

Algunas observaciones generales sobre las garantías mobiliarias en el derecho europeo por medio de tres ejemplos concretos*

JAVIER MAURICIO RODRÍGUEZ OLMOS**

RESUMEN

Este artículo expone algunos rastros del pasado, presente y futuro de las garantías mobiliarias en el Derecho europeo, en particular en Francia y Alemania, así como en el reciente Marco Común de Referencia Europeo (DCFR). Con base en la distinción entre garantías 'formales' y garantías 'funcionales', describe tres ejemplos de cómo ha sido afrontada esta cuestión mediante diversos instrumentos.

PALABRAS CLAVE

Garantías mobiliarias, Derecho europeo, prenda, fiducia, *Eigentumsvorbehalt*, *Sicherungsübereignung*, Francia, Alemania, DCFR.

ABSTRACT

This paper sets out traces of the past, present and future of Proprietary Security Rights over movables in some European legal Systems, in particular France and Germany, as well as in the recent DCFR. Based on the distinction between 'Formal' and 'Functional' Security Rights, the article describes three examples of how this issue was addressed implementing different approaches.

* Fecha de recepción: 11 de agosto de 2014. Fecha de aceptación: 4 de diciembre de 2014. Para citar el artículo: RODRÍGUEZ, J. "Algunas observaciones generales sobre las garantías mobiliarias en el derecho europeo por medio de tres ejemplos concretos", en *Revist@ E-Mercatoria*, vol. 13, n.º 2, julio-diciembre, 2014, pp. 3-27.

** Profesor-investigador de Derecho Civil de la Universidad Externado de Colombia. Candidato a doctor de esa misma Universidad. Correo-e: javier.rodriguez@uexternado.edu.co.

KEYWORDS

Security rights over movables, European law, pledge, transfer of ownership, retention of title, *Eigentumsvorbehalt*, *Sicherungsübereignung*, France, Germany, DCFR.

I. UNA VISIÓN FRAGMENTARIA A PARTIR DE TRES MODELOS: ALEMANIA, FRANCIA Y EL MARCO COMÚN DE REFERENCIA EUROPEO (DCFR)

El tema de las garantías mobiliarias en diferentes países de la tradición romano-germánica ha padecido durante mucho tiempo de una cristalización legislativa; hasta época reciente se han conservado los modelos en parte heredados de la tradición romanista¹. La inmovilidad en esta materia en líneas generales se puede atribuir tanto a la respuesta que la práctica comercial ofreció, adaptando figuras cuyo fin primordial no era el servir de garantía, como a la flexibilización de las garantías previstas en los códigos civiles (en particular por medio de la introducción de excepciones a la prenda con tenencia del acreedor), gracias a la intervención fragmentaria que de vez en cuando realizaba el legislador ante la presión de ciertos sectores que exigían una respuesta moderna a las nuevas necesidades que surgieron de forma incontenible, en particular a partir de la revolución industrial². Es por esto que al lado de figuras que desde el punto

- 1 ULRICH DROBNIC, "Mobiliarsicherheiten", en J. BASEDOW/K. HOPT/R. ZIMMERMANN, *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, t. II (Tubinga: Mohr Siebeck, 2011), 1083. Cabe resaltar que la diferencia entre prenda e hipoteca y su paralelo entre garantía con tenencia y garantía sin tenencia del acreedor no existía en el derecho romano de forma nítida como quedó plasmada en las primeras codificaciones civiles, al punto que "era posible que en todos los tipos de garantía se dejara el objeto de la garantía en manos del deudor"; en este sentido, y para desarrollos posteriores en el *ius commune*, WILLEM J. ZWALVE, "A Labyrinth of creditors: a short introduction to the history of security interests in goods", en AA. VV., *Security Rights in Movable Property in European Private Law* (Cambridge University Press, 2004), 42.
- 2 MAURO BUSSANI, "Los modelos de las garantías reales en *civil* y en *common law*: una aproximación de derecho comparado", en E. LAUROBA/J. MARSAL (eds.), *Garantías reales mobiliarias en Europa* (Barcelona: Marcial Pons, 2007), 247: "En efecto [...], cabe remarcar que allí donde la rigidez y el dirigismo no han sido atemperados por un trabajo doctrinal o jurisprudencial, se constata lo siguiente: a) una fuga masiva de los operadores hacia las garantías personales; b) la búsqueda continua de nuevas garantías al margen de los instrumentos tradicionales: el arrendamiento financiero (desde hace ya mucho tiempo), la reserva de dominio, la propiedad fiduciaria; c) los esfuerzos desordenados de un legislador deseoso de responder a las reivindicaciones de los círculos económicos (sobre todo de los que son más influyentes políticamente) mediante la creación de una panoplia cada vez más prolija de privilegios, que han acabado por perturbar el marco tradicional de las relaciones entre prestamistas y prestatarios sin aportar las mejoras que esperaban los operadores en el mercado de crédito –a saber, una mayor simplicidad y una mejor eficacia de las garantías reales". Sobre la influencia de la revolución industrial a comienzos del siglo XIX en

de vista 'formal' fueron creadas como garantía (garantías 'formales') se desarrollaron figuras que la doctrina considera que solo desde el punto de vista 'funcional' son garantías (garantías 'funcionales')³.

La finalidad de este escrito es presentar algunos rasgos fundamentales de las soluciones que en este tema se pueden encontrar en algunas de las experiencias jurídicas europeas más importantes. Para el jurista colombiano, dar una mirada a la experiencia europea es tener la oportunidad de conocer los caminos alternativos a los que se ha recurrido allí para suplir en la práctica comercial las carencias del ordenamiento jurídico y analizar las soluciones propuestas tanto en el pasado como en la actualidad.

Se debe advertir que las consideraciones que se presentan a continuación tienen un carácter puramente descriptivo por cuanto no pretenden un análisis crítico de las soluciones adoptadas en los modelos escogidos; así mismo, son consideraciones fragmentarias, ya que solamente se afrontan algunos puntos específicos, sin pretensión de abarcar todos los aspectos que implicarían un análisis profundo de los regímenes de garantías mobiliarias en cualquier ordenamiento jurídico.

II. GARANTÍAS 'FORMALES', GARANTÍAS 'FUNCIONALES': RASTROS DEL PASADO, PRESENTE Y FUTURO DE LAS GARANTÍAS MOBILIARIAS EN EL DERECHO EUROPEO

Teniendo en cuenta la distinción señalada entre garantías 'formales' y garantías 'funcionales' planteada por FIORENTINI⁴, en el Derecho europeo se pueden identificar básicamente dos modelos alrededor de los cuales se han desarrollado las garantías mobiliarias: la prenda (paradigma de garantía 'formal') y la propiedad en función de garantía (paradigma de garantía 'funcional')⁵. De allí que en la exposición que sigue se hayan escogido como ejes la experiencia alemana y su recurso a la propiedad como garantía (ejemplo de garantía 'funcional'), la experiencia francesa y su reciente reforma a la disciplina de la prenda (ejemplo de la actualización de una garantía 'formal') y finalmente el

el desarrollo de las garantías mobiliarias, ULRICH DROBNIG, "Mobiliarsicherheiten", en J. BASEDOW/K. HOPT/R. ZIMMERMANN, *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, t. II (Tübinga: Mohr Siebeck, 2011), 1084: con la revolución industrial, la prenda con tenencia del acreedor, heredada del derecho romano, resulta ser un esquema poco adaptado a las nuevas necesidades, lo que lleva a un desarrollo de las garantías sin tenencia del acreedor.

3 Hace uso de estas denominaciones, garantía 'formal' y garantía 'funcional', FRANCESCA FIORENTINI, "Proprietary Security Rights in the Western European Countries", en M. BUSSANI/F. WERRO, *European Private Law: A Handbook*, t. I (Bern: Stämpfli Publishers, 2009), 421.

4 *Ibid.*

5 ULRICH DROBNIG, "Proprietary Security in Movables in the 21st Century", en *DECITA, Direito do comercio internacional*, n.º 7-8, 2007, 31; *Id.*, "Security Rights in Movables", en AA. VV., *Towards a European Civil code* (Kluwer Law International, 2011), 1030.

también reciente tratamiento propuesto en el Marco Común de Referencia Europeo (DCFR en inglés) en materia de garantías mobiliarias (ejemplo de una propuesta que busca integrar los diferentes instrumentos que cumplen el papel de garantía en los diferentes ordenamientos jurídicos europeos).

Estos tres ejemplos podrían incluso considerarse –en sentido metafórico, pero no sin fundamento– como tres diferentes perspectivas, o como rastros del pasado, del presente y del futuro de las garantías mobiliarias en Europa. Un rastro del pasado, en las figuras desarrolladas en Alemania durante el siglo XX; un rastro del presente, en la reciente reforma y modernización del régimen de garantías mobiliarias en Francia; y finalmente un rastro o, mejor, un indicio del futuro con la propuesta del DCFR, un documento académico que posiblemente tendrá un fuerte impacto en el régimen de las garantías mobiliarias a nivel europeo.

En efecto, el caso de la experiencia alemana es diciente. Durante el siglo XX en dicho país se desarrollaron por la jurisprudencia y la doctrina las figuras de la reserva de propiedad y de la transferencia de la propiedad en función de garantía, adaptándolas para suplir el papel de la prenda con tenencia del acreedor que había sido la única figura de garantía mobiliaria incorporada en el código civil alemán⁶ con una estructura rígida, que a partir de la revolución industrial se demostró insuficiente para atender las necesidades del comercio. De esta manera Alemania –y, siguiendo su ejemplo, Austria– decidió abandonar el camino de la expedición de leyes especiales que regularan casos de prenda sin tenencia del acreedor⁷, para tomar otro camino, el del desarrollo jurisprudencial y doctrinal de la utilización de la propiedad en función en garantía, fruto de la autonomía privada⁸.

Un camino diferente se tomó en Francia. También en esta experiencia jurídica hasta hace relativamente poco su código civil solamente contemplaba la figura de la prenda con tenencia del acreedor, por lo que a lo largo del siglo XX se adoptaron por vía legislativa algunas figuras específicas de prenda sin

6 §§ 1204 y ss. del BGB; así mismo en los §§ 1279 y ss. del BGB se prevé la prenda de créditos.

7 También en Alemania en algunos casos se expedieron algunas leyes puntuales para introducir casos de prenda sin tenencia del acreedor como excepciones al único tipo de prenda que había sido consagrado en el BGB, esto es, la prenda con tenencia del acreedor, por ejemplo en los casos de prenda sobre naves, aeronaves, cables marítimos y en algunos casos en la agricultura. Al respecto ver ULRICH DROBNIG, "Security over Corporeal Movable in Germany", en J. G. SAUVEPLANNE (ed.), *Security over Corporeal Movable* (Países Bajos: Sijthoff, 1974), 184 y ss.

8 ULRICH DROBNIG, "Mobiliarsicherheiten", en J. BASEDOW/K. HOPT/R. ZIMMERMANN, *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, t. II (Tubinga: Mohr Siebeck, 2011), 1084. Las primeras decisiones del *Reichsgericht* sobre las cuales se comenzó a aceptar a finales del siglo XIX el empleo de la propiedad en función de garantía son descritas por WILLEM J. ZWALVE, "A Labyrinth of creditors", cit., 50 y ss.

tenencia del acreedor para cierto tipo de bienes (por ejemplo, la prenda industrial, la prenda agraria, la prenda sobre automóviles, sobre naves y aeronaves, entre otras), "esfuerzos desordenados de un legislador deseoso de responder a las reivindicaciones de los círculos económicos (sobre todo de los que son más influyentes políticamente) mediante la creación de una panoplia cada vez más prolija de privilegios"⁹. Más allá de estos casos particulares, solamente hasta el 2006 se introdujo en Francia una reforma considerable en materia de garantías mobiliarias, una modernización que buscaba introducir una disciplina que pudiera competir en el mercado de las garantías¹⁰. Entre las principales innovaciones de dicha reforma se encuentra la introducción de una disciplina general de la prenda sin tenencia del acreedor, una reforma a la que se sumó la introducción en el 2007 de la figura de la fiducia en el ordenamiento jurídico francés, sobre lo cual volveremos más adelante.

Y, finalmente, resulta interesante señalar algunos aspectos del Marco Común de Referencia Europeo, un documento académico y por lo tanto de *soft law*, que fue publicado a finales del 2009 y que entre muchos otros temas trae una extensa regulación en materia de garantías mobiliarias, donde trata de integrar y conciliar las diferentes figuras de garantías mobiliarias presentes en los diferentes ordenamientos jurídicos europeos, buscando ofrecer una normativa moderna y al mismo tiempo equilibrada, pues, en última instancia, en esta materia se trata de lograr un equilibrio entre "las necesidades del mercado, los intereses del deudor y las exigencias de desarrollo de las empresas"¹¹. Sobre este documento se volverá en la última parte de esta exposición.

2.1. EL EMPLEO DE LA PROPIEDAD EN FUNCIÓN DE GARANTÍA EN LA EXPERIENCIA ALEMANA

Señalamos entonces que en la experiencia alemana se desarrollaron dos figuras que no estaban destinadas a servir de garantía, pero que se adaptaron para tal fin: la reserva de propiedad y la transferencia de la propiedad en garantía. Veamos los aspectos estructurales de cada una de estas figuras.

9 MAURO BUSSANI, "Los modelos de las garantías reales en *civil* y en *common law*: una aproximación de derecho comparado", en E. LAUROBA/J. MARSAL (eds.), *Garantías reales mobiliarias en Europa* (Barcelona: Marcial Pons, 2007), 247. ULRICH DROBNIG, "Proprietary Security in Movables in the 21st Century", en *DeCITA, Direito do comercio internacional*, n.º 7-8, 2007, 34, sobre el desarrollo de formas de prenda sin tenencia del acreedor como excepción a la regla hacia la primera mitad del siglo XX.

10 PHILIPPE DUPICHOT, "La eficiencia económica del Derecho de las garantías reales", en AA. VV., *Estudios de Derecho continental en Colombia y Francia* (Bogotá: Fondation pour le droit continental/Universidad Externado de Colombia, 2012), 476.

11 *Ibid.*, 249.

A) La reserva de propiedad

La reserva de propiedad ha jugado y sigue jugando un papel fundamental en el financiamiento para la adquisición de mercancías, ámbito en el cual de hecho es el mecanismo de garantía predominante¹². En el BGB la figura se encuentra regulada en el § 449, donde se advierte que "si el vendedor de una cosa mueble se reservó el derecho de propiedad hasta el pago del precio, en caso de duda se debe considerar que la propiedad se transfiere bajo la condición suspensiva del pago de la totalidad del precio".

Ante todo, es necesario recordar que en el ordenamiento jurídico alemán opera el denominado principio de la abstracción y de la separación, en virtud del cual se hace una diferencia tajante entre el negocio que genera la obligación y el negocio de disposición que genera efectos reales, es decir, el que transfiere la propiedad¹³. Ahora bien, la cláusula de reserva de propiedad normalmente se incorpora en la compraventa (que es el negocio que genera obligaciones –y normalmente la cláusula se incorpora en las condiciones generales de contratación del vendedor). Esta reserva genera una modificación en las obligaciones del vendedor, en vista de la consolidación del derecho del comprador: el deber de transferencia del dominio en cabeza del vendedor está condicionado al pago total del precio, por lo que, desde el punto de vista de los efectos reales, el vendedor sigue siendo el propietario hasta que no se cumpla la condición de pago total del precio¹⁴.

Resulta entonces evidente que esta figura recurre al mecanismo propietario con fines de garantía, puesto que el vendedor –acreedor del precio– conserva en su patrimonio la titularidad sobre los bienes entregados al comprador. En caso de incumplimiento del comprador, el vendedor puede resolver el contrato, con las consecuentes restituciones¹⁵. En todo caso, en la jurisprudencia se terminó reconociendo para el comprador una expectativa o, más exactamente, un derecho en vía de adquisición, cuyo valor va aumentando a medida que va pagando el precio; este "derecho en vía de adquisición" (*Anwartschaftsrecht*) del comprador tiene autonomía al punto que puede a su vez ser dado en garantía¹⁶.

12 HENRY MATZ, *Regulierung von Eigentumssicherheiten an beweglichen Sachen. Reformüberlegungen auf rechtsvergleichender Grundlage* (Tubinga: Mohr Siebeck, 2013, 46); ULRICH DROBNIC, "Mobiliarsicherheiten", en J. BASEDOW/K. HOPT/R. ZIMMERMANN, *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, t. II (Tubinga: Mohr Siebeck, 2011), 1084.

13 WOLFGANG BREHM, *Sachenrecht* (Tubinga: Mohr Siebeck, 2006), 471.

14 ENRICO GABRIELLI, "Autonomía privada y prolongación de las garantías reales en el Derecho europeo", en CARLOS DE CORES/ENRICO GABRIELLI, *El nuevo derecho de las garantías reales* (Lima: Temis-Ubjjus-Zavalía, Bogotá, México, Buenos Aires, 2008), 430; WOLFGANG BREHM, *Sachenrecht* (Tubinga: Mohr Siebeck, 2006, 470).

15 WOLFGANG BREHM, *Sachenrecht* (Tubinga: Mohr Siebeck, 2006), 472.

16 CARLOS DE CORES, "Generalidades sobre el modelo anglosajón de garantías reales mobiliarias", en CARLOS DE CORES/ENRICO GABRIELLI, *El nuevo derecho de las garantías reales* (Lima,

En relación con las exigencias para que la figura surja a la vida jurídica y para determinar los efectos entre las partes, en el derecho alemán la inclusión de esta reserva de propiedad no está sometida a ningún requisito de forma, por lo tanto no se exige ninguna forma de publicidad. Tampoco existe un requisito de publicidad para ser oponible respecto de terceros, de manera que la posición jurídica del vendedor en cuanto propietario formal de los bienes es respetada, tanto en el caso de ejecución de los bienes por parte de otros acreedores como en los procesos de insolvencia¹⁷. Esto ha generado muchas críticas, entre otros motivos, porque se corre el riesgo de fraude al acreedor, quien confiaría en el aparente estado patrimonial de su deudor al momento de conceder el crédito¹⁸.

En cuanto a los bienes sobre los cuales recae la garantía, se hace la diferencia entre la reserva de propiedad pura y simple y la denominada reserva de propiedad extendida.

La *reserva de propiedad pura y simple* es aquella que recae de forma exclusiva sobre los bienes cuya adquisición se financia y solamente para cubrir el precio de compra; esta estructura corresponde a la figura original que atiende al principio de especificidad y que resulta ser una garantía suficiente cuando se trata de contratos de compraventa con consumidores o cuando la venta tiene como objeto bienes 'estáticos', como maquinaria para el funcionamiento de una empresa¹⁹. A partir de esta figura, jurisprudencia y doctrina desarrollaron las denominadas *reservas extendidas*, que se subdividen a su vez en la *reserva prolongada* (o prorrogada, *verlängerten Eigentumsvorbehalt*) y la *reserva ampliada* (*erweiterten Eigentumsvorbehalt*)²⁰, para casos en los que están involucrados los denominados activos circulantes o bienes 'dinámicos'.

La reserva prolongada o prorrogada responde al problema de la garantía sobre los denominados activos circulantes, por cuanto existe la necesidad de no impedir la actividad productiva de la empresa; el interés del acreedor es que la situación de crédito no se reduzca, por lo que se debe permitir no solo que el deudor pueda tener los bienes, sino que, en algunos casos, también pueda

Bogotá, México, Buenos Aires: Temis-Ubijus-Zavalía, 2008), 132. En palabras de WOLFGANG BREHM, *Sachenrecht*, cit., 473, ese "*Antwartschaftsrecht*" es considerado una "etapa previa a la propiedad".

17 ULRICH DROBNIG, "Security Rights in Movables", en AA. VV., *Towards a European Civil code* (Kluwer Law International, 2011), 1035.

18 HENRY MATZ, *Regulierung von Eigentumssicherheiten an beweglichen Sachen*, cit., 56. También le ha sido achacado a esta falta de publicidad "el crecimiento desmesurado del número de quiebras y la sustancial eliminación de la *par conditio creditorum*"; en este sentido, ENRICO GABRIELLI, "Autonomía privada y prolongación de las garantías reales en el Derecho europeo", cit., 437.

19 WOLFGANG BREHM, *Sachenrecht*, cit., 481.

20 ENRICO GABRIELLI, "Autonomía privada y prolongación de las garantías reales en el Derecho europeo", cit., 433 y ss.

disponer de esos bienes con reserva de propiedad, para que de esa forma pueda adquirir los recursos para pagar el crédito garantizado.

La reserva prolongada entonces es aquella que se extiende a favor del vendedor tanto a la pretensión del precio derivada de la reventa como a los productos que resulten de la transformación o la reelaboración de los bienes originalmente adquiridos con reserva de propiedad. De esta manera, de acuerdo con la construcción elaborada por la jurisprudencia alemana, mediante el pacto de reserva prorrogada el vendedor autoriza al comprador la reventa de la mercancía bajo reserva de propiedad y el comprador cede al vendedor la pretensión del precio que reciba por esa reventa, al mismo tiempo que se autoriza al comprador para el cobro de dicho precio, una construcción que por lo tanto recurre a una serie de ficciones²¹. Así mismo, en el caso de la transformación de los bienes comprados bajo reserva de propiedad, por medio de la denominada cláusula de fabricante o de "especificador" se aclara que el vendedor con reserva de propiedad debe considerarse el fabricante de la nueva cosa²². Otra cláusula que hace parte de la reserva prolongada es aquella en virtud de la cual se entiende que el objeto de la garantía se extiende a todas las mercaderías (actuales o que ingresen en el futuro) que se encuentren en un determinado establecimiento del empresario, de manera que este último puede disponer de las mercaderías necesarias para el ejercicio de su actividad, y estas serán remplazadas por otras del mismo género y valor que entonces estarán gravadas por esa misma reserva de propiedad²³.

En vista del funcionamiento de esta reserva prolongada, se habla entonces de una *extensión vertical de la garantía*²⁴, vertical por cuanto está concebida para incluir los subproductos de los bienes originalmente sometidos a la reserva de propiedad.

Por su parte, el otro tipo de reserva extendida, la denominada *reserva ampliada*, es aquella que implica que la consolidación o la transferencia de la propiedad en cabeza del comprador estén condicionadas ya no solo al pago del precio, sino también al cumplimiento de otros créditos (o de todos los créditos) a favor del vendedor²⁵. De esta manera el vendedor tiene la posibilidad de conservar la propiedad de los bienes vendidos bajo reserva de dominio, hasta tanto no se extinga un número determinado de créditos establecidos en el contrato. Los efectos de esta reserva en todo caso han sido limitados por la jurisprudencia, en el sentido que, una vez cubierta la totalidad del precio de compra de los bienes originalmente vendidos bajo reserva, esta figura queda

21 HENRY MATZ, *Regulierung von Eigentumssicherheiten an beweglichen Sachen*, cit., 58.

22 *Ibid.*

23 ENRICO GABRIELLI, "Autonomía privada y prolongación de las garantías reales en el Derecho europeo", cit., 433 y s. Es el denominado *Raumsicherungsvertrag*.

24 *Ibid.*, 435.

25 HENRY MATZ, *Regulierung von Eigentumssicherheiten an beweglichen Sachen*, cit., 58.

reducida a una mera garantía, asimilándola a una transferencia de propiedad con finalidad de garantía y siendo tratado entonces el acreedor como un mero acreedor prendario, de manera que en el proceso de insolvencia ya no podrá pedir la entrega de los bienes reservados, aunque conserva su prelación en el proceso²⁶. En el caso de la reserva ampliada se habla entonces de una *extensión horizontal de la garantía*²⁷, por cuanto se busca cubrir otros créditos del vendedor diferentes al pago del precio.

Estas dos modalidades de reserva de dominio obviamente presentan inconvenientes, en particular por la posibilidad de que se produzca una sobregarantía a favor del vendedor y en contra del comprador, por lo que la jurisprudencia alemana ha estructurado mecanismos para evitar abusos, como en el caso de la garantía prorrogada a subproductos derivados de los bienes originalmente vendidos bajo reserva de propiedad, en que se permite al comprador-deudor la posibilidad de exigir la liberación de la garantía cuando el valor de los bienes en garantía superen en 110 % los créditos a favor del vendedor²⁸.

Finalmente, respecto de la posición de la reserva de propiedad en los procesos de insolvencia, se considera al vendedor como titular de un derecho de preferencia de los bienes vendidos bajo la reserva, por lo que se afirma que la cosa no haría parte de la masa concursal²⁹. Sin embargo, el administrador de la insolvencia puede decidir si quiere continuar el contrato que garantiza la reserva de propiedad, para lo cual tiene hasta tres meses³⁰. De manera que el vendedor bajo reserva de propiedad no puede automática e inmediatamente tomar el bien que estaba en manos de su deudor dentro del proceso de insolvencia. A lo que se debe sumar lo ya indicado en el caso de reservas de propiedad extendidas, casos en los que la posición del acreedor es más débil, aunque conserve su prelación³¹.

Como se puede observar de estas breves consideraciones, este tipo de garantía que se construye alrededor del derecho de propiedad otorga una posición fuerte al acreedor-vendedor garantizado, no solamente porque al conservar formalmente la propiedad de los bienes puede en caso de incumplimiento recurrir a los remedios previstos en el régimen general de las obligaciones,

26 ULRICH DROBNIG, "Security Rights in Movables", cit., 1036.

27 ENRICO GABRIELLI, "Autonomía privada y prolongación de las garantías reales en el Derecho europeo", cit., 435.

28 HENRY MATZ, *Regulierung von Eigentumssicherheiten an beweglichen Sachen*, cit., 58. Sobre otros problemas que se pueden presentar, en particular en relación con la denominada garantía *omnibus*, esto es, la ampliación de la garantía hasta cubrir "todas las pretensiones presentes y futuras, así como sometidas a plazo o a condición, que el banco pueda ostentar, a cualquier título, frente al dador de la garantía", ver ENRICO GABRIELLI, "Autonomía privada y prolongación de las garantías reales en el Derecho europeo", cit., 436 y ss.

29 HENRY MATZ, *Regulierung von Eigentumssicherheiten an beweglichen Sachen*, cit., 70.

30 De conformidad con el art. 29, num. 1.º, inc. 1.º de la ley concursal alemana – *InsO*.

31 Ver *supra* nota 25.

sino también porque tiene una posición fuerte dentro de los procesos de insolvencia. Sin embargo, la figura presenta problemas básicamente derivados de la falta de publicidad, así como la dificultad para el deudor-comprador de obtener nuevos créditos con base en esos mismos bienes, más allá de que su "derecho en vía de adquisición" pueda ser dado también en garantía.

B) La transferencia de propiedad en garantía

Veamos ahora brevemente la otra figura que emplea la propiedad en función de garantía, la denominada transferencia de la propiedad con finalidad de garantía (*Sicherungsübereignung*). Esta figura, desarrollada de forma sustancial por la jurisprudencia alemana³², ha sido la principal garantía sin tenencia del acreedor que otorga crédito (fuera de los vendedores directos de los bienes, quienes, como ya señalamos, recurren a la figura de la reserva de propiedad)³³.

Esta figura se construye como un negocio fiduciario de transferencia de la propiedad con una vinculación del propietario con la finalidad de garantía³⁴. De manera que, desde un punto de vista formal, el acreedor sería titular de una propiedad absoluta, pero en su contenido dicha propiedad estaría condicionada en virtud del contrato de garantía. Se transfiere entonces al acreedor garantizado la propiedad de los bienes que se dan en garantía, y simultáneamente se dejan en manos del deudor garante en virtud del denominado constituto posesorio (§ 930 del BGB). Esta estructura, elaborada por la jurisprudencia, de una propiedad condicionada en virtud de la finalidad económica del negocio, tuvo como consecuencia una relativización de algunos de los principios dogmáticos del BGB, tales como el carácter no divisible de la propiedad o el *numerus clausus* predicado de los derechos reales³⁵.

32 WILLEM J. ZWALVE, "A Labyrinth of creditors", cit., 50 y ss., señala que las primeras decisiones que reconocieron este empleo de la propiedad en función de garantía datan de 1880. En efecto, en ese año el *Reichsgericht* se pronunció en dos casos en los que los contratantes buscaban crear una garantía mobiliaria recurriendo a la venta y a una operación de *lease-back*. Mientras que en una de esas decisiones en la sala 3.ª se habría considerado inválida esa operación, en la otra decisión de la 1ª sala se concluyó que ese contrato era admisible en cuanto era la intención genuina del vendedor transferir la propiedad a su acreedor con una cláusula para recuperar el derecho bajo ciertas condiciones y "diez años después el mismo *Reichsgericht* reconocería de forma explícita que la *causa* para la transferencia de la propiedad sobre muebles podía ser la creación de una garantía sobre dicha propiedad".

33 HENRY MATZ, *Regulierung von Eigentumssicherheiten an beweglichen Sachen*, cit., 76.

34 PETER DERLEDER, "Sicherungsübereignung", en AA. VV., *Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht*, 2.ª ed. (Berlín: Springer, 2009), 937.

35 HENRY MATZ, *Regulierung von Eigentumssicherheiten an beweglichen Sachen*, cit., 78. Señala FRANCISCA FIORENTINI, "Proprietary Security Rights in the Western European Countries", cit., 448, que precisamente en otros ordenamientos jurídicos estas transferencias de propiedad en función de garantía han tendido a ser prohibidas por consideraciones teóricas como la existencia de ese *numerus clausus* de los derechos reales, si bien "la principal razón de esta

En cuanto a los requisitos de constitución, al igual que la reserva de propiedad, la transferencia de propiedad en garantía no requiere ninguna formalidad, y tampoco ninguna publicidad, por lo que se han dirigido las mismas críticas mencionadas en relación con la reserva de propiedad (ver *supra* 2.1.A).

Además, es importante subrayar que en la doctrina y la jurisprudencia se ha insistido en el carácter no accesorio de la relación entre la obligación garantizada y la propiedad que sirve de garantía, por lo que después de la extinción de la obligación garantizada continúa existiendo la garantía en cabeza del acreedor y eventualmente esto permite que dichos bienes puedan ser usados para garantizar ulteriores créditos³⁶. Una vez que quien otorga la garantía transfiere su propiedad al acreedor garantizado, aquel solo tiene una *pretensión de restitución en virtud del contrato de garantía*, un derecho que también puede ser cedido en garantía a un segundo acreedor³⁷.

Es importante insistir en que, en virtud del principio de abstracción que opera en el derecho alemán, existe una clara separación entre el crédito garantizado y el contrato de garantía, al punto de que si, por ejemplo, el crédito a garantizar no surge a la vida jurídica, la propiedad en garantía en todo caso se puede transferir, y salvo que de la interpretación del negocio se pueda deducir que existía una unidad de intención de las partes al momento de celebrar ambos negocios, en principio solamente se podrá recurrir a la acción de enriquecimiento sin causa para restablecer el desequilibrio patrimonial así creado. Este carácter autónomo de esta especie de garantía se ve reflejado igualmente en el caso de la prescripción de la obligación garantizada, puesto que en este caso, de acuerdo con el régimen de la prescripción (nuevo § 216 num. 2.º del BGB), no se puede pedir la restitución del derecho transferido en garantía solamente con base en la prescripción de la obligación garantizada. Finalmente, como manifestación de ese carácter no accesorio, la propiedad en garantía tampoco se transmite en el caso de una cesión del crédito asegurado³⁸.

Ahora bien, en relación con los bienes sobre los que puede recaer la garantía, también en la transferencia de propiedad con fines de garantía se han

prohibición parece encontrarse en la idea profundamente arraigada de la protección del deudor contra la usura"; comparte entonces la misma *ratio* de la prohibición de la *lex commissoria* tradicionalmente contenida en los ordenamientos jurídicos de tradición romanista.

36 PETER DERLEDER, "Sicherungsübereignung", cit., 943.

37 Como señala PETER DERLEDER, *op. cit.*, 941 y s., existe un problema en este último caso, pues si se extingue la garantía principal, se afirma que la propiedad pasa en todo caso "un segundo jurídico" al patrimonio del deudor cedente, y luego sí al patrimonio del segundo acreedor, de tal manera que, si en ese momento el deudor se encontraba en un proceso de insolvencia, el bien quedará bloqueado dentro de dicho proceso. Por ello es que, en la práctica, el deudor que no tiene a su favor una cláusula resolutoria, y por ende solo tiene la pretensión de restitución, no tiene una garantía estable para ofrecer, y difícilmente esa garantía es aceptada por un segundo acreedor.

38 PETER DERLEDER, *op. cit.*, 943.

construido las formas extendidas ya señaladas para la reserva de propiedad, tanto en sentido vertical, es decir, incluyendo en la garantía los productos o subproductos de la transformación, elaboración, enajenación de los bienes transferidos en garantía, como en sentido horizontal, cuando los bienes transferidos en garantía sirven para garantizar créditos presentes y futuros³⁹.

Para ejecutar la garantía, el acreedor en principio no puede vender el bien antes de que la obligación garantizada sea incumplida. En todo caso, el acreedor garantizado tiene un deber de diligencia normal, y por ende debe vender los bienes en las mejores condiciones posibles y solamente puede hacer efectiva la garantía en cuanto sea necesario para satisfacer su acreencia⁴⁰.

Es importante anotar que la particular naturaleza híbrida de este tipo de propiedad (propiedad en sentido formal, pero 'económicamente' condicionada a la finalidad de garantía) influye en el caso de presentarse conflictos con otros acreedores del acreedor garantizado, en cuanto este figura como titular del derecho de dominio sobre los bienes objeto de la garantía. De manera que si los acreedores del titular del derecho de propiedad (acreedor garantizado) pretenden perseguir dichos bienes, el deudor que transfirió la propiedad para constituir la garantía puede oponerse, con fundamento, no en la pretensión de restitución que se le reconoce, sino en la naturaleza del vínculo fiduciario que existe en la propiedad en garantía. Por el contrario, si ya se reunieron los presupuestos para la ejecución de la garantía (por ejemplo, en caso de incumplimiento), entonces no habrá lugar a oposición por parte del deudor⁴¹.

Ese carácter híbrido también se refleja claramente en el escenario de insolvencia del deudor que constituye la garantía. Al acreedor garantizado, a pesar de ser el titular formal del derecho de dominio sobre los bienes objeto de la garantía, solamente se le reconoce un derecho de preferencia. De acuerdo con la jurisprudencia alemana, opera en este caso el denominado principio de *conversión*, en el sentido que, en caso de concurso del deudor, el derecho del propietario fiduciario se resuelve en una preferencia para el cobro, similar al de la prenda o la hipoteca⁴². Esto teniendo en cuenta que, como ya se señaló, desde finales del siglo XIX la jurisprudencia alemana, analizando la situación del propietario en garantía dentro del proceso de insolvencia, estableció la diferencia entre la posición material y formal del propietario y, más exactamente, distinguió entre su posición jurídica y su posición económica⁴³. Por lo tanto, la garantía será ejecutada por el administrador del proceso de insolvencia, quien

39 Ver lo afirmado *supra* 2.1. A) en materia de reserva de propiedad.

40 PETER DERLEDER, "Sicherungsübereignung", cit., 948.

41 *Ibid.*, 950.

42 ULRICH DROBNIG, "Security Rights in Movables", cit., 1036; CARLOS DE CORES, "Generalidades sobre el modelo anglosajón de garantías reales mobiliarias", cit., 130 y s.

43 HENRY MATZ, *Regulierung von Eigentumssicherheiten an beweglichen Sachen*, cit., 93.

deberá utilizar el producto para satisfacer el crédito garantizado, atendiendo al orden de prelación de los acreedores⁴⁴.

En conclusión, ha sido señalado⁴⁵ cómo la transferencia de la propiedad con fines de garantía presenta ventajas para el acreedor por cuanto permite constituir una garantía sin mayores requisitos formales, y en caso de incumplimiento del deudor, el hecho de que la propiedad ya esté radicada en cabeza de su acreedor facilita la realización de la finalidad de la garantía. Sin embargo, se reconoce que existen peligros, ya que esta figura implica la transferencia al acreedor de un derecho mayor que las que serían las necesidades de garantía, lo cual pondría al deudor en una situación delicada. En todo caso, esto no ha sido óbice en Alemania para la aceptación y desarrollo de la figura; en este país se instauró un control judicial *ex post* sobre la proporcionalidad de la garantía en relación con el crédito asegurado⁴⁶.

2.2. LA MODERNIZACIÓN DE LA DISCIPLINA DE LA PRENDA EN FRANCIA Y LA INCORPORACIÓN DE LA "FIDUCIE"

Pasemos ahora a revisar algunos aspectos sobre cómo quedó configurada la disciplina de las garantías mobiliarias en Francia después de la reforma del 2006^[47]. Nos concentraremos en elementos puntuales de la disciplina general de la prenda sin tenencia del acreedor (como actualización de la prenda como paradigma de garantía "formal") y luego haremos unas breves anotaciones sobre algunas características particulares de la fiducia tal y como se introdujo a partir del 2007, junto con las reglamentaciones y modificaciones en los años sucesivos.

A) Algunos aspectos relevantes de la nueva disciplina de la prenda sin tenencia del acreedor en la reforma del 2006

Como se indicó al inicio de la exposición, salvo algunas figuras específicas de prenda sin tenencia del acreedor que se habían ido incorporando gradualmente respecto de cierta clase de bienes, en el código civil francés hasta el 2006 como figura general solamente se consagraba la prenda con tenencia del acreedor. De allí que se haya afirmado que, hasta la reforma, el sistema de garantías previsto en el *code civil* era "un sistema poco amigable para el acreedor" y que "obsesionado [el sistema] por la protección del tráfico y de la responsabilidad patrimonial general del deudor, las garantías reales habían estado siempre en Francia rígidamente organizadas, sobre la base del denominado principio

44 ULRICH DROBNIG, "Security Rights in Movables", cit., 1036.

45 FRANCESCA FIORENTINI, "Proprietary Security Rights in the Western European Countries", cit., 447.

46 *Ibid.*, 449.

47 *Ordonnance* n.º 2006-346 del 23 de marzo de 2006.

de especialidad y de esquemas típicos que colocan al acreedor en posición débil, porque la mínima desviación de los tipos legales lo deja privado de su garantía real⁴⁸.

Con la introducción de la prenda sin tenencia del acreedor sobre bienes corporales como figura general se cambia ese sistema rígido, en la búsqueda de una disciplina en materia de garantías mucho más competitiva. Por razones de tiempo, señalaremos solo tres aspectos que se consideran fundamentales dentro de la nueva disciplina.

En primer lugar, se cambia radicalmente la naturaleza jurídica de la prenda, puesto que pasa de ser un contrato real a ser un contrato solemne, en cuanto necesita constar por escrito para ser válido⁴⁹. Ha sido advertido en la doctrina que esto permite al mismo tiempo la extensión del ámbito de la garantía y una flexibilidad respecto de los principios de especialidad, por cuanto ahora resulta posible dar en prenda muebles futuros, o un conjunto de muebles, también en garantía de deudas presentes o futuras, siempre que sean determinables (arts. 2333 y 2355 *code civil*)⁵⁰. Así mismo, se permite la prenda sobre cosas fungibles, en cuyo caso se autoriza al deudor a enajenarlas y remplazarlas por la misma cantidad de cosas equivalentes (art. 2342).

En segundo lugar, se establece un sistema de publicidad para el derecho de prenda que viene a sumarse a la entrega de la cosa como elemento de oponibilidad en el caso de prenda con tenencia del acreedor. Las prendas sin tenencia del acreedor entonces se deben inscribir en el registro nacional de prendas sin desplazamiento constituido para tal efecto y el orden de prelación está determinado por la fecha de inscripción⁵¹.

48 CARLOS DE CORES, "El impacto de la globalización (4). Una perspectiva latinoamericana de la reforma francesa de las garantías reales mobiliarias", en CARLOS DE CORES/ENRICO GABRIELLI, *El nuevo derecho de las garantías reales*, cit., 285.

49 IVES PICOD, "La reciente reforma de las garantías mobiliarias en Derecho francés", en JOSÉ MA. MIQUEL GONZÁLEZ (dir.), *Cuestiones actuales de las garantías reales mobiliarias* (Madrid: La Ley, 2013), 201.

50 PHILIPPE DUPICHOT, "La eficiencia económica del Derecho de las garantías reales", en AA.VV., *Estudios de Derecho continental en Colombia y Francia* (Bogotá: Fondation pour le droit continental y Universidad Externado de Colombia, 2012), 476; CARLOS DE CORES, "El impacto de la globalización", cit., 294.

51 CARLOS DE CORES, "El impacto de la globalización", cit., 290 y ss., quien señala cómo este nuevo tratamiento de la publicidad y el registro encuentra inspiración en el *security interest* del derecho de los Estados Unidos. En materia de prenda de créditos, al igual que en el ordenamiento colombiano, se establece que dicha garantía surge entre las partes y es oponible a terceros desde la celebración del contrato, y solo para que sea oponible al deudor, este deberá ser notificado (art. 2362). Según el sistema tradicional del código civil francés, la cesión de créditos tiene efectos entre las partes por el mero consentimiento, pero el cesionario "no se considera dueño del crédito", ni frente al deudor ni frente a los demás terceros, hasta que no se notifica la cesión al deudor cedido (p. 299).

En tercer lugar, en relación con los mecanismos de ejecución, se elimina la prohibición del pacto comisorio, buscando garantizar la posición del deudor mediante el avalúo de un perito designado de común acuerdo o por el juez, salvo que se trate de bienes que se coticen oficialmente en mercados organizados (art. 2348)⁵². Por el contrario, se mantiene la prohibición de recurrir a la denominada *voie parée* (*via parata*), es decir, la venta directa del bien por parte del acreedor garantizado (art. 2346), dado el peligro de que el acreedor acepte un precio inferior al valor de la cosa, pero suficiente para cubrir su crédito⁵³.

La nueva disciplina, en todo caso, no ha estado exenta de críticas, entre las cuales podemos resaltar, por una parte, la pérdida de eficacia del pacto comisorio en el caso de la apertura de un procedimiento concursal que impide la realización de la garantía (art. 622-7 del *code de commerce*)⁵⁴ y, por otra, la falta de coordinación de la nueva disciplina con los regímenes especiales que se conservaron, lo que no permite una coherencia ni una claridad entre la variedad de efectos que puede producir cada una de esas disciplinas⁵⁵.

B) Algunas características relevantes de la fiducia en garantía introducida a partir del 2007

El movimiento de modernización del régimen de las garantías mobiliarias en Francia, no solo llevó a una flexibilización de las garantías 'formales', sino que impulsó el trámite de una ley para la introducción de la figura de la fiducia en el ordenamiento jurídico francés, que finalmente vio la luz en el 2007^[56].

52 Sobre la prohibición tradicional en el derecho francés, ver LAURENT AYNÈS/PIERRE CROCCQ, *Les sûretes*, 7.ª ed. (París: LGDJ, 2013), 244 y ss. Y sobre las atenuaciones ya introducidas por la jurisprudencia francesa de manera de darle a la nulidad del pacto comisorio una naturaleza relativa y parcial, BERNARD BEIGNIER/MARC MIGNOT, *Droit des sûretés* (París: Monthcrestien, 2007), 331.

53 LAURENT AYNÈS/PIERRE CROCCQ, *Les sûretes*, cit., 242. Para PHILIPPE DUPICHOT, "La eficiencia económica del Derecho de las garantías reales", cit., 499, existe la posibilidad de estipular la *via parata* con posterioridad a la celebración de la garantía real, en cuanto se renuncia a una protección una vez esta es adquirida, interpretación *a contrario* de los arts. 2346 y 2458 del *code civil*.

54 "La decisión de apertura del procedimiento [...] es un obstáculo para la celebración y la ejecución de un pacto comisorio". Al respecto, LAURENT AYNÈS/PIERRE CROCCQ, *Les sûretes*, cit., 246.

55 IVES PICOD, "La reciente reforma de las garantías mobiliarias en Derecho francés", cit., 202 y ss. En sentido similar, si bien relativizando un poco los efectos negativos de la fragmentación, PHILIPPE DUPICHOT, "La eficiencia económica del Derecho de las garantías reales", cit., 479 y ss.

56 Ley 2007-211 del 19 de febrero de 2007. Sobre el proceso gradual que se dio hasta la introducción de la figura de forma general y definitiva en el ordenamiento jurídico francés, ver MICHEL GRIMALDI, "Introduction of the Trust into French Law", en *Henri Capitant Law Review*, n.º 2, 2011, en [www.henricapitantlawreview.fr/article.php?lg=en&id=309].

A este régimen general de la fiducia se vino a sumar en el 2009^[57] un régimen propio para la fiducia en garantía, que buscó responder a algunos vacíos que tenía el régimen general⁵⁸. Si bien la figura opera respecto de cualquier tipo de bienes (muebles o inmuebles, corporales o incorporales, así como de derechos), a continuación se señalan algunas particularidades respecto de su función de garantía sobre bienes muebles, que pueden resultar interesantes desde el punto de vista del jurista colombiano.

En primer lugar, en cuanto a su forma de constitución se considera un contrato solemne, puesto que, además de una información obligatoria mínima prevista⁵⁹, se debe registrar, aunque este registro no tiene la finalidad de publicidad, sino el control y la lucha contra la evasión fiscal (art. 2019). La ausencia de un registro con finalidad de publicidad conduce a que la fiducia en garantía sobre muebles sin tenencia del acreedor no sea del todo segura para este último, pues, al no existir un sistema de publicidad que determine la oponibilidad, podría tener como consecuencia que, por ejemplo, si un tercero adquiere uno de los bienes muebles que hace parte del patrimonio fiduciario, ese tercero más adelante se pueda oponer al acreedor con base en la regla "posesión vale título"⁶⁰.

Adicionalmente, dentro de esa información obligatoria prevista al momento de la constitución de la fiducia se incluye la de "la deuda garantizada y el valor estimado del bien o del derecho transferido al patrimonio fiduciario" (art. 2372-2). Esta disposición ha llevado a concluir que no se trata entonces de una garantía completamente autónoma, sino que por el contrario se conserva su carácter accesorio general, dado que está ligada a una obligación principal, aun cuando, como se mencionará a continuación, exista la posibilidad de 'recargar' la fiducia para garantizar otras deudas⁶¹.

57 *Ordonnance* 2009-112 del 30 de enero de 2009 que modificó y completó el libro IV del Código Civil relativo a las garantías, mientras que la ley del 19 de febrero de 2007 había incluido el régimen general de la fiducia en el libro III en materia de las "diferentes maneras de adquirir la propiedad".

58 Ambigüedades en aspectos fundamentales del régimen de una garantía como su carácter accesorio, su ejecución y su articulación con el derecho concursal, así MANUELLA BOURASSIN/VINCENT BRÉMOND/MARIE-NOËLLE JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, 3ª ed. (París: Dalloz, 2012), 358.

59 Art. 2018 *code civil*.

60 IVES PICOD, "La reciente reforma de las garantías mobiliarias en Derecho francés", cit., 204, quien advierte que las operaciones de fiducia terminan siendo ocultas, en cuanto la inscripción mencionada no constituye medida de oponibilidad destinada a los terceros. En este mismo sentido, LAURENT AYNÈS/PIERRE CROCQ, *Les sûretés*, cit., 381. MANUELLA BOURASSIN/VINCENT BRÉMOND/MARIE-NOËLLE JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, cit., 362, propone como posibles soluciones que se exija en tales casos la publicidad prevista para las prendas, de conformidad con el artículo 2337 del *code civil*, o bien que se modifique el funcionamiento del registro mencionado, para convertirlo en un registro con finalidades de publicidad, al menos para las fiducias en garantía sobre muebles.

61 MANUELLA BOURASSIN/VINCENT BRÉMOND/MARIE-NOËLLE JOBARD-BACHELLIER, *Droit des*

En segundo lugar, se prevé la posibilidad de una fiducia recargable (art. 2372-5)⁶² en el sentido de que los bienes que conforman el patrimonio fiduciario pueden ser afectados a la garantía de otras deudas diferentes a las mencionadas en el acto constitutivo de la fiducia, siempre que ese carácter recargable haya sido previsto expresamente en dicho acto constitutivo. Además, se admite el carácter recargable también a favor de un acreedor diferente al acreedor original⁶³.

En tercer lugar, desde el 2007 se previó la posibilidad de que quien constituya la fiducia pueda en cualquier momento designar a un tercero 'protector' para que se ocupe de asegurar la preservación de sus intereses en el ámbito de la ejecución del contrato⁶⁴. Sin embargo, al ser solamente facultativo, y al poderse pactar en contrario, se criticó fuertemente ante la eventualidad de que las instituciones financieras pudieran impedir a los deudores que recurrieran a esta figura. Se debe tener en cuenta que inicialmente se había excluido la posibilidad de que las personas naturales pudieran constituir una fiducia, restringiendo la figura a las personas jurídicas, pero dicha limitación fue eliminada en el 2008, momento a partir del cual también las personas naturales han estado legitimadas para ser fiduciantes. Por este motivo, se tuvo que introducir en el 2009⁶⁵ una disposición en virtud de la cual, cuandoquiera que el constituyente de la fiducia sea una persona natural, esta no puede renunciar a la facultad de nombrar el tercero, una disposición destinada precisamente a prevenir los posibles abusos que se podrían presentar respecto de los sujetos débiles de la relación.

En cuarto lugar, de conformidad con el artículo 2372-3, se permite que el fiduciario sea el mismo acreedor beneficiario, y por ende, en caso de incum-

sûretés, cit., 364 y ss. En cambio, respecto del denominado carácter accesorio reforzado, manifestado en la dependencia entre la deuda del constituyente respecto del acreedor beneficiario, consideran estos autores que no resulta tan claro, pues, dependiendo de cómo esté estructurada la fiducia en garantía en el caso concreto (fiducia recargable o no), los efectos de esa dependencia serán más o menos intensos.

62 "La propiedad cedida en aplicación del artículo 2372-1, puede ser afectada ulteriormente a la garantía de otras deudas diferentes a las mencionadas en el acto constitutivo, siempre que esto se haya previsto expresamente.

"El constituyente puede ofrecerla en garantía no solamente al acreedor original, sino también a un nuevo acreedor, mientras el primero no haya sido pagado. Si el constituyente es una persona natural, el patrimonio fiduciario no puede entonces ser afectado en garantía de otra nueva deuda, sino dentro el límite de su valor estimado al día de la recarga [...]".

63 Al respecto, ver LAURENT AYNÈS/ PIERRE CROCQ, *Les sûretés*, cit., 380.

64 MANUELLA BOURASSIN/VINCENT BRÉMOND/MARIE-NOËLLE JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, cit., 347, señalan que esta figura puede resultar muy útil en la hipótesis en la que el fiduciario sea el mismo beneficiario, o uno de los beneficiarios, pues en este caso existe el riesgo de un conflicto entre los intereses propios del fiduciario y los del patrimonio fiduciario.

65 *Ordonnance* 2009-112 del 30 de enero de 2009, art. 2.º: "cuando el constituyente sea una persona natural, no se puede renunciar a esta facultad".

plimiento de la deuda o deudas garantizadas, se autoriza a este último a *disponer libremente* de los bienes dados en garantía (por cuanto el fiduciario ya es propietario en sentido formal)⁶⁶. Así mismo, si el acreedor no es el fiduciario, le puede exigir a este último la entrega de los bienes para disponer libremente de ellos, salvo que se haya pactado otro procedimiento de ejecución. Sin embargo, con el fin de evitar posibles enriquecimientos injustificados, en esa misma norma se introdujo un mecanismo de control que sigue la solución introducida para el pacto comisorio en la prenda sin tenencia del acreedor: "el valor del bien o del derecho cedido se determinará por un experto designado por común acuerdo o por vía judicial, salvo que ese valor resulte de una cotización oficial en un mercado organizado de conformidad con el código monetario y financiero, o si el bien es una suma de dinero. Cualquier cláusula en contrario se reputará no escrita"⁶⁷.

Finalmente, es de anotar que de acuerdo con el código de comercio, una vez se haya abierto el procedimiento de insolvencia denominado proceso de 'salvaguardia', los bienes que el deudor haya transferido al patrimonio fiduciario, pero que haya conservado en su poder en virtud de un pacto en ese sentido, quedan bloqueados dentro del proceso. No se puede entonces ceder ni transferir los bienes o derechos a favor del fiduciario o de un tercero que este haya indicado (art. 622-31-1 del C.Co.). Esta paralización de la posibilidad de ejecución de los bienes objeto de la fiducia en garantía afecta entonces solamente los casos en los que el deudor-constituyente de la fiducia que entra en proceso de 'salvaguardia' ha conservado la tenencia de los bienes en virtud de una estipulación en el contrato de fiducia. Si, por el contrario, el fiduciario ha conservado la tenencia de los bienes transferidos en virtud de la fiducia, la apertura del procedimiento colectivo no lo afecta⁶⁸. En todo caso, en la hipótesis en la que el constituyente de la fiducia ha conservado la tenencia de los bienes, se ve claramente que, si bien hay una transferencia de la propiedad, en estas situaciones se revela claramente la finalidad de garantía de la misma, y por lo tanto se limita

66 LAURENT AYNÈS/PIERRE CROCQ, *Les sûretés*, cit., 383.

67 El otro mecanismo para evitar el posible enriquecimiento está previsto en el art. 2372-4, donde se exige al beneficiario la restitución al constituyente del excedente entre el valor del bien y el monto de la deuda no satisfecha.

68 MANUELLA BOURASSIN/VINCENT BRÉMOND/MARIE-NOËLLE JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, cit., 688. Indican los autores que, en todo caso, más allá del criterio de la tenencia o desposesión de los bienes objeto de la fiducia, parecería que el criterio determinante es la utilidad o no de los bienes para mantener la actividad de la empresa, que sin embargo es un criterio menos objetivo y que por lo tanto brinda menos seguridad. Por otra parte, de conformidad con el art. 622-7 del c. co., en el caso de que el fiduciario haya conservado la tenencia de los bienes, se reconoce al juez del procedimiento la posibilidad de que autorice al deudor el pago de acreencias anteriores a la apertura del procedimiento, para obtener la restitución de bienes y derechos transferidos a título de garantía a un patrimonio fiduciario, cuando esta restitución se justifique para la continuación de la actividad (así, 674).

la disposición de la misma, a pesar de no estar formalmente esa propiedad en cabeza del deudor que entra en proceso de insolvencia⁶⁹.

III. ALGUNOS ASPECTOS FUNDAMENTALES DE LA PROPUESTA DE NORMATIVA EN MATERIA DE GARANTÍAS MOBILIARIAS EN EL DCFR

Nos queda ahora por revisar algunos aspectos específicos de lo que hemos denominado un indicio de lo que podría ser el futuro de las garantías mobiliarias a nivel europeo representado en el denominado Proyecto de Marco Común de Referencia (DCFR)⁷⁰.

Como es bien conocido, este proyecto es un documento académico, respuesta a una propuesta realizada desde las instituciones europeas, en particular la Comisión de la Unión Europea, de un marco común de referencia con el fin de establecer los conceptos y principios comunes en el ámbito del derecho contractual, conceptos y principios que deberían servir como un documento modelo al cual se pudiera recurrir en el futuro para expedir normatividad en el ámbito del derecho contractual europeo, además de facilitar el acercamiento de los diferentes ordenamientos jurídicos de los Estados miembro, entre otras finalidades⁷¹.

Decíamos que el proyecto de marco común es un documento académico en cuanto se basó en el trabajo de grupos de profesores, por lo que en principio no es considerado un documento político, a pesar de su origen en la propuesta de la Comisión, si bien busca ofrecer la fuente de soluciones a futuras normativas adoptadas a nivel europeo; ayudarles a encontrar coherencia en la normatividad europea que expidan y buscar introducir una terminología uniforme que facilite la implementación de las normas europeas en los ordenamientos jurídicos domésticos.

En total, el DCFR consta de 10 libros que tratan desde la parte general del derecho de los contratos, contratos especiales, otras fuentes de las obligaciones (responsabilidad extracontractual, enriquecimiento sin causa), entre muchos otros temas.

El tema de las garantías mobiliarias está regulado en el libro IX y será sobre los aspectos esenciales de esta regulación que nos ocuparemos a continuación. Se trata de una regulación muy extensa, razón por la cual solo se hará referencia a algunos puntos que se consideran sobresalientes en la disciplina propuesta.

69 Al igual que lo señalado para el derecho alemán en la figura de la transferencia de propiedad en garantía, sobre la cual ver *supra* 2.1.B).

70 *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), full edition* (Sellier, 2009).

71 Por todos, REINHARD ZIMMERMANN, "Common Frame of Reference", en J. BASEDOW/K. HOPT/R. ZIMMERMANN, *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, cit., t. 1, 276 y ss.

Este libro se estructura en 7 capítulos que recorren el "ciclo vital" de la garantía⁷², partiendo de su constitución (cap. 2), reglas sobre la eficacia respecto de terceros, la cuestión de la prelación, hasta la extinción de la garantía (cap. 6) y la ejecución de la garantía (cap. 7).

El Marco común comienza por hacer *una diferencia crucial entre un derecho de garantía y la reserva de propiedad*. Ha sido señalado en la doctrina que la distinción es relevante en cuanto en la reserva de propiedad el acreedor que exige la garantía conserva la propiedad de los bienes y solamente entrega la posesión al comprador hasta tanto no pague la totalidad del precio; por el contrario, en los demás casos de garantías sin posesión, el deudor debe transferir la titularidad sobre un bien al acreedor para crear a su favor un derecho real de garantía⁷³. Es entonces una *summa divisio* de la cual parte el Proyecto de Marco común de referencia, alejándose de esta manera de un concepto unificado de garantía tal y como está previsto en el art. 9 del UCC, si bien se adopta el enfoque funcional cercano al propuesto en la opción B de la Guía de la CNUDMI sobre operaciones garantizadas⁷⁴.

En cuanto a la diferencia en la regulación para cada uno de esos supuestos, en realidad solo hay reglas separadas para la reserva de propiedad en los casos de creación y de ejecución del derecho. En todos los demás aspectos (efectos frente a terceros, prelación, extinción) no existen diferencias en la regulación⁷⁵.

En el art. IX-1:102 se define un *security right* o derecho de garantía en un bien mueble como "cualquier derecho real que recaiga sobre el bien y que confiere al acreedor garantizado la satisfacción preferente del derecho asegurado a partir del bien gravado"⁷⁶. Dos son los elementos reconocidos entonces: un derecho real limitado, derecho que legitima al acreedor asegurado a una satisfacción preferente sobre el bien que garantiza⁷⁷.

En el capítulo segundo se regula la creación de la garantía, que determina el *surgimiento la garantía respecto de las partes*, señalando que basta un acuerdo entre ellas para que surja (art. IX – 2:101 y Comentario A); una cuestión diversa es la de la oponibilidad a terceros que está determinada por las reglas del capítulo 3. Atendiendo a la diferencia fundamental entre derecho de garantía y retención de titularidad o reserva de dominio, se señala que la garantía puede surgir bien porque se otorga, o bien porque se retiene la propiedad (art. IX – 2:101).

72 En estos términos, ULRICH DROBNIG, "The rules on Proprietary Security in Book IX DCFR", en ELENA LAUROBA LACASA (dir.), *Garantías reales en escenarios de crisis: presente y prospectiva* (Madrid: Marcial Pons, 2012), 22.

73 ULRICH DROBNIG, *ult. op. cit.*, 22 y ss.

74 HENRY MATZ, *Regulierung von Eigentumssicherheiten an beweglichen Sachen*, cit., 140 y ss.

75 Ver Comentario B al art. IX – 1:102.

76 "(1) A security right in a movable asset is any limited proprietary right in the asset which entitles the secured creditor to preferential satisfaction of the secured right from the encumbered asset".

77 Ver Comentario C al art. IX – 1:102.

Se exige además como requisitos para el surgimiento de la garantía que el bien exista, que sea transferible y la existencia del derecho asegurado (art. IX – 2:102). Se advierte en todo caso que esto no implica que no se puedan constituir garantías sobre bienes futuros, solo que los efectos reales no se producen hasta tanto el bien no exista⁷⁸; lo mismo se advierte respecto a la existencia del derecho asegurado: se afirma que, en el caso de derechos futuros que sean garantizados, la garantía surgirá en el momento en el que esos derechos nazcan⁷⁹.

Es de resaltar acá que se prevén ciertas *reglas de protección especiales para el caso de un deudor consumidor* que otorga la garantía (art. 2:107). Se exige en el caso del consumidor que los bienes a gravar estén identificados individualmente (con el fin de evitar descripciones globales del tipo “todos los muebles de la casa”), y se previene que no se permite que el consumidor otorgue en garantía bienes que todavía no ha adquirido, salvo el caso lógico del crédito para la adquisición del bien que está gravando⁸⁰. Así mismo, se excluyen cierto tipo de derechos que no pueden ser gravados, como el pago de salario futuro y pensiones⁸¹.

En el capítulo tercero se regula lo relativo a la *oponibilidad frente a terceros de la garantía*, un aspecto fundamental en esta materia. Se prevén tres situaciones que generan la oponibilidad frente a terceros: el registro, la entrega de la tenencia al acreedor en caso de garantías con tenencia del acreedor, y en caso de bienes intangibles cuando el acreedor garantizado tenga el control sobre dichos bienes (art. IX – 3:102)⁸².

Sin embargo, se prevé una excepción a las reglas generales de oponibilidad en materia de los denominados *mecanismos para la financiación de adquisiciones* (art. IX – 3:107, *Registration of acquisition finance devices*), y se advierte que estos solo serán oponibles si se registran, otorgando un periodo de gracia de 35 días a partir de la entrega de los bienes para el registro; si el registro se realiza dentro de esos 35 días, la garantía será efectiva desde su creación; por el contrario, si el registro se hace con posterioridad a los 35 días señalados, solo será oponible a partir de su registro y deja de gozar de la denominada

78 Ver Comentario B al art. IX – 2:102.

79 Ver Comentario D al art. IX – 2:102.

80 Ver Comentario C al art. IX – 2:107.

81 ULRICH DROBNIG, “The rules on Proprietary Security in Book IX DCFR”, cit., 24.

82 “IX – 3:102: *Methods of achieving effectiveness*

(1) *For security rights in all types of assets, effectiveness may be achieved by registration of the security right pursuant to Section 3.*

(2) *Effectiveness can also be achieved pursuant to Section 2:*

(a) *in the case of corporeal assets, by the secured creditor holding possession of the encumbered assets; or*

(b) *in the case of certain intangible assets, by the secured creditor exercising control over the encumbered assets”.*

superprelación del art. 4:102, que se analizará más adelante⁸³. Además se advierte que, cuando se garantiza el crédito para la adquisición de un bien por parte de un consumidor, la garantía tiene efectos sin necesidad de registrarse (art. IX – 3:107, num. 4.º).

En relación con la *publicidad de las garantías mobiliarias*, se sugiere la implementación de un registro central europeo de garantías, personal y operado electrónicamente y accesible desde internet (art. IX – 3:301). En consonancia con la Guía de la UNCITRAL y con el art. 9 del UCC, no se exige registrar el acuerdo de garantía mismo, y basta una indicación de la garantía (que exige un contenido mínimo), esto es, la inscripción de una notificación⁸⁴. De esta manera, no se exige la inscripción de una información exhaustiva, sino solamente la necesaria para poner en alerta sobre la posible existencia de una garantía, de manera que la persona interesada indague ulteriormente para confirmar el estado y el alcance de la garantía. Para ello se contempla el deber de los acreedores registrados de brindar información a quien lo requiera respecto a la garantía registrada, siempre que la solicitud se presente con la aprobación del otorgante de la garantía. (art. IX – 3:319).

Se prevé adicionalmente que en caso de información errada por parte del acreedor requerido, por ejemplo por indicar que ciertos bienes no son objeto de garantía, aunque sí lo sean, la persona que hizo el requerimiento tiene un plazo de tres meses para que le sea concedida una garantía sobre dichos bienes como si no estuvieran gravados. Se contempla incluso la posibilidad de que si el acreedor requerido no da la información se entienda como si su respuesta hubiese sido en el sentido de la inexistencia de gravamen sobre los bienes que interesan a quien elevó la petición. En fin, con el fin de evitar abusos, se requiere el consentimiento por parte de quien otorga la garantía para proceder al registro (arts. IX – 3:306 y 3:309).

La principal función que se contempla para el registro es la de fijar de forma objetiva la fecha en la que la garantía es oponible a terceros y de forma indirecta fijar entonces la prelación de los diferentes acreedores asegurados⁸⁵.

El capítulo cuarto trata sobre la *prelación* que establece como regla general la fecha en la que la garantía fue oponible de acuerdo con las reglas ya mencionadas, según se trate de garantía registrada, con tenencia del acreedor o de control en caso de instrumentos financieros. De resaltar en este tema es la disposición relacionada con la denominada '*superprelación*' o prelación excepcional prevista a favor de los denominados mecanismos para la financiación de adquisiciones, en particular la reserva de propiedad o cualquier mecanismo

83 En el Comentario C al art. IX – 3:107 se explica que el periodo de gracia de 35 días no es arbitrario, sino que proviene de una práctica comercial muy difundida en virtud de la cual a los compradores se les daría un plazo de 30 días para hacer el pago.

84 HENRY MATZ, *Regulierung von Eigentumssicherheiten an beweglichen Sachen*, cit., 143.

85 ULRICH DROBNIG, "The rules on Proprietary Security in Book IX DCFR", cit., 25.

que cumpla la misma función. Se considera que estos mecanismos tienen prelación sobre cualquier garantía creada por quien ha otorgado la garantía" (art. IX – 4:102)⁸⁶. En otras palabras, una reserva de propiedad siempre tiene prelación sobre cualquier garantía ordinaria, aunque esta última haya sido creada y haya sido oponible con anterioridad.

Otro aspecto a resaltar en materia de prelación si esta se extiende a frutos y al producto de la enajenación del bien gravado, o la indemnización proveniente de seguros o de indemnizaciones relacionadas con daños, pérdidas o defectos de los bienes⁸⁷. En cuanto a la prelación normal, se señalan tres casos en los cuales esa prelación se extiende a esos derivados: "cuando sean de la misma clase que los bienes originalmente gravados; si dichos bienes derivados están cubiertos por el registro original; cuando se trata de derechos al pago derivados de defectos, daños o pérdidas de los bienes originalmente gravados, incluyendo seguros sobre dichos bienes" (art. IX – 4:104, num. 1.º).

En relación con la prelación excepcional para los denominados mecanismos para la financiación de adquisiciones, el principio general es que esa superprelación no se extiende salvo que se trate de derechos al pago derivados de defectos, daños o pérdida de los bienes gravados originalmente, incluyendo seguros y el producto de la venta del bien originalmente gravado (art. IX – 4:105).

En el capítulo quinto se encuentran las disposiciones aplicables a las garantías en el lapso entre su creación y su extinción. Y entre estas vale la pena mencionar las siguientes:

Llama la atención que en la disciplina prevista por el Proyecto de Marco Común de referencia *se considera inválido el pacto comisorio* celebrado por las partes antes del incumplimiento (art. IX – 5:101); por ende, desde el punto de vista del proyecto, no sería admisible una cláusula que permitiera al acreedor garantizado apropiarse de los bienes en garantía. De acuerdo con los comentarios que acompañan esta prohibición, la razón de ser de su inclusión es evitar los graves riesgos que una cláusula de este tipo implicaría para quien otorga la garantía, en particular porque se afirma que bien puede ocurrir que el valor de los bienes sea superior al valor del crédito garantizado, y que quien otorga la garantía pierda sus bienes por un valor inferior al que realmente tienen (olvidando los remedios frente al enriquecimiento injustificado)⁸⁸.

Importante es también la previsión en los casos de que quien otorga la garantía conserve la tenencia de los bienes, cuando estos sean material industrial como materia prima, se parte de que el garante pueda usar dichos bienes para la producción, salvo que se pacte expresamente en contrario (art. IX – 5:203).

86 Que es lo que corresponde en Colombia a la denominada garantía prioritaria de adquisición de la Ley 1676 de 2013.

87 Al respecto, ULRICH DROBNIG, "The rules on Proprietary Security in Book IX DCFR", cit., p. 26.

88 Ver Comentario E al art. IX – 5:101.

Así mismo, en los casos de los comerciantes o fabricantes, actuando en el giro ordinario de sus negocios están autorizados a disponer de sus existencias así como de sus productos fabricados (art. IX – 5:204).

En cuanto a la *terminación de la garantía*, regulada en el capítulo sexto, además de las situaciones clásicas relacionadas con la terminación por mutuo acuerdo, la destrucción o desaparición de los bienes gravados, la renuncia a la garantía, vale la pena resaltar la disposición en materia de prescripción del derecho garantizado. La solución ofrecida busca un compromiso entre las posiciones que excluyen la posibilidad de ejecutar la garantía en caso de prescripción del derecho asegurado, y las que por el contrario le desconocen cualquier efecto a dicha prescripción, como es el caso del derecho alemán que mencionamos. Buscando un compromiso, decíamos, se da la posibilidad de ejecutar la garantía aunque haya prescrito el derecho garantizado, pero dicha ejecución se debería realizar dentro de los dos años siguientes a aquel en que el deudor del derecho garantizado alegó la prescripción frente al acreedor (art. IX – 6:103).

Finalmente, veamos algunos aspectos esenciales en relación con la *ejecución de la garantía*, regulada en el capítulo séptimo. En caso de incumplimiento se ofrecen dos mecanismos de ejecución, uno extrajudicial y uno judicial. El mecanismo extrajudicial se encuentra expresamente excluido en caso de tratarse de un consumidor, salvo que después del incumplimiento este haya acordado la ejecución extrajudicial con el acreedor (art. IX – 7:103, num. 2.º), o en caso de que las partes hubieren acordado la ejecución judicial.

Así mismo se señala que, en el caso de que la garantía se hubiere constituido mediante la reserva de propiedad, las partes no pueden excluir el mecanismo de ejecución extrajudicial (art. IX – 7:103, num. 3.º). En estos casos, entonces, no se exige la venta de los bienes con reserva de propiedad, pues, ante el incumplimiento del comprador, basta declarar resuelto el contrato y obtener la restitución de los bienes vendidos.

En cualquier caso se exige al acreedor que ejecuta la garantía actuar de una forma razonable desde el punto de vista comercial y en lo posible en cooperación con el garante. (art. ix – 7:103, num. 4.º) y se prevé para el garante la posibilidad de enervar la ejecución de la garantía si, aún después del incumplimiento, procede al pago de la obligación incumplida, y siempre que no se hubiere ya procedido a la enajenación o apropiación de los bienes, o que el acreedor con reserva de dominio hubiere procedido a terminar la relación contractual (art. IX – 7:106).

Y finalmente, como ya se había mencionado, se prevé como regla general la invalidez del pacto comisorio antes del incumplimiento, esta regla encuentra una excepción si se trata de bienes fungibles que se comercializan en mercados reconocidos con precios publicados (art. IX – 7:105). En cualquier caso, después del incumplimiento se puede acordar la apropiación de los bienes por parte del acreedor garantizado.

IV. SÍNTESIS

Así terminamos estas consideraciones dispersas sobre algunos ejemplos del tratamiento de las garantías mobiliarias en el ámbito europeo; se espera que, a pesar de lo fragmentario de la exposición, se logre encontrar elementos de comparación o reflexión interesantes o útiles para la discusión que seguramente se seguirá presentando en esta materia.

Solo queda resaltar de la anterior exposición que, como ha sido puesto de presente por FIORENTINI, en Europa se puede identificar una dicotomía entre garantías 'formales', esto es, figuras que fueron creadas para cumplir dicha función, y garantías 'funcionales', o figuras que fueron adaptadas para cumplir dicha función⁸⁹. Detrás de dicha dicotomía existe una diferente postura frente al problema de las garantías: una postura 'funcional' flexible y poco formalista se desarrolló en Alemania; por el contrario, la postura 'formal', que resulta por lo general hostil frente las garantías 'funcionales', se mantuvo y se mantiene aún hoy en Francia, si bien allí se debió responder a las necesidades del mercado mediante una reforma que flexibilizara el régimen de garantías mobiliarias, reforma que según la perspectiva desde donde se mire fue insuficiente, o fue una transición hacia una modernización mucho más intensa que estará por llegar. En fin, el DCFR representa una propuesta académica a nivel europeo en la búsqueda de un equilibrio entre "las necesidades del mercado, los intereses del deudor y las exigencias de desarrollo de las empresas"⁹⁰, razón por la cual se expusieron algunos de los elementos claves de dicha propuesta, cuya influencia en el futuro de las garantías mobiliarias en el ámbito europeo está por verse.

89 FRANCESCA FIORENTINI, "Proprietary Security Rights in the Western European Countries", cit., 446, y ver *supra* II.

90 PHILIPPE DUPICHOT, "La eficiencia económica del Derecho de las garantías reales", cit., p. 249.