

Parte VI

Contractualización de las garantías reales



Resumen

Frente a la necesidad de acceso al financiamiento crediticio, las garantías mobiliarias constituyen una herramienta válida para dar respuesta a las necesidades de diversos sectores económicos, principalmente de la pequeña y mediana empresa. Debido a la regulación normativa fragmentada de las garantías en América Latina y el Caribe se plantea la posibilidad de recurrir a la implementación de un sistema más moderno, eficaz y eficiente; sin embargo, se evidencia un cruce entre el ámbito propio de los derechos reales y el ámbito contractual, signado por la libertad y la autonomía de las partes, lo cual genera que existan dilemas y opciones que deben tomarse a nivel de política legislativa. Más allá del frenesí de iniciativas normativas de regulación de las garantías mobiliarias provenientes de foros universales y regionales, la Ley Modelo de la OEA sobre garantías mobiliarias de 2002 ha sido el modelo a seguir por las legislaciones internas de la mayoría de los países de América Latina y el Caribe. El trabajo intenta reflexionar sobre la posibilidad de construcción de un sistema de garantías a nivel interamericano, con los desafíos y los inconvenientes que dicha tarea implica.

Sumario

- I. Introducción.
- II. El funcionamiento de la trilogía “crédito-riesgo-garantía” y los obstáculos al financiamiento y a la constitución de garantías adecuadas en América Latina y el Caribe.
- III. La delimitación conceptual de las garantías y la conformación dual de los modelos.
- IV. Los principios informantes de la construcción de un sistema de garantías reales mobiliarias.
- V. El frenesí de iniciativas normativas de regulación: entre la vocación universal y las realidades locales. 1. El impulso de regulación a nivel internacional. 2. La Ley Modelo de la OEA sobre garantías mobiliarias. A) La influencia de la Ley Modelo interamericana y el estado actual de implementación.
- VI. Los desafíos planteados en la construcción arquitectónica.
- VII. El vano intento de concluir.

Dilemas, elecciones y desafíos en la construcción progresiva de un sistema de garantías mobiliarias en América Latina y el Caribe: entre la vocación universal y las realidades locales

Paula María All*

“¿Pensabas que las leyes que rigen a los astros admiten ser cambiadas?

Encuentro el equilibrio en un lado lo mismo que en su opuesto.

Las doctrinas flexibles nos ayudan lo mismo que ayudan las más firmes, las ideas y acciones del presente nos despertan y mueven.

Ningún tiempo es más bueno para mí que este ahora que me viene a lo largo de millones de siglos. Se borran el pasado y el presente, pues ya los he colmado y vaciado, ahora me dispongo a cumplir mi papel en el futuro.

Tú, que me escuchas allá arriba: ¿Qué tienes que decirme?

Mírame de frente mientras siento el olor de la tarde.

(Háblame con franqueza, no te oyen y sólo estaré contigo unos momentos)”.

Walt WILTMAN
Hojas de hierba

I. Introducción

Un régimen jurídico -al igual que una ciudad- es un ejemplo de una construcción social y refleja las creencias, las decisiones y las prácticas de sus habitantes; en cierta forma, cada ordenamiento está compuesto de redes complejas de relaciones sociales, ideas, ideologías, conceptos, normas, técnicas, instituciones, personas, y tradiciones, entrecruzados por valores subyacentes. La imagen de una ciudad es una buena metáfora para la cartografía del derecho, diría Twining.¹ Hace más de 70 años, el escritor argentino J.L. Borges presentaba el universo como una biblioteca infinita, sin límites, con escaleras de caracol y miles de pasillos entrecruzados. Y en sus descripciones de “Ciudades invisibles”, I. Calvino utilizaba los laberintos, el tablero de ajedrez, los puentes y los canales como símbolos de los diferentes aspectos de las ciudades. Haciendo analogía y centrándonos en el derecho de las garantías mobiliarias, puede observarse

también –a veces de forma clara y otras de manera difusa– la construcción progresiva de un sistema más o menos uniforme, con todos los dilemas, las elecciones y los desafíos que toda tarea de arquitectura normativa implica.

Quizás el de las garantías, junto a otros temas, es uno de los arquetipos que mejor pone de relieve los signos distintivos de la mutación contemporánea del derecho, ese tránsito del formalismo decimonónico al pragmatismo del siglo XXI: así los conceptos y las ideas de centro/periferia, conflicto/negociación, homogéneo/heterogéneo, representación/participación, simple/complejo, reglamentación/regulación, entre otros, entran en la escena y repercuten en el entramado del diseño, la creación normativa y la puesta en funcionamiento. Incluso, se visualiza en este campo una reconfiguración de los lugares desde donde se produce o regula el derecho, se (re) definen los protagonistas en tanto actores que no solo ejercen presión, sino que se convierten en productores de disposiciones jurídicas; en ciertos aspectos hay una “privatización” de los regímenes jurídicos que dejan al descubierto la existencia de legisladores no estatales (*non governmental lawmakers*) con la consiguiente pérdida de potestades legislativas de los Estados y la permisión o

delegación de éstos hacia autoridades privadas para hacerse cargo de áreas de poder, la aparición de una tecnocracia o gobierno de expertos, el avance de la autonomía de la voluntad, la agenda de mercado, la retórica suave del *soft law* y las técnicas del *hard law* muestran su rostro con absoluta intensidad.²

En la moderna construcción de la regulación de las garantías mobiliarias existe un cruce entre el ámbito propio de los derechos reales y el ámbito contractual, signado por la libertad y la autonomía de las partes. Sin lugar a dudas, la generación de disposiciones normativas implica ser capaz de concebir un nuevo modelo, en el cual aparecen implicados diferentes conceptos, incluso provenientes de diferentes tradiciones jurídicas. Como sosténía el filósofo Derrida, “se podría decir que no hay nada más arquitectónico, y al mismo más arquitectónico, que la deconstrucción”.³ En este campo se evidencia una construcción que deconstruye y, al mismo tiempo, una deconstrucción que permite construir un nuevo sistema más moderno, ágil y efectivo de garantías mobiliarias.⁴

El frenesí de iniciativas normativas de regulación de las garantías mobiliarias a nivel de foros universales y regionales, esa “fiebre codificadora”

Paula María All

Construcción progresiva de un sistema de garantías mobiliarias en América Latina y el Caribe

esa imagen gráfica de que las garantías florecían como los cerezos en Japón,⁵ – a la cual aludía Fernández Arroyo, junto a la elección de ciertos tipos de herramientas y metodologías legislativas, unida a la ineludible necesidad de diálogo entre las fuentes, no hacen sino mostrar la trascendencia del tema en cuestión. Desde las disposiciones de UNCITRAL, UNIDROIT y la Conferencia de La Haya, pasando por los intentos de los bancos internacionales y regionales de desarrollo, hasta llegar al accionar de la OEA y de otros foros regionales, lo cierto es que leer las normas sobre garantías mobiliarias es como leer las reglas de juego pero, sin embargo, no es ver el juego. Una cosa es el texto puro y duro que regula las garantías, y otra lo que éste con actores, escenarios y prácticas mediante, en contexto produce y reproduce.⁶

A lo largo y a lo ancho del campo jurídico civil, comercial e internacional hay ciertos conceptos que empiezan a resquebrajarse y que permiten visualizar una intersección novedosa que intenta dar respuesta a complejos problemas de la práctica. Ahora bien, en tiempos de gobernanza y de fijación de agendas políticas y legislativas –no sólo a nivel local, sino también regional y global–, surgen interrogantes de diverso nivel como los planteados por Kennedy:

“¿cómo funcionan las cosas?, ¿cómo encajan las piezas?, ¿cómo es ejercido el poder público y el poder privado?, ¿dónde están los puntos de inflexión?, ¿quiénes son las autoridades y cómo se relacionan unas con otras?, ¿están unidos en una apretada estructura los mundos de la política, el derecho, el mercado y la influencia cultural, o están más bien sueltos y sin orden?, ¿qué tanto, finalmente, es simplemente caos, qué tanto la obra de una mano invisible?”.⁷

En algunos casos estas preguntas tienen una respuesta clara, y en otros no. Por eso quizás representa algo fascinante y desafiante introducirse en el tema de la reglación de las garantías mobiliarias e intentar comprender esa múltiple y compleja “filigrana” de relaciones que se establecen a partir de la “contractualización” de las mismas.

El análisis de las garantías mobiliarias utilizadas en el comercio transnacional se torna sumamente complejo si se advierte que éstas se mueven dentro de un espacio en el cual juegan principios e intereses diferentes: por un lado, el campo contractual en el cual la autonomía de la voluntad de las partes adquiere una importancia prevalente y, por otro, el ámbito propio de los derechos reales, caracterizado por el

principio de tipicidad, publicidad y protección de los terceros. Lo que sí es real es que hay un movimiento de fractura casi inevitable en la misma concepción de las garantías, y ello genera la percepción de tener que responder a dicho quiebre con el establecimiento de nuevas normas. Debido a que ese movimiento estructural no es sólo de forma sino que abarca cuestiones sustanciales de fondo, la respuesta pareciera ser más compleja que un mero retoque normativo.

Debemos reflexionar y, en primer lugar, observar el panorama, para luego darnos cuenta de las respuestas que los nuevos fenómenos requieren y analizar también las lógicas subyacentes.⁸ En esta línea, como señala Mills, la ley es una dimensión de la cultura, en la que se encarnan valores comunes, y de allí que la necesidad de coordinación (armonización) de las normas de derecho privado no sea meramente una cuestión de técnica jurídica, sino un problema político, cultural y económico, es decir, un problema de justicia global.⁹

La construcción de un sistema moderno, eficaz y eficiente de garantías mobiliarias implica una multiplicidad de factores. Y el diseño de una regulación también debe llevar a repensar el marco existente de manera tal de poder

reimaginar no sólo el mundo de las garantías, sino también de todos aquellos elementos que generan intersecciones con ella. El ámbito concursal es uno. El campo de la protección de las partes débiles es otro.

II. El funcionamiento de la trilogía “crédito-riesgo-garantía” y los obstáculos al financiamiento y a la constitución de garantías adecuadas en América Latina y el Caribe

En los tiempos que corren términos como extensión, intención, velocidad e impacto de los efectos crediticios “de” y “en” los mercados constituyen una realidad que ha producido una multiplicidad de transformaciones, la mayoría de ellas de una profundidad y de una complejidad inusitada. Desde la faz económica, uno de los campos donde con mayor ímpetu se han sentido y se sienten tales efectos del fenómeno global es el del acceso a los servicios financieros,¹⁰ evidenciando una aguda interdependencia entre los mercados e intercambios comerciales ligados a la internacionalización de la actividad empresarial. El capital es, como sostiene David Kennedy, “una institución legal y los flujos financieros son también flujos de derechos legales”.¹¹

Las relaciones existentes entre el crédito, el comercio y el desarrollo también son indiscutibles, más allá del análisis que se haga acerca de quién gana y quién pierde en el contexto mundial.¹² El crédito es visualizado como una herramienta –todopoderosa para algunos sectores- para superar los diferentes problemas que enfrentan los Estados y sus ciudadanos, sin distinguir aquí si se trata de países desarrollados o en vías de desarrollo.¹³ Así, un dato meramente anecdótico, pero que abre una multiplicidad de interrogantes complejos de todo tipo, y que ilustra esta afirmación, es la frase ubicada sobre la puerta de entrada de una de las más grandes agencias de evaluación financieras de inversiones de capital, el *Moody's Investors Service*, en la ciudad de Nueva York, gravada en una placa de color dorado de más de 12 metros cuadrados que reza: “El crédito comercial es una creación de la modernidad, y sólo corresponde a las naciones ilustradas y mejor gobernadas. El crédito es el aliento vital del sistema libre en el moderno comercio. Ha contribuido a la riqueza de las naciones mil veces más que todas las minas (de metales nobles) del mundo”.¹⁴ Todo ello concuerda con lo que Mc Leod había escrito ya en 1872: “los créditos han hecho mil veces por el bienestar de los hombres más que todas las minas

de oro del mundo”.¹⁵ Casualmente, por el mismo año, en “La lucha por el derecho”, von Ihering señalaba que “el crédito es para el comerciante lo que el honor es para el militar y lo que la propiedad es para el campesino; debe mantenerlo porque es la condición de su vida”.¹⁶ Más recientemente, Goode ha afirmado que las empresas viven (y a veces mueren) por el crédito;¹⁷ ello no deja de ser una realidad tangible en los países de América Latina y el Caribe donde el crédito sigue siendo el alma de los negocios (o su mismo oxígeno)¹⁸ y, en virtud de ello, las pequeñas y medianas empresas no consiguen desarrollar sus actividades de manera adecuada sin acceso a buenas fuentes de financiamiento que impliquen la obtención de líneas de préstamos por sumas considerables de dinero, a tasas razonables de interés y con plazos de devolución medianos o largos.

En el devenir diario de los movimientos comerciales, el panorama no ha variado sustancialmente. Desde aquellos estudios empíricos -llevados a cabo en forma casi generalizada en los países de América Latina y el Caribe durante la década de los noventa por el Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo y por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe-, donde se ponía de relieve la

gran paradoja de que, por una parte, el crédito bancario era la fuente principal de financiamiento externo para las pequeñas y medianas empresas de esta región pero, por la otra, era precisamente en estas zonas donde el crédito era escaso, costoso y sumamente volátil,¹⁹ la situación continúa siendo delicada. Sin embargo, en el caso de las microempresas parece haber en los últimos años un mayor acceso a líneas de crédito por parte de entidades de carácter público, que persiguen como objetivo fomentar los microemprendimientos a nivel nacional e incluso regional. De acuerdo al estudio presentado por la Corporación Financiera Internacional en 2011, más de 2.700 millones de personas de los países en desarrollo carecen de acceso a los servicios financieros formales básicos, y aproximadamente 400 millones de empresas no cuentan con el crédito necesario para expandir sus actividades. Las estimaciones del Banco Mundial, en este sentido, son que las necesidades de financiamiento no cubiertas de las MIPYMES ascienden a más de US\$ 2 billones.²⁰ Esta cuestión que puede resultar anecdótica no lo es tal, en el sentido de que a fin de evitar excesos y abusos sobre las pequeñas y medianas empresas es conveniente que los préstamos se canalicen a través de bancos e instituciones financieras y que los créditos sean garantizados.

Más allá de cuál sea la fuente del crédito, los riesgos de incumplimiento en su devolución generan la necesidad de resguardar de la mejor manera posible la seguridad de las operaciones, y si bien es cierto que el patrimonio del deudor constituye la prenda común de los acreedores,²¹ en ciertas ocasiones esta garantía colectiva –*credere*- puede resultar insuficiente para asegurar el cobro de los créditos; de esta forma, se utilizan garantías que constituyen un modo certero de proteger a una de las partes de situaciones tales como el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso de las obligaciones que haya contraído la otra parte en virtud del contrato.²² A través de las garantías el acreedor procura asegurarse el cumplimiento de la obligación contraída por el deudor no sólo cuando éste se encuentra *in bonis*, sino también ante la eventualidad de una situación de insolencia en la que pueda verse implicado evitando, de un lado, el tratamiento en igualdad de condiciones con relación a los demás acreedores²³ y, de otro, la sujeción a la ley del dividendo.²⁴ La quiebra constituye la prueba de fuego o el *acid test* por el que deben pasar las garantías reales.²⁵ Como ha señalado Carillo Pozo, “el mecanismo de las garantías supone la puesta en funcionamiento de formas de autotutela que reducen los costes derivados

de la litigiosidad y de la necesidad de informarse sobre el trasfondo jurídico de las operaciones".²⁶

El acceso al crédito, el riesgo y las garantías forman un complejo e intrincado juego de relaciones económicas y legales que pueden ser analizadas desde diferentes aristas, tomando en consideración los actores intervinientes (públicos y privados), las situaciones fácticas concretas, los tipos de operaciones, los principios subyacentes y las disposiciones de los sistemas normativos implicados.

Diversos trabajos académicos han efectuado una mirada comparativa entre lo que sucede con las empresas estadounidenses y la de países de América Latina y el Caribe,²⁷ en este último caso, el acceso al financiamiento se encuentra circunscripto a las empresas de mayor volumen, que tienen una larga trayectoria en el mercado o cuyos propietarios poseen bienes inmuebles; como consecuencia ello, las pequeñas y medianas empresas acceden a préstamos en condiciones menos beneficiosas, de menor cantidad en relación a su flujo de caja y sus ingresos, pagan tasas de interés más alto, y deben cancelar los créditos en plazos más exiguos.²⁸ Esto se agudiza de manera concluyente en el caso del financiamiento rural en

general, y del financiamiento agropecuario en particular.²⁹

Hasta el cansancio se ha dicho que si los bienes que un deudor puede ofrecer al acreedor en seguridad del crédito solicitado se encuentra restringido a los bienes inmuebles, a simple vista salta el enorme inconveniente que ello significa para la pequeña y media empresa que, en líneas generales, puede no contar con tales bienes o, en caso de tenerlos, pueden resultar insuficientes. Sin embargo, nada obsta a que ellas tengan otro tipo de bienes muebles que puedan garantizar la deuda contraída; piénsese en nuestros países en las maquinarias, las cosechas, los frutos y productos, los inventarios, los bienes inmateriales, entre otros. Ello lleva a formularse la pregunta de por qué teniendo bienes muebles no es factible acceder al crédito en América Latina y el Caribe de manera similar a como una empresa de las mismas características lo haría en otros países como Estados Unidos o Canadá, por mencionar dos Estados del continente americano.

Numerosos y de diferente tipo son los problemas que pueden mencionarse en las legislaciones internas de los países de América Latina y el Caribe. Entre ellos, cabe destacar: la limitación en

cuanto al tipo de bienes muebles que el deudor puede otorgar en seguridad de una deuda, la prohibición de que un bien pueda tener más de una prenda, las limitaciones de la capacidad para prender bienes futuros y las restricciones a las garantías sobre obligaciones futuras, las restricciones para la prenda flotante, la obligación del deudor de mantener la posesión de la cosa dada en prenda, la fijación de un interés máximo que puede cobrarse en un crédito garantizado, los problemas de carácter registral como la utilización del folio real que exige la clasificación e identificación de cada uno de los muebles prendarios y la falta de relación entre los registros prendarios del mismo país, las limitaciones de acceso público al registro, la prohibición de la autonomía de la voluntad bajo pena de imposibilidad de ejecutar la garantía, la lentitud exagerada en los procesos judiciales de ejecución de bienes ante el incumplimiento del deudor y la exigencia de intervención judicial para la ejecución de los mismos, amén de las limitaciones prácticas para la venta privada de los bienes por parte de las instituciones financieras (que en muchos casos son las únicas autorizadas para hacerlo).

Si se analizan detenidamente los proyectos de investigación llevados a cabo en ciertos países latinoamericanos

—durante la segunda mitad de la década del noventa— por el *Center for the Economic Analysis of Law* en Argentina,³⁰ Bolivia,³¹ Nicaragua,³² Perú³³ y Uruguay,³⁴ y por el Banco Mundial en 2006 con relación a Colombia,³⁵ puede extraerse de todos ellos el mismo hilo conductor: la restricción del acceso al crédito a diversos sectores de la población; sin embargo, como lo advierten los citados estudios, esta dificultad de acceso al financiamiento encuentra su base en diversos factores, entre los cuales se destacan de manera generalizada la estructura legal y la organización administrativa a la que se ven sometidos los créditos. Un informe del Banco Interamericano de Desarrollo señala que resulta necesario que se den tres condiciones para que el uso de los activos como garantía resulte útil en los “contratos de crédito”: en primer lugar, se requiere que los derechos de propiedad se encuentren bien definidos a los fines de que los prestatarios puedan establecer en forma creíble la propiedad del activo utilizado como garantía, lo cual precisa “leyes que establezcan los derechos de propiedad, así como registros que funcionen adecuadamente”; en segundo lugar, los derechos de los acreedores deben ser adecuados, en el sentido de que éstos puedan ejecutar la garantía si el prestatario dejar de pagar el préstamo

y, finalmente en tercer lugar, la liquidez de los activos es necesaria para que los acreedores puedan liquidar los activos a un bajo costo.³⁶

En líneas generales los estudios empíricos dan cuenta de que los acreedores, a fin de fortalecer sus derechos, toman en cuenta tres elementos fundamentales: la normativa, la fortaleza de las instituciones encargadas de dictar y controlar su cumplimiento a nivel de los mercados financieros, y la eficiencia del sistema de garantías.³⁷

III. La delimitación conceptual de las garantías y la conformación dual de los modelos

El análisis de la regulación de las garantías mobiliarias dentro del contexto nacional de un país nos enfrenta con una multiplicidad de problemas complejos: desde las figuras que pueden considerarse abarcadas bajo la noción de garantía mobiliaria, pasando por la calificación de la misma como derecho real o personal, su caracterización como interna o internacional,³⁸ y en este último supuesto las situaciones derivadas del conflicto móvil³⁹ y de la aplicación del derecho a cada situación que necesita ser dirimida en un determinado contexto jurisdiccional.

No constituye una tarea exenta de obstáculos calificar a las garantías. Como claramente ha señalado Kronke, éste “es un factor adicional de complicación”, lo cual se debe a que los ordenamientos jurídicos “utilizan diferentes tipos de estructuras jurídicas y comerciales –a veces debido a la presencia de incentivos fiscales o a la falta de ellos”, y tales diferencias frecuentemente constituyen “una fuente de riesgo jurídico considerable y aumentan significativamente la imprevisibilidad en caso de comercio transfronterizo, incluso entre vecinos y entre miembros de la misma ‘familia jurídica’”.⁴⁰

Sin caer en la tentación de cartografiar el mundo en sentido jurídico, y más allá de las diferentes clasificaciones de las familias jurídicas, existen dos modelos estratégicos para analizar las garantías. De un lado, el modelo de derecho civil y, de otro, el del *common law*. El primero a través del Código Civil francés de 1804 ha ejercido su influencia dominante en la formulación de los códigos civiles latinoamericanos, los cuales en materia de garantías mobiliarias ofrecían la imagen de un caleidoscopio.⁴¹ El segundo, a través del Artículo 9 del Código de Comercio Uniforme (UCC) de los Estados Unidos, el cual se ha convertido en el ejemplo

paradigmático alrededor del cual han girado las más modernas reformas en materia de garantías mobiliarias, no sólo a nivel interno sino también a nivel convencional,⁴² ya que adopta un enfoque unitario para evitar una proliferación de figuras de garantía, unida a la diversidad en las formas de constitución o creación de las mismas, publicidad, régimen de cumplimiento y sistemas de ejecución en caso de incumplimiento de las obligaciones asumidas.

El UCC fue elaborado a través de una iniciativa conjunta y del trabajo llevado a cabo por la *National Conference of Commissioners on Uniform State Law* (una organización de los asesores jurídicos de los gobiernos estatales) y el *American Law Institute*, y concebido como un medio para ajustar la legislación comercial de los Estados Unidos a las necesidades y prácticas de negocios, intentando una reglamentación más eficiente a fin de promocionar la actividad económica. La tarea, iniciada en 1940 y publicada por primera vez en 1951, requería para su aprobación, del consenso por separado de cada legislatura estatal. Justamente, debido a esta necesidad de máxima aprobación legislativa, y teniendo en cuenta los intereses afectados, tanto la iniciativa como la agenda del proceso

de concreción fueron caracterizadas por una idea de trabajo conjunto público/privado, con intervención en las opiniones de los representantes de las empresas privadas, fundamentalmente las del sector financiero. Por ende, como bien señala Cohen, no es de extrañar que el Artículo 9 encarne los valores de la libertad de los actores del mercado para fijar los términos de la práctica empresarial y para resolver conflictos, principalmente a través de mecanismos privados.⁴³ Se evidencia así una estrecha vinculación entre la sustancia misma de lo que implica una operación garantizada y la presencia de ciertos actores privados fundamentales en el proceso de la elaboración de la norma.⁴⁴

El concepto unitario del sistema norteamericano refleja la filosofía de la sustancia sobre la forma y está fundada en la finalidad o el propósito de la garantía y no en su naturaleza jurídica. De esta manera, el denominado *approach* funcional o funcionalista -contrapuesto al formalista propio de los países del *civil law*-, permitió aglutinar todas las categorías de garantías (con la sola excepción del crédito a los consumidores) y efectuar una recalificación funcional de las garantías en razón de la distinta función económica que cumplían, para regular así sólo las

garantías convencionales, de manera tal que los privilegios, las retenciones y las preferencias de origen legal quedaron excluidos y fuera de su ámbito de aplicación. Cabe precisar que éste es, precisamente, el enfoque que sigue la Guía Legislativa de UNCITRAL sobre operaciones garantizadas y la Ley Modelo de la OEA sobre garantías mobiliarias.

Más allá de la delimitación conceptual de garantía –que incluye, asimismo, las nociones de *sûreté*, *security interest* y *collateral*,⁴⁵ resulta ilustrativa la definición dada por Kreuzer, según la cual la garantía mobiliaria es “todo derecho real sobre una cosa mueble, otorgado por contrato a un acreedor en garantía del pago de una deuda”.⁴⁶ Aparece por un lado la noción del “derecho real” y, por otro, la forma de otorgamiento a través de un “contrato”.

IV. Los principios informantes de la construcción de un sistema de garantías reales mobiliarias

Detrás de la constitución de un sistema de garantías reales subyacen no solamente elementos teóricos o cuestiones de estricta naturaleza jurídica, sino objetivos de política económica

vinculados al desarrollo de mercados de financiamiento. El dilema básico que se plantea en este sector del comercio internacional es la heterogeneidad de los sistemas de crédito y de garantías nacionales, y tal diversidad no es sólo de normas o contenidos sino que se arraiga, fundamentalmente, en los principios esenciales de la rama de los derechos reales.⁴⁷

El estudio de los principios de construcción de un sistema de garantías “permite diseñar, sólo en un plano teórico, un modelo de relación entre los principios fundantes. Así, un modelo inicialmente conservador (...), comprometido con la seguridad del tráfico y la protección de los terceros, fundamenta su sistema de garantías en los principios de tipicidad, causalidad, rigidez en la prohibición del pacto comisorio, publicidad e identificación de los bienes. Un sistema más dinámico (...), tiende hacia un sistema más liberal de difusión del crédito mediante la protección del acreedor y el abaratamiento de las garantías, inspirado en el principio de autonomía de la voluntad, abstracción, elasticidad, carácter oculto de las garantías e indeterminabilidad del objeto de la garantía”.⁴⁸ Claro está que no se puede afirmar rotundamente que los principios se presentan en todos los casos en forma pura.

Críticamente se ha señalado que en los ordenamientos jurídicos de raíz latina, la congruencia no constituye una característica de sus sistemas de garantías y, por lo tanto, muchas veces los principios y los presupuestos básicos de su orden jurídico se sacrifican teniendo en consideración criterios de oportunidad económica.⁴⁹

Los sistemas de garantías reales y, por tanto, la concepción de los derechos reales en general, se estructuran en torno a dos posibilidades: por una parte, el principio de autonomía de la voluntad y, por otra, el principio de tipicidad o *numerus clausus* de derechos reales de garantía. Dicho en otros términos, la discusión pasa por el carácter abierto o limitado de los derechos reales. El principio del *numerus clausus* se impone como una barrera a la autonomía de la voluntad de las partes, no permitiendo a los particulares crear otros derechos que los establecidos en la ley, ni modificar por pactos privados las normas que los rigen, porque las normas relativas a los derechos reales son meramente supletorias de la voluntad de las partes, como en general acontece en lo atinente a los derechos personales, sino que se le imponen, en tanto y en cuanto ellas mismas no dispongan lo contrario.

El carácter abierto o limitado de los derechos reales, que se traduce en la dicotomía “principio de la autonomía de la voluntad (*numerus apertus*) versus principio de tipicidad de los derechos reales de garantía (*numerus clausus*)” tiene que ver con el concepto mismo que cada sistema jurídico tenga sobre la “propiedad”. Si bien la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos de raíz civilista se inclina por enumerar y clasificar a los derechos reales, la cuestión medular radica en ver si dicha enumeración adquiere un carácter exhaustivo o si resulta posible que las partes puedan crear derechos reales diferentes a los establecidos por la ley.

En las legislaciones nacionales sobre garantías mobiliarias en los países de América Latina y el Caribe se ha producido un cambio radical con respecto a esta concepción. Las garantías mobiliarias se constituyen por contrato y las partes tienen un amplio poder para regular muchas de las cuestiones atinentes al funcionamiento de la garantía. Aquellos países que han adoptado el enfoque funcional propio del esquema norteamericano de la Ley Modelo de la OEA son países de derecho civil y, por ende, se detecta una tendencia a admitir un *numerus apertus* de derechos reales de garantía que aparece justificada en la idea de concebir a la propiedad

como un conjunto de facultades que es posible atribuir a diferentes titulares.

Tal como hemos advertido, todo sistema legal de garantías reales a nivel nacional suelen optar entre dos principios: la autonomía de la voluntad –conciliable con la tendencia a un número abierto de derechos reales de garantía- o el principio de tipicidad –representado por el *numeris clausus*–. Sin duda, adoptar uno u otro criterio para la construcción de un sistema de garantías concreto resulta vital a la hora de brindar respuestas de DIPr, especialmente si se tiene en cuenta “la posibilidad de exportación de los derechos de garantía sobre la propiedad afectando, de forma particular, el reconocimiento o validez de las garantías creadas en el extranjero”.⁵⁰

Sumado a lo anterior, la identificación de los bienes permite asegurar con absoluta certeza cuáles son los bienes del deudor sobre los cuales se asienta la garantía. Así, el principio de identificación de los bienes puede conformar un límite decisivo frente a la constitución de garantías reales mobiliarias, e impedir el reconocimiento de aquellas que extienden su radio de acción al producto transformado o sustituyen el propio bien por otros derechos no determinados (como los créditos futuros, por ejemplo).

Si los Estados parten de la concepción de que se requiere que tanto el crédito como la cosa objeto de la garantía se encuentren determinados de manera específica y concreta, y si esto es llevado a sus últimas consecuencias, so pena de declarar inválida la garantía, no resulta sencillo diagramar un régimen eficiente. En aquellos países que han reformado sus legislaciones el criterio ha cambiado, y resulta factible constituir garantías mobiliarias no sólo sobre bienes presentes, sino también sobre los bienes futuros. Existe una mayor permisión en relación al tipo de bienes que pueden afectarse, siendo esto un elemento considerable a la hora de que una empresa pequeña o mediana, un agricultor, o cualquier otra persona que decida acceder a una línea de crédito pueda negociar mejores condiciones con su acreedor que acepte tales bienes muebles en seguridad de la deuda contraída.

Más allá de los objetivos o principios claves que se sigan, uno fundamental o central de cualquier reforma es “reconocer la validez de las garantías reales sin desplazamiento constituidas sobre todos los tipos de bienes”; ello por una doble motivo: de un lado, porque la constitución de la garantía no debería constituir un obstáculo para que el otorgante continuase con su negocio

funcionando plenamente, sin perder la posesión de los bienes gravados y, de otro, porque resulta imprescindible que los bienes objeto de la garantía se extiendan, de forma tal que puedan gravarse bienes presentes y futuros, corporales e inmateriales, bienes de equipo, existencias y lo créditos por cobrar.

Además de la identificación de los bienes, en un sistema moderno de garantía, la idea de derecho real –en virtud de su oponibilidad a terceros– se encuentra íntimamente ligada al principio de publicidad. Como contrapartida al principio de propiedad aparente basado en la posesión de los bienes muebles, la publicidad se presenta como una herramienta de seguridad por parte de los acreedores frente a los terceros, ya que justamente intenta evitar que estos últimos puedan prevalecerse de la apariencia.

No se encuentran justificativos válidos para seguir sustentando la validez del principio de propiedad aparente basada en la posesión, ya que la práctica indica que ningún operador económico supone que el activo en posesión de un comerciante constituye parte de su propiedad y así, en los sistemas de garantías más modernos, se parte de una desmitificación del principio de

propiedad aparente y, en consecuencia, de una simplificación funcional de las condiciones de publicidad. Sin embargo, es menester advertir que a nivel del derecho internacional privado (DIPr) la publicidad registral sigue presentando algunos inconvenientes, ya que las formalidades exigidas legalmente plantean en ciertas ocasiones problemas de calificación (por ejemplo, la exigencia de un escrito puede constituir una exigencia de validez del contrato o del propio derecho real), o donde la inscripción en un determinado registro puede constituir una exigencia de carácter constitutivo de la garantía y no como condición de oponibilidad de la misma frente a terceros. Por ende, en cada supuesto en particular habrá que ver de qué manera se lo califica, si como una exigencia de forma del contrato, de constitución del derecho real o de publicidad. A esto hay que agregarle que cada uno de esos aspectos puede regirse por un derecho diferente, con lo cual la calificación de la exigencia formal resulta de particular importancia en el campo del DIPr.

Más allá de la necesidad de resolver los problemas atinentes a la constitución de las garantías mobiliarias –en sentido formal y sustancial–, y de brindar adecuadas respuestas a los problemas del registro de las mismas, la cuestión de cómo

encarar la publicidad de las garantías y las consecuencias que dicho acto tiene no sólo para las partes sino con relación a terceros resulta fundamental en la estructuración del sistema de garantías.

Dicho en otros términos, establecido el eje vertebrador del sistema a partir de los objetivos deseados y los principios fundamentales, la construcción de las paredes del edificio normativo y los diferentes niveles del mismo implica un análisis y un posicionamiento sobre determinadas cuestiones claves: a) constitución, b)publicidad, c) derechos y obligaciones de las partes, d) registro, e) establecimiento de reglas de prelación, f) instauración de procedimientos de ejecución agiles y efectivos (pero que no comporten un ejercicio abusivo de la posición del acreedor e impliquen una situación de falta de acceso al derecho a la justicia en sentido amplio por parte del deudor) y, en el caso de garantías internacionales, f) fijación de normas de jurisdicción y de derecho aplicable.

La vocación universal de las garantías y las realidades locales

Si bien es cierto - como lo advertía Kronke hace casi diez años- que la terminología de “operaciones

garantizadas” o “garantías mobiliarias” era un concepto –si no desconocido, al menos poco frecuente- entre los comparativistas, en la última década y media se ha convertido en el “único tema” respecto del cual las tres agencias codificadoras universales de derecho privado (UNCITRAL, UNIDROIT y la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado), las organizaciones regionales (entre ellas la OEA) y los bancos de desarrollo han invertido –y siguen invirtiendo- copiosos recursos para generar una normativa e implementar su funcionamiento.⁵¹

Cabe preguntarse cuál ha sido –y sigue siendo en muchos casos- el problema central de las garantías mobiliarias. Quizás la respuesta más tajante parte del hecho de la constatación de que en la realidad se verifica una pluralidad de intereses encontrados y un *patchwork* de regulaciones jurídicas diversas,⁵² lo cual lleva aparejada la necesidad de analizar si resulta posible plantear la unificación de normas⁵³ (o armonización en su caso)⁵⁴ a través de distintas respuestas técnico-jurídicas⁵⁵ y si, precisamente, a fin de poder brindarlas resulta preciso lograr una interacción de distintos objetivos de política legislativa y métodos de reglamentación.⁵⁶ Dentro de este ensamble de garantías

mobiliarias conviven convenciones internacionales que unifican aspectos sustanciales, convenios internacionales sobre conflictos de leyes, guías legislativas, leyes modelo e instrumentos regionales y normativas de carácter nacional.⁵⁷

Pero como si esto fuera poco, se suma a esta situación que en muchos casos el derecho que regula las garantías reales sobre bienes muebles se basa en una multiplicidad de normas que presentan lagunas, desajustes, incompatibilidades e incoherencias, lo cual crea una incertidumbre legal muy grande en los operadores lo cual, lógicamente, influye en el mercado crediticio. De esta forma se pone en evidencia que, desde un punto de vista social y económico, las necesidades de financiación y la característica transnacional del crédito y la regulación de las garantías que resultan necesarias para acceder al mismo constituyen una realidad que no se puede soslayar; por otra parte, es imprescindible tomar en consideración y analizar la situación en la que pueden encontrarse los sujetos económicos necesitados de tutela y protección y la repercusión que determinadas fórmulas de garantía pueden generar en ciertos sectores de la economía de un país.⁵⁸

V. El frenesí de iniciativas normativas de regulación: entre la vocación universal y las realidades locales

1. El impulso de regulación a nivel internacional

Más allá del análisis particular de cada instrumento, lo cierto es que todos los intentos de regulación apuntan hacia el mismo objetivo clave: lograr una modernización del derecho de garantías mobiliarias a fin de producir una racionalización de las mismas.⁵⁹ Ahora bien, si por un lado existe una convergencia sobre los objetivos perseguidos para tornar el régimen más efectivo, claro y seguro y así responder a las necesidades empresariales actuales, no puede perderse de vista que, por otro lado, existe una cierta tensión en la elección del camino a seguir en términos de armonización o unificación para lograr los resultados planeados. Esto explica la diferente metodología legislativa y las técnicas de reglamentación que han implementado los foros codificadores a la hora de decidirse por la regulación de las garantías mobiliarias.⁶⁰

Si se observa jurídicamente el mundo de las garantías mobiliarias a través del caleidoscopio del derecho producido a nivel de foros universales

y regionales, sumado a las iniciativas de otros actores como los bancos de desarrollo, puede advertirse que detrás de cada actor participante en el complejo tablero de la regulación de las garantías, subyacen intereses definidos. Cada objetivo, cada norma y cada procedimiento están pensados en base a una concepción y teniendo en cuenta particulares destinatarios: desde la Ley Modelo de la OEA de 2002 que mira hacia la pequeña y mediana empresa de América Latina y el Caribe, hasta el Convenio de UNIDROIT de Ciudad del Cabo de 2001 relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil y sus protocolos que apuntan hacia la gran empresa, pasando por el instrumento de la Conferencia de La Haya sobre la ley aplicable a ciertos derechos sobre valores tenidos en un intermediario de 2002, dirigido básicamente a la actuación de Centrales Depositarias de Valores y las Centrales Internacionales de Depósitos de Valores (empresas de *clearing*, bancos centrales, bancos y compañías comercializadoras de valores). La importancia de este último Convenio de La Haya puede verse reflejada, como afirman Bernasconi y Sigman “en la actitud adoptada por los grandes grupos que actúan en el mercado de valores al requerir sin dilación alguna la ratificación inmediata

y universal del mismo.⁶¹ Tales reacciones demuestran el reconocimiento de la importancia macroeconómica del Convenio y el rol fundamental que éste cumplirá como contribuyente a un aumento de la seguridad tanto en el funcionamiento prudente de los sistemas financieros nacionales como en las transacciones privadas individuales”;⁶² (...) “es el resultado de un esfuerzo, mediante un proceso inclusivo, representativo y fuertemente focalizado, para proveer certeza jurídica y previsibilidad en cuestiones que son de gran importancia práctica (...). Establece una solución clara, directa, pragmática y de fácil aplicación para un problema complejo”.⁶³

La misma Guía Legislativa de UNICITRAL, aun cuando “muestre” todas las posibilidades existentes, también efectúa determinadas recomendaciones en base a un modelo a seguir. De esta forma, la manera en la que se legitiman, homologan y validan los “modelos” en base a los cuales se construye un sistema excede el mero análisis normativo, y allí justamente reside no sólo el desafío sino el intenso y apasionante juego de intereses involucrados.

Ahora bien, más allá del foro que se trate y de la normativa que se utilice, lo

cierto es que hay un dato que aparece en todos los casos y es la tendencia u orientación “hacia modelos de validez universal”.⁶⁴ Macdonald, en su trabajo “*Three Metaphors of normal migration in international context*” reflexiona críticamente sobre la creación y la migración de normas jurídicas –tanto a nivel interno como internacional– y utiliza tres metáforas para describir lo que ha sucedido en materia de garantías. “Armonización”, “transplante”⁶⁵ y “propagación viral” constituyen en su análisis las figuras emblemáticas en torno a las cuales explica el proceso, aclarando que cada metáfora lleva consigo un equipaje simbólico y que detrás de cada una subyace un determinado modelo.

Las tres incorporan una lógica retórica que responde no sólo a lo conceptual, sino también a los actores involucrados en la tarea de elaborar o transponer disposiciones o regímenes legales: Estados en forma individual o colectiva, foros de codificación –universal o regional–, organismos internacionales, agencias y organizaciones privadas. En esta línea, el autor citado señala que el proceso de reforma en Québec (jurisdicción de tradición civilista) fue impulsado por la lógica retórica de la armonización, mientras que en Ucrania (país también perteneciente al

civil law), el cambio se debió a la lógica retórica del transplante y el trabajo de UNCITRAL efectivizado en la Guía Legislativa sobre las operaciones garantizadas responde a la lógica retórica de la propagación viral;⁶⁶ plantea que, generalmente, y más allá de ciertas matizaciones que pueden darse, es posible asociar a las organizaciones internacionales con la metáfora de los transplantes legales⁶⁷, mientras que la lógica retórica de la armonización sería propia de las comunidades epistémicas transnacionales y, finalmente, que la noción de una evolución del *soft law* hacia un *global hard law* evoca la imagen de la propagación viral.⁶⁸

Ahora bien, la utilización de las metáforas para explicar los diferentes procesos de generación de normas legales no debe llevar a generar polémicas –argumenta Macdonald– sino que, por el contrario, deben ser entendidas analíticamente para poder reflexionar sobre la migración de las normas jurídicas. Cada metáfora “captura” una forma diferente. Así, la lógica retórica de la armonización resuena de manera positiva ya que, obviamente, la armonía es preferible a la falta de ella. La idea del transplante se presenta más bien de una forma neutral-positiva: el transplante de un órgano puede salvar una vida pero, de manera menos positiva,

la figura del trasplante puede ser valorada de forma diferente cuando se trata de introducir una especie foránea que destruye un hábitat indígena. Por su parte, opina que la idea de la propagación viral evoca una consecuencia negativa, generando la visión de una pandemia con todo lo que ello puede llevar aparejado.⁶⁹

2. La Ley Modelo de la OEA sobre garantías mobiliarias

La Sexta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-VI) en el marco de la OEA ha marcado sin ningún tipo de duda y por diferentes motivos un quiebre, un punto de inflexión en el desarrollo del proceso codificador americano. Como lo ha señalado en repetidas ocasiones Fernández Arroyo, varios fenómenos contribuyeron a dar lugar a ese cambio de paradigma: “a) el ‘ablandamiento’, reflejado en el paso de una técnica legislativa ‘rígida’, unificadora, basada estrictamente en convenciones internacionales a técnicas de *soft law* (ley modelo, documento uniforme); b) ‘privatización’ que implicó, por un lado, la especial atención prestada a los intereses del sector privado y, por otro, una suerte de ‘tercerización’ del trabajo de codificación, el cual no se

realizó totalmente por los representantes de los Estados miembros y por los órganos de la OEA, sino que se confió (en su definición esencial y en su impulso) a una institución privada;⁷⁰ y c) la ‘comercialización’ de la agenda, que llevó a trabajar exclusivamente en materias mercantiles”⁷¹

La CIDIP VI adoptó el 8 de febrero de 2002 la Ley Modelo interamericana sobre garantías mobiliarias, instrumento jurídico que supuso sentar las bases para establecer un sistema de financiamiento garantizado –tanto de alcance nacional como internacional- sobre las bases de la previsibilidad, la equidad y la eficiencia, siendo el principal objetivo económico que los actores de cualquier Estado miembro pudieran lograr un mayor acceso a capital de crédito en mejores condiciones que las actuales.⁷² Desde los comienzos del trabajo hubo consenso en los objetivos que debería priorizar la Ley Modelo;⁷³ así: a) facilitar el acceso al crédito mediante la ampliación al máximo posible del espectro de bienes que pudiesen constituir una garantía; b) simplificar los procedimientos de constitución de la garantía mobiliaria procurando el abaratamiento de costos; c) establecer criterios claros en lo que respecta a publicidad de los diferentes tipos de garantías mobiliarias como instrumento

funcional para determinar el grado de prelación entre acreedores; d) estandarizar los aspectos documentales y registrales concernientes a la garantía; e) asegurar la eficacia de la garantía mediante el establecimiento de criterios previsibles y detallados sobre el orden de prelación de las garantías; y f) procurar celeridad en los procesos de ejecución de la garantía misma, evitando pérdidas innecesarias y brindando garantías razonables al deudor garante.

El texto definitivo⁷⁴ difiere del Proyecto de Ley Modelo presentado por Estados Unidos y Canadá, resultando técnicamente superior a este último.⁷⁵ Si bien el Proyecto no ha sido reproducido en su totalidad, la normativa aprobada sigue dejando traslucir una posición favorable al acreedor. Las normas no reflejan la necesidad de que un sistema de garantías debe también beneficiar a la parte más débil de la relación jurídica que, en este caso particular, es el deudor que necesita en forma acuciante lograr financiación para solventar sus operaciones.⁷⁶

La Ley Modelo interamericana⁷⁷ pretende modernizar el régimen de garantías para la concesión de créditos a productores, intermediarios y distribuidores de productos comerciales e industriales creando una garantía mobiliaria

convencional,⁷⁸ y estableciendo –al mismo tiempo– una regulación sencilla, de manera que puedan otorgarse en garantía bienes muebles de carácter corporal o incorporal y que la garantía pueda extenderse a otros bienes que deriven del propio bien originalmente dado en garantía.⁷⁹ De este modo se propicia que el derecho real de prenda se transforme en un derecho personal. La normativa tiene un ámbito de aplicación amplio ya que se refiere a todas las obligaciones presentes o futuras, determinadas o determinables, garantizadas con garantía mobiliaria. Ahora bien, el segundo párrafo del art. 1 dispone que los países que adopten la Ley Modelo podrán declarar que la misma no se aplica a ciertas garantías que expresamente se indiquen; finalmente merece destacarse la obligación que deben asumir los Estados contratantes en orden a adoptar un registro único y uniforme, ya que sólo un examen con tales características puede brindar el soporte necesario para que el sistema de garantías planteado pueda funcionar correctamente.

La Ley Modelo incluye tres tipos de mecanismos de garantía: por un lado incluye garantías consensuales sobre bienes muebles presentes o futuros, tangibles o intangibles.⁸⁰ Por otro lado, excluye gravámenes legales y gravámenes sobre

algunos bienes especiales y, finalmente, abarca garantías mobiliarias sobre algunos bienes especiales que requieren un proceso especial para su publicidad; en este sentido, el art. 32 señala que “una garantía mobiliaria puede incluir derechos de propiedad intelectual, tales como patentes, marcas, nombres comerciales, regalías y otros bienes muebles atribuibles a los mismos, se sujetará a las normas de esta Ley”. Existen ciertos tipos de bienes que deben ser regulados por leyes especiales; así, las acciones bursátiles requieren una norma separada, a pesar de ser títulos mobiliarios para operaciones de inversión.

Hay ciertas garantías que si bien se entienden incluidas o abarcadas dentro del ámbito de aplicación de la Ley Modelo, necesitan de un proceso extra o simultáneo de acuerdo al derecho interno o internacional. De acuerdo a lo señalado por el art. 37, “cuando otra ley o convención internacional aplicable requiere que el título de bienes muebles sea inscripto en un registro especial y contenga normas relativas a las garantías creadas sobre dicha propiedad, dichas disposiciones tendrán precedencia con respecto a esta Ley, en lo referente a cualquier incongruencia entre ambas”. La característica de este tipo especial de garantías es que deben inscribirse en un registro antes

de que la garantía mobiliaria resulte perfeccionada; ejemplos de este tipo son aquellas garantías que se encuentran bajo la órbita del Convenio de UNIDROIT relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil o aquellos bienes muebles que se convierten en bienes inmuebles por accesión, incorporación o destino.⁸¹

La meta de la Ley Modelo es lograr la uniformidad de la garantía mobiliaria, es decir, que todas las transacciones garantizadas con bienes muebles puedan ser incorporadas en un solo mecanismo de garantía. De esta forma, la normativa brinda tres alternativas en pos del cumplimiento de este objetivo: a) “la primera alternativa sustituye a las garantías y mecanismos similares regulados por leyes existentes, creando una garantía única cuya constitución, publicidad, prelación, cesión, negociación, modificación y extinción se regulan por la Ley Modelo; b) la segunda alternativa proporciona prelación a las garantías creadas y perfeccionadas por medio de la Ley Modelo sobre cualquier otra garantía que utilice un mecanismo o ley distinta sin importar la fecha de creación o publicidad de esta última; c) la tercera alternativa requiere que el Estado cree un sistema de registro único y uniforme que requerirá el registro e incorporación

de los mecanismos de garantía y leyes de garantía existentes. Este registro establecerá un enlace registral para la materia de prelación”.⁸²

Sin embargo, una reforma de fondo sobre garantías mobiliarias debía incluir de manera inescindible el establecimiento de un sistema de registro de garantías reales que resultara eficiente y accesible al público. De este modo, la Ley Modelo fue complementada el 9 de octubre de 2009 por el Reglamento Modelo para el Registro (Reglamento Modelo), aprobado por la CIDIP VII cuyo propósito fundamental es el de mantener un grado razonable de uniformidad que garantice la equidad de la vía ejecutoria y la compatibilidad con los registros de otros países de las Américas. La idea base del Reglamento Modelo es, justamente, “fomentar la certeza y la transparencia con respecto a las garantías reales constituidas sobre bienes muebles, que son los factores cualitativos clave a la hora de determinar si es posible servirse de estos activos como garantía en préstamos bancarios”.⁸³

A) La influencia de La Ley Modelo interamericana y el estado actual de implementación

Lo que debe llamar a reflexión es que la Ley Modelo perseguía como objetivo fundamental y prioritario llevar

a cabo una profunda reforma en los sistemas latinoamericanos. Ahora bien, más allá de las bondades del art. 9 del UCC y de la *Personal Property Security Act* canadiense (PPSA),⁸⁴ lo cierto es que debido a la premura -por un lado- y a la falta de proyectos alternativos por parte de otros países, la Ley Modelo se aprobó convirtiéndose de ese modo en un estandarte de exportación del modelo norteamericano al resto de los países de América Latina y el Caribe. Está claro que el instrumento interamericano se refiere a la generalidad de las garantías adoptando un enfoque funcional derivado del art. 9 del UCC y, por ende, lo que busca es “sustituir las normas nacionales sobre la materia, las cuales se juzgan incompatibles con unas condiciones mínimas aceptables para la circulación del crédito”.⁸⁵

Es posible analizar incidencia de la Ley Modelo de la OEA en dos momentos: con anterioridad a su adopción por parte de la CIDIP VI y con posterioridad a la misma. Con anterioridad, debe resaltarse que “el codificador (privado) norteamericano solicitó a una importantísima oficina de la Administración (pública) mexicana que impulsara una reforma legal en materia de garantía como un modo de exteriorizar su apoyo al trabajo de aquél y a la importancia del mismo, y -lo que es más llamativo- tuvo

Paula María All

Construcción progresiva de un sistema de garantías mobiliarias en América Latina y el Caribe

éxito”,⁸⁶ ya que México realizó una reforma de su Ley general de títulos y operaciones de crédito, de su Código de Comercio y de la Ley de instituciones de crédito. Si se evalúa la incidencia de la Ley Modelo con posterioridad a 2002, visto desde esta perspectiva, y teniendo en cuenta los régimenes políticos y económicos de ciertos países latinoamericanos, tampoco resulta casual el orden cronológico/temporal en que han ido siendo promulgadas las leyes de garantías mobiliarias. Otro dato que tampoco escapa es la actuación del NLCIFT asesorando a diversos gobiernos latinoamericanos no sólo al momento de llevar a cabo estudios de campo diagnósticos sobre la situación crediticia y de acceso al financiamiento de las empresas sino, directamente, a la hora de intercambiar opiniones con los sectores privados y redactar los proyectos de leyes sobre garantías mobiliarias.

En el ámbito latinoamericano las influencias ejercidas por la Ley Modelo se han hecho sentir con intensidad, sobre todo en los últimos años.⁸⁷ Sin perjuicio del análisis de tipo normativo que puede efectuarse, no debe soslayarse la cuestión política y económica que subyace también en la definición de determinadas opciones legislativas tomadas por los países. Precisamente en este sentido, cabe mencionar la

iniciativa llamada “Camino hacia la Prosperidad en las Américas” que inicia su andadura en septiembre de 2008 cuando el presidente Bush de Estados Unidos se reunió con los líderes y representantes de once países de América con los cuales Estados Unidos había negociado tratados de libre comercio, con la finalidad de esbozar una política de cooperación vinculada a los acuerdos comerciales suscriptos; si bien la iniciativa comenzó con los países del NAFTA (México y Canadá), y del CAFTA-DR (Centroamérica y República Dominicana) siguió con Chile, Panamá, Perú y Colombia. Se parte de la idea de reconocer, por un lado, la importancia del comercio y la inversión extranjera en el desarrollo de los países de la región y, por otro, de la necesidad de ampliar la base social a fin de lograr un comercio más inclusivo para los sectores menos favorecidos y más vulnerables.

En esta línea, en la I reunión Ministerial llevada a cabo en Panamá en 2008 se hizo hincapié en la idea de cooperación para superar las brechas sociales existentes y, uno de los puntos esbozados era, justamente, brindar apoyatura a los instrumentos institucionales que facilitaran la administración del comercio para asegurar el incremento en la competitividad necesaria para atraer

la inversión extranjera. Los cuatro pilares establecidos en la Reunión de Panamá de 2008 fueron: 1) fomentar la cooperación en las áreas temáticas para incrementar oportunidades, 2) fortalecer la arquitectura comercial, 3) ampliar la cooperación para el desarrollo y la competitividad, y 4) promover una mayor cooperación en materia laboral y ambiental.⁸⁸ Esta lógica se reforzó en la II Reunión celebrada en El Salvador en 2009, ya bajo la presidencia de Obama, produciéndose una reorientación de metas cuyo objetivo principal era “fomentar el crecimiento, la prosperidad y la justicia social de manera incluyente”.⁸⁹ En marzo de 2010, Hillary Clinton –en su carácter de Secretaria de Estado de Estados Unidos- se refirió a la promulgación de leyes de garantías mobiliarias y a la creación de registros de fácil acceso y que resultaran confiables y económicos y puso como ejemplo a seguir por los países latinoamericanos el sistema de registro implementado por Honduras. Así, se deja sentado que “la iniciativa pretende cerrar esta brecha empoderando pequeños agricultores, pequeñas empresas, artesanos, trabajadores, mujeres, comunidades indígenas, descendientes de africanos, jóvenes y grupos vulnerables para que puedan participar en la economía mundial.”⁹⁰

Lo señalado ha tenido sin duda su proyección en el tratamiento de varios proyectos de leyes centroamericanas y caribeñas en materia de garantías mobiliarias.

No han resultado ajenos a este proceso la influencia de ciertas entidades bancarias y financieras. Sólo a título meramente ejemplificativo, puede mencionarse que durante la sesión 35 de UNCITRAL, llevada a cabo en Nueva York del 17 al 28 de junio de 2002, funcionarios de la Asociación Financiera Internacional sostuvieron que estaban preparados y dispuestos a “abrir la válvula de escape crediticia a Costa Rica a tasas de interés razonable, siempre que el país y las repúblicas hermanas de Centroamérica mejoraran y armonizaran conjuntamente sus préstamos garantizados y la ley de registro en consonancia con la Ley Modelo de la OEA”.⁹¹

Diversos eventos y reuniones de trabajo se han llevado a cabo a fin de discutir el régimen de garantías mobiliarias para el país y, en este sentido, algunas de ellas han sido patrocinadas por la Asociación Financiera Internacional –miembro del Grupo del Banco Mundial-, el Instituto de las Américas (organización no gubernamental establecida en la Universidad de California

Paula María All

Construcción progresiva de un sistema de garantías mobiliarias en América Latina y el Caribe

en San Diego), el Departamento de Asuntos Exteriores y Comercio Internacional de Canadá, el Departamento del Tesoro de los Estados Unidos, JP Morgan y el Banco Interamericano de Desarrollo.⁹²

En América Latina y el Caribe, de 2006 a 2014 se han sancionado varias leyes de garantías mobiliarias (Perú,⁹³ Guatemala,⁹⁴ Honduras,⁹⁵ El Salvador,⁹⁶ Jamaica,⁹⁷ Panamá,⁹⁸ Colombia,⁹⁹ Costa Rica¹⁰⁰ y Nicaragua),¹⁰¹ las cuales siguen –en mayor o menor medida– los lineamientos de la Ley Modelo de la OEA. Al mismo tiempo se han iniciado rondas de investigación y de análisis concreto en países como Chile, Paraguay y Argentina. Cabe señalar que más allá de que las leyes sobre garantías mobiliarias de las Américas están basadas en lo prescripto por la Ley Modelo de la OEA, la legislación salvadoreña es la única que hace mención a ella de manera explícita y que deja sentada su opinión con respecto a que dicha ley interamericana propiciaría una base idónea de armonización regional.¹⁰²

Indudablemente se evidencia un progreso en la adopción de la Ley Modelo interamericana de garantías mobiliarias de la OEA en América Latina y el Caribe; sin embargo, y esto no es un dato para dejar de tener en cuenta, en

muchos casos ha habido retrocesos y demoras en la adopción de las leyes o, directamente, adopción de leyes que en determinados aspectos dan la espalda a las previsiones de la Ley Modelo,¹⁰³ como por ejemplo la ley chilena 20.910 de prendas sin desplazamiento y su Reglamento de 5 de junio de 2007 que adolece de varios problemas conceptuales y operativos ya que vuelve a reproducir la típica calificación de prenda y condiciona la validez y efectividad de la misma a la preexistencia de un contrato de préstamo, del cual es accesorio.

Cabe resaltar que las legislaciones sobre garantías mobiliarias más modernas en América Latina y el Caribe como las de El Salvador y Colombia cuentan con normas tutivas a los consumidores y se deja a salvo la aplicación de la legislación especial. Esto es un punto decisivo de avance ya que la Ley Modelo de la OEA no posee ninguna disposición al respecto en relación con aquellas partes que puedan considerarse más débiles en una relación crediticia. Claro está que esto se encuentra unido a la noción de “consumidor” que cada sistema tenga y que bajo tal figura se englobe a la persona física o también a la persona jurídica, entre las cuales la micro, la pequeña y la mediana empresa adquieran un *status particular*.

No es un dato menor y cabe aclarar que el texto de la Ley Modelo interamericana es anterior en el tiempo al de la Guía Legislativa sobre operaciones garantizadas de UNCITRAL, y que esa diferencia cronológica también se evidencia en el impacto y en la recepción de las normas por parte de aquellos países latinoamericanos que adoptaron sus legislaciones internas antes de que UNCITRAL finalizara su trabajo y la Guía Legislativa viera la luz. Por ese motivo, en el caso de la ley colombiana, por ejemplo, puede verse claramente la influencia de la Guía Legislativa de UNCITRAL en su normativa.

VI. Los desafíos planteados en la construcción arquitectónica

A los efectos de diseñar un régimen moderno, eficaz y eficiente de garantías mobiliarias que resulte equilibrado para las partes intervenientes y que no cause tratamientos excesivos por parte de las entidades de crédito, resulta necesario que los Estados cuenten con leyes específicas sobre el tema y que las mismas establezcan reglas claras en relación a los aspectos que involucra no sólo la constitución, sino también el registro y la ejecución de la garantía en caso de incumplimiento. Ahora bien, unido a ello, deben diseñarse

estrategias que provean una adecuada información a los eventuales prestatarios a fin de que se familiaricen con el proceso y no resulte factible violar sus derechos. Ambas cosas coadyuvarían a minimizar o, en el mejor de los casos, cerrar la brecha entre el financiamiento formal y el informal propio de los créditos sin garantías como práctica frecuente en los países de América Latina y el Caribe. En este sentido, debe producirse una revalorización en el papel clave que asumen las garantías, tanto en el proceso de acceso al crédito, como en la formulación de políticas públicas que atiendan ese fin. No consideramos que la sola presencia de garantías asegure que estemos transitando –en términos macroeconómicos– por el camino óptimo hacia el financiamiento; pero de lo que sí estamos convencidos es que un sistema ágil y efectivo de garantías constituye un instrumento adecuado para corregir la problemática de la aversión al riesgo derivado de operaciones de pequeñas y medianas empresas.

Si se observa el tablero de ajedrez de la configuración arquitectónica de las garantías, se puede sostener que el panorama está signado por el antagonismo y, en algunos casos, la coexistencia de las fuentes internacionales e internas. Por ende, como criterio de política

legislativa debe plantearse seriamente si se está ante una disyuntiva o armonía entre el método conflictual y el sustantivo, cómo se maneja la tensión entre la previsibilidad del resultado y la flexibilidad en la aplicación de la norma de DIPr y de las disposiciones nacionales que se torna en muchos casos un verdadero problema, qué hacer frente el dilema entre justicia conflictual y justicia material -lo cual se hace patente en materia de crédito y se agudiza si se lo piensa desde el punto de vista del consumo-. Cómo resolver el conflicto entre el objetivo de la uniformidad internacional de las soluciones y la necesidad de proteger los intereses del Estado ante cada decisión en materia de financiamiento es algo que excede lo jurídico y entra en la confluencia de la trilogía derecho/Estado (como sociedad)/mercado.

Coincidimos con Garro en que resulta necesario efectuar “un enfoque comparativo antes que conflictualista a los problemas transnacionales, lo que implica explorar los aspectos sustantivos comunes y la aplicación de un ‘derecho internacional sustantivo’ o un ‘derecho supranacional uniforme’ que aporte escudriñar cuál es la ley interna aplicable”.¹⁰⁴

Lo dicho, sin embargo, no implica transplantar automáticamente modelos concebidos para funcionar en otros contextos ni borrar de forma absoluta las regulaciones de los países. No se trata de la sustitución de un modelo por otro. Claro está que cuando se visualiza que ciertos países, por ejemplo, adoptan la Ley Modelo de la OEA sin cambiar nada de lugar y sin tener en consideración delicadas cuestiones, la sensación es de “cambio de modelos”. Sin embargo, otros Estados han llevado a cabo reformulaciones de sus régimen de garantías que, si bien implican cambios sustanciales, no dejan de lado principios básicos sobre los cuales se estructura su ordenamiento e, incluso, avanzan más allá en el diseño tomando en cuenta situaciones particulares sobre garantías constituidas sobre cierto tipo de bienes, o la posición en la que pueden encontrarse ciertos deudores, o atienden a limitaciones particulares en cuanto al proceso de ejecución de la garantía.

Es verdad que en la construcción de la estructura del sistema es necesario tener presente cuáles son los “objetivos claves”, los “principios rectores y fundamentales” para lograr un régimen “eficaz y eficiente” de operaciones garantizadas. Sin embargo no compartimos la idea de que los

principios sean exportados desde el norte e importados desde el centro y el sur de las Américas sin realizar un análisis crítico de cada uno. Algunos aparecen enunciados como principios mágicos rectores de la economía moderna y, de hecho, pueden funcionar en la práctica exactamente al revés. Incluso, aquellas frases casi de contenido apocalíptico de que “si no se dicta una ley de garantías” se acaba el crédito, pueden no ser ciertas ya que la sanción de una ley es sólo un paso más entre otros tantos que deben darse para conseguir un adecuado financiamiento. El tema de la ejecución de la garantía es, por ejemplo, una cuestión muy sensible que debe evaluarse con cuidado al momento de proponer normas; algunas cuestiones pueden chocar, incluso, con principios elementales de defensa en juicio consagrados a nivel constitucional. Idéntico caso es el de las garantías que se constituyen sobre títulos de crédito, tema que aparece regulado de manera precisa en leyes especiales.

Cada uno de los principios esbozados por los Bancos multilaterales de crédito,¹⁰⁵ algunos centros y consultoras constituye, en cierto modo, un ensayo de respuesta frente a los inconvenientes que presentan los sistemas normativos latinoamericanos. Sin

embargo, la “plantilla” de soluciones ha demostrado que en la práctica a veces resulta mejor un “traje hecho a medida” que adquirir una prenda al por mayor por el solo hecho de creer que si proviene de Estados cuyas economías son más fuertes o están consolidadas, tales normas “deben” necesariamente funcionar. En esta línea, la divisoria de aguas entre los “contextos de producción de normas” y los “contextos de recepción de las mismas” resulta ser una cuestión vital. Cuando se alude en forma categórica a “los principios fundamentales para un moderno derecho de garantía”, si bien no hay que perder de vista que constituyen una base que define los objetivos que deben tenerse en cuenta para una eventual reforma en la materia, al tiempo que también sirven como criterio de evaluación de un proyecto de normatividad, se debe considerar que no resulta posible que los mismos (y sus creadores) impongan una solución particular para un país sino que, por el contrario, los países de América Latina y el Caribe deberían tomarlo como lineamientos generales y, por ende, no deberían leerse en términos absolutos porque siempre, de acuerdo a las características y a la idiosincrasia de cada país, será inevitable que existan ciertos matices. En ese sentido consideramos a la Guía Legislativa de UNCITRAL

Paula María All

Construcción progresiva de un sistema de garantías mobiliarias en América Latina y el Caribe

como un instrumento de absoluta valía que permite a los Estados no sólo tomar conocimiento de distintas alternativas de solución sino que, además, sus recomendaciones intentan respetar al máximo posible las características de cada sistema lo cual, en el campo de las garantías, se torna aún más importante ya que toda decisión sobre el crédito que tome un país marca también su posicionamiento con relación a la idea de propiedad de los bienes que tenga.

Si se parte de la base de que la generación de un nuevo régimen o sistema de garantías mobiliarias implica el abandono de concepciones preexistentes con respecto a ciertas figuras o, inclusive, alejarse de principios ya consolidados, debe también destacarse que aun cuando el objetivo primordial de todo instrumento normativo sea promover la oferta de crédito garantizado, esta misma finalidad es la que debe guiar a los legisladores a resaltar y reforzar otras políticas que promuevan el acceso al financiamiento. De esta forma el crédito garantizado podrá alcanzar otros objetivos de mayor alcance tales como: a) facilitar el éxito de la explotación y la expansión de negocios familiares (como se ha visto en Centroamérica y el Caribe), b) mejorar su capacidad para competir tanto en el país como en el extranjero (como

lo está haciendo Honduras y Colombia), y c) ofrecer a los consumidores y a otros compradores la posibilidad de adquirir bienes y servicios en las condiciones más favorables (como el caso de El Salvador).

Exportar o importar modelos no constituye algo sencillo. Porque en el fondo se está incorporando un sistema diferente. La cuestión no es “sí o no al modelo norteamericano funcional de garantías”, sino que lo que debería evaluarse es un “sí o no” con respecto a “qué” del régimen de garantías vigente en cada uno de los países de América Latina y el Caribe. No todos funcionan de la misma forma, no todos los mercados están sujetos a los mismos vaivenes, no todos los tipos de bienes garantizables tienen la misma repercusión al momento de constituir una garantía, no todos los deudores son de la misma clase. Es decir, la “construcción” a nivel interno de normas nacionales debe tener en cuenta el contexto de recepción de las normas provenientes de otro sistema.

Como sostiene I. Calvino en “Mr. Palomar”, para construir un modelo, es preciso partir de algo, es decir, tener principios de los cuales pueda salir por deducción el propio razonamiento. Así, la construcción de un modelo

era para él “un milagro de equilibrio entre los principios (que permanecían en la sombra) y la experiencia (invisible), pero el resultado debía tener una consistencia mucho más sólida que los unos y la otra”. De esta forma, en un modelo bien construido, cada detalle debe estar condicionado por lo demás, con lo cual todo se sostiene con absoluta coherencia, como en un mecanismo donde si se bloquea un engranaje todo se bloquea.

Bajo ese enfoque, consideramos pertinente pensar la construcción del sistema en una amalgama entre lo global y lo nacional, ya que la actuación de los actores, la forma de producción de la normas, la legitimidad de las mismas, su recepción y operatividad en los diferentes países muestra un panorama en el cual no es posible escindir estas cuestiones.

Desde la misma manera en cómo se origina la Ley Modelo de la OEA, hasta la forma en cómo ciertos países han tomado su normativa, pasando por el accionar de ciertos bancos o agencias de desarrollo que promueven reformas normativas –a veces hasta en bloque-, hace que el análisis y la lectura que se efectúe de la realidad sea mucho más profunda. El interrogante acerca de si se debe cambiar el régimen nacional

de garantías en todos los países de América Latina y el Caribe no admite una respuesta única o lineal. Hay países que necesitan inexorablemente un cambio radical y otros en los cuales algunas cuestiones puntuales necesitan adaptarse para que el régimen funcione de manera adecuada.

Es más, en algunos Estados donde la reforma normativa es un hecho, hay algunos temas que han quedado sin resolver, con lo cual aun teniendo una ley vigente ello no significa que se haya evidenciado un avance absoluto ni que la “nueva” normativa implique el establecimiento de un “verdadero régimen moderno, eficaz y eficiente de garantías”. El caso panameño es un ejemplo a tener en cuenta.

El análisis de la “anatomía de las garantías” lleva a señalar que lo que debe caracterizar al régimen es su sencillez, su claridad, su efectividad y su equilibrio. Claro está que teóricamente es relativamente sencillo hacerlo; el problema pasa por su implementación práctica. Sustituir una figura por otra, establecer una excepción, hacer jugar una normativa específica sobre protección del consumidor, poner en diálogo el régimen de garantías con el de la insolvencia propiamente dicha como hace la ley colombiana, dejar a

salvo las eventuales ratificaciones de normas universales como establece la normativa costarricense son ejemplos de cómo la adopción de un enfoque diferente puede compatibilizarse con los criterios propios que tiene cada país. Ese pareciera ser el criterio a seguir. No el transplante legal ni tampoco el efecto de propagación viral al que aludía McDonald. Una construcción implica algo diferente, más allá de que el objetivo de la Ley Modelo de la OEA haya sido la sustitución de las leyes nacionales referentes a garantías.

Desde una visión global, los fenómenos jurídicos necesitan ser observados desde una perspectiva histórica y geográfica. Esto incluye, no sólo el estudio del derecho en espacios globales, regionales, y nacionales, sino también el análisis de las complejas historias de cambio, inercia, imposición, recepción, difusión e interacción que hacen parte de la dinámica de los órdenes jurídicos. Si se considera que la ingeniería o plomería del sistema crediticio se enlaza inexorablemente con un adecuado marco de garantías, cabe preguntarse si la construcción de un sistema implica una unificación normativa o una armonización de legislaciones. Hasta el momento pareciera evidenciarse más una tarea de armonización que de unificación propiamente dicha.

Pensado a nivel global, el sistema de garantías implica no sólo la adopción de un criterio funcional, tal como lo demuestran todos los instrumentos emanados de los foros universales y regionales de codificación, sino también un ensamble de las normativas ya que no existe un instrumento de carácter universal que regule las garantías mobiliarias. Por ende, es necesario pensar si resulta factible la construcción de un sistema que, sin dejar de tener pretensiones “globales”, aprenda a tolerar los regionalismos y las particularidades nacionales, de manera tal que sea posible el diálogo fuentes al que aludía Jayme,¹⁰⁶ diálogo que no sólo es necesario sino realmente imprescindible.

Si la pregunta es cómo construir un sistema que funcione en todos los aspectos, las respuestas –aunque débiles– empiezan a aparecer en todos los frentes. Y consideramos positivo, en este sentido, que las respuestas se empiecen a dar a partir de la sinergia generada y propiciada desde los mismos foros de codificación. El hecho de que UNCTRAL, UNIDROIT, la Conferencia de La Haya y la OEA trabajen textos en conjunto, que produzcan documentos en los cuales, por ejemplo, se analizan las intersecciones normativas resulta sumamente valioso. No sólo porque el diseño y la construcción de las normas

implica un trabajo más minucioso, sino también porque las “miradas” de los distintos foros son diferentes y pueden perfectamente complementarse. En este sentido estimamos positivo el trabajo en colaboración y el estudio de la adopción de una u otra metodología legislativa para regular el tema de las garantías mobiliarias.

Si la tarea de unificación o armonización se lleva a cabo a través de la técnica del *hard law* o del *soft law* es otro elemento a tener en cuenta. Puede venirnos a la mente la imagen de reto, batalla, pelea, enojo, enemistad entre ambos, ya que se suele hacer referencia a la expresión “*hard law versus soft law*”, y en realidad lo que debe plantearse es si constituyen alternativas, complementos o si, simplemente, resultan antagónicos en el proceso de gobernanza internacional. Haciendo analogía con aquello que Dasser sostenía con respecto a la *lex mercatoria*, afirmando: “la pregunta ya no es *lex mercatoria* ¿sí o no?, sino más bien *lex mercatoria* ¿cuándo y dónde?”,¹⁰⁷ lo mismo podría decirse de las garantías: ¿técnica *hard* versus técnica *soft*? Hay amalgamas posibles y factibles: lo que ha sucedido en América Latina y el Caribe en relación a la Ley Modelo de la OEA es una prueba de ello.

Una mirada sobre “la realidad del funcionamiento” de las garantías permite dejar de lado los esotéricos juegos legales. Cuando se analizan las leyes latinoamericanas y caribeñas “en contexto”, viendo qué problemas tratan de resolver en sus respectivos ámbitos territoriales y cuáles son los inconvenientes prácticos de deudores y acreedores, todo resulta más sencillo. Sin embargo, al momento de la redacción de las normas, suelen aparecer ciertas complicaciones ya que se tiende a “copiar” directamente las disposiciones sin ponerlas en juego con otras dentro del mismo ordenamiento legal, lo cual genera confusión, cuando no contradicción normativa.

Cartografiar el mapa de las garantías en América Latina y el Caribe es una tarea tan apasionante como compleja. Todo está unido y una cosa repercute sobre la otra.

Ahora bien, frente a la idea de “globalizar” el enfoque funcional”, también se evidencia una fragmentación en cuestiones sustanciales de derecho aplicable, se acepta la adopción del criterio americano, importando un enfoque unidireccional en pos de obtener mayor financiamiento del sistema bancario externo; pero a la inversa, en materia

de jurisdicción, los criterios atributivos de jurisdicción propios del *common law* son cuestionados por los Estados. En el ámbito interamericano las normas previstas en los Tratados de Montevideo y el Código Bustamante resultan insuficientes y, por otra parte, las normas nacionales tampoco se refieren de manera específica al tema. Sumando vacíos, no existe una convención interamericana hasta el momento que regule las cuestiones de jurisdicción¹⁰⁸ y sólo contamos con normas atinentes a arbitraje.

Más allá de que las demás CIDIPs contengan normas de jurisdicción sobre diferentes temas, hay dos criterios que han adquirido una importancia vital a la hora de pensar en una reglamentación interamericana: el foro de la residencia del demandado y el espacio otorgado a la autonomía de la voluntad de las partes. En el campo específico de las garantías, si bien la Ley Modelo interamericana no contiene normas de jurisdicción internacional, en su art. 68 posibilita a las partes someter a arbitraje cualquier controversia que se suscite respecto a la interpretación y cumplimiento de una garantía.

Las conexiones jurisdiccionales antes mencionadas deberían ser tenidas en cuenta si se piensa en normas

específicas para garantías: una por constituir el criterio procesal por excelencia donde el demandado no puede alegar ningún tipo de indefensión y, la otra, por ser fundamental para el desarrollo de un sistema moderno de operaciones garantizadas donde la garantía se constituye, justamente, por vía contractual. Cualquier desarrollo de normas futuras debería tener en consideración y respetar, como bien lo pone de manifiesto Fernández Arroyo,¹⁰⁹ los principios de conexión razonable, garantía de acceso a la justicia, no discriminación de los litigantes, cooperación y circulación internacional de decisiones.¹¹⁰

En el caso específico de la Ley Modelo interamericana de garantías mobiliarias (CIDIP VI) cabe destacar que si bien no contiene normas de jurisdicción internacional, en el Título VII se refiere al arbitraje, disponiendo en el art. 68 que “cualquier controversia que se suscite respecto a la interpretación y cumplimiento de una garantía, podrá ser sometida por las partes a arbitraje, actuando de consenso y de conformidad con la legislación de este Estado”. Vale decir que -de acuerdo a la normativa de la ley Modelo- cualquier controversia sobre la interpretación y cumplimiento de una garantía puede quedar sujeta a arbitraje si así lo deciden las partes y

siempre que se haga de acuerdo a la legislación del Estado. La disposición, si bien permite la sumisión a arbitraje, no establece ni el tiempo ni la forma de efectuar el acuerdo, dejando todo en manos de la “legislación del Estado”. Se presenta así una formulación amplia que deberá ser complementada, en cada caso particular, por las disposiciones pertinentes de la ley de arbitraje vigente en el Estado en cuestión.

De esta forma, lo que la Ley Modelo de la OEA recepta es un modelo “no completo”, y con tal importación unidireccional no se alcanza a solucionar todos los conflictos derivados de la operatividad de las garantías mobiliarias. Una paradoja lo constituye el hecho de que si debemos reconocer y ejecutar un laudo en materia de garantías contamos con normas al efecto, pero no tenemos disposiciones específicas acerca de qué jueces son competentes en la esfera internacional para conocer y dirimir un caso de garantías mobiliarias.

Claro está que la generación de normas interamericanas sobre competencia judicial excede el ámbito de las garantías mobiliarias pero, no obstante, las abarca. En este sentido, debe tenerse presente que si bien la Ley Modelo de la OEA contiene una regulación de

las mismas y que alude al arbitraje, las normativas nacionales al aludir a las cuestiones transfronterizas de garantías, sólo ponen el acento –copiando o reproduciendo lo dicho por la Ley Modelo- en el arbitraje. Pero en cuanto a las normas de jurisdicción internacional nada se dice, con lo cual se evidencia que, si bien hay un reconocimiento a la autonomía de la voluntad en la posibilidad de que las partes sometan sus diferencias a arbitraje, se omite la posibilidad de someter esas mismas cuestiones a la decisión de jueces extranjeros; y tampoco se precisa –a nivel convencional- quiénes serían los jueces competentes para entender en cuestiones vinculadas a garantías mobiliarias. Dicho esto, no cabe otra posibilidad que recurrir a las normas de jurisdicción insertas en los Tratados (cuando no todos vinculan a los países de América Latina y el Caribe) o a las normas de jurisdicción previstas en el orden interno de cada uno de los países.

Si la idea en materia de garantías es partir de un enfoque funcional, debería tenerse presente que el mismo no sólo debe funcionar en cuestiones de fondo, sino que también el mismo criterio debería prevalecer en cuestiones de índole jurisdiccional. Esto, claro está, sin perjuicio de reconocer que diseñar

una reglamentación sobre competencia judicial internacional en el marco de las Américas es una cuestión no exenta de ciertas aristas conflictivas.¹¹¹

El llamado “acceso al financiamiento” por la existencia de normas claras en las leyes nacionales de garantía tiene un contrapeso en “un acceso a la justicia limitado” al no preverse normas de jurisdicción específicas y sólo consagrarse escuetamente la remisión al arbitraje. Teniendo en cuenta que las normas de jurisdicción de los Estados son inadecuadas el problema sigue sin solución por el momento.

VII. El vano intento de concluir...

¿Es posible afirmar que se está construyendo un sistema de garantías mobiliarias en las Américas? Creemos que sí. Hay cimientos y mojones establecidos por las mismas normas de *soft law* de la Ley Modelo de la OEA y de la Guía Legislativa de UNCITRAL. En las leyes más nuevas como la de Colombia, por ejemplo, ya se evidencia que las recomendaciones son tomadas en cuenta y que el análisis para diseñar las normas sobre garantías es más exhaustivo, no sólo desde la terminología que se utiliza, sino la forma de redactar las normas y la manera de poner en

contacto o diálogo diferentes disposiciones nacionales con otras de fuente convencional. A partir de las nuevas legislaciones de garantías mobiliarias se visualizan vasos comunicantes que permiten que el esquema o enfoque funcional dé resultado. Inclusive al momento del reconocimiento de garantías internacionales.

No sólo hay una sumatoria de pequeños subsistemas nacionales de garantías, sino que ellos empiezan a interconectarse entre sí a nivel regional. Por otra parte, a partir de la generación de normas por parte de los foros universales, la construcción del sistema visto a nivel macro también avanza. Aunque sean diferentes los destinatarios, aunque las técnicas y modalidades legislativas difieran, aunque los actores implicados en la redacción sean distintos, lo cierto es que no se avanza de manera estanca o compartimentada sino siguiendo un objetivo general.

El modelo sin duda tomado por la mayoría de los foros es el norteamericano. Ahora bien, los matices que se van introduciendo también constituyen elementos valiosos que permiten compatibilizar la idea de lo efectivo y eficiente con el respeto de las identidades jurídicas.

Tal como señalaba A. Mills, el DIPr debería ser visto como la encarnación de un principio de “tolerancia de la diferencia”, no en el sentido paternalista o permisivo, sino bajo el concepto de respeto entre iguales.¹¹²

Ahora, en esa construcción. “la tensión entre la necesidad de una certeza legal, previsibilidad y uniformidad, por un lado, y el deseo de unas soluciones flexibles, equitativas e individualizadas, por otro, es tan antigua como el derecho mismo”. Sin embargo, afirma Symeonides, “toda regla preformulada, ya sea de carácter legal y jurisprudencial, no importa con cuánto cuidado o sabiduría haya sido redactada, puede, a causa de su generalidad o de su especificidad, producir resultados que sean contrarios a los dones para los que la regla jurídica se ha formulado”.¹¹³

El sistema está construyéndose de a poco, a nivel global y a nivel regional. En lo regional, más allá de que se haya avanzado con la sanción de leyes específicas de garantías mobiliarias, sigue habiendo importantes desafíos pendientes. El hecho de que la mayoría de las leyes no cuenten con normas específicas de DIPr genera problemas al momento de determinar el derecho aplicable. La falta de normas específicas de jurisdicción también

constituye un inconveniente. Si bien la Ley Modelo de la OEA recepta el arbitraje como modo de solución de controversias y la mayoría de las legislaciones sobre garantía adopta ese enfoque, no sucede lo mismo con las normas de jurisdicción internacional, con lo cual un pilar fundamental del sistema sigue ausente.

La construcción del edificio normativo continúa; a veces con orden y a veces sin él, con diferentes metodologías y con sinergias entre los actores y los foros. Ahora bien, la mirada que debe realizarse es compleja y admite diferentes posicionamientos. Como diría Kafka en su cuento “El escudo de la ciudad”: “En un principio no faltó la organización en las disposiciones para construir la Torre de Babel. (...) La gente razonaba de esta manera: lo esencial de la empresa es el pensamiento de construir una torre que llegue al cielo. Lo demás es del todo secundario. Se pensó luego que una torre no quedaría terminada en el espacio de una generación. Lo más creíble era que la nueva generación, con sus conocimientos superiores, condenara el trabajo de la generación anterior y demoliera todo lo adelantado para recomenzar...”. La Guía Legislativa de UNCITRAL sobre operaciones garantizadas, señala que la mera

promulgación de un régimen nuevo de garantías sólo constituye el primer escalón o peldaño y, si los Estados desean lograr plenos beneficios, “es preciso que el régimen se arraigue efectivamente del modo pretendido: debe ser utilizado en la práctica, y también debe ser comprendido e interpretado correctamente por empresarios, financiadores, abogados, árbitros y jueces”.¹¹⁴

Quizás por ello, más que evaluar una actividad de implicación o desimplicación selectiva por parte de los Estados nacionales en el tema, resulte necesario analizar la cartografía de las garantías a la luz de los problemas de la modernidad tardía, entendiendo que se está dando en este tema un doble movimiento de hibridación y diferenciación. La idea de edificar multilateralmente un sistema implica negociar un espacio común con todo lo que ello implica.

El pluralismo jurídico como antípoda teórica del centralismo legal se hace sentir con fuerza en materia de garantías, existiendo una tendencia a la horizontalidad en el diseño y en la construcción de las normas y un espaciamiento de los focos de juridicidad. Es por ello necesario analizar el derecho de las garantías mobiliarias

en contexto, lo cual implica abrir las cosas, ampliar el parámetro de estudio, hacer conexiones con materiales, ideas y factores que pertenecen al mundo de lo legal y de lo social, lo económico y lo cultural, entendiendo que el acceso al financiamiento va unido a las garantías y que subyacen en la construcción del sistema preguntas relevantes, muchas de las cuales tienen respuestas y muchas otras que aún continúan siendo todo un desafío.

M. Kundera en “La inmortalidad” decía que “el camino es un elogio del espacio. Cada tramo del camino tiene sentido en sí mismo y nos invita a detenernos. La carretera es la victoriosa desvalorización del espacio”. En el caso de las garantías mobiliarias, el camino hacia la construcción del sistema no se detiene y cada vez es más veloz. Sin embargo, realizar una mirada crítica resulta un ejercicio no sólo necesario sino obligado para todos los países de América Latina y el Caribe, máxime para aquellos que, como la Argentina, el tema de las garantías “huele a naftalina”¹¹⁵ y, en el caso específico de las garantías mobiliarias, sigue siendo un desafío legislativo pendiente.¹¹⁶

Así como Borges presentaba el universo como una biblioteca sin límites, el terreno de las garantías mobiliarias

tampoco está agotado, ni a nivel de foros universales y regionales, ni tampoco en el ámbito de las legislaciones nacionales de los países latinoamericanos y del Caribe.

El tablero de ajedrez, con el paso de los años, es cada vez más complejo, no sólo desde lo jurídico, sino también desde lo político, lo social y lo cultural. Quizás por ello, entre “espejos y laberintos borgeanos”, el escritor argentino tenga razón:

“En su grave rincón, los jugadores rigen las lentes piezas. El tablero los demora hasta el alba en su severo ámbito en que se odian dos colores.

Adentro irradian mágicos rigores las formas: torre homérica, ligero caballo, armada reina, rey postrero, oblicuo alfil y peones agresores.

Cuando los jugadores se hayan ido, cuando el tiempo los haya consumido, ciertamente no habrá cesado el rito.

(...)

*Dios mueve al jugador, y éste, la pieza.
¿Qué Dios detrás de Dios la trama
empieza de polvo y tiempo y sueño y
agonía?”*

Paula María All

Construcción progresiva de un sistema de garantías mobiliarias en América Latina y el Caribe

* Profesora de derecho internacional privado e Investigadora de dedicación exclusiva del Centro de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, Argentina. Vicepresidente de Comunicación y Publicaciones de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP).

¹ W. Twining, *Derecho y globalización*, Bogotá, Siglo del Hombre editores / Instituto Pensar / Universidad de los Andes, 2003, pp. 161 ss.

² Ver A. Di Robilant, “Genealogies of Soft Law”, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 54, 2006, p. 500; S. Cassese, *La crisi dello Stato*, Roma / Bari, Laterza, 2002, p. 144.

³ J. Derrida, “Carta a un amigo japonés”, en: *El tiempo de una tesis: deconstrucción e implicaciones conceptuales*, Barcelona, Proyecto A Ediciones, 1997, pp. 23 ss.

⁴ Sarmiento alude a que “la nueva gobernanza implica un mayor protagonismo de los instrumentos laxos de regulación, en oposición a las tradicionales proposiciones prescriptivas y sus correspondientes sanciones. Los objetivos de la nueva gobernanza no ponen tanto énfasis en la consecución de resultados uniformes, sino en la creación de espacios aptos para compartir experiencia y conocimiento, donde los actores se someten a las políticas con el fin de mejorar la ejecución de las mismas, en colaboración con todas las partes implicadas. Así, la nueva gobernanza va a implicar la puesta en marcha de políticas caracterizadas por su ductilidad normativa, su temporalidad y su adaptabilidad al cambio, dando respuesta -se argumenta- a dos problemas que afronta actualmente el Estado: su incapacidad para integrar a todos los actores de la sociedad civil y su lentitud ante el cambio”. D. Sarmiento, “La autoridad del derecho y la naturaleza del soft law”, *Cuadernos de Derecho Público*, 2007, disponible en: http://www.danielsarmiento.es/pdf/soft_law.pdf

⁵ D.P. Fernández Arroyo, “Las garantías mobiliarias en el derecho del comercio internacional de nuestros días”, *Derecho Internacional y de la Integración*, Revista del Instituto de Derecho Internacional y de la Integración de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, n° 2, 2003, p. 96.

⁶ R. Gargarella, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano. Promesas e interrogantes”, disponible en: http://www.palermo.edu/Archivos_content/derecho/pdf/Constitucionalismo_atinoamericano.pdf

⁷ D. Kennedy, “El misterio de la gobernanza global”, *Revista de Derecho Público*, n° 4 (Universidad de Los Andes), 2010, p. 4, disponible en: http://www.law.harvard.edu/faculty/dkennedy/publications/el%20misterio%20de%20la%20gobern_2010_0623113719.pdf

⁸ Ver B. Frydman, “A Pragmatic Approach to Global Law”, *Working Paper Nov. 2012*, disponible en: http://www.philodroit.be/IMG/pdf/B_Frydman_pragmatic_approach_to_Global_Law_26_11_12.pdf

⁹ A. Mills, *The confluence of public and private international law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pp. 17 y 245.

¹⁰ Ver J. Basedow, “The Effects of Globalization on Private International Law”, en: J. Basedow / T. Kono (eds.), *Legal Aspects of Globalization. Conflicts of Law, Internet, Capital Markets and Insolvency in a Global Economy*, The Hague / London / Boston, Kluwer Law International, 2000, pp. 1-10. Asimismo, ver J. Carrascosa González, “Globalización y Derecho internacional privado en el siglo XXI”, *Anales de Derecho, Universidad de Murcia*, n° 22, 2004, pp. 17-58.

- ¹¹ Ver D. Kennedy, “Law and Development Economics: Toward a New Alliance”, pp. 2 ss., disponible en: <http://www.law.harvard.edu/faculty/dkennedy/publications/Law%20and%20Development%20EconomicsAug15Draft%20Stiglitz%20volume.pdf>
- ¹² D. Rodrik, “Has Globalization Gone too Far?”, en: Lechner, F.J / Boli, J. (eds.), *The Globalization Reader*, Oxford, Blackwell, 2004, pp. 224 ss.
- ¹³ B. Jäkel, “Outlines of Security Interest under German Law”, en: M. Bridge / R. Stevens, *Cross-border Security and Insolvency*, United Kingdom, Oxford University Press, 2001, p. 92.
- ¹⁴ Ver la citada frase en H-P. Martin / H. Schumann, *La trampa de la globalización. El ataque contra la democracia y el bienestar*, México, Taurus, 1999, pp. 85-86.
- ¹⁵ H. Dunning Mac Leod, *Principles of Economical Philosophy*, 2^a ed., 1872, p. 481, citado por F. Oditah, *Legal aspects of receivables financing*, Londres, Sweet & Maxwell, 1991, p. 2, quien recoge la referencia contenida en G. Gilmore, *Security interest in personal property*, Boston, Little, Brown & Company, 1965, p. 213, n°7. Todas estas citas con referencia a la frase de Leod (en realidad se trata de Dunning Mac Leod) son tomadas en este trabajo de F.J. Garcimartín Alférez / I. Heredia Cervantes, “Las transacciones internacionales sobre créditos en el ordenamiento español: cuestiones jurídico-reales”, *DeCITA*, n° 7-8, 2007, p. 310, nota 1.
- ¹⁶ R. von Ihering, *La lucha por el derecho*, p. 16, disponible en: <http://biblioteca.org.ar/libros/1721.pdf>
- ¹⁷ R.M. Goode, *Commercial Law*, 2^a ed., London, Penguin Books, 1995, p. 637.
- ¹⁸ J.S. Ziegel “The EBRD Model Law on Secured Transactions- Some Canadian Observation”, en: Basedow, J. (ed.), *Festschrift für Ulrich Drobniq*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998, pp. 209.
- ¹⁹ Ver el Informe 2005 (Progreso económico y social en América Latina) del Banco Interamericano de Desarrollo, “Desencadenar el crédito. Cómo ampliar y estabilizar la banca”, Washington, D.C., 2005 y los Informes posteriores.
- ²⁰ Corporación Financiera Internacional del Grupo del Banco Mundial, Servicio de Asesoría de la CFI, *Access to Finance Annual Review*, 2011, p. 4.
- ²¹ El patrimonio del deudor- concebido como garantía genérica- es visualizado así como una universalidad de derecho, representando una unidad de masa y de gestión dinámica a cargo de su titular, lo que implica para él el derecho de disponer y administrar los bienes que lo integran. A los acreedores se les reconocen así derechos de control, medidas cautelares o conservatorias, de ejecución individual o colectiva y medidas reparadoras. Existe así una vinculación entre la deuda, la responsabilidad y la noción de garantía, ya que la deuda, al no cumplirla se transforma en responsabilidad, y la garantía es una forma de hacer efectiva esa responsabilidad por incumplimiento. Ver, entre otros, A. Alterini / O. Ameal / R. López Cabana, *Derecho de las obligaciones civiles y comerciales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997, pp. 309 ss.; A. Bueres / J. Mayo”, “Lineamientos generales sobre las garantías de la obligación en el derecho privado”, *Rev. Der. Priv. Com.*, n° 2, 1993, pp. 7 ss.; A. Spota, *Tratado de derecho civil*, t. I, 1953, pp. 681 ss.
- ²² Ver L. Diez-Picazo, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Madrid, Tecnos, 1970, p. 571. Según el autor, lo que desde el punto de vista económico podría denominarse garantías, desde la óptica jurídica constituiría un derecho subjetivo o una facultad con función de garantía.
- ²³ Ver G. Tucci, *Garanzie sui crediti dell'impresa e tutela dei finanziamenti: L'esperienza statunitense e italiana*, Milano, A. Giuffrè, 1974, p. 52 y G. Affaki, “Les sûretés dans le négoce international”, *Journal de Droit International*, n° 3, 2000, pp. 647-648.

Paula María All

Construcción progresiva de un sistema de garantías mobiliarias en América Latina y el Caribe

²⁴ M. Boretto / G. de las Morenas, *Las garantías reales ante la cesación de pagos*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2005, p. XXI.

²⁵ R.M. Goode, “The Protection of Interests in Movables in Transnational Commercial Law”, Uniform Law Studies in memory of Malcolm Evans, *Uniform Law Review*, 1998, pp. 453-465. |

²⁶ L.F. Carillo Pozo, *Las garantías autónomas en el comercio internacional*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 2000, p. 32

²⁷ Ver R.A. Muguiro, “Latin America. Régimen de garantías. Breve análisis y propuesta a nivel latinoamericano”, *The World Bank, Latin American and Caribbean Insolvency Workshop*, México D.F., 30-31/10/2000, p. 4, disponible en: <http://siteresources.worldbank.org/GILD/ConferenceMaterial/20153655/Latin%20America%20%20Muguiro.pdf>

²⁸ N. de la Peña / H. Fleisig, “Marco legal e institucional de garantías reales mobiliarias en países de la región”, *Bancos y Empresas*, nº 3, Depalma, Buenos Aires, p. 1. Véase la comparación entre las tasas de interés que se cobran a las pequeñas y medianas empresas latinoamericanas con respecto a sus contrapartes estadounidenses en el trabajo de N. de la Peña / H. Fleisig, “Las pequeñas y medianas empresas y sus garantías”, *DeCITA*, nº 7/8, 2007, pp. 19 y 20, especialmente nota 2 y 3 de p. 20. Asimismo, *vid. el trabajo de M. Safavian / H. Fleisig / J. Steinbuks, “Unlocking Dead Capital: How Reforming Collateral Laws Improves Access to Finance”, World Bank Public Policy Journal*, nº 307, 2006, p. 107, disponible en: <http://rru.worldbank.org/PublicPolicyJournal> y B. Kozolchyk, “El crédito comercial y su efecto en la disminución de la pobreza”, *DeCITA*, nº 7/8, 2007, p. 39.

²⁹ Con respecto al caso de El Salvador, ver M. Sevilla, “El papel de la política agropecuaria en la reducción de la exclusión, desigualdad y pobreza”, en: B. Kliksber (comp.), *América Latina frente a la crisis*, Buenos Aires, Sudamericana / PNUD / AECID, 2011, pp. 145-149. Ver, asimismo, M. Wenner / S. Navajas / C. Trivelli / A. Tarazona, *Manejo del riesgo crediticio en instituciones financieras rurales en América Latina*, Serie de Buenas Prácticas, Departamento de Desarrollo Sostenido, Washington D.C., Banco Interamericano de Desarrollo, pp. 3-4, disponible en: <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=995900>. Asimismo, ver A.B. Rofman / M. del P. Foti / I.L. García, en: A.B. Rofman (coord.), *Acceso de los pequeños productores al crédito formal e informal: diagnóstico y propuestas*, Buenos Aires, Secretaría Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentación, 2005, pp. 9-11.

³⁰ N. De la Peña / H. Fleisig, *Argentina: How Problems in its Framework for Secured Transactions Limit Access to Credit*, Washington D.C., CEAL, 1996; G. Gianluca / A. Biacchicotti y otros, *Maximizing Social Surplus within the Politically Constrained Argentinean Registry System by Increasing Efficiency and Distributional Equity Between Registries and Customers*, Washington D.C., CEAL, 1996.

³¹ N. De la Peña / H. Fleisig, “Promoting Access to Formal Credit for the Poor”, en: V. Fretes-Cibils y otros, *Bolivia: Poverty, Equity and Income*, vol. II, Washington DC, IBRD, Report 15272-BO; H. Fleisig / F. Aguilar y otros, “Legal Restrictions on Security Interests in Bolivia”, *The International Law*, vol. 31, nº 65, 1997.

³² H. Fleisig / N. De la Peña / R.A. Muguiro, *Nicaragua: Draft Law of Security Interests in Personal Property*, Washington D.C., CEAL, 1998. Véase también: R. Bebczuk, “SME Access to Credit in Guatemala and Nicaragua: Challenging Conventional Wisdom with New Evidence”, *Documento de Trabajo* nº 80, mimeo, Banco Mundial / CEDLAS, 2008.

³³ H. Fleisig / N. De la Peña, “Peru: How Problems in the Framework for Secured Transactions Limit Access to Credit”, *NAFTA: Law and Business Review of the Americas*, nº 33, 1997.

³⁴ H. Fleisig y otros, *How legal restrictions on Collateral Limit Access to Credit in Uruguay*, Washington D.C., CEAL, 1996.

³⁵ A. Rouillon, *Colombia: derechos de crédito y procesos concursales*, Grupo de finanzas, sector privado e infraestructura- región de América Latina y el Caribe, Washington D.C., Banco Mundial, 2006.

³⁶ Ver Grupo DFC, “Acceso de las pequeñas y medianas empresas al financiamiento”, *Informe de trabajo*, Washington D.C., Banco Interamericano de Desarrollo, 2002, p. 223, disponible en: <http://www.iadb.org/res/ipes/2005/docs/14s.pdf>

³⁷ Ver “Acceso de las pequeñas y medianas empresas al financiamiento. Situación en América Latina”, disponible en: http://www.redegarantias.com/archivos/web/ficheros/2010/acceso_a_financiamiento_de_las_pymes_situacion_en_america_latina.pdf

³⁸ Bouza Vidal, tomando el criterio propuesto por Batiffol, afirma que “una garantía mobiliaria sin desplazamiento es internacional cuando en el momento de su constitución o en un momento posterior, los actos relativos a su conclusión o ejecución, o la situación de las partes en cuanto a su nacionalidad, domicilio o residencia, o la localización de su objeto, presenten vínculos con más de un ordenamiento jurídico”. N. Bouza Vidal, *Las garantías mobiliarias en el comercio internacional*, Madrid, Marcial Pons, 1991, p. 108.

³⁹ J. Carrascosa González, “Derechos reales”, en: VV.AA., *Derecho internacional privado*, vol. II, Granada, Comares, 1998, pp. 510-511. Ver, entre otros, M. Virgós Soriano, “Las cosas y los derechos reales”, en: VV.AA., *Derecho internacional privado. Parte Especial*, 6^a ed. revisada, Madrid, Eurolex, 1995, pp. 243 ss; J. Carrascosa González, “Derechos reales”, en: VV.AA., *Derecho internacional privado*, vol. II, Granada, Comares, 1998, pp. 510-511; S. Sánchez Lorenzo, “Régimen general de la contratación internacional (Garantías reales), en: J.C. Fernández Rozas (ed.), *Derecho del comercio internacional*, Madrid, Eurolex, 1996, p. 290.

⁴⁰ Ver H. Kronke, “Presentación. Operaciones garantizadas: un punto de atención de la legislación comercial transnacional de nuestro tiempo”, *DeCITA*, nº 7-8, 2007, p. 17.

⁴¹ Ver G. Affaki, “Les sûretés dans le négoce international”, *Journal de Droit International*, nº 3, 2000, p. 13.

⁴² Y.L. Emerich, “La nature juridique des sûretés réelles en droit civil et en common law: une question de tradition juridique?”, *Revue Juridique Thémis*, vol. 44, nº 1, 2010, pp. 102, esp. nota 12, disponible en: http://www.editionsthemis.com/uploaded/revue/article/27172_emerich.pdf

⁴³ E.S. Cohen, “The Diffusion of Legal Models for Financial Governance: The Case of Secured Finance”, Paper Prepared for Panel 3.2 “The Diffusion of Regulatory Reforms,” 3rd Conference of the European Consortium for Political Research, Budapest, Hungary, 08/09/2005, disponible en: <http://regulation.upf.edu/ecpr-05-papers/ecothen.pdf>.

⁴⁴ El UCC fue aprobado en 1951 y publicado en 1952; y en 1962 la casi totalidad de los Estados de Estados Unidos adoptó el Artículo 9, titulado “Secured Transaction”, el cual proponía una garantía real basada en una fusión de los conceptos de prenda, de hipoteca y de cesión de créditos, pero precisó los requisitos imperativos de creación y de individualización. Diez

Paula María All

Construcción progresiva de un sistema de garantías mobiliarias en América Latina y el Caribe

años más tarde tuvo lugar la primera revisión del texto y la segunda se llevó a cabo en 1978. El UCC fue promulgado basándose en que su óptica era similar a la de una ley modelo y que, por ende, cada Estado conservaba una cierta discrecionalidad a la hora de incorporarlo a su derecho interno (por ejemplo, en materia de registro competente para inscribir el formulario de registro). La última revisión data de 1999 y ha entrado en vigor el 1 de julio de 2001; a más de 60 años de su promulgación, y siendo su texto adoptado por cincuenta Estados de Norteamérica, el Artículo 9 sigue siendo considerado como el más innovador y exitoso de los artículos que componen el UCC, remarcándose su solidez conceptual y su pragmatismo. Se ha afirmado que la versión final del texto oficial de 1978 se trata “de la pieza de derecho con más autoridad y más cuidadosamente proyectada que se haya escrito respecto de las operaciones de crédito garantizado y que como tal representa uno de los mejores productos del derecho comercial norteamericano, por lo que puede ser utilizada como modelo por otros países”. Ver D. Boshkoff / G. Bepko, *Sum and substance of secured transactions*, 2^a ed., Herbert legal Series, United States, 1988, citado por E.I. Higton, “Panorama del régimen de las garantías en el derecho estadounidense”, *Revista de derecho privado y comunitario*, n° 2, 1993, p. 191; G. Affaki (nota 41), pp. 678-679 y M.G. Bridge / R.A. Macdonald / R.L. Simmonds / C. Walsh, “Formalism, Functionalism, and Understanding the Law of Secured Transactions”, *McGill Law Journal*, n° 44, 1999, pp. 567-595.

⁴⁵ C. de Cores / E. Gabrielli, *El nuevo derecho de las garantías reales. Estudio comparado de las recientes tendencias en materia de garantías reales mobiliarias*, Bogotá / México / Madrid / Buenos Aires, Temis / Ubijus / Reus / Zavalía, 2008, p. 26.

⁴⁶ K. Kreuzer, “La propriété mobilière en droit international privé”, *Recueil des Cours*, t. 259, 1996, p. 230.

⁴⁷ Ver E. Highton, “Introducción al estudio de las garantías en los contratos de empresa”, *Jurisprudencia Argentina*, 1998-III, p. 756.

⁴⁸ S. Sánchez Lorenzo, *Garantías reales en el comercio internacional (Reserva de dominio, venta en garantía y leasing)*, Madrid, Civitas, 1993, pp. 48-49.

⁴⁹ S. Sánchez Lorenzo (nota 48), pp. 49.

⁵⁰ Ver M.E. Uzal, “Algunas reflexiones sobre la ley aplicable a las garantías internacionales y su situación frente al concurso del deudor”, *Ponencia en el XVI Congreso Ordinario y XII Congreso Argentino de Derecho Internacional*, Dr. José A. Conte Grand, San Juan, septiembre de 2001.

⁵¹ H. Kronke (nota 40), p. 17.

⁵² B. Bouckaert, “Divergences of the Law on Securities. A Law and Economic Approach”, en: Drobnig, U. / Snijders, H.J. / Zipper, E., *Divergences of Property Law, an Obstacle to the Internal Market*, Sellier, European Law Publisher, 2006, pp. 175-193.

⁵³ Ver M-E. Ancel, “From the Unification of Law to its Harmonisation”, *Tulane Law Rev.*, vol. 51, n° 108, 1976, pp. 114-117.

⁵⁴ N.B. Cohen, “Harmonising the Law Governing Secured Credit: The Next Frontier”, *Texas International Law Journal*, n° 33, 1998, pp. 173 ss. Ver, asimismo, N.O. Akseli, *International Secured Transactions Law. Facilitation of Credit and International Conventions and Instruments*, New York, Routledge, 2011, p. 18, quien señala que la armonización constituye un concepto clave para la facilitación del crédito.

⁵⁵ Ver P.H. Stephan, “The Futility of Unification and Harmonization in International Commercial Law”, *Vanderbilt Journal of International Law*, n° 39, 1999, pp. 788 ss.

⁵⁶ Resulta válido extender por analogía a las garantías, las afirmaciones sobre contratos vertidos por J. Carrascosa González, *El contrato internacional (Fraccionamiento versus Unidad)*, Madrid, Civitas, 1992, pp. 23-24.

⁵⁷ Ver R. Goode, “Harmonised modernization of the law governing secured transactions: general-sectorial, global-regional”, *Uniform Law Review*, n° 8, 2003, pp. 341-342.

⁵⁸ A.M. Garro, “The reform and harmonization of personal property security law in Latin America”, *Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico*, vol. 59, n° 1, 1990, pp. 24 ss.

⁵⁹ H.L. Buxbaum, “Unification of the Law Governing Secured Transactions: Progress and Prospects for Reform”, *Uniform Law Review*, n° 8, 2003, pp. 321- 325 y U. Drobniq, “Brief Considerations on Coordinating Developments in the field of Secured Transactions”, *Uniform Law Review*, n° 8, 2003, pp. 353 ss.

⁶⁰ Ver A.M. Garro, “Harmonization of Personal Property Security Law: National, Regional and Global Initiatives”, *Uniform Law Review*, n° 8, 2003, pp. 357-368.

⁶¹ “Grupo de los 30 (G30), *Global Clearing and Settlement- A plan of action*, enero de 2003 (ver <http://www.group30.org/recomendations.php>). La recomendación 15 de este informe aborda la necesidad de mejorar la certeza jurídica “sobre derecho sobre valores, dinero en efectivo o garantías”. El comentario sobre esta recomendación declara que “una de las áreas para las cuales se puede ofrecer unidad de apoyo en relación con esta recomendación es la del conflicto de leyes. Las autoridades nacionales deberían ser alentadas por todos los interesados a firmar y ratificar el recientemente adoptado Convenio de La Haya tan pronto como sea razonablemente posible. Es crucial para su efectividad que el Convenio de La Haya sea ratificado a la mayor brevedad por la mayor cantidad de naciones posibles”.

⁶² C. Bernasconi / H. Sigman, “Convenio de La Haya sobre la ley aplicable a ciertos derechos sobre valores tenidos en un intermediario (Convenio de La Haya sobre valores), *DeCITA*, n° 7/8, 2007, p. 74.

⁶³ C. Bernasconi / H. Sigman (nota 62), p. 97.

⁶⁴ Ver D.P. Fernández Arroyo, “Globalización y Derecho: el caso de la reglamentación internacional de las garantías mobiliarias”, en: A.L. Calvo Caravaca / P. Blanco-Morales Limones, *Globalización y Derecho*, Madrid, Colex, 2003, p. 293.

⁶⁵ Sobre la idea del “transplante legal” y los diferentes modos de recepción solicitada, impuesta, infiltrada, ver A. Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, Edinburgh, Scottish Academic Press, 1974, pp. 30 ss., a quien se atribuye el concepto de *legal transplant*; W. Ewald, “Comparative Jurisprudence II. The Logic of Legal Transplants”, *American Journal of Comparative Law*, n° 43, n° 4, 1995, pp. 489-510. Se alude a la idea de *legal transplant* como el préstamo institucional o el movimiento o traspaso de una norma o de un régimen jurídico de un país a otro. Ver, asimismo, F.J. Gerber, “Globalization and Legal Knowledge: Implications for Comparative Law”, *Tulane Law Review*, n° 2001, pp. 949-975.

⁶⁶ Ver R.A. Macdonald, “Three Metaphors of normal migration in international context”, *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 34, n° 3, 2010, pp. 606-607.

Paula María All

Construcción progresiva de un sistema de garantías mobiliarias en América Latina y el Caribe

⁶⁷ Ver H. Kronke, “Why Transplants Rarely work- Why Convergence is Insufficient in Commercial Law- Methodical Changes in Paradigm in the Harmonisation of Commercial Law”, disponible en: http://www.law.qmul.ac.uk/events.docs/London_February_2008_Kronke.ppt#1

⁶⁸ R.A. Macdonald (nota 66), p. 606, especialmente nota a pie de página nº 17.

⁶⁹ R.A. Macdonald (nota 66), p. 607.

⁷⁰ El *National Law Center for Inter-American Free Trade* (NLCIFT) con sede en Tucson, Arizona, ha tenido una preponderante actuación en la configuración de la Ley Modelo Interamericana de Garantías Mobiliarias, formulando incluso con antelación los “12 Principios para las garantías mobiliarias en las Américas” que intentan ser una suerte de guía de principios fundantes a tener en cuenta frente a la posibilidad de una propuesta normativa. Ver NLCIFT, *Los 12 Principios del NLCIFT para las garantías mobiliarias en las Américas*, 2006, disponible en: <http://natlaw.com/wp-content/uploads/2013/01/NLCIFT-12-Principles-of-Secured-Transactions-Law-in-the-Americas.pdf>

⁷¹ D.P. Fernández Arroyo, “La redefinición de la codificación americana del derecho internacional privado -¿hay vida después de la CIDIP VII?, en: Fernández Arroyo, D.P. / Moreno Rodríguez, J.A. (coords.), *Protección de los consumidores en América. Trabajos de la CIDIP VII* (OEA), Asunción, CEDEP / La Ley, 2007, pp. 74-75. Ver sobre el tema, asimismo, D.P. Fernández Arroyo, “La CIDIP cabalga de nuevo (comentarios sobre los trabajos preparatorios para la CIDIP V)”, *Revista de Derecho Comercial y Obligaciones*, vol. 32, nº 186, 1999, pp. 231-249 y D. Opertti Badán, “Reflexiones para la próxima CIDIP VI”, *Revista Uruguayana de Derecho Internacional Privado*, año IV, nº 4, 2001, pp. 51-57.

⁷² Ver J. Wilson Molina / María R. Gutierrez, Implementación y operación de la Ley Modelo interamericana sobre garantías mobiliarias de la Organización de los Estados Americanos”, *DeCITA*, nº 7/8, 2007, p. 184.

⁷³ Ver B. Kozolchuk / D.B. Furnish, “The OAS Model Law on Secured Transactions: A Comparative Analysis”, *Southwestern Journal of Law & Trade in the Americas*, nº 12, 2005/2006, pp. 235 ss. y J.M. Wilson Molina, “Secured Financing in Latin America: Current Law and the Model Inter-American Law on Secured Transactions”, *Uniform Commercial Code Law Journal*, nº 33, 2000, pp. 43 ss.

⁷⁴ Metodológicamente, la Ley Modelo de la OEA se divide en ocho títulos: “I. Ámbito y Aplicación general, II. Constitución y Disposiciones Relacionadas, III. Publicidad y Disposiciones Relacionadas, IV. Registro y Disposiciones Relacionadas, V. Reglas de Prelación, VI. Ejecución de la Garantía, VII. Arbitraje, VIII. Conflicto de leyes y alcance territorial de la aplicación de esta ley”.

⁷⁵ El proyecto estadounidense fue preparado por el *National Law Center* de Arizona y recibió numerosas críticas debido a que, entre otras cosas, se siguió el método típico del *common law* sin tomar en cuenta que dicho Proyecto de Ley Modelo estaba dirigido a países latinoamericanos que, en su mayor parte, seguían la tradición romana del derecho codificado. Ver al respecto L. Pérez Nieto Castro, “Comentario al Proyecto México-Estadounidense para una Ley Modelo en materia de garantías mobiliarias”, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, nº 10, 2001, pp. 59-66.

⁷⁶ Ver los siguientes trabajos: D. P. Fernández Arroyo / J. Kleinhersterkamp, “CIDIP VI- Un novedoso paso en el camino de la integración jurídica interamericana”, *Anuario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional* (AADI), nº XI, 2002, pp. 107-144; L. Pereznieta Castro, “La Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias”, en *Rev. Mex. DIPr.*, nº 11, 2002, pp. 31-46; L. Pereznieta Castro, “La uniformidad y armonización de los sistemas de garantías comerciales y financieras internacionales”, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, nº 6, 1999, pp. 21-34 (especialmente pp. 30-34).

⁷⁷ Ver, al respecto, D. P. Fernández Arroyo (nota 71), pp. 231-249 y J.L. Siqueiros, “La Sexta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-VI), *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, nº 11, 2002, pp. 9-26.

⁷⁸ De acuerdo al art. 1, “La Ley Modelo tienen por objeto regular garantías mobiliarias para garantizar obligaciones de toda naturaleza, presentes o futuras, determinadas o determinables (...). Un Estado podrá declarar que esta Ley no se aplica a ciertos tipos de bienes muebles que expresamente indiquen en el presente texto. (...) Un Estado que adopte esta ley deberá crear un sistema de registro único y uniforme aplicable a toda figura de garantías mobiliarias existente dentro del marco jurídico local, para dar efecto a esta Ley”.

⁷⁹ Ver art. 2 de la Ley Modelo.

⁸⁰ En esta línea, ver el art. 3 de la Ley Modelo.

⁸¹ El art. 52 (IV) dispone: “Una garantía mobiliaria que se haya previamente publicitado sobre bienes muebles adheridos o incorporados a un inmueble, sin perder su identidad de bien mueble, tiene prelación respecto de garantías sobre el inmueble correspondiente, siempre y cuando la misma se haya inscripto en el registro inmobiliario correspondiente antes de la adhesión o incorporación”.

⁸² Ver J. Wilson Molina / M.R. Gutierrez (nota 72), pp. 185-186.

⁸³ Ver “Reforma del Régimen de Garantías Mobiliarias en las Américas”, Departamento de Derecho Internacional, Secretaría de Asuntos Jurídicos de la OEA / Foreign Affairs, Trade and Development Canadá, 2013, p. 3, disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/garantias_mobiliarias_boletin_informativo_agosto_2013.pdf

⁸⁴ La PPSA encuentra su base así en el Artículo 9 del *Uniform Commercial Code* norteamericano y regula la creación, perfeccionamiento y ejecución de la garantía, implementando un sistema para determinar el orden de prelación en caso de conflicto. Antes de la entrada en vigor de la PPSA la mayoría de las provincias canadienses poseía una variedad de leyes que afectaban los bienes muebles y por ello, al igual que las modernas reglamentaciones en materia de garantías mobiliarias, los objetivos perseguidos por los redactores de la PPSA fueron modernizar y armonizar las disposiciones relativas a las operaciones garantizadas a los fines de proporcionar seguridad y coherencia para todas las partes implicadas en la operación. Ver H.P. Glenn (dir.), *Droit québécois et droit français: communautés, autonomie, concordance*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 577 y R.C.C. Cumming / C. Walsh / R.J. Wood, “Secured Transactions Law in Canada- Significant Achievements, Unfinished Business and Ongoing Challenges”, *Canadian Business Law Journal*, vol. 50, 2011, pp. 156-157, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1839004>

⁸⁵ Ver D.P. Fernández Arroyo (nota 64), p. 300-301.

Paula María All

Construcción progresiva de un sistema de garantías mobiliarias en América Latina y el Caribe

⁸⁶ D.P. Fernández Arroyo (nota 64), p. 301.

⁸⁷ Ver A.M. Garro, “El marco regulatorio de las garantías mobiliarias en el comercio internacional: la Ley Modelo de la Organización de los Estados Americanos”, Jornadas de Derecho Internacional, Universidad de Ottawa, Canadá, 22-26 de octubre de 2005, Secretaría General de la OEA, 2006, pp. 106-125.

⁸⁸ Ver la Declaración de la I Reunión Ministerial – Panamá, 10/12/2008, disponible en: <http://pathwayscaminos.org.dnnmax.com/LinkClick.aspx?fileticket=aziuWReWQVQ%3d&tabid=64&language=en-US>

⁸⁹ Ver Declaración de la II Reunión Ministerial – El Salvador- 31/05/09, disponible en: <http://www.pathwayscaminos.org/LinkClick.aspx?fileticket=mH/p8%2BvxPf0%3D&tabid=64&language=en-US>

⁹⁰ Ver Declaración de la III Reunión Ministerial – San José de Costa Rica, 04/03/2010, disponible en: <http://pathwayscaminos.org.dnnmax.com/LinkClick.aspx?fileticket=2MOJ4nu8CJs%3d&tabid=64&language=es-ES>

⁹¹ Ver Agencia de Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID) punto. VI-1.

⁹² Ver http://www.nacion.com/economia/IFC-Costa-Rica-mobiliarias-continentales_0_1366863413.html y <http://www.estrategianegocios.net/blog/2013/09/18/costa-rica-analizan-avances-en-leyes-de-garantias-mobiliarias/>

⁹³ Ley de la Garantía Mobiliaria n° 28.677 de 01/03/2006. con el apoyo del CEAL, Perú fue el primer país latinoamericano en receptar los lineamientos de la Ley Modelo de la OEA en 2006 aunque, cabe aclarar, la adopción no fue absoluta ya que, por ejemplo, la ley peruana dejó de lado algunos principios que tienen que ver con la abstracción o la independencia de los derechos, defensas y acciones inferidos del préstamo subyacente. En 2007 se estableció el Reglamento para el registro de las garantías en los registros públicos bajo la supervisión de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos. Si bien la ley peruana se inspira en el Anteproyecto de ley para El Salvador, es menester destacar que se eliminaron y reemplazaron varias normas, entre ellas las atinentes al sistema de publicidad registral, al rango de prelación de acreedores y algunas vinculadas a las ejecuciones rápidas.

⁹⁴ El Decreto n° 51-2007 por el cual se establece la Ley de garantías mobiliarias data del 24 de octubre de 2007. Guatemala es considerada como el primer país latinoamericano en adoptar fielmente las disposiciones de la Ley Modelo de la OEA y los 12 Principios del NLCIFT. Una de las razones principales de ellos se debió a que Boris Kozolchyk – Director del NLCIFT- era asesor del comité de redacción del gobierno guatemalteco y que interactuó, a través de una serie de entrevistas realizadas con el sector privado –especialmente con las instituciones bancarias y financieras-, con los prestatarios, con los abogados, jueces y funcionarios públicos vinculados al área del derecho bancario. Como resultado de tales entrevistas los redactores de la ley guatemalteca se centraron en los sectores agrícola, comercial y bancario y, producto de ello, intentaron ajustar en la mayor medida posible las disposiciones guatemaltecas a las de la Ley Modelo de la OEA. Véase, asimismo el Decreto 46-2008 (Reformas a la Ley de garantías mobiliarias), el Reglamento del Registro y el Acuerdo Gubernativo 55-2010 sobre arancel del Registro de garantías. Ver B. Kozolchyk, “Implementation of the Model Law in Latin America: Current Status”, *Arizona Journal of International & Comparative Law*, vol. 28, n° 1, 2011, p. 23.

⁹⁵ La Ley de garantías mobiliarias de 2009 (Decreto Legislativo n° 182-2009) sigue fielmente –al igual que la guatemalteca- los lineamientos de la Ley Modelo de la OEA y los principios del NTLCIF fue por el Decreto 2014-2010 que establece el Reglamento del Registro de Garantías Mobiliarias.

⁹⁶ Ley de garantías mobiliarias de 19/09/2013, Decreto N°488 y Reglamento de la Ley de Garantías Mobiliarias, Decreto N° 69 de 10/10/2014.

⁹⁷ En diciembre de 2013 el Parlamento de Jamaica aprobó una ley de garantías mobiliarias, *Security Interests in Personal Property Act*, 2013 (SIPP).

⁹⁸ Ley 129 de 31/12/ 2013 por la que promueve el acceso al crédito y moderniza el sistema de garantías mobiliarias a través de la hipoteca sobre bien mueble.

⁹⁹ La Ley 1676 de 2014 recoge las recomendaciones de la Guía Legislativa de UNCITRAL y la normativa de la Ley Modelo de la OEA, efectuando no sólo una profunda redefinición funcional del concepto de garantías mobiliarias con el fin de lograr una mayor flexibilidad en la utilización de bienes muebles al momento de acceder al crédito, sino también creando un registro nacional de garantías e implementando un mecanismo ágil de solución de controversias que intenta balancear de manera adecuada los derechos tanto de los acreedores como de los deudores.

¹⁰⁰ La Ley de garantías mobiliarias 9246 fue publicada en La Gaceta- Diario Oficial (Año CXXXVI, N° 95) en fecha 20/05/2014.

¹⁰¹ Ley de garantías mobiliarias de 05/10/2016.

¹⁰² En considerando IV del Decreto 488 de la Asamblea Legislativa de la República de El Salvador se señala textualmente: “Que las experiencias jurídicas y prácticas del mercado moderno se han recogido en una Ley modelo sobre Garantías Mobiliarias, aprobada por la Asamblea de la Organización de Estados Americanos; por lo que muchos países están basando sus esfuerzos de reforma sobre esta materia en la Ley modelo mencionada, que propiciaría una base idónea de armonización regional si se utiliza para emitir leyes homogéneas en aquellos países que cuentan con un marco legal sobre esta materia”.

¹⁰³ Ver B. Kozolchyk, “Estado actual de la implementación de la Ley Modelo de garantías mobiliarias de la OEA en América Latina”, 2012, p. 3, disponible en: http://www.americanbar.org/content/dam/aba/events/international_law/2012/06/legal_challengesandopportunitiesofmexicosincreasingglobalintegra/materials/iii.authcheckdam.pdf

¹⁰⁴ Ver A.M. Garro, “El derecho internacional privado en los Estados Unidos: balance y perspectivas”, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, n° especial, 2000, p. 111.

¹⁰⁵ Ver, por ejemplo, los Principios generales del BERD relativos al régimen legal de las operaciones garantizadas de 1997, disponibles en: <http://www.ebrd.com/country/sector/law/st/core/model/core.htm>. Puede consultarse *Law and Policy Reform at the Asian Development Bank 2000*, vol I, abril de 2000; *Law and Policy Reform at the Asian Development Bank 2000*, vol. II, 2000 y *Law and Policy Reform at the Asian Development Bank –a Guide to Movables Registries*, 2002.

¹⁰⁶ Ver E. Jayme, “Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. Cours général de droit international privé”, *Recueil des Cours*, t. 251, 1995, pp. 60-61.

¹⁰⁷ F. Dasser, *Internationale Schiedsgerichte und lex mercatoria*, Zürich, 1989, pp. 296 ss., citado por M.J. Bonell, “The UNIDROIT Principles and Transnational Law”, *Uniform Law Review*, n° 2,2000, p.199.

¹⁰⁸ En este aspecto, debe hacerse notar que Uruguay había presentado como tema para la CIDIP VII el de la jurisdicción internacional y que, justo a la propuesta, acompañó unas “Bases para una Convención interamericana sobre jurisdicción internacional”. El tema propuesto por Uruguay finalmente no se incluyó en la CIDIP VII. En la propuesta de temario para la CIDIP VII, el Gobierno de Uruguay incluyó este tema y que la nota uruguaya iba acompañada por la “Declaración de Córdoba”, “adoptada por un grupo de profesores sudamericanos reunidos en esa ciudad argentina en diciembre de 2003 para participar de las Jornadas sobre el futuro de la codificación interamericana del derecho internacional privado, y que ha recibido numerosas adhesiones posteriormente. En la misma se destaca la importancia del tema en los siguientes términos: ‘dentro del orden procesal, el problema de la jurisdicción internacional en materia de DIPr y la revisión de la reglamentación en materia de eficacia extraterritorial de las decisiones judiciales, deben ocupar un lugar prioritario en la agenda regional’. Ver D.P. Fernández Arroyo / F. Mastrángelo (orgs.), *El futuro de la codificación del Derecho internacional privado en América. De la CIDIP VI a la CIDIP VII*, Córdoba, Alveroni, 2005, pp. 21-25 y D.P. Fernández Arroyo, “Acerca de la necesidad y las posibilidades de una Convención interamericana sobre competencia judicial internacional”, *DeCITA*, n° 4, 2005, pp. 80-114.

¹⁰⁹ Ver D.P. Fernández Arroyo (nota 64), p. 88.

¹¹⁰ Ver E. Vescovi, *Derecho procesal civil internacional. Uruguay, el MERCOSUR y América*, Montevideo, FCE, 2000, pp. 16-22.

¹¹¹ Ver P. Trooboff, “Ten (and Probably More) Difficulties in Negotiating a Worldwide Convention on International Jurisdiction and Enforcement of Judgments: Some Initial Lessons”, en: Barceló III / Clermont (ed.), *A Global Law of Jurisdiction and Judgments: Lessons from The Hague*, La Haya y otras, Kluwer, 2002, pp. 263 ss.

¹¹² Ver A. Mills, “Towards a Public International Perspective on Private International Law: Variable Geometry and Peer Governance”, *PILAGG series, Working paper*, disponible en: <http://blogs.sciences-po.fr/pilagg/files/2012/03/MILLS-Public-International-Perspective-of-PIL.pdf>

¹¹³ Ver S.C.C. Symeonides, “The American Choice-of-Law Revolution in the Courts: Today and Tomorrow”, *Recueil des Cours*, t. 298, 2002, pp. 9-448, esp. p. 406.

¹¹⁴ Ver UNCITRAL, *Guía Legislativa sobre las operaciones garantizadas*, Nueva York, Naciones Unidas, 2010, p. 29.

¹¹⁵ J.C. Rivera, “Hipoteca: conveniencia de admitir las hipotecas abiertas”, *Revista de derecho privado y comunitario*, n° 2, 1995, p. 188.

¹¹⁶ Ver P.M. All, “Consideraciones sobre las garantías mobiliarias desde la perspectiva del sistema argentino”, *DeCITA*, n° 7/8, 2007, pp. 250-286.