

---

# La regulación unitaria de las garantías funcionales como requisito para alcanzar un verdadero sistema de garantías en el Perú

**Eric Franco Regjo**

Abogado. Profesor del Curso de Garantías en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de la Asociación Civil *ius et veritas*

La situación actual del régimen de garantías presenta una serie de deficiencias, tanto respecto de la constitución, prelación y ejecución, como respecto de los bienes que pueden gravarse, los posibles acreedores, la presencia de garantías ocultas<sup>(1)</sup> y formas posibles para evadir la regulación de la materia.

Frente a esto, se ha planteado una serie de reformas, tendientes por lo general a unificar la diversidad de garantías especiales. La propuesta más atractiva y completa actualmente es la de unificar el régimen de garantías, simplificando las reglas aplicables y eliminando los problemas de garantías ocultas mediante un registro unitario, lo que se conoce como el modelo de garantía única.

El modelo de garantía única parte de la premisa que el mecanismo de garantía más eficiente en términos económicos es aquel en el que el deudor no pierde ni la propiedad ni la posesión del bien

gravado, similar a la hipoteca. El aspecto central del modelo es la unificación de la publicidad y prelación de los gravámenes. Sin embargo, la unificación de la vía de ejecución procesal y las reglas concursales también son muy importantes, aspectos que por lo general no son abordados.

Si bien existe consenso sobre la conveniencia de adoptar el modelo de garantía única en el Perú, se ha omitido ponderar en su real magnitud dos aspectos que consideramos centrales de la propuesta y que están relacionados: la conveniencia de regular la garantía de adquisición<sup>(2)</sup> y la inclusión de las garantías basadas en la propiedad<sup>(3)</sup>. El presente artículo se ocupa del segundo punto.

Las garantías basadas en la propiedad son actos jurídicos que “gravan” un bien extrayéndolo del patrimonio del garante, como en el caso del fideicomiso (desde un punto de vista funcional, sin entrar en la discusión sobre la naturaleza de la

(i) Nota de autor: Las referencias bibliográficas citadas por el autor han sido deliberadamente dejadas en su idioma de origen a fin de no alterar su sentido.

(1) Se denomina “garantías ocultas” a aquellos gravámenes que son oponibles a terceros a pesar de no contar con una adecuada publicidad que les permita a los afectados conocer sobre su existencia.

(2) La “garantía de adquisición” es un gravamen especial regulado en algunas jurisdicciones, del que gozan quienes financian la compra de bienes tomándolos en garantía. Se trata de una forma de fomentar el financiamiento de la adquisición de activos. Este tipo de garantía es usual a nivel internacional, sin embargo, no ha sido explorada aún en el Perú, siendo un tema pendiente por evaluar.

(3) En inglés se les denomina *title finance*, y algunos autores se refieren a estas garantías en castellano como “garantías híbridas”. Sin embargo, consideramos que ellas son efectivamente “garantías”, por lo cual preferimos no denominarlas “híbridas” y dar mayor énfasis a que se trata de mecanismos que usan la propiedad en garantía. Por ello, las denominamos “garantías basadas en la propiedad”.

transferencia fiduciaria) o el retroarrendamiento (*leaseback*), o difiriendo la entrada de un bien en el patrimonio del garante, como en el caso del arrendamiento financiero o la compraventa con pacto de reserva de propiedad.

Es prácticamente nulo el tratamiento y discusión que se ha dado a la inclusión de las garantías basadas en la propiedad. Existieron referencias marginales al tema, pero han pasado prácticamente desapercibidas o simplemente no han sido entendidas como tales. Ello muestra que no se ha dimensionado adecuadamente, ni tomado conciencia de las importantes consecuencias que implica el modelo en este extremo y las condiciones que requiere para ser aplicado exitosamente.

El presente artículo pretende sustentar la necesidad de no solo unificar las garantías especiales, o ampliar la gama de bienes que se pueden dar en garantía, sino de unificar en una regulación unitaria y uniforme a otros actos jurídicos que cumplen función de garantía. En este sentido, se busca profundizar en las fuentes del modelo de garantía única, teniendo como principios orientadores la necesidad de eliminar las garantías ocultas y contar con una regulación que sea eficaz, esto es, que no pueda ser evadida.

El punto de partida de esta investigación ha sido la desconcertante definición de “garantía” que fundamenta el esquema de la garantía única. La Ley Modelo de la OEA (LMOEA) en su artículo 2, define este concepto señalando que se puede gravar una amplia variedad de bienes, con el fin de garantizar una o varias obligaciones, presentes o futuras, sin importar la forma de la operación o quién sea el titular de la propiedad.

En una primera lectura, esta definición nos hace pensar que no importa si es el deudor quien grava un bien de su propiedad o es un tercero quien lo garantiza, lo cual es una interpretación natural para nosotros. Sin embargo, como se nota claramente en su versión en inglés, para esta Ley Modelo no es importante si la propiedad del bien gravado es del deudor o del acreedor<sup>(4)</sup>.

Esto significa que uno puede tomar en garantía un bien “propio” y consecuentemente, ejecutar un bien propio, etcétera. La primera reacción es considerar esto un absurdo y preguntar: ¿cómo ejecuto un bien mío? ¿Si el acreedor se quedase

con “su” bien en pago por la deuda debida viola la prohibición del pacto comisorio? ¿Quién paga los tributos? ¿Mi bien entra a concurso por la insolvencia del deudor?

Para confirmar esta desconcertante primera impresión recurrimos a la fuente de la Ley Modelo, que es claramente el artículo 9 del Código Uniforme de Comercio de Estados Unidos (UCC). Encontramos que su definición coincide y reitera lo mismo aunque con mayor detalle.

Se trata pues de aplicar el enfoque funcional al ámbito de las garantías. Sincerar la mirada y la regulación de las mismas, lo cual implica aplicar al derecho de garantías el principio de sustancia sobre la forma, usado ya en otras ramas del derecho.

En el presente artículo se plantea el problema de las garantías basadas en la propiedad, enmarcándolo en el proceso de reforma del régimen de garantías vigente, se analiza la propuesta del modelo de garantía única en lo relativo a este tema y se aborda la discusión sobre la conveniencia de adoptar el modelo en este extremo.

## 1. El problema de las garantías basadas en la propiedad

La definición tradicional de las garantías señala que es un “derecho de realización sobre un bien ajeno”. En consecuencia, las garantías tradicionales son la prenda y la hipoteca, las cuales pueden implicar o no la desposesión del bien por parte del garante. En ningún caso se contempla la posibilidad de perder la propiedad de los bienes gravados, salvo en caso que se ejecute la garantía naturalmente. Sería absurdo pensar que un garante podría dar en garantía un bien ajeno, un bien que se encuentre fuera de su patrimonio.

Sin embargo, ante las deficiencias del régimen general de garantías vigente y siguiendo una conducta que ha sido común desde tiempos romanos, existen una serie de actos jurídicos que extraen ciertos bienes del patrimonio del garante o retienen el ingreso de los bienes en el patrimonio del garante con fines de garantía. Es decir, usan el derecho de propiedad como garantía, independientemente de si impliquen una desposesión de los bienes gravados. Estos actos jurídicos cumplen función de garantías, aunque no aparenten

(4) “(...) regardless of the form of the transaction and regardless of whether ownership of the property is held by the secured creditor or the secured debtor”.

serlo por su forma. Es por ello que se les denomina garantías funcionales, o como haremos nosotros, “garantías basadas en la propiedad”.

Las garantías basadas en la propiedad usan actos jurídicos típicos pero con fines de garantía. Generalmente, toman la forma de una compraventa, un arrendamiento, un fideicomiso, una consignación o una cesión de derechos. En algunos casos es sumamente sencillo reconocer la función de garantías, como en el “fideicomiso en garantía” o en la “compraventa con reserva de propiedad”; sin embargo, en algunos casos puede no ser tan clara la diferencia.

Las garantías basadas en la propiedad fundamentan su atractivo en que al no estar reguladas como garantías gozan de una mayor libertad en su estructuración. Las principales ventajas de usar estas garantías para un acreedor podrían ser que:

- a) Permiten recuperar el bien libre de gravámenes y cargas;
- b) Impiden que el deudor grave sucesivamente el bien para respaldar otras obligaciones;
- c) El bien se puede recuperar simplemente resolviendo el contrato;
- d) No está afecto a la responsabilidad patrimonial del deudor frente a otros acreedores: no es embargable, no entra en la masa concursal, etcétera;
- e) Puede embargarse sin necesidad de probar que el bien se va a deteriorar o que su recuperación está en peligro;
- f) Debido a que se exige la entrega del bien en virtud de una resolución contractual y no de un incumplimiento de obligaciones, el deudor no se puede oponer a la entrega pagando la deuda u otras razones;
- g) Decide si quedarse con el bien (pacto comisorio), venderlo, alquilarlo o disponer de él de la manera que considere conveniente;
- h) No tiene necesariamente que devolver al deudor el exceso entre el precio del bien y la obligación debida en caso lo hubiera;
- i) Gracias a estos mecanismos algunos acreedores que no son instituciones financieras (en adelante, IFI) pueden usar esquemas de garantía que les permiten controlar el riesgo financiero: compraventa con reserva de propiedad, arrendamiento venta, etcétera;
- j) No se ve afectado por prendas globales y flotantes anteriores; y,

k) Podría recuperar el aumento en el valor del bien en caso se haya registrado, más el dinero cancelado a la fecha, lo cual puede ser muy ventajoso para él.

Por parte del deudor, presenta una serie de ventajas también:

- a) Le permite usar como garantía bienes de su activo que no podrían usarse con las garantías reales: bienes sin registro (si se quieren usar sin que el deudor pierda la posesión), flujos futuros, bienes futuros, etcétera;
- b) Puede acudir a fuentes de financiamiento diversas, no solo a las IFI, y contar con mecanismos adecuados para controlar el riesgo financiero; y,
- c) Al poder ofrecer una mejor garantía al acreedor, que le dé confianza en que el deudor pagará o en todo caso podrá cobrarse en mejores condiciones con la garantía, puede ser más fácil acceder al crédito.

En suma, una menor regulación permite mayor libertad para estructurar las operaciones de financiamiento. Sin embargo, hay algunas razones que no tienen que ver con la atenuación del riesgo financiero que pueden llevar a elegir estos mecanismos:

- a) Especialmente en caso del arrendamiento, permite ocultar contablemente un pasivo del deudor. Ello permite mostrar una situación financiera favorable según sus intereses. Al no considerar a la operación como deuda, sino como gasto operativo, no cuenta para efectos de límites de endeudamiento del deudor, en caso le hayan sido impuestos por otros acreedores u otras razones;
- b) En caso que el acreedor sea una IFI, el tratamiento contable: activos ponderados por riesgo y provisiones puede ser mejor al establecido para el resto de garantías (por ejemplo, en el caso del arrendamiento financiero);
- c) En caso que la cuenta por cobrar que se genera goce de un respaldo confiable, puede contar con un mercado secundario o mecanismos de financiación atractivos para los acreedores, como el mercado secundario de cuentas por cobrar o los bonos de arrendamiento financiero; y,
- d) En el ámbito tributario, las ventajas pueden ser diversas. En el caso del arrendamiento financiero por ejemplo, el régimen de depreciación es ventajoso para el arrendatario.

A pesar de la diversidad de ventajas señaladas, también hay una serie de desventajas. Por parte del acreedor:

a) Se mantiene el problema de oponibilidad para el caso de bienes muebles que no cuentan con registros de propiedad o de gravamen cuando el deudor los tiene en su posesión en los sistemas en los que “posesión vale título”. Pueden darse casos de terceros adquirentes de buena fe o de garantías sucesivas.

Como se indicó, estas situaciones pueden darse en los arrendamientos financieros y los fideicomisos por ejemplo, sin embargo, no se dan, posiblemente porque tales contratos no son muy extendidos aún.

Así, en los países en los que “posesión vale título” para bienes muebles, no registrar una garantía basada en la propiedad puede ser más riesgoso que tener una garantía real tradicional. Tanto en términos de oponibilidad, persecutoriedad y especialmente en el caso de la adquisición del bien por terceros de buena fe.

b) Si el bien se pierde de alguna manera, no se mantiene la obligación principal (el crédito), salvo que se pacte lo contrario. El bien puede perderse por accesión, venta del bien en el curso normal de los negocios, adhesión de muebles a los inmuebles, etcétera. En tales casos, solo habría responsabilidad, pero no una obligación cierta.

El bien es la única garantía si se mantiene un saldo no hay obligación impaga por cobrar. Aunque suele haber una cláusula que estipule lo contrario en algunos casos.

c) Estas operaciones, al implicar cambios en la posición del propietario suelen implicar costos tributarios. Tanto tributos por la transferencia de propiedad: IGV y alcabala, como tributos municipales a la propiedad: predial y vehicular.

d) El que mantiene la propiedad permanece como responsable por el bien en algunos casos: calidad y satisfacción por el bien, responsabilidad ambiental y por daños frente a terceros, etcétera.

Por su parte, las desventajas que afectan al deudor son:

a) Los mayores costos tributarios de la operación suelen facturarse al deudor, ya sea a través de la tasa de interés, el precio o cobrarse simplemente como un servicio. En suma, estos conceptos elevan los costos de la operación;

b) Puede perder el bien gravado, sin poder exigir el exceso del precio del mismo en relación con la obligación debida; y,

c) Limita las facultades del deudor para usar el bien que originalmente era de su propiedad: para gravarlo sucesivamente, arrendarlo o disponer de él de otra manera.

Es un hecho el que existen y se usen garantías basadas en la propiedad, en las cuales prima la forma sobre su fondo actualmente. Desde el punto de vista del usuario, su empleo puede tener una serie de ventajas y desventajas, análisis que queda a criterio de las partes. Sin embargo, desde el punto de vista del sistema, el impacto negativo que pueden tener y tienen sobre la confianza de los que participan del mercado financiero es significativa. Analicemos el siguiente ejemplo en el que se muestra la inseguridad que pueden generar las garantías basadas en la propiedad al ser garantías ocultas:

El 1 de junio, el deudor recibe del vendedor un equipo en calidad de uso para su empresa, en virtud de un contrato de compraventa con reserva de propiedad. El vendedor se reservará la propiedad del equipo hasta que el precio de compra sea íntegramente pagado. El 15 de junio, el deudor recibe en uso un segundo equipo para su empresa del arrendador, en arrendamiento por tres años. El 1 de julio, el deudor necesita un financiamiento adicional y obtiene un crédito del acreedor garantizado. El acreedor garantizado toma en garantía los dos equipos provistos al deudor por el vendedor y el arrendador. El deudor no comunicó al acreedor garantizado que no tenía derecho para gravar los equipos. Posteriormente, la empresa del deudor cae en dificultades financieras y el deudor incumple con pagar sus obligaciones al acreedor garantizado, al vendedor y al arrendador. Cuando el acreedor garantizado intenta ejecutar la garantía, descubre que el vendedor y el arrendador ya habían recuperado la posesión de sus bienes y los habían vendido. Cuando el acreedor garantizado reclama, el vendedor y el arrendador señalan que el deudor no tenía derecho para gravar en favor del acreedor garantizado el equipo que no era de su propiedad<sup>(5)</sup>.

Quizá no sean tan comunes los casos de garantías ocultas, pero la posibilidad de su existencia crea una desconfianza generalizada y genera timidez en el mercado. Es por ello que un sistema de garantías debe generar confianza y el régimen actual no lo logra.

(5) ASIAN DEVELOPMENT BANK. *Secured Transactions Law Reform in Asia: Unleashing the Power of Collateral*. 2001. Descargado de [www.adb.org](http://www.adb.org) en agosto de 2003 (Recuadro VII-2, escenario 12: *Increased Legal Risk Posed by Exclusion of Title-Reservation Sale and Lease Arrangements from a Movables registry*).

Si se analiza cada garantía, real o no, pueden determinarse una serie de aspectos a mejorar individualmente. No obstante, existen aspectos comunes que pueden merecer soluciones compartidas. Principalmente, un mecanismo uniforme de publicidad de los gravámenes (o contratos) que afecten el patrimonio de las personas. También un mecanismo para tomar posesión y ejecutar los bienes en posesión del deudor de una manera expeditiva y a bajo costo.

Por otra parte, es de considerar que el esquema de garantías más eficiente y conveniente para las partes es el que no requiera ni la desposesión ni la pérdida de la propiedad por parte del deudor, similar al de la hipoteca. Si se ha recurrido a las garantías basadas en la propiedad, por lo general ha sido debido a la ineficiencia del régimen de garantías, el cual exigía la desposesión de diversos bienes por parte del deudor, o presentaba problemas de ejecución, oponibilidad, ingresaba al régimen concursal u otros aspectos no deseables por las partes.

Como se señaló líneas arriba, al quedar fuera del régimen las garantías basadas en la propiedad evaden la regulación sobre garantías, la cual se justifica en el interés del derecho por proteger el patrimonio del deudor y también del acreedor. La protección del deudor es más clara: prohibición del pacto comisorio, protección patrimonial en el régimen concursal, etcétera. Sin embargo, también se protege al acreedor, al brindarle una vía procesal expeditiva de ejecución, un proceso de ejecución de garantías, hacer que la obligación se mantenga aunque el bien gravado desaparezca, existencia de registros que hagan oponible *erga omnes* el gravamen, etcétera.

Es decir, la regulación de garantías tiene una justificación y persigue unos objetivos. Se puede optar por mejorar las deficiencias que pueda tener, o por permitir que se le burle sin reparo alguno. Consideramos que el Derecho debe mantener su interés por proteger ambos patrimonios, tanto el del deudor como el del acreedor, y velar por mejorar constantemente para hacerlo de la mejor manera posible. Además, un sistema de garantías eficiente cumple un rol fundamental en la economía, al generar la confianza suficiente como para que las personas asuman obligaciones de prestaciones no

simultáneas, las cuales son un importante factor del crecimiento.

## 2. Tema prácticamente no tratado ni comprendido en toda su amplitud

Es por todos conocido que el régimen de garantías actual no cumple adecuadamente sus objetivos. Por lo que, sus principales problemas podrían resumirse de la siguiente manera:

a) Existe una variedad de bienes valiosos que no pueden ser dados en garantía. Las personas no pueden usar todos sus activos como garantía (sin desplazamiento). Ello ocasiona que las personas cuenten con menos activos para dar en garantía y por tanto limita el monto del crédito al que pueden acceder al no poder ofrecer bienes suficientes para compensar el riesgo financiero del acreedor;

b) Dada la multiplicidad de garantías especiales y mecanismos de oponibilidad, existe una serie de garantías ocultas que generan problemas de prioridades;

c) El sistema de ejecución de garantías reales es deficiente. Un proceso puede tomar alrededor de dos años, con los costos en dinero y tiempo que implica;

d) Si bien algunas de estas deficiencias han sido superadas gracias a garantías especiales y algunos privilegios en materia de ejecución, estos no están a disposición de todos los que quieran usarlos. Generalmente se reservan a las IFI y no incluyen a los proveedores u otros acreedores. Tal es el caso de la prenda global y flotante, la garantía sábana, el arrendamiento financiero y el fideicomiso. Igualmente, las prendas especiales, que solo pueden otorgarse por determinadas personas para asegurar los créditos vinculados a sus actividades empresariales.

Además, las IFI cuentan con un régimen de garantías más eficiente que el disponible de manera general, aunque lejos de ser realmente efectivo. Como señala el Ministerio de Economía y Finanzas (en adelante, MEF), poco o nada se protege el ahorro del público, por ejemplo, cuando a los bancos les toma un promedio de 24 meses para ejecutar judicialmente una hipoteca, o cuando los bancos enfrentan el riesgo de que la información que otorga un determinado registro difiera de la información que otorga otro totalmente desconectado del primero<sup>(6)</sup>;y,

(6) MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS. *Facilitando el acceso al crédito mediante un sistema eficaz de garantías reales*. Documento de trabajo publicado como separata especial en el *Diario Oficial El Peruano*. Lima, 13 de julio de 2001. p. 28.



e) Se usan una serie de garantías basadas en la propiedad, que inicialmente trataron de suplir algunas de estas deficiencias, pero ellas también afrontan una serie de trabas para ser eficientes. Además, ellas contribuyen a la generación de garantías ocultas y evaden la regulación de la materia.

En este sentido, coincidimos con la necesidad de un cambio profundo en el régimen de garantías. Es necesario reformar todas sus etapas, pues en cada una se pueden identificar deficiencias. La regulación de garantías se encuentra en constante revisión y en los últimos veinte años se ha implementado una serie de medidas de mejora parcial del régimen, entre las que destacan especialmente la unificación los mecanismos de ejecución judicial de las garantías en el Código Procesal Civil de 1993, la regulación del fideicomiso en garantía, las garantías y privilegios especiales que la Ley de Bancos de 1996 otorga a las entidades financieras (la prenda global y flotante, la garantía sábana, entre otras), la mejor regulación de los mecanismos para dar tales títulos valores en garantía, así como para respaldarlos con garantías y la introducción del título de crédito hipotecario negociable (TCHN) por la Ley de Títulos Valores del 2000.

Las críticas y propuestas han ido dirigidas generalmente a aspectos puntuales a ser mejorados. Sin embargo, desde la primera mitad de la década de 1990 se formularon los trabajos que empezaron a reflexionar sobre la necesidad de unificar el disperso y fragmentado régimen de garantías<sup>(7)</sup>.

Desde 1995 se elaboraron varios informes que puntualizaron los problemas del régimen de garantías y sus efectos económicos. Muchos de ellos fueron ampliamente apoyados por el Gobierno

y el sector privado. Sin embargo, no existieron programas de reforma que hayan implementado las propuestas de manera integral. Muchas de las leyes sancionadas fueron parciales, sin atender a todos los aspectos que implica la regulación de garantías o limitándose a ciertos agentes, como lo hizo la Ley de Bancos<sup>(8)</sup>.

Las propuestas surgidas de las críticas y reflexiones de los 90, influidas por la corriente internacional del "modelo de garantía única", fueron sintetizadas y desarrolladas en el documento publicado por el MEF titulado: *Facilitando el acceso al crédito mediante un sistema eficaz de garantías reales* y en el libro *"Trabas Legales al crédito en el Perú: Garantías Mobiliarias"*<sup>(9)</sup>. Si bien ambos documentos solo tratan las garantías sobre bienes muebles, plantean y desarrollan la propuesta de un sistema unificado de garantías.

En esta etapa reciente, desde el año 2001, ha sido muy importante el rol promotor del MEF, el mismo que convocó en octubre de 2002 a un grupo de especialistas, para elaborar un proyecto de ley que mejore el régimen de garantías para todos los bienes, salvo los predios, en el que se plasmara la propuesta del MEF en aras de mejorar el desempeño del mercado financiero peruano e incrementar el acceso al crédito<sup>(10)</sup>.

El citado proyecto se orienta a combatir la fragmentación del régimen: las múltiples garantías especiales y registros existentes que generan garantías ocultas, las limitaciones impuestas a los sujetos para constituir garantías o a determinados bienes para poder ser dados en garantía, el deficiente sistema de ejecución de garantías, entre muchos otros aspectos.

La discusión se ha centrado en cómo mejorar el régimen de garantías reales (prenda e hipoteca de bienes que no sean predios). Para ello, se ha

(7) Los trabajos que empezaron a plantear la necesidad de contar con un sistema de garantías fueron: CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *La función económica del derecho: A propósito de los derechos de prenda e hipoteca*. En: *El derecho civil peruano: perspectivas y problemas actuales*. Lima: PUCP, 1994. pp. 53-86; *Se debe reformular cuanto antes el régimen de garantías en el Perú: no basta con una simple reforma del Código Civil; es necesaria la creación de un sistema de garantías*. En: *¿Por qué hay que cambiar el Código Civil?* Lima: UPC, 2001. pp. 243-270. PIZARRO ARANGUREN, Luis. *Un estudio preliminar sobre la modificación integral del libro de derechos reales del Código Civil de 1984*. En: *El derecho civil peruano: perspectivas y problemas actuales*. Lima: PUCP, 1994. pp. 205-236; *Aproximaciones al sistema de garantía prendaria en el derecho peruano*. En: *Revista ius et veritas*. Año VII. Número 13. pp. 123-136 ; y *Reforma del derecho de garantías en el Código Civil peruano*. En: *El Código Civil del siglo XXI*. Lima: Congreso de la República, 2000. pp. 639-674.

(8) FLEISIG, Heywood y otros. *Trabas Legales al Crédito en el Perú: Garantías Mobiliarias*. Lima: CEAL-UPC, 2000. p. 125.

(9) *Ibid.*

(10) El 19 de diciembre de 2003 el Ejecutivo presentó el Anteproyecto al Congreso. Actualmente tiene calidad de Proyecto y se encuentra en comisiones.

propuesto simplificarlo y hacerlo más efectivo. Un aspecto importante ha sido cuestionar la clasificación de los bienes en muebles e inmuebles y la aplicación de la prenda y la hipoteca según se trate de uno o de otro tipo de bienes.

Aparte de sintetizar las críticas y propuestas de mejora al régimen, el proyecto tomó como fuente de inspiración el “modelo de garantía única”, el cual a su vez deriva del sistema vigente en Estados Unidos, establecido en el artículo 9 del Código Uniforme de Comercio (UCC) y considerado actualmente a nivel internacional como el modelo meta más recomendable en caso de reformas.

Gracias a la llegada al Perú del modelo de garantía única, la idea que llegó a ser solo un planteamiento abstracto en el ámbito nacional durante los 90 ha podido ser desarrollada, a lo cual se le ha sumado el interés de instituciones internacionales porque el Perú modernice su régimen de garantías, como la Organización de Estados Americanos, la Organización de las Naciones Unidas, el Banco de Desarrollo y Reconstrucción Europeo, entre otras. Así, ha sido posible desarrollar la propuesta de reforma legal necesaria que los trabajos nacionales habían venido reclamando.

El modelo de garantía única que se propone como meta a alcanzar se caracteriza por proponer una garantía nacida de la voluntad de las partes (no legal ni judicial), que permita que todo tipo de bienes puedan ser dados en garantía, que toda persona pueda ser acreedor garantizado -evitando diferenciaciones injustificadas-, que cuente con reglas de prioridad claras -basadas principalmente en el registro- y con mecanismos de ejecución efectivos que permitan una adecuada ejecución extrajudicial.

Como expresa el MEF: “La reforma legal que puede encarar de la mejor manera los problemas generados por un sistema fragmentado de garantías (esto es, un sistema con diversas leyes de garantías cuya aplicación es limitada), debe partir por introducir una única ley de garantías reales de amplia aplicación, con la cual se brinde una aproximación funcional al problema. En otras palabras, la ley debe permitir que todo acto jurídico, sin importar su forma

o denominación, que involucre el otorgamiento de un crédito pueda ser garantizado a través de la afectación de cualquier tipo de bienes.

Para estos efectos, se requiere de una ley que regule las cuatro etapas del derecho real de garantía: (i) la constitución; (ii) la prioridad; (iii) la publicidad; y, (iv) la ejecución de garantías sobre todo tipo de bienes, y que se aplique a todo tipo de operación.

Una ley única permitirá, además, garantizar la perfecta congruencia de las normas legales. De esta forma no se dará el caso de derechos reales de garantía sobre bienes cuya ejecución no está prevista en las normas, o el de derechos reales de garantía que si bien cuentan con un procedimiento de ejecución, este resulta incongruente con el tipo de bien dado en garantía<sup>(11)</sup>.

En el mismo sentido se expresa Fleisig al señalar: “La reforma legal que puede encarar de mejor manera los problemas emergentes de un sistema fragmentado de garantías (que consta de varias leyes de garantías) y de leyes de aplicación limitada consiste en introducir una ley de garantías reales que tenga una amplia aplicación y que introduzca una aproximación funcional (...). Una ley abarcadora que regule las cuatro etapas del derecho real de garantía; es decir, la constitución, prioridad, publicidad y ejecución de garantías sobre todos los bienes, o al menos sobre todos los bienes muebles e instalaciones muebles adheridas a inmuebles, y que se aplique a todo tipo de operación, constituye la mejor alternativa legal para resolver los problemas mencionados. Tal ampliación permite la perfecta congruencia de las normas legales, de forma tal que no exista por ejemplo, la constitución de derechos reales de garantía sobre bienes que las normas sobre ejecución no prevean cómo ejecutarse, o prevean un procedimiento de ejecución incongruente con ese tipo de bien en garantía<sup>(12)</sup>.”

Existe, pues, un consenso generalizado sobre la conveniencia de adoptar el modelo de garantía única como meta de la reforma. Sin embargo, es prácticamente nulo el tratamiento y discusión que se ha dado a la inclusión en la regulación de las garantías basadas en la propiedad. Hubo

(11) MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS. *Op. cit.*; pp. 37 y 38. Como se mostrará en el desarrollo de las fuentes que inspiraron este texto, el enfoque funcional implica la inclusión de las garantías basadas en la propiedad. Sin embargo, en el resto del texto no se hace referencia al tema.

(12) FLEISIG. *Op. cit.*; pp. 90 y 91. En el texto de Fleisig sí se menciona el tema de las garantías basadas en la propiedad y la conveniencia de incluirlas. Se refiere a ellas como “garantías híbridas”. Sin embargo, es una referencia marginal a la que no se le da la importancia que efectivamente posee.

efectivamente referencias marginales al tema, en el libro de Fleisig por ejemplo se lee: “Un espectro amplio de aplicación de una ley de derechos reales de garantía podría evitar todas las posibles incongruencias entre los derechos de los acreedores privilegiados solo si introdujera un ‘enfoque funcional’. Un enfoque funcional es aquel en virtud del cual la ley de garantía reales establece que se aplica a todo acto jurídico, no importa su forma o denominación, que afecte bienes para garantizar un crédito. Como tal, dicha ley se aplicaría a los derechos reales de garantía en sentido estricto, como la prenda y la hipoteca, así como también se aplicaría a las garantías híbridas, también llamadas funcionales, como el arrendamiento o el fideicomiso financiero<sup>(13)</sup>, y las ventas a plazos con retención del título de propiedad”<sup>(14)</sup> (sic).

La importancia de ampliar el ámbito de aplicación de la regulación de las garantías ha sido considerada positivamente por la comisión que elaboró el Proyecto de la Ley de Garantías Mobiliarias. En dicho Proyecto<sup>(15)</sup> se contempla la inscripción de otras operaciones que cumplen la función de garantías para su prelación, oponibilidad y publicidad. Sin embargo, este es un aspecto poco explorado y poco conocido.

“Artículo 31. Actos inscribibles

Son inscribibles sobre los bienes muebles a que se refiere el artículo 4 de esta Ley los siguientes actos: (...)

III. Los actos jurídicos que a continuación se enumeran, para los efectos de su prelación, oponibilidad, publicidad, cualquiera que sea su forma, denominación o naturaleza, destinado a afectar bienes muebles o derechos de toda naturaleza, presentes o futuros, determinados o determinables, sujetos o no a modalidad, incluyendo entre otros:

- a) cesión de derechos;
- b) fideicomisos;
- c) arrendamiento;
- d) arrendamiento financiero;
- e) contratos de consignación;
- f) medidas cautelares;

- g) contratos preparatorios;
- h) contratos de opción; y,
- i) otros actos jurídicos en los que se afecten bienes muebles

Cuando los actos inscribibles a los que se refiere este artículo recaigan sobre bienes muebles registrados en un Registro Jurídico de Bienes, estos se inscribirán en la correspondiente partida registral. En caso contrario, se inscribirán en el Registro Mobiliario de Contratos”.

Estas referencias marginales al tema muestran que no se ha dimensionado adecuadamente este aspecto del modelo de garantía única, ni tomado conciencia de las importantes consecuencias que implica y las condiciones que requiere para ser aplicado exitosamente.

A diferencia de la discusión en Perú, en el ámbito internacional es uno de los aspectos más controvertidos de la propuesta del modelo de garantía única. En diversos artículos publicados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (*International Institute for the Unification of Private Law*, en adelante UNIDROIT), en su *Uniform Law Review*, y por diversos autores, se señala que esta discusión es una de las centrales en el proceso de armonización legislativa de los regímenes de garantías en el ámbito internacional. Al respecto, podemos citar a Roy Goode<sup>(16)</sup> cuando señala que este aspecto es uno de los más espinosos en las discusiones sobre la conveniencia del sistema de garantía única: “(...) *what works within multi-unit States almost all of which belong to a single family is not necessarily acceptable at the international level. Thus, the unified treatment of security interests in personal property embodied in Article 9 of the Uniform Commercial Code (and adopted in the Canadian Personal Property Security Acts), which treats title-retention devices as security interests, has long been accepted as the sensible business approach in the United States and Canada, here in both cases all the federal units except one are common law jurisdictions, but, as Professor Garro has pointed out, has not taken root in Europe, where importance*

(13) Entendemos que se refieren al “arrendamiento financiero” y al “fideicomiso.”

(14) FLEISIG. *Op. cit.*; p. 93.

(15) La versión final a la que se hace referencia es la presentada al Congreso de la República el 19 de diciembre de 2003, la misma que fue redactada luego de recopilar las sugerencias surgidas de la consulta ciudadana. Es de notar que la propuesta de incluir a estos actos no surgió de la consulta, sino de una mejor interpretación de las fuentes en las que se basó la Comisión para elaborar su propuesta.

(16) GOODE, Roy. *Harmonised Modernisation of the Law Governing Secured Transactions: General-Sectorial, Global-Regional*. En: *Uniform Law Review*. Volumen VIII. 2003. p. 345.



*is attached to the freedom of parties to choose different instruments with different legal effects even if serving the same economic function”.*

Adicionalmente, como muestra de la actualidad y relevancia del tema, relata lo sucedido en la discusión sobre la Convención de Ciudad del Cabo<sup>(17)</sup>: *“In the early stages of work on the Cape Town Convention it was envisaged that the functional approach to security interests which was the cornerstone of Article 9 would be adopted, so that the convention would deal simply with security interests in mobile equipment, including sales under reservation of title and certain types of finance lease. But this was later abandoned when it became clear that there was no enthusiasm for it from the European members of the Study Group”.*

El tema que se plantea es actual y relevante no solo para los países en desarrollo, con sistemas financieros poco desarrollados, sino que también en los países con mayor desarrollo económico y con mercados financieros dinámicos se considera su pertinencia.

Por ejemplo, se viene estudiando la viabilidad de adoptar el enfoque funcional en Alemania, cuya tradición jurídica coincide con la peruana y es la cuna de la familia de Derecho a la que pertenece el Derecho nacional. Dicho estudio se lleva a cabo en el Instituto Max Planck de Derecho Extranjero y Derecho Internacional Privado de Hamburgo, del cual es integrante Ulrich Drobnig, el pionero del estudio comparado de las garantías sobre bienes en el ámbito internacional. Analicemos entonces cuáles son las implicancias reales del modelo de garantía única en lo relativo a las garantías basadas en la propiedad.

### **3. Desarrollo de las implicancias reales del modelo de garantía única en lo relativo a las garantías basadas en la propiedad.**

#### **3.1. Enfoque funcional: primacía del fondo sobre la forma**

El modelo de garantía única tiene como característica fundamental el aplicar un enfoque funcional a los actos jurídicos que tienen finalidad de garantías. Si se cree que unificar los registros

existentes basta para cumplir con el enfoque funcional mencionado no se ha terminado de entender las reales consecuencias de la propuesta; veamos de qué se trata.

Como señala Fleisig, el enfoque funcional es aquel en virtud del cual la ley de garantías establece que se aplica a todo acto jurídico, sin importar su forma o denominación, que afecte bienes para garantizar un crédito. En este sentido, la ley de garantías se debería aplicar tanto a los derechos reales de garantía en sentido estricto, como la prenda y la hipoteca, así como también a las “garantías híbridas”, también llamadas funcionales, a las cuales venimos denominando en el presente artículo: garantías basadas en la propiedad. Como señala Wood: *“(…) an alternative security is title finance. In title finance the financier has title or ownership of the asset as opposed to a mortgage or security interest. Examples are retention of title, the discounting or factoring of commercial receivables, sale and leaseback, sale and repurchase (“repos”), stock borrowings, financial leases and hire purchase. In essence these transactions have the commercial effect of security but in form are a sale or a lease. Their usual object is to avoid what are seen as the archaic obstacles of mortgage or pledge law: the attitude of courts and legislators ranges from enthusiasm to hostility”*<sup>(18)</sup>.

Esto significa que un arrendamiento puede ser una garantía dependiendo de cómo se use por las partes. Lo mismo sucede con una compraventa, un fideicomiso, una consignación o cualquier otro acto jurídico.

Desde un punto de vista funcional, ya en 1977 Ulrich Drobnig resaltó la importancia práctica de las garantías basadas en la propiedad, refiriéndose a ellas de la siguiente manera: *“Difícilmente puede sobreestimarse la importancia práctica que cabe atribuir a la propiedad como instrumento en el desarrollo de las garantías reales sin desplazamiento. El uso (o abuso) de la propiedad como fuerza motriz en la elaboración de formas modernas de garantía constituiría una lectura fascinante para el investigador de la historia jurídica moderna, así como para el observador sagaz de las prácticas contemporáneas en materia de garantías crediticias”*<sup>(19)</sup>.

(17) *Convention on International Interests in Mobile Equipment*. UNIDROIT. Ciudad del Cabo, 16 de noviembre de 2001.

(18) WOOD, Philip. *World-Wide Security - Classification of Legal Jurisdictions*. En: NORTON, Joseph y Mads ANDENAS. *Emerging financial markets and secured transactions*. Londres: Kluwer, 1998. pp. 46 y 47.

(19) DROBNIG, Ulrich. *Principios que regulan las garantías reales*. En: *Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil*. Volumen III. 1977. p. 194.

Por su parte, Wood define estas operaciones como: "(...) *transactions which are (mainly) in the form of a sale or a lease but in substance are a financial transaction which could equally well have been framed as a mortgage*<sup>(20)</sup>".

Macdonald señala también que: "*These devices -here called collectively title transactions- may be understood as any transaction where ownership of the secured property or title to a real right is deployed as security such that the asset in question either does not enter the debtor's patrimony or is removed from it, be this at the time the secured right is created, or be it retroactively on the debtor's default*"<sup>(21)</sup>.

Sin embargo, la discusión sobre si considerar o no a estas operaciones como garantías, así como si regularlas con el resto de garantías no es pacífica. Drobnig señala: "Haciendo marcado contraste con esta práctica moderna, algunos sistemas jurídicos y varios autores se inclinan a desconocer la utilización funcional de la propiedad con fines de garantía sobre la base de que la propiedad no figura dentro de las categorías tradicionales de las garantías reales (...)"<sup>(22)</sup>.

Drobnig ubicó que la propiedad se presenta como mecanismo de garantía bajo diversas formas. Consideró que la más conocida de ellas es la cláusula de reserva de propiedad. Luego el arrendamiento-compra y algunas formas de arrendamiento con opción de compra. En tercer lugar, ubicó a la transmisión fiduciaria (fideicomiso en garantía).

El mismo autor identificó dos características que distinguen a estas tres formas principales de garantías fundadas en la propiedad: (i) la conflictiva relación entre propietario-acreedor y deudor; y, (ii) la libertad para usar estos mecanismos debido a la poca regulación que recae sobre ellos.

"En primer lugar, el acreedor, como propietario, tiene mayores derechos que los que precisa para fines de garantía. Este excedente de derechos es una fuente importante de conflicto con el deudor así como con terceros. En segundo lugar y paradójicamente, muchos países abrigan menor recelo con respecto a la utilización más o menos libre de la propiedad como garantía que con respecto a otras formas de garantía sin desplazamiento. Entretanto las últimas están reguladas generalmente

en forma más bien estricta, la propiedad con fines de garantía es aceptada como propiedad pura y simple, prescindiendo de la función concreta que pueda estar cumpliendo. La enorme atracción inherente a la propiedad-garantía deriva, en ciertos países, de esa liberalidad para hacer caso omiso de la diversidad de funciones para las cuales se utiliza"<sup>(23)</sup>.

El enfoque funcional nos permite pues entender que las "garantías" basadas en la propiedad también son garantías. En este sentido, se debe dejar de lado el criterio *numerus clausus* de las garantías, bajo el entendido que es superado por la realidad, ante la evidencia de que en muchos casos se extraen bienes del patrimonio del deudor o se impide la entrada de los mismos con fines de garantía, usando el "derecho de propiedad" como garantía.

Las garantías basadas en la propiedad son actos jurídicos de la familia de los contratos de arrendamiento, compraventa, fideicomiso, consignación, cesión entre otros que pueden servir para garantizar una obligación mediante una satisfacción por equivalente a la prestación principal.

### 3.2. Tipología funcional del régimen de garantías

Aplicado el enfoque funcional, debemos reconocer en primer lugar que las garantías basadas en la propiedad son mecanismos de garantía usados y que, por lo tanto, no debemos limitar nuestra comprensión de las garantías a las garantías con o sin pérdida de posesión. Debemos incluir a las garantías con o sin pérdida de la propiedad también.

A la luz del enfoque funcional, los mecanismos de garantía se pueden ordenar en una tipología que incluya a los esquemas posibles de garantía, los cuales serían:

a) Si el bien se encuentra inicialmente en propiedad y posesión del deudor:

a.1. Con entrega: como una prenda con desplazamiento.

a.2. Sin entrega: Como una hipoteca o una prenda sin desplazamiento.

a.3. Que extraigan el bien del patrimonio del deudor, como el fideicomiso en garantía, el *leaseback*, la compraventa con pacto de retroventa, entre otras.

(20) WOOD, Philip. *Title Finance, Derivatives, Securitization, Set-off and Netting*. Londres: Sweet and Maxwell. 1995. p. 3.

(21) MACDONALD. *Teaching / Learning Materials on the Law of Security on Property*. 4ta. edición. Montreal: Facultad de Derecho de la Universidad de McGill. 1996. p. IX-4.

(22) DROBNIG. *Op. cit.*; p. 194.

(23) *Ibid.*; p. 195.

b) Si el bien se encuentra originalmente en propiedad del acreedor o de un tercero. Que impidan que entre al patrimonio del deudor, como la compraventa con reserva de propiedad, el arrendamiento financiero, el fideicomiso en garantía de flujos futuros, entre otros.

Desde el punto de vista de la posesión y la propiedad resultante de los bienes gravados, coincidimos con Bridge en señalar que pueden haber cuatro estructuras finales posibles: (i) el bien en posesión y en propiedad del deudor; (ii) el bien en posesión del acreedor (o un tercero), pero propiedad del deudor; (iii) el bien en posesión del deudor, pero en propiedad del acreedor (o un tercero); y, (iv) el bien en posesión y en propiedad del acreedor (o un tercero)<sup>(24)</sup>.

Con la inclusión de la posibilidad que un tercero ocupe las mismas posiciones posibles que el acreedor se ha tratado de señalar todas las posibilidades. Por ejemplo, en el fideicomiso en garantía, el fiduciario no es ni acreedor ni deudor y en el caso del *warrant*, el almacén general de depósitos tampoco es ni acreedor ni deudor. Sin embargo, para lograr una mejor de claridad expositiva nos limitaremos a las cuatro posibilidades señaladas haciendo referencia solo a la participación del acreedor y no del tercero.

Estas cuatro posibilidades agotarían los mecanismos posibles de garantía. A continuación, un cuadro con algunos ejemplos<sup>(25)</sup>:

	El acreedor (o un tercero) en posesión	El deudor en posesión
El acreedor como propietario (o un tercero como propietario - incluida la propiedad fiduciaria)	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Compraventa con pacto de retroventa</li> <li>• Cesión en garantía</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Venta con reserva de propiedad</li> <li>• Arrendamiento en garantía</li> <li>• Compraventa en garantía</li> <li>• Consignación en garantía</li> <li>• Fideicomiso en garantía</li> </ul>
El deudor como propietario	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Prenda con desplazamiento</li> <li>• <i>Warrant</i></li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Hipoteca</li> <li>• Prenda sin desplazamiento</li> </ul>

### 3.3. Propuesta de regulación

Una vez comprendido que el modelo de garantía única considera que existen actos jurídicos diferentes a la prenda y la hipoteca que también son garantías, debemos continuar profundizando en las implicancias del enfoque funcional y la propuesta concreta que presenta. La versión más extendida del modelo de garantía única considera que los actos jurídicos deben someterse a la regla de la "sustancia de la operación" (*substance of the transaction*) para determinar si son garantías y por lo tanto se les aplica la regulación de garantías.

Se permite el uso de todo tipo de garantía, ya sea con o sin transferencia o retención de la propiedad, pero se sujeta a todas a las mismas reglas de constitución, prelación, publicidad,

ejecución y eventualmente concursales. Por ejemplo, una adecuada publicidad para que no se generen garantías ocultas, las reglas de disposición del bien por parte del acreedor de una manera comercialmente razonable y frente a la cual el deudor tiene derecho a exigir daños en casos se le causen, no limitar el derecho de rescate del deudor, permitiéndole recuperar el bien si cancela la deuda impaga, no entrando (o entrando) a concurso como cualquier garantía, etcétera.

Como señala Wood, la primacía de la sustancia sobre la forma es la regla que se aplica en Estados Unidos y es lo que propone el modelo de garantía única: "(...) *substance prevails over form but the transaction is allowed if it is publicised so as to deal with the false wealth and priority*

(24) BRIDGE, Michael y otros. *Formalism, Functionalism and Understanding the Law of Secured Transactions*. En: *McGill Law Journal*. Número 44. pp. 653 y 654. El autor no incluye la posibilidad de un tercero.

(25) Adaptado de MACDONALD. *Op. cit.*; pp. 1-29.

*objections. American UCC states are in this group. Thus the UCC applies its perfection rules, e.g. filling, to all transactions intended to create security in personal property and fixtures, e.g. reservation of title of goods, finance leases and hire purchase*<sup>(26)</sup>.

Por su parte, Macdonald señala: “*The use of title security of any description (or for that matter any device to generate a security) would not be prohibited. Neither would it automatically be converted into a hypothec. But its opposability to third parties, and its enforcement regimen are stated to be that of the hypothecary regime*”<sup>(27)</sup>.

De este modo, todos los gravámenes que pesen sobre el patrimonio de una persona gozarían de una adecuada publicidad. Se beneficiaría tanto al acreedor, como a los terceros y se superaría el problema de la publicidad defectuosa gracias a un registro comprensivo.

La regla de la “sustancia de la operación” se muestra como una alternativa flexible que permite que las partes estructuren libremente su operación, pero sujetándose a un grupo de reglas básicas comunes a todas las garantías. No se limita la estructura a las de la hipoteca.

### 3.4. El nuevo concepto de “garantía”

El hecho que el modelo de garantía única privilegie la sustancia sobre la forma, incluyendo a las garantías basadas en la propiedad, implica necesariamente un nuevo concepto de “garantía”. Según él, en virtud de la regla “sustancia de la operación”, toda garantía, sin importar su forma, lo será en tanto brinde un derecho preferente al acreedor respecto de otros acreedores y el deudor para cobrarse en caso de incumplimiento de una obligación con los bienes sujetos a la misma. En esta definición no importa quién sea propietario.

El esquema más familiar de garantía es el de la hipoteca, aquel en el que el garante no pierde la propiedad ni la posesión del bien. El cual puede definirse como un “derecho de realización de un bien ajeno”. Y naturalmente, es sin lugar a dudas el esquema de garantía más eficiente, el que maximiza la utilidad de las partes de la obligación.

Este esquema no implica ninguna transferencia o juego de ningún tipo con el derecho

de propiedad sobre los bienes objeto de la garantía. El acreedor tiene un derecho sobre un bien ajeno (*res aliena*) y no propio, en tanto su único propósito es servir como garantía en caso de incumplimiento de la obligación.

Sin embargo, el concepto de “garantía” propuesto por el modelo de garantía única, entendido como un “derecho preferente”, no debe ser asociado estrictamente con el esquema de la tradicional hipoteca. En él también se incluyen operaciones de garantía que implican la transferencia o retención del derecho de propiedad sobre los bienes gravados. En este sentido, no siempre será un derecho sobre un bien ajeno, sino que podría ser “propio” también. Es más, el modelo explícitamente evita usar el concepto de propiedad al definir la garantía.

Las legislaciones donde se ha implementado el modelo de garantía única, Estados Unidos y Canadá, incluyen dentro de su regulación a la compraventa con reserva de propiedad, el arrendamiento en garantía, la consignación en garantía y el fideicomiso en garantía, en una relación no taxativa. En consecuencia, la analogía con la hipoteca tradicional no calza apropiadamente. Como señala Cumming: “*The Act applies to a conditional sale, a security lease, a security consignment and a security trust. It is in the context of these transactions that the hypothec characterization described becomes inapposite. It is not possible, as it is for example in the context of a chattel mortgage, to simply re-characterize the transfer of a title to the secured party as the recognition of a statutory charge. At common law a conditional buyer, lessee or consignee cannot be treated as charging her interest in the property being purchased or the goods being leased or consigned. No such interest exists other than the limited property interest incidental to possession of tangible property*”<sup>(28)</sup>.

Puede haber una garantía sobre un bien respecto del cual el deudor no tiene un derecho de propiedad, ni otro derecho limitado (posesión, uso, etcétera), solo la posición de deudor garante.

Tampoco se puede decir, por ejemplo, que el vendedor en una compraventa con reserva de propiedad tenga un derecho mayor o diferente que si hubiera transferido la propiedad y hubiera gravado el bien con una garantía sin desplazamiento.

(26) WOOD. *Title Finance... Op. cit.*; p. 20.

(27) MACDONALD. *Op. cit.*

(28) Trabajo inédito de: CUMING y otros. *Secured Financing Law in Canada*. Capítulo 2. p. 6.



Ahora, en el caso específico de la compraventa con reserva de propiedad puede operar una transferencia legal de la propiedad al comprador desde que se le entrega el bien, como lo hace el artículo 1-201(37) del UCC<sup>(29)</sup>. Y en tal sentido, el gravamen recae sobre un bien del deudor, por lo que el acreedor tiene un derecho limitado sobre un bien ajeno. Lo cual es una excepción que solo se da en este caso.

Este juego de conceptos y transferencias legales de la propiedad puede darse eventualmente en el caso de la compraventa con reserva de propiedad. Sin embargo, como señala Cuming, no es posible en el caso del arrendamiento, las consignaciones y el fideicomiso en garantía. *“Even if it were possible to shoehorn conditional sales contracts into the hypothecation concept of security interest through identification of some type of property interest in the buyer recognized at common law or equity, this would not be enough. No similar approach is possible in the context of security leases or security consignments since there is no basis in non-PPSA law for the conclusion that a lessee or consignee acquires any interest in leased or consigned personal property other than possession. It is the view of the authors that the explanation for the inclusion of conditional sales contracts, security leases, security consignments and security trusts within the scope of the PPSA cannot be found in a conceptualization of these transactions as being in the nature of a hypothecation. A brief examination of the history of the pre-2000 versions of Article 9 of the Uniform Commercial Code, the conceptual and structural model for the PPSA, reveals why this is so. The goal of the drafter of Article 9 was to merge separate streams of personal property security law into a single system. In this respect, the goal was principally a pragmatic one; conceptualization, at least in traditional terms, was not important - indeed, it was to be avoided. What was common to the forms of transactions that were the focus of the attention of the drafter was that they all had essentially the same function: to provide or recognize through contract that a person to whom an obligation was owed has an interest in personal property that would permit that person to look to the property as a source of compensation should the obligation not*

*be performed. The effect of the transaction, not its form or the way in which the interest arose, was to be determinative. This approach was carried over to the PPSA. Conditional sales contracts, security leases and security consignments and security trusts are included within the PPSA because functionally they are security agreements. These transactions are treated for the purposes of the PPSA as creating security interests even though they may not be so conceptualized under non-PPSA law”<sup>(30)</sup>.*

En estos casos, no se aplica la analogía de la hipoteca. Es un esquema diferente. El modelo de garantía única deja de lado la diferencia entre hipoteca, prenda, garantías basadas en la propiedad, etcétera. Todas ellas se definen simplemente como “garantías”.

Es así que cuando se pregunta a los conocedores del artículo 9 del UCC o del PPSA sobre quién es propietario en una relación de garantía estructurada como una garantía basada en la propiedad, la respuesta puede ser desconcertante: “no importa quién sea propietario”. Esta respuesta, de primera impresión, más parece una evasiva. Una respuesta facilista. Sin embargo, debido a que todas las garantías se encuentran reguladas unitariamente y los límites que diferenciaban a unas garantías de otras se han hecho borrosos en este modelo, se justifica que el derecho de propiedad no sea un referente adecuado para definir a las garantías.

En estos casos, el derecho de propiedad, más que ayudar, puede generar confusiones. Una reflexión cuidadosa nos lleva a darnos cuenta que la única utilidad de determinar quién es propietario, o acreedor, o deudor, o cualquier otra situación jurídica típica en la que podamos pensar, es justamente poder atribuirle las consecuencias típicas que se conoce que derivan de la misma. En tal sentido, se busca encajar a una situación dentro de las formas típicas conocidas, para así conocer sus consecuencias también conocidas.

En el caso de la garantía del modelo de garantía única, se pretende desligar este concepto del de propiedad típico. Se señala que si lo que se busca es conocer las consecuencias que se derivan de ella, se debe remitir a la ley. Así, una garantía es la afectación de un bien en respaldo del cumplimiento de una obligación, nada más.

(29) El artículo 1-201(37) del UCC establece que: *“The retention or reservation of title by a seller or goods notwithstanding shipment or delivery to the buyer (Section 2-401) is limited in effect to a reservation of a ‘security interest’”.*

(30) CUMING. *Op. cit.*; pp. 7 y 8.



Disminuir la importancia del derecho de propiedad en la definición de garantía no implica que se deje de lado, lo cual sería difícil de imaginar en la práctica. En el mismo artículo 9 del UCC y PPSA, si bien se trata de no usar concepto de propiedad alguno, no se puede evitar como lo notó Bridge: “(...) *the embrace of functionalism of Article 9 and the PPSA’s is more than a little ambivalent. Its abandonment of property concepts is not as absolute as an isolated reading of the definition of “security” might lead us to suppose. Doctrinally, the priority afforded to secured creditors over other claimants continues to be conceptualized and justifies in property terms: a security interest is an interest in personal property. Consequently, it remains necessary to include charging language in a security agreement for it to qualify as such. What functionalism has done, however, is blur the traditional distinctions between the relative property rights attaching to different types of security interests. In conventional property rights analysis, the ‘all-assets’ financier who holds a security interest in the debtor’s entire estate is now on the same conceptual plane as the unpaid seller who reserves ownership in a specific asset as security. Both are presumptively subject to the residual ‘first-to-register’ rule of priority which underlies Article 9 and PPSAs, and both suffer the same disastrous priority repercussions in the event of a failure to register. Article 9 and the PPSA’s recognize the need to qualify the functionalist baseline. The most prominent example regarding this qualification is the ‘super priority’ afforded to later purchase money financiers against first-in-time all-assets secured party. The relative priority status of different types of security is, however, no longer built into the formal classification of the security interest or its proprietary character. The result of this unitary approach to security a psychological climate favouring the first-in-time all-assets secured creditor against later creditors, both secured and unsecured. This, in turn, imposes a heavy onus on those who argue for any alteration in the distribution of an insolvent debtor’s estate*”<sup>(31)</sup>.

Como se ve, aunque se pretendió dejar de lado la conceptualización del derecho, no lo lograron.

Requirieron del derecho de propiedad para definir algunas situaciones. Así, lo que en el fondo se propone, más que dejar de lado el derecho de propiedad, o no definir conceptos, es una nueva definición de los mismos. Una nueva adaptación de ella a una garantía que incluya dentro de sí a las garantías basadas en la propiedad.

Una vez dicho esto, cobran significado las definiciones de garantía de las leyes modelo y las leyes que han incorporado el modelo de garantía única. Empecemos por citar la definición de garantía del artículo 9 del UCC: “‘*Security interest*’ means an interest in personal property or fixtures which secures payment or performance of an obligation”<sup>(32)</sup>.

Y se aplica a cualquier operación, sin importar su forma, que busque crear una garantía sobre bienes (no predios). “(...) *to any transaction (regardless of form) (...) intended to create a security interest in personal property.*”<sup>(33)</sup>

Por su parte, el PPSA canadiense se encuentra en la misma línea del artículo 9 del UCC, como señala Cuming: “*The term ‘security interest’ is defined in the Act as ‘an interest in personal property that secures payment or performance of an obligation’. This definition must be read in the context of the scope section of the Act that provides that the Act applies ‘to every transaction that in substance creates a security interest (...)’ and that provides a non-exclusive list of transactions that are to be treated as creating or providing for security interests*”<sup>(34)</sup>.

En el ámbito de las leyes modelo, la LMOEA, en el mismo sentido que el artículo 9 del UCC, en su artículo 2 también señala que: “Las garantías mobiliarias a las que refiere esta Ley pueden constituirse contractualmente sobre (...) con el fin de garantizar el cumplimiento de una o varias obligaciones, presentes o futuras sin importar la forma de la operación o quién sea el titular de la propiedad”.

En el fondo, en la versión en inglés del artículo 2 de la LMOEA se expresa lo mismo, sin embargo, se puede apreciar mejor la similitud del fraseo con el del artículo 9 del UCC al entrar un poco más en detalle: “(...) *regardless of the form of the transaction and regardless of whether ownership of the property*

(31) BRIDGE. *Op. cit.*; pp. 575 y 576.

(32) Artículo 1-201 (37) del UCC.

(33) Artículo 9-109 (a) del UCC.

(34) CUMING. *Op. cit.*; capítulo 2. p. 2.

*is held by the secured creditor or the secured debtor*".

En cambio, la LMEBRD sí da importancia a que el deudor o el tercero que constituya la garantía sea el propietario. En su artículo 1 señala: "*Things and rights may be encumbered by the owner with a security right (called a charge) in order to grant security for a debt*".

Ahora se puede apreciar de manera más amplia las implicancias de esas fórmulas cuya relevancia conceptual ha venido pasando casi desapercibida hasta ahora en la discusión llevada a cabo en Perú sobre el modelo de garantía única. Estas definiciones han venido siendo interpretadas en el sentido de que una ley con un ámbito de aplicación amplio es aquella que es capaz de incluir a todas las garantías especiales, o las nuevas que puedan crearse. Pero sin cuestionar la definición tradicional de garantía como un derecho sobre un bien ajeno. Por ello, la discusión sobre la inclusión o no de las garantías basadas en la propiedad no se ha dado.

El derecho de propiedad es uno de los conceptos centrales del derecho, tanto en la tradición romano germánica como anglosajona. Está interiorizado de tal manera que es difícil notar que está presente en las interpretaciones que se hacen de la realidad algunas veces.

El artículo 9 del UCC fue el primero en proponer, de manera revolucionaria, dejar de lado el hecho de quién sea propietario del bien gravado. Más aún, propone no analizar el tema de la situación jurídica de las partes respecto del bien gravado en función del derecho de propiedad sobre el bien.

El derecho de propiedad inicial, al estar frente a un derecho de garantía limita sus atributos (elasticidad) y se rige por la ley de garantías para diversos fines. Los derechos y obligaciones de las partes en esta situación jurídica por ejemplo.

El deudor tiene sobre el bien los derechos de un deudor garantizado, no el de un propietario. Y el acreedor los de un acreedor garantizado, no el de un acreedor que tiene un derecho sobre un bien ajeno. Se debe pensar entonces, simplemente en un acreedor y un deudor, cada cual con distintos derechos y obligaciones respecto del bien, definidos legalmente.

En este sentido, no aporta -más bien confunde- el tratar de determinar quién es propietario. Inmediatamente surgen las preguntas pertinentes: entonces, ¿quién puede disponer de los bienes gravados? ¿Quién debe pagar los tributos por ellos?

¿Quién los puede gravar nuevamente? ¿Qué tipo de derechos tienen las partes en caso de insolvencia? ¿Cómo contabilizan las partes esta garantía para determinar el valor de las empresas deudora o acreedora?, entre muchas otras. La respuesta está en la ley de garantías. Independientemente de la conclusión sobre la propiedad a la que se llegue, aún sin saberlo, se conocen exactamente las consecuencias del acto jurídico.

Por ejemplo, cuando el artículo 9 del UCC dice que determinados arrendamientos se considerarán como garantías, ¿cuáles son las consecuencias de esta afirmación? En primer lugar: ¿implica que el arrendatario es propietario desde el primer momento y que el arrendador es un deudor garantizado? ¿Implica que ahora los bienes arrendados son parte del patrimonio del arrendatario-deudor y por tanto entrarían a la masa concursal? ¿Quién paga tributos por el bien en cuestión? ¿Quién responde frente a terceros por daños y perjuicios? ¿Quién es propietario para efectos de la ejecución? ¿Cómo ejecuta? ¿Se permite el pacto comisorio?, etcétera.

Una primera respuesta podría ser que efectivamente, el derecho de propiedad se transfiere en un primer momento y que el deudor arrendatario es propietario, con lo que desaparece la figura del arrendamiento y queda solo una compraventa con garantía hipotecaria por el saldo del precio.

Esta respuesta inicial es incorrecta según la regla "sustancia de la operación", no es aceptable hacer el análisis de la transferencia de la propiedad. Se debe remitir a la ley y al contrato respectivo para determinar los efectos del acto jurídico.

Darle efectos de garantía a las garantías basadas en la propiedad no implica que haya una transferencia del derecho de propiedad al deudor. Lo cual parecería lógico si es que van a ser tratadas como garantías.

Es decir, las garantías dejan de definirse como un derecho de realización u otro tipo de forma de cobro con un bien ajeno en respaldo del cumplimiento de una obligación. En el esquema propuesto, son derechos de realización u otro tipo de forma de cobro con un bien en respaldo del cumplimiento de una obligación, sin calificar quién es propietario.

Por ejemplo, en el caso de los arrendamientos que tengan propósito de garantía, el arrendador seguirá siendo propietario. Sin embargo, estará sujeto a las reglas de constitución, prelación y

ejecución de las garantías. Ello implica que si su contrato no está inscrito, habrá perdido la oponibilidad y la preferencia respecto del bien arrendado en caso que el deudor caiga en insolvencia u otro acreedor embargue el bien.

Este análisis conceptual es medular en el sistema del artículo 9, del PPSA y de la LMOEA. También es el punto más difícil de entender al aproximarse a estas leyes para quien ha sido formado en la tradición jurídica romano germánica. Sin duda, implica una serie de cambios radicales en el ámbito conceptual como se ha desarrollado en la presente investigación.

En suma, incluir a las garantías basadas en la propiedad dentro de una regulación unitaria según la regla “sustancia de la operación” implica un cambio conceptual respecto del tradicionalmente usado. Este cambio debe ser considerado, entendido y evaluado correctamente.

### 3.5. Implicancias prácticas

En la práctica, calificar a un acto jurídico como garantía implicaría que se regule como tal en lo relativo a constitución, prelación, publicidad, ejecución y régimen concursal. De este modo, si las garantías deben inscribirse para ser oponibles, esta regla se aplicará por igual a toda garantía, sin importar su forma. Si las garantías no entran a concurso (o si entran) todas lo harán por igual. Sin excepciones por la forma que revista el acto jurídico.

Los contratos no requieren tener la forma de una garantía para serlo necesariamente. Si bien se exigen ciertos requisitos y contenidos que debe tener el contrato de garantía, algunas transacciones pueden tomar formas diferentes y aun así ser consideradas garantías. Estando bajo el ámbito de aplicación del artículo 9. Como señala Amelia Boss en el caso del arrendamiento: “*The terms that the parties use to describe the transaction are not determinative of whether the lease is either a ‘true’ lease or a ‘lease intended as security’. Instead, the substance and structure of the transaction control. In common understanding, a lease is a transaction where the lessor retains some interest in the goods (known as its residual interest); upon completion of the lease term, the goods return to the lessor. In contrast, in a secured transaction, upon satisfactory*

*completion of the transaction (i.e., payment of the underlying loan) the secured party has no interest in the goods; rather the lessee/debtor has full possession and ownership of the goods*”<sup>(35)</sup>.

En el caso de regímenes abiertos, que pretenden ser comprensivos, la decisión final sobre la naturaleza de un acto jurídico como garantía, recae en el juez. Así, el riesgo está presente. En tales casos, el juez deberá usar diversos criterios para determinar si un determinado acto es o no una garantía. A esto se le conoce como la “prueba de la sustancia”, la “prueba de la función” o el “*test* de la garantía”. Tal prueba requiere de jueces especializados que conozcan perfectamente los negocios mercantiles y puedan distinguir entre fondo y forma en ellos, lo cual suele moverse en zonas grises.

El PPSA señala que se debe hacer una “prueba de la sustancia” o “prueba de la función” (“*substance test*” o “*function test*”). Al respecto, Cuming señala: “*The PPSA prescribes a “substance test” for determining whether a particular transaction is a security agreement. This is also referred to as a ‘function test.’ Both call for an answer to the question: what was the imputed goal or intention of the parties to the transaction as determined by the circumstances surrounding its creation and the effect its terms could reasonably be expected to produce? By answering this question, the function or substance of the transaction is identified*”<sup>(36)</sup>.

Tal prueba ha merecido una amplia gama de pronunciamientos por parte de la jurisprudencia estadounidense y canadiense. Sin duda es un tema complejo y controvertido.

Se debe considerar también que en la práctica, la diferencia entre una garantía y un acto jurídico que no lo es puede verse disminuida porque se exige que se registre igual para ser oponible. Además de los mecanismos de garantía basados en la propiedad, los mismos que se mantienen como una lista abierta, hay otros actos jurídicos que también se sujetan a las reglas de creación, publicidad y prioridades de la ley de garantías, según el modelo de garantía única.

El modelo de garantía única establece también requisitos de oponibilidad a básicamente cuatro operaciones que no son ni funcional ni

(35) BOSS, Amelia y Stephen WHELAN. *The ABCs of the UCC: Article 2A: Leases*. Chicago: American Bar Association. 1997. pp. 5 y 6.

(36) CUMING. *Op. cit.*; p. 10.

conceptualmente garantías: la cesión (venta) de derechos; los arrendamientos cuyo plazo sea mayor a un año y las consignaciones comerciales.

A dichos actos jurídicos no se les aplica el régimen de ejecución de garantías, pues su estructura e intereses son diferentes; sin embargo, la razón de incluirlas radica en que pueden generar una imagen de riqueza aparente e inducir a error a terceros que confían en la apariencia que proyecta la posesión. En todos estos casos la propiedad y la posesión sobre estos bienes se separa, generando el señalado problema. Como señala Cuming: *"The policy reason for including these transactions in the PPSA is clear. Endemic to each type of transaction is the potential for third party deception and the consequent commercial disruptions that this entails. In the case of a lease and a consignment, there is a separation of ownership and possession, thus placing the lessee or consignee in a position to mislead third parties as to the extent his interest in the goods in his possession. In the case of transfers of an account, the transferor retains apparent control of the account even though she no longer owns or has an interest in it. The policy basis for including transfers of chattel paper is somewhat different. Prior to the implementation of the PPSAs the law applicable to the various interests involved in chattel paper was unclear. One of the innovative features of the PPSA was to establish an entirely new regime for security interests in this unique type of property. Since this regime could be applied equally well to competing claims by successive transferees of chattel paper as to competing security interests in chattel paper, the decision was made to include absolute transfers within its scope"*<sup>(37)</sup>.

En algunos casos puede no ser tan claro si un acto jurídico determinado es en sustancia una garantía o no, lo cual podría implicar una variación de las reglas aplicables al acto según se determine su naturaleza. Tal determinación, que se realiza judicialmente, puede ser impredecible, especialmente en los casos límite; como en el caso de los arrendamientos por ejemplo. Además, requiere de jueces con un nivel técnico considerable y conocimientos adecuado de la teoría y práctica mercantil.

En Estados Unidos y Canadá la jurisprudencia al respecto es abundante<sup>(38)</sup>, a lo cual se suma las constantes reformas legales que han ido buscando la manera de solucionar los problemas que pueden generar los casos límite.

Como señala Wood, el principal riesgo legal del enfoque funcional respecto de las garantías basadas en la propiedad si no son consideradas como tales inicialmente, es que se les considere repentinamente como tales. Que se redefina como garantía de improviso, a criterio del juez, sin que las partes hayan previsto los efectos aplicables. Ello implicaría un cambio en las consecuencias del acto jurídico, con lo que todos los costos y beneficios previstos y calculados por las partes cambiarían.

*"The principal legal risk with title financing is that they may be recharacterised as a mortgage or other security. If this is so, the effect is that the financing is treated as a loan secured on the asset. Thus retention of title is a non-possessory chattel mortgage, factoring or forfeiting is a charge on the receivables or instruments, a repo is a mortgage of the assets (bullion, securities, goods, land) to secure a loan to the seller, a finance lease is a loan secured on the leased asset, and similarly for hire purchase and sale and leaseback. If the transaction is a mortgage, then it may be void as a prohibited non-possessory chattel mortgage or for lack of registration (the principal risk); it may be subject to onerous enforcement remedies; it may conflict with negative pledges; it may lose priority to a prior floating charge or lose the priority benefits of title ownership; the owner loses the right to the residual value; it may be subject to bankruptcy freezes and the special rules relating to mortgages where applicable, e.g. formalities, maximum amount, no secured amount in foreign currency, no unapproved financiers, and limitations on default clauses; it may conflict with moneylender and usury laws; and it may violate a contractual borrowing limit. The result would usually be a disaster for the financier. It may also be treated as a mortgage loan for taxation purposes or be treated as on-balance sheet and lose its accounting advantages"*<sup>(39)</sup>.

Los riesgos que identifica Wood son significativos, cambiar las reglas que rigen una

(37) CUMING. *Op. cit.*; capítulo 2. p. 30.

(38) Para un desarrollo detallado de tales casos véase: BRIDGE. *Op. cit.*; pp. 577-618.

(39) WOOD, Philip. *Op. cit.*; p. 18.



operación puede producir que una operación con costos y beneficios conocidos y calculados por las partes, cambie y dé un resultado no esperado por ellas; con las consecuencias que ello puede implicar.

Tal perjuicio podría verse reducido en buena medida al contar con un sistema eficiente de garantías. Es decir, en caso que la redefinición sorprenda a las partes, sin duda variarán las expectativas planeadas de las partes, pero el sistema puede tener previsto diversas reglas que no alteren la regulación contable, tributaria, o inclusive el mecanismo de ejecución de la garantía u otro aspecto establecido por las partes. Todos ellos, aspectos que pueden ser dispositivos.

De la larga lista de problemas que podría generar la redefinición como garantía de una operación, sin duda, el más serio, como señala Wood, es la eventual pérdida del rango de prioridad al no haberla inscrito. Esto es algo que no es superable. Si esto sucede, sería un desastre. Y ha sucedido muchas veces, como señala la jurisprudencia de Estados Unidos y Canadá.

#### 4. Discusión sobre la conveniencia de una regulación unitaria

Como fue desarrollado en la sección 2 del presente artículo, existe consenso sobre la conveniencia de adoptar el modelo de garantía única como patrón a seguir en la reforma del régimen de garantías peruano. Sin embargo, no se ha prestado adecuada atención a uno de los aspectos más controvertidos de dicho modelo.

Las implicancias de incluir a las garantías basadas en la propiedad según lo propone el modelo de garantía única, como lo hemos desarrollado en la sección 3 anterior, es suficientemente relevante como para ameritar considerar que existe una discusión al respecto y considerar que especialmente los jueces tendrán un rol fundamental al aplicar la regla "sustancia de la operación". Adicionalmente, que no se trata simplemente de una inclusión para efectos de contar con un registro unitario, sino también para efectos de ejecución y regulación concursal.

A nivel internacional, la balanza se inclina a favor de adoptar la propuesta en su integridad, sin embargo, no se trata de una discusión cerrada. Por ejemplo, el de la Ley Modelo del Banco de Desarrollo y Reconstrucción Europeo y la Convención de las Naciones Unidas sobre Equipos Móviles mantienen a la compraventa con reserva de propiedad como un acto jurídico independiente; en clara controversia con la redefinición de este mecanismo como garantía.

Los países con sistemas financieros dinámicos y tradiciones jurídicas sólidas se han mostrado más recelosos a la importación de estas ideas. Sin embargo, como ya se dijo antes, se ha propuesto reiteradas veces este modelo en países como Inglaterra y más aun, actualmente se viene estudiando la viabilidad de su implementación en Alemania.

En todo caso, las posibilidades de regulación de las garantías basadas en la propiedad son variadas. Hay países que consideran conveniente que existan mecanismos alternativos a sus rígidos regímenes de garantías, mientras que hay otros que no lo toleran o que ven en tal situación una muestra clara de la necesidad de superar tales deficiencias. Como señala Wood: "*Some countries are glad to find an escape from the obsolete cage of mortgages and hence by subterfuge support form over substance without recharacterising the title finance as security. Others are displeased that the birds are flying out and seek to rebolt the gate, i.e. they recharacterise*"<sup>(40)</sup>.

Los que se inclinan porque prevalezca el fondo sobre la forma consideran que la regulación de garantías se justifica y que debe buscarse asegurar su efectividad<sup>(41)</sup>. Que se debe evitar que se usen mecanismos que cumplan función de garantía y que no se encuentren regulados como tales, debido a que implica burlar los objetivos que el derecho busca lograr con ella<sup>(42)</sup>. Como señala Wood, la pregunta central al analizar este tema sería si se justifica o no defender la efectividad de un sistema de garantías.

"*The dispute therefore is not about whether a title finance transaction is logically a mortgage, but rather about whether the restrictions of mortgage*

(40) WOOD, Philip. *Comparative Law of Security and Guarantees*. Londres: Sweet & Maxwell, 1995. pp. 46 y 47.

(41) WOOD, Philip. *Title Finance...* *Op cit.*; p. 3.

(42) Respecto de los mecanismos que burlan la prohibición del pacto comisorio específicamente, véase: DURÁN RIVACOBÁ, *La propiedad en garantía*. Pamplona: Aranzadi, 1998; y FELIU. *La prohibición del pacto comisorio y la opción en garantía*. Madrid: Civitas, 1995.



*laws are appropriate to finance outside the consumer context*<sup>(43)</sup>.

En otras palabras, en un texto posterior el mismo autor señala: “*The question is not whether title finance is commercially the same as security -which it often is- but whether or not people should have a way of escaping laws which are out of date. Apart from the US position taken in Article 9 of the UCC (and subsequently followed by Canada) the international trend seems to be to support title finance -notably in the case of financial leasing of aircraft and the like and also in the case of repos of securities*”<sup>(44)</sup>.

Las soluciones que privilegian la forma sobre la sustancia, abiertamente o no, tienen como objetivo reconocer que un propietario tiene una posición legal diferente que un acreedor garantizado.

Por su parte, en los sistemas que prevalece la sustancia sobre la forma y la operación se mantiene, pero sujeta a reglas de garantías, se afrontan los problemas de riqueza aparente y de prioridades. En la práctica, al hacer solo oponibles los gravámenes inscritos, junto a los contratos límite que se incluyen dentro de las reglas de publicidad para propietarios, el derecho de propiedad de quien no hace público su derecho puede ser vencido por un gravamen inscrito. Así, se equipara la posición de un propietario a la de un acreedor garantizado.

En todo caso, la regla “sustancia de la operación” es la que propone el modelo de garantía única y la que viene ganando mayor respaldo internacional como el mecanismo idóneo para lograr los objetivos que persigue el sistema de garantías.

En el ámbito internacional, quizá la Ley Modelo del EBRD sea la única que no propone la regla “sustancia de la operación” como idónea bajo el esquema de garantía única. Por lo demás, la ONU, la OEA, las legislaciones de EEUU y Canadá, entre otras lo han adoptado. En este contexto, la opinión más reciente es la de la ONU en su Guía Legislativa sobre Garantías (mayo 2002), en la que señala que: “*In principle, the same regime of capacity to grant security, eligible collateral, pre-default rights and*

*obligations, secured rights should apply regardless of the origin or form of the security rights (...)* Creditors who seek to use conditional rights of property and other devices to such as trusts, leases and consignments to achieve a security right should be subject to the same regime”<sup>(45)</sup>.

Más adelante, señala que su recomendación respecto de la regulación de las garantías basadas en la propiedad es tener en cuenta que: “*In a modern, satisfactory and well-balanced system of security for nonpossessory tangible and intangible assets, there is no legitimate demand for admitting the security transfer of full rights since it would upset that regime. A rule may be formulated along the following lines: This (Act, Code...) applies to any transaction and transfer of assets and rights, regardless of their form, which is intended to serve as security in movable property (...)* If the seller of assets remain its full rights in these assets as security for later payment of the purchase price, this retention of the full right should, on principle, be treated as an ordinary security. However, the seller-creditor should enjoy the privileges of an owner with respect to the security, insofar as it secures the purchase price for the sold asset (to the exclusion of other credits); and with respect to the purchases asset as such (to the exclusion of the extensions into its proceeds)”<sup>(46)</sup>.

Si bien la regla “sustancia de la operación” prevalece en los modelos de garantía única y es conceptualmente inobjetable, ha sido recibido de manera diversa por los países. En algunos países, especialmente en aquellos con sistemas financieros con un desempeño satisfactorio, ha sido recibido con recelo. Ello se debe en buena medida a la radicalidad de la propuesta y a que implica afectar algunas ideas arraigadas en su cultura jurídica. Como la idea de que la garantía es un derecho sobre un bien ajeno necesariamente. Alejandro Garro se refiere a esto de la siguiente manera: “*(...) even though the adoption of such a simplified yet functionally sophisticated approach appears unobjectionable on paper, in countries where secured*

(43) Supra nota 41. La referencia que se hace a las transacciones de consumo se encuentra motivada en el hecho que algunos autores afirman que el crédito de consumo requiere de una regulación de garantías. Mientras que las relaciones entre empresas, por tratarse de sujetos sofisticados financieramente, no lo requieren. En todo caso, este detalle ha venido siendo superado recientemente debido a que la línea divisoria no es clara entre una operación de consumo y una comercial.

(44) Supra nota 40

(45) COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO MERCANTIL. *Draft Legislative guide on secured transactions*. Working Group VI - Security Interests. New York: UN, 2002. p. 13.

(46) *Ibid.*; pp. 19 y 20.

*credit has evolved reasonably well, the motivation for such a drastic change is lacking and, ultimately, may not be justified. Thus, in jurisdictions such as Germany and the Netherlands, where secured credit has proven relatively effective in a fast-paced credit market, accompanied by a significant body of case-law and scholarly writings, the use of title for security purposes (by the way of transferring title to, or retaining title by, the secured creditor) appears to meet the demand for non-possessory security in tangibles as well as intangible assets*<sup>(47)</sup>.

Bridge también señala: "As our analysis this far is meant to have made plain, Article 9 and PPSA thinking -in whatever is its recognizable local form- is a creature of legislation and history, and represents a set of policy choices that cannot be seen as other than socially contingent. Hence, it is possible for a sophisticated legal system of secured transaction law that has no need for the functionalism of the Article 9 and PPSA regimes"<sup>(48)</sup>.

En todo caso, como señala Garro, dado que la meta es lograr la simplificación, modernización y armonización -no lograr a toda costa un marco teórico universal-, podría ser más conveniente entonces mantener la transferencia o retención de la propiedad como mecanismo de garantía en los países en los que tal tipo de garantías es ampliamente usado y goza de aceptación comercial y académica.

En cambio, en países en desarrollo, con sistemas de garantías sobre bienes poco eficientes o útiles, parece preferible adoptar una sola, amplia y comprehensiva garantía, que fusione las reglas existentes. Un sistema simple y práctico, como el que propone la OEA. Sin embargo, aun en estos países, como en el Perú, la discusión debería darse, que es lo que se plantea en el presente artículo.

Si bien la propuesta de Garro puede ser la regla, también hay casos, como el de Alemania, donde actualmente se viene estudiando la viabilidad de su implementación.

En el Perú no se ha abordado este tema de manera explícita aún. La línea de la discusión se ha centrado en reducir la fragmentación y dispersión de las garantías especiales, pero no a las garantías basadas en la propiedad. En todo caso, del artículo 31 del Proyecto de Ley de Garantías Mobiliarias, al sujetar a una lista abierta de actos jurídicos a la necesidad de registrarse para ser oponibles, se

podría considerar una implícita inclinación por la regla de la sustancia de la operación.

Antes de opinar respecto de la discusión, se puede hacer el ejercicio de imaginar un sistema reformado de garantías que no incluya a las garantías basadas en la propiedad y en el cual se deje a las partes la libertad para negociar contratos de todo tipo, sin necesidad de sujetarse a ninguna regla, como es ahora.

En un régimen así, habrían garantías ocultas. Además, se podrían burlar algunos de los objetivos que el régimen de garantías hubiera adoptado. Tal como sucede ahora con el régimen de protección patrimonial y la prohibición del pacto comisorio. Sin necesidad de pronunciarse en contra o a favor de la conveniencia de los mismos, el hecho es que se trata de mecanismos que burlan normas que no fueron hechas para ser evadidas. Es más, que sus objetivos requieren que sean respetadas.

Los acreedores tendrían temor de que otro acreedor cuente con una mejor garantía. También tendrían temor de que si se pierde el bien, como su garantía es ser propietario del mismo, no habría obligación que permanezca, podrían solo recurrir a demandar daños y perjuicios. Por último, incurrirían en los costos tributarios que implica la transferencia y tenencia de la propiedad, lo cual puede ser innecesario.

Los deudores se verían afectados principalmente al ver limitados sus derechos sobre los bienes que originalmente eran suyos. No los podrían usar como garantía para otras obligaciones, ni disponer de ellos de otra forma, tampoco tendrían el bien en su activo. Además, los costos tributarios de la operación se les cobrarían a ellos, como se hace con los tributos municipales en el caso del arrendamiento financiero. Por último, sin una regulación que los ampare de eventuales abusos del acreedor, podrían verse desprotegidos. Por ejemplo, si la forma de disponer del bien gravado en caso de ejecución no fuera comercialmente razonable, etcétera.

Y los terceros, al igual que los acreedores, tendrían temor de la existencia de garantías ocultas. Lo cual haría que el crédito fuera más tímido de lo que podría ser.

Adicionalmente, quedan varios aspectos a considerar en la discusión, como si el contexto

(47) GARRO, Alejandro. *Harmonization of Personal Property Security Law: National, Regional and Global Initiatives*. UNIDROIT. En: *Uniform Law Review*. Volumen VIII. 2003.

(48) BRIDGE. *Op. cit.*; p. 649.

actual del régimen peruano es compatible con aquel en el que se originó el modelo de garantía única, si el Poder Judicial (y ahora los nuevos juzgados comerciales) está en capacidad para aplicar la regla “sustancia de la operación”; si el modelo de garantía única puede aplicarse exitosamente en una cultura que no tiene como principio a la buena fe y por último, la inercia que pueden sentir algunos sectores económicos que verían algunas variaciones en sus operaciones (aunque puedan ser positivas). Todos estos aspectos deberían ser afrontados y tratados adecuadamente con un proyecto integral de reforma del régimen y no con una simple reforma legal.

Incluir a las garantías basadas en la propiedad es una alternativa necesaria, sin que ello implique que sea suficiente, para afrontar los problemas del régimen actual y contar con un sistema de garantías confiable.

Si bien hay lugar para ahondar en la discusión, consideramos que sería positiva la inclusión de las garantías basadas en la propiedad según lo propone el modelo de garantía única. Coincidimos con aquella posición que Wood definió como la de aquellos que no toleran que el régimen de garantías sea burlado, que consideran que tiene objetivos valiosos que busca alcanzar y que debe hacerse lo posible porque se logren.

Consideramos que la regla “sustancia de la operación” que propone el modelo de garantía única permitiría alcanzar un verdadero sistema de garantías, sin gravámenes ocultos ni posibilidades de evadir la regulación. En este sentido, es un reto necesario que debería ser asumido.

Por último, cabe señalar que si el régimen general de garantías fuera eficiente, se pudiera usar garantías en las que no se pierda ni la posesión ni la propiedad de los bienes gravados, sería innecesario recurrir a las garantías basadas en la propiedad pues ellas son por definición más complicadas y costosas. El único caso en el que se continuarían usando sería si existiesen algunas ventajas de tipo contable, tributario o de algún tipo, lo cual no debería suceder si se unifica adecuadamente el sistema.

##### **5. Comentario al artículo 31 del Proyecto de Ley de Garantía Mobiliaria**

Antes de terminar, consideramos inevitable pronunciarnos sobre un hecho relevante en la

coyuntura actual, el artículo 31 del Proyecto de la Ley de Garantías Mobiliarias, el cual se encuentra en debate en las comisiones del Congreso de la República actualmente.

En primer lugar, podemos apreciar que no se ha hecho mayor distinción entre las garantías basadas en la propiedad y los actos jurídicos que solo deben inscribirse con fines de prelación, oponibilidad y publicidad. Se trata de la misma manera a todos.

Como propone el modelo de garantía única, mientras que existen actos jurídicos que requieren de un mecanismo de publicidad para mejorar su oponibilidad y proyectar señales claras sobre la situación del patrimonio de una persona, las garantías basadas en la propiedad, además, requieren estar sujetas a todas las reglas aplicables a las garantías. La regulación de garantías se justifica en que protege el patrimonio del deudor y acreedor, otorga una serie de derechos y deberes a las partes, así como mecanismos de ejecución adecuados. Por ello, su regulación no se debe limitar a la prelación, oponibilidad y publicidad a los que se refiere el proyecto.

En este sentido, las posibles garantías serían: los fideicomisos, los arrendamientos las consignaciones y otros actos jurídicos en los que se “afecten” bienes muebles. Mientras que los actos jurídicos que no son garantías serían: la cesión de derechos, los fideicomisos, los arrendamientos, las consignaciones y los contratos preparatorios que no tengan función de garantía, además de las medidas cautelares y otros actos jurídicos en los que se “afecten” bienes muebles.

De más está decir que la palabra “afecten” se presta a una serie de confusiones puesto que puede afectarse en garantía y por ello registrarse o simplemente ser un acto jurídico que recae sobre bienes muebles y que por su difícil oponibilidad las partes prefieran registrarlo.

Si bien la palabra “afecten” debe haber sido pensada en el sentido de que “graven”, dado que el registro que propone el Proyecto será una Central Pública de Contratos, conviene dejar abierta la posibilidad de registrar todo tipo de contratos.

En segundo lugar, podemos apreciar que se distingue el arrendamiento del arrendamiento financiero y los contratos preparatorios del contrato de opción. Si bien se puede pensar que se hizo con fines didácticos, parece que tal recurso no es

acertado del todo al presentar una regulación imprecisa.

Respecto del arrendamiento, es importante señalar que en el modelo original se distingue entre los arrendamientos con fines de garantía y los arrendamientos por un plazo mayor a un año. Esto se justificaba en dos razones. Por un lado, los arrendamientos menores a un año no suelen tener función de garantía. Por el otro, por la envergadura del contrato suele no justificarse la inscripción para fines de oponibilidad. Por ejemplo, el contrato de alquiler de una casa de playa por el verano, o de un automóvil por un fin de semana, no debería requerir estar inscrito para que en caso se ejecute como garantía sea respetado. En principio, la ejecución de tales garantías debería respetar los arrendamientos de corto plazo, sin embargo, podría pactarse lo contrario.

En tercer lugar, lo central al regular este punto debería ser distinguir entre los actos jurídicos que se tratarán como garantía y los que solo se registrarán con fines de prelación, oponibilidad y publicidad. De todas formas, es de señalar que la fórmula del inciso i) del punto III del artículo 31 deja abierta la lista de actos inscribibles a “otros que afecten bienes muebles”. ¿Cuál debe ser el criterio para determinar esos “otros”? ¿En el caso que se considere que hay un acto jurídico que “afecta” determinados bienes, un juez podría determinar que como no se inscribió no es oponible frente a otros acreedores?

A la luz de lo expuesto sobre el modelo de garantía única y el contexto del que se extrajo el artículo 31 como modelo de regulación, el inciso i) se debe referir a la regla “sustancia de la operación”, lo cual debe ser evaluado en su real magnitud.

Como se desarrolló en la sección 3 del presente artículo al analizar las implicancias de incluir a las garantías basadas en la propiedad según la regla “sustancia de la operación” (y dejando de lado el cambio conceptual que implica), es de señalar que para fines prácticos, incluir a todos los actos que afectan bienes muebles es una fórmula satisfactoria. Dado que en el caso de los bienes que no tienen registro, regidos por el principio

“posesión vale título”, la oponibilidad de sus gravámenes, así como su venta, etcétera, es difícilmente conocible por terceros. El registro aportaría en dicho sentido y tal sería el sentido de llamar al registro Central Pública de Contratos. Una especie de central de riesgo que informe sobre el estado del patrimonio de las personas a todos los interesados. Ello evitaría el problema de riqueza aparente y garantías ocultas.

Sin embargo, la distinción entre una garantía y otro tipo de actos jurídicos es algo que no debe pasarse por alto y que amerita distinguir entre estos supuestos; especialmente para fines de ejecución de las garantías.

Si lo que se busca al incluir una amplia lista de actos jurídicos es evitar la prueba de la “sustancia de la operación”, se debe señalar que ello no es posible. Dado que la lista permanecerá abierta, siempre habrá casos que podrán ser revisados judicialmente. Además, la distinción de un acto jurídico que tiene fines de garantía radica principalmente en una ejecución que asegure a ambas partes la preservación de su patrimonio, evitando abusos de cualquiera de ellas.

En suma, el artículo 31 del anteproyecto merece ser revisado a la luz de lo señalado, teniendo en cuenta que incluir a las garantías basadas en la propiedad es una tarea necesaria para contar con un adecuado sistema de garantías.

## 6. Conclusión

La conclusión general del presente artículo es que es conveniente y necesario incluir a las garantías basadas en la propiedad en una regulación unitaria con el resto de garantías sobre bienes. Sin embargo, este es un proceso delicado y cuyos retos deben ser afrontados de manera adecuada, sin ser subestimados, para lo cual requieren ser comprendidos adecuadamente. Tanto el cambio conceptual como la regla “sustancia de la operación” en el ámbito judicial, requieren de condiciones para ser asimilados y puestos en práctica de manera correcta por la población, los agentes económicos participantes y el Poder Judicial. <sup>12</sup>