente, de lo contrario los beneficios esperados de dichas figuras jurídicas no serán más que letra muerta. Por ello, resulta recomendable que la reforma legislativa de un sistema de garantías mobiliarias, marche acompañada de programas de información y capacitación administrativa de los sectores que se pretenden beneficiar con dichas iniciativas.

Bibliografía general.

BONILLA, M. 2005. La importancia de una normativa en materia de garantías mobiliarias para Guatemala. En *Inter-American Trade Report*, volumen 12, número 2. Tucson Arizona. National Law Center for Inter-American Free Trade.

CANTUARIAS, F. 2001. Las garantías mobiliarias y el sistema registral que requiere para operar eficientemente. Washington D.C. CEAL.

CANTUARIAS, F. 2005. Robin Hood Reloaded: Quitándole al rico para robarle al pobre. En seminario SELA: Law and Poverty, Río de Janeiro, 16 a 19 junio.

DE LA PEÑA, N. 2001. Estrategias legales para expandir el crédito mobiliario. Washington D.C. Center for the Economic Analysis of Law.

DE LA PEÑA, N y FLEISIG, H. 1998. Nicaragua: Como los problemas en el marco de garantías reales limitan el acceso a crédito. Washington D.C. Center for the Economic Analysis of Law.

DE LA PEÑA, N y FLEISIG, H. 2002. Las pequeñas y medianas empresas y sus garantías. Washington D.C. Center for the Economic Analysis of Law.

DE LA PEÑA, N y FLEISIG, H. 2001. Marco Legal e Institucional de Garantías Reales Mobiliarias en la Región Washington D.C. CEAL.

DELGADO, A. Proyecto sobre la garantía mobiliaria, en Biblioteca Virtual Dr. Gilberto Valente da Silva, XIX Encuentro del Comité Latinoamericano de Consulta Registral. En www.irib.org.br.

FERNÁNDEZ, D. 2001. Regulación internacional privatista de las garantías mobiliarias. En XVI Congreso Ordinario y Congreso Argentino de Derecho Internacional. San Juan 20 – 22 de septiembre de 2001.

FERNÁNDEZ, D. La CIDIP VI ¿Cambio de paradigma en la codificación interamericana de derecho internacional privado? Publicado electrónicamente.

FERNÁNDEZ, D. 2005. Razones y condiciones para la continuidad de la CIDIP: Reflexiones de cara a la CIDIP VII. Córdoba. Revista *Sequencia*, número 50.

FERNÁNDEZ, J. 2002. Teoría y praxis en la codificación del derecho de los negocios internacionales. Publicado electrónicamente

FURNISH, D. 2003. Mexico: New provisions foster secured transactions. En *Inter- American Trade Report*, volumen 10 número 6. Tucson, Arizona. National Law Center for Inter-American Free Trade.

GALINDO, A y MICCO, A. 2005. Bank crédito to small and medium sized enterprises: the role of creditor protection. Washington D.C. Inter-American Development Bank.

GARRO, A. 1991. Armonización y unificación del derecho privado en América Latina: esfuerzos, tendencias y realidades. En España y la codificación del Derecho Internacional Privado. Terceras Jornadas de Derecho Internacional Privado. España. Centro de Estudios Superiores Sociales y Jurídicos Ramón Carande.

GARRO, A. 1995. Hacia un régimen uniforme de garantías reales en los países del TLC. Revista de Derecho Privado (17), p.111-127.

GARRO, A. 2001. Problemas en la ejecución de garantías reales mobiliarias en El Salvador. Washington D.C. CEAL.

GAUNA, D. 2008. Desarrollo financiero: la agenda pendiente del crecimiento económico argentino. Buenos Aires. Universidad de Palermo.

GÚZMAN, A. 2008. La pignoración de grupos de bienes de una misma clase o universalidades de hecho en la nueva “Ley de prenda sin desplazamiento”. En Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Valparaíso. Ediciones Universitarias de Valparaíso.

KLEINHEISTERKAMP, J. y FERNÁNDEZ, D. 2002. Un novedoso paso en el camino de la integración jurídica interamericana. En Anuario Argentino de Derecho Internacional 2001-2002. Córdoba. Asociación Argentina de Derecho Internacional.

KOZOLCHYK, B. 2006. El crédito comercial y su efecto en la disminución de la pobreza. Tucson, Arizona. National Law Center for Inter-American Free Trade.

KOZOLCHYK, B y FURNISH, D. 2003. The OAS model law on secured transactions: A comparative analysis. Tucson Arizona. National Law Center for Inter-American Free Trade.

KOZOLCHYK, B. y WILSON, J. 2003. La ley interamericana de garantías mobiliarias (Ley Modelo) de la Organización de Estados Americanos. Tucson, Arizona. National Law Center for Inter- American Free Trade.

LAEVEN, L y MAJNONI, G. 2003. Does judicial efficiency lower the cost of credit? Washington D.C. The World Bank.

LLISTERI, J, ROJAS, A, MAÑUECO, P, LÓPEZ, V y TABUENCA, A. 2006. Sistemas de garantía de crédito en América Latina. Banco Interamericano de Desarrollo.

MEZA, R. 1997. Manual de derecho civil: De las fuentes de las obligaciones, tomo II. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile.

MUGUILLO, R. 2000. Régimen de garantías: Breve análisis y propuesta a nivel latinoamericano. En Latinamerican and Caribbean insolvency Workshops, 30-31 de octubre de 2000. Ciudad de México. The World Bank.

OLAVARRIA, H. 2003. Secured lending and/or asset based finance. Baton Rouge. Publicado electrónicamente.

ORREGO, J. 2008. La prenda sin desplazamiento de la ley n° 20.190. En *Cauciones Reales: prenda e hipoteca*.

RAMÍREZ, M. 2007. *Elementos fundamentales del derecho internacional privado*. Santiago de Chile. Lexis Nexis.

SAFAVIAN, M y FLEISIG, H. y STEINBUKS, J. 2006. Unlocking dead capital: How reforming collateral laws improves access to finance. *Public policy for the private sector*, número 307.

SAMTLEBEN, J. 1991. Los resultados de la labor codificadora de la CIDIP desde la perspectiva europea. En: *España y la codificación internacional del Derecho internacional privado*. Terceras Jornadas de Derecho internacional privado, 13 y 14 de diciembre. Madrid. Eurolex.

SÁNCHEZ, J. 2006. Las garantías mobiliarias internacionales, su régimen de legalidad. Ponencia presentada en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, en el Congreso Internacional de Derecho Mercantil, 8-10 de marzo..

VIAL, V. 1991. *Teoría General del Acto Jurídico*. Santiago de Chile. Ediciones Universidad Católica de Chile.

WILSON, J. 2002. La nueva ley modelo sobre garantías mobiliarias. Tijuana, Baja California. XXVI Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado y Comparado Noviembre 13-16, 2002.

Autores institucionales.

BANCO MUNDIAL y CORPORACIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL. 2008. Doing Business. Publicado electrónicamente.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. 1982. Ley N° 18.112, sobre prenda sin desplazamiento. Santiago.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. 2007. Historia de la ley N° 20.190, introduce modificaciones de índole tributaria e institucional para el fomento de la industria de capital de riesgo y continua con la modernización del mercado de capitales (Mercado de Capitales II). Santiago

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. 2007. Ley N° 20.190, introduce modificaciones de índole tributaria e institucional para el fomento de la industria de capital de riesgo y continua con la modernización del mercado de capitales (Mercado de Capitales II). Santiago

DIARIO DE CENTROAMERICA. 2007. Decreto N° 51-2007, Ley de Garantías Mobiliarias. Guatemala. 16 de noviembre.

GOBIERNO DE CHILE. SERVICIO DE REGISTRO CIVIL E IDENTIFICACIÓN. 2008. Bases administrativas, bases técnicas y anexos de la licitación pública para el “Proyecto de desarrollo del sistema de registro de prendas sin desplazamiento, conforme al artículo 14 de la ley n° 20.190.” Santiago de Chile.

IPES. 2005. Capítulo 14: Acceso de las pequeñas y medianas empresas al financiamiento. Publicado en versión electrónica por IPES.

MINISTERIO DE ECONOMÍA DE GUATEMALA. 2007 Plan de acción nacional de Guatemala: Estrategia para el fortalecimiento y creación de las capacidades relacionadas con el comercio. Publicado electrónicamente.

MINISTERIO DE ECONOMÍA DEL PERÚ. 2000. Ley N° 27.269 sobre Firmas y Certificados Digitales.

MINISTERIO DE ECONOMÍA DEL PERÚ. 2002. Decreto Supremo N° 019-2002-JUS Reglamento de la Ley de Firmas y Certificados Digitales.

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS. 2001. Facilitando el acceso al crédito mediante un sistema eficaz de garantías reales. Lima.

NATIONAL LAW CENTER FOR INTER-AMERICAN FREE TRADE. 2003. Development potential of secured transactions and registry laws. En Novedades volumen 10, número 4. Tucson, Arizona.

NATIONAL LAW CENTER FOR INTER-AMERICAN FREE TRADE. 2008. Honduras and secured transactions reform. En Novedades, volumen 15, número 3. Tucson, Arizona.

NATIONAL LAW CENTER FOR INTER-AMERICAN FREE TRADE. Ley de Garantías Mobiliarias: Decreto 51-2007. En Inter-Am Data Base

NATIONAL LAW CENTER FOR INTER-AMERICAN FREE TRADE. 2006. Los 12 principios del NLCIFT para las garantías mobiliarias en las Américas. Tucson, Arizona. NLCIFT.

NATIONAL LAW CENTER FOR INTER-AMERICAN FREE TRADE. 2006. The National Law Center for Inter- American Free Trade (NLCIFT) principles of secured transactions law in the Americas. Tucson, Arizona. NLCIFT.

NATIONAL LAW CENTER FOR INTER-AMERICAN FREE TRADE. 2000. Secured transactions: Building on success. En Novedades, volumen 7 número 4. Tucson, Arizona.

NATIONAL LAW CENTER FOR INTER-AMERICAN FREE TRADE. 2007. Working session: Secured transactions in Honduras. En Novedades volumen 14, número 2. Tucson, Arizona.

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. SECRETARÍA DE ASUNTOS JURÍDICOS. 2002. Acta final (Vol. 1) CIDIP VI. Washington D.C.

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. SECRETARÍA DE ASUNTOS JURÍDICOS. 2002. Reporte del relator de la comisión II (Dr. Robert Herbert) CIDIP VI. Washington D.C.

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. 1999. Resolución 744 (1185/ 99). Temario de la sexta conferencia especializada interamericana sobre derecho internacional privado (CIDIP-VI).

SECRETARÍA GENERAL IBEROAMERICANA. 2006. La extensión del crédito y los servicios financieros. Ediciones El Viso S.A.

Artículo de diario.

Congreso aprobará ley de garantías mobiliarias. 2008. El Herald. Tegucigalpa. 22 de mayo.

Artículos en línea.

CENTRO DE ESTUDIOS DE LA JUSTICIA DE LAS AMERICAS (CEJA). Reporte sobre el Estado de la Justicia en las Américas 2002 – 2003. [En línea] <http://www.cejamericas.org/reporte/index.php?idioma=espanol>. [Consulta: 3 de septiembre de 2008]

GONZÁLEZ, G. Hay que derogar la ley de garantía mobiliaria. [En línea] <http://gianharo.googlepages.com/Gunther1.pdf> [consulta: 29 de mayo]

LEGISLACIÓN TRIBUTARIA. Nueva ley de la garantía mobiliaria. [En línea] [http://www.pe.kpmg.com/2006-03-27_C116 - Ley de Garantia Mobiliaria.pdf](http://www.pe.kpmg.com/2006-03-27_C116_-_Ley_de_Garantia_Mobiliaria.pdf) [Consulta: 3 de agosto]

LIBERTAD Y DESARROLLO. Mercado de Capitales II: ¿Reforma o ley miscelánea? [En línea] <http://www.lyd.com/LYD/index.aspx?channel=3809>. [Consulta: 28 agosto 2007]

SNI. Ley de la garantía mobiliaria. [En línea] <http://www.sni.org.pe/servicios/legal/reportelegal/content/view/415/27/> [Consulta: 21 de octubre de 2008]

SUPERINTENDENCIA DE BANCA, SEGUROS Y AFP. Nuevamente garantías podrán respaldar más de un crédito. [En línea] <http://www.sbs.gob.pe/portalsbs/noticias/historico/2006/Marzo/09.03.2006.htm> [Consulta 28 de octubre de 2008]

TORRES, F. intervención Judicial en la ley de garantía mobiliaria (Perú). [En línea]

<http://www.monografias.com/trabajos37/ley-garantia-mobiliaria/ley-garantia-mobiliaria.shtml>

[Consulta 23 de octubre]

WILSON, J. La ley modelo interamericana sobre garantías mobiliarias y otros temas registrales

en el ámbito de la OEA. [En línea] <http://www.irib.org.br/biblio/leimodelojohn.doc> [Consulta:

23 de julio 2008]

ZÚÑIGA, F. La toma de posesión del bien en la ley de la garantía mobiliaria ¿Se va agilizar

realmente la ejecución? [en línea] <http://ipede.blogspot.com/> [Consulta: 29 de septiembre de

2008]

