

MODERNIZACIÓN DEL DERECHO MERCANTIL. UNIFORMIDAD INTERNACIONAL Y DESARROLLO ECONÓMICO*

MODERNIZATION OF COMMERCIAL LAW. INTERNATIONAL UNIFORMITY AND ECONOMIC DEVELOPMENT

Boris KOZOLCHYK**

RESUMEN: Aquellas instituciones que más se utilizan en el mundo comercial ganan su universalidad porque son las que fielmente incorporan las mejores prácticas comerciales y jurídicas. Este artículo examina por qué el derecho de garantías mobiliarias, institución determinante del desarrollo económico de varios países y regiones, es muy posible que logre su cometido en Guatemala y Honduras (como lo ha logrado en Canadá, los Estados Unidos y otros países) y por qué no logrará su cometido en México y el Perú, entre otros países, a menos que se reformule su derecho positivo y se cambien actitudes básicas de su derecho viviente.

ABSTRACT: *Those commercial legal institutions that are being used uniformly throughout the trading world earn their universality by incorporating the best commercial practices. This article examines why the law of secured lending based on personal property collateral, a key contemporary commercial legal institution and tool for the economic development of countries such as Canada and the United States, among other nations, is likely to succeed in Guatemala and Honduras. It will also show why it will not succeed in Mexico and Peru, unless it is re-drafted and their underlying attitudes and practices are changed.*

Palabras clave: modernización del derecho comercial, mejores prácticas comerciales, derecho de garantías mobiliarias, desarrollo económico.

Descriptors: *modernization of commercial law, best practices, the law of secured lending, economic development.*

* El artículo fue recibido el 27 de octubre de 2008 y aceptado para su publicación el 30 de enero de 2009. Traducción de la doctora Mariana Silveira, directora de Investigaciones del NLCIFT, y del autor del original, "Modernization of Commercial Law: International Uniformity and Economic Development", para su publicación en *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 34, núm. 3, verano de 2009. Agradezco a la licenciada Ana Cristina Castañeda su asistencia en la investigación de este artículo. Todos los errores y omisiones son responsabilidad del autor.

** Profesor de derecho "Evo de Concini" en la Facultad de Derecho "James E. Rogers" de la Universidad de Arizona; fundador y presidente del National Law Center for Inter-American Free Trade (NLCIFT) en Tucson, Arizona.

SUMARIO: I. *La uniformidad internacional de la ley mercantil, las instituciones y la cultura jurídicas.* II. *La internacionalidad de la práctica y los ingredientes jurídicos uniformes de las transacciones comerciales: principios jurídicos de viabilidad comercial-jurídica.* III. *La pobreza y la modernización jurídica exclusivamente autóctona.* IV. *Algunas de las causas esenciales de la pobreza endémica: la falta de recursos y las fallas en el derecho oficial y en el derecho viviente.* V. *Remedios institucionales para la falta de crédito comercial.* VI. *El trabajo del NLCIFT en la armonización del derecho sobre garantías mobiliarias en las Américas.* VII. *Conclusiones.*

I. LA UNIFORMIDAD INTERNACIONAL DE LA LEY MERCANTIL, LAS INSTITUCIONES Y LA CULTURA JURÍDICAS

Durante los años sesenta, un buen número de profesores de derecho se sintieron atraídos por el entonces inexplorado campo del “derecho y desarrollo económico”. Desafortunadamente, muy pocos estaban familiarizados con los sistemas legales y culturas jurídicas de las naciones en desarrollo. A pesar de su deficiente entendimiento de las leyes y culturas de dichas naciones, algunos manifestaron, tanto a los poderes legislativos como ejecutivos de sus respectivos países, su desacuerdo respecto de la modernización de las leyes mercantiles, a la cual calificaron como un intento de “importar” instituciones jurídicas provenientes de naciones desarrolladas. He situado al término “importar” entre comillas porque durante muchos siglos conceptos jurídicos, reglas, principios de interpretación, remedios procesales y procedimientos de solución de conflictos fueron utilizados y aplicados por comerciantes como *su ley* a través de todo el mundo comercial. Esta fue la llamada *lex mercatoria*, producto de las prácticas comerciales ejercidas por comerciantes en su interacción con sus contrapartes y colegas extranjeros.¹

¹ Véase Kozolchik, Boris, *The Law of Commercial Contracts in a Comparative and Economic Development Perspective*, 11 & XVII-8, materiales de clase impresos, 2008, en archivo del autor (en adelante, Kozolchik, *Materiales de clase impresos*). Véase también Huvelin, Paul, *Essai historique sur le droit des marches et des foires*, París, 1897, p. 258, citado en Kozolchik, *Materiales de clase impresos*, p. VIII-7. Según el propio Huvelin: “Gracias a las ferias, los grupos de mercaderes pudieron comerciar entre sí rigiéndose por la misma ley de cumplimiento obligatorio y bajo los mismos tribunales. Existía una autoridad central a la cual los mercaderes de todas las nacio-

De ahí que el derecho mercantil, en su mejor acepción, no debe ser caracterizado como un derecho “importado”, ya que, bien entendido, él siempre ha representado un trato uniforme y recíproco por parte de comerciantes, tribunales de ferias, consulados y eventualmente, cortes mercantiles, *sin importar la procedencia de los comerciantes en conflicto o la ubicación de estas cortes*.² Eventualmente, la *lex mercatoria* fue absorbida por la legislación y codificación de países de derecho romanístico, así como por la jurisprudencia, y ocasionalmente por el derecho legislado de los países del *common law*; sin embargo, y a pesar de encontrarse “entremezclado” con otros derechos, el derecho comercial ha continuado formándose en gran parte por lo que los comerciantes consideran sus mejores prácticas comerciales —tanto nacionales como internacionales—. También perennemente continúa su búsqueda de procedimientos y métodos de adjudicación simples, expeditos y de bajo costo.

La vitalidad y universalidad de un derecho mercantil modelado por las mejores prácticas es aparente en instituciones que vienen desde la antigua versión griega del contrato de préstamo marítimo, con la garantía del buque o de su carga (conocido en los países de derecho común como contrato de *Bottomry* —o de “Préstamo a la gruesa”—).³ Otras instituciones comerciales legales, aunque de más reciente cosecha, continúan siendo usadas mundialmente. Entre éstas se encuentran: la *lettera di cambio* genovesa (letra de cambio o giro del si-

nes podían, en muchos casos, acudir con éxito con sus reclamos de protección contra las tentativas de otros mercaderes decididos a extender y aplicar su propia ley local. Este es un hecho cuya importancia histórica no ha sido superada por ningún otro en el desarrollo del derecho mercantil del medioevo”. Véase también Kozolchyk, Boris, “Highways and Byways of NAFTA Commercial Law: The Challenge To Develop a Best Practice in North American Trade”, 4. *U. S. Mex L. J.* 1, 1996 (en adelante, Kozolchyk, Highways and Byways); Kozolchyk, Boris, “A Roadmap to Economic Development Through Law: Third Parties and Comparative Legal Structures”, 23 *Ariz. J. Int'l. & Comp. L.* 1, 2005 (en adelante, Kozolchyk, Roadmap), y Kozolchyk, Boris, “Secured Lending and Its Poverty Reduction Effect”, 42 *Tex. Int'l L. J.* 727, 2007.

² *Idem*.

³ Véase el excelente estudio de Cruz Barney, Óscar, *El riesgo en el comercio hispano-indiano: préstamos y seguros marítimos durante los siglos XVI a XIX*, México, UNAM, 1998. Véase, además, Chisholm, Hugh, *The Encyclopedia Britannica Dictionary of Arts, Sciences, Literature and General Information*, University Press, 1910, t. IV, p. 311, para un bosquejo histórico del contrato de préstamo a la gruesa (*Bottomry*).

glo XII);⁴ la contabilidad por doble partida florentina del siglo XIV;⁵ los pagarés y los recibos de depósito bancarios de los *Goldsmiths* ingleses del siglo XVII (eventualmente conocidos a nivel mundial como los “cheques”)⁶ al igual que las sociedades anónimas o de capital inglesas;⁷ las cédulas hipotecarias germano-silecianas del siglo XVIII;⁸ la carta de crédito mercantil anglosajona de los siglos XIX y XX; y las cartas de crédito contingentes o *standby* de los Estados Unidos,⁹ así como las garantías mobiliarias unitarias sin desposesión del deudor (prendas sin desplazamiento de la posesión del deudor).¹⁰

Todas estas instituciones jurídicas mercantiles reflejan las mejores prácticas, ya que no sólo incorporan aquellas prácticas que han sido “fogueadas” en las transacciones cotidianas del mercado como las más efectivas en cuanto a su formato y costo, sino también aquellas que se perciben como las más justas por los participantes habituales en estas transacciones.¹¹ Por institución jurídica, entonces, quiero sig-

⁴ Véase Körner, Martin y Bergier, Jean-François, “*Lettera di cambio*”, *Dizionario storico della Svizzera* (DSS), <http://hls-dhs-dss.ch/textes/i/I26229.php> (última visita el 10 de febrero de 2009), para una breve historia de los inicios de la letra de cambio.

⁵ Véase Crosby, Alfred W., *The Measure of Reality: Quantification and Western Society*, Cambridge, University Press, 1997, pp. 199-227. Véase también Lienhard, John H., *Double-Entry Bookkeeping*, en <http://www.uh.edu/engines/epi1229.htm> (última visita el 10 de febrero de 2009).

⁶ Véase, en general, Davies, Glyn, *A History of Money from Ancient Times to the Present Day*, 3a. ed., University of Wales Press, 1994; y, en forma más específica, Geva, Benjamín, *Bank Collection and Payment Transactions*, Oxford University Press, 2001, pp. 14 y 15.

⁷ Véase Walker, C. E., “The History of the Joint Stock Company”, 6 *The Acct. Rev.*, núm. 2, junio de 1931, pp. 97-195.

⁸ Véase Lassen, Tim, *Development of Mortgage Bonds*, VDH, diciembre de 2002, en <http://www.oecd.org/dataoecd/33/10/1844485.pdf> (última visita el 10 de febrero de 2009), para un breve desarrollo histórico del financiamiento con cédulas hipotecarias en Alemania.

⁹ Véase, en general, Kozolchik, Boris, “Cartas de Crédito”, *International Encyclopedia of Comparative Law*, Hamburgo, Max Planck Institute, 1978, cap. 5.

¹⁰ Kozolchik, Boris y Beck Furnish, Dale, “The OAS Model Law on Secured Transactions: A Comparative Analysis”, 12 *Sw. J. L. & Trade Am.*, pp. 235, 266, 276, 281 (en adelante, Kozolchik y Furnish, A Comparative Analysis).

¹¹ Kozolchik, Boris, “Fairness in Anglo and Latin American Commercial Adjudication”, 2B *C. Int’L & Comp. L. Rev.*, 1979, p. 257 (en adelante, Kozolchik, Fairness). Véase también Kozolchik, Boris, “The Commercialization of Civil Law and the Civilization of Commercial Law”, 40 *La. L. Rev.*, p. 3 (en adelante Kozolchik, Commercialization).

nificar no sólo los conceptos, reglas, principios de interpretación y remedios procesales que integran o inspiran al derecho mercantil “escrito” o “positivo”, sino también las actitudes que dan forma al derecho “no escrito” o “consuetudinario”, es decir la ley mercantil cual verdaderamente observada y aplicada.

Para los que estamos involucrados en la modernización del derecho mercantil, las actitudes hacia el comercio (especialmente su respetabilidad como profesión) y hacia el derecho (especialmente la forma y alcance de su observancia) son tan importantes como las instituciones jurídicas positivas u oficiales. Así, en aquellas instancias en que el comercio es generalmente considerado como una actividad tramposa o picaresca, o como “un juego de suma-cero” en el que para que una de las partes contratantes gane, la otra necesariamente debe perder, o en el que un trato comercial igualitario es sólo concedido a un pariente cercano o amigo íntimo y no a terceros o extraños, resulta inevitable la existencia de un mercado débil y, por ende, de una economía igualmente débil. De igual forma, en aquellas instancias en que el derecho escrito, ya sea de naturaleza mercantil o fiscal, es ampliamente desobedecido o ignorado, las consecuencias económicas pueden ser igualmente negativas. Así las cosas, la variable del “derecho viviente” termina siendo la que más frecuentemente determina el éxito o el fracaso de una institución jurídica mercantil.

Finalmente, una aclaración terminológica: cuando yo uso el término “cultura jurídica” en relación a algún país o región, me refiero al conjunto de las instituciones jurídicas anteriormente descritas, es decir a su derecho positivo o escrito, a sus costumbres o derecho viviente, así como a sus actitudes respecto a la creación, cumplimiento e interpretación de su derecho positivo o consuetudinario.

II. LA INTERNACIONALIDAD DE LA PRÁCTICA Y LOS INGREDIENTES JURÍDICOS UNIFORMES DE LAS TRANSACCIONES COMERCIALES: PRINCIPIOS JURÍDICOS DE VIABILIDAD COMERCIAL-JURÍDICA

1. *La cooperación comercial como principal motor de la uniformidad internacional*

¿Cuál es el “motor” que impulsa a la uniformidad internacional del derecho mercantil? En primer lugar, a pesar del egoísmo innato de los seres humanos y de su ambición por las ganancias, existe entre

los comerciantes desde tiempos inmemoriales la conciencia de que su cooperación con otros comerciantes es indispensable para el buen desarrollo de sus negocios, independientemente de los lugares en que éstos se lleven a cabo. El comercio exitoso, a diferencia de la guerra o de la caza, no puede basarse en el robo, engaño, violencia o actitudes similares. Una actitud de “juego suma-cero” hacia el comercio destruye la confianza entre los comerciantes y sus clientes, y con ello la viabilidad de un mercado. En segundo lugar, en el comercio, debido a la necesidad de cooperación entre sus participantes regulares, los ingredientes legales de la contratación (a diferencia de las formas o tipos contractuales) no pueden ser tan abiertos o variables como lo es la imaginación de los comerciantes participantes. La necesidad de cooperación impone serios límites tanto a los componentes materiales u operativos como a los ingredientes morales de la contratación mercantil.

Esto no significa que el derecho mercantil sea reacio a adoptar nuevas formas de contratación. Por el contrario, para ser exitoso deberá estar abierto a nuevas modalidades, especialmente a aquellas prácticas que mejor respondan a necesidades comerciales o financieras, así como a innovaciones tecnológicas. De esta manera, por ejemplo, una vez que quedó claro a los juristas romanos que la mayor parte de las transacciones en sus mercados consistían en ventas informales, dichas transacciones se volvieron vinculantes por el “mero consenso de las partes” (*solus consensus obligant*).¹² A diferencia del *ius civilis* formalista que se aplicaba a ventas de bienes de alto valor económico o (*res mancipi*), las normas sobre ventas consensuales se aplicaban a las ventas de bienes de uso y consumo diario.¹³ Más aún, los contratos consensuales debían ser interpretados conforme a la buena fe y no sobre la base de una lectura literal o estricta de lo supuestamente estipulado (*stricti iuris*).¹⁴ Tras la celebración de un número incalculable de compraventas comerciales en innumerables países y mercados en los siglos que sucedieron a esta elección de formato informal, la sabiduría de los romanos pervive y se manifiesta en

¹² Véase Kozolchyk, Materiales de clase impresos, nota 1, p. III-14.

¹³ *Idem*.

¹⁴ *Ibidem*, p. 15.

nuestros días en el reemplazo del papel por las comunicaciones electrónicas.

2. *Los principales elementos de las prácticas comerciales exitosas: funcionalidad y justicia o equidad comercial*

Según lo enseña la experiencia con los contratos consensuales romanos, la eficacia de una práctica mercantil requiere la ineludible presencia de dos elementos transaccionales; uno de ellos es de índole material: el marco o mecanismo transaccional más adecuado, incluyendo un formato que permita la mayor funcionalidad posible y al menor costo. Considérese, por ejemplo, la práctica sugerida en forma de broma por un humorista británico a un imaginario juez inglés: ¿por qué —preguntaba el humorista al juez— rechazaría usted como inválida a una letra de cambio o giro bancario cuyo texto estuviese impreso no en papel sino sobre el lomo de una vaca?¹⁵ Independientemente de los argumentos basados en el derecho positivo inglés, quien elija una vaca como el formato físico de una letra de cambio o giro bancario impediría o encarecería en forma incosteable su funcionamiento como título circulatorio.¹⁶

Y es que la mecánica y funcionalidad de las instituciones jurídicas mercantiles resultan inseparables de los derechos, deberes y remedios procesales inherentes o incorporados a las mismas. En el caso de una letra de cambio o de un cheque, estos derechos, obligaciones y remedios procesales sólo pueden hacerse efectivos entre las partes y por adjudicadores de sus disputas si constan en un medio portátil, compacto, estandarizado, de bajo costo, duradero y fácilmente endosable o transferible, y definitivamente carente de vida humana o animal. Resulta obvio que las dificultades vinculadas al uso de una vaca como instrumento negociable serían las mismas independientemente del país o región en que se localicen los emisores, depositantes, bancos o partes vinculadas a la letra de cambio o cheque en cuestión.¹⁷ En otras palabras, el formato de los títulos circulatorios no fue elegido

¹⁵ Véase *Board of Inland Revenue vs. Haddock*, en Herbert, A. P., *Uncommon Law: Being 66 Misleading Cases*, Methuen & Co, 1935, p. 201.

¹⁶ *Idem.*

¹⁷ Véase Kozolchyk, Fairness, y Kozolchyk, Commercialization, nota 11.

por los comerciantes de manera accidental. Su selección como práctica comercial provino del empirismo del mercado, producto de intentar llevar a cabo emisiones, depósitos, negociaciones y pagos de títulos circulatorios con distintos objetos y formatos. Así, eventualmente, los comerciantes y banqueros arribaron a una fórmula transaccional que se convirtió, por ser la más efectiva y de menor costo, en universal.

El otro elemento esencial de una práctica comercial exitosa lo constituye la justicia o equidad comercial de los derechos, obligaciones y remedios procesales que a ella se incorporan. Esta justicia o equidad comercial requiere que las partes de la transacción, al igual que los terceros, sean tratadas con base a un criterio de razonabilidad derivado de lo acordado entre las partes y de lo acostumbrado en el mercado. Según este principio, para poder proceder como un contratante justo, el mismo deberá colocarse en la posición de su contraparte contractual y preguntarse qué es lo que dicha contraparte espera obtener del contrato. De no estar clara, ni de aparecer como justa tal expectativa, el contratante en cuestión deberá preguntarse qué esperaría obtener otro contratante, que participe regularmente en ese mercado, de un contrato tal como el cuestionado. De esta forma, la justicia o equidad comercial que toma en cuenta las expectativas razonables de las partes y de terceros es objetiva y no puede ser objetada como arbitraria o caprichosa.

En resumen, para que una práctica comercial sea exitosa y pueda aspirar a ser universalmente adoptada, ella tiene que ser llevada a cabo en una forma que sea mecánicamente funcional y eficiente en cuanto a sus costos. Además, ella debe contener una fórmula de derechos, obligaciones y remedios procesales que respondan a un criterio de justicia o equidad mercantil que beneficie a la vasta mayoría de los participantes en ese tipo de negocio, ya sea como productores, distribuidores, financieros o consumidores.

3. *Principios jurídicos de viabilidad comercial*

La vasta mayoría de las prácticas o usos y costumbres comerciales que han ganado aprobación universal reflejan una serie de principios sin los cuales el derecho mercantil no puede cumplir cabalmente su

función de promoción del desarrollo económico. De hecho, y según se indicó en una publicación anterior, lo que distinguió al derecho mercantil como una rama separada del derecho privado, desde los siglos XVIII y XIX, fue su adhesión a los principios que enumeraré de forma ilustrativa y no exhaustiva.¹⁸ Ellos son: 1) el poder de las partes de obligarse en una forma consistente con su intención, con carácter definitivo e incluyendo la limitación de su responsabilidad, tanto en cuanto a su monto como su duración; 2) el tratamiento igualitario de los comerciantes por parte de las autoridades y de otros comerciantes, independientemente de su país de origen, raza, religión o procedencia étnica; 3) el poder de las partes y de los organismos decisores de reconocer y aplicar las mejores prácticas derivadas de la costumbre, así como de la conducta de los arquetipos o modelos de comportamiento comercial; 4) el reconocimiento normativo de la equivalencia entre la posesión de un bien mueble y su titularidad; 5) la capacidad de transferir mejores derechos posesorios que los adquiridos, incluyendo los derechos de titularidad y de promesas abstractas tales como las incorporadas en títulos circulatorios, valores y representativos (el llamado principio de negociabilidad); y 6) la protección a aquellas partes que actúen de buena fe, ya sea en calidad de contratantes o de terceros, pero especialmente a estos últimos, ya que son ellos quienes más pueblan y nutren al mercado.

Sin embargo, y a pesar de la clara contribución de estos principios a la viabilidad de los mercados comerciales y financieros, los opositores de la modernización del derecho mercantil continúan expresándose a favor de la retención de ciertas instituciones jurídicas autóctonas so pretexto de preservar “tradiciones jurídicas” locales o regionales.

III. LA POBREZA Y LA MODERNIZACIÓN JURÍDICA EXCLUSIVAMENTE AUTÓCTONA

Algunos de estos opositores consideran que la modernización de las instituciones jurídicas mercantiles de las naciones en desarrollo es

¹⁸ Kozolchyk, Boris, “On the State of Commercial Law at the End of the Twentieth Century”, 8 *Ariz. J. Int'l & Comp. L.* 1, 1991, pp. 5-10. La redacción de los principios ha cambiado en publicaciones ulteriores. La redacción del texto principal de este documento refleja la versión más reciente.

producto de la arrogancia intelectual o del imperialismo jurídico cultural de los modernizadores. Ellos ponen en duda que las naciones en desarrollo puedan mejorar su condición social y económica si modernizan sus instituciones jurídicas con base en instituciones inspiradas por culturas jurídicas que ellos consideran crasamente comerciales y materialistas.

A pesar de la dificultad que existe en precisar el significado de expresiones tales como “materialismo craso”, lo que estos escépticos verdaderamente objetan son los valores comerciales inspirados en el capitalismo. Así, ellos continúan aferrándose a modelos de desarrollo económico marxistas, a pesar de los indiscutibles fracasos de estos modelos en países tan diversos como China, Cuba, Rusia y los países de Europa Oriental. Otros escépticos, especialmente durante los años sesenta y setenta, parecían estar bajo el bucólico hechizo del movimiento de la “vuelta a la naturaleza” que caracterizó a esas décadas. Éstos consideran que, lejos de “exportar” sus instituciones jurídicas, las naciones desarrolladas deberían aprender de las naciones en desarrollo en lo que respecta a su superior “calidad de vida”.

Recuerdo haberle preguntado a uno de estos escépticos (quien a pesar de su ideología neo-marxista lucía un costoso saco de *tweed* Ivy League y una aromática pipa de *rigueur* en una magna “protesta” de académicos de los años sesenta) si él había experimentado en su propia carne la angustia de un padre pobre en una nación en desarrollo, incapaz de alimentar, y menos aún de sanar, a su niño enfermo. Dado que él no había experimentado tal dolor y angustia, yo le sugerí que aquellos que los habían sufrido y continuaban sufriendo no tenían la menor objeción a que su país o región adoptara aquellas instituciones jurídicas que efectivamente contribuyeran a mejorar sus condiciones de vida, independientemente del origen o tradición jurídica de estas instituciones.

Otra variación sobre el mismo tema de las soluciones exclusivamente autóctonas con respecto al desarrollo económico basado en la modernización del derecho mercantil fue la formulada por un representante del gobierno mexicano, durante las negociaciones del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN). Yo le había sugerido que el derecho mexicano, en materia de garantías mobiliarias, se beneficiaría por medio de su armonización con el derecho ca-

nadiense y el de los Estados Unidos, al ser capaz de proveer crédito a los pequeños y medianos comerciantes mexicanos con base en tasas de interés mucho más bajas que las predominantes en México. De otra forma, dichos comerciantes no podrían competir en términos de igualdad con sus contrapartes en Canadá y los Estados Unidos, quienes cuentan con tal crédito a una tasa de interés mucho más baja. Añadí que el costo de la falta de acceso al crédito comercial a tasas razonables había sido estimado por economistas del Banco Mundial en aproximadamente un 9% del producto interno bruto del país que careciese del mismo. Sin embargo, su respuesta fue: “¿por qué México es quien debe armonizar su derecho con el de Canadá y los Estados Unidos, y no a la inversa?”. Le indiqué entonces que su pregunta sólo podía ser contestada con otra pregunta. Lo que él debería preguntarse era: “¿desea México que sus pequeñas y medianas empresas cuenten con acceso al crédito bajo los mismos términos y condiciones que las empresas en Canadá y en Estados Unidos?”. De ser así, al decir del viejo refrán, “sólo con cierta maña se esquila bien a la oveja”, y en el caso del crédito al pequeño y mediano comerciante, la “oveja” no puede ser esquilada con instituciones jurídicas diseñadas para principios del siglo XIX, una época en la cual predominaba aún, entre otras premisas económicas, la que calificaba a la propiedad inmueble como la más valiosa y a los bienes muebles como “viles” (*res mobilis, res vilis*).¹⁹

IV. ALGUNAS DE LAS CAUSAS ESENCIALES DE LA POBREZA ENDÉMICA: LA FALTA DE RECURSOS Y LAS FALLAS EN EL DERECHO OFICIAL Y EN EL DERECHO VIVIENTE

Algunas de las causas básicas de la pobreza del arquetipal padre en un país en desarrollo no son difíciles de identificar. Las naciones que carecen de los recursos materiales y humanos esenciales se enfrentan con mayores dificultades para alimentar a los más necesitados que las naciones que cuentan con tales recursos. Sin embargo, aun contando con recursos materiales y humanos limitados, como es el

¹⁹ Véase, en general, Kozolchyk, Boris, “What to do about Mexico’s Antiquated Secured Financing Law”, 12 *Ariz. J. Int’l Comp. L.*, 1995, p. 523.

caso de muchas de las naciones en desarrollo, las principales causas de la pobreza endémica tienen una base jurídica institucional; como este autor, entre otros, lo ha venido sustentando durante un considerable periodo de tiempo.²⁰ Un informe del Banco Mundial de 2006 confirma ampliamente esta conclusión.²¹ Dicho estudio analiza en forma detallada los cálculos monetarios aproximados en cuanto a los recursos (a los que califica como activos) en 120 países, incluyendo tanto “recursos naturales como recursos intangibles, de los cuales depende el desarrollo”.²² Frente a la pregunta: “¿cuáles son los activos esenciales para generar bienestar?”,²³ la respuesta de los autores del informe es enfática: “la mayor parte de la riqueza de un país se concentra en lo que llamamos capital intangible”.²⁴ Esto es así porque “el proceso de desarrollo implica principalmente el crecimiento en... los sectores de manufactura y servicios, los cuales dependen en mayor medida de las variedades de riqueza intangible”.²⁵ Así, “en la mayoría de los países, el *capital intangible* constituye la porción más grande de la riqueza total”.²⁶ Esta clase de capital incluye:

Capital humano, las aptitudes y el *know-how* encarnados en la fuerza laboral. Comprende el capital social, esto es, el nivel de confianza existente entre la gente en una sociedad y su habilidad de trabajar en con-

²⁰ Véase, entre otros, Kozolchyk, Boris, “Law and Social Change in Latin America: The Alliance for Progress”, 44 *Hisp. Am. Hist. Rev.*, noviembre de 1964, pp. 491-502; Kozolchyk, Boris, *Law and the Credit Structure in Latin America*, RM-4918, Rand Corp., marzo de 1966 (en adelante, Kozolchyk, *Law and the Credit Structure*); Kozolchyk, Boris, “Toward a Theory of Law in Economic Development, the Costa Rican USAID Rocap”, *Law & Soc. Order*, 1971, p. 681 (en adelante, Kozolchyk, *Toward a Theory of Law*); Kozolchyk, Fairness, nota 11; Kozolchyk, Commercialization, nota 11; Kozolchyk, Highways & Byways, nota 1; y Kozolchyk, Roadmap, nota 1. Véanse también los revolucionarios artículos de Harrison, Lawrence, “Culture Matters: How Values Shape Human Progress”, 2001, y Harrison, Lawrence, “The Central Liberal Truth: How Politics Can Change a Culture and Save It from Itself”, 2006.

²¹ Véase The World Bank, *Where is the Wealth of Nations? Measuring Capital for the 21st Century*, 2006 (estudio del Banco Mundial acerca de la riqueza de las naciones).

²² *Ibidem*, en XIII.

²³ *Ibidem*, en XVII.

²⁴ *Idem*.

²⁵ *Ibidem*, en XVIII.

²⁶ *Ibidem*, en 87.

junto para lograr los objetivos comunes. También incluye los elementos gubernamentales que promueven la productividad de la economía. Por ejemplo, si una economía cuenta con un sistema judicial eficiente, derechos de propiedad claros, y un gobierno efectivo, el resultado será una riqueza total más alta y, en consecuencia, un mayor capital tangible residual.²⁷

Como ha sido señalado por el licenciado Octavio Sánchez, investigador del National Law Center for Inter-America-Free Trade (NLCIFT o Centro Jurídico para la Implementación del Libre Comercio en las Américas), una de las características más importantes de este estudio es que el mismo cuantifica la medida en que un sistema jurídico efectivo puede contribuir al desarrollo económico. El estudio concluye que del total de la riqueza mundial, el 78% es capital intangible; y de este capital, el 57% es resultado directo de un sistema jurídico efectivo, y el 36% de un sistema educativo bien estructurado.²⁸

Las fallas en las instituciones jurídicas oficiales y en el derecho viviente —a nivel sustantivo, procesal, administrativo o judicial— se reflejan claramente en la falta de confianza que dichas instituciones generan también en aquellos que deberían ser sus usuarios principales.²⁹ La capacidad de un país de emplear, educar y alimentar a los necesitados se ve afectada cuando los inversionistas pierden el interés en invertir en virtud de su expectativa razonable de que una entidad pública o una contraparte podrá incumplir impunemente sus promesas. De modo similar, la reticencia de un prestamista que no esté dispuesto a prestar porque no cuenta con recursos o defensas que le permitan el cobro o la reposición de los bienes dados en garantía, de una manera económica y expedita, también genera el fracaso del país en su lucha contra la pobreza. Esta falla se manifiesta con claridad meridiana en la ausencia de crédito para la micro, pequeña y mediana empresa en el mundo en desarrollo y, en particular, en los países latinoamericanos.

²⁷ *Idem*.

²⁸ *Ibidem*, en 4 (tabla 1.1) y 96 (figura 7.2). Véase, también, Sánchez Barrientos, Octavio, *Dogmatismo cultural y legal en una era de riqueza inmaterial*, 3 (manuscrito en archivo del autor; será publicado en 2010).

²⁹ Kozolchik, *Toward a Theory of Law*, nota 20, pp. 740-745.

En 2008, un estudio sobre crédito comercial realizado por el NLCIFT en Honduras reveló que incluso un banco que se especializa en préstamos a micro y pequeñas empresas, rechaza siete de cada diez solicitudes para esta clase de préstamo.³⁰ Un estudio anterior en materia de crédito comercial garantizado en México demostró que este crédito casi no se encontraba disponible para las pequeñas y medianas empresas, y cuando existía las tasas de interés aplicables eran simplemente incosteables.³¹ Entre tanto, el Banco Central de Brasil determinó que, en 1999, el riesgo de incertidumbre en cuanto al cobro constituía el factor principal (un tercio) en las tasas de interés aplicables, las que oscilaban en aproximadamente un 40% anual para los préstamos comerciales en Brasil.³²

Más aún, la incertidumbre jurídica a nivel mercantil tiene la tendencia a degenerar en conductas altamente nocivas y carentes de principios de cooperación que afectan a la sociedad en su totalidad, en ocasiones de manera incontrolable. En un estudio que conduje en Argentina (entre otros países latinoamericanos) a mediados de los años sesenta para la Corporación Rand, describí cómo ciertos documentos negociables como los giros y cheques, cuyo pago resultaba altamente incierto al momento de su vencimiento, seguían no obstante siendo utilizados por los comerciantes y banqueros argentinos como medios de pago de distintos bienes y servicios.³³ A mi pregunta: “¿por qué acepta usted este “cuasi-dinero” tan incierto como forma de pago de las obligaciones?”³⁴ la respuesta de los banqueros y comerciantes fue: “por la psicología del dinero falso, esto es, el vendedor lo toma por su necesidad de vender y con la esperanza de que

³⁰ Rosen, Boris y Gulisano, George A., Diagnostic Assessment of Current Accounting, Business, Banking, Lending and Tax Practices of Individuals and Small to Medium-Sized Businesses; and Analysis of Sectors which are Candidates for Participation in the proposed NLCIFT-Millennium Challenge Account Honduran Secured Transactions Program, diciembre de 2008, p. 8 (en archivo del autor).

³¹ Véase Nelson, Todd y Kozolchik, Boris, *Harmonization of the Secured Financing Laws of the NAFTA Partners: Focus on Mexico*, National Law Center for Inter-American Free Trade, 1995, pp. 15-38 y 119, 120.

³² Departamento de Estudios e Pesquisa, Banco Central do Brasil, *Juros e Spread Bancario no Brasil*, 3, 1999 (en adelante, Estudio del Banco Central de Brasil).

³³ Kozolchik, *Law and the Credit Structure*, nota 20.

³⁴ Kozolchik, Preguntas y Respuestas, 12 de abril de 1965, p. 3 (cuestionario no publicado de Buenos Aires, en archivo del autor).

podrá transferirlo a otra persona, como si fuera una moneda o un billete falso que regularmente entra y sale de su caja registradora”.³⁵ Y al preguntarle por qué la “otra persona” (con plena conciencia de la naturaleza dudosa del documento) aceptaría dicho instrumento de pago, la contestación fue igualmente picaresca: “el precio de los bienes o servicios a ser posiblemente pagados con estos instrumentos defectuosos, también estará altamente inflado, de manera que el pago inicial en efectivo cubrirá el costo de los bienes más una pequeña ganancia, y el cobro del remanente correrá a riesgo del vendedor”.³⁶ En definitiva, el costo socioeconómico de una incertidumbre legal nutrida por un derecho viviente caracterizado por el incumplimiento y por la “psicología comercial del dinero falso”, aumentó sustancialmente los precios ya inflados de un mercado hiperinflacionario en Argentina.³⁷

A la falta de confianza en los comerciantes y en las instituciones jurídicas se adiciona la desconfianza de los comerciantes por aquellos prestatarios que no les son cercanos, bien porque no son miembros de sus familias ni son parte de su círculo de amistades. De allí que la desconfianza entre extraños (que constituyen la mayoría de los participantes en el mercado comercial) continúa siendo la más importante causa de la falta de crédito comercial en Latinoamérica. Esto fue aparente cuando visité México y América Central hace dos años (antes de la presente crisis financiera mundial y del colapso de las fuentes de empréstitos). Me dijeron los bancos, los funcionarios de gobierno y los economistas de los bancos centrales que los bancos contaban con suficiente capital financiero a su disposición; sin embargo, pocos estaban dispuestos a prestar a las pequeñas empresas a menos que sus dueños fueran muy bien conocidos por los bancos, y que pudieran proporcionar sus firmas personales (fianzas) y “buenas” garantías de naturaleza hipotecaria.

En lo que resta de este artículo, se analizará cómo los intentos de curar la falta de crédito comercial y al consumo, tanto por medio del derecho positivo u oficial como del derecho viviente o consuetudinario, han prosperado en las naciones latinoamericanas. Mi esperanza

³⁵ *Idem.*

³⁶ *Idem.*

³⁷ Kozolchyk, *Law and the Credit Structure*, nota 20, p. 25.

es que las lecciones aprendidas de la experiencia analizada puedan mejorar las oportunidades de éxito en el desarrollo de éstas y otras instituciones jurídicas mercantiles modernizadoras en los mercados de bienes y servicios en Latinoamérica y otras regiones en desarrollo.

V. REMEDIOS INSTITUCIONALES PARA LA FALTA DE CRÉDITO COMERCIAL

La experiencia de los bancos en los centros financieros desarrollados desde hace aproximadamente dos siglos y, más recientemente, la de algunos bancos y asociaciones financieras en naciones en desarrollo, indica que los préstamos comerciales que las entidades supervisoras de la banca denominan como los más “sanos y confiables” son el resultado de negocios y prácticas jurídicas probadas como efectivas en los respectivos mercados y países.³⁸ De acuerdo a esta experiencia, un préstamo es sano y confiable si el prestatario tiene *la capacidad y voluntad de pagar y puede ofrecer al prestamista acceso en forma rápida y poco costosa a una fuente de pago líquida y confiable*.

A diferencia de los préstamos sobre bienes inmuebles, cuya garantía principal consiste en terrenos o edificios cuyo valor como garantía es por lo general estable y frecuentemente sujeto a aumento con el decurso del tiempo (excepto en crisis tales como la presente), los préstamos comerciales dependen de activos y formas de pago de naturaleza mueble, de valor fluctuante y en muchos casos sujeto a una rápida depreciación. Su número y valor-mercado fluctúa en virtud de distintas variables tales como el volumen de ventas del inventario del deudor, la liquidez de las cantidades adeudadas por clientes acreditados, y el valor de mercado de bienes intangibles como el valor llave, patentes, marcas, concesiones exclusivas u otros derechos de propiedad industrial o intelectual.

Según lo demuestran las experiencias de los banqueros y comerciantes británicos del siglo XVIII, estos préstamos funcionan mejor cuando ellos son saldados por el producto de las ventas de los bienes

³⁸ Véase, en general, Kozolchyk, Boris (ed.), “Introducción”, National Law Center for Inter-American Free Trade, Transparency and Truth in Latin American Banking, 2001.

cuya compra o transformación ellos hicieron posible. Desde el punto de vista comercial y financiero, entonces, el mejor préstamo mercantil es aquel que se liquida o paga “por sí mismo”.³⁹ Esta práctica exige que el banco permita al prestatario permanecer en posesión de los bienes en garantía con los cuales pagará el préstamo, y también que dicho banco determine proporciones realistas en cuanto al monto de las garantías solicitadas en relación con las cantidades prestadas. También requiere que los préstamos sean cuidadosamente supervisados o monitoreados para asegurar, entre otras cosas, que la proporción entre la garantía y las cantidades prestadas continúe siendo realista. Finalmente, y en la etapa final de la operación comercial y bancaria, si el deudor incumple su obligación de pago o de preservación del valor de la garantía, requiere este préstamo que el acreedor tenga el derecho de recuperar y volver a vender los bienes dados en garantía o el producto de su venta o transformación ya sea en efectivo o en especie, sin incurrir en mayores gastos. Este es un derecho que por lo general se implementa por medio de una disposición o procedimiento extrajudicial.⁴⁰

En forma paralela a estos requisitos, que se inspiran en las mejores prácticas de negocios, están aquellos que se derivan de las mejores prácticas de supervisión bancaria. Durante las últimas tres décadas, los reguladores internacionales y locales en materia de seguridad y liquidez bancarias han formulado reglas sobre la adecuación del capital bancario, las cuales enfatizan la importancia de una evaluación del riesgo sólida y confiable, del debido avalúo de las garantías y de las prácticas transparentes en materia de información bancaria y crediticia.⁴¹

Mientras tanto, cuerpos legislativos internacionales, tales como la Organización de Estados Americanos (OEA) y la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI

³⁹ Véase Kozolchyk, Boris y Wilson, John M., “The Organization of American States Model Inter-American Law on Secured Transactions”, 36 *UCC L.J.* 19, 2002, p. 20 (en adelante, Kozolchyk y Wilson, *The New Model Inter-American Law*), y Kozolchyk y Furnish, *A Comparative Analysis*, nota 10, pp. 109, 110.

⁴⁰ Kozolchyk, *Preguntas y Respuestas*, nota 34.

⁴¹ Véase Basel Committee on Banking Supervision, *Basel I & Basel II: International Convergence of Capital Measurement & Capital Standards*. Véase, también, *Transparency and Truth in Latin American Banking*, nota 38, pp. 180-183.

o Uncitral, por su sigla en inglés) han adoptado, respectivamente, una Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias⁴² (en adelante, la Ley Modelo de la OEA) y la Guía Legislativa de Uncitral sobre Garantías Mobiliarias (2008).⁴³ Otro ejemplo similar es la aprobación de la Ley Modelo sobre Garantías Mobiliarias de 1994 para los Estados de Europa Oriental.⁴⁴ Lo que sigue es una descripción sumaria del trabajo del NLCIFT para lograr la unificación del derecho y de las prácticas sobre garantías mobiliarias en las Américas, tomando como base a la Ley Modelo de la OEA.

VI. EL TRABAJO DEL NLCIFT EN LA ARMONIZACIÓN DEL DERECHO SOBRE GARANTÍAS MOBILIARIAS EN LAS AMÉRICAS

Mientras que la ley vigente y la costumbre en materia de garantías mobiliarias en Estados Unidos y en Canadá guardan una considerable uniformidad, el resto del hemisferio, con excepción de Guatemala, y esperamos que próximamente Honduras, carece de dicha normativa uniforme y eficaz. La uniformidad en el hemisferio tuvo un inicio afortunado con la Ley Modelo de la OEA ya mencionada. Esta Ley Modelo inspiró en Guatemala la aprobación del Decreto 51-2007 del 24 de octubre de 2007,⁴⁵ así como la posible adopción de una normativa similar en Honduras, incluyendo su implementación.⁴⁶ En 2006, el Perú también aprobó una ley inspirada en la Ley Modelo de la OEA, la cual contiene sin embargo serias deficiencias en materia

⁴² Organización de Estados Americanos, Ley Modelo de la OEA sobre Garantías Mobiliarias (en adelante, Ley Modelo de la OEA), en <http://natlaw.com/seminar/doc12.pdf> (última visita el 11 de febrero de 2009).

⁴³ Comisión de las Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), Guía Legislativa sobre Garantías Mobiliarias, 2008.

⁴⁴ European Bank for Reconstruction and Development (Banco Europeo para la Reconstrucción y el Desarrollo, EBRD), Ley Modelo sobre Garantías Mobiliarias, 1994.

⁴⁵ Ley Guatemalteca de Garantías Mobiliarias, Decreto 51-2007, aprobada el 24 de octubre de 2007, publicada en el *Diario Oficial* el 16 de noviembre de 2007 (en adelante, LGM guatemalteca o LGGM), disponible en <http://natlaw.com/indocs/stgubk00033.pdf> (última visita el 17 de febrero de 2009).

⁴⁶ Proyecto hondureño de Ley de Garantías Mobiliarias, documento de trabajo, versión disponible en <http://www.natlaw.com/indocs/sthnbk-drjul08.pdf> (última visita el 17 de febrero de 2009).

sustantiva y registral que la han hecho en gran medida inefectiva.⁴⁷ México también adoptó versiones parciales de la Ley Modelo de la OEA, primero en 2000⁴⁸ y posteriormente en 2003.⁴⁹ Al igual que la del Perú, la legislación mexicana adolece de serios defectos que la han hecho en gran parte inefectiva.

1. *Redacción de la Ley Modelo de la OEA*

A. *Proyecto de la antigua Secofi en México y los Principios sobre Garantías Mobiliarias del NLCIFT*

La Ley Modelo de la OEA se benefició considerablemente de los trabajos anteriores realizados para la redacción de una ley de garantías mobiliarias para México, tarea que se inició en 1996 y concluyó en 2003.⁵⁰ Por disposición del entonces presidente de México, Ernesto Zedillo, la Secretaría de Economía y Fomento Industrial (Secofi)

⁴⁷ Ley Peruana de la Garantía Mobiliaria, Ley 28677, aprobada el 10 de febrero de 2006, publicada en el *Diario Oficial* el 1ro. de marzo de 2006 (en adelante, LGM del Perú), disponible en <http://natlaw.com/interam/pe/pp/st/stpepp00001.htm> (última visita el 17 de febrero de 2009).

⁴⁸ Decreto por el que se Reforman, Adicionan y Derogan Diversas Disposiciones de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, del Código de Comercio, de la Ley de Instituciones de Crédito, de la Ley del Mercado de Valores, de la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas y de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, México, aprobado el 18 de mayo de 2000, publicado en el *Diario Oficial* el 23 de mayo de 2000 (en adelante, Decreto mexicano del 2000), disponible en <http://natlaw.com/interam/mx/pp/dc/dcmxbk23.htm> (última visita el 17 de febrero de 2009).

⁴⁹ Decreto por el que se Reforman, Adicionan y Derogan Diversas Disposiciones de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, del Código de Comercio, de la Ley de Instituciones de Crédito, de la Ley del Mercado de Valores, de la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas y de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, México, aprobado el 12 de junio de 2003, publicado en el *Diario Oficial* el 13 de junio de 2003 (en adelante, Decreto mexicano del 2003), disponible en <http://natlaw.com/interam/mx/pp/dc/dcmxbk23.htm> (última visita el 17 de febrero de 2009).

⁵⁰ Véase Kozolchik y Furnish, *A Comparative Analysis*, nota 10, pp. 144-167, para un breve recuento corto del proceso de redacción de esta ley y sus subsecuentes reformas, aún sin completar.

fue designada como agencia proyectista e invitó al NLCIFT a participar en el esfuerzo de redacción.⁵¹ El proyecto fue en todo momento discutido con la Asociación Nacional de Bancos de México y con miembros del cuerpo administrativo y legal de Banamex, S. A. (en ese entonces el banco más grande de México), quienes también prestaron su apoyo a dicho proyecto. También fue revisado y apoyado por algunos de los académicos especialistas en derecho mercantil más respetados, tales como el maestro Raúl Cervantes Ahumada y el director de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, Miguel Acosta Romero. Además, fue objeto de un cuidadoso análisis por parte del Colegio de Notarios Públicos del Distrito Federal, incluyendo académicos y profesionales altamente calificados.⁵²

Los notarios mexicanos plantearon una serie de preguntas al NLCIFT y sugirieron que se celebraran reuniones conjuntas sobre el siguiente tema: “qué tan compatible es la ley propuesta con las instituciones jurídicas mexicanas, ¿cuáles instituciones son incompatibles y por qué?”. En la preparación de estas sesiones, me referí a una serie de principios que habían sido utilizados anteriormente cuando se explicó este tema a los funcionarios del gobierno mexicano (estos principios sufrieron posteriores revisiones hasta que la versión final fue publicada por el NLCIFT en 2006).⁵³ Como se analizará a continuación, los Principios del NLCIFT mostraron su utilidad didáctica al igual que como guía de redacción legislativa, especialmente en relación con los proyectos de ley sobre garantías mobiliarias de Guatemala y Honduras (estos principios se pueden encontrar en la tabla que aparece en las siguientes páginas, y se recomienda al lector que los analice en este momento).

⁵¹ Las personas que participaron por el NLCIFT en los trabajos de redacción con Secofi fueron el licenciado Francisco Ciscomani, John Wilson Molina (ex coordinador de Proyecto para el NLCIFT, actualmente asesor legal de la OEA) y Boris Kozolchyk.

⁵² Especialmente, el altamente calificado académico y profesional en ejercicio, el entonces presidente del Colegio de Notarios, licenciado Adrián Iturbide, así como sus colegas, licenciado Miguel Alessio y licenciado Javier Arce Gargollo.

⁵³ Véase National Law Center for Inter-American Free Trade, 12 Principios del NLCIFT para las Garantías Mobiliarias en las Américas, 2006 (en adelante, 12 Principios). El grupo de proyectistas de los 12 Principios incluyó a Mariana Silveira, Dale Beck Furnish, Marek Dubovec y Boris Kozolchyk.

NLCIFT, 12 Principles of Secured Transactions Law in The Americas*

1. Secured commercial and consumer credit is an effective tool for economic development because it allows the debtor's use, transformation, sale or barter of collateral (mobilization). The mobilization of these assets leading to their sale or disposition makes possible the payment or self-liquidation of the loan. A single security interest can support a series of loans whose amount and collateral can vary during the life of the loan or loans. By executing a single security agreement and by giving public notice of the loan or line of credit, the secured creditor establishes his priority in the collateral over third parties without having to enter into new credit extension agreements or having to make successive filings. Self liquidation can take place only when the following corollary principles are implemented by legislators, the parties, registries and courts.

2. A security interest is a preferential right to possession or control of personal property. As such, it does not require that the debtor who grants the interest have title to the personal property collateral; his right to its possession, even though co-existent with other possessory rights in the same property by other creditors and debtors, will allow the creation of the security interest.

1. Las garantías mobiliarias del crédito comercial y del consumo propician el desarrollo económico porque permiten al deudor el uso, transformación venta o permuta de los bienes garantizados (movilización de los activos). El producto de la venta o disposición de estos activos o de sus bienes derivados o atribuibles hacen posible la auto-cancelación o pago del préstamo. La ejecución de un solo acuerdo de garantía y su publicidad registral efectuada desde el momento de ese acuerdo puede garantizar a una serie de préstamos o "línea de crédito" cuyo monto y cantidad o valor de bienes garantizados pueden fluctuar durante la vida de ese préstamo o préstamos. Publicitada la garantía, el acreedor establece su prioridad respecto a terceros sin necesidad de acuerdos o registros sucesivos. La auto-cancelación de las garantías mobiliarias requiere que los siguientes principios, corolarios de la misma, se implementen por los legisladores, las partes, los registros y las cortes.

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

* Los 12 Principios del NLCIFT para las Garantías Mobiliarias en las Américas, National Law Center for Inter American Free Trade, 2006.

3. The security interest may be created in any personal property susceptible to monetary valuation whether present or future, tangible or intangible including rights to the same, as well as in the proceeds of this collateral, whether in their first or future generations. Thus, personal property collateral as well as security interests in them are open in number (*numerus apertus*), and these security interests are not limited to pre-existing devices such as the pledge, with or without dispossession of the collateral, chattel mortgages, retention of title or conditional sales, etc.

4. Security interests may be created by contract or by law. The effectiveness of a security interest between the secured creditor and debtor arises from their contract or from a statutory or judicial imposition without any additional formality. Nevertheless, third party rights, including the rights of judgment creditors and trustees in bankruptcy, will not be affected by the security interest unless proper notice of it is provided to third parties.

5. A principal goal of a secured transactions public notice system is to eliminate secret liens. Public notice can either be attained by the creditor's or designated third party's possession or control of the collateral, or by registration. A perfected security interest in personal property can merge with a negotiable instrument, in which case it will become a negotiable security interest and, thus, an "abstract" undertaking, independent of rights and equities associated with the underlying transaction, thereby allowing its "true sale" or unrestricted negotiation to a *bona fide* purchaser.

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

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

5. Uno de los objetivos principales del sistema de publicidad de las garantías mobiliarias es el de eliminar los gravámenes ocultos o secretos. La publicidad (perfeccionamiento) se puede lograr ya sea mediante registro público o por la posesión o control del bien garantizador en manos del acreedor o de un tercero designado por éste. La garantía mobiliaria perfeccionada sobre un bien mueble podrá fusionarse con un documento negociable, en cuyo caso se convertirá en una garantía mobiliaria negociable y, en consecuencia, en una obligación abstracta, independiente de los derechos y obligaciones de la

6. Effective public notice by a specialized registry occurs when all known or future legal mechanisms with the effect of guaranteeing the payment of a debt against personal property are treated as a unitary security interest. The effect of such a recorded security interest, including its priority, upon third parties (such as other secured creditors and purchasers) commences from the time of its filing, irrespective of the time of its creation.

7. Registration should be inexpensive and should take place in a public registry easily accessible to third parties regardless of nationality or economic sector, if at all possible by electronic means. The filing, in standardized fashion, should contain only the essential data to identify the parties, the amount of the loan or line of credit and collateral, consistent with the needs of actual and potential third parties to discover all recorded liens against the debtor's assets. Generic descriptions of collateral such as "inventory" or "accounts receivable" should suffice. The registry should be indexed generally by the debtor's name and, only exceptionally, by the serial number of the goods.

8. A "purchase money", or "acquisition" security interest should take priority, to the extent that the credit provided is used directly to acquire the collateral, over prior existing perfected security interests in the same kind of collateral, as an incentive to those wishing to provide timely, valuable and needed loans and as a safeguard against the monopolization and immo-

transacción subyacente, permitiendo así su venta autónoma (*true sale*) o negociación sin limitaciones a un tercero de buena fe.

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

7. El registro de la garantía deberá ser lo más económico posible y deberá realizarse en un registro público fácilmente accesible a terceros sin distinción de giro comercial o nacionalidad, y, de ser posible, en forma electrónica. La inscripción deberá contener los datos más esenciales, en forma estandarizada, a efectos de identificar a las partes, el monto del préstamo o línea de crédito y los bienes garantizados, en forma coherente con las necesidades de información de terceros, actuales o potenciales. Resultarán suficientes las descripciones genéricas de los bienes garantizados, como ser "inventario" o "cuentas por cobrar." El índice deberá organizarse en general con base al nombre del deudor y, excepcionalmente, en base al número de serie de los bienes.

8. En la medida en que el crédito proporcionado en base a una garantía mobiliaria de "adquisición" o de "compra de bienes específicos" se utilice directamente para la compra de los bienes garantizados, dicha garantía tendrá prioridad sobre otras garantías mobiliarias preexistentes que cubran la misma clase de bienes, creando así un incentivo para quienes deseen

bilization of the collateral available by one or more secured creditors. Perfection of a purchase money security interest should require, in addition to the appropriate filing, a special notice to pre-existing security interests.

9. A buyer in the ordinary course of business takes free of a perfected security interest created by his seller, even when the buyer may know of that security interest. If the sale occurs outside the ordinary course of business, then the buyer takes subject to the security interest even if he pays a fair purchase price.

10. Self liquidation of the security interests requires that repossession of the collateral and foreclosure take place by means of a contractual, rescissory and extrajudicial enforcement that confers upon the creditor or agreed-upon fiduciary the power to repossess or retain and foreclose on the collateral privately or by means of a highly expeditious judicial foreclosure.

11. Whenever possible — and until such time as a perfected and modern bankruptcy system that duly protects debtor and creditor rights has been adopted — the perfected security interest should not become part of bankruptcy proceedings and the law of bankruptcy or any other branch of the law should not become a tool to delay, avoid and evade secured obligations. Exceptionally, where the bankruptcy takes the form of a busi-

proporcionar los préstamos necesarios y oportunos, y una protección en contra del monopolio e inmovilización de los bienes garantizados disponibles por parte de uno o más acreedores garantizados. Además de la inscripción correspondiente, para el perfeccionamiento de la garantía mobiliaria de adquisición se requerirá un aviso especial a los acreedores preexistentes.

9. El comprador en el curso ordinario de los negocios adquiere los bienes libres de cualquier garantía mobiliaria perfeccionada anteriormente por el vendedor, incluso en los casos en que el comprador pueda tener conocimiento de su existencia. Si la venta ocurre fuera del curso ordinario de los negocios, entonces el comprador se encuentra sujeto a la garantía mobiliaria, incluso cuando haya pagado un precio de compra justo.

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

11. En la medida de lo posible — y hasta el momento en que rijan un sistema moderno en materia de quiebras que proteja en forma adecuada los derechos de los acreedores y deudores — la garantía mobiliaria perfeccionada no deberá formar parte de los procedimientos de quiebra, y las leyes relativas a quiebra o a otras ramas del derecho no habrán de convertirse en un vehículo para retrasar, evitar y evadir el pago de las obliga-

ness reorganization, collateral may become part of the bankruptcy estate, subject to the exclusive jurisdiction of the bankruptcy court to confirm the perfection of the security interest and establish its priority against the claims of other creditors, to determine the extent and value of the security interest and ultimately to decide whether the collateral is essential to a feasible reorganization that shall protect valid security interests.

12. The harmonization of secured transaction laws — including conflict of law rules — is essential in order to promote cross-border extension of credit.

ciones garantizadas. De manera excepcional, si los procedimientos corresponden a un concurso preventivo, los bienes garantizados pueden pasar a integrar la masa de la quiebra, sujetos a la jurisdicción exclusiva del tribunal de quiebras, a efectos de confirmar el perfeccionamiento de las garantías mobiliarias así como su prioridad con respecto a los reclamos de otros acreedores, de determinar el alcance y valor de las garantías y, en última instancia, para decidir si los bienes garantizados son esenciales para el éxito de un concurso preventivo que habrá de proteger a las garantías mobiliarias válidas.

12. La armonización de las leyes sobre garantías mobiliarias — incluyendo las normas de conflicto de leyes — resulta esencial a los efectos de promover la disponibilidad del crédito transfronterizo.

NOTE: The National Law Center for Inter-American Free Trade (www.natlaw.com) is a 501(c)(3) non-profit research and educational institution affiliated with the James E. Rogers College of Law at the University of Arizona in Tucson, Arizona. The Center is dedicated to developing the legal infrastructure to build trade capacity and promote economic development in the Americas. The Center was founded in 1992 and has worked closely with the public and private sectors on legal reform and development of best business practices in a number of substantive areas, including (but not limited to) the following: alternative dispute resolution, banking, bankruptcy, business formation and associations, competition law and policy, customs, electronic commerce, environment, family law, intellectual property, investment securities, judicial reform and training, labor, products liability, real estate, securitization, secured transactions and transportation (NOTA: El National Law Center for Inter-American Free Trade, Centro Jurídico Nacional para el Libre Comercio Interamericano, es una institución educativa y de investigación afiliada a la Facultad de Derecho James E. Rogers de la Universidad de Arizona en Tucson, Arizona. El Centro se encuentra dedicado al desarrollo de la infraestructura legal necesaria para construir la capacidad comercial y promover el desarrollo económico en las Américas. El Centro fue fundado en 1992 y ha colaborado estrechamente con los sectores público y privado en temas de reforma legal y desarrollo de las mejores prácticas comerciales en una amplia gama de áreas temáticas, incluyendo —de modo no limitativo— las siguientes: resolución alternativa de controversias, derecho bancario, quiebras, derecho societario y creación de empresas, derecho y política de libre competencia, aduanas, comercio electrónico, derecho ambiental, derecho de familia, propiedad intelectual, títulos valores, reforma y capacitación judicial, derecho laboral, responsabilidad del fabricante, derecho inmobiliario, bursatilización, garantías mobiliarias y transporte).

Como herramientas para la redacción de leyes, los Principios del NLCIFT demostraron ser útiles porque: 1) proporcionan un resumen de las mejores prácticas para los préstamos garantizados y así proveen un buen punto de partida para la redacción de muchas disposiciones; 2) facilitan la búsqueda de las instituciones jurídicas locales compatibles e incompatibles, al permitir la comparación entre las disposiciones cuestionables y el principio aplicable; 3) ayudan a identificar las normas que deberán ser obligatorias *a la luz de las inconsistencias entre el derecho de garantías mobiliarias y las prácticas locales*; 4) contribuyen a la *coherencia interna* del proyecto al permitir contrastar las disposiciones que parecen estar en conflicto entre sí y/o con sus principios rectores o excluyentes; 5) como enunciaciones de las razones que justifican reglas técnicamente complejas, permiten explicar estas reglas a los legisladores locales, jueces, oficiales registrales o abogados practicantes que carecen de la necesaria experiencia práctica; y 6) su naturaleza internacional contribuye a tender un puente entre los sistemas de derecho civil y de derecho común, al demostrar cómo el derecho romano (raíz de ambos) provee bases conceptuales aplicables a ambos sistemas y a sus leyes en materia de garantías mobiliarias.

Considérese, por ejemplo, el principio 2 del NLCIFT:

La garantía mobiliaria es un *derecho de posesión o de control preferente sobre bienes muebles*. Como tal, no requiere que el deudor garante sea el propietario del bien mueble garantizador; su derecho a la posesión del mismo bien, así sea coetáneo con otros derechos posesorios de otros acreedores o deudores, permitirá la creación de la garantía mobiliaria.⁵⁴

Considérese también el artículo 9-202 del Código Uniforme de Comercio de los Estados Unidos (UCC, por su sigla en inglés), cuyo título es “Irrelevancia de la Propiedad de los Bienes en Garantía”. Esta disposición convalida a los derechos y obligaciones de las partes de una operación garantizada “ya sea que la propiedad del bien en garantía recaiga en el acreedor garantizado o en el deudor garante”.⁵⁵ A primera vista, esto parece una herejía para el ius-civilista

⁵⁴ *Ibidem*, en el principio 2.

⁵⁵ Uniform Commercial Code (UCC), artículo 9-202.

convencido de la veracidad del axioma (*regula iuris*) romano *nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet* también conocido como *nemo dat quod non habet*. En otras palabras, “nadie pueda dar lo que no tiene” y, en consecuencia, el deudor no podría otorgar una garantía mobiliaria sobre un bien respecto del cual no es propietario. Sin embargo, según se ha indicado en el principio 2 del NLCIFT, el derecho otorgado al acreedor por el deudor no es de propiedad, sino de posesión. Si el deudor cuenta con un derecho de posesión sobre el bien en garantía, independientemente del origen de dicho derecho, dicho deudor podrá otorgar tal derecho al acreedor, tal como los romanos otorgaban derechos posesorios en bienes cuya propiedad pertenecía a otros (*iura in re aliena*).⁵⁶

Así, ni el principio 2 del NLCIFT, ni las normas que dependen de lo que son esencialmente derechos posesorios para crear una garantía mobiliaria, violan la máxima romana mencionada anteriormente. La prueba de la compatibilidad entre la garantía mobiliaria de los Estados Unidos y los derechos posesorios del derecho romano y mexicano permitió a Secofi y al NLCIFT contar con el apoyo de muy influentes notarios del Distrito Federal, entre otros respetados juristas mexicanos.

Al completarse la elaboración del proyecto de Secofi, el mismo fue enviado a la Oficina de la Presidencia que lo remitió a su vez a la Asesoría Legal de la Secretaría de Hacienda. En esta oficina, el proyecto fue alterado considerablemente sin consultar a los redactores originales ni a los sectores por ellos representados —por entonces bien numerosos—. Mientras que en algún aspecto el texto final representó un avance sobre la ley preexistente, la mayoría de los cambios representaron un retroceso. En virtud de las reformas de 2000,⁵⁷

⁵⁶ Véase Kozolchik y Furnish, *A Comparative Analysis*, nota 10, p. 113, para un análisis más detallado: “Los romanistas se refieren a los *iura in re aliena* como a derechos sobre la propiedad que pertenecen a otro, y aunque pueden ser clasificados por debajo del nivel superior de *dominium*, o propiedad absoluta, fueron también colocados por encima del nivel de los derechos de retención o de control físico (si bien legítimo) de los bienes muebles. Entre los derechos reales (*in rem*) de propiedad que pertenecían a otros se encontraba el derecho romano de usufructo, el cual podía ser otorgado por el término de la vida del beneficiario o durante la vida de terceros, y también el derecho de servidumbre predial” (citas omitidas).

⁵⁷ Véase el Decreto Mexicano del 2000, nota 48.

esta normativa incorporó varias disposiciones contrarias a las prácticas bancarias resumidas en los Principios del NLCIFT. A modo de ejemplo, en los casos de incumplimiento del deudor se limitó la cantidad que los acreedores pueden recuperar al valor de los bienes en garantía recuperados o revendidos.⁵⁸ Esta limitación no tuvo en cuenta que las clases de bienes que se dan en garantía en los préstamos comerciales normalmente se deprecian en forma muy rápida. Al imponer una limitación artificial al prestamista, éste se ve forzado ya sea a prestar mucho menos, o a exigir una mayor cantidad de bienes en garantía a fin de retener una proporción más realista entre la cantidad prestada y los bienes que la garantizan. Por otra parte, la ley también retuvo un régimen de gravámenes secretos, al permitir que un número de garantías mobiliarias ya existentes que no requerían de inscripción ante el registro pudieran seguir siendo utilizadas conjuntamente con otras garantías mobiliarias que sí exigen dicho registro.⁵⁹

En 2003, la Secretaría de Hacienda intentó corregir algunos de estos y otros errores que se habían cometido, al reinsertar algunas de las disposiciones del proyecto de la Secofi; pero al hacerlo retuvo otros, especialmente los que preservan el régimen de gravámenes secretos o ocultos para un sector tan amplio de los préstamos garantizados como son los arrendamientos financieros ocultos (“simulados”).⁶⁰ Es de hacer notar que durante los primeros dos años, aproximadamente, que siguieron a la aprobación de las reformas de 2003, y a pesar de la ausencia de elementos clave tales como la eliminación del régimen de gravámenes secretos, la percepción de certeza jurídica en cuanto al cobro (basada en la alternativa extrajudicial de reposición y reventa de los bienes dados en garantía) generó un aumento significativo en el nivel de préstamos comerciales y de consumo.⁶¹ Sin embargo, una vez que los prestamistas descubrieron que subsistía el secreto con respecto a varios gravámenes, así como retrasos en la ejecución extrajudicial de los reclamos, el volumen de los préstamos garantizados volvió a decaer. Al momento de esta publicación, la legislación mexicana en materia de garantías mobiliarias continúa siendo

⁵⁸ *Ibidem*, artículo 379.

⁵⁹ Véase Kozolchyk y Furnish, *A Comparative Analysis*, nota 10, p. 148.

⁶⁰ *Ibidem*, pp. 148 y 166.

⁶¹ *Ibidem*, pp. 105 y 106.

mayormente ineficaz, y se mantiene a la espera de lo que ojalá sea su revisión e implementación final (ello, a pesar de que tanto la banca nacional como la extranjera ha expresado recientemente, como en 2007, su mejor disposición de facilitar líneas de crédito por cantidades importantes, y a tasas de interés bien inferiores a las del mercado si se modificaba la Ley de Garantías Mobiliarias en forma en que ella ofreciese la debida seguridad de cobro a los prestamistas).

B. *La Ley Modelo de la OEA*

En diciembre de 1998, el Consejo Permanente de la OEA convocó a una reunión de expertos para definir los temas agendados para sus próximas sesiones en materia de elaboración de tratados/leyes modelo.⁶² Se aprobó en la discusión la utilización de un proyecto conjunto formulado por México y por los Estados Unidos con respecto a una Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias, como documento de trabajo. Este documento contenía reglas que responden a los Principios del NLCIFT, al proyecto de ley de Secofi, así como a las reglas del artículo 9 del UCC, de la Ley Canadiense de Garantías Personales (Canadian Personal Property Security Act), y de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional.⁶³ Los delegados de la OEA acordaron analizar este proyecto en dos subsecuentes sesiones de expertos.⁶⁴ Finalmente, los delegados y expertos designaron un comité de redacción encabezado por las delegaciones de México y de los Estados Unidos, el cual produjo una versión anotada de la Ley Modelo en 2000.⁶⁵

⁶² Resolución CP/RES. 732 (1173/98) del Consejo Permanente de la OEA, en <http://scm.oas.org/Reference/english/english.htm#27.%20%20%20PERMANENT%20COUNCIL%20-%20RESOLUTIONS> (última visita el 17 de febrero de 2009).

⁶³ Véase Kozolchik y Wilson, *The New Model Inter-American Law*, nota 39, pp. 22-35, 40-42 y 59, para una descripción detallada de los procesos de redacción y adopción en la OEA.

⁶⁴ Resolución de la Asamblea General de la OEAAG/RES. 1558 (XXVIII-O/98), en <http://www.oas.org/juridico/english/ga-Res98/Eres1558.htm> (última visita el 17 de febrero de 2009).

⁶⁵ Informe de la Reunión del Grupo de Expertos en Preparación para la CIDIP-VI, OAS/Ser.KXXI, REG/CIDIP-VI/doc./00, 17 de febrero de 2000, en <http://www.oas.org/dil/uniform%20law%20review.pdf> (última visita el 17 de febrero de 2009).

Irónicamente, el proyecto presentado por México y por los Estados Unidos a la Asamblea General de la OEA para su aprobación preservó la mayor parte de las disposiciones del borrador de Secofi que habían sido descartadas por los asesores legales de la Secretaría de Hacienda de México tan sólo unos meses antes. Como ya se indicó, este proyecto de Ley Modelo de la OEA para las Américas fue cuidadosamente estudiado por el grupo de expertos de la OEA, compuesto por juristas altamente respetados y calificados, y por especialistas en derecho mercantil de todo el hemisferio.⁶⁶ Después de un minucioso examen, el proyecto fue aprobado y sometido a la Asamblea General de las OEA para su voto final. Durante esta votación, los delegados de la OEA realizaron algunos cambios, particularmente a las disposiciones relativas a ejecución extrajudicial. La votación final fue unánimemente a favor de recomendar su adopción a los Estados miembros.

2. *Adopciones por Estados miembros de la OEA*

Además de la implementación parcial e incompleta por parte de México en 2000 y 2003, ya descrita anteriormente, la Ley Modelo de la OEA ha sido adoptada por Perú y por Guatemala, y se espera que sea adoptada por Honduras en mayo o junio de 2009. El Salvador continúa el debate respecto a su posible adopción, y los gobiernos de Costa Rica y Ecuador han expresado interés en hacer lo mismo. Las siguientes secciones presentan un breve resumen de normativas adoptadas o con buenas posibilidades de serlo.

A. *Perú*

Perú adoptó su versión de la Ley Modelo de la OEA en 2006.⁶⁷ Desafortunadamente, muchas de sus disposiciones contradicen a la

2009). Entre los participantes en esta reunión en Washington, D. C. se encontraban por México: Alejandro Ogarrío, Jorge Sánchez Cordero, Leonel Pereznieto y José Luis Siqueiros; y por los Estados Unidos: José Astigarraga, Boris Kozolchyk y John Wilson M.

⁶⁶ Transcripción de la conferencia “Meeting of OAS-CIDIP-VI Drafting Committee on Secured Transactions Conference Transcript”, 18 *Ariz. J. Int'l & Comp. L.* 321, 2001.

⁶⁷ LGM del Perú, nota 47.

Ley Modelo de la OEA y malinterpretan los Principios y prácticas del NLCIFT que le sirvieron de inspiración. Como resultado, esta ley ya está siendo criticada por abogados, jueces y comentaristas peruanos.⁶⁸ Mis siguientes comentarios sobre diversos artículos de la ley ponen de manifiesto algunos de sus problemas.⁶⁹

El artículo 7 permite la constitución de garantías mobiliarias sucesivas sobre los mismos bienes, pero exige que un notario público notifique estas garantías al tenedor de la primera garantía (supuestamente el acreedor garantizado que registró primero).⁷⁰ Esta disposición malinterpreta el principio de aviso funcional que se establece en los principios 7 y 8 del NLCIFT. Según se indica en el principio 7 del NLCIFT, en su parte relevante, “el registro de la garantía deberá ser lo más económico posible y deberá realizarse en un registro público fácilmente accesible a terceros sin distinción de giro comercial o nacionalidad, y, de ser posible, en forma electrónica”.⁷¹ Al introducirse la exigencia de la *notificación notarial* (que se refiere, por algún motivo inexplicable, tan sólo a *quien registró la primera garantía mobiliaria*), se crea asimismo el requisito de una notificación costosa e incompleta.

El artículo 9 precluye la coexistencia de, por ejemplo, una garantía mobiliaria sobre bienes almacenados o en tránsito, y una garantía mobiliaria sobre el documento que cubre los mismos bienes almacenados o en tránsito.⁷² Esta disposición ignora la tradicional e importante práctica por la cual se proporciona al transportista o almacenista un gravamen legal o derecho de retención sobre los bienes por el

⁶⁸ Véase en *Lex*, Crítica a Ley de Garantías Mobiliarias, 2009, en <http://vlex.com.pe/tags/critica-a-ley-garantias-mobiliarias-466469>, para una ilustración de algunas de las críticas.

⁶⁹ Esta sección ha sido extraída de un memorando presentado a la Superintendencia Nacional de Registros Públicos Peruana, 1o. de mayo de 2006, disponible en <http://www.natlaw.com/interam/pe/bk/sp/> (última visita el 18 de febrero de 2009).

⁷⁰ LGM del Perú, nota 47, artículo 7: Garantías mobiliarias sucesivas. Durante la vigencia de la garantía mobiliaria, el constituyente puede constituir garantía mobiliaria de segundo y posteriores rangos sobre el mismo bien mueble, con aviso notarial al acreedor garantizado de la primera garantía.

⁷¹ Véase 12 Principios, nota 53.

⁷² LGM del Perú, nota 47, artículo 9: Garantía mobiliaria sobre títulos valores representativos del dominio de bienes muebles. Cuando se afecte en garantía mobiliaria, conforme a las disposiciones de la presente Ley, un título valor representativo del dominio de bienes muebles, no se podrá constituir la garantía mobiliaria directamente sobre los bienes muebles que dicho título valor representa.

costo no pago del flete o del depósito, en forma paralela a la constitución de una garantía mobiliaria de carácter contractual sobre el documento de titularidad que cubre los mismos bienes. No existe razón para que no coexistan estas garantías mobiliarias, siempre que exista una regla clara de prioridad, como se hace en la Ley Modelo de la OEA.⁷³

El segundo párrafo del artículo 15 malinterpreta cuáles son los bienes derivados o atribuibles en el contexto de los bienes manufacturados, y cómo los mismos son utilizados como bienes en garantía. En virtud de estos malentendidos se crea un sistema de notificación notarial (extra-registral) costoso. El artículo establece lo siguiente:

Si el deudor transforma, en un segundo bien mueble, el bien mueble afectado en garantía mobiliaria [el bien original o materia prima], ésta se extenderá al nuevo bien mueble. El deudor [sin embargo] está obligado a comunicar al acreedor garantizado, dentro de los 5 días y mediante carta notarial, la fecha en que ocurra la transformación y las características del nuevo bien mueble, resultante de la transformación. En este caso, el acreedor garantizado deberá inscribir en el Registro correspondiente la garantía mobiliaria que recae sobre el nuevo bien mueble, levantándose la garantía anteriormente constituida.⁷⁴

Nótese la limitación colocada sobre los bienes derivados cuando el artículo se refiere a ellos como “segundo bien.” Parecería, entonces, que sólo se permitirá que exista una primera generación de bienes derivados como bienes dados en garantía, y presumiblemente en base a una inscripción registral independiente de dichos bienes derivados.⁷⁵ Sin embargo, la propia definición de inventario de la ley pe-

⁷³ Véase Ley Modelo de la OEA, nota 42, en artículo 26.2, 2009, que establece: una garantía mobiliaria en títulos puede coexistir con una sobre los bienes muebles cubiertos por este título, y en tal caso esta última tendrá prelación de acuerdo con el artículo 51.

⁷⁴ Véase LGM del Perú, nota 47, artículo 15.

⁷⁵ *Ibidem*, artículo 2 (10), que establece: Inventario. Conjunto de bienes muebles en posesión de una persona para su consumo, transformación, venta, permuta, arrendamiento o cualquier otra operación comercial en el curso ordinario de su actividad económica. *Nota del autor*: debiera comentar acerca de la inclusión de bienes consumibles como parte del inventario, ya que se supone que esos bienes no deben ser consu-

ruana, sin perjuicio de sus defectos, autoriza la inclusión de bienes “secundarios” como componentes de dicho inventario dado en garantía. Además, lo que el artículo 15 menciona como un segundo bien genera la misma restricción conceptual que generaba el concepto de “productos” como bienes en garantía en las leyes de prenda agraria latinoamericanas de principios del siglo XX, es decir, los bienes que reemplazaban a los bienes anteriores tenían que ser de la misma clase que los bienes sustituidos, o fabricados con la misma materia prima que los bienes en garantía.⁷⁶ Claramente, esta restricción hace que el concepto peruano de “bienes secundarios” sea considerablemente más restringido que el de bienes derivados, concepto utilizado tanto en los Principios del NLCIFT como en la Ley Modelo de la OEA.⁷⁷

Algunas de las consecuencias disfuncionales, costosas e inciertas de la aplicación del artículo 15 se pueden ilustrar claramente mediante el ejemplo de una transacción cotidiana: M, un fabricante de muebles, compra madera a crédito de S; M espera fabricar miles de sillas, mesas, etcétera, garantizadas con préstamos de C, el banco de S y M; M utiliza la madera como materia prima para su fabricación de sillas, y C adquiere una garantía mobiliaria sobre el inventario de sillas de M, y también sobre bienes derivados de la madera adquirida por M, al igual que de sus sillas. El artículo 15 de la ley peruana requiere que M notifique a S (y, posiblemente, también a C), mediante una comunicación notarial, con respecto a la(s) fecha(s) de fabricación

midos por ninguna persona que los tenga en dicho carácter. Ellos se transforman en bienes consumibles una vez que son comprados y extraídos del inventario comercial.

⁷⁶ Véase Kozolchik y Wilson, *The New Model Inter-American Law*, nota 39, p. 37; y Kozolchik y Furnish, *A Comparative Analysis*, nota 10, p. 125.

⁷⁷ Nótese que el principio 3 del NLCIFT indica claramente que la garantía mobiliaria puede ser creada sobre bienes presentes o futuros, corporales o incorporeales, tangibles o intangibles, incluyendo derechos sobre los mismos, así como sobre los bienes derivados o atribuibles a la venta o permuta de dichas garantías, ya sea en una *primera o ulterior generación* de tales bienes derivados o atribuibles. Este principio presupone que las garantías sobre bienes muebles son de número abierto (*numerus apertus*) y que una garantía mobiliaria puede ser creada sobre cualquier bien mueble que sea susceptible de valuación monetaria. Véase 12 Principios, nota 53, principio 3. Véase asimismo la Ley Modelo de la OEA, nota 42, artículos 2, 3 (5), 25 y 51(III), para una ilustración de los bienes derivados que se incluyen en la Ley Modelo de la OEA y que no están incluidos como bienes derivados en la categoría de “bienes secundarios” de la ley peruana.

de los muebles, así como con respecto a las características de los nuevos muebles, incluyendo presumiblemente las características de cada nuevo escritorio y cada silla. Más aún, la disposición no aclara si la prelación de S y de C sobre los muebles y otros bienes derivados dependerá del momento en el cual cada acreedor recibió la notificación de su fabricación, o de las fechas de la respectiva inscripción en el registro, ni aclara tampoco si las inscripciones originales relativas a “materia prima e inventarios” o su garantía abierta retendrán su prelación, basada en las fechas de dichas inscripciones originales. Finalmente, dicha disposición no contesta la pregunta de por qué S y C tendrían que realizar las notificaciones notariales e inscripciones adicionales si la ley peruana permite la constitución de garantías mobiliarias sobre bienes descritos genéricamente como “materia prima e inventario”, y permite asimismo la constitución de una garantía definida como “garantía mobiliaria abierta”.⁷⁸

Los artículos 17 y 19 denotan que en el Perú, a efecto de dar aviso a terceros y afectar sus derechos sobre los bienes en garantía, no basta con la inscripción de un simple y sencillo formulario, como es el caso en la Ley Modelo de la OEA, sino que se exige la inscripción del contrato de garantía o del acto jurídico constitutivo de la garantía.⁷⁹ Este requisito contradice los principios 7 y 8 del NLCIFT en cuando a la realización de un “aviso funcional” o la inscripción de avisos. Esta solución también significa que la inscripción del contrato (en lugar del formulario estandarizado) también será pasible de posibles acciones de nulidad porque el contrato mismo puede carecer de las formalidades requeridas por el Código Civil o Código de Comercio de Perú, o puede contener una “causa” contractual inválida. Esto también obliga al registro a convertirse en un evaluador de la legitimidad de los contratos de garantía, en lugar de limitarse a ser un custodio automático de los formularios registrados con una responsa-

⁷⁸ LGM del Perú, nota 47, artículo 3 (3.4), en relación a la garantía mobiliaria abierta.

⁷⁹ LGM del Perú, nota 47, artículo 17, que establece en su parte relevante que la relación entre las partes derivada de la garantía mobiliaria se constituye mediante un acto jurídico constitutivo unilateral o bilateral. Indica también que la garantía mobiliaria debe encontrarse inscrita ante el registro correspondiente.

bilidad meramente administrativa de asegurarse que dichos formularios incluyan la información necesaria.

Para hacer más compleja aún esta normativa, el artículo 19 requiere la inclusión de elementos adicionales en el contrato de garantía. Después de enumerar requisitos tales como la identificación y domicilio del otorgante del contrato de garantía, su firma y “en caso de que se trate de bienes muebles no registrados, *una declaración jurada del otorgante de que él es propietario de los bienes sujetos a la garantía mobiliaria*”, se indica que el otorgante asumirá la responsabilidad civil y penal en caso de falsedad de dicha declaración.⁸⁰ Considérese entonces el predicamento en el que se encontrará un abogado peruano especialista en garantías mobiliarias en una situación en la que tenga que asesorar a su cliente (deudor/otorgante de la garantía mobiliaria) con respecto a su responsabilidad civil y criminal resultante de la declaración jurada de propiedad mobiliaria. Considérese además que los bienes dados en garantía por el deudor garante son bienes de inventario que se encuentran sujetos a un derecho de retención o reserva del dominio hasta tanto se pague la totalidad del precio al vendedor u otro prestamista garantizado (un contrato comúnmente usado en América Latina y en Europa, como lo fue en Estados Unidos hasta la década de los cincuenta y la adopción del artículo 9 del UCC). Si bien el cliente (deudor garante) cuenta con derechos posesorios con relación a los bienes en garantía y, en consecuencia, debería tener la facultad de utilizarlos como garantía de un préstamo de forma que no fuera incompatible con el derecho de retención que detenta el vendedor, el abogado debería aconsejarle no hacer uso de dichos derechos a menos que desee arriesgarse a una pena de prisión.

Esta es una de las razones por las cuales el arriba mencionado principio 2 del NLCIFT, así como el artículo 2 de la Ley Modelo de

⁸⁰ LGM del Perú, nota 47, artículo 19: contenido del acto jurídico constitutivo de la garantía mobiliaria. El acto jurídico constitutivo de la garantía mobiliaria deberá contener como mínimo: 1. Los datos que permitan la identificación, incluyendo el domicilio, del constituyente, del acreedor garantizado y del deudor, así como la firma escrita o electrónica cuando menos del primero. 2. En caso de bienes no registrados, la declaración jurada del constituyente sobre su condición de propietario del bien mueble afectado en garantía mobiliaria. El constituyente asumirá las responsabilidades civiles o penales que pudieran derivarse de la falsedad o inexactitud de esta declaración.

la OEA, aclaran que el derecho de propiedad de los bienes en garantía no resulta relevante, y que los bienes pueden encontrarse en manos del acreedor garantizado o del deudor, entre otros. El requisito, en cuanto a la propiedad de los bienes en garantía por parte del deudor garante, aparece ya sea de manera directa o implícita en el texto de los artículos 21 a 24 de la ley peruana.

Sin embargo, éstos no son los únicos problemas que se plantean en virtud de los artículos 17 y 19 de la ley peruana. El artículo 36, al establecer las obligaciones del registrador de garantías mobiliarias, se refiere a su evaluación de la legalidad y validez del acto inscribible y de la capacidad de los otorgantes, limitándose dicha evaluación “únicamente a lo que se desprenda del contenido del formulario de inscripción y su certificación... El registrador no podrá solicitar en ningún caso la presentación del acto jurídico constitutivo de la garantía mobiliaria o generador del acto inscribible”.⁸¹ Entonces, ¿qué es lo que se necesita inscribir para “afectar los derechos de terceros”, el contrato de garantía o el formulario de inscripción? O ¿quizás ambos? Ya que, como veremos más adelante, existen dos registros que han sido creados en virtud de esta ley, uno para los bienes muebles y otro para los contratos de garantía mobiliaria.

El artículo 32 detalla una lista de actos jurídicos o transacciones que se inscriben en dos registros distintos:

1) Garantías mobiliarias, su creación, perfeccionamiento, modificaciones o eventual cesión.

2) Decretos judiciales o administrativos y laudos arbitrales que se encuentren relacionados con esta ley.

3) Los actos jurídicos enumerados a continuación, a efecto de su prelación, oponibilidad y publicidad, independientemente de su forma, denominación o naturaleza, cuya finalidad sea la de afectar bienes muebles o derechos sobre los mismos, presente o futuros, determinados o determinables, sujetos o no a condiciones, incluyendo: a) cesión

⁸¹ *Ibidem*, artículo 36, el cual establece en su parte relevante: La calificación de legalidad así como la validez del acto inscribible y la capacidad de los otorgantes por parte del registrador se limitará únicamente a lo que se desprenda del contenido del formulario de inscripción y su certificación. El registrador deberá calificar la representación invocada, de ser el caso. El registrador no podrá solicitar en ningún caso la presentación del acto jurídico constitutivo de la garantía mobiliaria o generador del acto inscribible.

de derechos; *b*) fideicomisos; *c*) arrendamientos ordinarios; *d*) arrendamientos financieros, *e*) contratos de consignación; *f*) medidas cautelares; *g*) contratos preparatorios; *h*) contratos de opción; e *i*) otros actos jurídicos en los que se afecten bienes muebles.

El artículo 32 también indica que cuando los actos o transacciones inscribibles mencionados se refieran a bienes muebles que ya se encuentran registrados ante un Registro Jurídico de Bienes (RJB), dichos actos o transacciones se inscribirán en la correspondiente partida registral. Si dichos bienes no se encuentran registrados, los actos y transacciones correspondientes se inscribirán ante el Registro Mobiliario de Contratos (RMC).

Los actos o transacciones registrables que involucren bienes muebles futuros serán inscritos ante el RMC y permanecerán allí registrados, aun después de que dejen de ser bienes futuros, con la excepción de aquellos bienes muebles cuya realización es cierta, los cuales serán registrados ante el RJB, cuyos actos ya inscritos serán trasladados al registro correspondiente.⁸²

Si el lector se encuentra confundido con respecto al significado y consecuencias del artículo 32, está en buena compañía. Para comenzar, este artículo señala que la inscripción de una garantía sobre bienes muebles debe dirigirse a dos registros distintos, mal definidos y posiblemente con tareas concurrentes, por lo que bien pueden competir entre sí. El artículo 32 no aclara la relación, si la hubiera, de

⁸² *Ibidem*, artículo 32: Actos inscribibles. Son inscribibles sobre los bienes muebles a que se refiere el artículo 4 de esta Ley los siguientes actos: 1. La garantía mobiliaria a que se refiere esta Ley y los actos relativos a su eficacia, modificación o eventual cesión. 2. Las resoluciones judiciales, arbitrales o administrativas referidas a la garantía mobiliaria regulada por esta Ley. 3. Los actos jurídicos que a continuación se enumeran, para los efectos de su prelación, oponibilidad y publicidad, cualquiera que sea su forma, denominación o naturaleza, destinados a afectar bienes muebles o derechos de toda naturaleza, presentes o futuros, determinados o determinables, sujetos o no a modalidad, incluyendo: *a*) cesión de derechos; *b*) fideicomisos; *c*) arrendamiento; *d*) arrendamiento financiero.../ Cuando los actos inscribibles a los que se refiere este artículo recaigan sobre bienes muebles registrados en un Registro Jurídico de Bienes, estos se inscribirán en la correspondiente partida registral. En caso contrario, se inscribirán en el Registro Mobiliario de Contratos./ Los actos inscribibles referidos a bienes muebles futuros serán inscritos en el Registro Mobiliario de Contratos y permanecerán allí luego de que dejen de serlo, a excepción de los bienes muebles ciertos que deban ser registrados en un Registro Jurídico de Bienes, cuyos actos ya inscritos serán trasladados al registro correspondiente.

estos registros y con respecto a otros posibles registros, por ejemplo el de aeronaves o partes de aeronaves, equipos ferroviarios y rieles, bienes por incorporación o destino, y cosechas. Por ejemplo ¿dónde debe inscribirse una garantía que afecte bienes por incorporación o destino o cosechas, en los registros del artículo 32 o en el registro de bienes inmuebles? Si se trata de este último, cabe entonces la posibilidad de que resulte necesario realizar búsquedas en tres registros distintos en el Perú, por ejemplo, en un caso de garantías sobre bienes por incorporación o destino. La eventualidad de posibles conflictos (incluyendo juicios interminables) en cuanto al perfeccionamiento y prelación de la distintas inscripciones parece ser muy alta en el Perú.

Y como si todo lo anterior no fuera suficiente, el artículo 36 requiere que los dos registros mencionados en el artículo 32 realicen una evaluación legal de las facultades del registrante para celebrar el contrato de garantía, y constaten la presencia de una cadena ininterrumpida en cuanto a la propiedad de los bienes muebles (como si esto fuera posible, en la mayoría de los casos).⁸³ Estos dos requisitos, entre otros, ocasionan serios retrasos para el registro de las garantías mobiliarias en el Perú, negando por otra parte el principio de aviso funcional consagrado en los principios 7 y 8 del NLCIFT e implementado en los artículos 42 a 46 de la Ley Modelo de la OEA. Finalmente, la Ley de Garantías Mobiliarias Peruana contiene serias lagunas normativas, tales como la falta de protección al comprador de buena fe, quien adquiere (para su consumo) y en el curso ordinario

⁸³ *Ibidem*, artículo 36: tratándose de bienes muebles registrados, el registrador verificará además la adecuación del contenido del formulario de inscripción con los antecedentes registrales... En este caso, el presentante del formulario, el constituyente de la garantía o cualquiera de los otorgantes del acto inscribible podrán presentar ante el registrador los documentos complementarios que resulten necesarios, incluyendo el acto jurídico constitutivo de la garantía o generador del acto inscribible. Tratándose de [la inscripción de] estos últimos documentos, el registrador limitará su calificación únicamente a lo que sea necesario para adecuar el formulario con el antecedente registral.../ En los casos en los que el registrador advierta que el acto inscribible adolece de falta de tracto sucesivo u otro defecto subsanable, deberá efectuar la anotación preventiva correspondiente por noventa (90) días útiles, sin necesidad de observar previamente el título. Cuando el defecto advertido haya sido subsanado dentro del plazo antes señalado, el registrador procederá a inscribir el acto correspondiente, convirtiendo en definitiva la anotación preventiva. En caso contrario, la anotación preventiva caducará de pleno derecho. El plazo antes señalado podrá ser cambiado por la Sunarp mediante norma reglamentaria.

de los negocios de detallistas o mayoristas, bienes parte de su inventario que han sido gravados a favor de un acreedor garantizado. De manera que, en principio, el acreedor del detallista o mayorista está facultado en el Perú para obtener la devolución por parte del comprador-consumidor de los bienes adquiridos de buena fe en el curso de los negocios del detallista o mayorista. Con ello, se crea una seria desconfianza por parte de los consumidores quienes de buena fe adquirieron en un típico “mercado abierto” sus bienes de consumo. Esta desconfianza por fuerza tiene que traducirse en una reticencia a comprar en ese mercado y en una sensible disminución del flujo de circulante que desde la base de la pirámide crediticia irriga a todo el sistema de crédito comercial y del consumidor. De igual manera, carece la Ley peruana de reglas respecto a la muy importante garantía prioritaria específica otorgada a aquellos acreedores que prestan con la reserva de que su gravamen recaiga sobre bienes (o su producto) cuya compra fue específicamente facilitada por su préstamo.

B. *Guatemala*

a. La Ley de Garantías Mobiliarias y algunos de sus objetivos

El 24 de octubre de 2007, el Congreso guatemalteco aprobó la Ley de Garantías Mobiliarias, el primer cuerpo legal latinoamericano completamente congruente con los objetivos y con el texto de la Ley Modelo de la OEA, así como con los Principios del NLCIFT.⁸⁴ El proceso de redacción duró aproximadamente tres años, seguido por un intenso cabildeo de numerosos grupos, incluyendo pequeños comerciantes y agricultores, líderes de agrupaciones oficiales y no oficiales, cooperativas, cámaras de comercio, cámaras de exportadores e importadores, asociaciones bancarias y banco central, así como otros altos funcionarios gubernamentales, incluyendo legisladores y jueces. En un comunicado de prensa oficial, el director del Departamento de Comunicación Social del Congreso de la República de Guatemala declaró:

⁸⁴ Véase Ley Modelo de la OEA, nota 42; 12 Principios, nota 53; y la LGM guatemalteca, nota 45.

A través del Decreto 51-2007, el Pleno del Congreso de la República aprobó la “Ley de Garantías Mobiliarias”, cuyo objetivo es el de permitir el acceso al crédito a pequeños productores que podrán dar como garantía sus herramientas, equipo de trabajo, cosechas u otros activos. El acceso al crédito por medios distintos a la hipoteca sobre bienes raíces implica un sensible aumento en el capital de trabajo de los pequeños productores, incrementándose con ello su capacidad productiva.⁸⁵

El énfasis de este comunicado de prensa en el crédito agrícola no fue accidental ni equivocado. A pesar de que esta ley permite que las garantías y bienes en garantía sean de naturaleza abierta (*numerus apertus*) con el fin de favorecer a una mayor cantidad de pequeñas y medianas empresas, fueron los pequeños agricultores y sus cooperativas quienes brindaron el apoyo más activo a esta Ley. Contra lo que yo había previsto, la Asociación de Bancos, a quienes yo había identificado como beneficiarios de esta Ley, no estuvo entre los grupos que, al menos inicialmente, prestaron su respaldo a la misma. La mayoría de los bancos no estaban dispuestos a asumir los riesgos de prestar a pequeños empresarios y agricultores, tomando como garantía bienes con respecto a los cuales no contaban con experiencia, aun cuando dichos bienes fueran valiosos. Después de todo, la industria bancaria se encontraba en una posición estable y lucrativa. Entonces ¿por qué correr riesgos que desde su punto de vista podrían afectar la seguridad de sus carteras de préstamos tradicionales? A la inversa, los pequeños agricultores y empresarios que nunca habían tenido acceso a un crédito basado en bienes muebles se encontraban prontos y dispuestos a prestar su apoyo a la nueva Ley.

La necesidad de una ley apropiada en materia de garantías mobiliarias había sido identificada por la Fundación para el Desarrollo de Guatemala (Fundesa), una de las principales asociaciones del sector privado de Guatemala. Como se señala en un estudio de Fundesa de

⁸⁵ Solís, Héctor, Cosechas u Otros Activos, Departamento de Comunicación Social, Congreso de la República de Guatemala, 24 de octubre de 2007, disponible en http://www.congreso.gob.gt/gt/ver_noticia.asp?id=4377 (última visita el 18 de febrero de 2009).

2002,⁸⁶ mientras el 80% de las operaciones de crédito en los países desarrollados se encontraban garantizadas por activos comerciales de distintas clases, tan sólo un 35% de los préstamos otorgados por los bancos guatemaltecos estaban garantizados por bienes muebles, en general, y no más de un 4% de la totalidad de dichos préstamos tenía como garantía activos comerciales de alguna clase.⁸⁷ El estudio Fundesa confirmó la reticencia de los bancos en conceder préstamos a las pequeñas y medianas empresas utilizando sus activos comerciales como garantía.

En décadas anteriores, esta reticencia podría fácilmente haber generado un rechazo por parte del Congreso a la iniciativa propuesta en materia de garantías mobiliarias. Sin embargo, los tiempos habían cambiado, y la Guatemala de principios del siglo XXI parece ser más pluralista. Ciertamente, el Congreso estaba dispuesto a escuchar a los bancos, sus tradicionales interlocutores en los aspectos financieros; sin embargo, también estuvo dispuesto a oír a los agricultores, a las cooperativas agrícolas, a las asociaciones de pequeños empresarios, y a sus promotores dentro de la Junta Monetaria (el organismo gubernamental más influyente en Guatemala en lo que respecta a la toma de decisiones en materia financiera y económica).

b. Cómo lograr los objetivos de la Ley

i. Participantes y tareas

Aun el más breve de los resúmenes en cuanto a la aprobación de esta ley revolucionaria no puede dejar de mencionar los aportes del entonces viceministro de Economía de Guatemala, señor Carlos Herrera, un hombre dotado de sabiduría innata, coraje, humildad, honestidad inamovible y honda preocupación por la “gente pequeña” de Guatemala. Ante la falta de la presencia del sector bancario, el viceministro Herrera designó una Comisión de Redacción (la Comi-

⁸⁶ Fundesa-BID-CIEN, *Análisis de los Impedimentos a la Competividad en Guatemala: Garantías Financieras*, Guatemala, enero de 2003, p. 3 (en adelante, el Estudio de Fundesa).

⁸⁷ *Ibidem*, p. 3, n.1.

sión) compuesta por distinguidos ex funcionarios bancarios, tanto del sector público como del sector privado, quienes también buscaban mejorar la situación de las pequeñas empresas en Guatemala.⁸⁸ El licenciado Jorge Molina fue designado coordinador de la Comisión. El licenciado Molina no es abogado, pero se había desempeñado como intendente en la Superintendencia de Bancos, y en dicho puesto había adquirido un claro conocimiento de las condiciones necesarias para estructurar un sistema moderno de créditos comerciales. El licenciado Molina llegó a contemplar a los Principios del NLCIFT como “el espíritu de la ley.” Yo actué como consultor técnico de la Comisión.

Antes de iniciar la redacción, la Comisión llegó a un consenso con respecto a la observancia de los Principios del NLCIFT en su calidad de “espíritu guía” que, según el licenciado Molina, subyace a la Ley Modelo de la OEA y también a la futura Ley de Guatemala. La siguiente decisión fue la de dar prioridad a los sectores más merecedores de la protección de la Ley. El primer sector seleccionado fue el agrícola. Dada su importancia económica para Guatemala, se tenía que prestar particular atención al financiamiento de la producción agrícola para el consumo local e internacional. En consecuencia, la atención se concentró en las normas vinculadas a las garantías sobre semillas, fertilizantes, equipos, cosechas presentes y futuras, ya sea almacenados o transportados, y documentados en papel o a través de medios electrónicos. El énfasis de la ley con respecto a un crédito comercial concedido a tasas de interés razonables apuntó a la sustitución de las prácticas usurarias de quienes compraban las cosechas a los pequeños agricultores por una fracción de su precio de mercado y las revendían a un precio varias veces mayor a su precio de compra.

Otros sectores a ser protegidos incluyeron a los pequeños comerciantes urbanos y rurales, así como a los profesionales, con el fin de que los mismos también pudieran utilizar sus inventarios, accesorios, equipo, derechos contractuales y cuentas por cobrar como garantías—independientemente de la formalidad o informalidad del modo de documentación o registro de los mismos—.

⁸⁸ La Comisión de Redacción fue conformada por el licenciado Daniel Orlando Cabrera García, secretario; Jorge Molina, coordinador; Augusto René Ramírez Hernández, Arturo Martínez Gálvez y Gustavo Antonio de León Asturias.

ii. El proceso de redacción

Desafortunadamente, una parte considerable del generoso financiamiento originalmente otorgado a Guatemala por el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) había sido invertida en talleres para analizar la viabilidad de una ley de garantías mobiliarias, y en borradores de cuestionable redacción. Cuando fui llamado a participar en este proyecto restaban ya muy pocos fondos, y no existía financiamiento disponible para realizar una investigación de campo sobre las condiciones y prácticas del mercado contemporáneo o sobre el aspecto crucial vinculado al diseño de un registro de garantías mobiliarias. Los miembros de la Comisión tuvieron que depender de sus propios conocimientos sobre estas prácticas y condiciones. No obstante, encuentros y coloquios con diversos grupos de usuarios revelaron la cercanía del borrador a las necesidades crediticias de los diversos mercados, al igual que un buen número de prácticas compatibles con el mismo. Los borradores ulteriores se beneficiaron con la participación de la licenciada María del Pilar Bonilla, una abogada y profesora de derecho versada en materia bancaria y comercial, quien rápidamente pudo contribuir con su experiencia transaccional, y aprehender el “espíritu” de la Ley. Su participación en el equipo de redacción también sirvió para “chapinizar” el estilo de la ley (el término “chapín” es una expresión popular en Guatemala para denotar lo que es peculiarmente guatemalteco).

- El problema de la consistencia de la Ley con códigos civiles de inspiración francesa

Una de las primeras recomendaciones que recibí de los miembros de la Comisión fue con respecto a la necesidad de evitar, en la medida de lo posible, la derogación de las disposiciones del Código Civil de Guatemala. Es imposible subestimar la importancia de los códigos civiles dentro de la estructura del derecho privado de los países ius-civilistas, donde dichos códigos actúan como verdaderas “constituciones” del derecho privado al proporcionar definiciones básicas, principios generales y reglas supletorias de incumplimiento y de pres-

cripción, entre muchas otras, contribuyendo así a llenar las lagunas de los códigos de comercio y otras normativas de derecho privado.⁸⁹

Tampoco debe olvidarse que el Código Civil francés de 1804, como principal modelo de los códigos civiles del siglo XIX, no favorecía ni a las instituciones jurídicas mercantiles ni al comercio como actividad económica a la altura de otras actividades y profesiones de mayor prestigio. Entre éstas estaban la explotación de sus propiedades rurales y urbanas por los burgueses y sus descendientes, muchos de los cuales también percibían sus ingresos del desempeño de puestos oficiales “venales” (incluyendo los de jueces y magistrados) comprados por aquellos con suficientes medios, o de su ejercicio de profesiones liberales y de la carrera militar. El poco interés en las actividades mercantiles se reflejó en un Código Civil dedicado a actividades supuestamente sin propósito de lucro, normativa a la cual Napoleón dedicó mucho tiempo y, a su conclusión, orgullo. Su interés en el *Code Civil* contrastaba con su falta de interés en un código mercantil diseñado (a través de sus *actes de commerce*) para aislar las actividades mercantiles, y especialmente aquellas “peligrosas” como las letras de cambio, de uso por los ingenuos aunque honestos burgueses. El poco respeto al ánimo de lucro y a los comerciantes profesionales fue responsable de la caracterización de las agrupaciones de profesiones liberales (incluyendo a los abogados, médicos, contadores e ingenieros) como asociaciones de derecho civil sin fines de lucro, descontando el hecho de que ninguna de estas actividades en realidad podía sobrevivir sin generar ganancias.⁹⁰

Por lo demás, los códigos civiles de extracción francesa también tienen la tendencia a conceder una mayor certeza a los contratos celebrados conforme a formalidades costosas, tales como los *actes authentiques* (escrituras públicas o notariales), y a los contratos “tipificados”, en contraposición a los convenios concluidos mediante comunicaciones informales características del comercio cotidiano.⁹¹ Estos códigos

⁸⁹ Lawson, Frederick Henry, *A Common Lawyer Looks at the Civil Law: Five Lectures Delivered at the University of Michigan*, 16-20 de noviembre de 1953, 1955, p. 167 (en adelante, Lawson, *A Common Lawyer*).

⁹⁰ Véase Kozolchyk, *Commercialization*, nota 11, p. 4.

⁹¹ *Ibidem*, pp. 6-17; véase también Kozolchyk, *Materiales de Clase Impresos*, nota 1, p. VII-9.

también carecían de disposiciones para los contratos celebrados *inter ausentes* o por partes distantes una de otra, y para la protección de terceros que prestaban o compraban sobre la base de la información proporcionada por el primer y altamente inseguro registro francés de bienes raíces.⁹²

De la misma manera, la exigencia de una causa legal y moral como condición para la existencia de un contrato válido tal como, por ejemplo, un contrato de préstamo, hacía peligrar los derechos de terceros, tales como los subsiguientes tenedores inocentes de documentos negociables emitidos por los deudores originales. Esto era especialmente cierto cuando el contrato de préstamo subyacente era considerado usurario; independientemente de la vaguedad de su definición, la usura automáticamente implicaba una causa ilegal o inmoral. Y en aquellos casos en los que el registrador debía evaluar dicha causa a efectos de determinar la validez del contrato subyacente (como es actualmente el caso de la ley peruana ya analizada), los resultados podían ser igualmente perjudiciales.

Otra característica perjudicial del Código Civil francés en lo que respecta a las instituciones jurídicas mercantiles se vincula a su estilo escolástico-aristotélico en la redacción de las definiciones y clasificaciones, especialmente en las secciones relativas a obligaciones y contratos. Considérese, por ejemplo, la forma en la cual se define y clasifica el término contrato en los artículos 1101, 1102 y 1103 del Código Civil.⁹³

Artículo 1101: un contrato *es* un convenio por el cual una o más personas se obligan, para con una o muchas otras, a dar, hacer o no hacer alguna cosa.

Artículo 1102: un contrato *es* sinalagmático o bilateral cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente una con respecto a la otra.

Artículo 1103: el contrato *es* unilateral cuando una o varias personas se obligan frente a una o varias otras, sin que haya compromiso por parte de estas últimas.

⁹² Kozolchyk, Commercialization, nota 11, pp. 6 y 12.

⁹³ Serie Napoleón, Código Civil francés, libro III, título III, cap. I, artículos 1101, 1102 y 1103, 1995-2002, en http://www.napoleon-series.org/research/government/code/book3/c_title03.html (última visita el 18 de febrero de 2009).

Siguiendo el método aristotélico de definiciones, el Código identifica lo que considera la característica esencial del objeto definido, es decir, la característica que es peculiar o única a esa especie de convenios conocida como contratos, la creación voluntaria de obligaciones o compromisos. El propósito de esta característica fue la de diferenciar a los contratos, en forma permanente y universal, de otros convenios que extinguen o modifican obligaciones previas, pero que no generan obligaciones. Este interés en la clasificación y taxonomía, de clara herencia aristotélica, es el que genera la presunción de muchos intérpretes de este tipo de códigos, quienes consideran que sólo puede existir como contrato aquello que ha sido definido y clasificado como tal. La utilización del verbo (“es”) en la definición se refiere a la universalidad de la institución y así brinda permanencia e inmutabilidad al concepto. Esta característica explica por qué existen tantas enumeraciones de instituciones jurídicas que son de “número cerrado” (*numerus clausus*), incluyendo las que se refieren a bienes muebles y garantías mobiliarias. Teniendo precisamente en mente esta característica de *numerus clausus* del Código Civil francés y de sus descendientes, el principio 3 del NLCIFT dispone lo siguiente:

3. La garantía mobiliaria se puede constituir sobre cualquier bien susceptible de valoración pecuniaria, sean ellos presentes o futuros, corporales o incorporales, incluyendo derechos sobre los mismos, así como sobre los bienes derivados o atribuibles a la venta o permuta de estas garantías, ya sea en una primera o ulterior generación de tales bienes derivados o atribuibles. Por tanto, los bienes garantizadores al igual que las garantías sobre los mismos son de número abierto (*numerus apertus*) y no se encuentran limitadas a figuras preexistentes tales como las prendas con o sin desplazamiento o las hipotecas mobiliarias, o ventas con reserva o retención de dominio, etcétera.

Durante el proceso de redacción de la ley guatemalteca, hice notar a la Comisión que algunos códigos civiles tales como el *Bürgerliches Gesetzbuch* alemán (BGB o Código Civil) de 1900 brinda un mayor respaldo a las actividades comerciales que los códigos civiles francés y español. Estos últimos códigos son responsables del lento desarrollo de instituciones jurídicas mercantiles cruciales en el derecho de las garantías mobiliarias, tales como las “ventas con reserva de dominio”

o “ventas condicionales” o las prendas sin desposesión del deudor. Los códigos francés y español se basan en definiciones de los contratos de compraventa como contratos “consensuales” y, en consecuencia, en la transferencia del vendedor al comprador desde el momento en que existe el acuerdo.⁹⁴ Esto hace que sea difícil justificar la retención de la propiedad por parte del vendedor; también requiere que la parte prendante transfiera su posesión de los bienes en garantía al acreedor/prendado.⁹⁵

- Características incompatibles en el Código Civil guatemalteco

A pesar de su reciente promulgación a mediados del siglo XX (1963), el Código Civil guatemalteco aún conserva huellas de la influencia de los códigos francés y español. A modo de ejemplo, optó por un sistema con las siguientes características: 1) las prendas se constituyen formalmente (ya sea por escritura pública o escritura privada); 2) el contrato de garantía debe contener una descripción sumamente detallada de los bienes en garantía;⁹⁶ 3) existe sólo un número cerrado de bienes muebles que pueden ser dados en garantía,⁹⁷ y las medidas de ejecución sólo se aplican a las garantías que se encuentran permitidas; 4) los mecanismos de cobranza, reposición y li-

⁹⁴ Véase el Código Civil francés, promulgado el 15 de marzo de 1803 y publicado el 21 de marzo de 1804 (en adelante, Código Civil de 1804), traducción al inglés por R. G. Claitor (abogado del Inner Temple), artículo 1583 (Baton Rouge 2, La., En., 1960). El artículo 1583 dispone que la venta se perfecciona y la propiedad se adquiere por el comprador desde el momento en que existe el acuerdo sobre objeto y precio de la venta.

⁹⁵ Véase el Código Civil de 1804, artículo 2071. A pesar de que el Código Civil alemán es también un Código Civil, es más mercantil o menos hostil al comercio que el Código Civil de 1804.

⁹⁶ Código Civil guatemalteco, artículo 884.

⁹⁷ *Ibidem*, artículo 451, que contiene una enumeración de los bienes muebles: “Artículo 451. Son bienes muebles: 1o. Los bienes que pueden trasladarse de un lugar a otro, sin menoscabo de ellos mismos ni del inmueble donde estén colocados; 2o. Las construcciones en terreno ajeno, hechas para un fin temporal; 3o. Las fuerzas naturales susceptibles de apropiación; 4o. Las acciones o cuotas y obligaciones de las sociedades accionadas, aun cuando estén constituidas para adquirir inmuebles, o para la edificación u otro comercio sobre esta clase de bienes; 5o. Los derechos de crédito referentes a muebles, dinero o servicios personales, y 6o. Los derechos de autor o inventor comprendidos en la propiedad literaria, artística e industrial”.

quidación son estrictamente judiciales;⁹⁸ y 5) existe una limitación en cuanto a que un acreedor que resulte exitoso en la ejecución sólo puede recobrar el valor de los bienes recuperados.⁹⁹

- Nueva Ley de Guatemala, Principios del NLCIFT
y la Ley Modelo de la OEA

El artículo 3 de la nueva Ley Guatemalteca de Garantías Mobiliarias (la LGGM) refleja tanto los preceptos de la Ley Modelo de la OEA como los Principios del NLCIFT cuando define a las garantías mobiliarias como “el derecho real de garantía constituido por el deudor garante a favor del acreedor garantizado, para garantizar el cumplimiento de una o varias obligaciones del deudor principal o de un tercero. Consiste en la preferencia que le otorga al acreedor garantizado para la posesión y ejecución de los bienes muebles dados en garantía”.¹⁰⁰ La ley también adopta el concepto de número abierto (*numerus apertus*) en cuanto a las garantías, al disponer que:

El concepto de garantía mobiliaria comprenderá, además, aquellos contratos, pactos o cláusulas comúnmente utilizados para garantizar obligaciones respecto de bienes muebles, tales como la venta con reserva de dominio, los fideicomisos en garantía, la prenda flotante de establecimiento comercial o de fondo de comercio, el descuento de créditos o cuentas por cobrar en los libros del acreedor, el arrendamiento financiero y cualquier otra garantía mueble contemplada en la legislación con anterioridad a la presente ley.¹⁰¹

⁹⁸ *Ibidem*, artículo 882, que regula la nulidad del pacto comisorio o cláusula que faculte al acreedor para tomar posesión y ejecutar los bienes en garantía sin intervención judicial (“Es nulo todo pacto que autorice al acreedor para apropiarse la prenda o para disponer de ella por sí mismo en caso de falta de pago”).

⁹⁹ *Ibidem*, artículo 881. Esta disposición no se encuentra ni en el Código francés ni en el español, pero ha sido apoyada por los propulsores del tema de la protección al consumidor en estos países.

¹⁰⁰ Véase Ley Modelo de la OEA, nota 42, artículo 2, y 12 Principios, nota 53, en 2 y 3.

¹⁰¹ LGM guatemalteca, nota 45, artículos 2 y 3, y Ley Modelo de la OEA, nota 42, artículo 2.

La LGGM posibilita la creación de garantías posesorias y no posesorias (con y sin desplazamiento)¹⁰² ya sea para el otorgamiento de un crédito individual o de un “contrato de línea de crédito”, con las correspondientes cláusulas con respecto a “deudas adquiridas con posterioridad” y “bienes en garantía adquiridos con posterioridad”.¹⁰³ La ley también enumera los gravámenes legales o derechos de retención que existen en virtud de la legislación guatemalteca, con el fin de proporcionar certeza a los acreedores garantizados y a los compradores de buena fe de los bienes dados en garantía.¹⁰⁴ Por lo demás, la ley cumple un rol precursor en América Latina al adoptar por primera vez un enfoque unitario y unificador del concepto de garantía mobiliaria. Siguiendo los pasos del artículo 9 del UCC, el artículo 7 de la LGGM dispone que:

El término garantía mobiliaria comprenderá todas las garantías sobre bienes muebles, incluyendo enunciativa pero no limitativamente a la prenda común o civil; prenda agraria, ganadera e industrial; prenda sobre certificados de depósito, bonos de prenda, cartas de porte o conocimientos de embarque, facturas cambiarias, cédulas hipotecarias, vales, bonos bancarios, certificados fiduciarios, títulos valores, saldo a favor en crédito en cuenta corriente y el valor de rescate de una póliza de seguro.¹⁰⁵

La creación de una garantía mobiliaria requiere la existencia de un convenio que, con excepción de los casos de garantías posesorias (con desplazamiento de la posesión) deberá constar por escrito, ya sea en escritura pública o privada, o en medios electrónicos, o en cualquier otro medio que permita preservar un registro permanente del consentimiento de las partes para la creación de la garantía mobiliaria. A diferencia de la ley peruana, la descripción de los bienes en garantía puede realizarse en forma genérica o detallada. Por otra parte, la ley recuerda a las partes que si desean recurrir a un procedimiento privado y extrajudicial para la ejecución de la garantía, el

¹⁰² LGM guatemalteca, artículo 4, y Ley Modelo de la OEA, artículo 2.

¹⁰³ LGM guatemalteca, artículos 3 y 4.

¹⁰⁴ LGM guatemalteca, artículo 5.

¹⁰⁵ *Ibidem*, artículo 7. Véase también, Ley Modelo de la OEA, nota 42, artículo 1; y 12 Principios, nota 53, principio 7.

contrato de garantía es un buen lugar para pactar dicho procedimiento.¹⁰⁶

Al igual que el artículo 9 del UCC, la Ley Modelo de la OEA y los Principios del NLCIFT, cuando la garantía es con desplazamiento, la misma se perfecciona cuando el acreedor o su representante entra en posesión de los bienes; en el caso de garantías sin desplazamiento, el perfeccionamiento se logra mediante la inscripción de la garantía en el registro público o a través del control de los bienes por un tercero designado que actúe en representación del acreedor garantizado.¹⁰⁷ A diferencia de la ley peruana ya analizada, la ley guatemalteca es clara en cuanto al uso de un formulario de inscripción en lugar del contrato de garantía, así como en el alcance de las funciones del registrador que son básicamente de índole administrativa y automatizada, sin atribuciones de evaluación. La ley se refiere asimismo a un registro público, fácilmente accesible e interconectado a nivel nacional e internacional.¹⁰⁸

En contraste con la metodología de redacción adoptada por el artículo 9 del UCC, pero manteniendo siempre su consistencia con la Ley Modelo de la OEA, la LGGM adoptó un enfoque segmentado en cuanto a las reglas de perfeccionamiento y prelación de las garantías mobiliarias, definiendo dichas reglas para las principales clases de bienes. Esta solución se adoptó para facilitar la aplicación de conceptos, reglas, recursos y principios interpretativos novedosos para la mayor parte de los usuarios, aun a costa de algunas repeticiones. Así, se adoptaron reglas de perfeccionamiento y prelación para: garantías sobre bienes derivados (artículo 16); garantías mobiliarias prioritarias (artículos 17, 45 y 55); garantías mobiliarias sobre créditos (artículos 19-24 y 56c); obligaciones no dinerarias tales como derechos contractuales (artículos 25-26); créditos documentarios y sus derivados (artículos 27-30); títulos de crédito y títulos representativos de mercaderías (artículos 31 y 56b); títulos representativos no negociables emitidos en papel o en forma electrónica (artículos 32 y 56a); control de bienes en posesión de un tercero depositario (artículos 34 y 56e);

¹⁰⁶ Véase LGM guatemalteca, nota 45, en artículo 12, d, g y j.

¹⁰⁷ *Ibidem*, artículo 15; 12 Principios, nota 53, principios 5, 6 y 7; Ley Modelo de la OEA, nota 42, artículo 10.

¹⁰⁸ LGGM, nota 45, artículos 40 y 41.

control de cuentas bancarias e inversiones (artículos 35 y 56e); inventario (artículo 36); derechos de propiedad intelectual (artículo 37); y accesorios (artículo 56d).

- Ejecución

Finalmente, las disposiciones en materia de ejecución son resultado de una combinación novedosa entre los “recursos de auto-ayuda sin violentar la paz” del artículo 9 del UCC,¹⁰⁹ los recursos extrajudiciales y judiciales de la Ley Modelo de la OEA¹¹⁰ y los mecanismos ya existentes en Guatemala en materia de procedimientos judiciales, extrajudiciales y expeditos:

Artículo 65. Ejecución voluntaria. El acreedor garantizado y el deudor garante podrán en el contrato de garantía, o en cualquier momento, antes o durante el procedimiento de ejecución judicial establecido en esta ley, convenir que la ejecución de la garantía mobiliaria se lleve a cabo en forma privada, en los términos y condiciones que acuerden libremente.

Se podrá acordar respecto de la entrega y forma de desapoderamiento del bien, la forma y las condiciones de la venta o subasta, y cualquier otro aspecto en tanto no se vulneren derechos constitucionales de las partes y de terceros.

En los casos del bono de prenda y del fideicomiso en garantía, las partes pueden pactar que la ejecución se lleve a cabo en la forma establecida en la Ley de Almacenes Generales de Depósito y en el Código de Comercio, respectivamente.

Artículo 66. Acción del deudor garante. En todo caso, quedará a salvo el derecho del deudor garante de reclamar los daños y perjuicios por el abuso en el ejercicio de los derechos por parte del acreedor garantizado.

¹⁰⁹ Véase, por ejemplo, UCC § 9-609.

¹¹⁰ Ley Modelo de la OEA, nota 42, artículos 53-66, y especialmente artículo 61.

- El registro

Desgraciadamente, la falta de financiamiento para la estructuración de la clase de registro que se contempla en la LGGM y en la Ley Modelo de la OEA ha resultado en la creación de un registro temporal, que esperamos pronto pueda ser rediseñado y puesto en total funcionamiento gracias al respaldo del BID y de otras instituciones de ayuda regional o internacional. A pesar de la naturaleza rudimentaria del presente registro, un diario guatemalteco recientemente reportó la calurosa reacción de la comunidad de negocios (prestamistas y prestatarios) ante la presencia de este registro bajo los auspicios de la LGGM.¹¹¹ Confiamos que un registro tal como el contemplado por la LGGM y que está siendo construido en estos momentos en Honduras, pronto también pueda operar en Guatemala.

C. *Honduras*

El NLCIFT firmó su contrato con la Millennium Challenge Account-Honduras (en adelante, “MCA-Honduras”) en octubre de 2007. Este contrato habilitó al NLCIFT para llevar adelante un plan ambicioso pero factible con el fin de acercar el crédito comercial a los pequeños y medianos empresarios de una nación en desarrollo que realmente lo necesita. Habiendo analizado el estado de la ley y de la práctica hondureña en virtud de un contrato anterior con la firma Booz Allen Hamilton y la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID), el plan del NLCIFT para el contrato con MCA-Honduras se concentró, en primera instancia, en establecer las condiciones bajo las cuales los prestamistas locales y extranjeros podrían comprometerse a conceder líneas de crédito a comerciantes individuales o a sociedades comerciales en los diversos sectores de la economía hondureña.

Con esto en mente, el NLCIFT invitó a Michael Quinn, de J. P. Morgan Chase, entre otros prominentes banqueros de los Estados

¹¹¹ Veliz, Cristóbal, “Diez empresas se adhieren al RGM”, *Siglo XXI*, 10 de febrero de 2009, en <http://www.sigloxxi.com/noticias/26460> (última visita el 18 de febrero de 2009).

Unidos, a una reunión preliminar con representantes hondureños de los sectores privado y público. Uno de los objetivos de esta reunión fue el de evaluar el tipo de préstamos garantizados que J. P. Morgan Chase estaría dispuesto a conceder en Honduras, en otros países centroamericanos y en México, ya sea directamente o a través de los bancos locales. Luego de escuchar diversas presentaciones por parte de los exportadores hondureños y de los importadores estadounidenses de productos hondureños, el señor Quinn informó que, dependiendo del volumen, puntualidad, calidad de los productos y efectividad de las garantías sobre los mismos, su banco estaría dispuesto a considerar la extensión de créditos a los exportadores hondureños y a sus importadores estadounidenses sobre la base de la cadena de suministros (*supply chain financing*). Es decir, el financiamiento se haría a través de la adquisición de las cuentas por cobrar pagaderas a los exportadores hondureños por los importadores estadounidenses que ya hubieran sido aceptados, y la creación de garantías de una forma similar a la dispuesta por el artículo 9 del UCC. Este financiamiento requeriría un sistema de registro fácilmente accesible, confiable y económico que permitiera el perfeccionamiento y la determinación de la prelación de las cuentas dadas en garantía y de sus derivados o bienes atribuibles, tanto en los Estados Unidos como en Honduras. La identificación de estas precondiciones resultó muy útil ya que confirmó que existe un cierto segmento del mercado hondureño de exportación que podría ser financiado a tasas de interés razonables por un banco confiable y respetado en los Estados Unidos.

A partir de allí, el proyecto se trasladó a Honduras. Luego de identificar las leyes y prácticas vigentes en el país, el NLCIFT debía alcanzar siete objetivos distintos, si bien vinculados entre sí: 1) Determinar las condiciones bajo las cuales los banqueros locales estarían dispuestos a conceder préstamos, de una manera similar a la que identificó J. P. Morgan Chase para su participación; 2) Reactivar el proceso de redacción de la ley hondureña, inspirada ya no sólo en los Principios del NLCIFT y en la Ley Modelo de la OEA, sino también en la recientemente aprobada LGGM; 3) Crear un grupo de trabajo compuesto por expertos estadounidenses, hondureños y/o de otros países latinoamericanos con el propósito de planear el diseño y operación del registro hondureño de garantías mobiliarias, in-

cluyendo su vinculación con otros registros locales, regionales e internacionales; 4) Identificar las prácticas contables y de negocios de las pequeñas y medianas empresas hondureñas y el tipo bienes que podrían ofrecer como garantía para los prestamistas nacionales y extranjeros; 5) Preparar formularios estandarizados en materia contable y para la documentación del préstamo, incluyendo los formularios de inscripción registral; 6) Crear un grupo de trabajo en materia regulatoria, conformado por banqueros y reguladores bancarios hondureños, así como por expertos extranjeros en materia de aspectos regulatorios de los préstamos garantizados; y 7) Proporcionar sesiones de capacitación para los bancos, abogados bancarios, jueces, profesionales y profesores de derecho.

Con este objetivo, un grupo de investigadores del NLCIFT realizó varios viajes a Honduras para entrevistar a los bancos locales (grandes y pequeños), agricultores, dueños u operadores de pequeños negocios, importadores y exportadores, ganaderos, pescadores, sus respectivas cooperativas, profesionales y artesanos. El objetivo de este trabajo de campo no fue meramente el de identificar la clase de bienes que los prestamistas exigen a modo de garantía, sino también cuáles son los bienes que los prestatarios actuales o potenciales se encuentran en condiciones de ofrecer. A modo de ejemplo, si el operador de un local o pequeño negocio en el mercado central de Tegucigalpa (de los cuales hay cientos), o el conductor de un taxi (que también se cuentan en los cientos) ofreciera su licencia o su permiso para operar su respectivo negocio a modo de garantía, ¿estarían los banqueros y otros prestamistas dispuestos a aceptar estas garantías y, en caso afirmativo, bajo qué condiciones? ¿Y qué pasaría en el caso de las cuentas por cobrar? ¿Aceptarían los prestamistas una forma muy rudimentaria de contabilidad, acompañada de registros (libros) contables en extremo simplificados a efectos de conceder una línea de crédito que responda a los volúmenes de venta del prestatario, en lugar de enfrentarse al riesgo de que el prestatario pueda perder su permiso/licencia? Y en ese caso, ¿cuáles serían los aspectos que los prestamistas necesitarían supervisar, y sería factible que dicha supervisión se llevara a cabo a través de inscripciones en el futuro registro, a modo de “anexos” a las inscripciones o de otra forma? O, en el caso de los agricultores de subsistencia, si los agricultores hondureños

tuvieran que vender sus cosechas por una fracción de su valor de mercado (como sucede en Guatemala) simplemente porque carecen de un simple vehículo para transportar su producto al mercado, ¿estaría dispuesto un banco a financiar la compra de dicho vehículo utilizando como garantía los bienes derivados de las ventas de las cosechas?

El propósito de esta extensa investigación fue el de redactar una ley que tomara en cuenta lo aprendido de las costumbres comerciales hondureñas, de las prácticas de contabilidad, o de la confianza de los prestamistas en los bienes dados en garantía (tales como los permisos arriba mencionados). También tuvo como objeto el contribuir a diseñar un registro seguro, dinámico y flexible, capaz de responder a la necesidad de contar con información confiable con respecto a las garantías y activos disponibles a través de un sistema automatizado, y eventualmente a través de inscripciones y búsquedas totalmente electrónicas en una base datos interconectada. Una vez que el correspondiente marco legal haya sido aprobado, incluyendo la ley de garantías mobiliarias y el reglamento del registro, podrán iniciarse los préstamos mercantiles, y su impacto sobre la economía hondureña podrá ser medido, mes a mes.

Mucho me complace reportar que el borrador final de la ley hondureña de garantías mobiliarias ha sido aprobado por la Suprema Corte de Justicia de Honduras y enviado al Congreso para su votación, la cual habrá de llevarse a cabo posiblemente en mayo o junio de 2009. El *software* del registro será sometido a prueba en abril de 2009, y los reglamentos serán completados poco después de dicha prueba. Concomitantemente, también se están realizando estudios con respecto a las prácticas contables y los formularios registrales. Sin duda, se producirán enfrentamientos entre la naturaleza transparente de un moderno sistema de registro y de las prácticas contables modernas y una cultura jurídica reacia al pago de los impuestos y por tanto predispuesta a la ocultación de información comercial. En una cultura jurídica de esta naturaleza, tradicionalmente han existido pocos incentivos para inscribir gravámenes, mantener registros y libros comerciales adecuados y abandonar el secreto en las operaciones comerciales. Con la nueva ley de garantías mobiliarias en vigor,

existirá un poderoso incentivo para tener acceso al crédito a tasas de interés razonables.

A medida que el proyecto progrese, un experto en regulación bancaria habrá de reunirse con sus contrapartes hondureñas; confiamos en que las lecciones en materia de una sana y segura gestión de riesgos en los créditos garantizados aprendidas como resultado de la caída en los mercados financieros de los Estados Unidos (y del mundo) pueden ser aplicadas en Honduras. Adicionalmente, se está por completar la elaboración de un manual computarizado de enseñanza interactiva sobre la ley de garantías mobiliarias.

VII. CONCLUSIONES

A medida que reflexiono sobre los fracasos y éxitos de los esfuerzos para facilitar el desarrollo económico en América Latina a través de la aprobación de leyes que sigan los lineamientos de la Ley Modelo de la OEA sobre garantías mobiliarias, debo concluir que la razón por la cual México y Perú aún no han modernizado debidamente sus leyes y prácticas en materia de préstamos garantizados es porque las personas responsables de las políticas en cuestión no se han planteado las preguntas adecuadas.

Existen aún políticos y burócratas en México que continúan planteándose variantes de la misma pregunta que me formularon durante las negociaciones del TLCAN, “¿por qué nosotros?”. Y también hay quienes permanecen convencidos acerca de la validez del eslogan autóctono: “¿por qué debemos cambiar nuestras leyes si son las que mejor reflejan nuestra cultura jurídica?”. Por otra parte, algunos prestamistas influyentes se hacen eco de dicho eslogan, aunque sin tomarlo seriamente. Para ellos, la verdadera pregunta es: “¿por qué deberíamos abandonar el actual sistema legal si, a pesar de su falta de transparencia y de sus gravámenes secretos, a nosotros nos va bien y mantenemos nuestra posición prioritaria?”.

En Perú, un esfuerzo reformador efectivo requerirá que los redactores e implementadores de esta ley de garantías mobiliarias y del reglamento del registro se planteen preguntas tales como “¿cuál es el fin de la ley que vamos a aprobar?, ¿quiénes son sus beneficiarios potenciales, y en qué forma se les puede proteger e incentivar mejor?”,

¿cuáles son sus conceptos, reglas y principios interpretativos esenciales, y por qué?, ¿en qué consiste un registro realmente funcional?, ¿cuál es la mejor vía para implementar los requisitos sustantivos, procesales y registrales para fomentar las mejores prácticas comerciales, administrativas y judiciales?, ¿debemos modernizar asimismo nuestra legislación en materia de quiebras para evitar que la misma se convierta en un mecanismo de evasión de la ley de garantías mobiliarias, permitiendo asimismo que se convierta en una herramienta viable para la rehabilitación de los deudores que merezcan ser beneficiarios de la misma?

En Guatemala y en Honduras, los legisladores, jueces y partes interesadas (incluyendo pequeños y medianos prestatarios y entidades que brindaron su apoyo, como, por ejemplo, MCA-Honduras y el BID) se plantearon las preguntas mencionadas en el párrafo anterior y llegaron a la conclusión de que la única respuesta satisfactoria se encontraba en la modernización del régimen legal aplicable, de una manera consistente y armónica con los sistemas legales que reflejan las mejores prácticas para préstamos garantizados, registro y sistema contable.

Resulta claro que la aprobación de las leyes y los reglamentos registrales adecuados es tan sólo el primer paso en un largo proceso de implementación. El éxito de éstas y de otras naciones en desarrollo en acceder a un crédito comercial y al consumo a tasas de interés razonables se alcanzará solamente si se sigue un enfoque normativo que funcione tanto de “arriba hacia abajo” como de “abajo hacia arriba” en la modernización de su derecho comercial. El enfoque de arriba hacia abajo presupone la selección gubernamental de aquellas instituciones jurídicas que resulten más efectivas, habiendo sido probadas en los mercados de préstamos garantizados más activos y eficientes, y que vayan acompañadas asimismo de una comprensión suficiente sobre cómo realizar los ajustes necesarios al derecho y a las prácticas locales.

Esta visión fue la que llevó a los funcionarios guatemaltecos a evitar las complicaciones de instituciones jurídicas que tienen su base en los códigos civiles de Francia y de España, contrarias a los objetivos de la legislación deseable y capaz de provocar decisiones judiciales o administrativas de carácter retrógrado. Es también gracias a esta vi-

sión que se preservaron los mecanismos fundamentales de protección constitucional tanto para los deudores como para los acreedores garantizados.

El enfoque de abajo hacia arriba consiste en identificar aquellas instituciones jurídicas que mejor permitan alcanzar los objetivos de modernización de las leyes oficiales, incluyendo las costumbres y prácticas comerciales, bancarias, contables, registrales e impositivas. Una vez que se hayan identificado las costumbres que puedan resultar útiles, el próximo paso resulta crucial y delicado: se trata de incorporar esas costumbres y prácticas locales a instituciones jurídicas existentes en forma de “mejores prácticas” para luego explicarlas y propagarlas a través de comentarios académico-doctrinales.

De lograrse una implementación adecuada, esta selección de mejores prácticas distinguirá entre aquellas que pueden funcionar mejor, por ejemplo, en un mercado con un alto nivel de actividad, confianza y sofisticación, y otras más apropiadas para un mercado más pequeño y con muy bajos niveles de confianza y sofisticación transaccional. En consecuencia, las prácticas asociadas con el mercado más sofisticado (por ejemplo, la confianza depositada en el acreedor para que sea éste quien, sin mayor formalidad, presente ciertos documentos e inscripciones electrónicas a nombre de ambas partes) quizás requieran ser modificadas para permitir la presentación de documentos no sólo en forma electrónica sino también en papel, firmados por ambas partes, o refiriéndose a una autorización o poder en el contrato de garantía, o eligiendo otras prácticas que promuevan una mayor confianza sin dilatar ni encarecer indebidamente al préstamo y su registro. Estas prácticas de promoción de la confianza también deberán tener en cuenta la necesidad de legitimizar ciertas inscripciones vinculadas con bienes muebles cuyo uso no resulta habitual (dentro de los parámetros de los países desarrollados), como pueden ser los permisos o licencias gubernamentales que habilitan la operación de pequeños comercios, incluyendo locales en un mercado, puestos artesanales y taxímetros, así como los asientos contables rudimentarios que llevan los almacenes o “pulperías” (las famosas “libretas”).

En definitiva, la formulación exitosa de prácticas registrales, al igual que la de prácticas comerciales y financieras, es producto de la combinación de ambos enfoques normativos —el de arriba hacia

abajo, y el de abajo hacia arriba—. No debe olvidarse que aun las prácticas en apariencia más localistas deben contener elementos de universalidad, bien porque reduzcan costos transaccionales, induzcan confianza entre las partes o terceros, o adjudiquen derechos y obligaciones con base a la justicia o equidad comercial. No se trata de una tarea fácil, pero estoy convencido de que es la única fórmula exitosa para poder canalizar en forma positiva la contribución del derecho comercial como herramienta primaria del desarrollo económico.