

ANÁLISIS, COMPARACIÓN Y SEGUIMIENTO DE LAS NORMAS COMPLEMENTARIAS PARA LA IMPLEMENTACIÓN DEL TLC ENTRE PERÚ Y ESTADOS UNIDOS DE NORTE AMÉRICA Y DIFUNDIR EL APORTE DE LAS CONVENCIONES NORTEAMERICANAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. PARTE III.- EL CONTRATO DE GARANTÍA MOBILIARIA Y EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO (PARTE DE LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO VI)



MG. CECILIA DEL CARMEN SAN MARTÍN OVIEDO

SUMARIO.- RESUMEN. ABSTRACT. PALABRAS CLAVES. KEY WORDS. INTRODUCCIÓN. I. IMPORTANCIA DE LAS CONVENCIONES INTERAMERICANAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL CONTRATO DE GARANTÍAS MOBILIARIAS. III.- ORIGEN CONTRACTUAL DE LA GARANTÍA REAL MOBILIARIA. SU CARÁCTER PRIORITARIO Y EN OCASIONES ABSTRACTO. 2 GRAVÁVEMENES ESTABLECIDOS POR LEY. 3. LA OBSOLETA DICOTOMÍA ENTRE EL PRÉSTAMO COMO CONTRATO PRINCIPAL Y SU GARANTÍA MOBILIARIA COMO CONTRATO ACCESORIO. IV.- IMPORTANCIA DE LA PUBLICIDAD Y PRIORIDAD DE LA MISMA SOBRE LA GARANTÍA MOBILIARIA. V.- PRINCIPIOS DEL NATIONAL LAW CENTER FOR INTER-AMERICAN FREE TRADE (NLIFCT) ESTABLECIDOS PARA LAS GARANTÍAS MOBILIARIAS EN LAS AMÉRICAS. VI.- LEY MODELO SOBRE GARANTÍAS MOBILIARIAS.- VII.- CONCLUSIONES.- VIII.- BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN.- Es un trabajo de investigación referido al conocimiento de una modalidad diferente de otorgamiento de garantías reales sobre bienes muebles; tratamiento poco común en Latinoamérica y común en países del sistema anglosajón interamericano (Estados Unidos y Canadá) cuyas economías crecen enriqueciéndose con los créditos en sus diferentes formas y niveles a través de la fórmula contractual, aplicando en ella, la justicia conmutativa, buena fe entre las partes y la publicidad para beneficio de las mismas y terceros acreedores. Esta forma crediticia es común en los países citados precedentemente, es por ello la importancia de la Convención Interamericana VI que contiene la Ley Modelo sobre Garantías Mobiliarias tratada anteriormente de manera detallada. En esta

oportunidad actualizamos la investigación a través de su historia, principios, el porqué de su desarrollo y la conveniencia de su aplicación en economías como la nuestra en un mundo globalizado.

ABSTRACT.- This is a paper work related to the knowledge of a different way from Latin-American regulations on security transactions, which is common within the Anglo-American system (United States of America and Canada) where the secured commercial and consumer credit is an effective tool for economic development through contracts, applying commutative justice, good faith and public notice between parties and third creditors. This kind of credit is very common between the countries mentioned above and that is the



reason why Inter-American Convention of Private International Law VI is relevant which contains OAS Model Inter-American Law on Secured Transactions, our last year detailed research. In this case, we bring up to date last paper work through its history, principles, why its development and the convenience of its application within our economic area in a global world.

PALABRAS CLAVE.- Justicia conmutativa, Principios para las Garantías Mobiliarias en las Américas. Buena fe. Contrato de Garantía Mobiliaria. Registro. Publicidad. Código Uniforme de Comercio. Convención Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP).

KEY WORDS.- Commutative justice. Principles of Secured Transactions Law in the Americas. Good faith. Security transaction. Security interest. Registration. Public notice. Uniform Commercial Code. Inter-American Convention of Private International Law. (CIDIP).

I.- IMPORTANCIA DE LAS CONVENCIONES INTERAMERICANAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN EL DESARROLLO DEL DERECHO INTERNACIONAL

A pesar de las dificultades para uniformizar el derecho interamericano dadas las existencias de sistemas diferentes que regulan, por un lado, el sistema latinoamericano (influenciado por el derecho romano-germánico), y por otro, los sistemas del common law conformado por los países como Estados Unidos de América y Canadá (en parte), la Organización de Estados Americanos ha cumplido y cumple un rol vital para la realización de los Congresos Interamericanos de Derecho Internacional Privado, así como el Comité Jurídico Interamericano.

A partir de 1975 hasta la actualidad, los Tratados Internacionales denominados Convenciones Interamericanas de Derecho Interamericano (CIDIP) aprobadas son: I, II, III, IV, V, VI y VII. Nuestro país solo a suscrito

en su integridad las CIDIPs I y II.

Otro aspecto interesante de este sistema integrador de Derecho Internacional Privado es que son los Estados los que propenden su programación y existencia; diferencias con el sistema europeo, que hay que resaltar.¹

En relación con la método científico, hay que señalar la metodología empleada de estudio y análisis de derecho comparado y su aplicación a través de diferentes Leyes aplicables, en las primeras CIDIPs fue usual. En cambio, a partir de la CIDIP VI, vemos la tendencia a la incorporación de Leyes modelos dentro del sistema del common law y su "latinización" a través de estudios comparados y las fórmulas económicas exitosas que implican los modelos de leyes estadounidenses o canadienses en un mundo globalizado.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL CONTRATO DE GARANTÍAS MOBILIARIAS.-²

El contrato de préstamo comercial con garantía mobiliaria sin desposesión del deudor fue una invención inglesa del siglo dieciocho. Su contraparte inmobiliaria, el préstamo hipotecario inmobiliario, dependía para su garantía de activos fijos o inamovibles como el terreno, tierra o edificios y duraba varios años durante los cuales el valor de los inmuebles generalmente aumentaba o permanecía estable. Por contraste, el préstamo comercial sin desposesión del deudor duraba menos; actualmente, solo días o meses y, solo ocasionalmente, es por más de un año.³

Los comerciantes que participaron en los préstamos comerciales con garantía de los siglos XVIII y XIX en Inglaterra eran: 1) orfebres, que prestaban sobre la garantía de joyería que a menudo permanecía en su poder hasta que fuera pagada; 2) banqueros no especializados, que prestaban a comerciantes y a menudo tomaban como garantía una prenda no posesoria del inventario de sus prestatarios conocido como "garantía flotante sobre bienes muebles"; 3) bancos especializados que prestaban sobre la garantía de títulos de crédito y valores; y 4) los "comisionistas o "factores"



(factors) que prestaban tomando como garantía cuentas por cobrar comerciales o personas ya fuera en la forma de recibos o letras de cambio y pagarés. El crédito dado por estos banqueros y comisionistas contrastaba con el de los "prestamistas" ("moneylenders). Los prestamistas prestaban sobre todo a consumidores; sus préstamos eran a menudo sin garantía pero sus altas tasas de interés reflejaban el riesgo que ellos asumían⁴

Estas prácticas comerciales en Inglaterra probaban la existencia de una pirámide crediticia de múltiples niveles. Los minoristas, prestamistas y sus prestatarios consumidores moraban en la base de la pirámide; los mayoristas y sus banqueros y los comisionistas se encontraban en los siguientes niveles ascendentes. Sin embargo este tipo de préstamos no se encontraban legislados y tampoco eran reconocidas en sentencias judiciales; adicionalmente, no tenían publicidad, por ello hubo muchas prisiones por deudas de muchos comerciantes y consumidores⁵.

En los Estados Unidos de Norteamérica por el número mayor de bancos (aproximadamente 15,000) que en Inglaterra en el siglo XX y menos especializados los primeros, se dedicaron a préstamos comerciales. En el negocio del factoring (descuento por facturas comerciales) se tornó especializado con tasas de interés razonables, por ejemplo.

Después de la Segunda Guerra Mundial, los préstamos de consumo crecieron exponencialmente con las tarjetas de crédito y las "líneas de crédito personales", lo que a su vez extendió el crecimiento del crédito no solo a los minoristas, sino también a las compras de los minoristas a los mayoristas, las compras de los mayoristas a los fabricantes y la producción de los fabricantes.

Durante la segunda mitad de siglo XX, los prestamistas, prestatarios, legisladores, jueces y comentaristas estadounidenses culminaron el proceso de adaptación del concepto de la transferibilidad del disfrute temporal de bienes inmuebles a la creación y transferencia de las

garantías sobre bienes muebles.

Entre estos últimos se encuentran bienes muebles como el inventario y equipo del comerciante, sus enseres, sus cuentas por cobrar, depósitos en bancos u otras instituciones financieras, propiedad intelectual y derechos derivados de sus contratos⁶.

Este proceso concluyó con la dación del Art. 9 del Código de Comercio Uniforme de los Estados Unidos, (UCC) donde se consolida la figura llamada el derecho de garantía real mobiliaria (security interest) a todas las garantías mobiliarias previas fuesen estas ventas con reserva de dominio, hipotecas mobiliarias, prendas industriales y agrarias, prendas comerciales de cuentas por cobrar (factors' liens), recibos fiduciarios (trust receipts) al igual que cualesquiera otra garantía mobiliaria, independientemente de su denominación, si su propósito era la de garantizar el pago del préstamo o la extensión de crédito con la garantía de un bien mueble. Esta figura unitaria del "security interest" está sujeta a publicidad por medio de una inscripción en un registro público de acceso fácil y poco costoso o por medio de la posesión del acreedor garantizado⁷.

Por ello, desde los dos puntos de vista tanto del common law como los derechos de inspiración romanística, lo que el deudor como garantía con garantía mobiliaria transfiere a su acreedor garantizado no es la titularidad del bien sino un derecho posesorio y en especial el derecho a la posesión inmediata del bien o bienes, en caso de incumplimiento del préstamo o extensión de crédito. Este derecho a diferencia del usufructo romano, puede ser trasferido en algunos casos por sección y, entre otros, por negociación o transferencia "abstracta"⁸.

El hecho que solo se requiera un derecho posesorio para la creación de un derecho de garantía real mobiliaria permite que un gran número de prestatarios se conviertan en deudores con garantía real mobiliaria; los compradores de bienes aún por fabricar; los prestatarios que posean derechos a bienes futuros; los tenedores de documentos de



legitimación tales como conocimientos de embarque o bonos de almacenes de depósito, o títulos de crédito negociables tales como pagarés, letras de cambio o facturas cambiarias; los acreedores de derechos contractuales o extra-contractuales incorporados o no a cuentas por cobrar; los titulares o poseedores de derechos de propiedad intelectual; los beneficiarios de cartas de crédito o sus acreedores-cesatarios, etc. Todos los miembros de la precedente enumeración y muchos más pueden convertirse en deudores con garantía mobiliaria. Sus derechos sobre el bien poseído no requieren del "animus domini", sino del "animus possessionis"⁹.

El concepto angloamericano de un derecho de garantía real mobiliario sin desposesión del deudor "security interest" respondía y responde a las demandas de un mercado de distribución masiva de bienes de producción y consumo¹⁰.

Con la explicación precedente, se puede afirmar que el derecho de garantías mobiliarias angloamericano y latinoamericano comparten algunos principios jurídicos especialmente con respecto de las prendas posesorias, en otros, en otros principios divergen fuertemente. La causa de la divergencia se remonta, en última instancia, a una concepción distinta de los bienes que forman la riqueza social. Actualmente, el derecho de GM en Latinoamérica está influenciado por una versión de la riqueza social que concibe la propiedad inmueble como la más valiosa y a la hipoteca inmobiliaria como la preferida de todos los derechos de garantía. Por contraste, los bienes muebles son concebidos tanto por los códigos civiles y comerciales del siglo XIX como propiedad menos valiosa y la prenda posesoria es considerada como emblemática negativa¹¹.

En el caso peruano tenemos las figuras generalizadas de cesión de posición contractual y la fianza, aplicadas la primera de manera más amplia tanto a bienes muebles como inmuebles y la segunda a nivel netamente bancario. Dentro de las garantías sobre inmuebles tenemos la clásica hipoteca (real), la renta vitalicia (real) (CC. Arts: 1868, 1097 (real),

1091 (real)¹². En relación con los derechos reales de garantía sobre muebles en nuestro país como la prenda ha sido derogada por la ley 28677 que se investigó en la año 2009 en sus dos partes, tratando de aplicar un sistema real de garantías basado en el modelo de la CIDIP V con los comentarios que se indicaron en ese informe, en relación con la tergiversación de la figura legislada¹³.

En cambio en Canadá y Estados Unidos, se forja al derecho de GM. Si bien los bienes inmuebles continúan siendo activos altamente valiosos en esos dos países, también lo son los bienes muebles tangibles como equipo e inventario y los intangibles como los derechos a reclamar el cumplimiento de contratos valiosos o al pago de regalías derivadas del uso de propiedad intelectual o las ganancias de capital o dividendos derivados de la adquisición o venta de títulos valores de cartera o el derecho al pago de créditos documentarios¹⁴.

Con la globalización actual, nuestro país necesita extender el crédito tanto a comerciantes como a consumidores-compradores que requieren que el "dominium" del vendedor sobre los bienes vendidos se divida entre él y su comprador a plazos. El vendedor "retendría el título", mientras el comprador obtendría la posesión de los bienes vendidos, lo que desafortunadamente no se ha logrado mediante la anteriormente citada ley peruana¹⁵.

Volviendo a la situación de la legislación americana; luego, a partir de la promulgación del Código Uniforme de Comercio; UCC, los vendedores con reserva de dominio, los acreedores de hipotecas mobiliarias, los acreedores con gravámenes por factoring, los tenedores de recibos fiduciarios y de títulos de crédito, títulos valores y representativos fueron considerados como poseedores de la misma garantía real mobiliaria. Para crear tal garantía era necesaria la ejecución de un CONTRATO DE GARANTÍA, y para "perfeccionarla" (un término del art. 9 del UCC que implica la adquisición de los derechos no solo del deudor con garantía sino también a terceros) era necesario darle publicidad a la garantía en la



forma prescrita por la ley¹⁶.

III- 1. ORIGEN CONTRACTUAL DE LA GARANTÍA REAL MOBILIARIA Y SU CARÁCTER PRIORITARIO Y, EN OCASIONES ABSTRACTO.-

La creación de un derecho de garantía real según el art. 9 del UCC es por contrato, pero su efecto sobre terceros o "perfección" depende de su "publicidad". El perfeccionamiento de los derechos de garantía real crea derechos in rem y ad rem. La prioridad entre derechos de garantía real perfeccionados, a su vez, depende del tipo de su notificación registral y de su fecha registral o posesoria¹⁷.

2. GRAVÁMENES CONTRACTUALES V. ESTABLECIDOS POR LA LEY.-

El common law también reconoce a los gravámenes establecidos por ley. Ejemplos de estos son gravámenes en forma de derecho de retención como; proveedores de materiales para fabricación o reparación de los bienes muebles

del deudor, mecánicos que reparan dichos bienes, transportistas que los transporta o bodegueros, almacenistas y hoteleros que los almacenan, en algunas jurisdicciones, a favor de los abogados, contadores públicos y médicos para el cobro de sus honorarios. Estos gravámenes están fuera del ámbito de la Ley de Transacciones con Garantía del art. 9 del UCC porque esta ley, como se explicó anteriormente, se aplica solo a derechos de garantía real convencionales o creados por contrato¹⁸.

La creación del derecho de garantía mobiliaria por contrato es el fundamento de la dicotomía básica respecto a los derechos de los acreedores con este tipo de garantía: por un lado están los derechos entre las partes del contrato y por el otro los derechos de las partes contractuales con respecto a terceros y los derechos entre los terceros como producto de la existencia de una garantía real mobiliaria perfeccionada (posesoria o registrada)¹⁹.

3.-LA OBSOLETA DICOTOMÍA DEL PRÉSTAMO COMO CONTRATO PRINCIPAL Y SU GARANTÍA MOBILIARIA COMO CONTRATO ACCESORIO.-

De acuerdo con el art. 9 del UCC, si bien es cierto que un derecho de garantía real no puede existir sin un contrato de préstamo, el préstamo en sí no necesita haber sido desembolsado para que el acreedor con garantía real mobiliaria pueda perfeccionar su derecho de garantía real. Así, un prestamista y un prestatario pueden acordar en la creación de una futura línea de crédito hasta determinada cantidad sobre una base renovable o acumulativa. Aunque el dinero no haya sido dado al prestatario, al momento de la inscripción del formulario registral, la futura extensión de crédito puede ser registrada en forma previa a la entrega de la cantidad prestada. Este registro surtirá sus efectos prioritarios respecto a terceros desde la fecha de su inscripción, afectando así los derechos de terceros acreedores o adquirentes con la excepción de los compradores en el curso ordinario de los negocios del vendedor o compradores en "mercado abierto"²⁰. Dentro de la práctica latinoamericana y en especial la peruana, equivaldría a una nota registral conocida como "notas al margen" o "anotaciones preventivas".

Lo señalado precedentemente merece la crítica a nuestro derecho, como el latinoamericano en general, por el principio de que lo principal sigue la suerte de lo accesorio. Es por eso que, el derecho registral formalista nuestro razona: La publicidad registral solo debe de hacerse una vez concluido el préstamo y la garantía hipotecaria (por ejemplo), lo accesorio, no podría registrarse hasta no haber pagado el préstamo, lo principal. Con este razonamiento los contratos de garantía mobiliaria a futuro no podrían hacerse. Sin embargo, debe señalarse que uno se complementa con el otro y de esta manera se agiliza el mercado y se incrementa. Veremos qué dirá la modificación de la Ley 26877 que se está gestando por la actual administración y, si llegará a probarse, será indispensable un estudio comparativo entre la actual legislación y la nueva en nuestro país²¹.



IV. IMPORTANCIA DE LA PUBLICIDAD Y PRIORIDAD DE LA MISMA SOBRE LA GARANTÍA MOBILIARIA.-

La principal función de la publicidad es proporcionar la información más relevante posible al potencial acreedor o comprador de bienes muebles de buena fe. El acceso a esta información es un componente esencial de las economías de mercado libre. Los operadores comerciales deben de buena fe confiar que la información que da el Registro es confiable²².

Esta publicidad es diferente de la de los bienes inmuebles, ya que por ejemplo, no incluye todos los términos y condiciones de la Escritura Pública o Privada de Préstamo e Hipoteca. De acuerdo con la normatividad del art. 9 del UCC no es un registro de garantías, sino de deudores. Se registran solo resúmenes del contrato de préstamo registrados como parte de lo que se conoce en la Ley Modelo como el "formulario registral" (financial statement) que puede registrarse en formato documentario o de papel o en forma de mensaje electrónico²³.

La funcionalidad de la publicidad también implica que ella debe ser lo suficientemente flexible para adaptarse a las necesidades de las numerosas transacciones y sus participantes. Así, la posesión manifiesta del acreedor proporciona una publicidad funcional, en el caso de la prenda tradicional. Lo mismo sucede con la posesión de terceros, agentes o mandatarios designados como poseedores a nombre del acreedor. Alternativamente, existe publicidad funcional cuando el prestamista y el prestatario acuerdan que los términos y condiciones del contrato de préstamo y acuerdo de garantía puedan ser examinados por terceros, y especifican el lugar y tiempo para su examen.

Adicionalmente, es importante señalar la prioridad que tiene este registro de GM, ya que en la vasta mayoría de los casos el primero en registrar o adquirir posesión de la GM tiene prioridad sobre los acreedores con garantías posteriormente adquiridas y perfeccionadas. Por supuesto, existen también excepciones²⁴.

La principal función de esta publicidad es también proporcionar la información más relevante posible al potencial acreedor o comprador de bienes muebles de buena fe. El acceso a esta información es un componente esencial de las economías de mercado libre (parte de la equidad y honestidad del mismo). Por ello, los registros tienen que proporcionar a los participantes de compraventas o préstamos sobre bienes muebles o inmuebles un modo de información confiable respecto a derechos y gravámenes pre-existentes, ya que en la medida en que esta información sea considerada como confiable por acreedores y compradores ellos harán sus decisiones de prestar o comprar con mayor frecuencia y volumen²⁵.

A diferencia del mercado norteamericano, el volumen del crédito comercial es escaso y costoso en América Latina y el Caribe. Del balance general de un estudio comparado de las diferentes normas registrales en países centroamericanos, el Profesor Kozolchik concluye que estas normas contienen un costo alto para los usuarios que devienen en la deformación de la finalidad para la que fueron creadas; por el contrario, las tasas de interés, a veces impulsadas por la inflación y a veces no, continuaban su ascenso inexorable²⁶.

V. PRINCIPIOS DEL NATIONAL LAW CENTER FOR INTER-AMERICAN FREE TRADE (NLCIFT) ESTABLECIDOS PARA LAS GARANTÍAS MOBILIARIAS EN LAS AMÉRICAS²⁷. Por la importancia de los mismos, se transcriben y comentan:

1. Las GM del crédito comercial y del consumo propician el desarrollo económico porque permiten al deudor el uso, transformación, venta o permuta de los bienes garantizados (movilización de los activos). El producto de la venta o disposición de estos activos o de sus bienes derivados o atribuibles hacen posible la auto-cancelación o pago del préstamo. La ejecución de un solo acuerdo de garantía y su publicidad registral efectuada, desde el momento de ese acuerdo, puede garantizar a una serie de préstamos o "línea de crédito" cuyo monto y cantidad o valor de bienes garantizados pueden fluctuar durante la vida



de ese préstamo o préstamos. Publicitada la garantía, el acreedor establece su prioridad respecto a terceros sin necesidad de acuerdos o registros sucesivos. La auto-cancelación de las GM requiere que los siguientes principios, corolarios de la misma, se implementen por los legisladores, las partes, los registros y las cortes.

Comentario.- Aplicación de la justicia conmutativa, la accesibilidad a cambiar una cosa por otra en el mundo comercial (conmutar: cambiar en general una cosa por otra; comprar, vender o cambiar comercialmente unas cosas por otras)²⁸. Esta clase de justicia dentro de un marco legal que garantice la aplicación de una economía razonable, competitiva donde cada una de las partes de la pirámide crediticia se involucre en el otorgamiento del crédito (que a su vez tenga tasas de interés bajas), bienes o servicios si se considera que existen probabilidades de obtener ganancias²⁹.

2. La GM es un derecho de posesión o de control preferente sobre bienes muebles. Como tal, no requiere que el deudor garante sea el propietario del bien mueble garantizador, su derechos a la posesión del mismo bien, así sea coetáneo con otros derechos posesorios de otros acreedores o deudores, permitirá la creación de la GM.

Comentario.- De acuerdo con el derecho romano es el *animus possessionis* la fuente de este derecho no el clásico *animus domini*, (vinculado a la propiedad) lo que permite una movilización del crédito.

3. La GM se puede constituir sobre cualquier bien susceptible de valoración pecuniaria, sean ellos presentes o futuros, corporales o incorporeales, incluyendo derechos sobre los mismos, así como sobre los bienes derivados o atribuibles a la venta o permuta de estas garantías, ya sea en una primera o ulterior generación de tales bienes derivados o atribuibles. Por tanto, los bienes garantizadores al igual que las garantías sobre los mismos son de número abierto (*numerus apertus*) y no se encuentran limitadas a figuras

pre-existentes tales como las prendas con o sin desplazamiento o las hipotecas mobiliarias, o ventas con reserva o retención de dominio, etc.

Comentario.- Se abre una gama de posibilidades dentro del comercio a favor de aquellos pequeños comerciantes que sin contar con bienes ingentes, los pocos que puedan tener e inventariarlos, ya los posibilita como agentes económicos sujetos de crédito. Ello a nuestro parecer permitiría la formalización de muchas empresas pequeñas que podrían contar con mayores oportunidades de crédito o de garantías que podrían cambiar de poseedores en un mercado que tendría el efecto multiplicador de agilizar nuestra economía e incrementar el Producto Bruto Interno³⁰.

4. Las GM pueden ser creadas mediante contrato o en virtud de la ley. La efectividad de una GM entre el acreedor garantizado y el deudor se origina por el contrato entre los mismos por imposición de la ley o decisión judicial, sin necesidad de formalidades adicionales. Sin embargo, los derechos de terceros, incluyendo los de los acreedores quirografarios con sentencias de embargo o remate y los de los síndicos, no quedarán afectados a menos que la GM haya sido debidamente publicitada.

Comentario.- El régimen contractual otorgado a la garantía mobiliaria le proporciona un carácter fundamental. Otorgado determinado préstamo se realizará el contrato principal y la garantía mobiliaria será el contrato accesorio, pero debe ser tratado como una unidad. Para la efectividad del sistema el préstamo en sí no necesita haber sido desembolsado para que el acreedor con garantía real mobiliaria pueda perfeccionar (registrar) su derecho de garantía real en forma previa. El prestamista y un prestario pueden acordar en la creación de una futura línea de crédito hasta determinada cantidad sobre una base renovable acumulativa. De esta forma, puede la garantía mobiliaria convertirse en un derecho principal autónomo o abstracto.

5. Uno de los objetivos principales del sistema de publicidad de las GM es el de eliminar los



gravámenes ocultos o secretos. La publicidad (perfeccionamiento) se puede lograr ya sea mediante registro público o por la posesión o control del bien garantizador en manos del acreedor o de un tercero designado por éste. La GM perfeccionada sobre un bien mueble podrá fusionarse con un documento negociable, en cuyo caso se convertirá en una GM negociable y, en consecuencia, en una obligación abstracta, independiente de los derechos y obligaciones de la transacción subyacente, permitiendo así su venta autónoma (trade sale) o negociación sin limitaciones a un tercero de buena fe.

Comentario.- Desde el punto de vista de la eficiencia económica este principio se establece para evitar cualquier tipo de negociación oculta no transparente susceptible de inseguridad jurídica y negociación de mala fe. El registro cumple la función de esa transparencia en las transacciones sobre de base no específicamente de la posesión sino del derecho de posesión sobre la garantía.

6. La publicidad efectiva por parte del registro especializado se logra cuando todos los mecanismos legales, presentes y futuros, cuyo efecto consiste en garantizar el pago de una deuda a través de bienes muebles, son tratados como un derecho de carácter unitario. El efecto de dicha garantía mobiliaria registrada (incluyendo su prioridad) ante terceros (tales como otros acreedores garantizados y compradores) da comienzo a partir de su inscripción, independientemente del momento de su constitución.

Comentario.- Unido con el principio anterior, el registro público da fe, a su vez, la publicidad que ratifica la transparencia de la negociación con garantía mobiliaria, privilegiando la priorización de la inscripción hacia los terceros y estableciendo su tratamiento uniforme e integrador cuando sus bases son eficientes y prácticas al independizar sus efectos a partir de su inscripción y no de su constitución.

7. El registro de garantía deberá ser lo más económico posible y deberá realizarse en un registro público fácilmente accesible a terceros sin distinción de giro comercial o nacionalidad,

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

Comentario.- Esta probado que las economías que se regulan sobre la valoración de los bienes muebles permiten un mayor acceso a los agentes económicos existentes -o por existir- con la oportunidad que brinda acceder a un crédito con tasas de interés razonables y con la garantía mobiliaria que le da la oportunidad de ingresar al mercado y elevar su estándar de vida. Por ello, el principio establece "sin distinción de giro comercial o nacionalidad". Igualmente, el uso del registro electrónico se adapta la técnica al favorecimiento al acceso al registro sin las formalidades complejas del registro tradicional en nuestro país y Latinoamérica.

8. En la medida en que el crédito proporcionado sobre la base de una GM de "adquisición" o de "compra de bienes específicos" se utilice directamente para la compra de los bienes garantizadores, dicha garantía tendrá prioridad sobre otras GM pre-existentes que cubran la misma clase de bienes, creando así un incentivo para quienes deseen proporcionar los préstamos necesarios y oportunos, y una protección en contra del monopolio e inmovilización de los bienes garantizadores disponibles por parte de uno o más acreedores garantizados. Además de la inscripción correspondiente, para el perfeccionamiento de la GM de adquisición se requerirá un aviso especial a los acreedores pre-existentes.

Comentario.- Se enfatiza sobre el orden de prelación que debe existir en los registros para otorgarse prioridad sobre otras garantías



mobiliarias existentes, cuando se trate de préstamos necesarios y oportunos, que a su vez, continúan con la agilidad del mercado libre; y, el impedimento que se presente a favor de un monopolio de los bienes garantizados o estancamiento de los bienes garantizados disponibles de parte de uno o más acreedores garantizados.

9. El comprador en el curso ordinario de los negocios adquiere los bienes libres de cualquier GM perfeccionada anteriormente por el vendedor, incluso en los casos en que el comprador pueda tener conocimiento de su existencia. Si la venta ocurre fuera del curso ordinario de los negocios, entonces el comprador se encuentra sujeto a la GM, incluso cuando haya pagado un precio de compra justo. **Comentario.-** Nuevamente en una economía globalizada la terminología curso ordinario de los negocios conlleva el proceso de negociación en el campo comercial. El desarrollo del Derecho Comercial en el mundo antiguo y contemporáneo ha permitido el avance de la sociedad, se establecen las bases de la transferencia del título (garantía mobiliaria). Contemporáneamente el Derecho citado se enriquece con el mundo bursátil al que pueden ingresar los bienes garantizados a través la garantía mobiliaria.

10. La auto-cancelación de las GM exige que la reposición de las garantías y su ejecución se puedan realizar a través de mecanismos de resolución contractual y de ejecución extrajudicial, confiriéndole al acreedor o a quien se haya acordado, habrá de actuar como fiduciarios la potestad de tomar posesión o retener y hacer ejecutar la garantía ya sea de manera privada o a través de un proceso judicial altamente expedito.

Comentario.- Este principio remueve las bases formalistas de nuestra formación de abogados cuyos medios de solución se han visto enfocados al nivel del litigio. Mucho ha tenido que avanzar nuestra mentalidad jurídica e idiosincrasia peruana en aceptar nuevos métodos de solución de conflictos. En otros campos lo han sido y son las figuras del

Arbitraje y Conciliación, cuyo incorporación a nuestra cultura no ha sido fácil, ya que está probado que tiene avances y retrocesos. De igual forma, mucha crítica merece este principio de ejecución extrajudicial en nuestro medio; sin embargo, su aplicación en otras economías demuestra la efectividad y practicidad en el procedimiento de auto cancelación de las GM, mediante la reposición de las mismas a través de la ejecución extrajudicial, por medio del propio acreedor designado como fiduciario la potestad de tomar posesión o retener y ejecutar la garantía, siendo él que decida la solución judicial, de ser el caso.

11. En la medida de lo posible y hasta el momento en que rija un sistema moderno en materia de quiebras que proteja en forma adecuada los derechos de los acreedores y deudores- la GM perfeccionada no deberá formar parte de los procedimientos de quiebra, y las leyes relativas a quiebra o a otras ramas del derecho no habrán de convertirse en un vehículo para retrasar, evitar y evadir el pago de las obligaciones garantizadas. De manera excepcional, si los procedimientos corresponden a un concurso preventivo, los bienes garantizados pueden pasar a integrar la masa de la quiebra, sujetos a la jurisdicción exclusiva del tribunal de quiebras, a efectos de confirmar el perfeccionamiento de las GM así como su prioridad con respecto a los reclamos de otros acreedores, de determinar el alcance y valor de las garantías y, en última instancia, para decidir si los bienes garantizados son esenciales para el éxito de un concurso preventivo que habrá de proteger a las GM válidas.

Comentario.- Dentro del campo de "universalidad de bienes", este principio sienta las bases para que dentro de un proceso concursal, hoy en manos del Indecopi, las GM no obstaculicen dicho proceso, al contrario, hace posible que ellas pasen a formar parte de la masa de la quiebra

12. La armonización de las leyes sobre GM _incluyendo las normas de conflicto de leyes- resulta esencial a los efectos de promover la



disponibilidad del crédito transfronterizo.

Comentario.- Por medio de este principio el rol que juega el Derecho Internacional Privado para regular las leyes aplicables que lleven adelante la oportunidad que se puede presentar en un mundo globalizado del crédito más allá de la frontera.

VI. LEY MODELO INTERAMERICANA DE GARANTÍAS MOBILIARIAS 31

El principal objetivo de esta ley es crear un derecho de GM real y no posesorio que le permita a los deudores retener la posesión del bien o bienes dados en garantía y le permita a los acreedores garantizados ejecutar su derecho de garantía extra judicialmente en caso de incumplimiento. También facilita la creación de un mercado crediticio regional al cimentar los fundamentos legales para una red de registros electrónicos en el nivel interamericano.

La LM estimula la creación de una sola base de datos del registro por país recibiendo su información bien en forma directa de los acreedores y deudores o por medio de registros regionales o locales. Este registro central contiene todos los derechos de GM registrados y promueve la uniformidad sustantiva y registral al permitirles a los países adoptantes optar por un grupo uniforme de reglas de comercio electrónico 32

La LM no es una traducción del UCC o de las Leyes Canadienses sobre la Garantía de Propiedad Personal; más bien, es un puente cuidadosamente construido entre instituciones de efectividad probada tanto en los sistemas jurídicos romanistas como en el common law. Su concepto central de garantía mobiliaria como un "Derecho posesorio (no de dominio o propiedad)" preferente" está inspirado en el análisis de los elementos de la posesión y de las acciones posesorias de Rudolf von Ihering. Lo mismo sucedió con lo referente a la publicidad funcional. Su apertura e amplitud respecto a los bienes dados en garantía al igual que a sus garantías reales están inspiradas en las prácticas financieras y jurídicas del mercado

norteamericano. Sus procedimientos de ejecución reflejan tanto la jurisprudencia y doctrina alemana como el pensamiento agudo y vivaz de los distinguidos juristas latinoamericanos que las redactaron con vista al balance equitativo entre los derechos de los acreedores y deudores 33.

VII.-CONCLUSIONES.-

1.- La historia de las garantías mobiliarias en el derecho anglosajón nos informa del desarrollo comercial de su cultura que se inicia en Inglaterra en el Siglo XVIII como contrapartida a la importantísima figura de la hipoteca como garantía real. Los primeros participantes eran los orfebres; banqueros, no especializados que trabajaban con comerciantes y tomaban como garantía una prenda no posesoria del inventario como "garantía flotante sobre bienes muebles"; bancos especializados que prestaban sobre garantía de títulos de crédito y como garantía cuentas por cobrar comerciales, entre otros. Los créditos otorgados por los banqueros contrastaban con los prestamistas a todo tipo de consumidores.

2.- Las prácticas comerciales inglesas probaron la existencia de una pirámide crediticia de múltiples niveles. La base de esta pirámide estaba constituida por prestamistas y sus prestatarios consumidores; superiormente se encontraban los mayoristas, sus banqueros, y los comisionistas. Pero estos préstamos no se encontraban legislados.

3.- En los Estados Unidos al llegar estos usos y costumbres crediticias en el siglo XIX, después en el XX, al existir un número mayor de bancos que en Inglaterra, estos se dedicaron a los préstamos comerciales como el descuento por facturas comerciales (factoring) que se especializó con tasas de interés razonables, entre otros.

4.- Después de la Segunda Guerra Mundial, los préstamos crecieron a través de las tarjetas de crédito y líneas de crédito personales, lo que a su vez extiende el crédito de minoristas que compran a mayoristas; los mayoristas que



compran a los fabricantes y la producción de los mismos. Estas personas unidas a los operadores del derecho en sus diferentes poderes del Estado culminaron con la adaptación del proceso del concepto de transferibilidad del disfrute temporal de los bienes inmuebles y la creación y transferencia de garantías sobre bienes muebles, que finalmente, resultan siendo normadas por el artículo 9 del Código Uniforme de Comercio de los Estados Unidos.

5.- El artículo 9 del UCC regula la figura denominada derecho de garantía real mobiliaria a todas aquellas otorgadas previamente como ventas con reserva de dominio, hipotecas mobiliarias, prendas industriales y agrarias, prendas comerciales de cuentas por cobrar, recibos fiduciarios al igual que cualesquiera otra garantía mobiliaria independiente de su denominación, si la finalidad es garantizar el pago de un préstamo o la extensión de crédito con garantía mobiliarias de un bien mueble. Como elemento de perfeccionamiento, esta figura está sujeta a la publicidad por medio de una inscripción en el registro público de fácil acceso y poco costoso o por medio de la posesión del acreedor garantizado.

6.- La influencia romanística de la garantía real mobiliaria sobre bienes muebles está inspirada en el *animus possessionis* (posesión) y no el *animus domini* (propiedad). Es decir, la garantía mobiliaria no constituye posesión sino un derecho de posesión respecto de la garantía.

7.- En Latino América y nuestro país en particular se prioriza y legisla la garantía sobre bienes inmuebles a través de la hipoteca, por ejemplo y la fianza y cesión de posición contractual sobre bienes muebles. La figura de la prenda ha sido derogada por nuestra normatividad en el Código Civil y hoy se legisla, inapropiadamente, la figura de la garantía mobiliaria sobre bienes muebles a través de la ley 26877 de 2006.

8.- Los Principios elaborados por el Centro Nacional de Derecho para el Libre Comercio Interamericano (National Law Center for Inter-American Free Trade, NLCIFT) afianzan la

base doctrinaria de la Ley Modelo sobre Contratos de Garantías Mobiliarias al fundamentar en ellos los principios reguladores de las mismas como: Justicia Conmutativa, Buena fe, Transparencia de las transacciones comerciales a través de la Publicidad y Registro.

9.- Igualmente, facilitan la solución de conflictos por medio de auto cancelación de la garantía mobiliaria que exige la re-posesión de las garantías y su ejecución a través de mecanismos de resolución contractual y de ejecución extra judicial.

10.- En un mundo globalizado las prácticas comerciales competitivas se tornan imperiosas para integrarse económica y comercialmente en él. La creación de la figura de la garantía mobiliaria sobre bienes muebles dentro del comercio ha demostrado la agilización que el mercado actual exige a las transacciones comerciales sobre bases contractuales que aplicadas al crédito con tasas de interés razonables y transparencia de las operaciones harán posible que el porcentaje del Producto Bruto Interno de incremento significativamente con el efecto multiplicador de elevar el estándar de vida de la población.

VIII.- BIBLIOGRAFÍA.-

Bibliografía Nacional.-

- DELGADO BARRETO, C. et al. Introducción al Derecho Internacional Privado. Tomo I Conflicto de Leyes – Parte General (2002) Pontificia Universidad Católica del Perú, Dirección Académica de Investigación. Fondo Editorial.
- SIERRALTA RÍOS, A. Negociaciones Comerciales Internacionales Texto y casos (2005) Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial.
- SIERRALTA RÍOS, A. Contratos de Comercio Internacional (2007) Pontificia Universidad Católica del Perú, Quinta Edición. Fondo Editorial.
- CAJAS BUSTAMANTE, W. Código Civil (2010) Editorial Rhodas
- Ley 26877 en: CAJAS BUSTAMANTE, W. Código Civil (2010) Editorial Rodhas.



Bibliografía Internacional.-

HINOSTROZA MARTINEZ, L. et al. *Derecho Internacional Económico* (2010). Cátedra Internacional OMC/Integración Regional. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid.

KOZOLCHYK, B. *La Contratación Comercial en el Derecho Comparado* (2006) Editorial Dykinson, Madrid.

MARZORATI, O. *Derecho de los Negocios Internacionales. Tomo I* (2003). Tercera Edición Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires

Internet

Libro:

KOZOLCHYK, B. et al. *La Ley Interamericana de Garantías Mobiliarias (Ley Modelo) de la Organización de Estados Americanos. National Law Center for Inter-American Free Trade, 2003 Tucson, Arizona, Estados Unidos* En: <http://www.natlaw.com/hdocs/ulrartrtranspan.pdf>

Artículos

Kozolchik, Boris: *Secured Lending and its Poverty Reduction Effect* (2006) En: Arizona Legal Studies Discussion Paper N° 06-33 The University of Arizona James E. Rogers College of Law También puede verse en: <http://www.thinkmicrofinance.org/wp-content/uploads/2006/10/secured-tending-and-its-poverty-reduction-effect.pdf>

KOZOLCHY, B y FURNISH, D. *The OAS Model Law on Secured Transaction: A Comparative Analysis* (2006) Arizona Legal Studies Discussion Paper N° 06-39 The University of Arizona, James E. College of Law. <http://www.law.arizona.edu/faculty/faculypubs/documents/kozolchik/als06-39.pdf>

Website de Organismos Internacionales Organización de Estados Americanos (OEA) www.oas.org

NOTAS

¹ DELGADO BARRETO, C. et al. *Introducción al Derecho Internacional Privado Tomo I* Pontificia Universidad Católica del Perú, Dirección Académica de Investigación FONDO EDITORIAL 2002. p. 381 y siguientes

² Ley Modelo sobre Garantías Mobiliarias, ver en:

http://www.oas.org/dil/esp/CIDIPVI-Res5-02_esp.htm

³ KOZOLCHYK, B. et al. *La Ley Interamericana de Garantías Mobiliarias (Ley Modelo) de la Organización de Estados Americanos. National Law Center for Inter-American Free Trade, 2003 Tucson, Arizona, pp 6*, En: <http://www.natlaw.com/hdocs/ulrartrtranspan.pdf>

⁴ KOZOLCHYK, B. *Ibidem*, p.7.

⁵ *Ibidem*, p. 7

⁶ *Ibidem*, nota 5

⁷ Uniform Commercial Code, UCC, Article 9 p. 617 y siguientes En: *Commercial and Debtor-Creditor Law: Selected Statutes* (1984) Mineola, New York. THE FOUNDATION PRESS, INC.

⁸ *Ibidem*, nota 6, p. 11

⁹ *Ibidem*, nota 6, p. 12

¹⁰ *Ibidem*, p. 12

¹¹ *Ibidem*, p. 12

¹² CAJAS BUSTAMANTE, W. *Código Civil* (2010) 17ª Edición, Editorial Rodhas, pp. 484, 339, 338.

¹³ SAN MARTIN, C. *Informe Técnico 2009 Parte I y II Unidad de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos*

¹⁴ *Ibidem*, nota 11, p. 12

¹⁵ *Ibidem*, nota 13

¹⁶ *Ibidem*, nota 11, p. 13

¹⁷ *Ibidem*, p. 13

¹⁸ *Ibid*, nota 7 p. 617

¹⁹ *Ibid*, nota, nota 17, p. 13

²⁰ *Ibid*, p. 13

²¹ Hemos tomado contacto con la actual administración con el Dr. Víctor García Toma, anterior Ministro de Justicia, sobre el particular al conocer la intención de modificar la ley 26877. Lima, junio 2010

²² KOZOLCHY, B y FURNISH, D. *The OAS Model Law on Secured Transaction: A Comparative Analysis* (2006) Arizona Legal Studies Discussion Paper N° 06-39 The University of Arizona, James E. College of Law, p.3. En: <http://www.law.arizona.edu/faculty/faculypubs/documents/kozolchik/als06-39.pdf>

²³ Art. 9-501 UCC Citado por Kozolchik, p. 14

²⁴ *Ibid*, p. 14

²⁵ *Ibid*, p. 16

²⁶ - *Ibid*, nota 23, p. 20

²⁷ - Texto Oficial. www.natlaw.com/bci9.pdf

²⁸ - Diccionario de la Real Academia Española, Vigésima primera edición. Tomo I. 1992 p. 543.

²⁹ - Kozolchik, B. et al. *The OAS Model Law on Secured Transactions: A Comparative Analysis*. Washington DC. 2003. Conferencia brindada por los ponentes en el Banco Mundial.

En <http://siteresources.worldbank.org/GILD/Conference-Material/20157943/Kozolchik-Furnish%20-%20OAS%20-%20FINAL.pdf>

³⁰ - Kozolchik, Boris: *Secured Lending and its Poverty Reduction Effect* En: Arizona Legal Studies Discussion Paper N° 06-33 The University of Arizona James E. Rogers College of Law, pp. 1.a 4. También puede verse en: <http://www.thinkmicrofinance.org/wp-content/uploads/2006/10/secured-tending-and-its-poverty-reduction-effect.pdf>

³¹ - *Ibid*, nota 2

³² - *Ibid*, nota 22

³³ - *Ibid*, nota 22