

La reforma francesa del derecho de las garantías mobiliarias: una perspectiva latinoamericana^{*1}

Carlos de Cores^{**2}

RESUMEN. El artículo analiza las leyes sobre garantías y fideicomiso aprobadas en Francia en el último año. Entiende el autor que considerar esta reforma francesa es de gran importancia para el derecho comparado porque *muestra claramente la etapa culminante de un proceso crítico —a nivel global— en materia de garantías reales, en la que se contraponen verdaderas concepciones sobre la responsabilidad patrimonial:* por una parte, una que es precisamente la tradicional desde el Código Napoleón, que es propia de España, de Italia y de América Latina, cuyos procesos de codificación se inspiraron en mayor o menor medida en el Código Civil francés, y que parece estar en retirada; y por otra, una visión inspirada en el derecho alemán y del *common law*, que parece estar ganando terreno. Conocer este proceso es importante para mejorar la comprensión de las innovaciones introducidas en distintos ordenamientos latinoamericanos en relación con los complejos institutos de garantía, tanto los tradicionales, tales como la fianza, la prenda, la prenda sin desplazamiento, la prenda de créditos, la hipoteca, y la anticresis, como un sinnúmero de

* Este trabajo fue admitido y designado evaluador idóneo por resolución del Consejo de Redacción del día 2 de mayo de 2007. En concordancia con la evaluación favorable, por acta del 24 de julio de 2007, el Consejo de Redacción resolvió su incorporación en este número de la *Revista de Derecho* de la Universidad Católica del Uruguay.

¹ Corresponde precisar que la reforma del derecho positivo francés abarca todo el derecho de las garantías; no se reduce al derecho de las garantías reales y menos al de las garantías reales mobiliarias. Sin embargo, el título de este artículo, que hace exclusivamente alusión a la reforma de las garantías reales mobiliarias, se justifica por la autonomía conceptual del objeto de estudio. Se trata de advertir al lector que acometemos el tratamiento de una temática específica, que habilita un estudio aislado de las otras formas de garantía, de modo de permitir la observación del fenómeno de las garantías reales mobiliarias en una particular perspectiva comparativa. Se puede acceder a los textos legislativos y reglamentarios franceses en el sitio oficial de Legifrance <http://www.legifrance.gouv.fr/>

** Director del Área Académica de Derecho Civil y Profesor Titular de Derecho de los Contratos en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay.

² Agradezco vivamente al profesor Jean Pierre Gridel, consejero de la Corte de Casación francesa, la valiosa información que me proporcionó sobre las reacciones doctrinarias posteriores a la reforma del Código Civil francés que se analizan en este artículo.

nuevas formas impuestas por la práctica comercial y financiera modernas (*leasing* o crédito de uso, *factoring* y securitización, fondos comunes de inversión, fideicomiso de garantía, etcétera).

ABSTRACT. This article analyzes the laws on secured transactions and trusts passed in France in the last year. The author believes that the French reform is paramount for comparative law since *it clearly shows the final stage of a critical process – worldwide – in terms of proprietary security interest, in which true conceptions of proprietary interest oppose: on the one hand, the traditional conception of the Code Napoleon, characteristic of Spain, Italy and Latin America, whose code processes were inspired to a lesser or greater extent in the French civil code, currently in retreat; and on the other hand, a vision inspired on German law and common law, which seems to be gaining ground.* Comprehensive knowledge of this process is vital to improve the understanding of innovations introduced in different Latin American legal systems with reference to the complex concepts of secured transactions, both traditional ones, such as suretyships, pledges, liens, mortgages and antichresis as well as the endless list of new forms imposed by financial and commercial modern practices such as leasing, factoring, securitization, mutual investment funds, trusts, etc.

PALABRAS CLAVE. Derecho de bienes. Francia. Derecho comparado. Fideicomiso. Responsabilidad patrimonial. Bienes muebles. Derecho civil.

KEY WORDS. Property law. France. Comparative law. Trusts. Civil liability. Personal property. Civil law. Secured transactions. Liens on personal property. Security interest.

SUMARIO. **1.** Prólogo. **2.** Aclaraciones introductorias. **3.** El contexto y la explicación de la reforma. **4.** Un esquema que puede ser útil. **5.** La perspectiva latinoamericana. **6.** El proceso legislativo de la reforma francesa. **7.** Las garantías reales mobiliarias. **8.** Nuevo diseño de la prenda de muebles corporales. a. Eliminación de la realidad del contrato. b. Organización de la publicidad del derecho de prenda. c. Extensión del conjunto de bienes susceptibles de ser objeto de prenda. d. Mantenimiento de la tipicidad de las garantías reales. e. Facilitación (*assouplissement*) de los modos de ejecución. **9.** Actualización de la prenda de bienes muebles incorporales. a. Reconstrucción de la prenda de créditos. b. Recepción de la prenda de moneda escritural y de instrumentos financieros. **10.** Reconocimiento de la propiedad retenida o cedida a título de garantía. **11.** Reserva de la propiedad en garantía. **12.** Cesión de la propiedad en garantía y fideicomiso de garantía. **13.** Final recepción del fideicomiso con fines de garantía. **14.** Epílogo.

1.

PRÓLOGO

Mayotte es un pequeño archipiélago bañado por las aguas del océano Índico, entre la costa africana de Mozambique y la isla de Madagascar. Nadie hubiera imaginado que pudiera existir vínculo alguno entre este lejano paraje, conocido como la *Isla de los Perfumes*, y el derecho de las garantías. No obstante, la relación existe. Los avatares de la historia determinaron que esa exótica región del mundo, otrora colonia francesa, quedara fuera del proceso de descolonización ocurrido en la segunda mitad del siglo XX, por lo cual sigue manteniendo su estatuto de departamento francés de ultramar y se rige por tanto por las leyes francesas. Ocurre que, debido al complejo proceso de derecho internacional involucrado en la descolonización, la ley francesa sólo es aplicable en Mayotte si así ella lo indica expresamente; por eso, el libro IV del Código Civil francés se intitulaba hasta hace poco “Disposiciones aplicables a Mayotte”.

Sin embargo, en mayo de 2006, una ordenanza del Gobierno francés desplazó el libro IV del Code Civil, dedicada a disposiciones aplicables a Mayotte, al libro V, y colocó bajo la rúbrica del Libro IV un título totalmente nuevo: “Des Sûretés”. *A partir de ese momento, el libro IV del Code Civil, que antes se ocupaba de Mayotte, contiene la más formidable modificación experimentada por el Código Napoleón en sus doscientos años de historia.*

El derecho de las garantías no es lo único que ha sido objeto de reciente revisión en el derecho civil francés. El segundo centenario de vida del Código Napoleón ha sido oportunidad para que los franceses revisaran activamente la vigencia de sus disposiciones

en una variedad de dominios. Ya las partes correspondientes a la regulación de la persona y la familia habían sido objeto de actualización, bajo la conducción de Jean Carbonnier. El derecho patrimonial, no obstante —pese a que voces de reforma se han venido escuchando desde hace mucho y notoriamente en los inicios del siglo XX, en oportunidad de cumplirse el primer centenario—, no había sido objeto todavía de una revisión de conjunto.

Entre 2003 y 2005 un nutrido grupo de trabajo coordinado por Pierre Catala elaboró un monumental proyecto de reforma del derecho de las obligaciones y de la prescripción. Este trabajo no ha tenido, sin embargo, por el momento, consecuencias en el plano del derecho positivo; por otra parte, el propósito explicitado por el grupo de trabajo no era verificar una gran reforma, sino poner al día el derecho francés de las obligaciones y de la prescripción, desde una perspectiva más bien diríamos conservadora.

Paralelamente tuvo lugar el desarrollo de trabajos para la reforma del derecho de las garantías. En este ámbito, a diferencia de lo ocurrido en sede de obligaciones, el trabajo de reforma logró transformarse en derecho positivo, pero además no se redujo a una mera puesta al día, sino que determinó una profunda transformación.

Por otra parte, en mi opinión, considerar esta reforma francesa es, a su vez, de gran importancia para el derecho comparado y particularmente para nosotros, uruguayos y latinoamericanos, porque *muestra claramente la etapa culminante de un proceso crítico —de alcance global— en materia de garantías reales, en la que se contraponen verdaderas concepciones sobre la responsabilidad patrimonial*: por una parte, una que es precisamente la tradicional desde el Código Napoleón, que es propia de España, de Italia y de América Latina, cuyos procesos de codificación se inspiraron en mayor o menor medida en el Código Civil francés, y que parece estar en retirada; y por otra, una visión inspirada en el derecho alemán y del *common law*, que se presenta como más moderna (aunque en realidad no se trata de un problema de antigüedad de los modelos, sino de las sustantivas diferencias en sus características intrínsecas), que parece estar ganando terreno en todo el mundo y que —aun cuando en forma claudicante e imperfecta— ya ha tenido ingreso en numerosos países de América Latina y también en el Uruguay. Analizarla, por tanto, constituye un imperativo en orden a poseer una cabal comprensión de las innovaciones introducidas en distintos ordenamientos latinoamericanos y en particular en nuestro país en los últimos tiempos, en relación con los complejos institutos de garantía, tanto los tradicionales —tales como la fianza, la prenda, la prenda sin desplazamiento, la prenda de créditos, la hipoteca y la anticresis— como un sinnúmero de nuevas formas impuestas por la práctica comercial y financiera modernas (*leasing* o crédito de uso, *factoring* y securitización, fon-

dos comunes de inversión, fideicomiso de garantía, etcétera); pero particularmente en cuanto a las garantías reales mobiliarias. A ese fin dedicaremos el presente artículo.

2.

ACLARACIONES INTRODUCTORIAS

1. Es imposible comenzar siquiera a tratar el tema sin deslindar previamente un asunto terminológico. La materia de las garantías reales debe de ser una de las más difíciles en derecho comparado, porque los sistemas de cada país difieren radicalmente y las afirmaciones doctrinarias que se predicen respecto de un ordenamiento pueden ser —y de regla son— inaplicables respecto de otros. Ya desde el comienzo observamos que los franceses no hablan del derecho “de las garantías”, sino de lo que podríamos literalmente traducir como derecho “de las seguridades” (*droit des sûretés*). Y el problema es grave, porque *sûretés* en francés comprende, por un lado, las garantías personales como la fianza, y por el otro las garantías reales como la prenda y la hipoteca (que en Francia no sólo es convencional, como ocurre en el Uruguay, sino también legal y judicial), la prenda de derechos incorporeales, y la anticresis, que contrariamente a lo que ocurre entre nosotros, se considera en Francia productora de derechos reales, pero también los privilegios (considerados en Francia *sûretés réelles*, mientras que en el Uruguay jamás producen efecto frente a terceros). No es ésta la sede para un adecuado tratamiento del punto, pero dado que el término francés *sûretés* comprende las garantías personales y reales, podemos provisoriamente traducirlo como *garantías*, haciendo constar que en Francia el tema comprende la problemática de los privilegios, que entre nosotros no son usualmente considerados como garantías.

2. El presente trabajo no tiene pretensión de ser un estudio específico del derecho francés. El interés no es profundizar en un derecho que no es el nuestro, y que por otra parte declaro no conocer más que en forma referencial, sino presentarlo, justamente, como una referencia o comparación, aun superficial e imperfecta, con la finalidad de provocar una reflexión que conduzca a una mejor comprensión de los institutos y, consecuentemente, de nuestro propio derecho.

3. Si bien la reforma francesa está básicamente enfocada a la reforma del derecho de las garantías reales, en el que descuellos la reforma de las garantías reales mobiliarias, sus autores han considerado pertinente abarcar todo el derecho de las garantías, incluyendo por un lado las garantías personales y los privilegios (que, contrariamente a lo que ocurre en nuestro derecho, son considerados garantías reales en el derecho francés) y, por otra parte, también la hipoteca.

Lo que más importa señalar en materia de régimen general de los negocios de garantía (sean reales o personales) es que *la reforma aporta un nuevo concepto de la accesoriedad que en nuestra opinión es plenamente de recibo*. Tradicionalmente se definió el principio de accesoriedad, típico y propio de los negocios de garantía, según la conceptualización del artículo 1251 del Código Civil: “El contrato se llama principal cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención; y accesorio cuando tiene por objeto asegurar (garantizar) el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no puede subsistir sin ella”. Esto colocaba el acento de la cuestión de la garantía en la existencia o no de la obligación principal, debilitando la eficacia del instituto, ya que su efectividad se encontraba sometida a un doble orden de vicisitudes: las propias del negocio de garantía y, además, las del negocio principal. De ahí que la práctica del comercio (sobre todo en el ámbito internacional y financiero) hubiera desde hace décadas incorporado el instituto de la garantía autónoma o independiente, llamada también a primera demanda o a primer requerimiento, que funcionó y funciona perfectamente en el comercio internacional, aun cuando constituye (o, mejor dicho, constituía) una herejía imperdonable en el derecho interno de muchos países, ya que contradecía el principio de accesoriedad leído como acabamos de hacer.³

Una lectura moderna del principio de accesoriedad de las garantías pasa, más que por el artículo 1251 CC, por el 2108: “El fiador no puede obligarse a más ni en términos más gravosos que el deudor principal, tanto en la cantidad como respecto al tiempo, al lugar, a la condición, al modo de pago o a la pena impuesta por la inexecución del contrato a que acceda la fianza; pero puede obligarse a menos o en términos menos gravosos”.

Y bien, ésta es la visión de la nueva sistemática francesa, en cuanto se reagrupa a todas las garantías en un solo libro del Código, se atribuye autonomía legislativa a la categoría científica del concepto y los autores afirman que éste se abriría sobre *unos pocos*

³ En la doctrina uruguaya, véase el trabajo de Nicolás HERRERA, “La garantía independiente”, en *Anuario de Derecho Comercial*, t. 3, pp. 95-128.

*principios directores del derecho de las garantías, entre los cuales figura la afirmación de que la garantía asegura la ejecución de una obligación, que ella no podría en forma alguna constituir fuente de enriquecimiento para el acreedor y que constituye un accesorio del crédito.*⁴

Esta afirmación de principio se complementa con otra circunstancia: el Código Civil francés incluye en el elenco de las garantías personales nominadas la llamada *garantía autónoma*, respecto de la cual se incorporan básicamente las reglas que han sido consagradas por la práctica del comercio internacional.⁵

Queda claro por tanto, a partir de la reforma francesa, que la dimensión del principio de la accesoriedad que interesa en el moderno derecho de las garantías no es tanto la que agrega necesariamente la existencia de una obligación principal (ya que ella no tiene por qué existir en el caso de la garantía autónoma o a primera demanda o a primer requerimiento, incorporada explícitamente en el elenco de las garantías personales nominadas), sino la que refiere a la *tutela del principio de la justicia de los intercambios patrimoniales, consagrando el principio de que todo enriquecimiento a costa del prójimo requiere una justificación y que la garantía asegura un crédito pero no puede constituir fuente autónoma de enriquecimiento del acreedor.*

Fuera de esta —a mi juicio trascendental— nueva visión del derecho de las garantías, hay dos reformas puntuales del derecho de la fianza: la regulación de la denominada *lettre de patronage* o *comfort letter*, y de la conocida fianza real, que algunos problemas ha creado en el derecho francés y en el nuestro,⁶ pero cuya problemática, por razones de espacio, no podemos abordar. Nos dedicaremos, a partir de este punto, a la reforma de las garantías reales, y particularmente mobiliarias, que constituye el núcleo de la reforma.⁷

Como se indicó, la reforma ataca fundamentalmente las garantías reales y entre ellas, las mobiliarias. Es verdad que comprende también normas para la modernización de la hipoteca; se precisa expresamente que ella puede ser consentida para garantía de una o más deudas futuras siempre que sean determinables y se prevé asimismo la institución de una hipoteca convencional llamada “recargable”. Se entiende por hipoteca recargable aquella

⁴ Véase “Groupe de travail relatif à la réforme du droit des sûretés - Rapport a Monsieur Dominique Perben, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice”, fechado en París el 28 de marzo de 2005, disponible en Internet, p. 4.

⁵ “Art. 2321.- La garantía autónoma es el compromiso por el cual el garante se obliga, en consideración de una obligación suscrita por tercero, a pagar una suma, sea a primera demanda, sea según modalidades convenidas. El garante no queda obligado en caso de abuso o de fraude manifiestos del beneficiario, o de colusión de éste con el ordenante. El garante no puede oponer ninguna excepción relativa a la obligación garantizada. Salvo convención contraria, esta garantía no se trasmite junto con la obligación garantizada”.

⁶ En el derecho uruguayo, véase *La Justicia Uruguaya*, c. 11 795 y 12 058.

⁷ Cf. Dominique LEGAIS, en *JCP La Semaine Juridique*, suplemento al n.º 20, 17 de mayo de 2006, p. 12.

que permite ser afectada a garantía de créditos distintos de los mencionados en el acto constitutivo (artículo 2422); la hipoteca recargable se diferencia de la hipoteca de créditos futuros en que ésta requiere que se determine la fuente de dichos créditos, en tanto que la hipoteca recargable permite cubrir créditos posteriores respecto de los cuales el acto de gravamen hipotecario no dice nada.⁸ Debe advertir el lector hasta qué punto el derecho francés anterior a la reforma estaba envejecido, que no se admitía la hipoteca abierta o en garantía de créditos futuros,⁹ salvo que se tratara de la garantía del saldo de una cuenta corriente, lo que presentaba no pocos vericuetos jurídicos.

Pero en atención a la unidad de enfoque no nos ocuparemos tampoco de la hipoteca, sino que reservaremos la atención para el tratamiento de la prenda, que a nuestro entender constituye el eje de la reforma y posee una autonomía conceptual que habilita una especial dedicación.

3.

EL CONTEXTO Y LA EXPLICACIÓN DE LA REFORMA

Como señala Laurent Aynés,¹⁰ el derecho común en materia de garantías vigente en Francia derivaba en buena medida del Código Civil de 1804. Durante sus dos siglos de vigencia, el derecho de las garantías había sido objeto solamente de reformas tan puntuales como numerosas en ámbitos específicos de la actividad económica, en atención a sus características particulares, con la finalidad de facilitar el acceso al crédito.¹¹ Sin embargo, no había existido en Francia un replanteo del sistema de las garantías en su conjunto¹² y, según todos los testimonios,¹³ existía una creciente presión de los operadores jurídicos y económicos en el sentido de modificar el sistema en su conjunto.

⁸ Michelle GRIMALDI, “L’hypothèque rechargeable...”, en *Lamy Droit Civil*, suplemento al n.º 29, julio-agosto 2006, p. 28.

⁹ Que se acepta cómodamente en el Uruguay.

¹⁰ *Lamy Droit Civil*, cit., p. 7.

¹¹ Similar proceso experimentaron todos los países occidentales, entre ellos el nuestro, y se crearon diversos regímenes especiales de prenda sin desplazamiento e hipoteca mobiliaria.

¹² Respecto del derecho uruguayo, idéntica era la situación cuando concurrió al Uruguay una misión del Banco Mundial que propuso la reforma del derecho de las garantías reales mobiliarias. Véase *Tratado de Derecho civil uruguayo*, t. II, vol. 1, p. 308 ss.

¹³ Por ejemplo, el Informe Grimaldi, que se referirá a continuación.

¿Cuál ha sido el sentido general de esta modificación? Ello surge con nitidez de la exposición de motivos elevada por el Ministerio de Justicia al presidente de la República Francesa, publicada en el diario oficial del 24 de marzo de 2006: *la finalidad fundamental de la reforma es modernizar el derecho de las garantías con el fin de hacerlas claras y eficaces tanto para los actores económicos como para los ciudadanos en general, proponiendo reglas innovadoras que por una parte simplifiquen el excesivamente complejo mecanismo de constitución, amplíen el abanico de bienes susceptibles de prenda y flexibilicen los modos de ejecución, previendo siempre, por otra parte, reglas protectoras a favor de quienes han de recurrir al crédito. En suma, eficacia y protección. Equilibrio entre las posiciones del acreedor y deudor.* El guardasellos francés, que como político había captado la necesidad de modificar el anticuado plexo normativo de las garantías, comenzó por encomendar a un grupo de trabajo presidido por Michel Grimaldi¹⁴ la elaboración de un anteproyecto. Este grupo sometió al ministro su informe con fecha 28 de marzo de 2005;¹⁵ como bien puede comprenderse, este informe es clave para comprender el significado de la reforma.

A juzgar por cómo comienzan el informe Grimaldi y otros documentos atinentes a la historia de la sanción de la reforma, la primera preocupación de los reformadores habría sido más que nada de carácter estético: terminar con la dispersión legislativa de la regulación de las garantías reales, y que el Code Civil, del cual se ha dicho muchas veces en ocasión de su bicentenario que es “la constitución civil de Francia”, volviera a ser la sede privilegiada de la materia, “*el lugar donde aparezca claramente la arquitectura del derecho de las garantías, y donde sean anunciados los principios que la gobiernan*”. ¡Ah, la Nación de Descartes! Esa preocupación tan francesa por el equilibrio va más allá del aspecto puramente formal y diríamos visual. El informe Grimaldi ha tenido cuidado de proponer, junto con las innovaciones, soluciones equilibradas que protejan los intereses de los deudores, tanto de su propia debilidad como de eventuales abusos de los acreedores.

Sin embargo, los franceses no trabajaron por el mero placer de diseñar un sistema ordenado. El grupo Grimaldi reconoce que ha consagrado algunas soluciones innovadoras, *reclamadas desde larga data por los operadores* (léase las instituciones financieras y las empresas) *y asumidas recientemente por los poderes públicos*. ¿Cuál ha sido el declarado objetivo de estas innovaciones? No ha sido otro que *facilitar el desarrollo del crédito y salvaguardar la*

¹⁴ Profesor de la Universidad de París II (Panteón-Assas), presidente de la Asociación Henri Capitant de Amigos de la Cultura Jurídica Francesa.

¹⁵ Véase *supra*, nota 3.

competitividad del modelo jurídico francés. Una de las enseñanzas más trascendentes que nos aporta este fascinante proceso operado en Francia es que, así como existen el mercado de los bienes y el mercado de los servicios, existe el “mercado del derecho”. Los distintos órdenes jurídicos compiten entre sí para atraer negocios. Naturalmente, esto es un eufemismo. Quienes compiten no son los ordenamientos, sino los países en tanto comunidades de prestadores de servicios (en este caso jurídicos); pero lo cierto es que los gobiernos se preocupan por que los ordenamientos jurídicos sean “atractivos” para los inversores, que normalmente ocupan la posición jurídica de acreedores.¹⁶

Señala Aynés¹⁷ que el gobierno actuó presionado por la pérdida de competitividad del derecho francés en el concierto internacional. Y en la materia que nos ocupa, esa pérdida de competitividad tiene una causa muy concreta: *las garantías anglosajonas y alemanas.*

Las garantías reales mobiliarias alemanas impuestas en la práctica de los negocios internacionales son fundamentalmente dos: la reserva de la propiedad (*Eigentumsverbehalt*) y la transferencia fiduciaria de la propiedad en garantía (*Sicherungsubereinigug*). *Lo que más apetece a los empresarios es el uso flexible de ambas que amparan los tribunales alemanes: formas ampliadas de la garantía, que cubren no sólo un crédito sino una globalidad de relaciones, formas prolongadas, que permiten la afectación de bienes presentes y de bienes futuros, de conjuntos de bienes, de bienes que subrogan o sustituyen bienes prendados, o de los créditos o el dinero en efectivo que ocupan el lugar de los bienes prendados y enajenados. Esta flexibilidad comprende el uso discrecional de la propiedad con función de garantía.*¹⁸

Por su parte, el buque insignia de las garantías mobiliarias anglosajonas es el denominado *security interest*, diseñado en el artículo 9 del Código de Comercio Uniforme de los Estados Unidos (Uniform Commercial Code, UCC), el cual admite un *derecho real de garantía sobre bienes muebles que cubre bienes presentes y futuros, no está limitado por rígidas restricciones legales y reconoce su fuente fundamentalmente en la autonomía de la voluntad de*

¹⁶ En el acta de la discusión parlamentaria del proyecto de ley de fideicomiso de 17 de octubre de 2006, se lee lo siguiente: “L’attractivité de notre territoire ne dépend pas seulement de la législation fiscale ou du coût du travail, mais aussi des possibilités et des garanties offertes par notre système juridique pour la création d’entreprises ou la gestion d’investissements internationaux. Il est, de fait, ‘un marché du droit’”.

¹⁷ AYNÉS, *Lamy Droit Civil*, cit., p. 7. Véase la nota 10.

¹⁸ Para una significativa visión de conjunto del sistema alemán de garantías mobiliarias, véase Rolf SERICK, *Le garanzie mobiliare nel diritto tedesco*, Giuffrè, Milán, 1990.

las partes, con mínimas imposiciones legales.¹⁹ Es significativa la expresión que utiliza Philippe Délébecque: “garantías reales extranjeras dominadas por la voluntad de las partes”.²⁰

Este instituto reconoce su origen en la *floating charge* inglesa. El derecho del *common law* permite crear convencionalmente un derecho preferente sobre todos los activos o clases determinadas de activos del deudor. Este derecho preferente “planea” sobre los activos designados y se “cristaliza”, es decir, se concreta en determinados bienes, en el momento del incumplimiento del deudor o bien en el caso de insolvencia. De este modo, el acreedor garantizado puede aspirar a disputar con éxito a los acreedores quirografarios todo o buena parte (aquella parte que se corresponda con la descripción de las clases de bienes indicada en el acto de la creación de la *floating charge*) de los bienes existentes en el patrimonio del deudor al tiempo de la quiebra. En cambio, la exigencia de la especialidad en el derecho prendario de cuño continental hace que el acreedor garantizado no pueda invocar el derecho de prenda sobre bienes que no fueron específicamente designados originariamente en la convención prendaria o hipotecaria.

Además, el Uniform Commercial Code incorpora el principio de “equivalencia funcional”, que consiste en que ha de tenerse en cuenta primordialmente la voluntad de las partes en el sentido de la creación de un derecho de garantía, más que la forma negocial empleada.

El *security interest* norteamericano, vigente, además de en los Estados Unidos, también en Canadá, en Australia y Nueva Zelandia y otras jurisdicciones de *common law*, logra su publicidad hacia los terceros mediante un particular sistema registral de base subjetiva, que supone una información registral mínima sobre la base del deudor o dador prendario (*notice filing*), con una descripción genérica de los bienes prendados. La razón de que esa “noticia” sea mínima es que la información que entra y sale del registro, como es poca, es fácil de manejar, no es engorrosa (como sí lo es la que se basa en una minuciosa descripción de bienes prendados, propia del sistema francés anterior a la reforma y también del uruguayo, pese a los intentos de reforma por la ley 17 228, minuciosa descripción que paga tributo al principio de especialidad de los derechos reales de garantía, que no existe como tal en el ambiente anglosajón).

¹⁹ Exactamente lo opuesto al sistema francés y al nuestro propio, así como, en general, los sistemas latinoamericanos, de acuerdo con los cuales el tema de las garantías reales es de reserva legal, con un sistema de *numerus clausus* y fuerte tipicidad, y una preferencia por la posición de los deudores y de los terceros adquirentes antes que del acreedor con garantía real. Obviamente, la autonomía de la voluntad es reconocida en todos los ordenamientos; se trata de una cuestión de énfasis o acento, pero que muchas veces define las cuestiones jurídicas y los conflictos de intereses.

²⁰ Philippe DÉLÉBECQUE, “Le régime des hypothèques”, *JCP La Semaine Juridique*, suplemento al n.º 20, 17 de mayo de 2006, p. 29 ss.

La premisa del sistema americano es que esa información mínima (*notice*) debe ser complementada por una investigación posterior entre las partes interesadas en un negocio, en etapas posteriores de éste. Preciso es decir que esta flexibilidad en la admisión de garantías reales basadas en modalidades de fuente más bien contractual, peligrosa para la seguridad del tráfico, se contrabalancea en el sistema germánico y del *common law* con la vigencia del principio de la posesión vale título (es decir, que el comprador de buena fe de bienes gravados se encuentra protegido); (veremos que, paradójicamente, este punto ha sido pasado por alto por los franceses, que admiten la máxima *possession vaut titre* con carácter de principio general).

Además, del mismo modo que en el derecho alemán, la flexibilidad de los sistemas anglosajones permite al acreedor el uso de la propiedad con función de garantía, cosa que en general no es admitida en los sistemas de cuño francés. En paralelo, los procedimientos de ejecución de las garantías en el sistema anglosajón están colocados bastante más fuera del poder judicial que en el sistema francés, lo cual les facilita las cosas a los acreedores en el momento de realizar las garantías.

En los grandes foros internacionales, las garantías mobiliarias anglosajonas están llevando la delantera y casi todos los organismos que se ocupan de la materia preconizan soluciones compatibles con el sistema anglosajón.²¹

Frente a estos sistemas, ¿cuál era la realidad del sistema francés? Puede responderse: un sistema poco amigable para el acreedor. Obsesionado por la protección del tráfico y de la responsabilidad patrimonial general del deudor, las garantías reales han estado siempre en Francia rígidamente organizadas, sobre la base del denominado *principio de especialidad* y de esquemas típicos que colocan al acreedor en posición débil, porque la mínima desviación de los tipos legales lo deja privado de su garantía real. Puede decirse que el legislador francés desconfió tradicionalmente de las garantías reales, prefiriendo ser

²¹ Enumero a continuación algunos instrumentos internacionales relativamente recientes:

La ley modelo del Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo para un régimen legal moderno de operaciones garantizadas (1994). La ley modelo interamericana de Garantías Mobiliarias de OEA (CIDIP VI) (2002). El proyecto de guía legislativa de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional (CNUDMI) sobre operaciones garantizadas (2002-2006). Los trabajos del Grupo VI de CNUDMI (Garantías Reales/Security Interests) y del Grupo V (Insolencia). Los proyectos de convención de UNIDROIT sobre *leasing* y *factoring* (convención de Ottawa) (1988). Ídem UNIDROIT sobre derechos de garantía sobre equipo móvil (Convención de Cape Town) (2001). Convención de CNUDMI sobre cesión de créditos en el comercio internacional (2001). Directiva de la Comunidad Europea 2002/47/CE sobre contratos de garantía financiera.

Conferencia de derecho privado de La Haya (Prima Convention) sobre el derecho aplicable a la transferencia y constitución de derechos de garantía en valores gestionados por un intermediario. (Convention on the Law Applicable to Certain Rights in Respect of Securities Held with an Intermediary) concluida el 5 de julio de 2006. Unidroit Prima Convention de marzo de 2006.

él y no los particulares quien estableciera el rango de los créditos, sobre todo en los procedimientos colectivos. Una buena prueba de este concepto es la definición misma que se da de la *sûreté* en el *Traité de Droit civil* de Jacques Ghestin: la *sûreté* es una “*técnica específica de ruptura de la igualdad*”.²² Ningún jurista bien formado vería con simpatía “una técnica específica de ruptura de la igualdad”...

Dice Laurent Aynès:²³ puede resumirse el derecho anterior a la reforma por los términos: diversidad, complejidad, entrecruzamiento de los regímenes, débil efectividad, rigidez... Pues bien, Aynès reconoce que la ordenanza se sitúa “dentro de un movimiento bastante general de retroceso de las preferencias legales, en favor de las convencionales”. Es indudable entonces que la creciente aceptación del sistema de garantías de cuño anglosajón estaba quitando el sueño a los empresarios franceses y al gobierno, que veían cómo los contratos de garantía de sus negocios internacionales se regían preferente y progresivamente por el *common law* en lugar de regularse por el derecho francés.²⁴

Sin embargo, es menester reconocer que los franceses no podían hacer —ni hicieron— “una simple copia” del derecho anglosajón. Podrán haberse inspirado en los derechos extranjeros y aun haber incorporado sus institutos por obediencia a los dictados de su inteligencia práctica; pero su inteligencia teórica jamás habría admitido un injerto en su sistema jurídico. Resulta pues destacable el esfuerzo por incorporar las modificaciones de forma que resulte armoniosa en el conjunto del edificio del derecho francés, de modo que, al fin del día, no puede afirmarse de manera alguna que el nuevo sistema francés de garantías reales mobiliarias sea un simple espejo del sistema anglosajón. Ahora bien: en qué medida se ha logrado una incorporación armoniosa es cuestión que resulta opinable y que requiere mayor información y meditación.

²² MESTRE, PUTMAN, BILIAU, *Droit commun des sûretés réelles*, LGDJ, París, 1996, p. 10.

²³ *Lamy*, op. cit., p. 7.

²⁴ En la discusión parlamentaria de la ley de fideicomiso, que forma parte de este proceso que analizamos, los parlamentarios y miembros del gobierno denuncian que empresas francesas como Alstom o Peugeot, en cuyo capital accionario participa fuertemente el Estado francés, han debido acudir al *trust* anglosajón para operaciones de reestructuración financiera (sesión del Senado francés del 17 de octubre de 2006).

4.

UN ESQUEMA QUE PUEDE SER ÚTIL

Luego de mucho examinar distintos sistemas sobre garantías reales, y siguiendo las ideas originales del profesor inglés Phillip Wood,²⁵ propongo a continuación un esquema sumamente simplificado pero que puede ser útil para comprender que existen dos sistemas contrapuestos en la materia (aunque seguramente ningún derecho positivo concreto se identifique totalmente con uno de los paradigmas).

He titulado a uno de ellos “infierno de los acreedores”, para indicar que las garantías reales están vistas con disfavor y a la primera oportunidad que se presente son desatendidas o preteridas. En cambio, en el paraíso, los acreedores tienen ante sí un amplio campo para el uso de las garantías reales, muy convenientes a sus intereses.

Paraíso de los acreedores	Infierno de los acreedores
Todos los bienes son prendables.	Restricciones a los bienes prendables.
Posibilidad de prenda de bienes futuros.	Sólo pueden prendarse bienes presentes.
Se admite la garantía de deudas genéricas y futuras.	Sólo pueden garantizarse deudas específicas.
No se requiere un monto máximo garantizado.	Se requiere.
Basta una descripción genérica de los bienes prendados.	Descripción específica (individualización concreta).
No es necesaria la desposesión en materia de muebles.	Se requiere la desposesión.
En la prenda de créditos, no es necesario notificar a los deudores cedidos (sin perjuicio de ciertos derechos de éstos).	Se requiere notificar a los deudores cedidos en la prenda de créditos.
La novación no produce la extinción de las garantías.	Viceversa.

²⁵ *World Financial Law, University Edition*, Allen-Overy, 2002.

Paraíso de los acreedores	Infierno de los acreedores
Se admite la vía paralela (<i>voie parée</i>) y la ejecución extrajudicial.	Ejecución sólo en vía judicial con juicio extenso.
Los procedimientos concursales no bloquean la ejecución de las garantías.	Bloquean.
Validez del pacto comisorio y del pacto marciano.	Invalidez.
Derecho de garantía no cede ante deudas por costas y costos, impuestos, salarios.	Cede, salvo a los costos de ejecución del mismo bien.
No hay revocación: conocimiento de la insolvencia. – si se dio nuevo crédito; – si la prenda era rotativa o flotante. Se admite la convención de <i>margin security</i> , salvo que el acreedor tuviera	Revocación concursal en período de sospecha.
Se admiten la cesión de la propiedad en garantía y el fideicomiso de garantía.	No se admiten.
Se admite la compensación en la quiebra	No se admite.

Por todas las informaciones recibidas, el derecho francés, lo mismo que los nuestros latinoamericanos, en muchos aspectos podría ser identificado como el infierno; el sentido de la reforma ha sido pasar, por lo menos, a un digno purgatorio.

5.

LA PERSPECTIVA LATINOAMERICANA

Antes de entrar en el análisis puntual de la reforma francesa del 2006-2007, resulta de interés efectuar un breve desarrollo para dar cuenta de la experiencia del observador. Quien escribe, mira la reforma francesa desde un país latinoamericano, que en muchos puntos compartía soluciones con el derecho francés, particularmente el principio de accesoriedad y especialidad de las garantías reales, y la prohibición de los pactos comisorio y de reserva de dominio; pero que ha tenido experiencia de la reforma desde mucho

tiempo antes. En efecto, ya desde los primeros años de la década de los noventa es perceptible la influencia del derecho anglosajón, en el sentido de la incorporación de un sistema de garantías reales diferente al vigente en los países de América Latina. En el caso particular del Uruguay, en ocasión de la exposición de motivos de la reforma de la ley uruguaya de prenda sin desplazamiento, en 1999, el Poder Ejecutivo mencionó diversos coloquios e informes que daban cuenta de las carencias del sistema uruguayo de garantías reales, entre los que se encontraba un informe preparado por funcionarios del Banco Mundial, donde se expresaban críticas al sistema uruguayo y se señalaba que un sistema inadecuado de garantías incrementaba el costo del crédito, haciendo subir los intereses entre un 7% y un 19%. Para lograr una mayor funcionalidad, *se propuso levantar las restricciones legales que impedían que algunos bienes sirvieran como garantía y que algunos prestamistas usaran bienes muebles para garantizar sus préstamos, acelerar los procedimientos y modernizar los registros de prendas para reducir el riesgo de préstamo con garantía de bienes muebles.*

¿De qué modo? Se propendió a la creación de un “generic universal security interest, that may attach to all property”. Es decir, una forma de garantía real que no se ajusta exactamente a nuestra prenda o hipoteca, que contradice el principio de especialidad y que planea sobre todos los bienes del deudor. Según el informe, lo que la ley debe regular es la prioridad de las demandas, los requisitos de registro, los estándares para el embargo y remate de los bienes.

El asunto se ve claro si se focaliza la atención sobre determinado tipo de bienes, particularmente, el *inventory* o inventario, y los *accounts receivable* o cuentas por cobrar. Ambos representan en el sistema anglosajón una garantía dinámica y fluida. A medida que algunos bienes se enajenan, otros vienen a sustituirlos. El inconveniente de la ley uruguaya, según el informe del Banco Mundial, es que un *security interest* no puede flotar en el *inventory* del deudor, ya que, en virtud del principio de especialidad, la prenda requiere una identificación específica del *collateral*.

El informe concluye que para que estos bienes puedan ser objeto de prenda:

1. La ley debe establecer que una prenda sin desplazamiento (*non possessory security interest*) sea creada en bienes incorpóreos, de modo que el deudor no tenga que ceder las futuras cuentas a cobrar.
2. La ley debe permitir a las partes que los contratos contengan descripciones generales de la garantía por tipo o clase, de modo que la garantía flote en todos los bienes que coincidan con la descripción.

3. La ley debe permitir que el derecho de garantía continúe en el producido de los bienes prendados y en cualquier otra propiedad adquirida recibida en intercambio o en lugar de los bienes prendados originalmente, de modo que las partes no tengan que celebrar nuevos contratos de prenda cada vez que los bienes prendados se transforman o cada vez que el deudor adquiere una nueva propiedad.

4. La ley debe permitir que se garanticen líneas de crédito con la misma garantía, autorizando al acreedor a tener garantía sobre líneas de crédito revolventes.²⁶

5. Estas ideas en el campo sustantivo se complementan con mecanismos novedosos en el campo registral, especialmente con el denominado *notice filing system*. Tanto en Estados Unidos de América como en Canadá se puede registrar un *financing statement* (declaración de adeudo o de financiamiento) en vez de una copia del contrato de prenda. Contiene alguna información resumida sobre el contrato de prenda. La declaración de adeudo muestra sólo que el acreedor puede ser titular de un derecho de prenda en tipos de bienes específicos en poder del deudor. Los terceros no van a ser informados ni sobre el monto de la deuda ni sobre los bienes prendados. Si los terceros requieren más información, pueden pedir detalles de la transacción directamente al deudor. Exactamente en el mismo sentido obra la exposición del Dr. Ronald Cuming en ocasión de un seminario realizado en el año 1992 en el Banco Central del Uruguay, que daba cuenta de la experiencia en Canadá. El autor describe la evolución del instituto de la cesión genérica de cuentas a cobrar, incluyendo el inventario, y las cuentas futuras (créditos por cobrar) derivadas de la venta del inventario. En caso de quiebra, la cesión es inoponible salvo que esté registrada legalmente.

Es posible registrar un interés de garantía en cualquier tipo de propiedad personal, incluyendo bienes altamente negociables, tales como el dinero e instrumentos negociables. El efecto de la inscripción, sin embargo, no es el mismo en todos los casos; en algunos brinda sólo una prioridad mínima. Lo que se inscribe es un sencillo documento o pantalla computarizada de información (que se llama declaración de financiamiento o *financing statement*) que indica algunos datos básicos sobre el acreedor garantizado, el deudor y la relación entre ambos... No consiste en un registro de acuerdos determinados de garantía, sino en un registro de garantías existentes o potenciales. Incluye los datos del deudor y una descripción (genérica o específica) de los bienes garantizados. Salvo que se obtenga la cooperación del deudor, los competidores de la parte garantizada no tienen acceso a los

²⁶ Véanse estas ideas en "Argentina, cómo las leyes para garantizar préstamos limitan el acceso al crédito", por Heywood FLEISIG y Nuria DE LA PEÑA, CEAL, Washington D.C., publicado en Internet.

detalles. Una declaración de financiamiento puede corresponder a uno o más acuerdos de garantía. La inscripción de esta noticia funciona muy bien en registros computarizados (*electronic financing statement*). La inscripción la pide el acreedor por sí, pero hay un sistema de protección contra inscripciones abusivas. Todos los sistemas usan el nombre del deudor como criterio básico de inscripción y búsqueda. El problema de este sistema es que no ofrece protección para los terceros que no están en condiciones de obtener una búsqueda del registro en base al nombre del deudor, porque su existencia o identidad le es desconocida. Es el problema A-B-C-D; se aplica el principio *nemo dat quod non habet*. Hay dos soluciones que dependen del tipo de bien. Si el bien es identificable, el adquirente tiene la carga de pedir el certificado. Pero cuando la garantía es tenida por el deudor como inventario (bienes no identificables), la ley asegura que el comprador de un ítem del inventario lo toma libre de toda afectación prendaria en el mismo. En cambio en la quiebra del deudor, el acreedor ejerce su preferencia respecto de la masa. Es decir que, cuando se trata de bienes no identificables, la ley no confiere al acreedor el derecho de persecución (*droit de suite*) sino más bien una preferencia en concurso con otros acreedores.

La Organización de los Estados Americanos, en su VI Conferencia Especializada de Derecho Internacional Privado, realizada en ciudad de México en febrero de 2002, aprobó un proyecto de ley modelo sobre garantías mobiliarias en esta línea.

Es claro que estas ideas inspiraron (aun cuando en forma incompleta) la propuesta de ley de reforma del sistema de garantías mobiliarias en Uruguay y particularmente de la nueva ley de prenda sin desplazamiento, n.º 17 228, de 1999. El problema consistió en que, tratándose de un sistema distinto al propio y careciéndose de información suficiente, la comprensión de su funcionamiento fue muy relativa.²⁷

Entiendo que similares experiencias han sido vividas en muchos países latinoamericanos. Es el caso de la ley mexicana de títulos y operaciones de crédito, que data de 1932 pero que fue reformada recientemente en diversas oportunidades (años 2000, 2003 y la última en 2006) para recibir el concepto anglosajón. Diversos países centroamericanos han seguido esta orientación. El derecho argentino, mediante la ley 24 411, de 1995, incorpora el *leasing* y diversas mejoras en cuanto a la rapidez de la ejecución de las garantías reales, así como normas sobre fideicomiso y securitización. El derecho peruano incorporó una ley de garantías mobiliarias en el 2006. El derecho brasileño recibió esta influen-

²⁷ Resulta anecdótica la discusión provocada en ocasión de la discusión del proyecto de ley en el Parlamento: previendo el proyecto la posibilidad de prenda de “cardúmenes”, un legislador se preguntó el significado de tal expresión. Y es que, efectivamente, la prenda de la pesca futura de una empresa puede servir fácilmente de garantía en el sistema anglosajón, pero difícilmente en un sistema donde domina el principio de especialidad y la necesidad de la entrega de la cosa. La discusión subsiguiente denotó el desconcierto frente a la pretensión de incorporación de un sistema de garantías diferente, por falta de la debida información.

cia ya desde la década de los sesenta, según puede apreciarse en la denominada ley de *alienação fiduciária*.²⁸

En todos los casos la implantación de un sistema radicalmente distinto al vigente de inspiración francesa provocó y provoca dificultades que no es posible analizar en esta nota. Esta experiencia, que precede en más de quince años a la francesa, confiere al observador latinoamericano una perspectiva particularmente privilegiada de esta reforma del Código de Napoleón.

6.

EL PROCESO LEGISLATIVO DE LA REFORMA FRANCESA

Según el artículo 38 de la Constitución francesa, el Gobierno puede, para la ejecución de su programa, solicitar al Parlamento la autorización para tomar, por ordenanzas, durante un término limitado, medidas que recaen normalmente en el dominio de la ley. Estas ordenanzas deben ser tomadas en Consejo de Ministros con la opinión del Consejo de Estado y entran en vigor a partir de su publicación, pero caducan si el proyecto de ley de ratificación no es presentado al Parlamento antes de la fecha fijada en la propia ley de habilitación. A la expiración del plazo limitado referido más arriba, la ordenanza queda en vigor y no puede ser modificada sino por ley en las materias que son del dominio legislativo.

Por el artículo 24 de la ley n.º 2005-842 del 26 de julio de 2005, “para la confianza y modernización de la economía”, el Parlamento autorizó al Gobierno a tomar, por vía de ordenanza, las medidas necesarias para:

- 1.º Introducir, en el código de comercio, disposiciones habilitando la afectación de stocks de empresas y modificar las disposiciones del código civil para simplificar la constitución de garantías reales mobiliarias y sus efectos, extender su asiento y autorizar la prenda sin desposesión;

²⁸ Decreto ley 911 de octubre de 1969. Sin embargo, la tendencia brasileña ha sido en el sentido opuesto al indicado en este artículo. Luego de la influencia ejercida por la tendencia a la protección del consumidor, las leyes 10 406, de 2002 (nuevo Código Civil, artículo 1364 ss.) y 10 931, de 2004, impiden la aplicación pura y simple del pacto comisorio en este tipo de negocio de garantía.

[...]

3.º Recopilar las normas vigentes sobre cláusula de reserva de propiedad, insertándolas en el código civil;

4.º Dar base legal a la garantía autónoma, que obliga al garante, salvo fraude manifiesto, a pagar desde el momento en que le es solicitado, o según las modalidades previamente convenidas; a la “carta de intención” por la cual un tercero expresa a un acreedor su intención de sostener al deudor en la ejecución de su obligación; así como el derecho de retención, que permite al acreedor que tiene una cosa que debe devolver, rehusarse a entregarla en tanto no ha recibido el pago completo.

El Parlamento indicó al gobierno que las ordenanzas debían ser aprobadas en un plazo de nueve meses a partir de la ley de habilitación, y que para cada ordenanza debía presentársele al Parlamento, un proyecto de ley de habilitación dentro del plazo de tres meses a contar de su publicación. La ordenanza que reforma el código fue aprobada el 23 de marzo de 2006, y el proyecto de ley de ratificación fue presentado al Senado con fecha 21 de junio de 2006, con lo que se cumplieron los términos de la autorización y la reforma del derecho de las garantías se encuentra hoy vigente en Francia.

Es menester señalar especialmente que, si bien el texto aprobado recoge en general la visión del tema adoptada por la comisión Grimaldi, entre las propuestas de la comisión y el texto finalmente aprobado existen significativas diferencias.

7.

LAS GARANTÍAS REALES MOBILIARIAS

Como dijimos, el principal impacto de la reforma se produce sobre las garantías reales mobiliarias. El grupo Grimaldi organizó la materia dividiendo el libro IV del Code Civil en cuatro grandes partes, relativas a “las cuatro figuras más importantes en el derecho francés de las *sûretés réelles*”:

- el edicto de reglas de clasificación de privilegios mobiliarios (1);
- el rediseño de la prenda (*gage*) de bienes muebles corporales (2);
- la actualización de la prenda (*nantissement*) de muebles incorporales (3);
- el reconocimiento de la propiedad retenida o cedida a título de garantía (4).

Como indicamos al comienzo, descartaremos el análisis de la primera parte, por cuanto, como hemos dicho, los privilegios no constituyen en nuestro derecho garantías reales (como sí ocurre en el derecho francés, que presenta en este aspecto tantas diferencias con el nuestro que cualquier apreciación sobre él desde nuestra perspectiva debe hacerse con suma cautela). Sí nos ocuparemos de las tres innovaciones siguientes, que analizaremos por su orden a continuación.

8.

NUEVO DISEÑO DE LA PRENDA DE MUEBLES CORPORALES

El grupo Grimaldi sostuvo la necesidad de una completa refacción (*refonte*) del contrato de prenda, con la confesada finalidad de que el derecho francés resultara más atractivo para los operadores. Si bien algunos trazos de la vieja prenda se mantienen, el instituto experimenta en la nueva reglamentación caracteres que pueden calificarse como revolucionarios.

A. ELIMINACIÓN DE LA REALIDAD DEL CONTRATO

He aquí uno de los puntos más dramáticos de la reforma. ¿Desde cuándo ha sido el contrato de prenda un contrato real? Toda la vida, se dirá. Siempre aprendimos que en el antiguo derecho romano existían los contratos *re*, que se perfeccionaban con la entrega de la cosa. Hasta hoy, el contrato de prenda era un contrato real. Si bien la categoría misma del contrato real había venido siendo objeto de crítica y generalmente se la consideraba una rémora de concepciones arcaicas, la prenda, entre todos los contratos reales, había venido convirtiéndose en el símbolo de la realidad en materia contractual, puesto que la entrega de la cosa opera en este negocio no sólo como requisito de perfeccionamiento del contrato, sino como punto de partida del nacimiento del derecho real de prenda que, como todo derecho real, requiere publicidad, de la cual la entrega constituye un signo, aun cuando rudimentario.

Pues bien, tómesese el lector de su asiento: desde la reforma francesa, *la prenda ha dejando de ser un contrato real*. Se lee en el informe Grimaldi:

Nuestro derecho padece, en efecto, como consecuencia del principio tradicional según el cual, en ausencia de texto especial, una garantía prendaria implica la desposesión del constituyente. Ciertamente, existen textos especiales instituyendo prendas sin desplazamiento sobre tal o cual bien que se han ido multiplicando con el correr de los años; pero, por una parte, su frondosidad implica una extrema complejidad del derecho francés de las garantías mobiliarias; por otra parte, existen otros bienes respecto de los cuales permanece insatisfecha la necesidad de asiento de garantías reales que pueda ofrecer el deudor sin perder la tenencia de su bien.

La entrega de la cosa deja de ser —entonces— requisito de perfeccionamiento del contrato, y aun del derecho real de prenda (recordemos que en el derecho francés rige el principio del consensualismo y que el contrato es de regla negocio dispositivo). La claridad del texto no deja lugar a dudas.²⁹ No queda regulado, sin embargo, como contrato consensual, sino solemne: se requiere forma escrita y la utilización del *nomen iuris* de prenda (*gage*), así como la determinación del objeto.³⁰

En verdad, el escándalo no es tanto. Es cierto que la prenda se había convertido en un contrato rígidamente real, pero en el principio no había sido así: el antiguo derecho romano consideraba posible la prenda tanto con desplazamiento como sin él. El derecho justinianeo admitió indistintamente la prenda y la *hipoteca*, caracterizada esta última no con base en el carácter inmueble de la cosa gravada, sino exclusivamente con base en el no desplazamiento de ella. El término griego *hypo* significa ‘debajo’, es decir que la hipoteca no es más que una prenda que no se ve, que se encuentra oculta.³¹ Puede decirse que la historia de las garantías reales en Europa continental es la historia de cómo la hipoteca deja de ser prenda y adquiere una tipicidad excluyente de aquélla.³²

Sin embargo, lo cierto es que, en el ambiente de hostilidad hacia el acreedor garantizado propio del sistema francés, la realidad de la prenda se había convertido en un

²⁹ Así reza el nuevo “Art. 2336.- Le gage est parfait par l'établissement d'un écrit contenant la désignation de la dette garantie, la quantité des biens donnés en gage ainsi que leur espèce ou leur nature”.

Y el “Art. 2333.- Le gage est une convention par laquelle le constituant accorde à un créancier le droit de se faire payer par préférence à ses autres créanciers sur un bien mobilier ou un ensemble de biens mobiliers corporels, présents ou futurs.

³⁰ “Les créances garanties peuvent être présentes ou futures; dans ce dernier cas, elles doivent être déterminables”.

³¹ No obstante el confesado propósito de simplificar, he aquí un ejemplo del genio francés de las garantías reales que jamás podría haber estado en el derecho anglosajón: la necesidad de que se establezca en *nomen iuris*, es decir, que se diga *gage* o *prenda*. En el sistema anglosajón no se requieren palabras sacramentales; basta con que surja la voluntad de crear una garantía real.

³² Esta similitud sustancial entre prenda e hipoteca está claramente expresada en el pasaje de Marciano en el Digesto: “Inter pignus et hypothecam tantum sonus nominis differt” (D. 20.1.5.1).

³³ Aunque se mantienen resabios de la antigua promiscuidad: el Código Civil uruguayo define a la hipoteca como “un derecho de prenda constituido por convención y con las formalidades de la ley, sobre determinados bienes raíces, que no por eso dejan de permanecer en poder del deudor” (artículo 2322).

leitmotiv para que aquél perdiera su preferencia. Por ejemplo: si la entrega de la cosa cierta y determinada no había sido efectiva, o se trataba de cosas fungibles (prenda rotativa) y las cosas en poder del acreedor —si bien respondiendo a un acuerdo de garantía lejano en el tiempo— habían ingresado en su poder efectivo en un momento cercano a la cesación de pagos del deudor, la prenda dejaba de proteger al acreedor garantizado, en beneficio de la masa.

El sentido de la reforma francesa ha sido revertir esta situación.

B. ORGANIZACIÓN DE LA PUBLICIDAD DEL DERECHO DE PRENDA

La entrega de la cosa es trasladada al campo de oponibilidad del derecho, al mismo nivel que la publicidad registral. El artículo 2336 va de la mano de los siguientes, que organizan el sistema de publicidad del contrato.³³

La nueva organización de la prenda se ha inspirado en el *security interest* de Estados Unidos. Los franceses admiten que la entrega de la cosa no es necesaria para la validez del contrato, y que siendo éste válido por la sola convención de las partes, con el requisito de la solemnidad, se plantea solamente un problema de oponibilidad de los derechos emergentes del acuerdo. Pues bien, tanto la entrega de la cosa como la inscripción en el registro pueden ser consideradas como mecanismos de publicidad u oponibilidad del contrato a terceros. Si la prenda es con desposesión (o, mejor dicho, en nuestra jerga, sin desplazamiento de la tenencia) la publicidad se cumple con la entrega. Si se trata de prenda sin desplazamiento, la publicidad se cumple con el registro.

El informe Grimaldi explicita que el grupo ha considerado oportuna la creación de una garantía mobiliaria convencional, sin desplazamiento de la tenencia y *polivalente*. Repito: no se trata de una nueva figura de prenda sin desplazamiento. Si así fuera, no podría-

³³Art. 2337.- Le gage est opposable aux tiers par la publicité qui en est faite.

“Il l’est également par la dépossession entre les mains du créancier ou d’un tiers convenu du bien qui en fait l’objet.

”Lorsque le gage a été régulièrement publié, les ayants cause à titre particulier du constituant ne peuvent se prévaloir de l’article 2279.

”Art. 2338.- Le gage est publié par une inscription sur un registre spécial dont les modalités sont réglées par décret en Conseil d’Etat.

”Art. 2339.- Le constituant ne peut exiger la radiation de l’inscription ou la restitution du bien gagé qu’après avoir entièrement payé la dette garantie en principal, intérêts et frais.

”Art. 2340.- Lorsqu’un même bien fait l’objet de plusieurs gages successifs sans dépossession, le rang des créanciers est réglé par l’ordre de leur inscription.

”Lorsqu’un bien donné en gage sans dépossession fait ultérieurement l’objet d’un gage avec dépossession, le droit de préférence du créancier gagiste antérieur est opposable au créancier gagiste postérieur lorsqu’il est régulièrement publié nonobstant le droit de rétention de ce dernier”.

mos alabar la originalidad de los franceses. Se trata de algo distinto: de una revolución del derecho francés de las garantías reales. La eliminación del requisito de la entrega de la cosa en la prenda está establecida con carácter absolutamente general.

Se sigue en este punto, como está explícitamente reconocido en el informe Grimaldi, el modelo del *security interest*. El sistema de publicidad norteamericano, de base subjetiva, es el único que ha conjugado exitosamente la posibilidad de extensión de los objetos prendables con una adecuada protección a los terceros adquirentes. Por un lado, el sistema protege a los terceros que adquieren bienes prendados en el giro ordinario de los negocios del deudor prendario (admitiendo una suerte de sistema de posesión vale título). Por otro, la indización registral de base subjetiva, aunado ello al desarrollo tecnológico en materia informática y de comunicaciones, facilita la solicitud y obtención de información registral, que no será completa, sino sólo consistente en una “noticia” (*notice filing*) de que determinada persona (sobre la cual se está solicitando información) mantiene algún género de acuerdo con un tercero por el cual afectó bienes con un derecho real de prenda (*security interest*). El certificado registral no determina con precisión cuáles son los bienes, ya que se admite que la inscripción contenga solamente una descripción muy genérica del acuerdo de garantía. Serán los interesados quienes deberán profundizar en la investigación si desean llegar a algún negocio con el deudor prendario.

La reforma plantea la creación de un nuevo registro de prendas, cuyas modalidades han sido establecidas por decreto del Consejo de Estado que fue aprobado el 23 de diciembre de 2006 (decreto 2006-1804). Según dicha norma, las prendas sin desplazamiento se inscriben en forma local, indicando la identificación personal del constituyente, los bienes prendados y la categoría a la que pertenecen los bienes, de acuerdo con una nomenclatura establecida por circular del Ministerio de Justicia. Los registradores comunican el nombre de las personas y la categoría a que pertenecen los bienes prendados a un Registro Nacional de Prenda sin Desplazamiento, de carácter electrónico, que es consultable gratuitamente vía Internet. La consulta debe hacerse especificando el nombre del dador prendario y la categoría de bienes prendados. Cuando el Registro recibe una solicitud de información y no existe inscripción a nombre del constituyente y sobre la categoría de bienes prendados, expide una comunicación electrónica negativa. Cuando existe inscripción, el Registro se limita a informar de la existencia de la prenda, siendo de cargo del interesado obtener del registro local correspondiente la información complementaria.

Es decir que el sistema francés consagra la clasificación básicamente subjetiva, del mismo modo que el sistema del *notice filing* estadounidense, con una variante: se agrega

una categoría de bienes prendados, que puede complicar un poco las cosas desde el momento en que toda taxonomía es falible y un bien puede encontrarse en más de una categoría. Sin embargo, desde el momento en que la solicitud de información es gratuita, el interesado podrá agotar las consultas para adquirir seguridad sobre la información que necesita.³⁴ Por circular de fecha 1 de febrero de 2007, publicada en el diario oficial el 10 de febrero de 2007 y con vigencia a partir del 1 de marzo de 2007, el Ministerio de Justicia ha establecido las siguientes categorías:

1. Animales.
2. Relojería y joyas.
3. Instrumentos de música.
4. Materiales, mobiliario y productos de uso profesional no comprendidos en otras categorías.
5. Materiales de uso no profesional distintos que informáticos.
6. Materiales vinculados al deporte.
7. Materiales informáticos y accesorios.
8. Mobiliario.
9. Muebles incorporales distintos que partes sociales.
10. Monedas.
11. Objetos de arte, de colección o de antigüedad.
12. Partes sociales.
13. Productos de edición, de la prensa o de otras industrias gráficas.
14. Productos líquidos no comestibles.
15. Productos textiles.
16. Productos alimentarios.
17. Otros.

Como puede observarse, esta modalidad de división de los bienes muebles en categorías puede entenderse como una concesión al genio francés y a la especialidad de la prenda; concesión, sin embargo, un tanto artificial y de dudosa utilidad, más simbólica

³⁴ Cabe comparar la eficacia del sistema público francés con la del uruguayo. La ley francesa que consagra esta moderna prenda sin desplazamiento se dictó entre mayo y junio de 2006, y a partir del 1.º de marzo de 2007 está vigente el decreto reglamentario de la inscripción sobre base subjetiva. La ley uruguaya de registros 16 871 y la ley de prenda sin desplazamiento (tomando esta última, su fecha es diciembre de 1999) instituyen un registro nacional de matriculación subjetiva, pero a la fecha éste no se ha reglamentado y el sistema no se encuentra operativo.

que real, ya que cualquier bien puede ser prendado sin desplazamiento en el sistema de este registro. Es verdad que no se puede pedir la información solamente por el nombre del deudor, sino que debe incorporarse en la solicitud de información una categoría de bienes; pero teniendo en cuenta que cualquier persona puede solicitar información por Internet sin costo, basta que apriete un botón 17 veces en lugar de una, lo que, después de todo, no es tan oneroso.

Como dijimos, este sistema de *notice filing*, combinado con la protección del adquirente de buena fe, constituyen los pilares del sistema. Si los terceros adquirentes en el curso ordinario de los negocios del deudor prendario no estuvieran protegidos, el sistema sería objetable por admitir gravámenes ocultos, porque no es exigible a todos los adquirentes de cualquier bien solicitar información registral en todas las transacciones ordinarias de la vida, cosa que sería necesaria, en estricto derecho, para que los adquirentes obtuvieran la tutela jurídica.

C. EXTENSIÓN DEL CONJUNTO DE BIENES SUSCEPTIBLES DE SER OBJETO DE PRENDA

De la mano de esta innovación registral al socaire del sistema norteamericano, la reforma francesa instaura lo que constituye el resultado buscado: “Extension de l’assiette du gage”.

Ya se trate de prenda con entrega o con registro, en ambos casos la opción puede ser ejercida respecto de cualquier bien.³⁵ No se trata de tal o cual régimen especial de prenda sin desplazamiento, no constituye un mecanismo susceptible de aplicación para tal o cual tipo de objetos o para satisfacer la necesidad de crédito de tal o cual actividad económica específica; la prenda sin desplazamiento que organiza el Código Civil francés es de portada absolutamente general, se aplica para cualquier acreedor o cualquier deudor y para cualquier bien mueble siempre que sea corporal (de los bienes muebles incorporales nos ocuparemos seguidamente).

Señala el Grupo Grimaldi que el principio de la especialidad de la prenda, tanto en cuanto a los créditos garantizados como a los bienes gravados, ha sido mantenido. Sin embargo, sostiene que el principio se flexibiliza, desde el momento en que se admite la

³⁵ Idéntica peripecia sufrió el derecho uruguayo de prenda sin desplazamiento, desde que la reforma introducida por la ley 17 228 amplía la posibilidad de preñar sin desplazamiento cualquier bien, incurriendo en lo que el profesor Arturo Iglesias llamara jocosamente “desenfreno pignoraticio”. Claro que el legislador, sin conciencia clara de los caracteres de los sistemas de garantías en juego, mantuvo el polémico giro “con tal que sea concretamente identificable”.

prenda de cosas futuras y sobre conjuntos de bienes.³⁶ Además, cuando se trata de bienes fungibles o que constituyen elementos de un conjunto, el deudor que los tiene puede enajenarlos si la convención lo autoriza; los derechos del acreedor prendario se ejercerán, entonces, sobre los bienes que vienen a sustituirlo (artículo 2339). De ese modo —señalan los autores— sería grandemente facilitada la constitución de prenda sobre *stocks*, que se entiende hoy día necesaria para el desarrollo del crédito comercial.

Si cualquier bien presente o futuro puede ser objeto de prenda, dado que la oponibilidad de la prenda ocurre no sólo por la vía de la entrega, sino del registro, surge la pregunta: ¿deben los terceros consultar al registro en oportunidad de realizar cualquier adquisición sobre cosa mueble? En el sistema norteamericano la pregunta tiene respuesta: no. Los terceros, adquirentes de bienes muebles prendados, si compran en el curso ordinario de los negocios del deudor prendario, están protegidos. Es una suerte de aplicación del principio general de *posesión vale título*. La paradoja aquí es que justamente en Francia, donde el Code Napoléon consagró hace doscientos años la regla *possession vaut titre*, el nuevo sistema francés viene a establecer la regla opuesta: este principio no puede ser invocado contra el acreedor prendario, salvo que la convención prendaria haya autorizado al deudor a enajenar los bienes prendados. Si no es el caso, el tercer adquirente ve postergar su posición jurídica frente a la del acreedor prendario.

Ello es así desde que el artículo 2337 (véase la nota 33) establece que, desde el momento en que la prenda ha sido objeto de publicidad, los terceros causahabientes no pueden prevalecerse de lo dispuesto por el artículo 2279, célebre norma que consagra la máxima *posesión vale título*.

Desconocemos el porqué de esta solución francesa, que contraviene su propio derecho y, además, el derecho norteamericano que explícitamente ha servido como fuente del derecho francés, y genera por otra parte un problema insoluble en la contratación.

Otro punto en el que es observable una contradicción es la consagración del principio de nulidad de la prenda de cosa ajena (artículo 2335), que no se compadece (o al menos requiere coordinación) con el principio de la validez de la prenda de cosa futura (artículo 2333).

³⁶ Yo diría que el principio de especialidad de la prenda queda severamente cuestionado a partir de la reforma.

D. MANTENIMIENTO DE LA TIPICIDAD DE LAS GARANTÍAS REALES

Hay que señalar, sin embargo, que los franceses no copiaron el *security interest* anglosajón. Una clave para entender el sistema anglosajón es que éste llegó a una concepción monista y funcional de las garantías reales mobiliarias. Pueden existir e históricamente han existido múltiples formas de garantía real sobre bienes muebles, producto de la rica tradición histórica angloamericana. Sin embargo, a mediados del siglo XX ganó terreno la idea de que todas las formas de garantía (impliquen o no una transferencia o retención de la propiedad) tienen una finalidad o una función de garantía y económicamente son equivalentes, por lo que deberían ser tratadas de la misma manera. Señala Legeais que en Francia se ha preferido mantener la diversidad de formas de *sûretés réelles*, por lo que el objetivo de la unificación y simplificación propuesto por los autores del proyecto difícilmente podrá entenderse alcanzado.³⁷

Y para muestra basta un botón. El texto finalmente aprobado admite que puede prendarse sin desplazamiento cualquier bien por cualquier acreedor y para garantizar cualquier deuda en un régimen de prenda flotante. En esta prenda puede pactarse el pacto comisorio. Sin embargo, el texto aprobado comprende la reforma del Código de Comercio, también admitiendo paralelamente la prenda de *stocks*, pero imponiendo a esta prenda una serie de restricciones que no tiene el régimen general; por ejemplo, que sólo pueden acceder a ella los establecimientos de crédito. Con buen criterio, la doctrina ha criticado esta inconsistencia. Los bancos tenderán a utilizar el régimen general, que es más amplio y flexible y habilita el pacto comisorio, en lugar del régimen especial previsto para los propios institutos de crédito.³⁸

E. FACILITACIÓN (ASSOUPLEMENT) DE LOS MODOS DE EJECUCIÓN

El grupo Grimaldi estaba convencido de que la eficacia de una garantía dependía de la simplicidad y rapidez de las vías de ejecución, y de que en tal sentido se orienta la evolución actual del derecho positivo. Sin embargo, la preocupación de los autores de la reforma fue, como ya está dicho, lograr el equilibrio que siempre ha caracterizado al derecho francés, con el fin de proteger al deudor y a los otros acreedores de un proceso sumario que expoliaría sus derechos.

³⁷ Dominique LEGEAIS, "Le gage de meubles corporels", en *JCP La Semaine Juridique*, suplemento al n.º 20, 17 de mayo de 2006.

³⁸ Annie BAC, "Le point de vue des établissements de crédit sur l'ordonnance", en *Lamy Droit Civil*, suplemento al n.º 29, julio-agosto de 2006.

Naturalmente, en caso de incumplimiento, el acreedor puede ejecutar judicialmente la prenda y solicitar se le adjudique por el tribunal.

Sin embargo, la más trascendente y si se quiere más escandalosa reforma ha sido la eliminación de la prohibición del pacto comisorio. Como es sabido, el antiguo derecho romano permitía —mediante la *fiducia cum creditore* y el pacto de la *lex comisoria*— que el acreedor insatisfecho se hiciese dueño de la cosa dada en garantía por el solo hecho del incumplimiento. A partir del derecho justinianeo, los países de Europa continental en general eliminaron la *fiducia cum creditore*, reservando al acreedor únicamente los derechos de prenda y de hipoteca, concebidos no como un traspaso del dominio sino como derechos reales menores en cosa ajena, y prohibiendo el pacto comisorio en dichos contratos, es decir, vedando la posibilidad del pacto por el cual el acreedor se hacía dueño de la cosa prendada o hipotecada por el solo incumplimiento. Este proceso se explica por la sensibilización general frente a los abusos cometidos por los usureros, que vía pacto comisorio adquirían bienes de valor muchas veces superior al monto de la deuda, enriqueciéndose injustamente a costa de su deudor.

El *common law* tuvo una evolución bien diferente: la *fiducia cum creditore* siguió vigente, por lo cual la garantía real es concebida en la ley de Inglaterra como la transferencia de la propiedad (*legal title*) con una cláusula que permite al deudor recuperarla pagando la deuda (*redemption clause*). El impago constituye únicamente la circunstancia que permite al acreedor constituido en propietario consolidar su derecho. Con el tiempo, sin embargo, y siguiendo el mismo patrón de respuesta al abuso de los usureros y al intento de impedir el enriquecimiento injusto a costa del deudor en dificultades, las cortes de equidad fueron flexibilizando esta regla, concediendo al deudor la posibilidad de redimir su propiedad mediante el pago tardío, pero sin cuestionar la validez o justicia de la transferencia a favor del acreedor. De donde el procedimiento legal equivalente a nuestra ejecución hipotecaria o prendaria consiste, en el derecho angloamericano, en un proceso cuyo objeto es la declaración de preclusión (*foreclosure*) de la posibilidad del deudor de pagar tardíamente y obtener la recompra de su propiedad (*redemption*). Va de suyo que este procedimiento es más seguro para el acreedor que la costosa ejecución hipotecaria, porque el bien ya está en poder legal del acreedor desde el momento del crédito.

Viendo perder al derecho francés terreno todos los días frente al derecho anglosajón, preferido por los empresarios, la reforma introduce la posibilidad de pactar el pacto

comisorio, tanto en la prenda como en la hipoteca,³⁹ aunque con un control: la pericia. Salvo que los bienes prendados consistan en valores objeto de cotización oficial en mercados organizados (instrumentos financieros o valores en el sentido de nuestra ley de mercado de valores, en cuyo caso no es necesaria una pericia porque hay un precio notorio del bien prendado que permite dar una justa pauta de la liquidación de la prenda), la ley francesa no estuvo dispuesta a autorizar la apropiación lisa y llana de la cosa prendada o hipotecada. Se requiere un trámite que puede ser extrajudicial, pues el experto o perito puede ser designado por las partes. Es decir que el acreedor puede hacerse atribuir el bien prendado, pero a un valor que debe ser determinado no de antemano (lo que era conocido como *pacto marciano*) sino “al día de la atribución”.

Es de hacer notar que el informe Grimaldi da cuenta de que los representantes de los abogados han expresado una opinión favorable al mantenimiento integral de la prohibición del pacto comisorio, como protección al deudor.⁴⁰ En ese mismo sentido, en doctrina, Philippe Délébecque ha expresado una posición crítica, sobre todo en materia inmobiliaria, sobre la base de que “el inmueble no es un bien como cualquier otro, y ha sido mala idea que los acreedores puedan de ahora en adelante atribuirse los bienes de sus deudores y convertirse en propietarios en su lugar, teniendo en cuenta que en Francia la propiedad fundiaria está fuertemente enraizada en la costumbre (*les mœurs*)”. En materia de bienes muebles, si bien no expresa una posición radicalmente opuesta, de todos modos su opinión es discordante: “La validez de tal pacto [comisorio] es ya discutible en materia mobiliaria; puede verse en él una cláusula abusiva”.⁴¹

³⁹ El artículo 2459 CC admite que “puede ser acordado en la convención hipotecaria que el acreedor devendrá propietario del inmueble hipotecado”, aunque precisa que esta cláusula no tiene efecto tratándose del inmueble que constituye residencia principal del deudor.

⁴⁰ El texto finalmente aprobado del código reza así: “Art. 2348.- Il peut être convenu, lors de la constitution du gage ou postérieurement, qu'à défaut d'exécution de l'obligation garantie le créancier deviendra propriétaire du bien gagé.

”La valeur du bien est déterminée au jour du transfert par un expert désigné à l'amiable ou judiciairement, à défaut de cotation officielle du bien sur un marché organisé au sens du code monétaire et financier. Toute clause contraire est réputée non écrite.

”Lorsque cette valeur excède le montant de la dette garantie, la somme égale à la différence est versée au débiteur ou, s'il existe d'autres créanciers gagistes, est consignée”.

⁴¹ DÉLÉBECQUE, op. cit., p. 31.

9.

ACTUALIZACIÓN DE LA PRENDA DE BIENES MUEBLES INCORPORALES

Ya indicamos cómo, para claridad terminológica, se distinguen de ahora en adelante los vocablos *gage* y *nantissement* (que nosotros traduciríamos en ambos casos por *prenda*), el primero aplicable a los muebles corporales y el segundo a los incorporales. El grupo Grimaldi propone actualizar el derecho de prenda de bienes incorporales, regulando las variedades más usuales. Analizaremos, por una parte, la propuesta de reconstrucción de la prenda de créditos y, por otra, la propuesta de incorporación de normas sobre prenda de moneda escritural y prenda de instrumentos financieros.

A. RECONSTRUCCIÓN DE LA PRENDA DE CRÉDITOS

Si vamos a mirar las cosas desde la perspectiva actual, debemos reconocer que el código francés era tremendamente restrictivo en cuanto a la prenda de créditos. Ésta era admitida, pero así como era inconcebible la prenda sin entrega de la cosa, del mismo modo la prenda del crédito no adquiría vida jurídica sin una notificación formal al deudor.

La permanente necesidad de crédito y las nuevas técnicas de financiamiento fueron preparando el camino para la sanción, en la década de los ochenta, de la denominada ley Dailly, que eliminaba la necesidad de notificación a los deudores permitiendo que los créditos fueran cedidos (en cambio o en garantía) mediante la simple firma de un documento privado denominado *bordereau* (por ello llamado *bordereau Dailly*), integrado posteriormente a la normativa del Código Monetario y Financiero francés.

Sin embargo, la jurisprudencia había hecho del procedimiento Dailly un trámite sumamente formal.⁴²

⁴² Por ejemplo, según el artículo 313-29 de dicho código, el deudor cedido puede obligarse a pagar al cesionario los créditos cedidos, con lo cual le confiere una particular firmeza a la cesión. Pero para ello, la ley establece que debe firmar un escrito que diga: "Acte d'acceptation de la cession ou du nantissement d'une créance professionnelle". En un caso jurisprudencial sometido a la corte de casación, el deudor había enviado un correo indicando: "Nous nous engageons à régler les factures référencées ci-dessous". Pues bien, la corte de casación resolvió (Cass. com., 29 de octubre de 2003, n.º 01-02 512) que el escrito de aceptación "no había sido redactado exactamente en los términos exigidos, de donde resulta que pese al compromiso de pago que dicho escrito implica, no vale como aceptación de la cesión por el deudor cedido, el cual queda habilitado para oponer las excepciones emergentes de sus relaciones personales con el cesionario".

La reforma del código permite ahora realizar cesión de créditos de todo tipo, sin las limitaciones que implicaba la ley Dailly y con más amplitud que la vigente hasta ese momento. El nuevo artículo 2361 del Code Civil establece que la prenda de un crédito, presente o futuro, tiene efecto entre las partes y se vuelve oponible a los terceros, desde la fecha del acto. Y el artículo 2362 dispone que, para ser oponible al deudor del crédito prendado, la prenda de crédito debe serle notificada o el deudor intervenir en el acto.

Los franceses resumieron magistralmente, en dos breves artículos, la esencia de la técnica de securitización de créditos: distinguir entre la oponibilidad al deudor y la oponibilidad a los demás terceros. Según el Código Napoleón y los que en él se inspiraron, la cesión de créditos tiene efecto entre las partes por el mero consentimiento; pero el cesionario “no se considera dueño del crédito”, *ni frente al deudor ni frente a los demás terceros*, hasta que no se notifica la cesión al deudor cedido. La notificación al deudor cedido es requisito, en el sistema clásico, tanto de la nueva legitimación del nuevo acreedor frente al deudor cedido como de la simultánea transferencia del crédito respecto de los demás terceros. Así, hasta la fecha de la notificación, por una parte, el deudor cedido paga bien si lo hace al cedente, y, por otra, el crédito sigue estando en el patrimonio del cedente y no en el del cesionario, lo que es relevante a todos los efectos de derecho: embargo del crédito, doble cesión sucesiva, nueva prenda del crédito, quiebra del deudor cedente, etcétera.

La nueva técnica de la cesión de créditos disocia en cambio los dos momentos. La notificación se requiere, sí, para que el cesionario adquiera legitimación frente al cedido, quien, si no es notificado, paga bien si lo hace al acreedor cedente (artículo 2362). Pero no se requiere para que el cesionario “se considere dueño del crédito respecto de terceras personas”, lo que ocurre en la fecha del acto, el que adquiere una relevancia dispositiva (artículo 2361).

El crédito puede ser futuro, y en ese caso el proyecto establece que el acreedor se considera habiendo adquirido el crédito desde su nacimiento, pero se elimina la necesidad de una nueva prenda (artículo 2357). Mediante este arbitrio se resuelve el problema de la liquidación del cedente.

Se perfeccionan los mecanismos de ejecución de la prenda de crédito, previniendo que, si el crédito garantizado ha vencido, el acreedor prendario cobra el crédito cedido y lo imputa a la deuda; pero si el crédito garantizado no ha vencido, y el crédito dado en garantía sí, el acreedor prendario debe cobrar y conservar la suma

cobrada a título de garantía, depositada en una cuenta abierta en un establecimiento bancario (habilitado a recibir fondos del público). El Código establece que, en caso de retardo, el acreedor debe constituir en mora al deudor y ocho días después puede imputarse las cifras cobradas y depositadas en pago de las sumas adeudadas. En caso de quiebra del deudor, el acreedor prendario puede hacerse atribuir el crédito dado en prenda, con todos sus derechos accesorios; puede también proceder al cobro de la deuda prendada (artículo 2364).

B. RECEPCIÓN DE LA PRENDA DE MONEDA ESCRITURAL Y DE INSTRUMENTOS FINANCIEROS

El grupo Grimaldi había propuesto reglamentar la prenda de moneda escritural y de cuentas de instrumentos financieros, pero el Código efectivamente aprobado no incorporó esos institutos.

Según los autores del informe, habría sido una innovación bastante importante introducir en el Código dos tipos de afectación: uno totalmente nuevo, la afectación o prenda de moneda escritural; el otro, “repatriado”, desde que el Código Monetario y Financiero prevé y regula la afectación prendaria de instrumentos financieros.

Según el grupo Grimaldi, correspondía que esa regulación figurara en el Código Civil, porque “se trata de una garantía que todo ciudadano puede constituir, teniendo en cuenta la parte creciente que los valores mobiliarios ocupan en el patrimonio de los franceses”.

La afectación de moneda escritural

Se la define como una convención por la cual el constituyente afecta en garantía fondos registrados en una cuenta bloqueada, abierta a su nombre en un establecimiento habilitado para recibirlos. Quizá la previsión más importante es que el inicio de un procedimiento concursal no tendría incidencia.

La reforma finalmente aprobada organiza la prenda de depósito o cuenta bancaria, indicando que la prenda de una cuenta afecta “el saldo acreedor, provisorio o definitivo, al día de realización de la garantía, bajo reserva de la regularización de las operaciones en curso, según las modalidades previstas para los procedimientos civiles de ejecución” (artículo 2360).

Si se ha abierto un proceso concursal del deudor, la prenda de la cuenta recae sobre el saldo de ésta a la fecha de la apertura del proceso concursal.

10.

RECONOCIMIENTO DE LA PROPIEDAD RETENIDA O CEDIDA A TÍTULO DE GARANTÍA

Otro de los platos fuertes de este menú ha sido la inclusión —en el elenco de las garantías reales— de la retención y de la transferencia de la propiedad a título de garantía. Esta figura no había sido objeto, hasta la fecha, de ninguna disposición específica en el Code Civil. La propiedad cedida en garantía se encontraba prevista por algunas leyes particulares, en especial la ley n.º 81-1, de 2 de enero de 1981, que ya hemos citado (*cession Dailly*), y que ha sido luego codificada en el Código Monetario y Financiero. Y ello por cuanto mediante la cesión el deudor traspasa al acreedor la titularidad de una cartera de créditos, aun cuando eventualmente la finalidad del negocio sea meramente garantizar adeudos del cedente con el cesionario. En cuanto a la propiedad retenida en garantía, también conocida como *reserva de propiedad*, no se encontraba reglamentada en el derecho francés sino a propósito de las leyes concursales.

El grupo Grimaldi ha considerado que la importancia económica de la propiedad-garantía justificaba que el Código la reglamentara en un libro destinado a las garantías reales, consagrando la libertad de las partes de elegir, en su caso, entre la figura de la constitución de una garantía real tradicional, prenda o afectación, o la de la cesión o retención de la propiedad a título de garantía.

La explicación sigue siendo la misma. El derecho alemán y el anglosajón admiten la retención (*Eigentumsvorbehalt*, *title retention*) o la cesión fiduciaria (*Sicherungsvereinbarung*) de la propiedad en garantía, que resultan más atractivos para los empresarios que el derecho francés.

Rige el principio de la conversión (*Umwandlungsprinzip* o *requalification*) por el cual el tribunal puede calificar una trasmisión o retención de la propiedad como garantía real, en un esquema de equivalencia funcional: cumplen la misma función, deben tener el mismo régimen. Con lo cual nos acercamos al *security interest* uniforme norteamericano, es decir, una idea de garantía que vale como tal, sin importar la forma, forma que puede consistir, entre otras, en la retención o la cesión de la propiedad.

El grupo Grimaldi no hizo más que tratar de ponerse a tiro con esta concepción. El texto propuesto por la comisión Grimaldi rezaba así:

Capítulo IV; De la propiedad cedida o retenida a título de garantía.

Artículo 2379.

La propiedad de un bien mueble puede ser cedida en garantía de una obligación en las condiciones previstas por la ley.

Puede también ser retenida en garantía de una obligación por efecto de una convención de reserva de propiedad.

Sin embargo, *esta redacción propuesta por el grupo Grimaldi no fue finalmente adoptada por el Gobierno*, que incorporó al Código un artículo que sólo refiere a la reserva de propiedad, pero omitió toda referencia a la cesión o transferencia de la propiedad en garantía. Más adelante ensayamos un análisis de esta omisión. Trataremos primero la reglamentación de conjunto de la propiedad retenida a título de garantía, que sí fue admitida en la reforma.⁴³

11.

RESERVA DE LA PROPIEDAD EN GARANTÍA

Como es sabido, la reserva de dominio, en su forma más corriente, es el recurso que tiene el vendedor de no transferir la propiedad hasta que el comprador haya pagado la totalidad del precio. La utilización de la propiedad reservada en garantía estaba sometida en Francia, igual que en Uruguay, a la limitación de la prohibición del pacto de reserva de dominio. Tanto en Francia como en nuestro país, sin embargo, la presión de las garantías anglosajonas determinó que fuera admitida finalmente la figura del *leasing*, arrendamiento financiero, crédito de uso o *crédit-bail*, con normas legales especiales de portada limitada.⁴⁴

Lo que hace la reforma francesa no es ampliar la figura (ya existente en el derecho francés) sino incorporarla en el código como figura de portada general. La reserva de propiedad sería definida como la convención por la cual las partes suspenden el efecto

⁴³ Obsérvese que, en derecho uruguayo, la reserva de propiedad, prohibida en el Código Civil, hace su ingreso en la ley 8 733 de promesa de enajenación de inmuebles a plazos, y recibe su consagración en las leyes de crédito de uso o *leasing*, 16 072, 16 205 y 16 906.

⁴⁴ Si bien existe en este punto un paralelo entre el derecho francés y el nuestro, no hay que olvidar que en el derecho francés el contrato es por sí sólo traslativo, cosa que no ocurre en nuestro derecho, donde la adquisición del derecho opera recién con la tradición. Véase al respecto el trabajo de Francisco DEL CAMPO, "Pacto de reserva de dominio", en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, t. XXIX, p. 435 ss.

traslativo de un contrato hasta el pago completo de la obligación que constituye la contrapartida. Precisamente señala el artículo 2367:

[...] la propiedad de un bien puede ser retenida en garantía por efecto de una cláusula de reserva del dominio, que suspende el efecto traslativo de un contrato hasta el completo pago de la obligación que constituye su contrapartida.

La propiedad así reservada constituye un accesorio del crédito de la que garantiza el cumplimiento.⁴⁵

Interesa señalar que, si bien la reserva de propiedad adquiere carta de ciudadanía, su empleo no es lo amplio que hubiera sido deseable, si se trataba de lograr los estándares de los derechos alemán o anglosajón. Según la práctica alemana, la reserva de dominio puede emplearse no sólo como cobertura de la obligación que constituye la correspondiente contrapartida, sino genéricamente para cubrir cualquier obligación, y no solamente la del pago del precio que constituye la contrapartida de la transferencia del bien cuya propiedad se reserva. Tenemos el ejemplo de la reserva de propiedad ampliada (convención por la cual la reserva de dominio cubre no sólo la garantía de la obligación correlativa, sino todas las obligaciones del deudor para con el acreedor, por ejemplo, proveedor).

12.

CESIÓN DE LA PROPIEDAD EN GARANTÍA Y FIDEICOMISO DE GARANTÍA

El artículo 2379 del anteproyecto redactado por el grupo Grimaldi establecía:

La propriété d'un bien mobilier peut être cédée en garantie d'une obligation aux conditions prévues par la loi.

Elle peut aussi être retenue en garantie d'une obligation par l'effet d'une convention de réserve de propriété.

⁴⁵ "Art. 2368.- La réserve de propriété est convenue par écrit.

"Art. 2369.- La propriété réservée d'un bien fongible peut s'exercer, à concurrence de la créance restant due, sur des biens de même nature et de même qualité détenus par le débiteur ou pour son compte.

"Art. 2370.- L'incorporation d'un meuble faisant l'objet d'une réserve de propriété à un autre bien ne fait pas obstacle aux droits du créancier lorsque ces biens peuvent être séparés sans subir de dommage.

"Art. 2371.- À défaut de complet paiement à l'échéance, le créancier peut demander la restitution du bien afin de recouvrer le droit d'en disposer.

"La valeur du bien repris est imputée, à titre de paiement, sur le solde de la créance garantie".

El proyecto Grimaldi preveía entonces —como figura de portada absolutamente general— no solamente la retención de la propiedad, sino su transferencia o cesión en garantía. Señalaba el grupo Grimaldi que, tratándose de la propiedad cedida en garantía, el grupo, luego de una reflexión profunda, había llegado a la redacción de ocho artículos. Ocurre que, en el curso de los trabajos del equipo Grimaldi, el Gobierno constituyó otra comisión tendiente a elaborar una proposición sobre la introducción del negocio fiduciario en el derecho positivo francés. Si bien no toda cesión de propiedad a título de garantía opera por medio de la técnica fiduciaria, la inversa no ofrece dudas: el fideicomiso de garantía (*fiducie-sûreté*) se define como una transferencia de la propiedad a título de garantía. El grupo Grimaldi consideró entonces más prudente proponer un texto que se limita a reconocer la existencia de la propiedad-garantía: “*la propriété d’un bien mobilier peut être cédée en garantie d’une obligation aux conditions prévues par la loi* (article 2379)”. Naturalmente, el grupo manifestó su deseo en el sentido de que el texto por él elaborado fuera comunicado a la comisión a cargo de la reflexión sobre la fiducia.

El texto del Código Civil finalmente aprobado por el Gobierno contempla el instituto de la propiedad retenida, pero *no dice una palabra de la propiedad cedida en garantía*. Pese a los deseos del grupo Grimaldi, la cesión de la propiedad con función de garantía no ha sido incorporada en el Libro del Código relativo a las garantías reales. ¿Razones? Quizás el legislador francés no quiso innovar tanto. En realidad, parece más plausible la explicación de que el Gobierno no estaba autorizado a incorporar la cesión de la propiedad en garantía, habida cuenta de los términos de la ley de habilitación.⁴⁶

Pero hay otra explicación. El tema de la cesión de la propiedad en garantía convoca el tema del fideicomiso de garantía. Mediante el fideicomiso de garantía, el deudor entrega un bien que abandona su patrimonio e ingresa en el patrimonio del fiduciario, con la instrucción de que, en caso de incumplimiento, transfiera a su vez el bien al acreedor o cumpla los mandatos establecidos en la fiducia.

El derecho francés (como también el nuestro hasta hace muy poco tiempo) había rechazado terminantemente la posibilidad del fideicomiso de garantía y la de todo fideico-

⁴⁶ Recordemos que la autorización al gobierno a legislar se había dado con el siguiente objeto:

“1.º Introducir, en el código de comercio, disposiciones habilitando la afectación de stocks de empresas y modificar las disposiciones del código civil para simplificar la constitución de garantías reales mobiliarias y sus efectos, extender su asiento y autorizar la prenda sin desposesión; y [...]

”3.º Recopilar las normas vigentes sobre cláusula de reserva de propiedad, insertándolas en el código civil”.

Si se lee atentamente el objeto del mandato conferido, es razonable concluir que el Gobierno no estaba habilitado a incorporar un instituto diferente a la prenda y a la reserva del dominio, como lo es el fideicomiso de garantía.

miso. Tímidamente, habían existido iniciativas para incorporar la transferencia fiduciaria de la propiedad en garantía en el derecho francés, equilibrando el instituto con la necesaria producción de una tasación en el momento de incumplimiento y transferencia del bien, que jamás llegaron a ser convertirse en ley.⁴⁷ Sin embargo, era obvio que esta vez la presentación de un proyecto sobre fideicomiso no podía correr la misma suerte. La sensibilización de los actores sociales y la posición política del gobierno indicaban un campo propicio para el tratamiento del tema. Pues bien, paralelamente a la trascendente reforma del derecho de las garantías reales que estamos comentando, observamos el desarrollo de otro teatro, el del trámite parlamentario de la ley de fideicomiso.

Con fecha 8 de febrero de 2005, el senador Philippe Marini dio comienzo al tratamiento legislativo del tema mediante la presentación de una propuesta de ley sobre fideicomiso. Con fecha 11 de octubre de 2006, la comisión del Senado encargada de estudiar el proyecto produjo, bajo la dirección del senador Henri de Richemont, un copioso informe que fue considerado en el plenario del Senado francés el 17 de octubre de 2006. Tanto la exposición de motivos articulada por Philippe Marini como el informe de Henri de Richemont constituyen piezas valiosísimas para observar la problemática de las garantías reales en el contexto de la contraposición de dos modelos: el napoleónico y el germánico-anglosajón.

Señala Marini que numerosos prácticos del derecho habían venido reclamando la introducción de la fiducia en el derecho francés, fundamentalmente con dos finalidades: la de gestión y la de garantía.⁴⁸

Nos referimos por tanto a la cesión o transferencia de la propiedad en garantía que estaba contenida en el informe Grimaldi y fue desglosada por el gobierno a la hora de consagrar el instituto en el Código Civil francés. Indica Marini:

⁴⁷ En el segundo anteproyecto francés de Ley de Fiducia, de 14 de noviembre de 1990, se establecía: “Lorsque la fiducie est conclue à des fins de garantie, le contrat doit prévoir les modalités de réalisation des bien transférés. Est réputée non écrite la clause prévoyant qu’en cas de défaillance du débiteur, le fiduciaire ou le créancier est définitivement et de plein droit propriétaire du bien transféré. Cette clause est toutefois valable lorsque la garantie porte sur des sommes d’argent, des créances, des valeurs mobilières ou des contrats à terme cotés sur un marché organisé”. El 25 de julio de 1991 se presentó un cuarto anteproyecto de Ley de Fiducia, que establecía en forma similar: “En cas de défaillance du débiteur et si le contrat n’a pas disposé autrement, la valeur du bien transféré au fiduciaire doit être déterminée à dire d’expert, sauf s’il s’agit de sommes d’argent, de créances, de valeurs mobilières ou de contrats à terme cotés sur un marché organisé”. Ninguno de esos proyectos había tenido el más mínimo progreso legislativo.

⁴⁸ Si bien las dos están estrechamente vinculadas y deberían ser consideradas por igual en el estudio del instituto del fideicomiso, por la obvia razón de que este artículo trata de las garantías reales, nos limitaremos a analizar las connotaciones que el proceso legislativo francés sobre fideicomiso tiene exclusivamente desde el punto de vista de la fiducia de garantía (*fiducie-sûreté*).

Es así, por ejemplo que los bienes podrán ser puestos bajo fideicomiso a fin de garantizar una o más obligaciones, para beneficio de uno o más acreedores: la transferencia de titularidad ofrecerá la ventaja de la *propriété-sûreté*⁴⁹ a los acreedores, lo cual debería implicar una baja del costo del crédito para el deudor, corolario de la reducción del riesgo que sufre el acreedor.

Algunos países de tradición romano-germánica llegan a un resultado equivalente al del *trust*, con la práctica, consagrada por la jurisprudencia, o bien por la ley, de la fiducia. Puede notarse que Escocia, Liechtenstein, África del Sur, Etiopía, Israel, Puerto Rico, Japón y aun Rusia han adoptado un equivalente al *trust*, del mismo modo que —a lo largo de un cierto número de años— muchos países de América del Sur. Luxemburgo, mediante una ley publicada el 3 de septiembre de 2003, amplió el campo de aplicación de su legislación sobre la fiducia. Del otro lado del Atlántico, la provincia canadiense de Quebec ha ya adoptado un régimen general y completo de fideicomiso nominado, en ocasión de la reforma de su Código Civil, entrada en vigor el 1 de enero de 1994. El 28 de abril de 2001, la República Popular de China adoptó una ley relativa al *trust*, que entró en vigor el 1 de octubre de 2001. El Uruguay, a fin de 2003, adoptó igualmente una ley que tiene por efecto regir las relaciones fiduciarias. Francia no puede quedar insensible frente a la globalización de este instrumento jurídico.⁵⁰

Señala Marini:

El fiduciante podrá también tener recurso a la fiducia para crear una garantía. Se sabe que el recurso a la reserva de propiedad es muy frecuente en la práctica: el fideicomiso de garantía permitirá utilizar la propiedad a título de garantía bajo una nueva forma.

Esta garantía —sostiene Marini— *no será accesoria al crédito garantizado*. Ello permitirá al constituyente afectar en garantía bienes de forma tal que la garantía no se extinga automáticamente con la extinción del crédito inicial, sino que pueda operar cubriendo un nuevo crédito posterior, sin que sea necesario crear un nuevo fideicomiso, a condición de que el contrato sea suficientemente preciso; la retrocesión de los bienes constituidos en fideicomiso de garantía no operará sino una vez que todos los créditos garantizados sean pagados de conformidad con las condiciones o modalidades previstas por el contrato.

[...]

⁴⁹ He mantenido el término *propriété-sûreté* del original en francés para señalar un tema que tiene enorme actualidad en el derecho no sólo de Francia sino de todos los países de derecho civil. El término alude a la posibilidad de utilizar la propiedad con función de garantía, como podía hacerse en el antiguo derecho romano mediante la fiducia *cum creditote*, y dejó de estar permitido en el derecho justinianeo y en el derecho intermedio, con el triunfo en los países de Europa continental de la concepción de garantía como derecho real menor en cosa ajena y el rechazo de la propiedad-garantía. Este proceso no tuvo lugar en Inglaterra, donde el *common law* ha aceptado desde los orígenes romanos el uso de la propiedad en garantía.

⁵⁰ He utilizado negritas para señalar el hecho insólito de que el derecho uruguayo ha servido de fuente al derecho francés, inversamente a lo que históricamente ha sucedido siempre.

El fideicomiso de garantía podrá recaer sobre créditos existentes o futuros, de manera análoga a lo que está habilitado en materia de *cesión Dailly*.

El fideicomiso de garantía permitirá así garantizar flujos de créditos y que los bienes objeto de la garantía no permanezcan estáticos (vía cesión de instrumentos financieros, por ejemplo). El contrato de fiducia deberá prever las modalidades de evaluación de los bienes que constituyen la garantía y que deban ser transferidos al beneficiario en caso de incumplimiento del deudor, con el fin de limitar los riesgos de abuso, lo que excluye prever que el acreedor se convierta definitivamente en propietario del bien dado en garantía. Esta evaluación podrá, por ejemplo, reposar sobre la venta amigable del bien por el fiduciario. En la ausencia de estipulación contractual que prevea las modalidades de evaluación, está indicado el recurso a un perito o experto, salvo en el caso de bienes cuya evaluación no ponga dificultades (tales como sumas de dinero, instrumentos financieros, créditos) y respecto de los cuales el riesgo de abuso en la valuación (y por tanto en la apropiación) sea inexistente.

13.

FINAL RECEPCIÓN DEL FIDEICOMISO CON FINES DE GARANTÍA

Como hemos visto, el derecho de las garantías ha sido objeto recientemente en Francia de una vasta reforma operada por la ordenanza n.º 2006-346 del 23 de marzo 2006. Si bien este texto ha ampliado y modernizado los diferentes tipos de garantía —tanto personales como reales— disponibles en el derecho francés, no ha mencionado el fideicomiso entre las garantías reales de las que podría disponer un acreedor en garantía del pago de su crédito, ello en función de que el tema no podía ser abordado en virtud de los términos de la habilitación dada por el legislador.

Paralelamente al trámite de la reforma de las garantías reales, se tramitaba en el Parlamento francés el proyecto de ley Marini sobre fideicomiso (que comprendía naturalmente el fideicomiso de garantía). Como dijimos, el proyecto fue sometido a estudio de

una comisión del Senado que encomendó al senador Henri de Richemont un informe sobre el instituto del fideicomiso cuya lectura es ineludible.

Señala De Richemont que el fideicomiso de garantía puede llegar a constituir una modalidad sumamente protectora del acreedor. Por hipótesis, el fiduciario se compromete a retroceder el bien transferido al constituyente del fideicomiso cuando la garantía ya no tiene más un papel que jugar en virtud de la desaparición o extinción del crédito. Sin embargo, para el caso de que el deudor no pague, el acreedor se hace atribuir los bienes en calidad de beneficiario.

Esta aplicación se revela muy interesante, puesto que la disponibilidad por parte del acreedor de la propiedad de un bien constituye para él la mejor de las garantías posibles. El derecho positivo privilegia la garantía por propiedad “retenida” por el acreedor (reserva de dominio), mientras que el fideicomiso de garantía constituye una garantía en el marco de una propiedad cedida o transferida al acreedor.

El fideicomiso podría igualmente presentar numerosas ventajas en el marco de operaciones de financiamiento estructurado y de préstamos bancarios sindicados.

Permitiría generalizar así la alienación fiduciaria que implica la transferencia de propiedad de una cosa a fin de garantizar una deuda, y que ofrece al acreedor una garantía sumamente eficaz en caso de procedimiento concursal o moratoria posterior del constituyente.

Abonando el terreno de la legitimidad de la figura, De Richemont sostiene que el fideicomiso, en realidad, ha existido toda la vida en el derecho francés, en lo que se llama *fiducias innominadas*. Se trata de los casos en los cuales se admiten traspasos de titularidad de bienes cuya real finalidad es de garantía. Como ejemplos tenemos el pacto de retroventa, la cesión Dailly, el endoso en blanco de títulos valores, la prenda de depósitos bancarios, etcétera. En la propia reforma de las garantías reales aprobada, hay normas que podrían cómodamente entrar en este concepto de *fiducia innominada*.⁵¹

⁵¹ Aun cuando desde ya adelantamos que el gobierno no incorporó finalmente estas disposiciones expresas, en la parte de la reforma efectivamente aprobada hay situaciones que fenomenológicamente se orientan a la propiedad transferida en garantía, aunque no se trate formalmente de propiedad cedida en garantía.

“Art. 2341.- Cuando la prenda con desplazamiento tiene por objeto cosas fungibles, el acreedor debe mantenerlas separadas de las cosas de la misma naturaleza que le pertenecen. [...]”

“Si la convención dispensa al acreedor de esta obligación, él adquiere la propiedad de las cosas prendadas, con cargo de restituir la misma cantidad de cosas equivalentes”.

“Art. 2342.- Cuando la prenda sin desplazamiento tiene por objeto cosas fungibles, el constituyente puede enajenarlas si la convención lo prevé, con cargo de reemplazarlas por la misma cantidad de cosas equivalentes”.

Según el informe de De Richemont, la comisión del Senado, con el fin de asegurar que el fideicomiso sea una figura atractiva, propone:

- un marco jurídico “unitario” para el fideicomiso, que no opera una distinción entre la función de garantía y la función de gestión que las partes pudieran asignar al contrato de fiducia;
- abrir este nuevo mecanismo tanto a las personas físicas como a las personas morales;
- favorecer la libertad contractual limitando tanto como sea posible las disposiciones imperativas;
- facilitar la constitución, la gestión y la realización de las garantías reales constituidas en ocasión de operaciones jurídicas complejas con recurso al instituto del fideicomiso, consagrando en el derecho francés la figura del *agente de garantías*.

De acuerdo con estas bases, el informe de De Richemont define a la fiducia como la operación por la cual uno o más constituyentes transfieren bienes, derechos o garantías, presentes o futuros, o un conjunto de bienes, derechos o garantías, a uno o más fiduciarios, quienes, teniéndolos separados de su propio patrimonio, actúan con una finalidad determinada en beneficio de uno o más beneficiarios.

Como se indicó, no se explicita la finalidad de garantía, pero ella se encuentra comprendida en la expresión absolutamente genérica de “una finalidad determinada”.

Se proponía asimismo una previsión expresa en materia de fideicomiso de garantía, en el artículo 2328-1 del proyecto, según el cual *cualquier garantía real puede ser inscrita, gestionada y ejecutada por cuenta de varios acreedores de la obligación garantizada, por una persona que ellos designan a este fin en el acto que constata esa obligación*.

El 17 de octubre de 2006 tuvo lugar la discusión del proyecto en el plenario del Senado francés. El ministro de Justicia, M. Pascal Clément, afirmó que el bicentenario del Código Civil ha sido ocasión para crear el compromiso con una profunda renovación de la legislación francesa (entre otras) en la materia del derecho de las garantías.

En efecto, el derecho común de las garantías estaba limitado, en una gran medida, a las disposiciones del Código Civil vigente desde 1804. La ordenanza de 23 de marzo de 2006 ofrece útiles nuevos, modernos y eficaces a los agentes económicos, a fin de garantizar sus créditos. Como recordatorio, menciono que puede ser acordada al acreedor una prenda sin desplazamiento, que permite al deudor conservar el uso de la cosa que él afecta en

garantía de la obligación. Además, el asiento de la prenda ha sido ampliado, ya que puede a partir de ahora recaer sobre cosas fungibles y sobre cosas futuras. Los modos de realización de esta garantía han sido igualmente facilitados por el reconocimiento de la validez del pacto comisorio, que permite a las partes convenir que el bien afectado en garantía será adjudicado en propiedad al acreedor en caso de incumplimiento del deudor, sin intervención del juez. En fin, nuevos instrumentos han sido integrados en el Código Civil, notablemente en materia de garantías reales inmobiliarias, como es el caso de la hipoteca recargable y del préstamo viajero hipotecario. Así, en poco tiempo, muchas reformas fundamentales han sido llevadas adelante por la cancillería. Ellas traducen la voluntad del Gobierno de modernizar nuestro derecho en interés de los ciudadanos y de los actores económicos.

Luego de algunas vicisitudes de que se dará cuenta enseguida, la ley obtuvo media sanción. A continuación se escucharon opiniones escépticas sobre el buen fin de la iniciativa en la Asamblea Nacional, porque no era la primera vez que se presentaba un proyecto de ley de fideicomiso y quedaba en agua de borrajas. El Gobierno, sin embargo, en la persona del ministro de Justicia, había comprometido su palabra ante el Senado francés de que el proyecto de ley aprobado por el Senado sería ratificado por la Asamblea Nacional. Y efectivamente, el 7 de febrero de 2007 la Asamblea Nacional francesa aprobó la ley, que fue promulgada por el Gobierno el 21 de febrero de 2007. El nuevo artículo 2011 del Código Civil reza:

El fideicomiso es la operación por la cual uno o más constituyentes transfieren bienes, derechos o garantías o un conjunto de bienes, derechos y garantías, a uno o más fiduciarios que, teniéndolos separados de su propio patrimonio, actúan con una finalidad determinada en beneficio de uno o más beneficiarios.

Señalamos algunas particularidades de la legislación francesa.

1. La ley impone una restricción a los legitimados para actuar en calidad de fiduciarios.

Art. 2015. Sólo pueden tener la calidad de fiduciarios los establecimientos de crédito mencionados en el art. 511-1 del Código Monetario y Financiero, las instituciones y servicios enumerados en el artículo 518-1 del mismo código, las empresas de inversión mencionadas en el art. 531-4 del mismo código, así como las empresas de seguros regidas por el artículo 310-1 del Código de Seguros. Esta limitación es compartida por muchos ordenamientos.

2. También ha incorporado la ley de fideicomiso una polémica limitación de la legitimación para ser fiduciante.

Según el Art. 2014 sólo pueden ser constituyentes las personas jurídicas sometidas de pleno derecho o por opción al impuesto sobre sociedades. Los derechos del constituyente al título de la fiducia no son ni transmisibles a título gratuito, ni cesibles a título oneroso a otros sujetos que no sean personas jurídicas sometidas al impuesto sobre las sociedades.

Se trata de una imposición del Gobierno en ocasión del debate en el Senado. M. Pascal Clément, ministro de Justicia, había sostenido:

Compartimos todos un objetivo: introducir el negocio fiduciario en nuestro derecho para ofrecer a los actores económicos un útil comparable a los *trusts* con la finalidad fundamental de atraer a los inversores y de evitar la deslocalización de operaciones financieras en el extranjero. Todos nosotros nos hemos preocupado de preservar las disposiciones de orden público de derecho común. Es la primera razón por la que hemos querido limitar la fiducia sólo a los constituyentes personas morales.

Sin embargo, la oposición fue muy crítica respecto de esta limitación. M. Badinter, senador socialista, expresó:

En todas partes, el *trust* o fiducia tiene una doble finalidad: financiera, para garantizar los créditos, y humana, puesto que no se puede a veces acudir a las tutelas. La segunda finalidad se ha perdido de vista, y no quedará sino la fiducia financiera para obtener créditos. Existe desde hace tiempo un movimiento europeo favorable a la generalización de la fiducia, o más exactamente, del *trust*. Así, una resolución del Parlamento Europeo de fecha 15 de febrero de 2001 prevé la armonización de los derechos europeos, fundamentalmente en lo que concierne al *trust*. Del mismo modo, el 6 de junio de 2002, al momento en que comenzaba la actual legislatura, ha sido adoptada una directiva relativa a los contratos de garantía financiera, que constituyen en realidad el punto esencial de nuestra preocupación de hoy, pero respecto de la cual el gobierno no ha hecho ninguna diligencia para introducirla en el derecho francés. No puede por tanto decirse que se haya precipitado hacia los horizontes fiduciarios con el entusiasmo que usted, señor ministro de Justicia, pone para describir su esplendor. ¡Más vale tarde que nunca! Sin embargo, si seguimos las proposiciones del gobierno, temo mucho que el instrumento cuya creación encaramos, y que según entiendo es completamente necesario en francés, no llegue a colmar nuestras esperanzas.

El *trust* o la fiducia, sin entrar en el detalle del *jus communis* ni remontarnos hasta la fiducia romana, tienen, en todas partes, una doble finalidad. Reconozcamos, antes que nada, una finalidad financiera, que siempre ha sido tenida en cuenta: se trata fundamentalmente de garantizar las aperturas de crédito a favor de los agentes económicos. Estos mecanismos ofrecen a los establecimientos financieros una garantía incomparable, en el sentido genérico del término, en la medida en que el propietario se encuentra en la mejor situación posible de garantía. La segunda finalidad, muy importante, es de orden familiar o aun, simplemente, humana. No siempre se puede, por ejemplo, recurrir al derecho de tutelas a fin de tomar en consideración la situación particular de tal o cual niño, más o menos favorecido por la naturaleza, al que se quisiera ayudar. Tradicionalmente, en los Estados inspirados por el derecho anglosajón, pero

también en la casi totalidad de los Estados de la Europa continental, es igualmente a esa finalidad que sirve la fiducia o el *trust*. Ahora bien, esta segunda finalidad ha sido perdida de vista por el Gobierno. Por ello, nos presenta, sin justificación conveniente, una versión puramente financiera de la fiducia, que permitirá únicamente a las personas morales, establecimientos de crédito y sociedades comerciales ser partes en el dispositivo. En breve, es una garantía que beneficiará estrictamente al mercado de crédito.

Ello no parece corresponder a la necesaria modernización de la que soy igualmente que usted, señor guardasellos, partidario, ya que a mis ojos la fiducia no es en medida alguna un monstruo jurídico en relación con nuestro derecho.

Usted dice que se crea la noción de patrimonio de afectación. Se trata simplemente de tomar dentro de un patrimonio elementos determinados para afectarlos a un uso particular. ¡Y eso se ha hecho toda la vida!

En cuanto a la finalidad humana de la fiducia, cuyo carácter es tan precioso, ella ha sido escamoteada más por razones que tienen que ver con la desconfianza que con razones verdaderamente jurídicas; hay una suerte de obsesión según la cual la fiducia servirá al fraude, y eso es algo que paraliza literalmente el progreso del derecho.

La fiducia es considerada como el instrumento que permite el desvío del patrimonio o escamoteo, fundamentalmente en materia de impuesto al patrimonio. A partir de este punto no podemos avanzar.

Por lo demás, fuerza es comprobar que los profesionales del fraude encuentran en la situación prevalente en este momento en Europa todos los recursos necesarios para librarse a ese género de escamoteos. Todos conocemos ejemplos.

Pese a tan elocuente planteamiento, finalmente la posición del Gobierno se impuso y el texto de la ley con media sanción establece que sólo las personas morales pueden ser constituyentes.

3. Según el artículo 2013, “El contrato de fideicomiso es nulo si procede de una intención liberal en favor del beneficiario. Esta nulidad es de orden público”.

Obviamente, se trata de una restricción de impronta fiscal.

Asimismo, tiene origen fiscal otra severa restricción existente en el sistema francés de fideicomiso, respecto de quiénes pueden ser fiduciarios o constituyentes, lo que sí constituye una originalidad en el derecho comparado.

4. Creación de un patrimonio autónomo pero no tan autónomo.

La ley francesa es precisa en el establecimiento de la separación del patrimonio fiduciario, y es técnicamente correcta cuando edicta que el patrimonio fiduciario es inembargable salvo por los acreedores originados en la conservación o gestión del patrimonio fideicomitido (fuera, por supuesto, de los casos de fraude).

Otra particularidad de la fiducia francesa es que se establece la responsabilidad subsidiaria del patrimonio del fiduciante o constituyente. En caso de insuficiencia del patrimonio fiduciario, ese patrimonio constituye la garantía común de sus acreedores, salvo que el contrato de fideicomiso ponga todo o parte del pasivo de cargo del fiduciario.

Tal cláusula no es oponible a los acreedores que no la han aceptado expresamente.

5. Disposiciones que afectan el fideicomiso de garantía.

Según el artículo 2024 del Código Civil en la redacción dada por la ley de 7 de febrero de 2007, el inicio de un procedimiento de salvaguardia, de reestructuración judicial o de liquidación judicial respecto del fiduciario no afecta el patrimonio fiduciario. Esta disposición es clave, porque determina la afectación del patrimonio fiduciario a la finalidad de garantía, sustrayéndolo del poder de agresión de los acreedores del fiduciario.

Asimismo, el artículo 2016, al permitir que tanto el constituyente como el fiduciario puedan ser beneficiarios del contrato de fiducia, admite la constitución del fideicomiso de garantía en la cual el propio fiduciario es beneficiario de la garantía. Sin embargo, la ley francesa no se ha abocado a resolver el principal problema del fideicomiso de garantía, que es el eventual conflicto de intereses entre fiduciario y beneficiario, fundamentalmente en el caso de que esas calidades coincidan en la misma persona.

Es cierto que la ley prevé la designación de un sujeto destinado a hacer cumplir adecuadamente las estipulaciones del contrato, originalmente llamado *protector* y luego *tercero*. Según el artículo 2017, “salvo estipulación contraria del contrato de fideicomiso, el constituyente puede, en todo momento, designar un tercero encargado de asegurar la preservación de sus intereses en el cuadro de la ejecución del contrato y que puede disponer de los poderes que la ley acuerda al constituyente”. Sin embargo, se trata solamente de una eventualidad y es de presumir (como lo hace creo fundadamente Délébecque) que el desigual poder de las instituciones de crédito impondrá a los deudores no establecer en los contratos de fiducia protector alguno.

Una adecuada protección del interés del deudor, tal como está prevista, por ejemplo, en el Código Civil de Quebec, es uno de los puntos débiles de esta versión del fideicomiso incorporada por la reforma francesa.⁵²

⁵²Señala el artículo 1263 del Code Civil du Québec: “La fiducie établie par contrat à titre onéreux peut avoir pour objet de garantir l’exécution d’une obligation. [...] Le fiduciaire est, en cas de défaut du constituant, assujéti aux règles relatives à l’exercice des droits hypothécaires énoncées au livre Des priorités et des hypothèques”.

14.

EPÍLOGO

El hecho de que, finalmente, Francia haya incorporado un sistema reformado de garantías reales, que comprende una ley de fideicomiso, constituye un acontecimiento importante en el derecho comparado. En cierto modo, supone el punto final de un proceso. Sin embargo, cualquier observador puede concluir que el tema convoca actitudes y pasiones profundas —verdaderas cosmovisiones jurídicas, si pudiéramos utilizar el término de Dilthey— porque están en juego ideas arquetípicas de lo justo y de lo injusto, discernimiento que constituye, por otra parte, la esencia de la ciencia jurídica. Tan complejo es el tema que no se descarta una perspectiva psicoanalítica. Willem J. Zwalve sostiene que, desde que el concepto de *fiducia cum creditore*, vigente desde la antigüedad, no se incorporó en la sistematización de Justiniano, quedó escondido de la conciencia y relegado al “subconsciente colectivo jurídico” de Europa continental (no así en Inglaterra, donde tuvo su desarrollo al amparo del *trust* y del *mortgage*) hasta que reapareció en el siglo XIX en Holanda y Alemania, pero no en Francia, España ni Italia, ni en América Latina, países todos tributarios del Código de Napoleón, donde el proceso que estamos presenciando y comentando puede ser considerado como expresión de la puja profunda por su reconocimiento legal. ¿Podrá afirmarse que, desaparecida de la superficie, permaneció, sin embargo, en una especie de subconsciente jurídico colectivo, y que la cultura jurídica contemporánea en Europa continental no está inventando, sino recordando las viejas raíces romanas?

En la discusión del 17 de octubre, el ministro de justicia afirmó: “No se trata de remediar la carencia del derecho francés importando ‘tal cual’ el derecho anglosajón. No se trata de importar idénticamente el *trust* anglosajón, que toma la impronta del *common law* de Inglaterra, sino de adaptarlo a nuestro derecho, que hunde sus raíces en el derecho romano”. A lo que el senador Marini aplaudió. Y en el análisis de Xavier de Roux, miembro informante de la Comisión de Legislación de la Asamblea Nacional que aprobó finalmente la ley de fideicomiso el 7 de febrero de 2007, se lee la misma idea:

En Francia, el fideicomiso conoció cierto suceso en la edad media, en la época de las cruzadas más particularmente, en cuanto permitía a los cruzados transmitir la propiedad de sus dominios a terceros, quienes tenían el cargo de restituirlos a su vuelta, o, si morían en

Tierra Santa, transmitírselos a sus herederos. El fideicomiso se mantuvo bajo la forma de sustituciones fideicomisarias, las cuales obligaban al heredero o legatario a conservar los bienes transmitidos y a transferirlos al fallecimiento del constituyente a un tercero designado de antemano.

Sin embargo, el fideicomiso fue voluntariamente olvidado por los redactores del Código Civil napoleónico, los cuales veían en él un instrumento de feudalismo, tendiente a evitar la división de los mayores patrimonios.

Lo cierto es que, después de doscientos años, el Code Napoléon se ha tenido que batir en retirada frente al avance de las formas anglosajonas de garantía y de patrimonio de afectación con finalidad de gestión. Ya no se trata de tal o cual país latinoamericano heredero de la codificación civil francesa que ha sucumbido a las presiones de los organismos financieros internacionales. La cuestión se da en cabeza del causante; es la propia cuna de toda una concepción de las garantías reales la que ha admitido el trasplante de los conceptos extraños. ¿Es cierto entonces cuanto afirma Délébecque, que “el legislador francés ha sucumbido a ciertos cantos de sirena de la flexibilidad de un pretendido liberalismo”?⁵³ Se trata, ciertamente, de una lectura posible.

Me permito una reflexión epilodal. Virgilio describe la noche en que cayó Troya. Eneas despierta sobresaltado por una pesadilla en la que ve a la ciudad incendiada. Cuando se asoma a su balcón ve que la pesadilla era realidad: Ulises y sus compañeros han abierto las puertas y los aqueos asaltan la ciudad. En ese momento Virgilio le hace pronunciar a Eneas una frase que resume el sentimiento de toda una civilización que cae sometida por otra más poderosa: “Hostis habet muros...”. Los muros eran lo que protegía a Troya; ya los muros están en poder del enemigo, ¿qué futuro puede preverse?

Troya desapareció de la faz de la tierra en manos de enemigos más poderosos. Pero —al menos en la visión de Virgilio— los valores de la civilización troyana sobrevivieron en la civilización romana.

Quiero significar que la importación de nuevas formas y modalidades de garantía, el imperio de nuevos sistemas, aunque impliquen modificaciones de fondo, no tiene por qué privar de vigencia al principio de tutela del equilibrio entre los intereses del deudor y del acreedor, que por otra parte no es patrimonio exclusivo del derecho francés ni de quienes en él nos hemos inspirado.

⁵³ DÉLÉBECQUE, op. cit., p. 31.

Quizá se trate simplemente de nuevas formas, no de realidades sustanciales. Compete a la doctrina avanzar en la profundización de las implicancias de esos cambios en el marco del mantenimiento de ese principio irrenunciable. En el fondo, en el marco de una visión optimista, expreso mi seguridad de que la necesidad de tutela de un equilibrio forma parte de nuestra cultura jurídica común, que compartimos con Italia, Francia, España y Latinoamérica, y que resultará reafirmada por la jurisprudencia teórica y práctica que suceda a estos traumáticos cambios.

BIBLIOGRAFÍA

- BAC, Annie, “Le point de vue des établissements de crédit sur l’ordonnance”, en *Lamy Droit Civil*, suplemento al n.º 29, julio-agosto de 2006.
- DE CORES, Carlos, “Prenda sin desplazamiento”, en *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, t. II vol 1, FCU, Montevideo, 2002.
- DEL CAMPO, Francisco, “Pacto de reserva de dominio”, en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo XXIX.
- DÉLÉBECQUE, Philippe, “Le régime des hypothèques”, en *JCP La Semaine Juridique*, suplemento al n.º 20, 17 de mayo de 2006.
- GRIMALDI, Michelle, “L’hypothèque rechargeable...”, en *Lamy Droit Civil*, suplemento al n.º 29, julio-agosto de 2006.
- GROUPE DE TRAVAIL RELATIF À LA RÉFORME DU DROIT DES SÛRETÉS, “Rapport a Monsieur Dominique Perben, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice”, fechado en París el 28 de marzo de 2005, disponible en Internet.
- HERRERA, Nicolás, “La garantía independiente”, en *Anuario de Derecho Comercial*, t. 3.
- Heywood FLEISIG y Nuria DE LA PEÑA, “Argentina, cómo las leyes para garantizar préstamos limitan el acceso al crédito”, CEAL, Washington D.C., publicado en Internet.
- LEGEAIS, Dominique, *Le gage de meubles corporels*, en *JCP La Semaine Juridique*, suplemento al n.º 20, 17 de mayo de 2006.
- MESTRE, PUTMAN, BILIAU, *Droit commun des sûretés réelles*, LGDJ, París, 1996.
- SERICK, Rolf, *Le garanzie mobiliare nel diritto tedesco*, Giuffrè, Milán, 1990.
- WOOD, P., *World Financial Law*, University Edition, Allen-Overy, 2002.