

GARANTÍAS MOBILIARIAS INTERNACIONALES

Por Julieta Gallino e Ilse Ellerman¹

Sumario: I) Introducción. II) Diversidad legislativa - Tendencia a la Codificación - Armonización. Uniformidad: a) Foros de codificación universales; b) En el ámbito regional. III) ¿Accesoriedad o autonomía? IV) Ley aplicable: a) *La lex contractus*; b) *La lex rei sitae*; c) Aplicación de varias normas a la relación jurídica; d) Nuestra posición: la ley más próxima. V) Juez competente. VI) La publicidad de las garantías mobiliarias: a) La adaptación del sistema registral a la dinámica financiera de las garantías reales mobiliarias; b) Reglas de prioridad. VII) La garantía mobiliaria y los terceros adquirentes. VIII) El llamado problema del "conflicto móvil". IX) Reconocimiento y ejecución de las garantías mobiliarias. X) La Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias: a) Antecedentes; b) Estructura; c) Concepto y ámbito de aplicación; d) Constitución de la garantía; e) Publicidad; f) Ejecución; g) Ley aplicable y conflicto móvil; h) Jurisdicción. XI) La situación en Latinoamérica con especial referencia al sistema argentino: a) El sistema prebendario argentino; b) Inconvenientes del sistema. XII) Conclusiones. XIII) Bibliografía.

¹ Profesora Adjunta y Jefe de Trabajos Prácticos de la Cátedra de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Córdoba respectivamente.

D) Introducción

Fruto del avance de las comunicaciones y del proceso de globalización, asistimos a un crecimiento del comercio internacional, el cual se presenta cada vez más rico y fluido.

En este contexto es que los actores económicos necesitan contar con la posibilidad de acceder al crédito comercial para financiar sus operaciones y satisfacer las necesidades de la sociedad internacional, y, por otro lado, las entidades financieras poseen crédito disponible, que otorgarán conforme las garantías que ofrezca quien lo solicita.

Las garantías no sólo son útiles al acreedor, sino también al deudor quien tiene interés en asegurar a sus acreedores con certezas suficientes, pues de ellas depende el acceso al crédito y las condiciones del mismo (monto, tasas de interés, plazo, etc.). En las relaciones internacionales los riesgos son más elevados que en las operaciones internas por las distancias, el diferente domicilio de las partes, a lo que se suma también los riesgos monetarios y las contingencias políticas. En consecuencia el tema de las garantías cobra singular importancia.

Teniendo en cuenta una distinción clásica de las garantías las podemos dividir en personales y reales. Las personales (fianza, aval bancario, contrato de seguro en caución, garantías a primera demanda o a primer requerimiento), son aquellas que consisten en obtener un nuevo deudor extendiendo la responsabilidad derivada del contrato o de la ley a otra persona. Se extiende la garantía general al patrimonio de un segundo deudor. Puede existir un solo deudor principal con otro deudor accesorio o bien el codeudor puede obligarse solidariamente.

Las garantías reales (prenda, hipoteca, anticresis) consisten en gravar un bien del deudor. La garantía está representada por una cosa. Ponen al acreedor al abrigo del concurso y de otros acreedores, y lo protegen de las consecuencias del aumento del pasivo de su deudor (*ius preferendi*) y del riesgo de desaparición del activo (*ius persequendi*).

A su vez las garantías reales pueden recaer sobre bienes inmuebles o sobre bienes muebles, y en este último caso podrán ser con o sin desplazamiento o, dicho de otra manera, posesorias o no posesorias (desde la perspectiva del acreedor) según que los bienes, objeto de la garantía, sean entregados al acreedor en el primer caso o conservadas por el deudor, en el segundo supuesto. En el caso de las garantías no posesorias puede que el deudor reciba la posesión (propiedad en garantía, reserva del dominio, *leasing* sobre muebles) o mantenga la posesión (prenda sin desplazamiento, hipoteca mobiliaria).

Además podrán ser internas o internacionales. Internas son aquellas cuyos elementos se encuentran situados en un mismo Estado, y entendemos que son internacionales cuando alguno de los elementos personales, reales o conductistas se encuentran vinculados a diferentes jurisdicciones. Por ejemplo, cuando las partes contratantes posean domicilios en distintos Estados, los bienes objeto de la garantía estén situados o se trasladen a diferentes Estados, o bien el lugar de celebración y el de cumplimiento de la obligación se encuentren en territorios nacionales diversos.

Las garantías que serán objeto del presente trabajo son las *garantías mobiliarias internacionales sin desplazamiento* ya que en la contratación internacional su importancia se ha multiplicado frente a las garantías inmobiliarias por la falta de versatilidad de los bienes inmuebles dentro de una economía moderna y competitiva. Además, las garantías *mobiliarias* posibilitan el acceso al crédito a todo tipo de deudores no sólo a aquellos que son propietarios de bienes inmuebles, ya que estas garantías incluso pueden recaer sobre todo tipo de bienes muebles, corporales e incorporeales, presentes y futuros, que también pueden ser de propiedad de un tercero con tal que el deudor tenga su posesión. Además la garantía puede extenderse no sólo a todo otro bien que se derive, como fruto o producto, del bien original, sino también a todo bien o dinero en efectivo que el deudor reciba a cambio o en lugar del bien en garantía originalmente gravado.

Nos centraremos en las garantías mobiliarias internacionales *sin desplazamiento* puesto que este tipo de garantía presenta la gran ventaja de posibilitar al deudor el uso y disfrute de la cosa, y, por ende, su utilización en el proceso productivo, lo que le permite hacerse de los fondos necesarios para hacer frente a la obligación asumida.

El gran desafío para este tipo de garantías es lograr una regulación efectiva que le permita al acreedor cubrirse contra eventuales incumplimientos en la devolución de los préstamos puesto que se enfrentan con la dificultad de la gran diversidad de los sistemas de garantías nacionales y los principios que los inspiran².

² En algunos sistemas prima el principio de tipicidad de los derechos reales, en otros el de la autonomía de la voluntad; algunos defienden la independencia del derecho real respecto del título contractual, otros los vinculan de forma indisociable; unos admiten el pacto comisorio otros lo prohíben; para algunos se requiere la identificación de los bienes, otros permiten que se graven bienes dinámicos, etcétera.

Por todo lo expuesto nos interesa destacar la labor de los diferentes centros de codificación del Derecho Internacional, así como de algunos Estados en esta materia.

Analizaremos las distintas opciones que existen en cuanto a la ley aplicable para el caso de no contar con normas materiales que regulen este tipo de garantías y haremos el mismo análisis con relación a la jurisdicción internacional.

Destacaremos la importancia que cobra la publicidad en las garantías mobiliarias sin desplazamiento, y el problema del desplazamiento de los bienes objeto de la garantía de un Estado a otro, denominado como "conflicto móvil", y el que se relaciona con la temática del reconocimiento y ejecución de estas garantías.

Nos detendremos especialmente en el análisis de algunos aspectos de la Ley Modelo Interamericana sobre garantías mobiliarias, por haber sido aprobada en el seno de las Conferencias Interamericanas de Derecho Internacional Privado, en las cuales nuestro país tiene una participación muy activa. Por último, veremos si es posible una adaptación del régimen jurídico de las garantías vigente en nuestro país a estos nuevos requerimientos del comercio internacional.

II) Diversidad Legislativa - Tendencia a la Codificación - Armonización - Uniformidad

Se ha señalado³ que a pesar de parecer un tema moderno y novedoso, el tema de las garantías mobiliarias es viejo, lo que sucede es que con el proceso de globalización, ha cobrado nueva trascendencia.

Los más variados organismos públicos y privados dedicados a la elaboración de normas de Derecho Internacional Privado y de Derecho Comercial Internacional, han tomado este tema como punto fundamental de sus agendas de trabajo, con la vista puesta en la unificación o al menos en la armonización de la reglamentación de la materia.

³ FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P., "Garantías Mobiliarias en el Comercio Internacional", Relato (Sección Derecho Internacional Privado), Asociación Argentina de Derecho Internacional, XVI Congreso Ordinario y XII Congreso Argentino de Derecho Internacional, Dr. José Amadeo Conte Grand, San Juan, septiembre de 2001, p. 1.

Sin perjuicio de ello, es necesario destacar que la unificación normativa es una ardua tarea, que en el caso de las garantías mobiliarias se ve agravada por el hecho de la gran diversidad que presentan las legislaciones nacionales en esta materia. Tanto es así que algunos autores señalan que esta empresa (unificación) sólo es posible en sistemas integrados como el de la Unión Europea (UE) o en el marco de un país federal como los Estados Unidos de Norteamérica⁴. "También los organismos internacionales de codificación se han mostrado escépticos sobre este punto en muchos documentos oficiales, aunque llamativamente, hoy más que nunca, estamos asistiendo a una fiebre codificadora que alcanza buena parte de la multifacética realidad de las garantías"⁵.

La cuestión ha sido tratada tanto en foros de codificación universal (UNIDROIT, UNCITRAL, La Haya, en el ámbito regional, UE y Consejo de Europa, BERF, OHADA y CIDIP, cuanto en el marco Transnacional, CCI).

a) Foros de Codificación universales

UNIDROIT (Instituto para la unificación del Derecho Privado)

Existe en el seno de este foro un proyecto de Convención sobre Garantías Internacionales sobre equipos móviles⁶ y un protocolo a la misma referente a los equipos móviles aeronáuticos. Este proyecto

⁴ SERCK, Rolf, "Garantías mobiliarias en el derecho alemán", Trad. A. Carrasco, Madrid, 1990, p. 67, citado por ROJO AJURIA, Luis, "La unificación del derecho de garantías reales mobiliarias. La experiencia del Derecho Comparado", en *Tratado de Garantías en la contratación Mercantil*, t. II, Civitas, Madrid, 1996, p. 77.

⁵ FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P., "Las Garantías Mobiliarias...", ob. cit., p. 2.

⁶ Sin embargo en 1974 este organismo aprobó un Proyecto de Convención que buscaba establecer una legislación uniforme para la adquisición de buena fe de objetos muebles corporales. La particularidad de este proyecto radicaba en atacar la tradicional presunción que protege al tercer adquirente de buena fe, planteando una serie de extremos que deben indagarse a efectos de comprobar que la buena fe efectivamente ha existido. El proyecto fue abandonado en 1981.

contempla exclusivamente normas internacionales y uniformes dirigidas a regular las garantías sobre aquellas categorías de equipos móviles de gran valor que, por su naturaleza, traspasan las fronteras nacionales en forma habitual, siendo susceptibles de identificación individual. Este convenio no tiene por finalidad regular de manera exhaustiva las garantías mobiliarias internacionales, sino lograr que éstas —creadas de acuerdo con la ley declarada aplicable en virtud de las normas de conflicto del Convenio— sean reconocidas y eficaces en los demás Estados Parte.

UNCITRAL (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional)

En este foro de Codificación la labor de unificación es de suma importancia. En este sentido UNCITRAL aprobó la Convención sobre garantías a primera demanda y cartas de crédito contingente de 1995⁷, vigente para cinco Estados, entre ellos tres latinoamericanos⁸; la ley Modelo sobre Aspectos Jurídicos de Intercambio de Datos y otros medios conexos de comunicación de 1998⁹ y la Convención sobre cesión de créditos en el comercio internacional del 12 de diciembre de 2001¹⁰.

La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado

En el seno de la Conferencia de La Haya, la temática de las garantías mobiliarias fue tratada en la década del ochenta, pero en 1988 se

⁷ El 11 de diciembre de 1995 la Asamblea General de Naciones Unidas abrió a la firma de los Estados el Proyecto de Convención de las Naciones Unidas sobre garantías independientes y cartas de crédito contingentes. Vid Naciones Unidas, Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la obra realizada en su vigésimo octavo período de sesiones (2 al 6 de mayo de 1995).

⁸ Kuwait, Túnez, Ecuador, El Salvador y Panamá.

⁹ Esta ley pretende brindar un complemento útil para lograr que los pagos internacionales documentados puedan contar con la versatilidad y rapidez que brindan los medios electrónicos, sin menoscabar las necesarias certeza y seguridad del tráfico.

¹⁰ Centrando su objetivo en la financiación que puede obtenerse a través de la figura de la cesión de créditos.

resolvió eliminar este tema de la agenda de este foro de codificación¹¹. No obstante ello, desde el año 2000, existe en el seno de La Haya un Proyecto de Convención de la ley aplicable a la disposición de títulos por intermediarios. Es interesante destacar que este proyecto opta por elegir la ley del lugar de situación del intermediario contra el cual se puede hacer valer este crédito, dejando de lado la aplicación de la *lex rei sitae*.

La Cámara de Comercio Internacional (CCI)

Si bien la CCI nunca trató el tema de las garantías reales, si ha recopilado normas sobre garantías en general. En este sentido merecen destacarse las Reglas Uniformes para las Garantías Contractuales de 1978 (Brochure N° 325), las Reglas Uniformes para las garantías a primera demanda de 1991 (Brochure N° 458), la International Standard Practices sobre cartas de crédito contingente de 1998 (Brochure N° 590).

Tratados de Montevideo¹²

Los Tratados de Montevideo poseen el mérito de constituir las primeras regulaciones de DIPr convencional sobre prenda y, más genéricamente, sobre bienes muebles.

El Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 regula en el Título IX, el tema relativo a los bienes (arts. 26 a 31). En tanto que el Tratado de 1940, lo hace en el Título X (arts. 32 a 35). El sistema de los Tratados de Montevideo se basa en la ley del lugar de situación.

Por su parte el Tratado de Derecho Comercial Terrestre de 1940, dedica exclusivamente su Título V a la prenda comercial (arts. 19 a 22), con soluciones muy similares a las pergeñadas en el ámbito civil,

¹¹ Ello se debió a los fracasos de la UNCITRAL y del Consejo de Europa, y de la ausencia de un mínimo de armonización material sobre esta materia.

¹² Se discute si los países no americanos pueden adherirse a los Tratados de Montevideo. En general ha primado la tesis afirmativa, ya que la adhesión y la aceptación por uno de los países ratificantes pueden sostenerse como un convenio independiente, con tal que la aceptación sea internacionalmente válida.

basadas también en la *lex rei sitae*, aunque las formas y requisitos del contrato de prenda se someten a la ley del lugar de su celebración y en lo relativo a la publicidad a "la ley de cada Estado" (art. 19).

El análisis de estas cuestiones se realizará más adelante.

b) *En el ámbito regional*

Unión Europea y Consejo de Europa

En el seno de la Unión Europea merece destacarse la Propuesta de Directiva sobre armonización de legislaciones en los Estados miembros sobre reconocimiento de garantías mobiliarias sin desplazamiento y reservas de dominio insertas en contratos de venta de bienes muebles.

En 1979 y 1980 se prepararon Proyectos de Proposición de Directiva comunitaria sobre los efectos legales de la reserva de dominio. El Proyecto de Proposición de Directiva comunitaria sobre los efectos legales de la reserva de dominio no llegó a buen término; el Proyecto de 1980, por su parte, establecía junto a un derecho material uniforme mínimo, un pretendido sistema armónico de normas de conflicto.

En el ámbito de los títulos existen algunas reglas importantes como la Directiva 98/26/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 1998 que regula los sistemas de pagos y las operaciones de títulos, y la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los contratos de garantía financiera.

BERF (Banco Europeo de Reconstrucción y Fomento)

El BERF ha publicado una Ley Modelo sobre Transacciones garantizadas en 1993 dirigida los países del centro y del este de Europa. Esta Ley Modelo, basándose en el sistema norteamericano (art. 9º UCC) establece una garantía mobiliaria contractual única, destinada a sustituir todas las formas existentes en las legislaciones de los Estados a los cuales el texto se dirige. En ella la calidad de los bienes y derechos susceptibles de ser gravados es muy amplia.

OHADA (Organización para la armonización en África del Derecho de los negocios)

La OHADA ha aprobado, junto a un acta uniforme relativa al derecho de sociedades comerciales y agrupaciones de interés económico y un acta uniforme de derecho comercial general, un Acta uniforme relativa a la organización de las garantías. Dichos textos han entrado en vigor el 1º de enero de 1998. A diferencia de otros textos internacionales, la obra africana aparece como más pragmática, ya que en lugar de encarar una regulación total de la reglamentación, se limita a reorganizar y armonizar el sistema existente, agregando algunas garantías modernas.

CIDIP (Conferencias Especializadas interamericanas de Derecho Internacional Privado)

En el marco de la OEA, la CIDIP VI realizada en la ciudad de Washington en el mes de febrero de 2002, se aprobó una Ley Modelo sobre Garantías Mobiliarias. Esta ley modelo crea una garantía mobiliaria convencional única. Asimismo, de su normativa se trasluce que tiende a que exista un mayor acceso al crédito, estableciendo a tal efecto una regulación sencilla, de manera que puedan otorgarse en garantía bienes muebles de carácter corporal o incorporal y que la garantía pueda extenderse a otros bienes que derivan del propio bien originalmente dado en garantía. Prevé, asimismo mecanismos de registros rápidos, baratos y confiables para hacer efectivas las garantías en caso necesario. El análisis de esta ley modelo será efectuado más adelante.

El sistema norteamericano (Uniform Commercial Code)

El artículo 9º del Uniform Commercial Code de los Estados Unidos (UCC)¹³ se ha erigido como el paradigma de unificación en materia de garantías. Constituye un cuerpo normativo que logra unificar

¹³ El UCC fue elaborado conjuntamente con el *American Law Institute* y la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*, promulgado en 1951 y publicado en 1952.

de manera global y unitaria todo el sistema de garantías norteamericano. Las características esenciales de este modelo radican en la adopción de una categoría unitaria¹⁴ de garantía mobiliaria contractual y la generalización de las inscripciones para poder oponerse a terceros. A partir de la vigencia del artículo 9° del UCC, cualquiera sea la denominación dada a la garantía por las partes, la misma tiene plenos efectos *inter partes* siempre que se respeten las formalidades (mínimas) para su constitución, y *erga omnes* siempre que se cumplan los requisitos de perfeccionamiento previstos. A las garantías perfeccionadas se les asigna una prioridad, que en general está en función de la incidencia de la constitución de la garantía sobre el valor de mercado del bien gravado y, que, por lo tanto, no siempre se acomoda al principio "*prior in tempore, potior in iure*"¹⁵.

El UCC sólo rige para las garantías convencionales. Es necesario que exista un contrato o un acuerdo de garantía por escrito y firmado por el deudor para que la constitución de una "*security interest*"¹⁶ sea considerada válida y ejecutable. Si el objeto de la garantía no ha sido entregado al acreedor, el acuerdo deberá especificarlo.

En los supuestos de embargo o quiebra del deudor, para que el acreedor pueda hacer valer su derecho de prioridad y preferencia frente a los demás acreedores, resulta necesario que la *security interest* se haya perfeccionado. La manera más común de perfeccionarla es a través de la inscripción de una "declaración de financiación" en un registro público.

Las normas sobre reconocimiento interfederal, condiciones materiales de validez, rango de las diferentes garantías y sistema de registración completan el sistema americano de garantías mobiliarias.

En el ámbito de DIPr, el artículo 9° del UCC posee dos efectos esenciales: la unificación sustancial de las legislaciones en materia de garantías, lo cual reduce la incidencia de problemas de DIPr,

¹⁴ Antes de la Adopción del art. 9° del UCC, los Estados mantenían regulaciones muy variadas sobre las distintas clases de garantías posibles.

¹⁵ FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P., ob. cit., p. 15.

¹⁶ Bajo esta terminología se designa cualquier derecho constituido sobre un bien mueble o inmueble por destino, cuyo fin es garantizar el pago o la ejecución de una obligación. Bajo el concepto de *security interest*, el art. 9° del UCC, agrupa tanto a las garantías posesorias como a las garantías sin desplazamiento que existen en Estados Unidos.

y la exigencia de registro plantea las cuestiones de dónde se debe registrar y dónde se deben consultar los registros. Las partes pueden elegir la ley aplicable a su relación de garantía, aunque ésta debe guardar una razonable relación con el Estado cuyo derecho se elige (art. 1-105 (1)) y en ningún caso prevalecerá sobre las normas imperativas previstas en el artículo 9° (art. 1-105 (2)). La norma de conflicto aplicable a los requisitos para la perfección de la garantía depende de la categoría del bien gravado (art. 9-103). A raíz de la modificación introducida en 1999, la regla de base remite ahora a la localización del deudor (art. 9-301 (1)), que es definida por el propio artículo 9° (302 a 306), aunque para las garantías posesorias la regla aplicable es la del lugar de situación del bien (art. 9-301 (2)).

La unificación sustancial provocada por el artículo 9° del UCC, no alcanza para solucionar todos los casos interestatales internos, ni los casos en los cuales la garantía se vincula con algún país extranjero. En el artículo 9-307 (c) se dispone que cuando el deudor está localizado en el extranjero, en un país cuyo sistema no prevé un mecanismo de registro público para asegurar la preferencia de un acreedor garantizado, dicho deudor se considera localizado en el Distrito de Columbia (salvo para ciertas categorías de deudores, para los cuales existen reglas específicas). Las reglas del artículo 9-316 que extienden el carácter perfeccionado de una garantía por cuatro meses en caso de cambio de domicilio del deudor a otro Estado y por un año en caso de transferencia del bien a una persona domiciliada en otro Estado, no tienen demasiada relevancia cuando ese domicilio no se encuentra en otro Estado norteamericano sino en un Estado extranjero¹⁷.

El sistema canadiense (Property Security Acts)

El éxito alcanzado por el artículo 9° del UCC, llevó a que Canadá dictara una Ley Modelo de Garantías Reales sobre Bienes Muebles (Personal Property Security Acts, PPSA) que fue adoptada por las provincias canadienses de tradición jurídica anglosajona, que, al modular sus respectivas legislaciones sobre la base de la Ley Modelo, introdujeron algunas mejoras como, por ejemplo, la instauración de

¹⁷ FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P., ob. cit., p. 15.

un sistema registral adaptado a los modernos sistemas de computación de datos.¹⁸

III) ¿Accesoriedad o autonomía?

Durante muchos años la noción de garantía estuvo entrañablemente unida a la de accesoriedad. La fianza es un modelo típico de esta estructura de pensamiento, dicha accesoriedad permite al fiador interponer las condiciones y excepciones que pueden surgir de la relación garantizada, y beneficio de excusión que afecta a todos los bienes del deudor, todo lo cual se ve agravado en el ámbito internacional.

En las garantías reales, como la hipoteca, la idea de la accesoriedad también está presente.

En el plano internacional donde existen relaciones económicas distantes, y en las que se ha acelerado notablemente el ritmo de los intercambios, la relación de accesoriedad parece resquebrajarse, ocurriendo algo semejante al proceso que dio nacimiento al título valor abstracto.¹⁹

Asistimos a una tendencia de consagración del principio de la Autonomía de las garantías, especialmente de las personales, que lo vemos, por ejemplo, con las garantías a primera demanda o primer requerimiento que son independientes de la operación base, en las cuales el beneficiario no debe probar el incumplimiento del deudor para satisfacer la garantía dependiendo la ejecución de su simple solitud.

Esta autonomía de las garantías es receptada más nítidamente en las garantías personales fruto de que en las mismas se suma un vínculo subjetivo al existente entre acreedor y deudor, mientras que en la reales se agrega un nuevo derecho especificado sobre un bien.

¹⁸ Véase "Balance de la implementación del Código Civil de Quebec" en *Revista de Derecho Comparado*, N° 3, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2001, ps. 207-218.

¹⁹ LORENZETTI, Ricardo Luis, *Tratado de los Contratos*, t. III, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, p. 481.

IV) Ley aplicable

Los problemas de índole internacional que suscitan las garantías mobiliarias no se reducen únicamente a una simple diversidad de normas materiales internas²⁰, sino que en el fondo subyace una incompatibilidad de los principios fundantes de los sistemas de crédito y de garantías. Por ello, determinar a ciencia cierta cuál es el derecho aplicable no elimina la inseguridad acerca de la continuidad o reconocimiento de los derechos de garantía constituidos en el extranjero. En otros términos, no resulta suficiente establecer normas conflictuales que unifiquen el mecanismo de localización o que resuelvan el inconveniente del conflicto móvil, por ejemplo; sino que es además necesario que se efectúe una correcta armonización de los derechos materiales ya que el método conflictual no puede dar íntegramente una respuesta adecuada a los supuestos de tráfico externo en materia de garantías sobre bienes muebles²¹.

En este sentido no hay duda que la reglamentación de las garantías mobiliarias en el ámbito internacional parece haberse centrado, desde los primeros intentos, en el sector de la ley aplicable, y dentro de éste, destacándose la metodología directa, es decir, a través de la elaboración de normas materiales. Esa opción metodológica, sin embargo, por muy acabada que sea su concreción, no puede prescindir del recurso de las normas indirectas de derecho aplicable; que siguen siendo necesarias pese a los denodados esfuerzos por evitar o disminuir su operatividad mediante los múltiples intentos de aproximación sustancial²².

Sin lugar a dudas determinar qué ley es aplicable a las garantías mobiliarias y a las cuestiones que de ellas se derivan, resulta un punto clave, pero a la vez complejo. Se trata de una cuestión compleja por cuanto, en esta temática, se conjugan básicamente dos aspectos diferentes, cuando no contradictorios: por un lado, el campo contractual en el cual reina el principio de la autonomía de la voluntad y, por otro, el ámbito de los derechos reales, caracterizado por el principio de tipicidad, publicidad y protección de los terceros.

²⁰ Vgr.: regulación de la transferencia de la propiedad.

²¹ SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, *Garantías Reales en el Comercio Internacional (Reserva de dominio, venta en garantía y leasing)*, ed. Civitas, Madrid, 1993, p. 258.

²² FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P., ob. cit., p. 11.

Por otra parte, en el ámbito de las garantías mobiliarias de origen convencional los aspectos reales y contractuales aparecen generalmente entremezclados, por lo cual resulta necesario efectuar una labor de delimitación entre la *lex rei sitae* y la ley rectora de las obligaciones contractuales.²³

En este sentido las soluciones propiciadas a los fines de determinar la ley aplicable giran, en principio, en torno a la *lex contractus* y a la *lex rei sitae*.

Sin embargo, estas dos posibilidades, en atención a la complejidad del tema, resultan de por sí insuficientes y muchas veces no se ajustan adecuadamente a la relación jurídica que deben regir.

En este orden de ideas las propuestas a los fines de determinar la ley aplicable son las siguientes: a) la *lex contractus*; b) la *lex rei sitae*; c) aplicación a la relación de un "set de normas", y d) la prestación más característica. Analizaremos cada una de ellas:

a) *La lex contractus*

En razón de la accesoriidad que revisten las garantías mobiliarias respecto del contrato base que les da origen, no faltan aquellos que propugnan la aplicación de la *lex contractus* a todos los aspectos de la relación jurídica, tanto a los reales como a los puramente obligacionales²⁴. En esta materia existe una tendencia mundial²⁵ a admitir la autonomía de la voluntad (tanto conflictual como material), colocando a las partes como verdaderos artífices del negocio jurídico²⁶. En subsidio de la autonomía de la voluntad, entran a jugar

²³ SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, *Garantías Reales en el Comercio Internacional*, ob. cit., ps. 69-70.

²⁴ Todo lo cual ha llevado a una calificación obligacional de las garantías mobiliarias.

²⁵ A excepción de algunos países que aún hoy son reticentes a admitir la autonomía de la voluntad; tal el caso de Uruguay, por citar algún ejemplo de América Latina.

²⁶ Sin embargo, tal facultad reconoce ciertos límites como el orden público internacional, normas de policía, así como en el caso de los contratos de consumo, se intenta proteger a la parte más débil de la relación, todo lo cual lleva a una mitigación de este principio.

otras reglas de acción previstas por los distintos sistemas jurídicos vigentes. Estas reglas oscilan entre la rigidez de las conexiones clásicas (lugar de celebración y lugar de cumplimiento) y la flexibilidad de la fórmula de los vínculos más estrechos (con o sin presunciones). Desde ya que en el marco contractual la cuestión no se agota en la determinación lisa y llana del derecho aplicable al fondo de la relación de la garantía, ya que subsisten otros interrogantes, tales como la posibilidad del *depeçage* entre la ley aplicable al contrato base y a la garantía, o la determinación de la ley aplicable a aspectos no cubiertos por la *lex contractus*, interrogantes cuyas respuestas variarán según el tipo de garantías considerado en cada caso²⁷.

El mérito que posee esta solución es que al aplicarse la *lex contractus*, se sale, de alguna manera de la rigidez que presenta la calificación propia de los derechos reales y se evitan también los problemas que genera el conflicto móvil. Sin embargo esta propuesta genera ciertos inconvenientes: al jugar en materia de derechos reales el principio de tipicidad o *numerus clausus*, ello podría llevar al inconveniente de dificultarse y hasta negarse el reconocimiento de una garantía mobiliaria constituida en el extranjero en base a la *lex contractus*, cuando la figura adoptada no encaja en los estrechos márgenes de los derechos reales del Estado de la nueva situación del bien gravado. Por otra parte, la *lex contractus* se enfrenta con dificultades de funcionamiento cuando el bien es trasladado a otro Estado y se presentan problemas como la oponibilidad de terceros, ya que el alcance de dicha ley se supone limitado a las relaciones entre las partes contratantes²⁸.

b) *La lex rei sitae*

Desde otra perspectiva se ha propuesto la aplicación de la ley del lugar de situación de los bienes. Esta es la solución más tradicional y casi universal en materia de bienes (sean éstos muebles²⁹ o inmuebles),

²⁷ FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P., ob. cit., p. 12.

²⁸ FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P., ob. cit., p. 13.

²⁹ Sin embargo existen legislaciones en las cuales algunos bienes, por lo general los que el propietario lleva consigo, se rigen por la ley del domicilio del dueño. Tal el caso del art. 11 del Código Civil argentino.

así como respecto de las garantías mobiliarias. Ello es así en razón de que en materia de derechos reales existe una fuerte presencia del orden público y de los intereses estatales. Por otra parte se trata de la regla que más se usa para explicar el conflicto móvil.

Las razones que avalan la regla de la "*lex rei sitae*" son las siguientes: 1) permite el control estatal de los procesos económicos que se verifican sobre los bienes situados en su territorio, ya que se somete dichos bienes a la ley de ese país; 2) conduce a soluciones previsibles, ya que el punto de conexión "lugar de situación" permite identificar con facilidad la "ley aplicable al bien", debido a que la localización física y jurídica del bien coinciden y esto resulta de suma utilidad para dotar a las transacciones comerciales de índole internacional de seguridad y estabilidad jurídica; 3) el hecho de que la regla de la *lex rei sitae* se encuentre positivizada en la mayoría de los sistemas normativos de Derecho Internacional Privado refuerza la seguridad jurídica de las operaciones relativas a los bienes, creando, en cierto modo, una espontánea armonía internacional de soluciones, ya que con independencia del Estado cuyos tribunales tengan competencia para conocer y decidir un caso, los bienes en definitiva se regirán por la ley del país donde se encuentren situados³⁰.

Sin embargo, se ha señalado que pese a las ventajas que esta regla posee, presenta la dificultad de que su aplicación resulta sumamente rígida y poco elástica, todo lo cual dificulta la cuestión del reconocimiento de una garantía constituida en el extranjero en otro Estado. Por otra parte, si bien esta regla parecería ser en principio la más apropiada para regular las cuestiones reales, no lo es para las cuestiones contractuales y puramente obligacionales que presenta la garantía mobiliaria.

c) Aplicación de varias normas a la relación jurídica

A raíz de los inconvenientes que ha generado la aplicación de una única ley a las garantías mobiliarias, cobra fuerza dentro de la doctrina española la idea de aplicar un "*set de normas*" para cubrir todos los

³⁰ CARRAZCOA GONZALES, Javier, "Derechos Reales", AA. VV., en *Derecho Internacional Privado*, vol. II, Granada, 1998, ps. 510-511.

aspectos de derecho aplicable planteados por las garantías mobiliarias. Así, Nuria BOUZA³¹ considera que para perfeccionar los criterios de determinación de la ley aplicable al contrato de garantía, como para solucionar los problemas que plantea el conflicto móvil, resulta adecuado reformular una norma de conflicto, tal es el caso de la ley del lugar de situación de los bienes al momento de la constitución de la garantía (LRSC). A esta ley se le atribuye las ventajas de ser única y de conciliar el interés del titular con el de los terceros, además de consignar que en dicho lugar la apariencia de titularidad y solvencia de quien está en posesión del bien puede destruirse mediante publicidad.

Teniendo en cuenta que la aplicación de la LRSC "puede resultar excesivamente rígida", BOUZA sugiere algunos "correctivos funcionales" que pasan por la aplicación de la ley del país de destino de los bienes en tránsito y los bienes destinados a la exportación, y la aplicación de la ley de la residencia habitual o del establecimiento del deudor para los bienes destinados a ser exportados en varios países. Sin embargo la propia autora de este sistema reconoce que la LRSC no sirve para resolver adecuadamente los conflictos entre el titular de la garantía y el tercero que adquiere un nuevo título o interés en el país donde el bien ha sido trasladado, para lo cual propone la aplicación de la *lex rei sitae actual* (LRSA) a las medidas de publicidad a fines de oponibilidad *erga omnes*, las acciones que puede ejercer el titular y al rango de la preferencia del titular respecto de los acreedores. Finalmente, para impedir que la aplicación distributiva de la *lex situs* (LRSC y la LRSA) perjudique al titular la propuesta se completa con tres postulados materiales: a) el mantenimiento por tres o cuatro meses de la oponibilidad a terceros de la garantía constituida en el extranjero; b) la inaplicabilidad de los criterios de atribución de la competencia registral de la LRSA si los mismos se localizan en el extranjero (y necesidad de que las garantías puedan acceder al registro de la situación actual), y c) la rigurosidad en la apreciación de la buena fe del tercero adquirente³².

³¹ BOUZA VIDAL, Nuria, *Las garantías mobiliarias en el Comercio Internacional*, Marcial Pons, Madrid, 1991, p. 520.

³² FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P., ob. cit., p. 13.

En razón de la complejidad de la postura expuesta, se ha propuesto³³, para el ámbito europeo, el establecimiento de una garantía única (garantía mobiliaria europea), sobre la base del artículo 9° del UCC. Esta propuesta no se dirige a la sustitución de los sistemas de garantías vigentes en los Estados comunitarios mediante una unificación material, sino que se basa en la creación de una garantía "comunitaria". A los fines de la publicidad y oponibilidad, prevé la creación de un registro centralizado.

d) Nuestra posición: la ley más próxima

Creemos que la solución más adecuada a los fines de determinar la ley aplicable a las garantías mobiliarias, consiste en determinar en cada caso aquella que resulte más apropiada para regular la relación jurídica de que se trate.

Consideramos que la ley aplicable no puede reducirse a la *lex contractus* o la *lex rei sitae*, como proponen algunos autores, pues tal reduccionismo lleva a desconocer la verdadera esencia del derecho de garantía y su complejidad. Si bien reconocemos que estas soluciones aparecen como tentadoras para el operador jurídico por la simplicidad y aparente practicidad que presentan, en los hechos presentan serias falencias como ya hemos analizado.

Tampoco creemos que la solución acertada consista en elaborar un abanico de soluciones o reglas ("set de normas") de carácter omnicomprendivas que pretendan agotar y dar respuesta a todos los supuestos y/o conflictos que se susciten con motivo de la garantía mobiliaria. Tal solución, como hemos visto, resulta sumamente engorrosa, atenta contra la técnica legislativa y muchas veces es de imposible realización, pues no es factible prever todas las situaciones que pueden presentarse y asignarles a todas y a cada una de ella una ley específica que las regule.

Por nuestra parte consideramos que debe buscarse la regla (*rule*) que mejor se ajuste a la naturaleza de la relación jurídica iusprivatista; es decir, aquella ley que presente los lazos más estrechos con la cuestión que se pretende regular.

³³ KREUZER, Karl, "La propriété mobilière en droit international privé", Recueil des cours, 1996, p. 270, citado por FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P., ob. cit., p. 13.

Se entiende que el criterio de la búsqueda de los lazos más estrechos proviene del mismo SAVIGNY cuando afirmó en 1849, que había que buscar para cada relación jurídica su asiento, su sede, lo que llevó a una tarea de concretización, a un enfoque preciso de cada grupo de relaciones jurídicas con el objetivo de determinar su respectivo centro de gravedad. Esta concepción puso su acento en la elaboración de reglas que deberán ser aplicadas necesariamente por los jueces.

Sin embargo, como veremos, nuestra propuesta apunta a que sean los jueces quienes busquen la ley más adecuada.

Dado que los puntos de conexión tradicionales, tales como la *lex contractus* o la *lex rei sitae* resultan demasiado rígidos, insuficientes y hasta incompatibles muchas veces con la relación que pretenden regular, adquiere especial importancia esta alternativa que busca hacer regir las garantías mobiliarias por la ley que mejor compatibilice todos sus aspectos.

Se trata de optar por una conexión flexible, que se remite a la prudencia y responsabilidad de los jueces, abandonando toda directiva coactiva en la búsqueda de una ley que tenga las relaciones más estrechas con la garantía. Los angloamericanos han denominado este procedimiento la búsqueda de la "proper law" y los franceses la determinación del "principio de proximidad"³⁴.

Si quisiéramos trazar un paralelismo, nuestra propuesta se asimila a la noción de la "prestación más característica"³⁵ que rige en la contratación internacional, ya que se presupone que los lazos más estrechos de la garantía estarán situados en el Estado donde se localice la "prestación" que caracterice a la garantía de que se trata.

Se trata, a través de ella, de identificar la prestación que permitiría darle a la relación jurídica su nombre, su carácter, su identidad, con el fin de distinguirlo de otros. Por ejemplo, en una venta la prestación caracterizante es la del vendedor, ya que la obligación de pagar el precio no es relevante en cuanto existe en todos los contratos one-

³⁴ GALLINO, Julieta, "La autonomía de la voluntad en la Contratación Internacional", *Anuario de Derecho Civil*, Universidad Católica de Córdoba, t. IV, Alveroni Ediciones, Córdoba, 1998, p. 93.

³⁵ El origen de la prestación característica proviene del derecho Suizo (Adolf Schnitzer) y data del año 1945, aunque existe una doctrina que la vincula con el derecho uruguayo.

rosos. De ahí que se afirmara que en un contrato bilateral la prestación característica será la no monetaria³⁶.

La prestación más característica permite individualizar la obligación que diferencia cada contrato de los demás. Es decir, se atribuye apriorísticamente a la relación jurídica una naturaleza según la cual una prestación resulta más gravitante, más trascendente, que las restantes y con la suficiente virtualidad y entidad para tipificarlo, para distinguirlo de otras. La búsqueda se encamina hacia la ley más próxima a la dinámica del negocio, a su estructura interna³⁷.

Si bien en el caso de las garantías mobiliarias hablamos más que de "prestación", de "constitución de un derecho real de garantía" que recae sobre bienes muebles, mutables, dinámicos, con las demás características y matices que ya hemos señalado, entendemos que es más adecuado regirla por la ley que presente los lazos más estrechos con el tipo de garantía³⁸ que se ha constituido. No desconocemos que dicha ley podrá ser la de la situación de los bienes, pero en otros casos dicho lugar podrá no ser gravitante en la garantía constituida.

De esta manera podemos citar como ejemplos de la ley que presenta los vínculos más estrechos con la garantía, los siguientes: en el supuesto de garantías constituidas sobre bienes destinados a la explotación, aparece como más adecuado optar por la ley del futuro sitio; para el caso de garantías sobre bienes destinados a la explotación consideramos que es más conveniente optar por la ley del establecimiento principal del deudor, etc.

En esta búsqueda de la solución que mejor se ajusta al caso, resulta relevante la labor del juez, ya que la elección deja de estar en cabeza de las partes o de la propia ley, para pasar a estar en cabeza del juzgador.

³⁶ BOGGIANO, Antonio, "Los principios de Unidroit: ¿un derecho común de los contratos para las Américas?", Separata del Congreso Interamericano, Valencia - Venezuela, noviembre de 1996, p. 603.

³⁷ FELDSTEIN DE CARDENAS, Sara, *Derecho Internacional Privado*, Universidad, Buenos Aires, 2000, p. 357.

³⁸ Así podemos dar los siguientes ejemplos de garantías mobiliarias sin desplazamiento: reserva de dominio (simple, ampliada, prolongada), venta en garantía, leasing sobre muebles, prenda sin desplazamiento, hipoteca mobiliaria, etcétera.

Optamos por este tipo de conexión flexible por considerarla la más adecuada a la complejidad que presentan las garantías mobiliarias internacionales. Esto requiere, para los países de raigambre continental europea³⁹, un cambio de mentalidad importante, ya que, aun que los resultados a que se lleguen en la práctica no tienen por qué ser necesariamente diferentes, se modifica la perspectiva general: se parte de un principio de flexibilidad que parece en primer momento demasiado indeterminado y que otorga gran libertad al juez.

Sin embargo creemos que de la misma manera que lo propone la CIDIP V sobre "Derecho aplicable a los Contratos Internacionales", en la búsqueda del derecho aplicable el juez tendrá guías, tales como los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan de la garantía para determinar el derecho del Estado con el cual presenta los vínculos más estrechos. Además que también deberá tomar en cuenta los principios generales del Derecho Comercial Internacional aceptado por los organismos internacionales.

En cuanto a los elementos objetivos, podemos decir que son aquellos que se refieren, por ejemplo, al lugar de situación de los bienes, lugar de ejecución de la garantías, residencia o domicilio del deudor.

Los lazos subjetivos se refieren a las legítimas expectativas de las partes, que podrían ser extraídas de la garantía en su conjunto, y que presionarán al juez para que sean atendidas, buscando el derecho más adecuado a éstos⁴⁰.

Los jueces deberán, tanto para la interpretación y aplicación de la *lex fori* como de la *lex causae*, eventualmente extranjera, tomar en cuenta también los principios del comercio internacional, por ejemplo los principios de Unidroit, y los plasmados en las convenciones ya mencionadas, para evitar cualquier interpretación parroquial que conduzca a un resultado disfuncional, a un resultado inicuo, tomando en cuenta las necesidades del tráfico mercantil internacional.

La crítica que se ha formulado a esta solución ha sido fundamentalmente la de dejar al juez como dueño total de la decisión, y el quedar a merced de su discrecionalidad, sin embargo consideramos que es la mejor opción para solucionar el problema de la ley aplicable a las garantías mobiliarias internacionales dada su complejidad, y,

³⁹ Se trata de una solución habitual para los países anglosajones.

⁴⁰ GALLINO, Julieta, ob. cit., p. 94.

además, estamos convencidas de que a través de las guías propuestas los jueces otorgarán una solución razonable que satisfará los intereses de las partes.

V) Juez competente

Si bien la cuestión de la jurisdicción internacional no ha sido tan problemática y de difícil determinación como el caso de la ley aplicable, no es por ello menos importante.

Se observa a nivel convencional una carencia de reglas destinadas a determinar la jurisdicción internacional en materia de garantías mobiliarias, y ello parece ser más bien una tendencia, pues ni siquiera la Ley Modelo sobre Garantías Mobiliarias de la CIDIP VI, recientemente aprobada, prevé reglas en este sentido (a excepción clara está de aquella que contempla la institución del arbitraje a efectos de dirimir todas las cuestiones que se susciten con motivo de las garantías mobiliarias).

La única excepción a esta tendencia la encontramos en el proyecto relativo a garantías sobre equipos móviles en el seno de Unidroit⁴¹.

Varias son las controversias que pueden suscitarse entre las partes vinculadas con la operación de garantía. Por lo general, una de ellas será la del acreedor garantizado (titular de la garantía), pudiendo ser su contraparte, además del deudor, un tercer adquirente de buena o mala fe, otros acreedores del deudor que reivindicar individualmente el bien gravado como parte del patrimonio del deudor o por tener constituida otra garantía sobre el mismo bien, o el síndico de la quiebra en caso de falencia del deudor⁴².

⁴¹ La regla en esta Convención es la autonomía de la voluntad en la elección del juez competente (art. 41). Sin embargo, para la adopción de medidas cautelares, son competentes los jueces del lugar de situación del bien gravado o los del Estado donde está "situado" el deudor (art. 42), según los casos. Las demandas referidas a inscripciones registrales son de competencia exclusiva de los jueces del lugar en el cual el registro tiene su centro de administración (art. 43). Fuera de estos casos, la competencia se decide aplicando las normas de jurisdicción del sistema autónomo (art. 44).

⁴² KREUZER, Karl, "La propriété mobilière en droit international privé", *Recueil des cours*, 1996, ps. 232-233, citado por FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P., ob. cit., p. 13.

No obstante la ausencia de normas específicas que determinen la jurisdicción internacional, se puede resolver la cuestión echando mano a las soluciones generales que existen en materia de jurisdicción internacional. Esto, claro está, dependerá del tipo de acción que pretenda intentarse. Así, por ejemplo, si lo que el acreedor pretende es iniciar una acción por cuestiones atinentes estrictamente al contrato (acción personal), podrá demandar ante el domicilio del deudor. Si, por el contrario, la acción se deriva de cuestiones reales, deberá hacerlo ante los jueces del lugar de registro de los bienes, o lugar de situación, etc. En determinados supuestos se acudirá a disposiciones especiales en materia de quiebras, o de adopción de medidas cautelares.

Observa FERNÁNDEZ ARROYO⁴³ que las controversias en torno a las garantías mobiliarias no posesorias se suscitan por lo general en el lugar de situación actual del bien, es decir, en el país al cual el bien gravado ha sido trasladado. El dato no es menor ya que a poco que se tenga en cuenta que el *forum rei sitae* no está previsto para los bienes muebles en algunos sistemas⁴⁴. Pero los jueces del *situs* suelen disponer de otros criterios para fundar su actuación, como el domicilio del adquirente de buena o mala fe, que normalmente coincide con el lugar de situación del bien.

En atención a esta tendencia que se observa en el Derecho Internacional Privado Convencional, en el sentido de no determinar reglas específicas de jurisdicción en materia de garantías mobiliarias, creemos que prever reglas de jurisdicción si bien no resulta imprescindible, es conveniente. No resulta imprescindible, por cuanto, como ya hemos visto, esta carencia puede suplirse con los criterios generales de jurisdicción internacional; resulta conveniente, por cuanto consideramos que siempre es plausible y aconsejable que se establezcan reglas de jurisdicción de carácter convencional, para evitar la incertidumbre y los conflictos jurisdiccionales y lograr con mayor facilidad el reconocimiento y ejecución de las sentencias, asegurando en la práctica el principio de efectividad de las resoluciones judiciales.

⁴³ FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P., ob. cit., p. 12.

⁴⁴ Tal es el caso del sistema de la comunidad europea.

VI) La publicidad de las garantías mobiliarias

a) La adaptación del sistema registral a la dinámica financiera de las garantías reales mobiliarias

Es muy importante diseñar un régimen de prelación que le otorgue al acreedor garantizado con un gravamen que recaiga sobre bienes muebles, la mayor certeza posible acerca del rango que ocupa su garantía real frente a eventuales reclamos de otros acreedores del mismo deudor. Para ello será necesario que una vez constituido el gravamen, éste se perfeccione. Es decir, que el acreedor no tendrá una prelación determinada con respecto a otros acreedores y adquirentes del deudor, por el solo hecho de haber constituido una garantía real válida. Ésta deberá perfeccionarse para ser oponible a terceros.

Según lo establecido en el artículo 9° del Código de Comercio Unificado de los Estados Unidos (en adelante artículo 9° de UCC), el derecho de garantía, que surge de un contrato de garantía, puede estar perfeccionado o no. Un derecho de garantía no perfeccionado, tiene eficacia contra ciertos terceros (acreedores generales, y ciertos adquirentes con conocimiento de tal derecho), pero está subordinado a los acreedores con garantías perfeccionadas, a acreedores embargantes (incluida la quiebra), y a ciertos adquirentes que desconozcan el derecho de garantía. Por lo contrario, con un derecho de garantía perfeccionado el acreedor está protegido, en general, contra acreedores y subadquirentes del deudor, y en especial en los procedimientos concursales⁴⁵.

¿De qué manera se produce el perfeccionamiento de una garantía real mobiliaria? En principio por algún medio que le otorgue publicidad al gravamen, lo que en la generalidad de los casos se logra bien sea mediante la tradición del bien gravado a manos del acreedor o de un tercero, o bien en las garantías objeto de este trabajo, por tratarse de garantías mobiliarias sin desplazamiento será necesaria la inscripción registral de un documento que deje constancia del tipo de bienes que el deudor ha otorgado en garantía.

⁴⁵ ROJO AJURIA, Luis, "La unificación del derecho de garantías reales mobiliarias. La experiencia del Derecho comparado", en *Tratado de Garantías en la Contratación Mercantil*, t. II, Civitas, Madrid, 1996, p. 82.

La inscripción registral brinda el elemento de publicidad que hace posible no sólo la oponibilidad del gravamen sino la determinación de su prelación. Esta función esencial del registro público en materia mobiliaria no fue prevista por los codificadores del siglo pasado. Esto explica en gran parte el subdesarrollo jurídico del que adolecen la mayoría de los regímenes decimonónicos de garantías reales sobre bienes muebles, cuyo eje central es la prenda con desplazamiento de posesión⁴⁶.

Si bien el perfeccionamiento depende en principio y generalmente de la tradición del bien o su inscripción en un registro mobiliario, el artículo 9° del UCC, y la Ley Modelo de Garantías Reales sobre bienes muebles del Canadá, incluyen otros modos de perfeccionar un gravamen, tales como el perfeccionamiento automático, permanente o temporario, por ministerio de la ley y la notificación a un tercero de que la garantía ha sido perfeccionada. El medio más idóneo para perfeccionar una garantía dependerá del bien en cuestión. Por ejemplo, un gravamen sobre un título valor o una acción de una compañía no puede perfeccionarse sino mediante la tradición, mientras que un gravamen sobre las cuentas por cobrar (créditos) del deudor sólo puede perfeccionarse mediante la inscripción del gravamen en el registro⁴⁷.

Existe en la mayoría de los países de raigambre jurídica continental romanista una larga y prestigiosa tradición que cultiva los principios de derecho registral inmobiliario. El contexto comercial y económico en el que se desarrolla el financiamiento basado en garantías reales mobiliarias, tiene características muy diferentes al del contexto en el que se desenvuelve el derecho registral inmobiliario. En primer lugar, a diferencia de los inmuebles que cuentan con un registro de dominio, la gran parte de los bienes muebles no cuentan con un registro de dominio sino solamente de gravámenes. En segundo lugar, mientras que una parte significativa del derecho inmobiliario o hipotecario se ocupa de los inmuebles para fines residenciales o familiares, el registro de garantías reales se ocupa en general de opera-

⁴⁶ GARRO, Alejandro M., "El Régimen de las Garantías Reales bajo la legislación uniforme de los Estados Unidos y el Canadá: Un Panorama General Comparado", *Revista de Estudios de Derecho Comercial*, San Isidro, 1997, p. 78.

⁴⁷ GARRO, Alejandro M., ob. cit., p. 79.

ciones comerciales y financieras. En tercer lugar, mientras que la registración del dominio y gravámenes de un inmueble cuenta con la ventaja de que el objeto de la inscripción es fijo, inamovible e indestructible, los bienes muebles se desplazan, deterioran, transforman y destruyen con frecuencia.

Lo apuntado señala la necesidad de pensar que la registración mobiliaria deberá contar con una infraestructura normativa diferente a la aplicable a la registración inmobiliaria⁴⁸.

Así, podemos destacar que el registro de gravámenes sobre bienes muebles no puede construirse en base a una identificación precisa del bien gravado, como es posible en el régimen hipotecario e inmobiliario. Pretender exigir, en todos los casos, una identificación precisa del bien mueble gravado con una garantía, conduce a eliminar la posibilidad de contar con alguna publicidad de gravámenes que, o bien son difíciles de identificar desde un principio o cumplen una función económica que requiere su desaparición y reemplazo constante por otros bienes (por ejemplo, mercaderías, existencias comerciales de un comercio, una flota de automóviles, una serie de cuentas por cobrar). Tampoco es posible pretender que el bien en sí mismo considerado sea eje alrededor del cual gire la registración de gravámenes sobre bienes muebles, como ocurre en materia inmobiliaria. En la mayoría de los casos lo importante es que los potenciales acreedores o adquirentes del bien tengan la posibilidad de informarse acerca de la posibilidad de que el deudor haya gravado sus bienes, o cierto tipo de bienes muebles, por ejemplo, consultando el índice alfabético del registro de la jurisdicción donde se domicilia dicho deudor.

La inscripción en el Registro prevista por los diferentes sistemas jurídicos que regulan esta materia como, por ejemplo, el artículo 9° del UCC, el sistema canadiense, y la CIDIP VI, se caracteriza por ser una inscripción concisa que proporciona una información muy limitada (nombre de las partes, dirección del acreedor garantizado, dirección

⁴⁸ Una prueba cabal de que ambos sistemas se manejan con principios diferentes, la vemos en el sistema registral alemán, en el cual los principios registrales inmobiliarios (Grundbuch), modelo del régimen registral español e indirectamente de gran parte de los países latinoamericanos, son totalmente desconocidos en el régimen alemán de garantías reales sobre bienes muebles, que simplemente prescinde de toda publicidad registral.

del deudor, declaración de los tipos o descripción de los objetos de la garantía que podrá ser en forma genérica o específica, monto máximo garantizado), posibilitando una indagación ulterior de los interesados. Así, está previsto que se inscriba un formulario donde sólo debe constar la información estrictamente necesaria para que los terceros que consultan el registro puedan enterarse de que el deudor "puede" haber gravado un bien mueble, o cierto tipo de bienes muebles, a favor de un acreedor determinado.

A su vez, el artículo 9° del UCC y la ley canadiense prevén que si lo que el acreedor desea es saber en detalle qué parte específica del patrimonio mobiliario ha sido gravado, cuál es el monto de la obligación garantizada y qué parte de dicha deuda ha sido cancelada, el acreedor no tiene otro remedio que solicitar dicha información al deudor. A su vez, el deudor se encuentra facultado a solicitar al acreedor un certificado, donde conste el monto de la deuda que falta cancelar y los bienes que se encuentran específicamente gravados para responder a dicho pago. El índice del registro se establece por los nombres de los interesados.

Este sistema que podríamos llamar de "inscripción registral abierta", por oposición al sistema tradicional de inscribir todo el texto del contrato de garantía se apoya en varias razones. Más allá de que muchas partes no desean revelar todos los detalles de sus negocios financieros, está el hecho de que no es necesario a los efectos de oponibilidad de la garantía real contra terceros de que éstos conozcan todos los detalles que hacen a las obligaciones personales entre las partes. Otra razón de peso, es la logística, consistente en reducir al máximo la cantidad de documentos y solicitudes que debe procesar el registro. Claro está que los avances de la electrónica han disminuido mucho la preocupación de la inundación de papeles⁴⁹.

Si bien la debilidad principal de la inscripción concisa es que no da información acerca del estado real de la transacción, debemos destacar que cumple indiscutiblemente la función de establecer el orden de prelación entre los distintos acreedores garantizados.

Algunos autores plantean la necesidad de mayor información registral para evitar conductas ilícitas del deudor. No obstante, es posible que para tal finalidad sean más útiles las sanciones civiles y pena-

⁴⁹ GARRO, Alejandro M., ob. cit., p. 81.

les. Así se puede tipificar penalmente la emisión de una falsa declaración financiera con el propósito de obtener crédito.

Por todo lo expuesto es que vemos que la cuestión de la publicidad de las garantías mobiliarias, se presenta como un tema complejo, difícil y objeto de un permanente debate. Lo que debe tratarse es de buscar un equilibrio entre los distintos factores en juego: derechos tutelables, intereses, costos, medios técnicos, etc.

La complejidad del tema hace que sean posibles y deseables avances y soluciones aunque sea parciales. Por ejemplo, un mínimo de coherencia para exigir un registro único para todas las figuras que cumplan una función de garantía, y no la dispersión en distintos registros, o la ausencia de publicidad, según la forma de la garantía.⁵⁰

b) Reglas de prioridad

El principio general es que las prelación de diversos reclamos sobre el mismo bien en garantía se determinan en base y en el orden en que el acreedor ha publicitado su gravamen, sin embargo este principio "*prior in tempore, potior in iure*" tiene sus excepciones.

En general se ha aceptado como excepción a este principio lo que se ha llamado la "super-prioridad" que se le otorga al acreedor cuyo crédito ha posibilitado la adquisición del bien en garantía. Esto se conoce como una garantía real "por dinero de compra". Así en el supuesto de que el anticipo otorgado haya posibilitado la compra del bien en garantía, el que vendió el bien a crédito o el que otorgó el financiamiento para su compra tiene un rango superior inclusive a aquel que había perfeccionado con anterioridad una garantía real sobre todo bien que el deudor pudiese adquirir en el futuro.

Otro aspecto que hay que tener en cuenta, es el de las prelación impuestas por la ley a efectos de otorgar a ciertos acreedores un "privilegio" porque el legislador considera que la naturaleza del crédito merece que sea protegido aun a costa de aquellos acreedores que por vía contractual adquirieron una garantía real con anterioridad. Lo importante en estos supuestos es que los distintos ordenamientos

⁵⁰ ROJO AJURIA, Luis, ob. cit., p. 86.

jurídicos establezcan claramente quiénes son los acreedores privilegiados (el Estado nacional por el pago de impuestos, trabajadores y empleados por salarios debidos durante el último año de empleo, etc.), y en qué momento preciso debe nacer su crédito para que puedan postergar el rango de prelación del acreedor con una garantía real debidamente perfeccionada, para así otorgar la certeza que en esta materia se necesita.

Con relación a esta cuestión no podemos dejar de mencionar el conflicto que puede presentarse entre el acreedor con garantía real y su comprador de buena fe, o como se expresa en el "Common Law", "en el curso ordinario de los negocios" (*in the ordinary course of business*). La tendencia en estos casos es promover la certeza del mercado mobiliario convalidando toda adquisición a título oneroso de bienes muebles cuyo valor no justifica el costo y la molestia de una inspección al registro. Por la importancia de este tema es que lo trataremos especialmente a continuación.

VII) La garantía mobiliaria y los terceros adquirentes

La idea del derecho real de garantía va unida a la posible reipersecutoriedad de la cosa objeto de tal garantía, protegiendo a los acreedores de las consecuencias del aumento del pasivo de su deudor (*ius preferendi*) y del riesgo de desaparición del activo (*ius perseguendi*).

No cabe duda que la garantía no sólo ha de ser eficaz respecto al resto de acreedores, sino que para que sea realmente eficaz ha de ser oponible frente a terceros adquirentes.

Sin embargo, si recordamos las características del tráfico mobiliario, nos encontramos con bienes dinámicos, destinados precisamente a circular en el mercado. Es obvio que en tales casos la idea de la reipersecutoriedad resulta inaplicable. Al aceptar el acreedor de una garantía mobiliaria que la misma se prolongue a nuevos bienes del deudor, implica indirectamente una renuncia al derecho de persecución que en principio le correspondería sobre éstos.

Por todo ello, una ley que regule globalmente las garantías mobiliarias ha de prescindir del dogma de la reipersecutoriedad, flexibilizándola, pero complementándola a su vez con un eficaz mecanismo de subrogaciones o prolongaciones de la garantía⁵¹.

Así, por ejemplo, la sección 9-307 del UCC se titula significativamente "Protección de los compradores de bienes". La idea básica es, como lo expresáramos anteriormente, la protección del comprador en el curso ordinario de los negocios⁵¹, definido en el UCC como la persona de buena fe y sin conocimiento de que la venta viola derechos de propiedad o de garantía de un tercero sobre los bienes que compra en el curso ordinario de los negocios de venta de tales bienes.

En general, la sección 9-307 del UCC establece que el comprador en el curso ordinario de los negocios adquiere un derecho libre de garantía creado por su vendedor, incluso aunque el derecho de garantía esté perfeccionado e incluso aunque el comprador conozca su existencia. Por lo contrario, un comprador que no sea un comprador en el curso ordinario de los negocios adquiere el bien sujeto al derecho de garantía, salvo que éste garantice anticipos futuros hechos tras tener el acreedor conocimiento de la compra o cuarenta y cinco días después de la compra.

Una regulación de este tipo está pensada en función de las garantías sobre el capital circulante, y no de las características de los bienes.

Vemos que el límite a la reipersecutoriedad está en el requisito fundamental de la buena fe. Si bien la concepción del adquirente de buena fe, puede variar de un ordenamiento jurídico a otro, en esta materia, se entiende que quien adquiere un bien en el curso ordinario de los negocios presume que está libre de gravamen, o bien, aunque exista una garantía sobre dichos bienes, que el deudor está autorizado para su venta, prolongándose la garantía sobre el precio pagado.

El criterio del "curso ordinario de los negocios" sirve para discriminar entre los bienes estáticos de los dinámicos. Quien adquiere un bien estático, fuera del curso ordinario de los negocios es lógico que tenga la carga de informarse. Otro tema es que tal información se articule a través de un registro, con la carga para el acreedor de perfeccionar el derecho de garantía si quiere que sea oponible frente a los adquirentes, o que en ausencia de publicidad registral, la carga de informarse recaiga exclusivamente en el adquirente. Pero, a su vez, en el marco de los bienes dinámicos no puede bastar el conocimiento del adquirente de la existencia de un derecho de garantía, si lo usual

⁵¹ ROJO AJURIA, Luis, ob. cit., p. 86.

es que se trate de una garantía prolongada, de las que la autorización de enajenación forma parte de la imagen institucional de la figura. En tal caso, como indica la sección 1-201, 9 del UCC, la mala fe radicará en el conocimiento de la violación de los pactos existentes entre deudor y acreedor⁵².

Por todo lo expuesto, entendemos que si bien en lo referente a los bienes estáticos el derecho de reipersecutoriedad puede seguir manteniendo su fuerza (condicionada o no a la inscripción registral), en el ámbito de los bienes dinámicos la eficacia de la reipersecutoriedad ha de sustituirse por la de la subrogación o prolongación de la garantía.

VIII) El llamado problema del "conflicto móvil"

Casi la totalidad de los sistemas jurídicos hacen de la *lex rei sitae* el principio básico o regla general para la regulación de los derechos reales en el Derecho Internacional Privado, por los intereses estatales y políticos que están en juego.

La característica particular de movilidad del bien mueble genera que el lugar de situación del mismo sea mutable y que, por tanto, se originen situaciones disímiles en las cuales entren en escena distintos derechos con vocación para regir todo o parte del régimen de derechos reales del bien mueble.

Frente al cambio de situación de las cosas muebles, o el problema del "conflicto móvil", en general, no cabe la referencia a derechos adquiridos, porque para saber si fueron adquiridos hay que determinar el derecho bajo el cual se los adquirió. Hay que aplicar el derecho del lugar de la situación de la cosa al momento en que se cuestiona la adquisición, modificación o extinción del derecho⁵³.

Por la falta de instrumentos de publicidad internacionales de los derechos reales de garantía, muchas veces, cuando los bienes gravados traspasan la frontera, las garantías sobre los mismos quedan ocultas. Es frecuente que, por ello se susciten problemas entre el titular de la garantía real y el tercero que ha adquirido el bien gravado de buena fe. Y conforme lo expuesto, dichos litigios deberán resolverse

⁵² ROJO AJURIA, Luis, ob. cit., p. 88.

⁵³ BOGGIANO, Antonio, *Curso de Derecho Internacional Privado*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 426.

conforme a la ley del lugar donde se encontraba el bien en el momento en que el tercero adquirió su posesión. Esta precisión de la conexión responde a las necesidades de seguridad del tráfico y previsibilidad que presiden la *ratio* de la propia *lex rei sitae*, disminuyendo los costes de contratación. Dicha ley determinará, en particular, si el tercero ha adquirido de buena fe y sus reglas de presunción, así como la necesidad, alcance y eficacia de medidas de publicidad⁵⁴.

Como hemos señalado dos son los problemas que hay que resolver frente al traslado de la cosa mueble de un Estado a otro, uno radica en el mantenimiento de la garantía y el otro en su oponibilidad frente a terceros adquirentes de buena fe. Ambos temas han sido abordados por los Tratados de Montevideo Civil Internacional de 1889 y 1940, ya que ambos establecen como ley aplicable a los bienes (sin distinguir entre muebles e inmuebles) la del lugar de su situación⁵⁵. Así, el Tratado de Montevideo de 1889 en su artículo 30 establece: "El cambio de situación de los bienes muebles no afecta los derechos adquiridos con arreglo a la ley del lugar donde existían al tiempo de su adquisición. Sin embargo, los interesados están obligados a llenar los requisitos de fondo o de forma exigidos por la ley del lugar de la nueva situación para la adquisición o conservación de los derechos mencionados". A su vez agrega que mientras esos requisitos no se cumplan los derechos adquiridos por terceros de conformidad con la nueva ley prevalecen, conforme lo dispone el artículo 31 del mencionado tratado que dice: "Los derechos adquiridos por terceros sobre los mismos bienes de conformidad a la ley del lugar de su nueva situación, después del cambio operado, y antes de llenarse los requisitos referidos, priman sobre los del primer adquirente".

Por su parte el Tratado de Montevideo de 1940 en su artículo 34, con una regulación muy similar, establece que los requisitos que deberá cumplir serán los de fondo "y" de forma (ya no "o" de forma como disponía el de 1889), de la nueva situación. Y agrega un párrafo espe-

⁵⁴ SANCHEZ LORENZO, Sixto Alfonso, "Régimen general de la Contratación Internacional", en *Derecho del Comercio Internacional*, Coord. SANCHEZ LORENZO, Sixto Alfonso, Eurolex, Madrid, 1996, (epígrafe III.2), p. 291.

⁵⁵ Véase artículos 26 y 32, respectivamente.

cial sobre el cambio de situación de la cosa mueble litigiosa diciendo: "El cambio de situación de la cosa mueble litigiosa, operado después de la promoción de la respectiva acción real, no modifica las reglas de competencia legislativas y judiciales que originariamente fueron aplicables".

Estas disposiciones debemos complementarlas con las del Tratado de Montevideo de Derecho Comercial Terrestre Internacional de 1940, ya que en sus artículos 19 al 22 trata de la prenda comercial, no existiendo disposiciones en éste sentido en el de 1889. Así como principio general el artículo 20 establece que: "Los derechos y las obligaciones de los contratantes con relación a la cosa dada en prenda, con desplazamiento o sin él, se rigen por la ley de su situación en el momento de la constitución de la prenda", de la misma manera que el Tratado de Derecho Civil Internacional en el artículo 21 dispone: "El cambio de situación de la cosa dada en prenda no afecta los derechos adquiridos con arreglo a la ley del Estado en donde aquélla fue constituida, pero para la conservación de esos derechos, deberán llenarse las condiciones de forma y de fondo exigidas por la ley del Estado de su nueva situación". El artículo 22 nos dice: "En caso del artículo anterior, el derecho de los terceros de buena fe, respecto de la cosa dada en prenda, se regula por la ley del Estado de la nueva situación". Consideramos de suma importancia el agregado que realiza este último artículo exigiendo la buena fe del adquirente, la que creemos se deberá exigir en todos los casos.

La ley modelo sobre garantías mobiliarias de la CIDIP VI también trata este tema, el cual será objeto de análisis más adelante, a lo que nos remitimos.

IX) Reconocimiento y ejecución de las garantías mobiliarias

Vemos que la gran variedad de garantías reales provoca, a menudo, que se suscite la cuestión de la eficacia en el foro de una garantía constituida en el extranjero, y desconocida conforme a la *lex fori*.

Como hemos visto se busca dar solución a este tema, clave por cierto, ya que de nada sirve tener una garantía sino es posible hacerla efectiva a través de las tareas de unificación de normas materiales o armonización legislativa. Entonces, cuando no existan tratados que

regulen la cuestión en el sentido indicado ¿cómo deberá proceder el juez?

Habrán países en los cuales el principio de tipicidad es absoluto por lo que la solución será la simple y pura invalidez de la garantía, pero existen otros en los cuales las figuras atípicas son admitidas por la jurisprudencia.

El gran desafío es buscar y evitar garantías "claudicantes", para dar así la seguridad que debe primar en el Comercio Internacional.

En la práctica, el problema de la continuidad de las garantías reales constituidas en el extranjero se ha buscado solucionarla a través de la llamada "transposición", que no consiste en un problema de reconocer un tipo de derecho real, sino en admitir un determinado contenido. La técnica de la transposición consiste en analizar la naturaleza del derecho real de garantía creado y buscar su equivalente funcional en figuras del sistema del foro. De esta forma, determinadas figuras de "leasing", por ejemplo, pueden convertirse en cláusulas de reserva de dominio simples, o algunas ventas, en garantía se asmilan sin violencia a derechos de prenda clásicos.⁵⁶

En otros casos sucede que la garantía constituida en el extranjero presenta un contenido inaceptable para los principios del sistema de crédito y garantías del foro. Pero en tal caso, tampoco la solución es rechazar la validez de la garantía, sino que se deberá buscar reducir o limitar su contenido para adaptarlo a las garantías nacionales más próximas. De esta forma, una cláusula de reserva de dominio que no respeta el principio de identificabilidad de los bienes, por afectar a materias primas o por ceder los créditos futuros sobre la venta del producto transformado puede aceptarse como válida en las relaciones entre las partes, e incluso frente a terceros en aquellos casos en que aún no haya cristalizado la garantía, es decir, la materia prima no se haya transformado o el producto no se haya revendido. Del mismo modo, un derecho real (reserva de dominio, *leasing*, venta en garantía) que atribuya al acreedor un derecho de apropiación del bien desconocido por el derecho del foro (prohibición del pacto comisorio)

⁵⁶ SÁNCHEZ LORENZO, Sixto A., "Régimen general...", ob. cit., p. 292.

puede ser reconocido, reconvertido en un derecho al valor de realización del bien o a la propiedad fiduciaria⁵⁷.

Así, por ejemplo, la labor del UCC es muy valiosa en este sentido, ya que la variedad de los derechos de garantía de los distintos Estados se reconduce a una clasificación que atiende exclusivamente no a la nominación de los derechos sino a su finalidad y contenido, estableciéndose un sistema de reconocimiento recíproco basado en la equivalencia funcional de tales garantías.

X) Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias

a) Antecedentes

La Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias fue aprobada en el seno de la CIDIP VI, el día 8 de febrero de 2002, en Washington, D.C. La misma tuvo su origen en un proyecto elaborado por el *National Law Centre for Inter American Free Trade (NLCIFT)*, con sede en Tucson, Arizona) y presentado por la delegación norteamericana a finales de 1998, que recibió importantes modificaciones a raíz de una iniciativa mexicana provocando un nuevo texto en septiembre de 2001, y que contó con la decisiva aportación de un texto presentado por la delegación canadiense a última hora. Para que el proyecto pudiera concretarse en los pocos días que duró la CIDIP VI, fue tan imprescindible, como encomiable, la labor del relator, el representante uruguayo Ronald Herbert.

La pretensión del Proyecto norteamericano de sustituir totalmente las normas con que cada Estado regula las garantías mobiliarias no pudo plasmarse en el texto definitivo. Si bien es cierto que tal proyecto se limitaba a las garantías contractuales sobre bienes muebles, dejando fuera de su alcance algunos bienes muy particulares —como las acciones bursátiles— y las garantías creadas por ministerio de la ley (art. 2°); pero hechas estas salvedades, todos los bienes —presentes o futuros, tangibles o intangibles, individuales o colectivos— (arts. 4°, 15, 17, 18 y 20), todas las garantías (art. 1°), y todo lo atinentes a ellas —constitución, perfeccionamiento, prelación, cesión, negociación, modificación y extinción— (art. 6°), quedaba regulado por la ley propuesta. En la ley modelo aprobada en la CIDIP VI, el objetivo

⁵⁷ SÁNCHEZ LORENZO, Sixto A., "Régimen general...", ob. cit., p. 293.

sigue siendo el de una reforma profundísima de los sistemas latinoamericanos, como seguidamente analizaremos.

El proyecto de ley modelo presentado por el gobierno mexicano, sin apartarse de la filosofía del proyecto norteamericano, presentaba importantes mejoras respecto de éste. Asimismo eliminaba el excesivo carácter reglamentarista del anterior. Por otra parte, el proyecto mexicano establecía que la garantía creada por la ley modelo no "sustituye a aquellas otras garantías que sean reguladas conforme a las leyes especiales". Preveía normas que equiparan la preferencia del acreedor garantizado en caso de insolvencia del deudor con la preferencia que corresponde a otros acreedores con garantía real (art. 2°), y la que impone la autorización previa del juez para que el acreedor pueda tomar posesión de los bienes en garantía (arts. 52 y 53), salvo el caso de entrega voluntaria (arts. 53 y 53 bis). Asimismo, resultaban de suma importancia las calificaciones autárquicas contenidas en el art. 3° de este proyecto y que han sido tomadas por la actual ley modelo.

Según el Informe Final de la Segunda Reunión de Expertos preparatoria de la CIDIP VI, la creación de un sistema de garantías mobiliarias debía basarse en siete principios jurídicos esenciales, a saber:

1. Creación de una garantía mobiliaria única y uniforme.
2. Extensión automática del gravamen original a otros bienes adquiridos con posterioridad.
3. Posibilidad de la extensión automática del gravamen al producto de la venta de los bienes originariamente 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. Excepción del comprador en el curso ordinario de los negocios.
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.
7. La publicidad por registro, dividido en dos puntos: 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 el otro⁵³.

⁵³ Informe final de la Segunda Reunión de Expertos (REG/CIDIP -VI/doc. 6/00 corr.1).

b) Estructura

La Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias se divide en ocho títulos, a saber: I. Ámbito de Aplicación General; II. Constitución y Disposiciones Relacionadas; III. Publicidad y Disposiciones Relacionadas; IV. Registro y Disposiciones Relacionadas; V. Reglas de Prelación; VI. Ejecución de la Garantía; VII. Arbitraje; VIII. Conflicto de Leyes y alcance territorial de la aplicación de esta ley.

Desde ya dejamos sentado que no pretendemos practicar un análisis pormenorizado de las disposiciones de la ley modelo, sino tan sólo señalar aquellos aspectos que nos han parecido más relevantes.

c) Concepto. Ámbito de aplicación

El artículo 1° de la ley modelo dispone que "La presente ley tiene por objeto regular garantías mobiliarias para garantizar obligaciones de toda naturaleza, presentes o futuras, determinadas o indeterminables.

Los Estados podrán declarar que esta ley no se aplica a ciertas garantías que expresamente indiquen.

El Estado que adopte esta ley modelo deberá crear un sistema de registro único y uniforme de garantías mobiliarias para dar efecto a la misma".

Al respecto consideramos que la redacción de la ley modelo aprobada resulta notoriamente superior al Proyecto de ley modelo anterior⁵⁴. Ello así, en razón de que la redacción del proyecto era demasia-

⁵⁴ El art. 1° del Proyecto de Ley Modelo definía a la garantía real mobiliaria unitaria como "un derecho real sobre bienes muebles que garantizan el cumplimiento de una obligación, incluyendo transacciones en donde una persona en posesión original de los bienes, o que extiende crédito, se reserva el dominio, vende por medio de contratos de consignación, es una arrendadora financiera (por un término superior a un año), es un acreedor hipotecario de una hipoteca industrial destinada a financiar la compra de bienes muebles, provee créditos garantizados por descuentos en libros, es cesionario de créditos destinados a servir de garantías de un préstamo, es acreedor prendario de prendas comerciales realizadas por la entrega de la factura, o está garantizada con bienes muebles incorporados o adheridos a un inmueble, siempre y cuando la garantía real mobiliaria haya sido perfeccionada antes de que dichos bienes se incorporen o adhieran al inmueble".

do larga y casuística, atentando contra la buena técnica legislativa. Por el contrario la nueva ley modelo no sólo resulta más clara, sino que compendia en una fórmula lacónica y precisa todos los supuestos posibles (obligaciones de toda naturaleza, presentes o futuras, determinadas o determinadas). Según el artículo 4° de la ley modelo, dichas obligaciones garantizadas pueden extenderse a favor del acreedor, a los intereses ordinarios y moratorios, a las comisiones, a los gastos de custodia de la cosa, a los gastos de ejecución, a los daños y perjuicios derivados del incumplimiento, y a las penas convencionales pactadas.

Del análisis del tercer párrafo, se observa que la regulación de las garantías mobiliarias va necesariamente unida a un sistema de registración único y uniforme, el cual deberá ser público y automatizado e incluir un "folio electrónico que se ordenará por nombre del deudor" (art. 37), además de una base de datos a la que los usuarios tendrán acceso remoto por vía electrónica mediante una clave confidencial, medio que también servirá para realizar las inscripciones⁶⁰ (arts. 43 a 46). Consideramos que ello (creación de un registro único y uniforme) resulta de suma utilidad a los efectos de lograr la pretendida uniformidad o armonización en la materia.

El primer párrafo del artículo 2° establece las categorías de bienes muebles sobre los que puede recaer una garantía.

Este artículo 2° dispone lo siguiente: "Las garantías mobiliarias a que esta ley se refiere 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, corpóreos o incorpóreos, susceptibles de valoración pecuniaria al momento de

⁶⁰ En la última sesión plenaria de la CIDIP VI, se aprobó una resolución recomendando a los Estados de la OEA la adopción de regímenes legales compatibles con las leyes modelos de UNCITRAL sobre Comercio Electrónico (1996) y Firma Electrónica (2001); de forma poco clara se introdujo también en esa resolución la recomendación de que los Estados de la OEA consideraran como alternativa la conveniencia de incorporar en su legislación nacional los principios en las llamadas reglas uniformes interamericanas en materia de documentos y firmas electrónicos (llamado IAREDS), preparado por la delegación norteamericana, pese a que no fue objeto de ningún debate.

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 y sin importar quien sea el titular de la propiedad.

Cuando a una garantía mobiliaria se le de la publicidad de conformidad con esta ley, el acreedor garantizado tendrá el derecho preferente a ser pagado con el producto de la venta de los bienes gravados.⁶¹

Al respecto observamos lo siguiente: 1) Regula las garantías consuetudinarias contractualmente⁶¹; 2) existe una gran amplitud de bienes que pueden ser objeto de la garantía (presentes, futuros, corpóreos, incorpóreos, etc.). Sin embargo esta gran amplitud se encuentra condicionada a que dichos bienes sean susceptibles de valoración pecuniaria (al momento de la constitución o posteriormente); todo lo cual resulta lógico, pues de otra manera la garantía resultaría estéril al acreedor, quien llegado el caso pretende hacer efectiva la misma sobre el bien objeto de la garantía; 3) Resulta totalmente irrelevante la forma de la operación y la titularidad de la propiedad del bien. Esto último es así en razón de que lo importante en este caso es que el deudor se encuentre en posesión del bien objeto de la garantía.

El artículo 3° de la ley modelo bajo análisis contiene una serie de calificaciones autárquicas, definiendo al respecto qué debe entenderse por: registro, deudor garante, acreedor garantizado, comprador (o enajenante) en el curso ordinario de las operaciones mercantiles, bienes muebles en garantía, cualquier bien mueble, bienes muebles atribuibles, formulario de inscripción registral, inventarios, garantía mobiliaria de adquisición y crédito.

Consideramos que resulta altamente positivo que la ley modelo califique qué debe entenderse por determinados conceptos, pues ello contribuirá a lograr una real armonización de la materia, habida cuenta de su escaso desarrollo en la mayoría de los ordenamientos latinoamericanos.

⁶¹ De esta manera quedan excluidas las garantías constituidas por ley, o por vía judicial.

d) *Constitución de la garantía*

La garantía mobiliaria se constituye mediante contrato (art. 5°). Si se trata de una garantía "sin desposesión", el contrato deberá ser hecho por escrito⁶² y surte efecto entre las partes desde el momento de su suscripción, salvo pacto en contrario⁶³ (art. 6°). Si por el contrario la garantía es "posesoria", surte efectos entre las partes desde el momento en que el deudor entrega la posesión o control de los bienes en garantía al acreedor o al tercero designado por éste, salvo pacto en contrario (art. 8°).

e) *Publicidad*

Con relación a la publicidad la ley modelo, en sus artículos 10° y 11°, establece el principio general de que los derechos conferidos por una garantía mobiliaria serán oponibles frente a terceros sólo cuando se dé publicidad. Esta publicidad se podrá dar a través del registro de la entrega de la posesión o control de los bienes en garantía ya sea al acreedor o a un tercero.

⁶² Según el art. 7°: "El contrato de garantía por escrito deberá contener como mínimo: I. Fecha de celebración; II. Datos que permitan la identificación del deudor garante y del acreedor garantizado, así como la firma por escrito o electrónica del deudor garante; III. El monto máximo garantizado por la garantía mobiliaria; IV. La descripción de los bienes en garantía; dicha descripción podrá realizarse de forma general o específica; V. La mención expresa de que los bienes muebles descriptos servirán de garantía de una obligación garantizada, y VI. Una descripción genérica o específica de las obligaciones garantizadas.

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

⁶³ El segundo párrafo del art. 6° establece que: "Sin embargo, una garantía mobiliaria sobre bienes futuros o a adquirir posteriormente gravará los derechos del deudor garante (personales o reales) sobre tales bienes a partir del momento en que el deudor garante adquiriera tales derechos".

Ya el artículo 2° también hace referencia a este tema disponiendo que la publicidad le dará al acreedor el derecho preferente a ser pagado con el producto de la venta de los bienes dados en garantía.

Con relación a la publicidad registral, la ley propone la creación por parte de cada Estado de un registro único y uniforme de garantías mobiliarias (art. 1°). La garantía, a la que se le dé publicidad mediante su inscripción en este Registro será oponible frente a terceros a partir de dicho momento.

La inscripción se realiza a través de un formulario el cual deberá contener los siguientes datos: 1) Nombre y dirección del deudor garante; 2) El nombre y dirección del acreedor garantizado; 3) El monto máximo garantizado; 4) La descripción de los bienes en garantía, ya sea en forma genérica o específica.

Vemos que se sigue la tendencia en esta materia de realizar lo que se ha llamado como "inscripción registral abreviada", ya que no se propone la registración de todo el texto del contrato de garantía.

Por el carácter de los bienes en juego también destacamos que la inscripción será personal, se propone la organización por cada estado de un registro con las características antes mencionadas, que deberá ser público y automatizado, y en el que existirá un folio electrónico ordenado por nombre del deudor.

Lo que no nos deja muy conformes es lo previsto en el artículo 37° que establece: "En los casos donde otra ley o la garantía mobiliaria sobre bienes que deban inscribirse en un registro especial, requerirá que dicha inscripción se lleve a cabo para ser considerada como oponible frente a terceros. La inscripción especial deberá realizarse en el registro correspondiente de conformidad con la legislación aplicable". Nos parece que ya que se propone la creación de un registro único de garantías mobiliarias, la inscripción en el mismo debería reemplazar las demás registraciones especiales.

La prelación de una garantía mobiliaria se determina por el momento de su publicidad. La garantía mobiliaria confiere al acreedor garantizado el derecho de persecución sobre los bienes en garantía, con el propósito de ejercitar los derechos de la garantía (art. 48°). Pero la misma ley prevé que un comprador de bienes muebles enajenados en el curso ordinario del negocio del deudor garante recibirá el bien mueble libre de gravamen. Vemos que se ha seguido la idea contenida en el artículo 9° del UCC, ya desarrollada anteriormente a lo que

nos remitimos. Sin embargo, creemos que la ley debería haber agregado que el comprador debería ser de buena fe.

f) Ejecución

El procedimiento de ejecución de la garantía se encuentra regulado en el Título VI (arts. 54 a 67)

Si bien, contrariamente a la pretensión del Proyecto original, la intervención judicial o notarial (además del relleno de un formulario registral de ejecución)⁶⁴ es exigida en todo caso (art. 55), el Título VI establece unas reglas de ejecución de la garantía marcadamente favorables para el acreedor. En este caso el deudor sólo tiene tres días para oponerse y exclusivamente mediante la demostración de que ha pagado totalmente la deuda y sus accesorios (art. 56), y cualquier otra excepción o defensa debe implementarla por vía de acción judicial independiente, que en ningún caso tendrá efecto suspensivo ni impedirá la ejecución (arts. 57 a 61); al deudor, eso sí, se le reconoce el derecho de reclamar los daños y perjuicios producidos por el ejercicio abusivo de sus derechos por parte del acreedor.

El artículo 59 admite la venta privada de los bienes, en los casos de garantías posesorias, garantías no posesorias sobre bienes incorpóreos y garantías no posesorias una vez producida la recuperación por parte del acreedor.

g) Ley aplicable y conflicto móvil

Con relación a la determinación de la ley aplicable, la ley modelo la determina según sea el tipo de bienes sobre los cuales recae la garantía (69-72).

⁶⁴ Este formulario debe inscribirse, y debe contener lo siguiente: I. Una breve descripción del incumplimiento por parte del deudor; II. una descripción de los bienes en garantía; III. Una declaración del monto requerido para satisfacer las obligaciones garantizadas y cubrir los gastos de la ejecución razonablemente cuantificados; IV. Una declaración de los derechos proporcionados por este Título al recipiente del formulario de ejecución; V. Una declaración de los derechos proporcionados por este Título de los cuales el acreedor garantiza se desea avalar (art. 54).

Si se trata de una garantía no posesoria sobre bienes corpóreos muebles o posesoria sobre bienes muebles incorpóreos, la ley del Estado en que estén situados los bienes objeto de garantía, al momento en que se crea la garantía, rige las cuestiones referentes a la validez, publicidad y prelación de las mismas.

En cambio, si se trata de una garantía posesoria sobre bienes corpóreos muebles (quedan en poder del deudor), o bien no posesoria sobre bienes muebles incorpóreos, se rigen por la ley del Estado en el cual el deudor garante se encuentre localizado en el momento de la creación de la garantía. A su vez la ley modelo califica de manera autárquica lo que debe entenderse por localización del deudor, diciendo en su artículo 72 que el deudor garante se considera localizado en el Estado donde se ubica el centro principal de sus negocios. Si el deudor no opera un negocio o no tiene un centro de negocios, se considera localizado en el Estado de su residencia habitual.

Es interesante la solución que propone la ley modelo con relación a este tema. Vemos, por ejemplo, que si los bienes objeto de la garantía, son dinámicos como lo expresa la misma ley modelo, son bienes muebles corpóreos que permanecen en poder del deudor, como el equipo utilizado en el curso ordinario de su negocio, o como inventario mantenido para su arrendamiento, no es relevante dónde éstos están situados, en cambio, sí será importante el lugar dónde se localiza el deudor, por lo tanto los rige por dicha ley.

Creemos que la solución propuesta es acertada ya que está de alguna manera alineada con nuestra idea de buscar regir la garantía por la ley que presente los vínculos más estrechos con la misma.

Con relación al problema del "conflicto móvil" la ley modelo establece que si los bienes objeto de la garantía se trasladan a un Estado diferente a aquel en el cual se le dio publicidad a la garantía mobiliaria, la ley del Estado de la nueva situación 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 tras el ingreso de los bienes. No obstante, la prelación de la garantía registrada conforme a la ley del lugar anterior de ubicación de los bienes dados en garantía subsiste si dicha garantía se registra conforme a la ley del Estado de la nueva ubicación dentro de los 90 días del traslado.

Lo interesante de esta solución está dado, con relación a la continuidad de la prelación que el acreedor tenía en el lugar de su anterior ubicación, en el Estado de la nueva situación, si se registra nuevamente la garantía dentro del plazo de 90 días en dicho Estado.

h) Jurisdicción

Siguiendo la tendencia de las demás convenciones y proyectos en esta materia, la CIDIP VI sobre garantías mobiliarias no prevé reglas de jurisdicción.

Sin embargo el artículo 68 de la ley modelo, establece que: "cuquier controversia que se suscite respecto de la interpretación y cumplimiento de una garantía, podrá ser sometida por las partes a arbitraje, actuando de consenso y de conformidad con la legislación de este Estado".

Respecto de las consideraciones sobre esta cuestión remitimos a lo ya explicado en el punto V sobre Juez Competente.

XI) La situación en Latinoamérica con especial referencia al sistema argentino

En muchos países latinoamericanos, la inexistencia de un sistema de garantías ágil y funcional, y la lentitud que caracteriza los procesos de ejecución dificulta la generación de condiciones óptimas para acceder al crédito, presupuesto indispensable para el desarrollo y crecimiento interno de los Estados.

En Argentina, un estudio⁶⁵ ha revelado que esta problemática se debe en primer lugar a la "lentitud de los procesos judiciales"⁶⁶, en

⁶⁵ FLEISING, Heywood W. - DE LA PEÑA, Nuria, "Argentina: Cómo las Leyes sobre Prenda limitan el acceso al crédito", LL, 1997-B-904, Secc. Doctrina.

⁶⁶ Los procedimientos legales establecidos para el secuestro y la venta de bienes muebles son muy lentos y onerosos, generando que muchos bienes muebles pierdan gran parte de su valor económico durante el proceso de ejecución. A diferencia de lo que ocurre con los bienes inmuebles, los muebles son más propensos a perder valor con el transcurso del tiempo; esta situación se agudiza si tenemos en cuenta que los gastos con motivo de la ejecución pueden llegar a consumir gran parte del valor residual del bien mueble.

segundo lugar siguen las "lagunas legales y prohibiciones arbitrarias" que dificultan la utilización de garantías mobiliarias, a saber: costos económicos elevados para la constitución de la garantía, exigencia de intervención judicial para la ejecución de los bienes, limitaciones prácticas para la venta privada por parte de instituciones financieras⁶⁷, restricciones a la prenda flotante⁶⁸, limitación de la capacidad para preñar bienes futuros, prohibición de que un bien pueda tener más de una prenda, obligación del deudor de mantener la posesión de la cosa preñada, fijación de un interés máximo que puede cobrarse en un crédito garantizado, restricción a las garantías sobre obligaciones futuras y prohibición de la autonomía de la voluntad so pena de imposibilidad de ejecutar la prenda. A ello se le suman los problemas de carácter registral⁶⁹, tales como: utilización del folio real, que exige la clasificación e identificación de cada uno de los muebles prendarios, falta de prelación entre los registros prendarios del país y en general las limitaciones de acceso público al registro.

De esta manera se comprende la postura de los prestamistas privados al exigir garantías que versen sobre bienes inmuebles, los cuales mantendrán su valor durante el proceso de ejecución y tendrán un precio alto en comparación al costo que generará la ejecución en caso de incumplimiento⁷⁰.

Esta tendencia a exigir bienes inmuebles para garantizar la operatoria da lugar a graves consecuencias en la distribución del crédito debido a que no todas las personas o entidades que solicitan financiación son propietarias de inmuebles.

a) El sistema prendario argentino

En nuestro país la garantía real sobre bienes muebles por excelencia es la *prenda*.

⁶⁷ Son las únicas autorizadas para ello.

⁶⁸ Sólo prevista para el comercio y la industria.

⁶⁹ Los registros públicos no se adecuan a las necesidades de publicidad para financiar bienes muebles.

⁷⁰ FLEISING, Heywood W. - DE LA PEÑA, Nuria, ob. cit., p. 906.

La prenda en la legislación argentina admite clasificaciones y subclasificaciones. La primera gran división es entre prenda civil⁷¹ (arts. 3204 y ss. del Código Civil) y la prenda comercial⁷² (arts. 580 y ss. del Código de Comercio y decreto ley 15.348/46).

La prenda comercial, a su vez, se subdivide en prenda común y prenda con registro⁷³. Esta última, además, se divide en prenda fija y flotante⁷⁴.

La prenda con registro es, sin duda, la que mayor utilidad posee en nuestro sistema. La gran ventaja de ésta radica en que no se produce desplazamiento, el bien objeto de la garantía se mantiene en posesión del deudor o del tercero constituyente, permitiendo su uso y disfrute, y hasta la posibilidad de seguir generando recursos, si se trata de bienes de la producción o del giro habitual del deudor.

⁷¹ El art. 3204 del Código Civil define a la prenda civil de la siguiente manera: "Habrá constitución de prenda cuando el deudor, por una obligación cierta o condicional, presente o futura, entregue al acreedor una casa mueble o un crédito en seguridad de la deuda".

⁷² El art. 580 del Código de Comercio define a la prenda comercial, de la siguiente manera: "El contrato de prenda comercial es aquel por el cual el deudor o un tercero a su nombre, entrega al acreedor una cosa mueble en seguridad y garantía de una obligación comercial".

⁷³ CÁMARA, Héctor la define de la siguiente manera: "La prenda con registro es un derecho real constituido a favor de todos los acreedores, mediante inscripción registral, para garantizar cualquier clase de obligaciones, recayendo prevalentemente sobre cosas muebles de propiedad del deudor o de un tercero, que restan en poder de éstos" (CÁMARA, Héctor, *Prenda con Registro o Hipoteca Mobiliaria*, Ediar S.A., Buenos Aires, 1961, p. 167).

⁷⁴ El art. 14 del decreto ley 15.348/46, en su redacción primitiva, limitaba a la prenda flotante a garantizar obligaciones que no excedieran de los 180 días; este límite desapareció, pues ahora expresa (tras el decreto 897/95) lo siguiente: "Sobre mercaderías y materias primas en general, pertenecientes a un establecimiento comercial o industrial, puede constituirse prenda flotante, para asegurar el pago de obligaciones. Este tipo de prenda afecta las cosas originariamente prendadas y las que resulten de su transformación, tanto como las que se adquirieran, para reemplazarlas; y no restringe la disponibilidad de todas ellas, a los efectos de la garantía".

b) Inconvenientes del sistema

En cuanto a los aspectos que aquí nos interesan, puede señalarse como objetables del sistema las siguientes cuestiones: el hecho de que la prenda flotante esté restringida al comercio y a la industria. (art. 14 del decreto ley 15.348/46), la restricción a que puedan ser prendados bienes que van a ser adquiridos en el futuro (arts. 3212 y 2316 del Cód. Civil), que no se permita más de una prenda sobre un mismo bien (art. 7° del decreto ley N° 15.348/46, ley 12.926).

Asimismo, otro de los inconvenientes se vislumbra en el sistema registral ya que los registros llevan un folio real y esto requiere que los bienes muebles que se han dado en prenda sean clasificados e identificados. Esto genera elevados costos y en ciertas ocasiones puede dar lugar a errores; por otra parte, el sistema de folio real para bienes muebles puede llegar a constituir un obstáculo en la registración de gravámenes flotantes. Por otra parte, en nuestro país existen varios registros prendarios separados que no se encuentran vinculados entre sí, lo cual puede llegar a configurar fraudes en las transferencias.

Sin embargo, el mayor reproche está dirigido al sistema de ejecución de la garantía. En efecto el artículo 39 del decreto ley 15.348/46 sólo permite a las instituciones financieras obtener órdenes judiciales inmediatas de secuestro y llevar a cabo la venta privada de los bienes. A tenor del artículo 36, les está vedado a los acreedores privados acordar con sus deudores otros procedimientos que no sean los establecidos. El procedimiento judicial es lento, costoso y muchas veces no llega a los resultados esperados.

Como posible solución a estos inconvenientes se han propuesto dos alternativas: mejorar el sistema jurídico y modificar la legislación aplicable a todas las garantías reales mobiliarias.

Estas alternativas incluyen acelerar el proceso judicial; modificar la ley para que el secuestro y la venta de bienes en garantía pueda tener lugar con procesos judiciales abreviados, o a través de acciones privadas; y extender la aplicación de las normas de garantías para iniciar más amplias operaciones comerciales⁷⁵.

⁷⁵ FLEISING, Heywood W - De LA PEÑA, Nuria, ob. cit., p. 906.

Por todo lo expuesto, consideramos que es necesario encarar una tarea seria de actualización de la normativa interna, incluso con normas de conflicto, encaminada a simplificar y dotar de soluciones prácticas a las garantías mobiliarias ya sean internas o internacionales. Esta labor de armonización legislativa no consiste en una copia servil de los modelos extranjeros, sino en valerse de la experiencia ajena para reflexionar acerca de la propia y en el supuesto de encontrar ideas, conceptos o soluciones prácticas dignas de ser emuladas, utilizarlas en provecho propio para asimilarlas a la experiencia local. Asimismo, se deberá contemplar la posibilidad de incorporar las soluciones propuestas por los foros de codificación mencionados.

XII) Conclusiones

- 1) Es indudable la necesidad de los actores económicos, tanto aquellos que requieren acceder al crédito como de las entidades financieras, de contar con una reglamentación nacional, regional y por qué no universal, de las garantías mobiliarias utilizables en el comercio internacional, que les otorgue seguridad y menores costos.
- 2) La diversidad que presentan las legislaciones nacionales en materia de garantías mobiliarias es tan grande que la unificación de sistemas es una ardua tarea.
- 3) No obstante ello, debemos destacar la labor de los foros de codificación universales y regionales, en esta materia, cuyo esfuerzo se centra en la búsqueda de distintos tipos de unificación material, aun que con escasa presencia de normas de conflicto localizadoras del derecho aplicable.
- 4) En este sentido es de suma importancia tener en cuenta lo previsto por los Tratados de Montevideo que fueron los primeros en establecer normas indirectas con alcance general, que si bien pueden resultar insuficientes con relación a las nuevas figuras, no dejan de ser útiles para ciertas variantes de garantías mobiliarias.
- 5) El modelo a seguir en materia de unificación está dado por el sistema norteamericano (*Uniform Commercial Code*), que unifica sustancialmente las legislaciones de los estados federales, generalizando el sistema de inscripción como recaudo de oponibilidad a terceros.

6) En el ámbito internacional existe una tendencia al establecimiento de garantías autónomas, especialmente en las personales, superando el principio de accesoriidad.

7) Resulta dificultoso determinar la ley aplicable a la regulación de la garantía mobiliaria internacional, habiéndose propuesto diversos criterios que van desde la aplicación de una única ley (*lex contractus, lex rei sitae*) hasta la construcción de un "set de normas" aplicables. Por nuestra parte, consideramos que es más adecuado regir la garantía mobiliaria internacional por la ley que presente los vínculos y lazos más estrechos con éstos. Resulta relevante la labor del juez en esta tarea, puesto que la elección pasa a estar en sus manos, pero teniendo como guías los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan de la garantía, como asimismo los principios que rigen en el comercio internacional.

8) El derecho convencional internacional, en general, no ha establecido normas en materia de jurisdicción internacional relativa a las garantías mobiliarias, debiendo suplirse dicha carencia mediante reglas generales en materia de jurisdicción. Sin embargo, destacamos la opción realizada por la CIDIP VI en el sentido de someter a arbitraje a toda controversia que se suscite respecto de la interpretación y cumplimiento de la garantía.

9) Debemos pensar en la necesidad de que la registración mobiliaria cuente con una infraestructura normativa diferente a la aplicable a la registración inmobiliaria, que esté encaminada a otorgar la oportunidad a los potenciales acreedores o adquirentes del bien de que puedan informarse acerca de la posibilidad de que el deudor haya gravado sus bienes, o cierto tipo de bienes muebles, por ejemplo, consultando el índice alfabético del registro de la jurisdicción donde se domicilia dicho deudor.

10) Entendemos que si bien en lo referente a los bienes estáticos el derecho de reipersecutoriedad puede seguir manteniendo su fuerza (condicionada o no a la inscripción registral), en el ámbito de los bienes dinámicos la eficacia de la reipersecutoriedad ha de sustituirse por la de la subrogación o prolongación de la garantía.

11) Consideramos que el problema del conflicto móvil deberá resolverse conforme a la ley del lugar donde se encontraba el bien en el momento en que el tercero adquirió su posesión. Esta precisión de la conexión responde a las necesidades de seguridad del tráfico y previsibilidad que presiden la *ratio* de la propia *lex rei sitae*. Esta ley será la encargada de determinar la buena fe del tercer adquirente.

12) Es importante buscar los mecanismos para evitar garantías "claudicantes", para dar así la seguridad que debe primar en el Comercio Internacional, en este sentido creemos que para dotar de continuidad de las garantías reales constituidas en el extranjero, es útil el proceso llamado de "transposición", que consiste en analizar la naturaleza del derecho real de garantía creado y buscar su equivalente funcional en figuras del sistema del foro, o bien otra propuesta radica en que cuando una garantía constituida en el extranjero presente un contenido inaceptable para los principios del sistema de crédito y garantías del foro, se busque reducir o limar su contenido para adaptarlo a las garantías nacionales más próximas.

13) En cuanto a la Ley Modelo sobre Garantías Mobiliarias (CIDIP VI):

- a) Resulta técnicamente superior al proyecto presentado por Canadá y Estados Unidos.
- b) Destacamos la variedad de bienes que podrán ser objeto de garantía (presentes, futuros, corpóreos, incorpóreos, etc.).
- c) Nos parece importante la propuesta de la ley de creación por parte de cada Estado de un registro único y uniforme de garantías mobiliarias, en el que existirá un folio electrónico ordenado por nombre del deudor.
- d) Creemos que la solución propuesta con relación a la ley aplicable a la garantía, es acertada ya que está de alguna manera alineada con nuestra idea de buscar regir la garantía por la ley que presente los vínculos más estrechos con la misma.
- e) Deja traslucir una posición favorable al acreedor, principalmente en materia de ejecución, no reflejando la necesidad de que un sistema de garantías debe también proteger a la parte más débil de la relación jurídica (en este caso particular, el deudor que necesita en forma acuciante lograr financiación para solventar sus operaciones).

14) El sistema prendario argentino precisa algunas reformas (agilización del procedimiento, ampliación del ámbito operativo de la prenda sin desplazamiento, etc.), siendo plausible la armonización con legislaciones internacionales y el establecimiento de normas de conflicto, todo ello con miras a lograr la eficacia funcional de la garantía y a lograr un cierto grado de uniformidad con los diversos sistemas normativos.

XIII) Bibliografía

- ALEGRIA, Héctor, "Las Garantías Autoliquidables", *Revista de Derecho Privado y Comunitario* N° 2, Garantías, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995.
- AREAN, Beatriz, *Curso de Derechos Reales. Privilegios y Derecho de Retención*, 3ª ed. ampliada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994.
- BOGGIANO, Antonio, *Curso de Derecho Internacional Privado*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993.
- Derecho Internacional Privado*, t. I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1991.
- Los principios de Unidroit: ¿Un derecho común de los contratos para las Américas?*, Separata del Congreso Interamericano, Valencia, Venezuela, noviembre de 1996.
- BOUZA VIDAL, Nuria, *Las garantías mobiliarias en el comercio internacional*, Marcial Pons, Madrid, 1991.
- BUERES, Alberto J. - Mayo Jorge A., "Lineamientos generales sobre las garantías de la obligación en el derecho privado", *Revista de Derecho Privado y Comunitario* N° 2, Garantías, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995.
- CÁMARA, Héctor, *Prenda con Registro o Hipoteca Mobiliaria*, Ediar S.A., Buenos Aires, 1961.
- CARRAZCOZA GONZÁLES, Javier, "Derechos Reales", AA.VV., *Derecho Internacional Privado*, vol. II, Granada, 1998.
- CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "Problemática jusfilosófica de la empresa en el fin de milenio", *Revista de Derecho Privado y Comunitario* N° 21, Derecho y Económica, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999.
- FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara, *Derecho Internacional Privado*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2000.
- FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P., "La CIDIP cabalga de nuevo (Algunos comentarios sobre hechos y circunstancias de la próxima CIDIP)", *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, N° 185 a 188, Depalma, Buenos Aires, 1999.
- Garantías Mobiliarias en el Comercio Internacional*, Relato (Sección Derecho Internacional Privado), Asociación Argentina de Derecho Internacional, Dr. José Amadeo Conte Grand, San Juan, Septiembre de 2001.
- Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur*, (Coord.), Zavallia, Buenos Aires, 2003.

- FERNÁNDEZ, Raymundo L. - GÓMEZ LEO, Osvaldo R., *Tratado teórico-práctico de Derecho Comercial*, t. III-C, Depalma, Buenos Aires, 1992.
- FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos (editor), *Derecho del Comercio Internacional*, Eurolex, Madrid, 1996.
- FLEISING, Heywood W. - DE LA PEÑA, Nuria, "Argentina: Cómo las Leyes sobre Prenda limitan el acceso al crédito", *LL*, 1997-B, Secc. Doctrina, ps. 902-906.
- GALLINO, Julieta, "La autonomía de la voluntad en la Contratación Internacional", *Anuario de Derecho Civil*, Universidad Católica de Córdoba, t. IV, Alveroni Ediciones, 1998.
- GARRO, Alejandro, "Armonización y unificación del Derecho Privado en América Latina: esfuerzos, tendencias y realidades", *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, N° 145 a 159, Depalma, Buenos Aires, 1992.
- El régimen de garantías reales bajo la legislación uniforme de los Estados Unidos y el Canadá: un panorama general y comparado*, Estudios de Derecho Comercial, N° 13, Carlos Vicino Editor, San Isidro, Buenos Aires, 1997.
- HIGHTON, Elena I., "Introducción al estudio de las garantías en los contratos de empresa", *JA*, 1998-III, ps. 754-755.
- "Panorama del Régimen de las Garantías en el Derecho Estadounidense", *Revista de Derecho Privado y Comunitario* N° 2, Garantías, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1993.
- KIPER, Claudio M., "El análisis económico del Derecho y la regulación de los Derechos Reales", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 21, Derecho y Economía, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999.
- LORENZETTI, Ricardo Luis, *Tratado de los Contratos*, t. III, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000.
- RIVERA, Julio César, "Hipoteca: conveniencia de admitir las hipotecas abiertas", *Revista de Derecho Privado y Comunitario* N° 2, Garantías, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995.
- ROJO AJURIA, Luis, "La unificación del derecho de garantías reales mobiliarias. La experiencia del Derecho Comparado", en *Tratado de Garantías en la Contratación Mercantil*, t. II, Civitas, Madrid, 1996.
- SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, *Garantías reales en el comercio internacional (Reserva de dominio, venta en garantía y leasing)*, Civitas, Madrid, 1993.

Régimen general de la Contratación Internacional (epígrafe III. 2), en *Derecho del Comercio Internacional*, Eurolex, Madrid, 1996.

ÚZAL, María Elsa, "Algunas reflexiones sobre la ley aplicable a las garantías internacionales y su situación frente al concurso del deudor", XVI Congreso Ordinario y XII Congreso Argentino de Derecho Internacional, Dr. José A. Conte Grand, San Juan, Septiembre de 2001.

VILLEGAS, Carlos G., *Las Garantías del Crédito*, t. II, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1998.