



**Biblioteca
IBEROAMERICANA
de DERECHO**

EL NUEVO DERECHO DE LAS GARANTÍAS REALES

Estudio comparado de las recientes tendencias
en materia de garantías reales mobiliarias

CARLOS DE CORES

Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad Católica del Uruguay

ENRICO GABRIELLI

Profesor Ordinario de Derecho Civil
Universidad de Roma "Tor Vergata"

 **editorial
TEMIS S.A.**

 **EDITORIAL
UBIJUIS**



ZAVALIA

BIBLIOTECA IBEROAMERICANA DE DERECHO

TÍTULOS PUBLICADOS

La Corte Penal Internacional —soberanía *versus* justicia universal—, *Jean Marcel Fernandes* (2008).

El nuevo derecho de las garantías reales. Estudio comparado de las recientes tendencias en materia de garantías reales mobiliarias, *Carlos de Cores y Enrico Gabrielli* (2008).

COLECCIÓN BIBLIOTECA IBEROAMERICANA DE DERECHO

EL NUEVO DERECHO DE LAS GARANTÍAS REALES

**Estudio comparado de las recientes tendencias
en materia de garantías reales mobiliarias**

Carlos de Cores

*Profesor Titular de Derecho Civil
Facultad de Derecho
Universidad Católica del Uruguay*

Enrico Gabrielli

*Profesor Ordinario de Derecho Civil
Facultad de Jurisprudencia
Universidad de Roma «Tor Vergata»*



ZAVALLIA

Bogotá, México, D.F., Madrid, Buenos Aires, 2008

COLECCIÓN BIBLIOTECA IBEROAMERICANA DE DERECHO

CONSEJO ASESOR

Luis Leiva Fernández

Universidad de Buenos Aires

Leonardo B. Pérez Gallardo

Universidad de La Habana

Fernando Serrano Migallón

Universidad Nacional Autónoma de México

Carlos J. de Cores Helguera

Universidad Católica del Uruguay

Carlos Cárdenas Quirós

Universidad de Lima

Carlos Dario Barrera

Universidad Javeriana de Bogotá

COORDINADOR

Carlos Rogel Vide

Universidad Complutense de Madrid

EDITA: Reus –Madrid, España–

EDITORIALES ASOCIADAS

Palestra –Lima, Perú–, Temis –Bogotá, Colombia–, México, Buenos Aires

EDITAN:

Argentina

Editorial Zavalía

Alberti 835,
C1223AAG Buenos Aires
Tfno. (5411) 4942-1274
Fax (5411) 4308-2421
www.zavalía.com.ar
correo@zavalía.com.ar

Colombia

Editorial Temis

Calle 17 N° 68D – 46
Bogotá
Tfnos: (57-1) 3413225 – 3417297
Fax: (57-1) 3344331
www.editorialtemis.com
editorial@editorialtemis.com

México

Editorial UBIJUS

Av. Jardín N°. 592 Col. Euzkadi,
Del. Azcapotzalco, México, D.F.,
C.P. 02660
Tfno: (52-5) 55 56 45 11
Tel/Fax: (52) 53 56 68 88
www.ubijus.com
ubijus@gmail.com

España

Editorial Reus, S. A.

Preciados, 23 - 28013 Madrid
Tfno: (34) 91 521 36 19 – (34) 91 522 30 54
Fax: (34) 91 531 24 08
E-mail: reus@editorialreus.es
<http://www.editorialreus.es>

ISBN: 978-84-290-1525-6
Depósito Legal: Z. 3475-08
Diseño de portada: María Lapor
Impreso en España
Printed in Spain

Imprime: Talleres Editoriales COMETA, S. A.
Ctra. Castellón, Km. 3,400 – 50013 Zaragoza

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

PRÓLOGO

Este libro tiene por objeto el análisis de la problemática actual de las garantías reales mobiliarias considerando dos perspectivas, la americana y la europea.

Constituye un enfoque jurídico de un fenómeno novedoso y significativo de derecho comparado, consistente en un proceso crítico a nivel global en la materia de las garantías reales mobiliarias, pautado por una parte, por la contraposición de dos concepciones, de dos modelos en materia de garantías —lo que es parecido a decir dos modelos de la obligación—, a saber, la anglosajona y la latina, y por otra, por la fuerte interrelación entre ambas concepciones, específicamente por una vigorosa tendencia comprobable en varios países latinoamericanos y aún europeos a importar aspectos de las garantías mobiliarias tal como están reguladas en los Estados Unidos. De los materiales consultados sobre la experiencia recorrida en la implementación de las reformas surge manifiesto un proceso lleno de tensiones, preconcepciones, incomprensiones, y malos entendidos. También queda en evidencia que toda fructífera combinación entre las concepciones en juego requiere un diálogo basado en un detenido análisis y aprehensión de conceptos y sistemas, y que por ello ha parecido útil presentar públicamente el resultado de la investigación.

La idea de los autores de escribir un libro en conjunto, aportando un cruzamiento de dos perspectivas del mismo fenómeno, la europea y la americana, surgió por primera vez en el 2006. El diseño básico consistió en la presentación conjunta de dos trabajos dando cuenta del estado actual de los principales problemas jurídicos en materia de garantías mobiliarias en los respectivos ámbitos americano y europeo, a ser elabora-

dos en forma independiente, con el convencimiento de que la yuxtaposición de perspectivas sería idónea para dar como resultado una visión verdaderamente global, que se presentaba como posible en cuanto el relevamiento de la información manejada parecía representativo —en opinión de los autores— de las aristas más significativas de los problemas en una escala mundial.

En la intención de los autores, pues, este libro pretende proveer al lector de un panorama sintético y global del estado actual del pensamiento jurídico en materia de garantías mobiliarias, lo que le permitiría el acceso a una visión razonablemente comprensiva de lo que podría llamarse (sin pretensiones de exactitud) «derecho occidental». Sin perjuicio de que el análisis se reduce pues, estrictamente, al derecho de Occidente, entendido a estos efectos como el derecho de Europa y de América, no puede descartarse una utilidad del trabajo desde una perspectiva verdaderamente universal. Ciertamente, no puede ser considerado un estudio completo; no contiene una referencia a la totalidad de ordenamientos en el derecho comparado, tarea, por lo demás, difícilmente exigible y de dudosa utilidad, pero sí un conjunto de información que trasciende tal o cual ordenamiento jurídico particular, siendo la aspiración a lograr esa visión de conjunto lo que constituye —en el acierto o en el error— la característica principal de la obra.

En razón de la especialidad civilista de los autores, el libro comprende solamente el tratamiento de cuestiones de derecho civil sustantivo. Ello no implica desconocer que la temática de las garantías se encuentra ubicada en un «*carrefour*» disciplinario¹, resultando afectada no sólo por el derecho civil de los bienes, de las obligaciones y de los contratos, sino por el derecho procesal y el derecho concursal, y a esas disciplinas se dirigen algunas observaciones, pero con la debida prevención de que el objeto de este estudio es limitado.

A su vez, desde el punto de vista metodológico, se imponía optar por algún criterio de organización de la presentación. En este sentido, la pauta de división del trabajo ha sido simple: cada autor trataría el problema de las garantías reales mobiliarias en su propio lugar de ubicación: América y Europa. En ambos casos se ofrece una introducción al problema de las garantías reales mobiliarias desde un punto de vista muy general, aunque siempre desde la visión del problema que surge de la propia experiencia jurídica de los autores a partir de su peculiar circuns-

¹ MUÑIZ ESPADA, Esther, *La propuesta de una hipoteca independiente en el derecho español*, Cuadernos de Derecho Registral, Fundación Registral, Madrid, 2008, p. 38.

tancia, y luego se ingresa al análisis de las respectivas situaciones americana y europea, a través de la concreta perspectiva, latinoamericana y uruguaya en el primer caso, italiana en el segundo. Cada uno de los autores ha partido entonces desde su punto peculiar de observación, y ha desarrollado libremente su propia visión del fenómeno, comprendiendo una introducción teórica y un análisis concreto de aspectos puntuales relativos a la regulación de las garantías mobiliarias en los respectivos ámbitos americano y europeo.

La apuesta de los autores ha ido pues en el sentido de que la recorrida sucesiva de ambos itinerarios conceptuales resultará idónea para proporcionar al lector un conocimiento más perfecto del objeto en estudio o mejor aún, permitirá un correcto conocimiento, evitando la deformación que resultaría de una visión limitada, sesgada o parcializada. En su *«Idea de la Universidad»*, John Henry Newman sostiene que «sólo hay verdadera ampliación de la mente cuando se tiene el poder de ver muchas cosas al mismo tiempo como un todo, de referirlas recíprocamente a sus respectivo lugar en el sistema universal, de comprender sus respectivos valores y determinar su mutua dependencia»; y ejemplifica diciendo que si queremos conocer como peatones un edificio, no podemos verlo simultáneamente por sus cuatro costados y por ello debemos rodearlo sucesivas veces, recordando en cada aproximación el objeto de nuestras aproximaciones anteriores. «El objeto se nos presenta así como una suma de percepciones que se relacionan en nuestra mente y el resultado final es el conocimiento más completo que podemos poseer»². De algún modo, eso es lo que hemos modestamente pretendido; sumar perspectivas para estar en las mejores condiciones posibles de conocer un aspecto —puntual pero significativo— de la realidad jurídica contemporánea.

ENRICO GABRIELLI
CARLOS DE CORES

² NEWMAN, J.H., *The idea of a University*, Chicago University of Notre Dame Press, Chicago, 1986, p.103.

PRÓLOGO A LA EDICIÓN ESPAÑOLA Y AGRADECIMIENTOS

La aparición de este libro sobre la temática de las garantías reales mobiliarias con pretensión de visión universal es resultado de un largo periplo. En el año 1999 se aprobó en Uruguay una nueva ley sobre prenda sin desplazamiento, y mi maestro, Jorge Gamarra, me sugirió analizarla a los efectos de la actualización del tomo II volumen 1 del Tratado de Derecho Civil Uruguayo que versa sobre las garantías reales mobiliarias, en ese momento en ciernes. Habiendo transmitido mi inquietud por acceder a una visión completa y actualizada de la materia a mi amigo Massimo Zaccheo, éste me surgió que hiciera contacto con Enrico Gabrielli. Fue sin duda la generosidad de Gabrielli la que me permitió tener noticia del amplio debate sobre el problema de las garantías reales mobiliarias que se encontraba instalado en el derecho comparado, del que di cuenta en mi contribución en el Tratado. Como la desbordante generosidad de Gabrielli no se detuvo allí, tuve la fortuna de seguir participando en actividades académicas con su patrocinio. La idea de escribir un libro en conjunto surgió en noviembre de 2006, en Roma, luego de una clase en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Tor Vergata, mientras caminábamos frente al Ara Pacis. No está ello exento de significado, porque las garantías reales mobiliarias no son más que un instrumento jurídico al servicio del comercio, y el comercio está al servicio de la paz. Es cierto que en una visión inmediateista y simplista, no son más que instrumentos del acreedor; pero —siempre que se las entienda en el justo equilibrio de intereses de los agentes comprometidos— constituyen instrumentos funcionales al comercio jurídico y económico, y por tanto funcionales a la paz, porque el comercio es la forma

pacífica de intercambiar cosas y servicios para mejorar el nivel de vida de los hombres. No en vano se ocupan de ellas las Naciones Unidas³.

Como consecuencia de esta idea inicial, y dado que Gabrielli y yo nos habíamos dividido las competencias asumiendo yo el estudio de las garantías reales mobiliarias en el continente americano, se imponía profundizar en el derecho de los Estados Unidos, que como se verá es clave para comprender la temática. Fue en esa circunstancia que la generosidad de otra persona, el Profesor Sandeep Gopalan de la Universidad de Denver, me abrió la posibilidad de conocer la materia de las garantías reales en el derecho norteamericano con la profundidad suficiente.

Sin embargo, para que este libro viera la luz del día, aún había que encontrar un editor, y fue en esa instancia donde apareció la figura, también generosa, de Carlos Rogel Vide, que nos ofreció la posibilidad de editar el libro a nivel hispanoamericano.

Para proceder a la edición española, había que traducir la parte escrita en italiano por Enrico Gabrielli. Movidio por la ilusión de llevar adelante cuanto antes la publicación, acometí personalmente la tarea de traducción con energía y placer aunque seguramente no con la adecuada competencia, por lo cual pido desde ya disculpas al lector y al propio Enrico Gabrielli. Asumo como propias todas las imperfecciones y «traiciones» (aunque todo traducir implica un cierto «*tradire*») al pensamiento original de Gabrielli, esgrimiendo como única justificación la convicción de que siempre es preferible una obra imperfecta a la que no se realiza nunca.

Este libro, como tantas cosas, como la vida misma, resulta pues de una cadena de generosidades, cada una de las cuales, de por sí, ha sido decisiva y condición «*sine qua non*» para llegar finalmente a la obra que hoy se presenta al público de habla hispana. En buena medida, el impulso necesario para terminar este trabajo ha sido el designio de poder agradecer, en el presente prólogo, a todos quienes hicieron posible esta realización.

CARLOS DE CORES
Montevideo, mayo de 2008.

³ Veremos extensamente en el curso de esta obra las labores del Grupo de Trabajo No. VI sobre garantías reales de la CNUDMI, iniciadas en 2002 y que continúa hasta el presente.

PARTE PRIMERA

LAS GARANTÍAS REALES MOBILIARIAS
EN AMÉRICA

CARLOS DE CORES

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

Sumario: 1. Carácter general de la obra.– 2. Fundamentos de la delimitación de los estudios según el ámbito geográfico.– 3 Dualidad de los modelos y su interrelación.– 4. Destinatario del trabajo.– 5. Limitación del estudio a las garantías reales mobiliarias.– 6. Etapas históricas en la evolución de las garantías mobiliarias. Criterio historiográfico.

1. CARÁCTER GENERAL DE LA OBRA

La primera parte de este libro tiene por objeto el estudio de la problemática actual de los aspectos sustantivos de las garantías reales mobiliarias en el ámbito americano. Tal delimitación del objeto de estudio no es arbitraria, sino que se encuentra justificada por la hipótesis que constituye base de la investigación.

Esa hipótesis inicial se reduce a la proposición de que en materia de garantías reales mobiliarias, asistimos en la actualidad a un fenómeno significativo de derecho comparado, consistente la contraposición de dos concepciones, de dos modelos en materia de las garantías es decir, dos modelos de tutela del crédito: por una parte, una propia de los países latinos, que cristaliza en el Código Napoleón y resulta compartida por España, Italia y América Latina, cuyos procesos de codificación se inspiraron en mayor o menor medida en el código civil francés; y por otra, una visión inspirada en el derecho alemán y del *common law*, que por razón de brevedad y atendiendo al significado literal de la palabra, designaré como visión anglosajona. Creo asimismo que, lejos de tratarse de compartimentos estancos, la evidencia enseña que existe una interrela-

ÍNDICE

PRÓLOGO	7
PRÓLOGO A LA EDICIÓN ESPAÑOLA Y AGRADECIMIENTOS	11

PARTE PRIMERA

LAS GARANTÍAS REALES MOBILIARIAS EN AMÉRICA

CARLOS DE CORES

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN	15
1. Carácter general de la obra	15
2. Fundamentos de la delimitación de los estudios según el ámbito geográfico	17
3. Dualidad de los modelos y su interrelación	18
4. Destinatario del trabajo	20
5. Limitación del estudio a las garantías reales mobiliarias.....	21
6. Etapas históricas en la evolución de las garantías mobiliarias. Criterio historiográfico	22

CAPÍTULO II

CONCEPTO DE GARANTÍA REAL	25
1. Introducción	25
2. Concepto de garantía	26
3. Unidad del concepto de garantía	29
4. Distinción tradicional entre garantías personales y reales	33
5. Garantías reales. Género próximo	34

6. Garantías reales. Diferencia específica	36
7. Características específicas de las garantías reales	38
7.1. Persecución y preferencia. Garantías reales, preferencias y privilegios	38
7.2. Propiedad y garantía	42
7.3. El problema del título y el modo	43
8. Conclusión.	44

CAPÍTULO III

HISTORIA DE LA GARANTÍA REAL MOBILIARIA	47
1. Introducción	47
2. Prehistoria de las garantías reales mobiliarias	48
2.1. Derecho Romano clásico	48
2.2. Justiniano	49
3. Historia de la garantía real mobiliaria. El desarrollo precapitalista. Garantías mobiliarias de la primera generación	53
4. El desarrollo capitalista industrial y el nacimiento de la prenda sin desplazamiento. Garantías mobiliarias de la segunda generación	56
5. Fase post industrial. Capitalismo financiero y garantías mobiliarias de la tercera generación	60

CAPÍTULO IV

CONFORMACIÓN DUAL DE LOS MODELOS	63
1. Introducción	63
2. El modelo latino-continental	64
3. El modelo anglosajón	67
4. Comparación	69
5. Aspectos positivos y negativos del sistema latino-continental respecto del sistema anglosajón	71
6. Extensión del objeto en la prenda sin desplazamiento	73
7. Utilización de la propiedad en garantía	74

CAPÍTULO V

PRENDA COMÚN Y SIN DESPLAZAMIENTO EN EL MODELO CONTINENTAL	79
1. Introducción	79
2. España	84
3. Francia	86
4. Italia	87
5. Latinoamérica	88
6. Proyección	90

CAPÍTULO VI

PRENDA DE CRÉDITOS Y GARANTÍAS FINANCIERAS	93
1. Introducción	93
2. Tres generaciones de prenda de créditos	94
3. Prenda de créditos y transferencia en garantía	97
4. Garantías financieras y negocio irregular	100
5. Garantías financieras y activos financieros	101
6. Garantías financieras y valores escriturales.....	104
7. Garantías financieras relacionadas con activos financieros escriturales gestionados por un intermediario	113
8. La compensación como garantía financiera	114
9. El factoring o factoraje como garantía financiera	116
10. Transferencia en garantía de activos financieros en la Directiva Europea y en el Anteproyecto de UNIDROIT.	124

CAPÍTULO VII

GENERALIDADES SOBRE EL MODELO ANGLOSAJÓN DE GARANTÍAS REALES MOBILIARIAS	127
1. Introducción	127
2. Garantías mobiliarias alemanas.....	128
2.1. Transferencia fiduciaria de la propiedad con fines de garantía....	128
2.2. Reserva simple de propiedad	132
2.3. Admisibilidad de modalidades anómalas	133
3. Garantías reales mobiliarias en el common law	136
3.1. Derecho inglés.....	136
3.2. Derecho norteamericano	138

CAPÍTULO VIII

ANATOMÍA DEL ARTÍCULO NUEVE DEL CÓDIGO DE COMERCIO UNIFORME.....	147
1. Generalidades sobre el artículo nueve UCC	147
2. Panorama del UCC	148
3. Equilibrio de intereses: acreedor, deudor y terceros	152
3.1. Attachment	152
3.2. Security agreement	153
3.3. Perfection.....	154
3.4. Financing Statement	155
4. Principal innovación	156
5. El objeto	160
5.1. El objeto y su descripción.....	161
5.2. El objeto y su categorización	164

5.3. Garantías financieras en el art. 9 UCC	165
5.4. Garantías mobiliarias y propiedad intelectual	168
6. Métodos de perfeccionamiento del security interest	169
7. Prioridad	177
8. Incumplimiento (default) y ejecución forzada	179

CAPÍTULO IX

EL IMPACTO DE LA GLOBALIZACIÓN (1). LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES	185
1. Introducción	185
2. El sesgo predominante en proyectos de ley modelo y convenciones internacionales	186
3. Trabajos de la UNCITRAL, Grupo VI (Garantías Reales), 2002-2008 ..	187
4. Proyecto de guía legislativa sobre operaciones garantizadas de la UNCITRAL	198
5. Ley modelo de OEA sobre garantías mobiliarias	208
6. Ley modelo del Banco europeo de Reconstrucción y Desarrollo	209
7. Proyectos preparados por Unidroit en 1988	210
8. Convención de Naciones Unidas sobre Cesión de Cuentas por cobrar ...	211

CAPÍTULO X

EL IMPACTO DE LA GLOBALIZACIÓN (2). LAS REFORMAS LATINOAMERICANAS	213
1. Québec	214
2. El derecho mexicano: la ley general de títulos y operaciones de crédito	217
3. El derecho peruano: la ley de garantía mobiliaria	221
4. El derecho argentino: las leyes de fideicomiso y securitización	222
5. El derecho brasileño: la ley de «alienação fiduciaria».....	225
6. La reforma chilena de 2007 sobre prenda sin desplazamiento	229
7. El derecho uruguayo	229
7.1. Reserva de dominio.....	231
7.2. Reforma de la ley de prenda.....	234
7.3. Fideicomiso de garantía	249
7.4. Leyes de mercado de valores	252
7.5. Leyes de fondos comunes de inversión, factoring y securitización	257
7.6. Previsiones bancocentralistas uruguayas	264

CAPÍTULO XI

EL IMPACTO DE LA GLOBALIZACIÓN (3). EL PROBLEMA EN EUROPA VISTO DESDE AMÉRICA LATINA	267
1. Italia	267

2. España	273
3. Francia	276
4. La Comunidad Europea	277

CAPÍTULO XII

EL IMPACTO DE LA GLOBALIZACIÓN (4). UNA PERSPECTIVA LATINOAMERICANA DE LA REFORMA FRANCESA DE LAS GARANTÍAS REALES MOBILIARIAS	279
1. El contexto y la explicación de la reforma	280
2. El proceso legislativo de la reforma	287
3. Las garantías reales mobiliarias	288
3.1. Nuevo diseño de la prenda de muebles corporales	288
3.2. Actualización de la prenda de bienes muebles incorporales	298
3.3. Reconocimiento de la propiedad retenida o cedida a título de garantía	301
4. Conclusión	314

CAPÍTULO XIII

INTENTO DE SÍNTESIS	317
----------------------------------	------------

PARTE SEGUNDA

LAS GARANTÍAS REALES MOBILIARIAS EN EUROPA

ENRICO GABRIELLI

CAPÍTULO I

TEORÍA GENERAL DE LAS GARANTÍAS REALES	327
1. Problema y sistema de las garantías reales. La «realidad» de la prenda.....	327
2. La garantía real como «reserva de utilidad». Garantía y prelación ..	336
3. Constitución del derecho de garantía y relevancia externa del título constitutivo. La oponibilidad del derecho de prelación.	345

CAPÍTULO II

AUTONOMÍA PRIVADA Y GARANTÍAS REALES	355
1. Autonomía privada y función de garantía real	355
2. (sigue). Operación económica y garantía real	359