

Las garantías mobiliarias

(Fundamentos del Derecho de Garantías Mobiliarias a la luz de la experiencia de los Estados Unidos de América)

Por LUIS ROJO AJURIA

Profesor titular de Derecho civil de la Universidad de Cantabria

SUMARIO: Introducción.—I. Las garantías mobiliarias en el Derecho comparado.—II. Las garantías mobiliarias en el Derecho español.—III. El artículo 9 del Uniform Commercial Code como Ley General de las Garantías Mobiliarias.—IV. Elementos para el estudio de las garantías mobiliarias.—1. *Los principios básicos de política jurídica adoptados por el ordenamiento.*—2. *Cuestiones de técnica jurídica.*—3. *Formalismo y publicidad.*—V. La generalización de la garantía mobiliaria.—VI. La superación del formalismo.—VII. El derecho de garantía y el derecho de propiedad.—VIII. Tipicidad de derechos, libertad contractual y garantías mobiliarias.—1. *Tipicidad y contenido de los derechos de garantía.*—2. *El ejemplo de la venta en garantía.*—3. *Derecho de garantía y privilegios.*—4. *Garantías mobiliarias y política legislativa.*—IX. El contrato y el derecho de garantía.—X. Los derechos de los terceros. La reipersecutoriedad.—XI. La subrogación real en la garantía mobiliaria.—XII. La garantía flotante y la garantía del dinero de compra.—XIII. La inscripción registral.—XIV. La publicidad de las garantías mobiliarias.—1. *La publicidad mobiliaria.*—2. *Información y publicidad en las garantías mobiliarias.*—Conclusiones.

INTRODUCCION

El análisis del Derecho de Garantías Mobiliarias en las actuales sociedades industrializadas, basadas en el capitalismo financiero, se revela tan complejo como interesante. El objetivo del presente trabajo es plantear los fundamentos y principios básicos de este sector del ordenamiento jurídico, sacrificando un mayor desarrollo de las cuestiones abordadas o el tratamiento específico de problemas concretos. El método elegido, entre otros posibles, es un estudio comparativo, poniendo especial énfasis en el *artículo 9 del Uniform Commercial*

Code (art. 9 UCC, a partir de ahora), que se podría describir como la *Ley General de Garantías Mobiliarias de los Estados Unidos de América*. Los motivos de la elección son evidentes: en Europa se desconoce una solución semejante como salida a la confusión y complejidad de la regulación de las garantías mobiliarias (1). Entendemos que, aunque el modelo que plantea el art. 9 UCC pueda ser susceptible de mejoras (2), su conocimiento y estudio son obligados en cualquier análisis de las garantías mobiliarias.

Las garantías mobiliarias plantean una primera cuestión básica, *la de su propia admisión*. Tal cuestión es *axiológica*, y previa a la configuración del derecho de garantía. Es preciso decidir si el ordenamiento jurídico ha de admitir o no tales garantías. La doctrina europea no suele tratar este problema de una forma específica, pero sí lo hace la doctrina americana. Y es que, sea cual sea la respuesta, *es preciso plantearse la pregunta*, porque las razones que se utilicen en este primer momento van a configurar los principios básicos, y a evitar confusiones ulteriores. Un ordenamiento jurídico que careciese de garantías mobiliarias, pero en el que existiese una norma que consagrarse de forma absoluta el *principio de igualdad de acreedores (par condicio creditorum)* no sería un ordenamiento defectuoso por adolecer de una laguna normativa, pues el universo de casos relevantes tiene solución (el reparto de los bienes del deudor entre todos sus acreedores *por igual*). La crítica a tal ordenamiento sólo se podría hacer desde un *criterio axiológico determinado* (por ejemplo, la *par condicio* no se adecúa a la eficiencia económica del mercado, las garantías mobiliarias expanden y abaratan el crédito...), por lo que en

(1) De tal afirmación se puede inferir que el eje de la comparación no está en la dicotomía *civil law-common law*. Evidentemente, el art. 9 UCC se enmarca en un ordenamiento jurídico basado en la tradición del *common law*, pero sus planteamientos son en gran medida nuevos. El país, cuna del *common-law*, Inglaterra, desconoce una legislación semejante a la del art. 9. El panorama de las garantías mobiliarias en Inglaterra es tan confuso e insatisfactorio como en otros países europeos, *vid.* GOODE, R. M., *The Modernisation of Personal Property Security Law*, «The Law Quarterly Review», 1984, pp. 234-251. Por lo demás, la mentalidad de los juristas ingleses en esta materia tiene más en común con sus colegas europeos que con los americanos, *vid.* GOODE, R. M., *Legal Problems of Credit and Security*, Londres, 1988. Los defectos del Derecho inglés referente al crédito y las garantías fueron puestos de manifiesto en el *Crowther Report* (1971), que también incluía una serie de recomendaciones sobre los cambios legislativos necesarios. Fruto de tales recomendaciones fue la *Consumer Credit Act* (1974), pero el problema de las garantías mobiliarias sigue sin resolverse, *vid.* DAVIES, IWAN, *The Reform of Personal Property Law: Can Article 9 of the US Uniform Commercial Code be a Precedent?*, «International and Comparative Law Quarterly», 1988, pp. 465-504.

(2) *Vid.* DAVIES, *op. cit.* Siguiendo el precedente marcado por el art. 9 UCC se han promulgado varias leyes en Canadá, que por ser más modernas y por conocer el resultado del art. 9, pueden ser más perfectas en ciertos aspectos. No obstante, como nuestro trabajo se centra en los principios básicos, que son los mismos, se ha optado por evitar las referencias a las leyes canadienses, ya que de lo contrario la complejidad del trabajo podría resultar excesiva.

este caso no es propio hablar de lagunas normativas, siendo más correcto, para hacer referencia a la cuestión planteada, el término de *laguna axiológica* (3).

El ocaso de la garantía genérica, de la *par condicio creditorum*, es un dato que une a todos los ordenamientos. No obstante, la derogación de la norma de la igualdad de los acreedores puede hacerse obedeciendo a muy distintas *opciones de política jurídica*, y por vías muy diversas. Se puede derogar permitiendo que los particulares puedan constituir un derecho de garantía sobre cualquiera de sus bienes muebles para garantizar sus obligaciones, es decir, mediante la *libertad contractual*. Esta es una característica común a los ordenamientos alemán y americano. Por el contrario, la derogación puede ser *parcial y controlada por el legislador*, estableciendo mediante leyes especiales ciertas formas de garantía mobiliaria para garantizar determinado tipo de créditos, y cuyo objeto sólo puede ser determinado tipo de bienes. Es la solución de los ordenamientos jurídicos de tradición romanista (Apdo. I).

En el Derecho de Garantías Mobiliarias los problemas se *superponen*. El derecho de garantía sobre bienes muebles del que se parte en esta evolución es el *derecho de prenda*, lo cual plantea graves problemas dogmáticos. Una visión de las garantías mobiliarias apegada a las tradicionales figuras de la prenda y de la hipoteca es poco apta para articular un sistema de garantías que cubra las necesidades del proceso de producción y circulación de la riqueza mobiliaria. La posibilidad de crear hipotecas mobiliarias tiene unos límites muy definidos. Los contenidos de un derecho de garantía basado en la desposesión o en la reipersecutoriedad del bien, en un sector de la economía caracterizado por la celeridad del tráfico, por la transformación física o por la transmisión jurídica de los bienes, muestran una clara inadecuación. En el Derecho español se pueden comprobar los límites de esta visión (Apdo. II).

Ante tamañas dificultades, la doctrina europea suele tener siempre la misma tentación: la utilización del *derecho de propiedad con finalidad de garantía* (cuyo paradigma es el ordenamiento alemán). Una visión del art. 9 UCC nos da una perspectiva radicalmente nueva: tal ley general de garantías mobiliarias se basa en *la superación de las distinciones formales*. Se configura un *único derecho de garantía* que podría constituirse sobre toda clase de bienes muebles. Por otra parte, el art. 9 UCC es *sólo* una ley de garantías mobiliarias, sin in-

(3) Vid. ALCHOURRON, CARLOS E., y BULYGIN, EUGENIO, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, 1987, pp. 145-167. De una forma más simple, NINO, CARLOS SANTIAGO, *Introducción al análisis del Derecho*, Barcelona, 1983, pp. 281-289.

troducir otro tipo de normativa (protección del consumidor, Derecho concursal...) (Apdo. III).

La superación de los clásicos derechos de prenda e hipoteca lleva implícita otra consecuencia: el problema de la *propiedad aparente*. Se plantea entonces la cuestión de la *publicidad* de las garantías mobiliarias. En este terreno el art. 9 UCC se aproxima a los ordenamientos latinos, caracterizados por el principio de la publicidad, y se aleja del alemán, dado que el peculiar desarrollo de las garantías mobiliarias en este ordenamiento no ha sido acompañado de ningún sistema de publicidad. Ahora bien, el art. 9 UCC adopta el *notice filing*, una inscripción concisa que prescinde del principio de especialidad. Con todo ello, hemos reunido los *elementos básicos* para el estudio de las garantías mobiliarias (Apdo. IV).

El art. 9 UCC no surge de la nada, sino que es el fruto de una *evolución* jurisprudencial, legal y doctrinal de más de un siglo. Una breve visión de los problemas que se tuvieron que superar para permitir la génesis de una ley como el art. 9 UCC, y que toda la propiedad mobiliaria pueda ser objeto de un derecho de garantía, nos mostrará cómo la experiencia americana responde a una situación muy similar a la europea (Apdo. V). Quizá la característica más sorprendente del art. 9 UCC para la mentalidad jurídica europea sea la *superación del formalismo*, y por ello este tema requiere una especial atención (Apdo. VI). Dentro de este mismo tema destaca la *asimilación de la reserva de dominio al derecho de garantía*, verdadero núcleo duro de las distinciones formales en los ordenamientos europeos (Apdo. VII). Ahora bien, aunque la doctrina europea plantea el problema en un plano aparentemente formal o dogmático, la mayoría de las veces tales controversias jurídicas encubren *discrepancias valorativas acerca de cuestiones sustanciales*. Por ello, es necesario abordar de manera explícita toda una serie de cuestiones que se suelen plantear entorno a la tipicidad de derechos, la libertad contractual, la prelación de créditos, los privilegios... (Apdo. VIII).

A continuación se expondrán los ejes básicos del art. 9 UCC: los requisitos y efectos del contrato y derecho de garantía (Apdo. IX) y los efectos del derecho de garantía frente a terceros (Apdo. X). En las garantías mobiliarias, al margen de sus efectos frente a terceros, adquiere una especial relevancia la *subrogación real*, objeto de una específica regulación (Apdo. XI). Uno de los aspectos más polémicos del art. 9 UCC es su extrema facilidad para constituir una garantía flotante (*floating lien*), aunque la prioridad absoluta del dinero de compra (*purchase money security interest*) suponga un límite esencial y un replanteamiento de ciertos temas que la doctrina europea articula a través de la reserva de dominio (Apdo. XII).

El art. 9 UCC opta por la *publicidad de las garantías mobiliarias*. Si en todo su contenido el art. 9 UCC nos muestra claramente una

netamente diferenciación entre la regulación de la propiedad mobiliaria y de la propiedad inmobiliaria, también en el sistema de publicidad adoptado se muestra claramente tal diferencia. La inscripción en el Registro es fundamental para determinar la prioridad del acreedor garantizado, pero el *notice filing* es un sistema basado en una inscripción extremadamente concisa (Apdo. XIII). Ahora bien, dado que el problema de la propiedad aparente (*ostensible ownership*) no es exclusivo de los derechos de garantía (por ejemplo, también lo es de los arrendamientos), la doctrina americana se plantea el problema de la *publicidad mobiliaria* en términos generales. Además, cabe preguntarse cuánta información ha de contener la publicidad de las garantías mobiliarias (Apdo. XIV).

A lo largo de los catorce apartados se pretende conseguir un objetivo: la formulación de una manera global de los *fundamentos y principios de un sistema de garantías mobiliarias*. El art. 9 UCC regula de una forma precisa y detallada cada una de las cuestiones planteadas, y un estudio de las garantías mobiliarias habría de adentrarse en muchos problemas específicos. Pero eso queda ya fuera de nuestro alcance.

I. LAS GARANTÍAS MOBILIARIAS EN EL DERECHO COMPARADO

El estudio de las garantías mobiliarias en el marco del Derecho Comparado resulta sumamente complejo. No nos estamos refiriendo a las dificultades que pueden derivarse de la ambigüedad que la palabra *garantía* tiene en el lenguaje jurídico, o del contenido heterogéneo del concepto de garantía en sentido amplio (4). Sorteando este primer escollo (5), partimos de la base de que un estudio de las garantías mobiliarias ha de tener como objeto aquellas figuras jurídicas, de origen *contractual*, destinadas a modificar el régimen general de responsabilidad universal del deudor e igualdad de los acreedores, otorgando al acreedor la titularidad de un derecho sobre *determinados* bienes muebles del deudor y una *prioridad* en el cobro de su crédito respecto al resto de los acreedores.

El marco de referencia propuesto se basa en un criterio finalista y no dogmático. Tal planteamiento no es sólo la consecuencia de una opción metodológica general (6), sino que responde a necesidades con-

(4) Vid. FRAGALI, MICHELE, *Garanzia e diritti di garanzia*, en «Enciclopedia del Diritto», T. XVIII, pp. 448-466.

(5) Sobre el marco conceptual de la garantía mobiliaria, *Infra*, Apos. VIII, IX y X.

(6) «Tiene poco sentido polemizar contra los conceptos en cuanto conceptos. Por otra parte, tales instrumentos conceptuales no son obviedades fundadas hasta lo último. Han de ser escogidos, refinados, controlados y en caso necesario alterados. Re-

cretas del sector de las garantías mobiliarias. El desarrollo de este sector en el Derecho Comparado no se ha basado en criterios dogmáticos homogéneos, siendo el resultado una gran disparidad en los instrumentos jurídicos utilizados para alcanzar las finalidades señaladas anteriormente. Obviamente, nos estamos refiriendo sobre todo a la etapa en que, por imperativos económicos, el tradicional derecho de prenda entra en crisis como único derecho de garantía sobre bienes muebles. Las razones históricas de tal disparidad son varias, partiendo de un dato básico (7): «Las diversas formas de las modernas garantías mobiliarias nacen o se afirman esencialmente en la fase más avanzada de la economía crediticia, que se desarrolla progresivamente sólo después de la obra de nacionalización del *ius commune*.» Sin poder entrar en un análisis mínimamente satisfactorio del proceso histórico, nos hemos de conformar con marcar ciertas coordenadas básicas del moderno desarrollo de las garantías mobiliarias.

En *Alemania*, a pesar de la reciente promulgación del BGB, que como otros códigos se basaba en el derecho de prenda y en la abrogación de la hipoteca mobiliaria, ya a principios del presente siglo, *Eigentumsvorbehalt* (EV) y *Sicherungsübereignung* (SÜ) dominaban, con sus múltiples y refinadas utilidades, el entero sector de las garantías mobiliarias sin desposesión (8). El estudio del ordenamiento jurídico alemán en la actualidad (9) nos proporcionaría la visión de un desarrollo extremadamente articulado de las garantías mobiliarias basado en la *autonomía de la voluntad* y la reserva (EV) o transmisión (SÜ) del *derecho de propiedad*. Tal desarrollo ha sido legitimado, y en cierta medida controlado, por la jurisprudencia. Por último, cabe destacar la *ausencia de publicidad*.

En Francia (10), una mayor defensa de la *gage commun* y de la *par condicio creditorum*, junto a una mayor tutela del acreedor más débil basada en la teoría de la *solvencia aparente*, conducen un desarrollo radicalmente distinto. En primer lugar, la jurisprudencia se opone

quieren una dirección. Precisamente por eso fue un error considerar esos instrumentos de clasificación como si fueran el sistema del derecho», LUHMAN, N., *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, Madrid, 1983, p. 53.

(7) Vid. PIEPOLI, GAETANO, *Garanzie sulle merci e spossessamento*, Nápoles, 1980, pp. 2 y ss.

(8) PIEPOLI, *op. cit.*, p. 45.

(9) Una síntesis asequible es la efectuada por BÄRMANN, JOHANNES, y otros en *Les garanties de crédit en droit allemand*, París, 1978. También WITZ, CLAUDE, *Le droit des sûretés réelles mobilières en République Fédérale d'Allemagne*, en «*Revue Internationale de Droit Compare*», 1-1985, pp. 27-68. En castellano, BLOMEYER, ARWEED, *Las garantías sin desposesión sobre cosas muebles en Alemania*, en «*AAMN*», XI, 1961, pp. 7-19.

(10) Vid. BEDOURA, JEAN, *Les garanties du crédit*, París, 1981; BROCCA, ANTOINE, *Manuel de la clause de réserve de propriété*, Lyon, 1982. Sobre los principios generales del ordenamiento francés en este sector trata también PIEPOLI, *op. cit.*, *passim*.

a la utilización del derecho de propiedad con fines de garantía. El desarrollo de las garantías mobiliarias se va a hacer mediante *leyes especiales* que introducen diversas formas de *prendas sin desposesión* (*warrants, nantissement*) para supuestos específicamente previstos por el legislador, en su causa y su objeto, y no como una figura de utilización general. No obstante, el ocaso de la garantía genérica es irreversible, y las Leyes de 2 de julio de 1966 y de 12 de mayo de 1980 regulando el *crédit-bail* (*leasing*) y la reserva de la propiedad, respectivamente, han acabado admitiendo en el Derecho francés la utilización del derecho de propiedad con finalidad de garantía, aunque de forma limitada.

La experiencia jurídica *italiana* tiene las mismas raíces que la francesa y presenta características similares. El punto de partida es el art. 2.741 Cc: «Los acreedores tienen igual derecho a ser satisfechos con los bienes del deudor, salvas las causas legítimas de prelación. Son causas legítimas de prelación los privilegios, la prenda y la hipoteca.» Así el ordenamiento jurídico italiano, al igual que el francés, se caracteriza por el principio de *la inadmisibilidad de las garantías ocultas* (11). Sobre esta base, el desarrollo del sector se ha realizado con la introducción de la hipoteca mobiliaria (12) para ciertos bienes susceptibles de publicidad registral, y, sobre todo, con la introducción de abundantes privilegios mediante leyes especiales (13). En cuanto a los *privilegios*, que derogan el principio de la *par condicio creditorum*, es preciso destacar con Tucci (14), que constituyen siempre, incluso cuando se habla de privilegios convencionales, causas legítimas de prelación, *legislativamente previstas en relación con créditos que derivan de particulares relaciones*. En cuanto a la utilización del derecho de propiedad con fines de garantía, a través del negocio fiduciario, ha sido siempre rígidamente sancionado por la jurisprudencia mediante la invocación de la norma de prohibición del pacto comisorio (15). No obstante, el *Codice Civile* de 1942 ya regulaba la venta con reserva de la propiedad (arts. 1.523 a 1.536), y posteriormente también lo han hecho otras leyes (Ley de 28 de noviembre de 1965 referente a la adquisición de nuevas máquinas herramientas). Esta particular forma de utilización de la propiedad con fines de garantía es un argumento utilizado por parte de la doctrina para defender la introducción en el ordenamiento italiano de una figura similar

(11) Vid. TUCCI, GIUSEPPE, *Garanzie sui crediti dell'impresa e tutela dei finanziamenti. L'esperienza statunitense e italiana*, Milán, 1974, p. 161.

(12) Vid. RUBINO, DOMENICO, *L'ipoteca*, Milán, 1956.

(13) Vid. PARENTE, FERDINANDO, *Nuovo ordine dei privilegi ed autonomia privata*, Napolés, 1981; CICCARELLO, SEBASTIANO, *Privilegio del credito e uguaglianza dei creditori*, Milán, 1983.

(14) *Op. cit.*, *ibidem*.

(15) ID., *op. cit.*, p. 189.

a la SÜ alemana (16). Aunque tal posición no parece tener demasiado eco, sí se pueden encontrar otros supuestos en los que la propiedad cumple, entre otras, una función de garantía, como son las operaciones de *locazione finanziaria (leasing)*.

Procedamos a una primera recapitulación. Es frecuente destacar, como la diferencia esencial entre el ordenamiento jurídico alemán y los latinos, la admisión de la transmisión de la propiedad con fines de garantía. No se puede negar que tal diferencia de planteamientos ha provocado una confusión en la dogmática jurídica, con importantes derivaciones doctrinales y jurisprudenciales. Sin perjuicio de que en otro lugar intentemos clarificar de alguna forma el alcance de tal controversia (17), es preciso destacar, más allá de esa diferencia instrumental, la existencia de una diversidad fundamental de política jurídica. El ordenamiento jurídico alemán, y no es cuestión de formas jurídicas, rompe la *par condicio creditorum* desde la *autonomía de la voluntad*. El instrumento (transmisión o reserva de la propiedad) se adapta (prolongación vertical y horizontal) al fin: que todos los bienes muebles (incluidos créditos) pueden ser objeto de una garantía por voluntad de las partes. La otra vía de superación del Derecho codificado (derecho de prenda, *par condicio creditorum*), es a través de la *legislación especial*. Ahora bien, tanto la legislación francesa como la italiana es de carácter *fragmentario*. Es decir, no se introduce en el ordenamiento jurídico una garantía mobiliaria de ámbito general, sino que se legisla en atención a supuestos particularizados. La diferencia es esencial (18): «Mientras la prenda y la hipoteca voluntaria pueden ser constituidas para *cualquier crédito* y encuentran así su fundamento en la voluntad de las partes, los privilegios, por el contrario, son exclusivamente establecidos por la ley *en consideración a la causa del crédito*.» La misma diferencia se puede atribuir a un ordenamiento como el francés en el que las garantías mobiliarias sin desposesión no pueden ser constituidas para *cualquier crédito*, sino sólo para los casos determinados por la ley (19): «La no organización —o la organización muy fragmentaria— de nuestro derecho de prenda sin desposesión constituye igualmente una laguna a la cual las garantías nuevas, nacidas de la práctica, han tratado a veces de obviar.» Entendemos que la referencia a las lagunas es impropia, pues no se puede hablar de laguna normativa allí donde existe una norma

(16) Vid. VARRONE, CLAUDIO, *Il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia*, Nápoles, 1968; BARBIERA, LELIO, *Garanzia del credito e autonomia privata*, Nápoles, 1971.

(17) *Infra*, Apdo. VII.

(18) RUISSI, G.; PALERMO, A., y PALERMO, C., *Il privilegio*, *Giurisprudenza sistematica Civile e commerciale*, diretta de Walter Bigiavi, Turin, 1980, p. 6. Los subrayados son nuestros.

(19) Vid. VAN OMMESLAGHE, PIERRE, *Sûretés issues de la pratique et autonomie de la volonté*, en «Les Sûretés», París, 1984, P. 347.

(la igualdad de acreedores), sino en todo caso de laguna axiológica (20). Pero sí queda al descubierto una cuestión *axiológica*, previa a cualquier planteamiento dogmático: si consideremos defectuoso un ordenamiento jurídico que no incluya una garantía mobiliaria sin desposesión que al igual que la prenda pueda ser constituida, *por voluntad de las partes*, para asegurar *toda clase de obligaciones* (art. 1.861 Cc español) y *sobre todas las cosas muebles que están en el comercio* (art. 1.864 Cc español). Sólo si previamente se ha tomado una postura respecto a esta cuestión se pueden plantear, en consecuencia, los problemas dogmáticos.

II. LAS GARANTIAS MOBILIARIAS EN EL DERECHO ESPAÑOL

Es muy probable que la mejor síntesis del problema en España se haya realizado en la Exposición de Motivos de la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de Posesión. En su primer apartado, *Necesidad de la reforma*, se pone de relieve la insuficiencia del Derecho vigente para satisfacer *todas las necesidades de la garantía real*, así como que las legislaciones han resuelto el problema, por regla general, de un *modo parcial* y atendiendo a los diversos objetos susceptibles de garantía. Pero ya en su segundo apartado el legislador nos va a revelar cuál es su mayor condicionamiento dogmático: «La *acción real* ha tenido siempre, como elemento indispensable, la *identidad de la cosa*; por eso, teóricamente, no ha sido posible construir derechos reales perfectos sobre cosas genéricas ni sobre cosas futuras.» Es decir, el modelo de la hipoteca inmobiliaria se presenta como el ideal del legislador. Esto se vuelve a reiterar en el apartado *El Registro*, donde explícitamente se afirma que un Registro de la Propiedad, al modo de la propiedad inmueble, hubiera sido el sistema más completo. Afortunadamente, el legislador es consciente de que esa opción *exigiría un cambio total y absoluto en el sistema de transmisión de propiedades y contratación de esta clase de bienes*.

La hipoteca mobiliaria es una alternativa posible, pero su alcance sólo puede ser muy limitado. En realidad, como afirma Rubino (21), la hipoteca mobiliaria no determina un tercer tipo de garantía real, distinto de la prenda y de la hipoteca inmobiliaria, sino *una simple subespecie del único tipo hipoteca* y, en consecuencia, no parece posible una *publicidad necesaria para la constitución de la garantía real*

(20) Vid. ALCHOURRON, CARLOS E., y BULYGIN, EUGENIO, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, 1987, pp. 157-167.

(21) *Op. cit.*, pp. 193-201. Los subrayados son nuestros.

sin que esté prevista de hecho una registración originaria del bien, sea o no obligatoria hacia el Estado, porque sólo tal registración puede dar, de los singulares, concretos bienes muebles, *la más rigurosa determinación indispensable para la hipoteca*, dada su *especialidad respecto al objeto*, y también para toda otra publicidad mobiliaria, que de hecho se realiza siempre con un *sistema no personal, sino real*. En conclusión, el límite no está ya en la causa del crédito, sino en la adopción de un tipo preestablecido (la hipoteca), que condiciona su ámbito de aplicación a los objetos establecidos en el art. 12 LHM y PSD.

El legislador es consciente de que tal solución no se puede aceptar impunemente (*sic*), por eso, y a pesar de los escrúpulos de orden doctrinal y práctico que se presentaban se introduce *la prenda sin desplazamiento de posesión*. La actitud del legislador es conservadora: «Tampoco era posible crear una figura jurídica nueva, con propia denominación o sin ella, que apareciere como un derecho real de garantía entre la prenda y la hipoteca. Esta solución hubiera sido poco prudente y tal vez de poca eficacia en la realidad de abandonar la institución a las dificultades de índole doctrinal, jurisprudencial y práctica que lleva consigo toda novedad legislativa... Por último, la configuración de este derecho como prenda permite su fácil engranaje en los preceptos que sobre prelación de créditos contienen los Códigos Civil y de Comercio, mientras que la creación de un derecho nuevo hubiera obligado a una revisión y modificación de tales normas.» De la misma forma, la PSD se limita a los objetos establecidos en los arts. 52 a 54 de la ley.

Así, la Exposición de Motivos de la Ley de 17 de julio de 1965 sobre Venta de Bienes Muebles a Plazos puede afirmar que los préstamos garantizados con hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento son aplicables a *muy limitados bienes*. Dicha ley regula la cláusula de reserva de dominio, cuya validez y oponibilidad ya había sido admitida por reiterada Jurisprudencia del Tribunal Supremo, y crea un nuevo Registro (Orden de 15 de noviembre de 1982 para la que se aprueba la Ordenanza para el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles). Como afirma Lalaguna (22): «La Ley de Garantías Mobiliarias de 16 de diciembre de 1954 y la Ley de Venta a Plazos de 17 de julio de 1965 afrontan en distintos planos y con diverso planteamiento y amplitud un *problema común, la necesaria adecuación entre concesión de crédito y garantía en el tráfico jurídico de los bienes muebles*.» Ahora bien, es preciso destacar que la regulación de las garantías en la Ley de Ventas a Plazos es sólo un aspecto

(22) LALAGUNA, ENRIQUE, *La legislación de venta a plazos y las garantías reales mobiliarias*, en «Estudios de Derecho civil, Obligaciones y Contratos», Madrid, 1978, p. 149.

muy parcial de la finalidad de la ley (23), y que dicha ley tampoco tiene un ámbito de aplicación generalizado, sino que sólo se aplica a ciertas ventas a plazos y respecto a los bienes determinados (y no excluidos) por el legislador (art. 4 LVP, art. 1 Decreto 12 de mayo de 1966, arts. 2 y 3 de la Ordenanza del Registro). Por último, destacamos que la citada Ordenanza mantiene el *principio de especialidad*, al exigir que los bienes sean *perfectamente identificables* [art. 2 a) y 7]

Nos estamos moviendo siempre en el terreno marcado por unas premisas (o prejuicios), como se puede ver en la obra de Serrano García (24): «En general, puede decirse, que tanto en el caso de la hipoteca mobiliaria, como en el de la prenda sin desplazamiento posesorio, *se pretende la identificación de las figuras con las de la hipoteca inmobiliaria y prenda manual.*» Consecuencia de este planteamiento es la afirmación del mismo autor de que (25): «Los bienes muebles son tan variados que *es imposible organizar, respecto de ellos, un derecho real de garantía único.*» El art. 9 del *Uniform Commercial Code* desmiente tal afirmación, aunque para ello, en vez de identificar la realidad con las figuras jurídicas, sea preciso identificar las figuras jurídicas con las necesidades de la realidad.

III. EL ARTICULO 9 DEL UNIFORM COMMERCIAL CODE COMO LEY GENERAL DE LAS GARANTIAS MOBILIARIAS

Se ha elegido el art. 9 del *Uniform Commercial Code* de los Estados Unidos de América como punto de referencia básico de este trabajo no sólo por razones divulgativas, ya que el Derecho norteamericano es poco conocido en España, sino fundamentalmente porque su promulgación supuso un avance único en el mundo, en el campo de la regulación de las garantías mobiliarias. Entendemos que el conocimiento de la experiencia estadounidense es sumamente clarificador en un terreno, como es el de las garantías mobiliarias, donde reina muchas veces la confusión.

En primer lugar, es necesario aclarar que el art. 9 no es un artículo en el sentido europeo. El art. 9 equivale a una ley general de garantías mobiliarias dividida en cinco partes: 1. *Título corto, aplicabi-*

(23) Sobre el particular, en especial la pretendida defensa del consumidor por la Ley de Venta a Plazos: BERCOVITZ, RODRIGO, *Comentarios a la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles*, Madrid, 1977; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, CARLOS, *Las ventas a plazos de bienes muebles*, Madrid, 1988.

(24) SERRANO GARCÍA, IGNACIO, *La hipoteca de establecimiento mercantil*, Madrid, 1975, p. 32.

(25) ID, *op. cit.*, p. 16.

lidad y definiciones. 2. Validez del acuerdo de garantía y derechos de las partes. 3. Derechos de terceras partes; derechos de garantía perfeccionados; reglas de prioridad. 4. Registro. 5. Incumplimiento. Cada parte se divide en secciones, equivalentes a nuestros artículos, aunque, en general, más amplios y con varios párrafos.

En segundo lugar, creemos que se puede mantener que el Uniform Commercial Code no es un Código de Comercio, al menos en el sentido clásico del término. Por ello, no nos parece que se pueda afirmar, con la rotundidad que utiliza Galgano (26), que se instaura «en un contexto que hasta entonces la había ignorado, no sólo la idea de código, sino también la categoría formal del Derecho mercantil». En lo que sí podemos estar totalmente de acuerdo con Galgano es que la uniformación normativa se ha realizado bajo el signo de la *mercantilidad* de las materias reguladas (27). *Commercial law*, en USA, se refiere al marco legal en que los bienes se mueven desde el productor de materias primas, a través de los procesos de elaboración y distribución, al consumidor último (28). Aunque la idea original de Karl Llewellyn (29) fuese la introducción de *merchant rules*, como se ha señalado (30), en el definitivo Uniform Commercial Code la concepción original de Llewellyn de las *merchant rules* ha desaparecido esencialmente. Por lo demás, no es ésta la sede adecuada para replantear el tema de la división entre el Derecho civil y el Derecho Mercantil (31).

El concepto del Uniform Commercial Code es que las *transacciones comerciales* son una única materia para el Derecho, a pesar de sus muchas facetas (32). Se podría entonces pensar en el Uniform Com-

(26) Vid. GALGANO, FRANCESCO, *Historia del Derecho Mercantil*, Barcelona, 1981, p. 132.

(27) *Ibidem*.

(28) Vid. NODSTROM, ROBERT J.; MURRAY Jr., JOHN E., y CLOVIS, ALBERT L., *Problems and Materials on Secured Transactions*, St. Paul, 1987, p. 1.

(29) Uno de los aspectos a los que hemos de renunciar en este estudio del art. 9 y que ofrece un gran interés, es el de la elaboración del Uniform Commercial Code y la influencia del gran jurista Karl Llewellyn y el movimiento realista americano en la concepción y características del Uniform Commercial Code, *vid.* TWINING, WILLIAM, *Karl Llewellyn and the Realist Movement*, Londres, 1973. En todas las obras americanas acerca del Uniform Commercial Code se hace una referencia a la historia y elaboración del mismo, así como a las características que lo configuran como un «código» muy peculiar. Ciertamente, es una premisa necesaria para no incurrir en enfoques erróneos, pero, por desgracia, en esta sede no podemos ir más allá de lo indicado en el texto, pues de lo contrario nos desviaríamos excesivamente de nuestro objetivo.

(30) WISEMAN, ZIPPORAH BATSHAW, *The limits of visión: Karl Llewellyn and the merchant rules*, 100 «Harvard Law Review», 1987, pp. 465-545.

(31) Tal cuestión exigiría un análisis histórico-comparatista, *vid.* MARTY, JEAN-PIERRE, *La distinction du droit civil et du droit commercial dans la législation contemporaine*, 1981, pp. 681-702.

(32) Vid. STONE, BRADFORD, *Uniform Commercial Code*, St. Paul, 1984, pp. 1-8. Así el Uniform Commercial Code regula todos los aspectos de una transacción comer-

mercantil Code como un gran *Código de las obligaciones y de los contratos* (33), pero también es preciso recalcar, de cara a nuestra mentalidad jurídica, que el Uniform Commercial Code no es un código, *al menos en el sentido clásico* (34). Basta leer la primera parte del art. 1, *Disposiciones Generales*, para comprender las razones. En la Sección 1-102 se establece: 1.º) Esta ley será interpretada y aplicada liberalmente para promover sus finalidades y principios (35); subyacentes. 2.º) Finalidades y principios de esta ley son: a) simplificar, clarificar y modernizar el Derecho que gobierna las transacciones comerciales; b) permitir la expansión continuada de prácticas comerciales, a través de la costumbre, uso y acuerdo con las partes; c) uniformar el Derecho entre las distintas jurisdicciones. Al respecto, es fundamental destacar la existencia de un *Official Comment* correspondiente a cada sección y subsección, en el que más que una interpretación auténtica encontramos un desarrollo de esas finalidades y principios en los que se basaron los redactores del Uniform Commercial Code. Además, el Uniform Commercial Code no deroga globalmente todo el Derecho anterior, sino que, salvo aquellas normas que hayan quedado expresamente derogadas, éste se aplicará de forma suplementaria (Sección 1-103). La lectura de la Parte 2 del art. 1, *Definiciones generales y principios de interpretación*, nos confirma que la idea clásica de código no es aplicable al Uniform Commercial Code y que como dijo Grant Gilmore, uno de los principales redactores del código (36): «Haríamos mejor pensando en él como en una gran ley, o como una recopilación de leyes unidas en el mismo libro, que va tan lejos como va y no más allá.» Pero nuestro interés se centra exclusivamente en el art. 9, *Sucred Transactions*.

La Sección 9-102 establece: 1.º) Excepto en lo dispuesto por la Sección 9-104 referente a transacciones excluidas, este artículo se aplica a: a) toda transacción (independientemente de su forma) cuya finalidad sea crear un derecho de garantía en bienes muebles..., b) a toda venta de créditos o títulos (que representan créditos). 2.º) Este artículo se aplica a los derechos de garantía creados por contrato incluyendo... y cualquier otro contrato de retención de título o gravamen y arrendamiento o depósito (para la venta) con finalidad de garantía. Este artículo no se aplica a los privilegios legales excepto en lo establecido por la Sección 9-310. La primera característica a destacar acerca

cial: *General Provisions* (art. 1), *Sales or Goods* (art. 2), *Commercial Paper* (art. 3), *Bank Deposits and Collections* (art. 4), *Letters of Credit* (art. 5), *Bulk Transfers* (art. 6), *Documents of Title* (art. 7), *Investment Securities* (art. 8), *Sucred Transactions* (art. 9).

(33) GALGANO, *ibidem*.

(34) NORDSTROM, *op. cit.*, p. 6.

(35) La traducción de *policies* por principios no es exacta, pero es el término que se utiliza en nuestro lenguaje jurídico.

(36) *Vid.* NORDSTROM, *ibidem*.

del art. 9 es su alcance (37): abarca todo, devora todo, cubre todo. Y es precisamente sobre este rasgo esencial del art. 9 sobre el que se va a desarrollar este trabajo. La globalidad del art. 9 se basa, en primer lugar, en que una ley de garantías debe abarcar las figuras de garantía disponibles para los acreedores en cada fase del ciclo de distribución (38), lo que supone que el objeto de la garantía pueda ser todo tipo de bien mueble, corporal o incorporeal, incluidos los derechos. Es decir, que al igual que en nuestro Código civil la categoría de la *personal property* tiene un carácter residual (39): son muebles todos aquellos bienes que la ley no considera expresamente como inmuebles. En segundo lugar, la globalidad implica la superación de las distinciones formales y la definición de un único derecho de garantía sobre bienes muebles como eje básico del sistema. Desde la perspectiva opuesta, tal derecho de garantía supone que no sea posible la «invención» de nuevos instrumentos de garantía, lo cual nos llevará a analizar las verdaderas dimensiones de la autonomía de la voluntad en el ámbito de las garantías mobiliarias.

En cuanto a las exclusiones de la Sección 9-104, como afirma Gilmore (40), no responden a un análisis racional, sino a motivos diversos. Nos vamos a limitar a enumerarlas, pues de su naturaleza se puede deducir las causas de su exclusión: las garantías sujetas a legislación federal (hipotecas navales y de aeronaves, propiedad intelectual), el privilegio del arrendador, las transmisiones de créditos salariales, el material ferroviario, las transmisiones de derechos derivados de una póliza de seguros, el derecho derivado de una sentencia, el derecho de compensación, los derechos de garantía sobre inmuebles, la transmisión de acciones derivadas de responsabilidad civil...

De mayor interés conceptual son dos exclusiones de las que parte la ley. En primer lugar, la Sección 9-102 (2), se refiere a derechos de garantía *creados por contrato* y excluye a los privilegios legales. La separación de estos dos terrenos es una condición *sine qua non* para evitar muchas confusiones. En segundo lugar, el art. 9 pretende ser una ley general de garantías mobiliarias, pero sólo eso y nada más que eso. Es decir, en el art. 9 no se regulan otros aspectos de la financiación, ventas a plazos...; en el art. 9 no se introducen normas referentes a la protección del consumidor, la usura... Ya en la

(37) Vid. GILMORE, GRANT, *Security Interest in Personal Property*, 2 vols., Boston, 1965, p. 295. La obra citada es un clásico de la doctrina americana y punto de referencia esencial para un estudio de las garantías mobiliarias. GILMORE fue uno de los redactores del art. 9 y su figura también merecería una referencia más amplia, vid. *In Memory of Grant Gilmore*, 92 «Yale L. J.» (1982).

(38) Vid. DUNHAM, ALLISON, *Inventory and Accounts Receivable Financing*, 62 «Harvard Law Review», pp. 588-589 (1949).

(39) Vid. DÍEZ PICAZO, LUIS, *Fundamentos de Derecho civil Patrimonial*, vol. II, Madrid, 1978, p. 165.

(40) *Op. cit.*, pp. 312-332.

Sección 9-102 se advierte que el art. 9 no pretende derogar la legislación de venta a plazos (usualmente destinada a evitar los abusos contra pequeños comerciantes y consumidores), y en la Sección 9-203 se vuelve a insistir en que: «Este artículo está diseñado para regular todos los aspectos de *garantía* de las transacciones dentro de su objetivo. Sin embargo, existe mucha legislación imperativa, particularmente en el campo del consumo, que complementa este artículo y que no debería ser derogada por su promulgación.» Tal separación vuelve a ser imprescindible, pues son cuestiones completamente diversas, aunque una ley, como nuestra Ley de Venta a Plazos de 1965, pueda mezclarlas (con resultados poco satisfactorios).

Por último, el art. 9 (y nuestro trabajo) no se introduce en el ámbito del Derecho concursal. Aunque estemos de acuerdo con Baird (41) en que la eficacia del derecho de garantía ha de manifestarse también en el concurso, las posibles limitaciones de tal eficacia dentro del concurso es una cuestión que exige un análisis específico, y dentro de los principios y líneas de política jurídica de una legislación determinada. No obstante, dada una legislación concursal, no se puede pretender eludirla a través de «nuevos» derechos de garantía. Como mantendremos en su momento (42), la erosión que la acción legislativa pueda realizar sobre la fuerza del derecho de garantía, ya sea a través de los privilegios legales, ya sea a través del Derecho concursal, es una circunstancia *externa* al propio derecho de garantía, pero ineludible si se trata de *derecho imperativo*

IV. ELEMENTOS PARA EL ESTUDIO DE LAS GARANTIAS MOBILIARIAS

1. Los principios básicos de política jurídica adoptados por el ordenamiento

El Profesor Douglas Baird (43) comenzaba su explicación acerca de las garantías mobiliarias con una pregunta sorprendente: ¿pueden imaginar un mundo sin garantías? La pregunta es absolutamente pertinente, porque nos está planteando dos cuestiones básicas: primera, un ordenamiento jurídico puede carecer de garantías mobiliarias; segunda, la existencia de garantías mobiliarias ha de tener una razón de ser y hemos de averiguarla.

Un ordenamiento jurídico, y esto no es ciencia-ficción, podría basarse en una norma que estableciese la responsabilidad universal del

(41) BAIRD, DOUGLAS, *Property Rights, Priority Rights, and Ostensible Ownership: the Deep Structure of Article 9*, en COOGAN, «Secured Transactions», pp. 36-39.

(42) *Infra*, Apdo VIII.

(43) En el *Salzburg Seminar, Session 269, American Law and Legal Institutions*, julio 3-22, 1988.

deudor y el principio de igualdad de los acreedores. Como ya se ha planteado en la *Introducción*, tal ordenamiento carecería de lagunas normativas, pues todos los casos tienen la solución establecida por las normas jurídicas indicadas. Para tal ordenamiento la pretensión de un acreedor de cobrar su crédito, al margen de las normas generales de responsabilidad establecidas, sería un *interés no merecedor de tutela dentro del ordenamiento* (parafraseando al art. 1.322 Cc. italiano). La doctrina americana se ha planteado las diferencias de eficacia entre un ordenamiento basado en tal política jurídica, y un ordenamiento que, como el art. 9 UCC, se basa en la política jurídica de una admisión generalizada de la garantía. El debate es amplio y complejo, y se percibe la influencia de análisis económico del Derecho (44).

Si bien no es posible reproducir aquí tal debate, sí es muy conveniente dejar constancia de alguna de sus características. En primer lugar, la respuesta acerca de si las garantías son una buena idea ha de mirar, tal como dice Baird (45), a las ventajas de la transacción desde la perspectiva de todos los que tienen un interés en el deudor *como grupo*. Es decir: «A menos que las ventajas de las que un acreedor garantizado disfruta superen las pérdidas que los otros acreedores sufren, no podemos decir que el crédito garantizado sea una buena idea.» Y es que no se puede olvidar que, además de otros aspectos, la garantía supone que un deudor está dando un derecho de prioridad a un acreedor *a expensas de otro*. En resumen, el análisis de las garantías por la doctrina americana se basa en *las relaciones entre los distintos agentes del mercado de financiación (acreedores) y en las relaciones de éstos con el deudor*.

Tal enfoque nos parece más acertado que el que deriva de la concepción de la garantía real como un derecho sobre una cosa, ya que la relación entre *un acreedor y una cosa* difícilmente puede explicarnos la razón de ser de la garantía. Pero el problema es más amplio, y el enfoque adecuado sería partir, como Díez-Picazo (46), de la premisa de la *irreductible unidad del Derecho civil patrimonial*. Tal como

(44) El análisis económico del Derecho ocupa a una importante corriente de la doctrina estadounidense, habiendo generado un amplio debate y abundante literatura. Vid. A. MITCHELL POLINSKY, *Introducción al Análisis Económico del Derecho*, Barcelona, 1985.

(45) *Op. ult. cit.*, pp. 11-13.

(46) Díez PICAZO, LUIS, *Fundamentos del Derecho civil Patrimonial*, vols. I y II, Madrid. El autor comenta cómo la disciplina normativa de la vida económica aparece extrañamente escindida en dos compartimentos estancos (vol. I, p. 39). Dentro de las interesantes nociones que el autor esboza en el primer capítulo está la de orden público económico: las reglas básicas con arreglo a las cuales en un momento dado aparece organizada la estructura y el sistema económico de la sociedad (p. 43). Creemos que la disciplina de las garantías o principios tales como los de propiedad aparente, *par condicio creditorum*..., se podrían inscribir dentro de esta idea de orden público económico.

indica el mismo autor (47), la dinamización que en virtud de toda esta evolución ha recibido el Derecho de Cosas, lo ha llevado a alterar su signo y convertirse en un Derecho de Obligaciones. Por otra parte, el estudio del Derecho real de garantía, en cuanto relación con la cosa, olvida que tal atribución patrimonial tiene su causa en un contrato entre deudor y acreedor. El art. 9 UCC regula ambos aspectos de un mismo fenómeno: el contrato y el derecho de garantía. Creemos que es el método adecuado.

La doctrina americana (48); analiza pormenorizadamente cada una de las razones posibles para justificar la existencia de garantías, para contrastar así su verdadera eficacia. Se parte de las explicaciones intuitivas (49), como que las garantías maximizan el acceso al crédito, y no resultan satisfactorias. En la búsqueda de la razón de ser de las garantías se preguntan los autores acerca de las causas por las que ciertos acreedores permanecen sin garantías mientras otros las exigen. Prescindiendo de otras explicaciones (garantía como autoprotección, aversión al riesgo, incertidumbre y señalización, decisiones de inversión y financiación) la doctrina americana parece inclinarse por las razones de *especialización* en el *monitoring* (vigilancia o control) de las actividades del deudor, o en otras explicaciones que refuerzan la hipótesis central de que los variados mecanismos contractuales para controlar los conflictos entre deudor y acreedor pueden incrementar el valor de la empresa (50). Así, la institución del crédito garantizado permite a los acreedores dividirse el trabajo de asegurarse que el deudor cumple las promesas que hace en los contratos de préstamo de una forma sensata (un acreedor garantizado puede ser mejor «monitor» de bienes de equipo que de la salud financiera global de la empresa) (51). La consecuencia sería la reducción de los costes totales de *monitoring* la actividad del deudor. Los acreedores comerciales, que no utilizan las garantías, son considerados como *joint-venturers* (52) a efectos de explicar su comportamiento, y la preferencia que sobre ellos obtienen los financiadores institucionales.

(47) ID, *op. cit.*, vol. II, pp. 39-40. Concluye el autor con un claro corolario: los nuevos planteamientos imponen un nuevo Derecho de Cosas.

(48) Vid. BAIRD, DOUGLAS, *Deep Structure cit*, y BAIRD y JACKSON, *Security Interest in Personal Property*, St. Paul, 1987, pp. 316-329; JACKSON, THOMAS H., y KRONMAN, ANTHONY T., *Secured Financing and Priorities Among Creditors*, 88 «Yale L. J.», p. 1143 (1979); LEVMORE, SAUL, *Monitors and Freeriders in Commercial and Corporate Settings*, 92 «Yale L. J.», p. 49 (1982); SCHWARTZ, ALAN, *Security Interests and Bankruptcy Priorities: A Review of Current Theories*, 10 «Journal of Legal Studies», p. 1 (1981); SCOTT, ROBERT E., *A Relational Theory of Secured Financing*, 86 «Columbia Law Review», p. 901 (1986).

(49) BAIRD, *Deep Structure cit*, pp. 14-33.

(50) SCOTT, *op. cit.*, p. 970.

(51) JACKSON y KROWMAN, *op. cit.*, pp. 1158-1161.

(52) BAIRD, *Deep Structure cit*, pp. 31-32: «En muchos casos el acreedor comercial tendrá una relación a largo plazo con el deudor y estará en algún sentido en una *joint venture* con él. Los beneficios del acreedor comercial crecen con los del deudor, porque puede vender más productos.»

Pero incluso las teorías del *monitoring* y especialización tienen sus límites: el crecimiento de las financiaciones basadas en todos los elementos de la empresa, que separa al derecho de garantía de los específicos bienes. Por ello, la doctrina americana (53) es consciente de que la elección entre las distintas teorías descansa en último término en la evidencia acumulada del modo de operar real de los mercados crediticios. Lo cual significa que las ventajas que puedan derivar de la ruptura de la igualdad de acreedores tienen su origen y desarrollo en un mercado de libre competencia. La generalización de la garantía, en Estados Unidos de América o en Alemania, implica una política jurídica que reconoce en el libre juego de las leyes de mercado la razón de ser de la ruptura de la *par condicio creditorum*, en aras de una mayor eficiencia económica. Dentro de esta política jurídica es evidente que el ordenamiento ha de posibilitar la constitución de garantías sobre todo tipo de activos del deudor, en cualquier fase del proceso de producción y circulación de bienes.

En realidad, los planteamientos que se están formulando no son en absoluto ajenos a nuestra doctrina, pues basta remitirse a Vallet de Goytisolo para comprobarlo. Su crítica a la LHM y PSD se basa en razones de política jurídica (54): «Extender la susceptibilidad de ser objeto de crédito real a todos los bienes supone, si no aniquilar, por lo menos reducir el crédito personal... La hipoteca mobiliaria es un instrumento de crédito que sólo conviene utilizar cuando no sea suficiente el crédito personal.» Es decir, Vallet está propugnando una línea de política jurídica favorecedora del crédito personal, y restrictiva del crédito basado en garantías mobiliarias. La visión de los ordenamientos latinos nos ha permitido constatar que existen opciones de política jurídica contrarias a la generalización de la garantía mobiliaria: la tutela de los deudores, o la tutela de la *par condicio* (y del acreedor no garantizado). Pero además, nos ha permitido descubrir la existencia de una política jurídica radicalmente opuesta a la que subyace en los ordenamientos americano o alemán: el desarrollo de los *privilegios*, o de las garantías mobiliarias limitadas a ciertos bienes y contratos, es un claro exponente de una *economía dirigida* y de intervención estatal en el mercado crediticio.

Como se irá manteniendo a lo largo de este artículo, la diferencia básica entre privilegio y garantía no radica en la naturaleza de derecho real, o en qué privilegio implique un concurso de acreedores, sino en que el privilegio es atribuido por el legislador. No existe, por tanto, ninguna nueva relación contractual (de garantía) que derive de las negociaciones del deudor con los agentes del mercado crediticio o comercial. Una política jurídica basada en la ruptura de la

(53) SCOTT, *op. cit.*, p.970.

(54) VALLET DE GOYTISOLO, *Estudios sobre garantías reales*, Madrid, 1973, pp. 556-560.

par condicio mediante el desarrollo de un sistema de privilegios nos coloca ante un ordenamiento jurídico muy diferente, aunque el privilegio haya de ser pactado (convencional) y se le dote de reipersecutoriedad (55). Es evidente que ambas políticas jurídicas son opuestas y no pueden coexistir en un mismo ordenamiento. Esto no significa que un ordenamiento basado en la generalización de la garantía no pueda tolerar o deba tolerar ciertos privilegios (por diversas razones), como el derivado de créditos salariales o de créditos refaccionarios; pero es palpable que ambas políticas llevan a una tensión interna (por ejemplo, entre garantía y privilegio salarial).

En conclusión, la regulación de las garantías mobiliarias depende, *en primer lugar*, de los principios básicos de política jurídica adoptados por el ordenamiento. Este primer elemento para el estudio de las garantías mobiliarias nos ha de dar las líneas fundamentales para adentrarnos en este sector, antes de abordar las cuestiones llamadas dogmáticas. La diferencia entre la SÜ alemana y el privilegio italiano es históricamente, más allá del plano dogmático, la diferencia entre dos políticas económicas, dos mercados crediticios, dos países de un capitalismo muy diverso. El art. 9 UCC responde también a una determinada política jurídica y a un país, Estados Unidos de América, con todo lo que ello significa.

2. Cuestiones de técnica jurídica

La Exposición de Motivos de nuestra LHM y PSD nos plantea el caso de una ley que, basada en una política jurídica de expansión de las garantías mobiliarias, encuentra dificultades técnicas o dogmáticas para alcanzar sus objetivos. Ciertamente los tradicionales derechos de garantía, la prenda y la hipoteca, tienen un alcance limitado como bases de un sistema de garantías mobiliarias. Es necesario un esfuerzo de renovación de la técnica jurídica en este sector del ordenamiento.

Los ordenamientos europeos, y de forma especial el alemán, prescindiendo de la prenda e hipoteca, han sido proclives a utilizar la *propiedad* para articular el nuevo sistema de garantías mobiliarias. El uso de la propiedad con finalidades de garantía no es ningún avance en técnica jurídica y puede provocar notables confusiones. Si bien en el ordenamiento alemán se ha logrado un sofisticado desarrollo de las garantías mobiliarias en base al instrumento de la propiedad; en los ordenamientos latinos tal planteamiento más bien tiende a provocar perplejidad y anomalías (56).

(55) Como sucede en el ordenamiento jurídico italiano, donde el privilegio especial se considera un derecho real, *vid.* RUISI, *op. cit.*, pp. 20-22.

(56) Dadas las importantes diferencias entre el ordenamiento alemán y los latinos respecto al sistema de transmisión de bienes y derechos, como ha destacado recientemente PANTALEÓN, FERNANDO, *Cesión de créditos*, en «ADC», 1988, pp. 1034-1059.

Entendemos que el art. 9 UCC supone un mayor esfuerzo de renovación de la técnica jurídica en el sector de las garantías mobiliarias. Usualmente en tal sector del ordenamiento se ha tendido a soluciones fragmentarias, lo cual implica una abundancia de distinciones formales y tipológicas. El art. 9 UCC se plantea la superación del formalismo, la «destipificación» de los derechos de garantía mobiliaria, absorbiendo todos los tipos existentes en la creación de un único y omnicompreensivo contrato y derecho de garantía sobre bienes muebles. La explícita *tipificación de tal contrato de garantía y del derecho de garantía sobre bienes muebles* supone, a nuestro entender, una mejor herramienta técnica para la articulación del sector de las garantías mobiliarias. Sólo de esta forma se pueden superar ciertas controversias jurídicas que se alimentan a sí mismas, como la del negocio fiduciario o la propiedad con fines de garantía.

Hace ya muchos años, Castán comentaba (57): «Un reciente escritor ha propuesto que, para evitar el sinuoso cauce que sigue hoy, en la práctica, la garantía mobiliaria (disfrazada con las más extrañas figuras del pacto de retro, del de reserva de dominio, del arrendamiento simulado), hay que *crear un nuevo derecho real de garantía mobiliaria sin desplazamiento*, injertado, no en el tronco de la prenda, sino en el de la hipoteca.» El art. 9 UCC se basa en un dato básico: el tráfico de la propiedad mobiliaria es radicalmente diferente al tráfico de la propiedad inmobiliaria. El nuevo derecho real de garantía mobiliaria no puede surgir del tronco de la prenda, dado el papel esencial que juega en ésta la desposesión (58), pero tampoco, o al menos muy limitadamente, del tronco de la hipoteca, dadas las esenciales diferencias del tráfico mobiliario e inmobiliario.

Partiendo de esta base, la técnica jurídica ha de preocuparse de la labor de dar contenido al nuevo derecho real de garantía mobiliaria sin desplazamiento, en función de las necesidades de tráfico. El tráfico mobiliario de bienes o créditos es esencialmente dinámico (frente al carácter más estático del inmobiliario y a la perdurabilidad de los bienes inmuebles), lo que implica que el derecho de reipersecutoriedad en el sentido clásico pueda tener mayores limitaciones (como el propio derecho de propiedad mobiliaria), y, por otro lado, que sea necesario articular una sofisticada y compleja red de subrogaciones (*proceeds* en el art. 9 UCC). La eficacia de una garantía sobre unos bienes que se van a emplear en el proceso de producción, o que van a introducirse en un proceso de comercialización, la eficacia de una garantía sobre unos créditos que han de ser cobrados... nos plantea

(57) CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ, *Hacia un nuevo Derecho civil*, Madrid, 1933, pp. 104-105.

(58) Que no se limita a ser una forma de publicidad frente a terceros, sino que determina el contenido del derecho de prenda, tal como se desprende de la lectura de los arts. 1.863 a 1873 Cc.

problemas específicos del sector de garantías mobiliarias. El art. 9 UCC significa no sólo el reconocimiento legal de un derecho de garantía mobiliario omnicomprendivo, sino la consagración de la especificidad de la garantía mobiliaria como objeto de estudio, de cuya relevancia es muestra el gran número de manuales, monografías y artículos dedicados a la *secured transactions* (59).

En definitiva, la elaboración técnica o dogmática de las garantías mobiliarias exige tanto un esfuerzo de renovación y adaptación al tráfico, como el suficiente grado de autonomía en su tratamiento dada la especificidad de sus problemas (sobre todo en relación con el tráfico inmobiliario). Así es en el tráfico mobiliario, donde se plantea una de las cuestiones técnicas más complejas, la de la garantía flotante (*floating lien*), cuya articulación resulta insoslayable, como resulta patente en el art. 9 UCC, en el marco de una política jurídica de generalización de las garantías mobiliarias.

3. Formalismo y publicidad

Una vez admitida la generalización de la garantía mobiliaria, la doctrina americana se ha preocupado fundamentalmente del problema de la publicidad. El interés tiene su razón de ser en la tradicional doctrina del *common law* referente a la protección de la propiedad aparente frente a las transmisiones fraudulentas. Por el contrario, en Alemania nunca se ha introducido un sistema de publicidad. ¿Es necesaria una publicidad de las garantías mobiliarias? ¿Qué clase de publicidad? El tema es sumamente controvertido.

Sí se puede partir de la base de que el grado de formalismo y la articulación de la publicidad han de ser distintos a los requeridos por el Derecho Inmobiliario Registral. La experiencia del Derecho Comparado muestra que una expansión de la garantía mobiliaria necesita de una forma de constitución sencilla y poco costosa. La publicidad de las garantías mobiliarias se articulará en función de los efectos que de ella se pretendan, que pueden ser mucho menores de los que conlleva el Registro de la Propiedad. Así, una publicidad mobiliaria cuya función esencial sea establecer el orden de prioridad entre acreedores ha de articularse fundamentalmente como un registro de deudores. Cuanto mayor sea la pretendida eficacia del registro, más se habrá de asemejar éste a los registros inmobiliarios, pero esto supone un cambio fundamental en la regulación del tráfico de dichos bienes (60).

(59) Tal como se refleja en la bibliografía de este trabajo. No obstante, es preciso recordar que la intensidad del estudio de las garantías mobiliarias es directamente proporcional a su utilización en el tráfico.

(60) Como dice BAIRD, *Deep Structure cit*, p. 36, la adecuación de una descripción depende de las finalidades para las que la descripción tiene que servir.

Podemos preguntarnos entonces si la publicidad mobiliaria está en función de las garantías o si, por el contrario, es preciso enfocar el problema desde una perspectiva más general, abarcando todos los supuestos que crean situaciones de propiedad aparente. Por otro lado, dada la gran diversidad de los bienes muebles y la creciente creación de distintos Registros Administrativos de Bienes, cabe plantearse que aquellos bienes muebles, cuyo tráfico se pueda basar en su identificación registral, reciban una regulación específica, en la que lógicamente sería preciso incluir las garantías.

En conclusión, el análisis de la publicidad de las garantías mobiliarias no ha de hacerse sólo en función de la regulación de tales garantías, sino que, con toda probabilidad, sería más adecuado introducirlo en el marco de un estudio global de la publicidad mobiliaria. Por tanto, una aproximación a la publicidad desde el tema de las garantías mobiliarias ha de ser necesariamente parcial y limitada.

V. LA GENERALIZACION DE LA GARANTIA MOBILIARIA

La Sección 9-102 establece que este artículo se aplica a toda transacción (independientemente de su forma) cuya finalidad sea crear un derecho de garantía en bienes muebles o pertenencias incluyendo *goods, documents, instruments, general intangibles, chattel paper o accounts*. El propio UCC se ocupa de definir tales términos en las Secciones 1-201 y 9-105 y 106, pero a nosotros nos basta con saber que dentro de los bienes muebles (*personal property*) se incluyen: los bienes materiales e inmateriales, los créditos y las distintas clases de títulos valores (61). La Sección 9-102 no es sino el resultado final de un *proceso de generalización de la garantía mobiliaria* sobre el

(61) *Document* significa *document of title*, que incluye cualquier documento que es tratado en el tráfico como evidencia adecuada de que la persona que lo posee tiene derecho a recibir, poseer y disponer del documento y los bienes que representa. Para ser un *document of title*, un documento debe significar que ha sido emitido o es dirigido a un *bailee* y debe significar que cubre bienes en posesión del *bailee* que son identificados o partes fungibles de una masa identificada (Sección 1-201, 15). Es decir, *títulos de tradición o representativos de mercancías* (conocimiento de embarque, resguardo de depósito en almacenes generales...).

Instrument significa *títulos valores* en general, ya sea negociables, *títulos de pago* (cheque, vale, pagaré...), ya sea *títulos de inversión y participación social* (acciones, obligaciones...), y que se transmiten en el tráfico por entrega con un necesario endoso o cesión (Sección 9-105, i).

Chattel paper significa un escrito o escritos que evidencian tanto una obligación pecuniaria como el derecho de garantía o un arrendamiento de bienes específicos (Sección 9-105, b).

Account significa todo derecho al pago por bienes vendidos o arrendados o por servicios prestados que no está incorporado a un *instrument* o *chattel paper*, se haya o no adquirido por el cumplimiento (Sección 9-106).

General Intangibles significa cualquier bien mueble (incluidas acciones) distinto a *goods, accounts, chattel paper, documents, instruments* y dinero.

que es preciso dejar una breve constancia. La época anterior al UCC es ahora conocida como la de los mecanismos de garantía *independientes*, y la referencia a ella es obligada, pues no sería posible comprender el art. 9 sin el conocimiento de esta etapa previa. Recordemos que el UCC no es un código clásico y que carece de esa voluntad de ruptura con el pasado, aunque suponga una importante evolución. La mejor referencia a la etapa de los mecanismos independientes se encuentra en la obra clásica de Gilmore (62).

El primer mecanismo, después de la prenda, es la hipoteca mobiliaria, *chattel mortgage*, cuyo desarrollo estaba obstaculizado por el *Twyne's Case* (1601), que estableció en el *common law* la doctrina de que una transmisión de un derecho en un bien mueble sin entrega de la posesión se presumía fraudulenta en esencia, e inválida contra acreedores y compradores (63). El *chattel mortgage* necesitó la legitimación de la ley, y a partir de 1820 se comenzaron a promulgar leyes en distintos Estados, pero la jurisprudencia interpretaba la legitimación legal en los límites más estrechos posibles. Esto dio lugar a un proceso, que duró durante casi todo el siglo XIX, y durante el cual Gilmore compara el Derecho de garantías mobiliarias al oscuro bosque en el que Dante descubrió las puertas del infierno. Pero, por fin, la comunidad financiera disponía de un medio por el que los bienes muebles podrían ser objeto de un derecho de garantía sin desplazamiento de posesión, pero con necesidad de registro (cuyas reglas eran frecuentemente muy detalladas).

Otro proceso paulatino fue el de la admisión de la *after-acquired property clause* (hipoteca sobre bienes futuros), en el que vuelve a triunfar el pragmatismo (64). Aunque la teoría fuese vacilante y la jurisprudencia confusa, después de un período de prueba y error, se aceptó que en el contexto de la financiación industrial la hipoteca de bienes futuros tuviese eficacia frente a terceros.

Una doctrina constante en el *common law* (65), y que sería absolutamente coherente con el Derecho y la jurisprudencia española (66), es que son los jueces los que determinan la verdadera naturaleza de un contrato de garantía, y que ni las palabras, ni las formas, utilizadas por las partes impiden ejercer la labor de recalificación judicial. Por distintos motivos (unos legítimos, otros ilegítimos) aparecieron

(62) GILMORE, *op. cit.*, pp. 3-286.

(63) ID, *op. cit.*, pp. 24-61.

(64) ID, *op. cit.*, p. 38.

(65) ID, *op. cit.*, pp. 47-50.

(66) Dado el carácter *causalista* de nuestro ordenamiento y la reiteradísima jurisprudencia que reserva al juez la función de calificar los contratos, porque éstos son los que son independientemente del nombre que le hayan dado las partes. No obstante, estos principios, que son tan claros para aplicarlos a otros contratos, se nublan cuando de las garantías se trata, introduciéndose categorías jurídicas tales como el negocio indirecto, fiduciario... Esta es la razón por la que, aun partiendo de los mismos principios, nuestra jurisprudencia y la estadounidense son absolutamente discordantes.

en el campo de las garantías mobiliarias las ventas con finalidad de garantía, *bill of sale absolute in form*. La doctrina americana estableció que en tal caso el deudor y los terceros podían alegar que la venta aparente era en realidad una hipoteca. Ante el fracaso del mecanismo, fue abandonado. Los casos de *bill-of-sale-mortgage*, después de haber representado un foco vivo de litigación durante medio siglo, desaparecieron de los repertorios. Es de destacar que *esta doctrina tuvo en el campo de los bienes muebles una importancia que nunca había tenido en el de los inmuebles*.

El *chattel mortgage* se convirtió entonces en el eje del Derecho de garantías mobiliarias, de forma que el resto de mecanismos nuevos de garantía era enjuiciado de acuerdo con sus requisitos legales. Entre éstos destaca una insistencia en las *formalidades*, dentro de las cuales se encuadran los *description cases*. Los tribunales llegaron a exigir descripciones absolutamente exactas de los bienes muebles, como las que requiere el Derecho Inmobiliario. La analogía con la hipoteca inmobiliaria estaba motivada entonces por la actitud de hostilidad de los jueces contra las garantías mobiliarias sin desposesión. Posteriormente, una actitud más liberal de los jueces permitió el cambio, basado en una premisa que Gilmore destaca con su particular énfasis (67): «La división de toda la propiedad en *real* (inmueble) y *personal* (mueble), como la división de todo el Derecho en sustantivo y procesal, es una dicotomía cuya verdad es tan evidente para la mente jurídica que cualquier discusión de por qué tal división debería haberse hecho en primer lugar resultaría intolerable. *El Derecho Inmobiliario y el Derecho de los bienes muebles son compartimentos separados y no comunicantes.*» De cualquier forma, el mecanismo del *chattel mortgage*, rígido y formal, no se adaptaba a las necesidades de las garantías sobre bienes inmateriales.

El *common law* también conocía la reserva de dominio, *conditional sale* (68). A últimos del siglo XVIII, bajo la influencia de Lord Mansfield, el Derecho inglés de contratos elaboró una teoría flexible de las condiciones. El resultado fue la consolidación de una doctrina jurisprudencial sobre la reserva de dominio muy semejante a la doctrina clásica europea. Los tribunales no pensaban en términos de transacciones garantizadas; *conditional sale* y *chattel mortgage* eran miembros de familias muy distintas. Todo ello aunque supusiese ir contra una de las más firmes doctrinas del *common law*: la protección de los acreedores contra los derechos ocultos sobre los bienes.

Esta radical distinción entre reserva de dominio y derechos de garantía se mantiene todavía en la doctrina inglesa. Dentro de su definición de derecho de garantía, Goode (69) excluye los creados por reser-

(67) ID, *op. cit.*, p. 54.

(68) ID, *op. cit.*, pp. 62-85.

(69) GOODE, *Legal Problems, cit.*, pp. 5-9.

va del acreedor: «Es por esta razón por la que la reserva de dominio en una venta, arrendamiento-venta o acuerdo de *leasing* no constituye un derecho de garantía.» Como dice Gilmore (70), aunque esta idea es de las difíciles de captar, los mecanismos basados en la reserva de dominio (*title*) han sido siempre mirados como algo *más fuerte* que los *más débiles* mecanismos de gravamen (*lien*), como la hipoteca, prenda y el *factor's lien*.

A finales del siglo XIX se generaliza el uso de la reserva de dominio en dos campos: la financiación de bienes de equipo y de bienes de consumo. La reacción judicial y legislativa, tras un tiempo, fue predecible y sensata (obviamente, desde el punto de vista americano): *si la reserva de dominio estaba siendo utilizada como un mecanismo de garantía, debería ser tratada como un mecanismo de garantía*. Y lo mismo debía suceder con los contratos de *consignment*, *bailment* y *lease* (depósitos y arrendamientos fundamentalmente). Así es tradicional la jurisprudencia que distingue un verdadero arrendamiento de un arrendamiento con finalidades de garantía, tema muy conflictivo a raíz del descubrimiento del *leasing* como medio de embellecimiento contable y garantía de ventajas fiscales (71). Y, aunque en un momento pudo haber sido interesante basarse en el arrendamiento para articular la financiación de bienes de equipo industrial, y limitar la reserva de dominio a los bienes de consumo, separando transacciones de millones de dólares de bienes de equipo y de miles de dólares de bienes de consumo (argumento que se puede utilizar en España actualmente), desde hace ya mucho tiempo en USA los arrendamientos con finalidad de garantía son tratados como derechos de garantía.

En resumen, en la mentalidad jurídica norteamericana, al contrario que en la europea, quedó claro en palabras de Gilmore (72) que: «En el Derecho de contratos, que incluye las ventas, *condición* significa, aproximadamente, una promesa contractual cuya realización es tan vital al objeto del contrato que un fallo en el cumplimiento de la condición liberará a la otra parte del contrato (en lugar de darle solamente un derecho a indemnización por incumplimiento). En el Derecho de garantías, *venta condicional* vino a significar un derecho de garantía por el precio de compra (*purchase money security transaction*) de un tipo muy conocido».

Chattel mortgage y *conditional sale* eran mecanismos que hundían sus raíces en el viejo *common law*. Si hubo un mecanismo de garantía del que casi se puede decir que fue inventado, ese es el *trust receipt* (73). Su finalidad era facilitar la financiación del *capital circu-*

(70) ID, *op. cit.*, p. 67.

(71) ID, *op. cit.*, pp. 73-81. Sobre el tema me remito a mi obra *Leasing mobiliario*, Madrid, 1987. Sobre la visión que tiene la doctrina privatista americana del *leasing* volveremos en próximos apartados.

(72) ID, *op. cit.*, p. 83.

(73) ID, *op. cit.*, pp. 86-127.

lante (inventory). La esencia de la teoría del *trust receipt* era que las mercancías eran entregadas para su venta, que el derecho de garantía del banco (cuando habían sido vendidas) era sólo contra el precio (subrogación real) y que los compradores de las mercancías adquirirían libres de los derechos del banco. Tal mecanismo comenzó en el comercio del grano, pero acabó siendo utilizado exclusivamente para la financiación de las importaciones de los USA. Posteriormente encontró aplicación en la financiación de la comercialización de automóviles. Era un mecanismo complejo y altamente especializado, que dio lugar a una ley difícil, *Uniform Trust Receipt Act*, que a su vez se puede considerar como uno de los precedentes del art. 9 UCC. En resumen, el *trust receipt* financiaba la adquisición de capital circulante, y la garantía se deslizaba automáticamente de las mercancías a lo obtenido por su venta.

El *factor's lien* (74) tiene su origen en el sector textil. Tal mecanismo de garantía tenía como objeto el capital circulante (*inventory*) o los créditos (*accounts receivable*) o ambos. A partir de 1940 fueron promulgadas abundantes *Factor's Lien Acts*. Se planteó el tema de si tales leyes permitían el *floating lien*. Otro mecanismo creado para financiar el capital circulante fue el *field warehousing* (75), procedimiento conocido en Europa como *warrant*, consistente en el depósito de las mercancías en un almacén y su incorporación a un título de crédito a través del cual se constituye la garantía. La *Uniform Warehouse Receipts Act* data de 1906.

Tras esta breve síntesis del proceso legal y judicial de generalización de la garantía mobiliaria en los Estados Unidos, podemos plantearnos unas reflexiones. En primer lugar, evidentemente, el art. 9 no surge de la nada, sino de una experiencia económica, comercial y jurídica de más de un siglo. En segundo lugar, los obstáculos que había en el camino eran tan importantes, o mayores, que los que ha encontrado la doctrina europea. En tercer lugar, es evidente que las mayores dificultades no surgen en reconocer una posible hipoteca mobiliaria sobre bienes perfectamente identificables, sino en la garantía sobre bienes inmateriales (derechos contractuales, créditos...) o sobre capital circulante. Un claro ejemplo de tales dificultades, en el campo de los créditos, fue la regla *Benedict v. Ratner* (US Supreme Court, 1925). Basándose en que la transmisión de un bien que reserva al transmitente el derecho de disponer del mismo, o de emplear los fondos que obtenga con su venta para sus propios usos es, frente a los acreedores, fraudulenta y nula, la regla *Benedict v. Ratner* exigía en la financiación cuya garantía eran los créditos el ejercicio del «dominio», consistente en que los fondos cobrados fuesen remitidos dia-

(74) ID, *op. cit.*, pp. 128-145.

(75) ID, *op. cit.*, pp. 146-195.

riamente por el deudor al acreedor. Tales inconvenientes se intentaron superar mediante la promulgación de leyes sobre cesión de créditos entre 1943 y fines de los cincuenta.

Los redactores del art. 9 parten de dos premisas que parecían imposibles a sus coetáneos colegas españoles (76): las diferencias formales que separaban un mecanismo de otro debían ser borradas y reemplazadas con *el simple concepto de un derecho de garantía sobre bienes muebles; todo tipo de bienes muebles, ya sea para uso o ya sea para venta, debían ser reconocidos como disponibles para una garantía*. No obstante, en un principio se pensó que era necesario elaborar una ley distinta para cada tipo de bienes. Sin embargo, al avanzar los trabajos se vio que las diferencias entre los distintos tipos de financiación no eran tan grandes como se había asumido y que cada ley tendía a ser sustancialmente una repetición de las otras. El resultado es el actual art. 9.

El art. 9 mantiene las *diferencias funcionales*, pero su importancia es muy pequeña, sólo para cuestiones de detalle, por lo que vamos a seguir los consejos de Gilmore (77): «Cualquiera que se aproxime al art. 9 por primera vez hará bien en tener en su mente que la anti-pática lista de definiciones de la Parte 1.^a del artículo puede ser obviada para la mayoría de los propósitos.» Baste añadir a lo ya mencionado al comienzo de este apartado que la Sección 9-109 clasifica a los bienes materiales (*goods*) en: bienes de consumo, bienes de equipo, productos agrícolas y mercancías (capital circulante) (78).

Frente a todo tipo de obstáculos y resistencias, el art. 9 demuestra la posibilidad de elaborar una ley general de garantías mobiliarias. La doctrina americana es unánime en alabar las ventajas del art. 9 en este sentido, evitando la concurrencia de leyes, la creación de dife-

(76) ID, *op. cit.*, pp. 288-294.

(77) ID, *op. cit.*, p. 293.

(78) *Goods* incluye todas las cosas que son muebles al tiempo de pactar el derecho de garantía o que son pertenencias, pero no incluye dinero, *documents, instruments, accounts, chattel paper, general intangibles* o minerales o similares (incluyendo petróleo y gas) antes de la extracción (Sección 9-105, h).

Sección 9-109. *Goods* son:

1. *Consumer goods* si son usados o comprados para ser usados principalmente para fines personales, familiares o del hogar.

2. *Equipment* si son usados o comprados para ser usados principalmente en negocios (incluyendo agrícolas o una profesión) o por un deudor que es una organización sin fines lucrativos o una agencia gubernamental o si los bienes no están incluidos en las definiciones de *inventory, farm products* o *consumer goods* (es decir, es la categoría residual).

3. *Farm products* si son cosechas o ganados o provisiones para ser utilizadas o producidas en operaciones agrícolas...

4. *Inventory* si son poseídos por una persona que los posee para venderlos o arrendarlos o para ser equipados mediante contratos de servicio o si han sido así equipados, o si son materias primas usadas o consumidas en el negocio. *Inventory* de una persona no debe ser clasificado como su *equipment*.

rentes registros (cada ley creaba un nuevo registro, situación similar a la española), las distinciones formales, los tecnicismos... Todos admiten que el esfuerzo merecía la pena. No es de extrañar si admitimos, con Piepoli (79), que «lo que hoy parece radicalmente puesto a discusión en este sector es propiamente *la lógica subyacente a todo proyecto de dilatación de las garantías específicas*; es decir, *la obra de unificación funcional de los diversos elementos del capital circulante, como objeto de garantía de la financiación*, en virtud de la cual el titular de la garantía se coloca en una posición de privilegio».

VI. LA SUPERACION DEL FORMALISMO

Se ha advertido en el mismo comienzo de este trabajo que sería erróneo pensar que la peculiaridad del art. 9 responde a la tradicional dicotomía *common law-civil law*. El art. 9, por el contrario, es un fenómeno típicamente americano. Y si hay una diferencia básica entre el Derecho inglés y el Derecho americano, quizá sea esa, como han señalado Atiyah y Summers, la contraposición entre *forma* y *sustancia* (80). El ordenamiento inglés es más formal que el americano, que se inclina más al uso de razones sustantivas. El UCC da muestras de esta tendencia, y quedan huellas de los planteamientos realistas de Llewellyn. Así se considera un gran éxito que el art. 2 (ventas) eliminase el tradicional concepto de título (*title*) como el punto básico para resolver todos los problemas que se plantean en el contrato de compraventa (riesgos de pérdida...) (81). El art. 9, más rígido que el art. 2, se plantea también la superación del formalismo en las garantías mobiliarias. Existe unanimidad en afirmar que el estado del Derecho de garantías mobiliarias había llegado a resultar intolerable y que la solución del art. 9 de «todo bajo un mismo techo» se recomendaba a sí misma frente a todos. No cabe duda, y en Europa lo sabemos por experiencia, de que el Derecho de las garantías mobiliarias es propicio a una formalización excesiva.

La mejor fuente para comprender el significado de la superación del formalismo en el art. 9 es el propio *Official Comment*, Sección 9-101. «El Derecho anterior al Código reconocía una amplia variedad de mecanismos de garantía, que entraron en uso para hacer posibles diferentes tipos de financiación. Las diferencias entre un mecanismo y otro persistían, en los requisitos formales, en los derechos del acreedor contra el deudor y terceros, en los derechos del deudor contra el acreedor y en los requisitos de publicidad, aunque muchas

(79) *Op. cit.*, p. 111.

(80) ATIYAH, P. S., y SUMMERS, ROBERT S., *Form and Substance in Anglo-American Law*, Oxford, 1987.

(81) WISEMAN, *op. cit.*, p. 538.

de esas diferencias no servían ya para ninguna función útil.» Se constata la existencia de media docena de registros (organizados de forma diferente) y, a pesar de todo, la existencia de huecos sin llenar en la regulación de las garantías. «La creciente complejidad de las transacciones financieras forzó a las legislativas a continuar amontonando nuevas disposiciones legales encima de nuestra estructura decimonónica del Derecho de garantías, inadecuada y ya suficientemente complicada. El resultado de este desarrollo continuo fue incrementar los costes a ambas partes e incrementar la inseguridad en cuanto a sus derechos y los derechos de terceras partes relacionadas con ellas.»

Ante tal situación, «el objetivo de este artículo es proporcionar una *simple y unificada estructura* con la que la inmensa variedad de las actuales transacciones garantizadas puedan seguir adelante *con menos costes y con mayor seguridad*». El art. 9 prescinde de las distinciones formales, *y se aplica a todas las transacciones cuya finalidad sea crear un derecho de garantía sobre bienes muebles y pertenencias, y el único término derecho de garantía (security interest) sustituye a los varios términos descriptivos que han crecido en el common law bajo un siglo de leyes.*

Entonces, tal como afirma el *Official Comment* de la Sección 9-102, *el principal test para saber si se aplica este artículo a una transacción es: ¿es la finalidad de la transacción tener efectos como garantía?* «Cuando se descubre que el derecho de garantía, tal como se define en la Sección 1-201 (82), era la finalidad, se aplica este artículo independientemente de la forma de la transacción o del nombre con que las partes la han bautizado.» El lector español de estas líneas puede sentirse muy familiarizado con los razonamientos. Nuestra jurisprudencia sobre la venta en garantía, véanse las recientes Sentencias de 25 de febrero y 9 de marzo de 1988, se basa en la posibilidad de que el juez, a través de las pruebas oportunas, pueda determinar cuál era la verdadera finalidad del contrato: «Pero sin que acceda a su patrimonio de modo definitivo el derecho de propiedad, *al no ser esa la finalidad perseguida, que sólo quiso la garantía, sin voluntad de comprar o vender*» (S. 8 de marzo de 1988). Es decir, si un ordenamiento jurídico no admite las transmisiones abstractas de derechos, es lógico que haga posible un proceso de indagación (83) «La significación del elemento causal, al menos en el terreno del negocio de Derecho Privado, no se aleja nunca, en su desarrollo de dos milenios, de la inherencia a un *acto idóneo para alterar las relaciones patrimoniales preexistentes.*»

(82) GILMORE, *op. cit.*, p. 298. El art. 9 ha sido criticado en varios de sus aspectos (*notice filing, floating lien...*), pero no en el de la superación del formalismo y su concepción como ley general de las garantías mobiliarias. Ningún autor mantiene una revisión del art. 9 en tal sentido.

(83) GIORGIANNI, MICHELE, *La causa del negozio giuridico*, Milán, 1961, p. 29.

Otra Sentencia, de 12 de febrero de 1988, asume que los actos dispositivos que realice el fiduciario, *aparente* titular dominical, serán plenamente eficaces en favor del tercero de buena fe por título oneroso, que ha inscrito su adquisición, en virtud de la responsabilidad del fiduciante, al haber creado, e incluso al haber admitido, aunque sea fruto de su agobiante situación, dicha *simulación*. Es extraño que nuestro Tribunal Supremo asuma ese lenguaje, pues es reiterada la jurisprudencia en la que se parte de una afirmación, que es más bien una declaración de fe: el *pactum de fiducia cum creditore* no puede motejarse de contrato ficticio, aparente, o simulado o disimulado, sino real y existente y querido por las partes contratantes (S. 8 de marzo de 1988). Ahora bien, lo realmente querido por las partes está perfectamente claro: «No puede obtener más que *la devolución de lo garantizado*, pero sin que acceda a su patrimonio de modo definitivo el derecho de propiedad, *al no ser esa la finalidad perseguida*, que sólo *quiso la garantía, sin voluntad de comprar o vender*» (S. 8 de marzo de 1988). ¿Por qué no hay simulación si las Sentencias de 25 de febrero y 8 de marzo de 1988 reconocen explícitamente que *no hay una verdadera transmisión del dominio inter partes*? Porque ambas sentencias admiten que tal *titularidad formal* (que no propiedad, que no se ha transmitido) produce determinados efectos entre partes y de cara frente a terceros. Reconocido que *la causa no consiste en la enajenación propiamente, sino en la garantía o afianzamiento del débito a que la relación obligatoria responde* (S. 8 de marzo de 1988), el problema se desplaza hacia los *efectos*, la idoneidad para alterar las relaciones patrimoniales existentes. Es decir, hacia el *derecho de garantía*. En traducción a nuestra dogmática: *la tipicidad del derecho real de garantía*.

La doctrina del *common law* admitía que sobre una venta (*absolute bill of sale*) pudiese probarse que lo realmente querido era la constitución de una hipoteca (*mortgage*), que producía los efectos oportunos, siempre que se hubiese cumplido con los requisitos legales. Nuestro Tribunal Supremo niega que en tales casos haya simulación, porque no establece que las partes hayan querido constituir un derecho de hipoteca (derecho de garantía por excelencia), sino otro derecho (titularidad formal, cesión en garantía). El embrollo no surge con el test acerca de la finalidad de garantía, *test que en un ordenamiento causalista es obligado*, sino con la respuesta al test: en el art. 9 la respuesta positiva significa que la transacción queda sometida a su regulación. Lo esencial del art. 9 es la creación de esa estructura simple y unificada que es el *derecho de garantía*. De esta forma, un contrato cuya causa sea la finalidad de garantía es acto idóneo para constituir el derecho de garantía sobre la cosa, pero nunca acto idóneo para modificar la titularidad dominical, ni *inter partes*, ni frente a terceros. Esta premisa no es en absoluto extraña a nuestro ordenamiento, sino más bien parte de nuestro ordenamiento. Así lo ha de-

fendido recientemente Pantaleón (84) respecto a la cesión de créditos: «En el Derecho alemán, en el que impera el “dogma de la abstracción”, cabe perfectamente la cesión *plena* de un crédito con finalidad de garantía. No es así en el Derecho español.»

En el art. 9 se define (o tipifica) *un* contrato de garantía (*security agreement*) y *un* derecho de garantía (*security interest*). «El esquema del artículo es hacer distinciones, donde las distinciones son necesarias, con criterios *funcionales* más que formales» (*Official Comment*, Sección 9-101). La Sentencia de 8 de marzo de 1988 mantiene la doctrina que basa la posibilidad del *pactum de fiducia cum creditore* en la libertad contractual (art. 1.255 Cc.), por lo que, desde esa perspectiva, cabe esperar una objeción contra el art. 9: restringe la libertad contractual. Sin embargo, la Sección 1-102 (3) del UCC establece que el efecto de las disposiciones de esta ley puede ser variado por acuerdo, excepto que se establezca lo contrario en esta ley.... Es decir, el UCC se basa en la libertad contractual, y como recalca el *Official Comment* de la Sección 9-101: «Excepto para el procedimiento en caso de incumplimiento, la libertad contractual prevalece entre las partes inmediatas de la transacción garantizada.» El contexto político y económico del art. 9 ciertamente lo hace poco sospechoso de regir en una sociedad en la que la libertad contractual esté cercenada. No obstante, «las normas contenidas en este artículo son concernientes principalmente con los límites de la protección del acreedor contra compradores y acreedores del deudor» (*Official Comment*, Sección 9-101). Y el *Official Comment* de la Sección 1-102 (3), explicando en qué consiste la libertad contractual, puntualiza: «Los derechos de los terceros según la Sección 9-301 cuando un derecho de garantía no se ha perfeccionado, por ejemplo, no pueden ser destruidos por una cláusula en el contrato de garantía.» La solución es idéntica si aplicamos el art. 1.257 Cc. español. Por tanto, el problema del formalismo y el de la libertad contractual, o la tipicidad del derecho real, se mueven en órbitas diferentes, como veremos en el apartado octavo.

Pero antes de avanzar hacia otros terrenos es preciso hacer unas precisiones sobre la superación del formalismo. En primer lugar, la Sección 9-102 (2) establece que este artículo se aplica a los derechos de garantía creados por contrato incluyendo... (y cita a continuación las formas contractuales anteriores). Una lista que según el *Official Comment* es sólo ilustrativa, y cuyo significado es que el art. 9 *no abole* explícitamente los mecanismos de garantía existentes. La reserva de dominio o el arrendamiento-venta, por ejemplo, *no están prohibidas; pero aunque se usan, se aplican las normas de este artículo*. La insistencia en la *no abolición* de los mecanismos de garantía anteriores al UCC reflejan los temores de parte de las organizaciones que

(84) PANTALEÓN, FERNANDO, *Cesión de créditos*, en «ADC», 1988, pp. 1039-1051.

habían patrocinado el *Code*. Pero como dice Gilmore (85): una de las mayores sorpresas en la historia del art. 9 fue el gradual descubrimiento de que los temores eran injustificados. Para nosotros es importante destacar que, más allá de los nominalismos, lo esencial son los efectos jurídicos atribuibles, no al *nomen iuris*, sino al negocio jurídico. En un plano más reducido, Lipari (86) nos aclara la puntualización: «En relación con *la particular disciplina para nuestro sistema*, vender a plazos con reserva de la propiedad o bien dar en arrendamiento con el pacto citado *es la misma cosa*, diferenciables, en el plano social, los dos distintos comportamientos; no obstante, toda posible diferenciación de los intentos o de los intereses *es necesario reconducirlos al mismo criterio clasificador o bien a la misma categoría legislativa*.» No obstante, continuar por esta vía nos llevaría al centro mismo de la teoría del negocio jurídico (87), por lo que es preciso volver al espejo del art. 9.

El art. 9 no sólo se proyecta hacia el pasado, sino también hacia el futuro: «Otros viejos mecanismos, *así como todos los nuevos que la ingeniosidad de los abogados pueda inventar están incluidos*, siempre que se encuentre el requisito de la finalidad. *La definición que controla* es la contenida en la subsección (1)» (*Official Comment 9-102*). No suele ser precisamente la ingeniosidad la que mueve a los abogados a inventar nuevos mecanismos de garantía (88), pero lo importante es destacar el planteamiento del art. 9 ante la «invención» de «nuevas garantías». Anteriormente, todo lo que no podía ser hecho a través del *chattel mortgage* podía ser hecho bajo otro de los «mecanismos independientes». El art. 9, dotándose de una estructura amplia y flexible, trata de evitar ese proceso: la existencia de finalidades *fuera de la ley*. Es preciso recordar que volvemos a encontrarnos con otro de los argumentos utilizados para legitimar el negocio fiduciario, aunque creemos que ya Messina (89) escribió con claridad y magisterio suficiente para colocarlo en sus justos términos. Recuérdese que en el campo de las garantías es preciso distinguir perfectamente entre lagunas *normativas* y lagunas *axiológicas*.

En definitiva, el art. 9 UCC, como ley general de garantías mobiliarias, con su superación del formalismo, supone también una aclaración respecto al debate de las garantías y la autonomía de la voluntad. El art. 9 puede ser criticado en su regulación, y de hecho lo

(85) *Op. cit.*, p. 298.

(86) *Vid.* LIPARI, NICOLO, *Il negozio fiduciario*, Milán, 1971.

(87) *ID.*, *op. cit.*, *passim*. Una aproximación al tema se puede ver en nuestra obra *Leasing mobiliario*, Madrid, 1987.

(88) Sea o no ingenioso el procedimiento, la búsqueda de la garantía legal existirá siempre que las garantías existentes no otorguen una preferencia *absoluta* al acreedor, o sean costosas en su constitución..., *vid. Infra*, Apdo. VIII.

(89) *Vid.* MESSINA, GIUSSEPPE, *Scritti Giuridici I*, en «Negozii fiduciari», Milán, 1948.

es en ciertos aspectos, pero lo que ya no caben son planteamientos que impliquen la posibilidad de «inventar» como solución a los problemas. Así lo destaca Gilmore (90): «Un consejero enfrentado a una nueva situación no puede, bajo el art. 9, inventar un nuevo mecanismo que, si eventualmente gana el reconocimiento judicial, desarrollará su propia normativa, su propia estructura metafísica, y, con el tiempo, su propio registro. De cualquiera de las formas que el consejero resuelva la nueva situación, sea cual sea el nombre que pueda dar a los documentos que redacte, acabará, si la transacción tiene como finalidad crear un derecho de garantía, con un derecho de garantía del art. 9, sujeto a la normativa del art. 9, a la metafísica del art. 9 y, lo más importante, al sistema de registro del art. 9.»

La superación del formalismo supone que, cuando un arrendamiento o depósito tengan finalidad de garantía, sean tratados como derechos de garantía (Sección 1-201) (37). La determinación de cuándo un arrendamiento tiene una finalidad de garantía se basará por los hechos de cada caso (91). Otra muestra de la superación del formalismo, que va más allá de cuestiones de calificación contractual y simulación, es que el art. 9 se aplica a las ventas de créditos y *chattel paper* [Sección 9-102 (1), b)]. La razón de esta conclusión la da el *Official Comment*: «La financiación comercial sobre la base de créditos y *chattel paper* se realiza a menudo de tal forma que la distinción entre un contrato de garantía y una venta se difumina, y una venta de tales bienes está cubierta, por tanto, por la subsección (1), b), ya tenga o no tenga finalidad de garantía, a menos que esté excluida por la Sección 9-104.» Tal Sección 9-104 f) excluye las ventas de tales bienes que sean parte de la venta del negocio del que surgieron, o una cesión con finalidad de cobro sólo, o una cesión de derecho de pago bajo un contrato a un cesionario que ha de cumplir la obligación según el contrato, o una cesión de un único crédito a un cesionario en pago total o parcial de una deuda preexistente. El *Official Comment* señala que tal tipo de cesiones, por su naturaleza, no tienen ninguna relación con la financiación (92).

Por último, una breve referencia a la superación del formalismo en el Derecho español. El art. 9 UCC no debería suponer un especial sobresalto para el jurista español. El también art. 9 de la Ley de 23 de julio de 1908, de represión de la usura, declaraba incluida en su

(90) ID, *op. cit.*, p. 296.

(91) El tema es muy concreto y complejo, por lo que no vamos a entrar en su desarrollo. *Vid.* ROJO AJURIA, *op. cit.*, pp. 73-110.

(92) Aunque en principio este trabajo abarca todo el art. 9 UCC, por razones de una necesaria limitación se ha optado por centrar la exposición en los bienes de equipo y de consumo, entre otras cosas porque son los ejemplos más sencillos. Por tanto, las referencias a los créditos, títulos valores, bienes inmateriales... serán mucho más escasas. Sobre el tema de la cesión de créditos me remito al excelente trabajo publicado recientemente por Fernando Pantaleón.

regulación toda *operación sustancialmente equivalente* a un préstamo en dinero, *cualquiera que sea la forma que revista el contrato* y la garantía que para su cumplimiento se haya ofrecido. Los tribunales resolverán en cada caso, formando libremente su convicción en vista de las alegaciones de las partes (art. 2). El art. 2.2.º LVP establece que: «También se entenderán comprendidos en esta ley los actos o contratos, *cualquiera que sea su forma jurídica*, mediante los cuales las partes se propongan conseguir *los mismos fines económicos* que con la venta a plazos» (93).

No obstante, más allá de disposiciones legales concretas, la razón fundamental está en ese principio unánimemente admitido de que *el ordenamiento español es causalista* (94). El art. 9 UCC, adoptada la política jurídica de generalización de la garantía mobiliaria, debe ser perfectamente comprensible, e incluso asumible, desde la perspectiva de una *ordenamiento causalista*. Otra cosa es que el carácter *causalista* de nuestro ordenamiento se convierta en una declaración retórica de la que no se extraen consecuencias. Quizá porque la monumental controversia jurídica acerca de lo que es la *causa* ha llegado a ocultar sus efectos más básicos.

VII. EL DERECHO DE GARANTIA Y EL DERECHO DE PROPIEDAD

En el apartado anterior hemos obviado entrar en una cuestión que planea sobre la superación del formalismo, y que no es otra que la utilización del derecho de propiedad con finalidad de garantía. Es el momento de abordar el tema, y nada mejor para ello que comenzar con la solución que aporta el art. 9, en un panorama en que la confusión entre la propiedad (*title*) y la garantía (*lien*) tenía idénticas raíces históricas que las de los ordenamientos europeos. Frente

(93) Las razones para incluir tal tipo de artículos en determinados sectores del ordenamiento jurídico son evidentes. Se trata de evitar que mediante el *formalismo* tal regulación legal sea burlada y resulte ineficaz. Por otra parte, suponen otorgar un gran margen de confianza a los jueces, pues, al menos en los casos dudosos, se tratará de una cuestión de determinación judicial (si es aplicable el art. 9, GILMORE, *op. cit.*, p. 335). Ahora bien, es preciso reconocer que tal tipo de política legislativa y técnica jurídica choca con la mentalidad jurídica más tradicional.

El art. 2.2.º LVP ha tenido una vida corta y su muerte no ha levantado ningún réquiem, al ser derogado por el art. 21 del Real Decreto Ley 15/1977, de 25 de febrero, respecto a las operaciones de arrendamiento financiero. Incluso estando de acuerdo en que la Ley de Venta a Plazos no debería ser aplicable a las operaciones de *leasing*, creemos que si el art. 2.2.º LVP hubiera tenido una eficacia real y asumida por nuestros jueces y nuestra doctrina, hubiera sido un obstáculo mucho más difícil de salvar. En conclusión, entendemos que tales normas tienden a considerarse como cuerpos extraños dentro de nuestra tradición jurídica. El tema exigiría un estudio más profundo.

(94) Así se han manifestado BERCOVITZ, *op. cit.*, y PANTALEÓN, *op. cit.*, *passim*.

al presunto avance con el que a veces se justifica la admisión de las transmisiones de propiedad con fines de garantía (95), es preciso reconocer con Lacruz (96) que históricamente no es sino una regresión a la *fiducia* romana.

La Sección 9-202 establece que: «Cada disposición de este artículo con respecto a derechos, obligaciones y acciones se aplica ya recaiga la propiedad (*title*) sobre el objeto de la garantía en el acreedor o en el deudor.» Al igual que en el art. 2, en el art. 9 el *title* deja de ser un argumento que controla: «Los derechos y deberes de las partes en una transacción de garantía y de las terceras partes son establecidos en este artículo sin referencia a la atribución del *title* sobre el objeto» (*Official Comment*). Para ello, el art. 9 prescinde de la vieja polémica que atenazaba a los derechos de garantía: «Este artículo no determina si el *title* sobre el objeto está en el acreedor o en el deudor y no adopta ni una teoría del *title* ni una teoría del *lien* de los derechos de garantía. Los derechos, obligaciones y acciones no dependen de la atribución del *title*» (*Official Comment*, Sección 9-101). El art. 9 no se introduce en la vieja controversia histórica para elaborar su definición de derecho de garantía, y tal actitud creemos que es la más inteligente. Ahora bien, la atribución del *title* puede ser importante para otras finalidades, como, por ejemplo, para determinar la incidencia de la tributación, y en tal caso las partes tienen libertad para contratar como ellas quieran (*Official Comment*, Sección 9-101); este artículo no determina de ninguna forma qué línea de interpretación (teoría del *title*, v. teoría del *lien*, o retención del *title*, v. transmisión del *title*) debe ser seguida en casos en los que la aplicabilidad de alguna otra norma jurídica depende en quién tiene el *title* (*Official Comment*, Sección 9-202).

Así se explica fácilmente la actitud de la doctrina y la jurisprudencia americana respecto al tema del *leasing*. Frente a la posición europea que ha tendido a la admisión del *leasing* como un contrato nuevo y atípico, la posición americana y la del art. 9 UCC es otra: la cuestión radica en diferenciar cuándo un arrendamiento es verdadero y cuándo encubre la existencia de un derecho de garantía (97). El truco era ya muy viejo y conocido; lo que ha dado al fenómeno del *leasing* unas dimensiones insospechadas son las consecuencias contables y fiscales, pero en tal caso el problema se plantea para la legislación contable y fiscal, y no para la legislación de garantías mobiliarias (98).

(95) Así en la doctrina francesa, *vid.* BRUYNEEL y STRANART, *Les Sûretés*, París, 1984; en la doctrina italiana, las citadas obras de VARRONE y BARBIERA.

(96) LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, *La forma constitutiva en la hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento*, en «AAMN», 1961, p. 349.

(97) *Vid.* ROJO AJURIA, *op. cit.*, pp. 73-109.

(98) No se pueden infravalorar nunca los efectos contables y fiscales del *leasing*. Gilmore decía en su clásica obra, p. 81, que la tontería del balance, puede pensarse, que apenas puede servir para engañar a la viuda o al huérfano menos informado,

Al convertirse el *leasing* en un instrumento de obtención o transmisión de incentivos y ventajas fiscales, la determinación de lo que es una operación de *leasing* a efectos fiscales es labor del legislador fiscal. Otra cosa es que tal operación de *leasing* puede resultar una *secured transaction* a efectos del art. 9. En conclusión, en un contrato de garantía, según la definición del art. 9, se puede pactar que la *propiedad a efectos fiscales* (o a otros efectos) la ostente el acreedor, pero tal atribución, en absoluto, va a determinar los derechos del deudor y acreedor (y terceros, por supuesto). El ideal de la unidad del ordenamiento jurídico queda en entredicho, pero mientras existan incoherencias en el ordenamiento es preferible reconocerlas y asumirlas, que no dotar a la incoherencia de una categoría ontológica.

Las incoherencias entre la legislación fiscal y la legislación de garantías mobiliarias son tolerables; lo que resulta menos tolerable son las incoherencias internas en el Derecho de garantías mobiliarias. El art. 9 evita que mediante la cuestión del *title* se pueda llegar a ello: «Así las incidencias de unos bienes son las mismas bajo este artículo si el acreedor garantizado aparece como que ha retenido el *title*, o el deudor aparece como que ha obtenido el *title* y entonces lo ha transmitido o ha constituido un gravamen en favor del acreedor» (*Official Comment*, Sección 9-202). La cuestión de la reserva de dominio queda regulada en la Sección 9-113: «Un derecho de garantía que nace únicamente según el artículo sobre Ventas (art. 2) está sujeto a las disposiciones de este artículo excepto en la medida y tanto tiempo como el deudor no tenga o no obtenga legalmente la posesión de los bienes:

- a) No es necesario un contrato de garantía para hacer al derecho de garantía ejecutable;
- b) no se requiere el registro para perfeccionar el derecho de garantía, y
- c) los derechos del acreedor por incumplimiento del deudor se rigen por el artículo sobre Ventas (art. 2).

Es decir, los límites a la aplicabilidad del art. 9 a los derechos de garantía cuyo origen está en el artículo sobre Ventas son apropiados sólo en tanto en cuanto *el deudor no tiene u obtiene legalmente la posesión de los bienes. Un acreedor que desee conservar el derecho de garantía después de que el deudor obtenga legalmente la posesión debe cumplir totalmente con todas las disposiciones de este artículo* y usualmente debe registrar una anotación de financiación para perfeccionar el derecho. Este es el efecto de la cláusula «excepto» en

y que las ventajas fiscales sólo pueden ser garantizadas hasta la próxima revisión de las normas fiscales, como mucho. Gilmore no podía imaginar que tales consecuencias iban a ser recogidas por el propio legislador para articular determinada política fiscal de incentivos o que en otros países la tontería del balance y las ventajas fiscales, lejos de destinarse al engaño de la viuda o el huérfano, iban a originar la creación de un sector especializado en el mercado crediticio.

el preámbulo de esta sección (*Official Comment*, Sección 9-113). Se abandona el criterio del *title*, palabra formal para una noción puramente conceptual cuyo significado nadie conoce, excepto quizá los historiadores legales, como comentaba el juez Learned Hand (99) y se opta por un criterio *fáctico*, la posesión, para establecer las relaciones entre los derechos que surgen del contrato de venta y los derechos de garantía. Por ello, se utiliza también el término *security interest* para designar a los derechos que surgen del contrato de venta. Un vendedor que se reserva un derecho de garantía por acuerdo no pierde sus derechos según el artículo sobre Ventas, pero los derechos que no son atribuidos por el artículo sobre Ventas *dependen del total cumplimiento de este artículo* (*Official Comment*, Sección 9-113).

Una vez que el vendedor ha entregado los bienes al comprador, y éste permanece en su posesión, no cabe duda de que *respecto a terceros* la situación es muy similar a la de una hipoteca mobiliaria. Es quizá el peso fundamental que en el *common law* ha tenido siempre el *Twyne's Case* (100), la prohibición de transmisiones secretas, la propiedad aparente, lo que ha favorecido la superación de la distinción basada en el *title*, abolición que fue confirmada por la jurisprudencia (101). Y basándonos en el ejemplo americano, vamos a añadir unas consideraciones a la polémica acerca de la *reserva de dominio*, sin pretender agotar el tema (102).

La controversia sobre la reserva dominio obliga a plantearse el sentido de las controversias jurídicas. Dentro de los distintos tipos de controversias, Genaro R. Carrió (103) distingue dos: controversias sobre la «naturaleza jurídica» de una institución y controversias generadas por un desacuerdo valorativo encubierto. En la de la reserva de dominio encontramos características de estos dos tipos de controversia. Comencemos por el desacuerdo valorativo encubierto, esa creencia implícita en la mayor fuerza de la reserva de dominio, como nos decía Gilmore.

En la línea de los principios básicos siempre hemos defendido la postura de Bercovitz (104), que es la del art. 9 UCC. Tomemos uno de los argumentos con los que se ha pretendido rebatir tal posición: la lógica atribución al vendedor de una tercería de mejor derecho y no de una tercería de dominio. Recientemente, Martínez de Agui-

(99) *Vid.* HENSON, *op. cit.*, p. 18.

(100) *Supra*, Apdo. V.

(101) *In re* Yale Express System, Inc., *Court of Appeals* para el *Second Circuit*, 1966, en HENSON, *op. cit.*, p. 9.

(102) Otras referencias a la polémica se pueden ver a lo largo de nuestra obra sobre el *leasing* mobiliario.

(103) CARRIO, GENARO R., *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, Buenos Aires, 1986, pp. 91-115.

(104) BERCOVITZ, RODRIGO, *La cláusula de reserva de dominio*, Madrid, 1971; *Comentarios a la Ley de Ventas a Plazos de Bienes Muebles*, Madrid, 1977.

re (105) se ha sumado a la teoría clásica y entre otros argumentos utiliza el siguiente (106): «Mucha más segura me parece la posición que se deriva para el vendedor de una tercería de dominio (acción que corresponde a éste en la concepción clásica de la reserva de dominio), sin que por ello redunde en grave perjuicio de terceros acreedores.» En tales afirmaciones hay unas valoraciones que van más allá de los conceptos y que se refieren a la tutela de los intereses del vendedor, comprador y terceros. Se parte de la base de que la intervención del tercero acreedor supone la interrupción del normal desarrollo de la venta a plazos y la pérdida de la mayor parte (por no decir toda) de la eficacia de la reserva de dominio. Por el contrario, para los acreedores, la tercería de dominio no supone más perjuicio que el derivado de un aplazamiento en sus pretensiones, por lo que se refiere al bien vendido. Creemos que nos encontramos ante el verdadero núcleo de la teoría clásica de la reserva de dominio: *se prescinde (al menos temporalmente) de la relevancia del interés de los terceros*. Nuestra discrepancia se basa en que el interés de los terceros debe de ser una *hipótesis de relevancia* en cualquier caso. La hipótesis de relevancia supone un *criterio valorativo* (107): «Una propiedad relevante (en sentido prescriptivo) para un criterio valorativo puede no ser relevante (en sentido prescriptivo) para otro.»

No estamos de acuerdo con la valoración implícita de los distintos intereses en que se basan los argumentos para rechazar la tercería de mejor derecho. No creemos que la reserva de dominio pierda la mayor parte o toda la eficacia con la tercería de mayor derecho, y, sobre todo, *no creemos que no hay un perjuicio para los terceros acreedores* si se opta por la tercería de dominio. Supongamos que A vende a B un bien por 4.000.000 a pagar en cuatro años. Al cabo de dos años, se han pagado 2.000.000 del precio y el valor del bien es 3.000.000; pero B debe pagar a C 1.000.000. Entendemos que la reserva de dominio no pierde su eficacia si dota a A de una preferencia absoluta, y que no existe *causa suficiente* para que C, pudiendo hacer efectivo su crédito, tenga que someterse a una incierta espera. La tercería de mejor derecho es la solución idónea para que A cobre su crédito de 2.000.000 y C el suyo de 1.000.000 en ese momento. Recuérdense que las normas del art. 9 conciernen principalmente *con los límites de la protección del acreedor garantizado contra los compradores y acreedores del deudor* (*Official Comment*, Sección 9-101). Las hipótesis de relevancia asumidas en ambos casos son distintas y, por tanto, no es posible el acuerdo, porque la discrepancia no está en realidad en la teoría, sino la valoración de los intereses.

(105) MARTÍNEZ DE AGUIRRE, CARLOS, *Las ventas a plazos de bienes muebles*, Madrid, 1988.

(106) *Op. cit.*, pp. 114-115.

(107) ALCHOURRON Y BULYGIN, *op. cit.*, p. 156.

Ahora bien, no es preciso incurrir en el otro tipo de controversias, sobre la «naturaleza jurídica» de la institución, en busca de una justificación única para la solución de todos los casos que, ya en forma clara, ya en forma imprecisa, caen bajo un determinado conjunto de reglas (108). El ordenamiento alemán nos muestra cómo, incluso partiendo del *modelo del derecho de propiedad*, para desarrollar el Derecho de las garantías se puede llegar a soluciones realistas y razonables (109). El ejemplo básico es la elaboración doctrinal y jurisprudencial para dotar de protección y transmisibilidad a la posición jurídica del comprador (110). Por el contrario, en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo la posición del comprador es harto precaria, y hasta se le subordina a las pretensiones de los acreedores del vendedor, en un sacrificio innecesario, incluso desde la concepción clásica de la reserva de dominio (111). La atribución del título, la propiedad, se convierte en el único criterio relevante. Así se puede dar preferencia a una reserva de dominio *no inscrita* sobre una hipoteca inscrita en el caso de una incorporación de un bien mueble a un bien inmueble (112).

La controversia sobre la utilización de la propiedad en el campo de los derechos de garantía no debe convertirse en una controversia puramente dogmática. Creemos que la solución del art. 9, la definición de un *derecho de garantía*, es la mejor premisa lógica y jurídica para desarrollar las garantías mobiliarias, pero no vamos a caer en la intransigencia. Podemos aceptar con Varrone que exista una transmisión de propiedad con fines de garantía, porque el propio autor reconoce que no se trata en realidad de una verdadera propiedad (113). No consideramos que el Derecho alemán de garantías mobiliarias sea intrínsecamente perverso o erróneo, porque lo que importan son los efectos jurídicos (114).

Tal como hace el art. 9 UCC, creemos que una solución adecuada es prescindir o superar la controversia. Se trata en cualquier caso de buscar salidas razonables; así, en el ejemplo propuesto, a pesar

(108) CARRIO, *op. cit.*, pp. 100-103.

(109) Sobre los modelos en la teoría del Derecho, *vid.* TARELLO, *Diritto, enuncia-ti, usi*, Bolonia, 1974, pp. 363-366; DI ROBILANT, EMICO, *Modelli nella teoria del di-ritto*, en «Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.», pp. 705-721. Si bien los modelos *descriptivos* se basan en la oportunidad, y no en la veracidad, siendo compatibles, cuando tal modelo se eleva a la categoría de *preceptivo* es incompatible, como las normas.

(110) *Vid.* PENNINGTON, ROBERT, R., *Retention of title to the sale of goods under European Law*, en «International and Comparative Law Quarterly», 1978, pp. 277-318.

(111) Sentencia de 11 de julio de 1983, comentada por BERCOVITZ en los *CCJC*, núm. 3, pp. 873-879 (77).

(112) Sentencia de 26 de marzo de 1984, comentada por BERCOVITZ en los *CCJC*, núm. 5, pp. 1541-1548 (127).

(113) VARRONE, *op. cit.*, p. 125.

(114) Así en Derecho alemán la propiedad atribuida mediante la *Sicherungsübereig-nung* tiene esencialmente los mismos efectos que el derecho de prenda, con el argumen-to que de hecho cumplen la misma función de garantía, *vid.* VARRONE, *op. cit.*, p. 227.

de oponerle la tercería de dominio, el acreedor puede interferirse en las «exclusivas» relaciones entre vendedor y comprador. El art. 10 LVP establece lo que los americanos llaman el *right to redeem* (Sección 9-506), es decir, la posibilidad de que el deudor pague y libere al bien de la garantía. Y como el art. 1.111 Cc. permite a los acreedores ejercitar todos los derechos y acciones del deudor (acción subrogatoria), es claro que el acreedor podrá valerse del derecho de redención (o pago anticipado). Así C entregaría a A 2.000.000, y podría embargar el bien valorado en 3.000.000 para cobrar su crédito de 1.000.000 (además del pago realizado) (115). Pero, a veces, las discrepancias dogmáticas encubren discrepancias valorativas de mayor calado.

Por último, la controversia española sobre la reserva de dominio se circunscribe a la llamada reserva de dominio *simple*. Así hasta se ve con ojos críticos que el financiador a comprador pueda ser beneficiario de tal garantía (116). Pero una visión tan limitada de la reserva de dominio es muy poco útil para el moderno Derecho de garantías mobiliarias. Son fundamentales las llamadas *prolongaciones, transmisiones, alargamientos, cuentas corrientes* o la *Konzernvorbekalt* (117). En tal caso, los argumentos de la teoría clásica, basada en el contrato de compraventa y la condición suspensiva, pierden poder de convicción, salvo que se afirme como Goode (118) que: «Parece que el carácter de la transacción no es afectado por el hecho de que la reserva de dominio del vendedor se pacte para asegurar no sólo el precio de los concretos bienes vendidos, sino otras deudas del comprador a favor del vendedor originadas en transacciones *anteriores o posteriores*» (119). Ahora bien, si se ha adoptado prescriptivamente el mo-

(115) El ejemplo es muy simple y prescinde de los problemas de la ejecución de la garantía. Probablemente se argumente en contra que los procedimientos de ejecución conllevan usualmente una depreciación muy fuerte del bien. Estamos de acuerdo, pero, como veremos en el próximo apartado, el problema es entonces la reforma de tales procedimientos para que sean eficaces y no supongan necesariamente tal pérdida de valor del bien, como pretende la Parte V del art. 9 UCC.

(116) MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, pp. 136-137.

(117) BARMANN y otros, *op. cit.*, pp. 130-133. Así se produce la cesión anticipada de los créditos nacidos de la reventa de la cosa; la transmisión de la garantía a los productos obtenidos con la transformación de la cosa; el compromiso del comprador de mantener frente a los subadquirentes la reserva de dominio a favor del vendedor; la extensión de la garantía a otros créditos anteriores o posteriores entre vendedor y comprador, que también puede articularse mediante una situación de cuenta corriente (garantizando el saldo); el beneficiar a terceros relacionados con el vendedor de los efectos de la garantía.

(118) *Legal Problems, cit.*, pp. 6-7.

(119) Creemos que así pierde toda su fuerza al argumento causal de que la reserva de dominio encuentra su causa en la falta de pago del precio (art. 1.274 Cc). Si nos salimos de la relación de *onerosidad* entre la propiedad de la cosa y el precio, la *causa de garantía* queda perfectamente evidenciada. Entonces, al menos en un *ordenamiento causalista* como el español, la atribución de un derecho de propiedad con causa de garantía no resulta satisfactoria. Así lo entiende BERCOVITZ, *op. cit.*, y del mismo modo PANTALEÓN, *op. cit., loc. cit.*, respecto a la cesión de créditos.

delo de la reserva de dominio, creemos que es necesario trascender la concepción *simple*, porque las necesidades del tráfico mobiliario lo exigen. De ello es buena prueba el art. 9 UCC.

VIII. TIPICIDAD DE DERECHOS, LIBERTAD CONTRACTUAL Y GARANTIAS MOBILIARIAS

La lectura de los debates doctrinales acerca de las garantías mobiliarias en el ámbito latino nos muestra que en los problemas que se introducen hay elementos de muy distinta naturaleza. Por un lado, nos encontramos con la *necesidad de generalización de la garantía mobiliaria*. Pero junto a este problema que ya conocemos se añaden otras cuestiones, tales como (120): evitar las formalidades y los gastos fiscales, que tienen las garantías tradicionales (sobre todo la hipoteca); evitar los conflictos que derivan del crecimiento del pasivo privilegiado, en particular de los privilegios salariales, fiscales y de la seguridad social; evitar en lo posible las consecuencias de los nuevos procedimientos concursales. Ante tal «crisis» de las garantías tradicionales, la libertad contractual se revela como el instrumento propicio para la «recuperación» de la garantía. No creemos que las cosas sean tan simples.

1. Tipicidad y contenido de los derechos de garantía

Nos dice Díez-Picazo (121) algo que, en principio, debería resultar evidente: «En los derechos reales de garantía imperan la tipicidad y el *numerus clausus*. Y ello por la fundamental razón de que los derechos reales de garantía entrañan un derecho de realización del valor, y, sobre todo, una suerte de privilegio o de prelación, que tiene por ello carácter excepcional, ya que suponen una particular derogación del principio de *par condicio creditorum*.» El *numerus clausus* también es el punto de partida de Rubino (122), aunque añade a continuación: «Derechos atípicos de garantía no pueden ser creados por los particulares si no es con naturaleza meramente obligatoria.» Pero, ¿qué significa un derecho de garantía de naturaleza meramente obligatoria? Hemos de analizar el contenido del derecho de garantía.

No pretendemos entrar en la polémica acerca de la naturaleza jurídica de la hipoteca (123). Como hipótesis de trabajo vamos a partir del planteamiento de Baird (124), que nos parece acertado: «Una tran-

(120) BRUYNEEL y STRANART, *op. cit.*, *passim*.

(121) DÍEZ PICAZO, *Fundamentos*, II, p. 102.

(122) RUBINO, *op. cit.*, pp. 16 y 194.

(123) *Vid. ID.*, *op. cit.*; SERRANO GARCÍA, *op. cit.*; VALLET DE GOYTISOLO, *op. cit.*

(124) BAIRD, *Deep Structure of Article 9, cit.*, p. 3. El subrayado es nuestro.

sacción garantizada da al acreedor garantizado *dos clases de derechos*. Primero, un acreedor garantizado tiene el derecho, en caso de incumplimiento, de recuperar la posesión del objeto y venderlo para satisfacer la obligación que se le debe. Un segundo y distinto derecho concierne, no a la *relación entre el acreedor y el deudor*, sino a la *relación entre distintos acreedores*... Un análisis de los principios subyacentes en el art. 9 debe examinar estas dos diferentes clases de derechos. El primer derecho es un *property right*, mientras que el segundo es un *priority right*. Una apreciación de la diferencia entre estos derechos es crucial para comprender cómo el art. 9 funciona.» En nuestra opinión, para comprender el contenido del derecho de garantía es necesario partir de la base de que *los «property rights» y «priority rights» son conceptualmente distintos. Cada uno de ellos podría existir sin el otro* (Baird).

Tal planteamiento resulta lógico y no es extraño a nuestra mentalidad jurídica. Guilarte (125) caracteriza el funcionamiento de la garantía real por la *intensificación de un vínculo sobre un bien concreto y determinado (property rights), sujeción que se complementa con las facultades de preferencia (priority rights contra otros acreedores) y persecución (priority rights contra compradores) que conlleva y que rompen en beneficio de su titular la situación igualitaria que deriva del principio de responsabilidad genérica consagrado en el art. 1.911 Cc.* El mismo autor, al comentar el art. 1.865 Cc. (126), nos dice que la prenda constituida de conformidad con lo dispuesto en el art. 1.863 tiene *carácter real entre los interesados (property rights)*, si bien estará ausente de la misma la nota de absolutividad o de eficacia *erga omnes*, de modo que *las consecuencias que debieran derivar de la misma no pueden oponerse a los terceros (priority rights)*.

Pero más allá de opiniones doctrinales, creemos que esa distinción se desprende de la propia regulación del Código civil: entre las disposiciones comunes a la prenda y a la hipoteca, el art. 1.858 establece que es también de *esencia* de estos contratos que, vencida la obligación principal, puedan ser enajenadas las cosas en que consiste la prenda o hipoteca para pagar al acreedor; pero es en los arts. 1.926 y 1.927, *de la prelación de créditos*, donde se establece que tales derechos de garantía *excluyen a todos los demás por su importe hasta donde alcance el valor del bien mueble o inmueble a que la preferencia se refiere*. La regulación del Código de Comercio distingue claramente *dos tipos de derechos conceptualmente distintos*, y creemos que tal distinción es necesaria. Por ello, no compartimos las explicaciones que tienden a difuminar tal dualidad, sustituyendo al privilegio (*causa de prelación ex arts. 1.922 y 1.923 Cc.*) por el derecho real a cobrar

(125) GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, T. XXIII, p. 7.

(126) ID, *op. cit.*, pp. 417-418.

sobre la cosa(127), o afirmando en la garantía se da una transformación de un derecho relativo en un derecho absoluto (128).

Los *property rights* plantean fundamentalmente un problema de tutela del deudor, que históricamente se ha manifestado en la prohibición de pacto comisorio (art. 1.859 Cc.). Ahora bien, no creemos que, como dice Ferrandis (129), el carácter limitativo del dominio de los derechos de garantía se manifieste sólo en la fase de realización del valor. Ya conocemos la importancia que da la doctrina americana al *monitoring* (130) de los acreedores, y como veremos en el próximo apartado, la relación de garantía se concibe como una relación entre el acreedor y deudor, más que como una relación entre acreedor y cosa. Basta leer atentamente la LHM y PSD para comprobar cómo los efectos de la garantía se pueden manifestar antes de la fase de ejecución, implicando un control de la actividad del deudor por el acreedor (por ejemplo, arts. 6, 18, 29, 44, 60 y 63). Entendemos, con la doctrina americana y el art. 9 UCC, que es fundamentalmente en esta manifestación del contenido del derecho de garantía en la que juega primordialmente la libertad contractual. Así, la Sección 9-501 (1) no define el significado de *incumplimiento*, que puede ser determinado por el contrato de garantía (131).

Pero cuando se entra en la fase de incumplimiento, la tutela del deudor motiva que la libertad contractual quede muy restringida: «Excepto para el procedimiento en caso de incumplimiento, la libertad contractual prevalece entre las partes inmediatas de la transacción de garantía» (*Official Comment*, Sección 9-101). Al igual que el art. 1.858 Cc., la Sección 9-501 entiende que: «Los derechos del acreedor sobre la cosa después del incumplimiento del deudor son de la *esencia* de una transacción garantizada. Estos son los derechos que distinguen al acreedor garantizado del no garantizado.» Por lo que resulta evidente que la eficacia del derecho de garantía dependerá en gran medida de la adecuación de tales derechos. Recientemente Carrasco (132) ha sintetizado de forma adecuada lo insatisfactorio de nuestro Derecho en este sentido. En este estudio hemos de prescindir del análisis de esta compleja cuestión, limitándonos a indicar que evidentemente la quinta parte del art. 9 establece un procedimiento mucho más flexible al que conocemos en el Derecho español (133).

(127) LACRUZ y otros, *Elementos de Derecho civil*, II, vol. I, Barcelona, 1985, pp. 387-393.

(128) FERRANDIS VILELLA, JOSÉ, *Introducción al estudio de los derechos reales de garantía*, en «ADC», 1960, pp. 37-62.

(129) ID, *op. cit.*, p. 52.

(130) *Supra*, Apdo. IV.

(131) STONE, BRADFORD, *Uniform Commercial Code*, St. Paul, 1984, p. 482.

(132) Vid. CARRASCO, ANGEL, *Comentario a la Resolución de la DGRN de 30 de junio de 1987*, en «CCJC», núm. 15, pp. 4929-4941.

(133) El acreedor puede tomar posesión judicial o extrajudicialmente (sin ruptura de la paz) después del incumplimiento (Sección 9-503). El derecho del acreedor a dispo-

Así, en la doctrina y jurisprudencia italiana (134), la prohibición de pacto comisorio ha sido una de las razones básicas para mantener la tipicidad de los derechos reales de garantía. Ahora bien, en nuestra opinión, la tipicidad deriva fundamentalmente, tal como planteaba Díez Picazo, de los *priority rights*. En general, en los derechos de garantía, *la relación con la cosa* tiene un simple valor instrumental, no final, como sucede en los derechos de disfrute (135). Aunque el bien es el *insustituible punto de referencia de la garantía en sentido técnico* (136), la única estructura posible de la garantía es la adición al crédito de un *quid, instrumentalmente destinado a la realización del mismo*, haciendo más segura su transformación del derecho al bien a derecho sobre el bien (137). En este sentido, resulta evidente que, más allá de los *property rights*, la eficacia de derecho de garantía depende fundamentalmente de su *oponibilidad* frente a terceros (*priority rights*), de ahí su necesario carácter, en los ordenamientos europeos, de *derecho real* (138), y no como una mera consecuencia de la publicidad (139). Es decir, nos colocamos más allá de la libertad contractual.

Tal como afirma Natucci (140), los derechos reales atípicos, en cuanto fuente para terceros adquirentes de una limitación del propio derecho, serían un caso de poder privado no previsto por el legislador; tal expresión de poder significa una *derogación del principio de igualdad de los ciudadanos* (y en el supuesto de los derechos de garantía de la *par condicio creditorum*). Entendemos acertada la consideración de que en el fondo es un problema de reparto de competencias, entre los privados y el ordenamiento, el de la distinción entre contenido y efectos (141). La consecuencia es que la ineficacia de un derecho atípico como real, no conlleva necesariamente su invalidez como derecho obligatorio (142). Si admitimos que en el caso de las relaciones reales, el interés a valorar está constituido por *intereses de terceros* (143), y que tocar la esfera jurídica de los terceros, regular los intereses ajenos no compete a las partes, sino al *legislador* (144), es fácil comprender en la regulación de los derechos de garantía, y en particular

ner del bien sólo tiene como límite lo *comercialmente razonable*. La disposición puede ser por procedimientos públicos o privados. El acreedor puede comprar el bien en venta privada si es de un tipo que tiene un precio standard reconocido en el mercado (Sección 9-504).

(134) Vid. SESTA, MICHELE, *Le garanzie atipiche*, Padua, 1988, pp. 1-154.

(135) NATUCCI, ALESSANDRO, *La tipicità dei diritti reali*, I, Padua, p. 27.

(136) BARBIERA, *op. cit.*, p. 5.

(137) ID, *op. cit.*, p. 214.

(138) NATUCCI, *op. cit.*, p. 125.

(139) ID, *op. cit.*, p. 139.

(140) ID, *op. cit.*, pp. 155-152.

(141) NATUCCI, ALESSANDRO, *La tipicità dei diritti reali*, II, Padua, 1985, p. 19.

(142) ID, *op. cit.*, p. 5.

(143) ID, *op. cit.*, p. 53.

(144) ID, *op. cit.*, p. 25.

los *priority rights*, la libertad contractual tiene un papel limitado (145), aunque los resultados prácticos puedan ser similares (146).

Si centramos el análisis en los derechos reales de garantía, la cuestión se muestra con gran claridad. Como ya se dijo en la introducción, no se puede hablar de lagunas propiamente en un ordenamiento jurídico en el que rija la norma de la *par condicio creditorum*. La garantía, y el privilegio, en cuanto causas legítimas de prelación derogan parcialmente la norma general. La estructura del art. 2.741 Cc. italiano es la adecuada: «Los acreedores tienen igual derecho de ser satisfechos con los bienes del deudor, salvo las causadas legítimas de prelación.» Por ello, no es suficiente apelar al *pas de privilège sans texte* para justificar una potencial restricción de la libertad contractual. En su formulación negativa puede llegar a parecer una norma innecesariamente restrictiva. Su verdadera dimensión queda reflejada en el citado art. 2.741 Cc. italiano: como excepciones a una norma jurídica con contenido propio (igualdad de acreedores). Por ello, quizá sea preferible una formulación positiva del problema, preguntándose por el preciso campo de aplicación del *principio de igualdad de acreedores* (147), y no limitándose a una formulación negativa del problema. Es decir, la *ratio legis* del art. 1.925 Cc. no está en la pura negatividad (no gozarán de preferencia), sino en la formulación de las normas que establecen la responsabilidad universal y la igualdad de acreedores, art. 1.911 Cc. Por lo que, retomando las afirmaciones vertidas en el párrafo precedente, es evidente que tratándose de la derogación de una norma no dispositiva, y no sólo del genérico principio de igualdad de los ciudadanos, que afecta necesariamente a intereses de terceros, no es competencia de los particulares, sino del legislador.

2. El ejemplo de la venta en garantía

En realidad, cuando se apela a la libertad contractual en el campo de las garantías, usualmente se está apelando a la posibilidad de utili-

(145) En particular la doctrina americana ha estudiado los problemas planteados por los acuerdos de subordinación, y las cláusulas negativas de prenda, *vid.* COOGAN, KRIPKE y WEISS, *The outer fringes of Article 9: subordination agreements, security interests in money and deposits, negative pledge clauses, and participation agreements*, 79 «Harvard Law Review», p. 229 (1965); GILMORE, *op. cit.*, pp. 983-1019; BAIRD, *Security Interests, cit.*, pp. 880-930.

(146) *Vid.* JACKSON y KRONMAN, *Secured Financing and Priorities Among Creditors*, 88 «Yale L. J.», p. 1164 (1979). Como afirman estos autores, si la cuestión de la prioridad entre acreedores garantizados se dejase a la entera libertad de las partes, es muy posible que cada uno de ellos pactase una preferencia absoluta sobre el bien. En tal caso, el conflicto se resolvería con la regla *prior in tempore potior in iure*, que es la regla que adopta el art. 9 UCC.

(147) VAN OMMESLAGHE, PIERRE, *Sûretés issues de la pratique et autonomie de la volonté*, en «Les Sûretés», *cit.*, pp. 345-393.

zación del derecho de propiedad con fines de garantía. El ejemplo alemán está presente en tales invocaciones (148): «Los Derechos alemán y suizo proporcionarán en este sentido enseñanzas preciosas.» Pero tales enseñanzas creemos que han de ser matizadas, sobre todo si respetamos los principios básicos de nuestros ordenamientos jurídicos latinos.

Una venta o es real o es simulada. Este planteamiento se muestra de forma diáfana en el ordenamiento italiano donde existe la figura de la venta con *patto di riscatto* regulada en el Código civil. Esto ha obligado a la doctrina y la jurisprudencia a distinguir entre una venta real (con *patto di riscatto*) y una venta, o mejor, *alienación con fines de garantía* (149). La posición de la jurisprudencia española es idéntica, pues, como ya hemos visto (SS. 25 de febrero y 8 de marzo de 1988), abandonada la teoría del doble efecto en el negocio fiduciario, se reconoce que no hay venta porque no hay voluntad de comprar o vender, sino una finalidad de garantía. A partir de aquí comienzan las discrepancias.

La doctrina y la jurisprudencia italiana están muy condicionadas por el significado que han dado a la causa según el art. 1.322 Cc. y por la prohibición de pacto comisorio establecida en el art. 2.744 Cc. Tal como señala Sesta, este último artículo está sometido a una polémica interpretativa doctrinal y jurisprudencial según predomine el elemento literal (restrictiva) o finalista (extensiva). Una interpretación extensiva haría caer a la venta en garantía dentro de la prohibición. Pero Sesta (150) toma una postura que le permite prescindir de tal polémica, porque entiende que la alienación con fines de garantía no se dirige a realizar intereses merecedores de tutela según el ordenamiento jurídico, o que la causa (independientemente del esquema) está en contraste con la utilidad social o con el orden público económico, que se basa más bien en la tutela del deudor. Es decir, en ambos casos el juicio de validez se efectúa en el plano contractual.

La jurisprudencia española, por el contrario, admite la validez de tal contrato, basándose en la libertad contractual. Pero, aunque se admite que venta y garantía son figuras bien distintas (151), la una como contrato de cambio, la otra una cautela personal o real asignada al acreedor para tutelar la satisfacción de su crédito, se niega que haya simulación. Las razones nos las dan las citadas sentencias y de forma precisa la Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado de 30 de junio de 1987: «No puede el registrador inscribir la titularidad creada como un derecho real de garantía, pues ni la

(148) STOUFFLET, JAEN, *L'usage de la propriété a des fins de garantie*, en «Les Sûretés», *cit.*, p. 343.

(149) *Vid.* SESTA, MICHELE, *Le garanzie atipiche*, Padua, 1988, pp. 1-155. Se trata de una síntesis muy reciente de las posiciones doctrinales y jurisprudenciales.

(150) *Op. cit.*, pp. 105-106.

(151) *ID.*, *op. cit.*, p. 1.

naturaleza ni extensión de este posible derecho real de garantía aparecen expresadas en la escritura con la precisión y claridad que exige el principio de especialidad, ni puede el Registrador reflejar un derecho cuya naturaleza y extensión está en oposición con la denominación que se le da en la escritura («propiedad»). La doctrina del *bill of sale mortgage* tiene una solución más simple: el derecho creado es una hipoteca. La causa (garantía) determina el tipo de derecho constituido. Así lo entiende Pantaleón respecto a la cesión de créditos (152): una cesión en garantía (contrato de garantía) no es causa suficiente para una transmisión plena del crédito, sino sólo para constituir un derecho de garantía sobre el crédito, que se describe como una especial *cotitularidad*. Y, si nos atenemos a lo dicho por Giorgianni, este es el significado histórico de la causa.

El planteamiento de Pantaleón se puede aplicar a todo tipo de bienes si adoptamos la concepción anglo-americana de la propiedad como *bundle-of-rights*, cuya formulación se atribuye a Hohfeld (153). La causa de garantía nunca puede ser causa suficiente para la transmisión completa del *bundle-of-rights*, sino para la constitución de un derecho de garantía, que supone una especial cotitularidad, ya que el acreedor tiene ciertos *property rights* sobre la cosa (además de los *priority rights* frente a terceros). La causa de garantía es insuficiente para la transmisión de todos los derechos que componen la propiedad, pero es suficiente para la transmisión de aquellos derechos que componen el derecho de garantía. El art. 9 UCC tiene el gran mérito de haber dotado al sector de las garantías mobiliarias de un esquema conceptual que permite aplicar sin dificultades tales principios, explicitando, *tipificando* (en términos de la Europa continental) tanto un *contrato de garantía* como un *derecho de garantía sobre bienes muebles*.

Si la eficacia de la venta en garantía se revela de cara o frente a terceros (sentencia de 8 de marzo de 1988), a la manera de un crédito sobre la finca litigiosa (sentencia 25 de febrero de 1988), entendemos que esto sólo puede ser posible en tanto en cuanto se cumplan los requisitos legales de la hipoteca en el caso de un bien inmueble, tal como sucede con la doctrina del *bill of sale mortgage*. Si aceptamos la tipicidad de los derechos reales de garantía, y el principio causalista de nuestro ordenamiento, un contrato de (venta en) garantía es causa de la constitución de un derecho de hipoteca. Este

(152) *Op. cit.*, pp. 1042-1051.

(153) *Vid.* COTTERRELL, *The Law of Property and Legal Theory*, en «Legal Theory and Common Law», Ed. Twining (William), Londres, 1986, p. 87. Mediante la concepción de la propiedad como haz o manojo de derechos se desplaza el interés de la relación entre propietario y cosa objeto de la propiedad, a una concepción de la propiedad que se ve esencialmente como una amalgama de *relaciones jurídicas entre personas* y a través de la cual se fijan los derechos y titularidades.,

planteamiento no es nuevo en nuestra doctrina pues ya hace tiempo De Angel (154) mantuvo tesis similares que fueron bien acogidas por otros autores (155). Entendemos que tal tesis debe ser la consecuencia lógica de los planteamientos de De Castro (156), que después de admitir como única causa del contrato realizado la de garantía, sin embargo, construye una especial *titularidad fiduciaria* para atribuir efectos al contrato (157).

Ahora bien, con los bienes inmuebles podemos mantener que el agnosticismo de la Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado de 30 de junio de 1987, acerca de la naturaleza y extensión del posible derecho real de garantía constituido, parece más bien una consecuencia del reparo a calificar como hipoteca lo que en la escritura se ha denominado como propiedad, a tenor de lo establecido en el art. 51.5.º RH (158); en el caso de los bienes muebles la cuestión se complica, pues no existe un único derecho real de garantía, sino varias posibilidades (prenda, hipoteca mobiliaria, prenda sin desplazamiento, reserva de dominio...). Ahora bien, los problemas tampoco se resuelven añadiendo un nuevo derecho a la lista, llámese titularidad fiduciaria o de otra manera.

El art. 9 UCC nos explica cuál es esa fina línea que separa en la doctrina y jurisprudencia española (y europea en general) al negocio fiduciario de la simulación relativa. En el art. 9 UCC un contrato cuya finalidad es la garantía, sea cual sea el nombre o la forma utilizada por las partes, será un *contrato de garantía*, cuyos efectos son la constitución de un *derecho de garantía* sobre el bien mueble. Dicho de otra forma, la superación del formalismo tiene una doble vertiente: en el contrato y en el derecho de garantía. Si en la simulación relativa se trata de sacar a la luz el contrato disimulado para que éste produzca efectos jurídicos, los problemas surgen cuando no tenemos la certeza de cuál es tal contrato y qué efectos puede producir. El art. 9 la tiene: *es un contrato de garantía y sus efectos los de un derecho de garantía, es decir, los establecidos en el propio art. 9.*

(154) ANGEL, RICARDO DE, *Problemas que suscita la «venta en garantía» en relación con los procedimientos de ejecución del deudor*, en «RCDI», 1973, pp. 47-67.

(155) Entre otros, PUIG BRUTAU en sus *Fundamentos*, y LACRUZ BERDEJO en sus *Elementos*.

(156) DE CASTRO, FEDERICO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1971, pp. 379-439.

(157) Entendemos que tal titularidad fiduciaria reintroduce el problema que se ha pretendido solucionar negando la existencia de una verdadera transmisión de propiedad, pues ¿cuáles son los efectos de tal titularidad?, y, sobre todo, ¿cuál es la fuente de tales efectos? La teoría del negocio fiduciario o se mantiene pura, es decir, basada en el doble efecto (en aquellos ordenamientos que lo permitan) o queda desvirtuada en su esencia.

(158) «La naturaleza del derecho que se inscriba se expresará con el nombre que se le dé en el título, y si no se le diere ninguno, no se designará tampoco en la inscripción.»

3. Derecho de garantía y privilegios

Es evidente que tal como afirman Jackson y Kronman (159), el valor de un derecho de garantía depende del grado en que aísla al acreedor garantizado de las pretensiones de los otros acreedores del deudor. Así, el art. 1.926.1.º Cc establece un alto grado de eficacia: el crédito pignoraticio *excluye a los demás* hasta donde alcance el valor de la cosa dada en prenda. Ahora bien, insistimos en que el valor de la garantía dependerá del rango que el legislador le otorgue en la *prelación de créditos*, no de su propia naturaleza jurídica. Privilegio y derecho de garantía son conceptualmente diferentes (160), pero al ser ambos causas legítimas de prelación, si concurren en un mismo supuesto es preciso que el legislador establezca a su vez un orden de prelación entre ambos. El orden de prelación será el reflejo y consecuencia de determinadas opciones de *política legislativa y jurídica*. Pero tal cuestión es *externa* al derecho de garantía, no dependiendo de su definición o de su naturaleza jurídica, sino del rango que el legislador le otorgue en la prelación de créditos. En este sentido volvemos a insistir en la claridad y coherencia de nuestro Código civil: definidos los derechos de garantía en el Título XV, es en el Título XVII donde se establece el lugar que ocupan en la prelación de créditos.

La Sección 9-102 UCC establece que este artículo no se aplica a los privilegios legales excepto en lo dispuesto en la Sección 9-310. En ésta se da prioridad al crédito refaccionario (161) sobre el derecho de garantía, siempre que las cosas estén en posesión del acreedor privilegiado. El *Official Comment* nos explica la razón: el trabajo realizado ha aumentado o conservado el valor del bien. Las leyes pueden invertir el orden de prelación, pero el art. 9 establece una regla de interpretación a favor de la prioridad de este privilegio sobre el derecho de garantía. Tal preferencia puede ser letal para el derecho de garantía, siendo el sector del automóvil donde se ha centrado la litigiosidad y el fraude ha llegado a ser endémico (162).

(159) *Op. cit.*, p. 1143.

(160) *Infra*, Apdo. X. En nuestra opinión, la diferencia básica es preciso colocarla en la *causa*. El privilegio creado por ley se puede caracterizar como una *simple cualidad del crédito* (DÍEZ PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. II, Madrid, 1988, p. 241). Por el contrario, el derecho de garantía tiene su causa en el *contrato de garantía* y, en última instancia en la libertad contractual. Así, la explicación de la razón de ser de la garantía (*Supra*, Apdo. IV) es absolutamente ajena a la existencia de privilegios. Es más, como veremos a lo largo del presente subapartado, la garantía y los privilegios responden a políticas jurídicas distintas, si no opuestas.

(161) «Cuando una persona en el ordinario curso de sus negocios proporciona servicios o materiales con respecto a bienes sujetos a un derecho de garantía, un privilegio sobre los bienes en posesión de tal persona dado por ley o norma de derecho por tales materiales o servicios tiene prioridad sobre un derecho de garantía perfeccionado, a menos que el privilegio sea legal y la ley expresamente establezca otra cosa.»

(162) GILMORE, *op. cit.*, pp. 871-889.

Ahora bien, la regla general es que un derecho de garantía perfeccionado no esté subordinado ni a los privilegios ni a los embargos judiciales (Sección 9-301). Esta misma línea de política jurídica sigue la *Federal Tax Lien Act* de 1966, estableciendo que el privilegio fiscal no es válido contra cualquier comprador, acreedor con derecho de garantía, privilegio refaccionario o embargo judicial hasta que se inscribe la notificación de dicho privilegio fiscal. Tal como dice Henson (163), el privilegio fiscal puede tener desastrosas consecuencias en las financiaciones, y la *Federal Tax Lien Act* sigue una opción de política legislativa tendente a evitar tal desastre, aunque según Coogan (164), siendo un paso en la dirección correcta, no es suficiente.

No obstante, advierte Bailey (165) que algunas leyes estatales fuera del Uniform Commercial Code establecen privilegios de varias clases que tienen prioridad sobre incluso un derecho de garantía perfeccionado con anterioridad. La erosión del derecho de garantía es tan *exterior* como *inevitable*. No es un problema de interpretación, o de naturaleza jurídica, sino una *opción de política jurídica*. Ni siquiera es necesario que una ley de garantías mobiliarias regule estos problemas, pues al ser una ley de rango ordinario no vincula especialmente al legislador. Entendemos que la prelación de los créditos salariales en el ordenamiento jurídico español no se deriva del último inciso del art. 10 LHM y PSD, *dejando a salvo siempre la prelación por créditos laborales*, inciso tan paternalista como inútil (166), pues el legislador, en el momento de redactar el art. 32 del Estatuto de los Trabajadores de 10 de marzo de 1980, pudo optar por la política legislativa que le pareció más oportuna. Incluso en la hipótesis contraria, suponiendo que el inciso final hubiese establecido una prelación de la Ley sobre Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de Posesión superior a la de los créditos salariales, es evidente que tal norma hubiese sido derogada por el art. 32 del Estatuto. Es decir, en todo caso se puede plantear un problema de colisión de normas, que sigue siendo ajeno a la supuesta naturaleza del derecho de garantía.

Se entiende, por tanto, que podamos mantener que la cuestión referente a la erosión del derecho de garantía por el crecimiento del pasivo privilegiado, y fundamentalmente los créditos salariales, fiscales y de la seguridad social, es una cuestión *externa* al derecho de garan-

(163) *Op. cit.*, pp. 174-181.

(164) *Vid.* COOGAN, PETER F., *The effect of the Federal Tax Lien Act of 1966 upon security interests created under the Uniform Commercial Code*, 81 «Harvard Law Review», pp. 1369-1419 (1968). Los problemas se plantean, sobre todo, en lo referente a los avances futuros y la garantía flotante, *Infra*, Apdo. XII.

(165) *Op. cit.*, p. 278.

(166) De la misma, GULLÓN, *Comentarios, cit.*, p. 763, entiende que tal artículo lo que en realidad hace es remitirse a la prelación establecida por las leyes laborales, no proclamar otra prelación distinta y nueva.

tía, que difícilmente puede plantearse como una cuestión a resolver mediante la libertad contractual. Nos dice Gilmore (167) que el art. 9 al menos da a los acreedores que proporcionan el capital necesario a una empresa *la oportunidad de protegerse contra el monstruo devorador de los privilegios legales*. Pero si la creación de tal monstruo es obra del legislador, también la posibilidad de protección debe ser establecida por el legislador.

En este sentido, también hemos de manifestarnos disconformes con la pretendida utilización de la teoría clásica de la reserva de dominio para concebirla como un *superprivilegio* que le hace escapar completamente de la quiebra del comprador, de los privilegios del fisco, de los salarios, de la seguridad social... (168) salvo que el legislador así lo haya regulado. La controversia acerca de la reserva de dominio vuelve a mostrársenos así como una controversia basada en un desacuerdo valorativo encubierto. Acudir a la tradición romanista que concibe la propiedad como *dominium* sobre las cosas (un único propietario con un derecho absoluto sobre el bien) (169) para justificar, por su propia naturaleza jurídica, la creación de una garantía que excluya totalmente la aplicación de ciertas normas jurídicas es una puerta falsa para solucionar el problema. Nadie puede dudar de que aquí se plantean importantes cuestiones de política económica y legislativa, pero es preciso abordarlas de forma directa, no encubierta.

El último inciso del art. 32.1.º del Estatuto de los Trabajadores, *aunque éste se encuentre garantizado por prenda o hipoteca*, es una tentación para pretender que una propiedad en función de garantía pueda eludir dicha norma (170). En primer lugar, no creemos que sea una norma técnicamente defectuosa si admitimos la tipicidad de los derechos de garantía en nuestro ordenamiento. Ni siquiera la reserva de dominio regulada legalmente plantea problemas, pues el art. 19 LVP da al acreedor la misma preferencia que al acreedor prendario. No obstante, admitida la tercería de dominio en los casos de reserva de propiedad, el problema se replantearía pues, como dice Gullón (171), las preferencias salariales operan en el ámbito de los procedimientos concursales y en los procedimientos individuales de ejecución (tercerías de mejor derecho). Idénticos resultados pueden esperarse de la proliferación de las operaciones de *leasing* (172). En segundo lugar, sería preciso valorar la política legislativa que desarrolla el art. 32.1.º,

(167) *Op. cit.*, p. 361.

(168) *Vid. BROCA, op. cit.*, p. 24, para la doctrina francesa.

(169) COTTERRELL, *op. cit.*, p. 95.

(170) Posición que será probablemente la mayoritaria en nuestra doctrina. *Vid. LA-CRUZ, Elementos*, II, vol. I, p. 402.

(171) *Comentarios, cit.*, p. 764.

(172) ROJO AJURIA, *op. cit.*, pp. 280-284.

para ponerla en contraste con otras posibles, y entonces la pregunta sería: ¿es merecedora de crítica una política jurídica que establece una preferencia *absoluta* de los créditos por los últimos treinta días de trabajo y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional? La respuesta está en función del criterio axiológico que adoptemos; no podemos escudarnos en una presunta naturaleza jurídica. Ahora bien, una vez el legislador ha asumido una política jurídica la labor del intérprete es desarrollarla coherentemente, no modificarla.

Esa misma coherencia con la voluntad del legislador hace posible una interpretación del mismo art. 31 en su párrafo 3.º, dotando de prioridad a los créditos con garantía real mobiliaria, a pesar de la remisión a la Ley Hipotecaria (173). Ahora bien, si en el párrafo 3.º hemos de descartar la interpretación literal, también lo podemos hacer en el párrafo 1.º En caso contrario, habríamos de considerar que el art. 31.1.º es defectuoso y que debería haber seguido el modelo del art. 71 de la Ley General Tributaria (y otras leyes fiscales y administrativas) redactándose el inciso de la siguiente forma: aunque sean acreedores de dominio, prenda, hipoteca o cualquier otro derecho real. Pero la introducción de una expresión tal como *acreedor de dominio* hubiera causado natural perplejidad y confusión respecto a la naturaleza jurídica de la preferencia del art. 31.1.º, ya que, tal como dice Gullón (174), no nos encontramos ante un gravamen sobre los bienes.

La confusión que deriva de dotar al término propiedad de dos posibles significados jurídicos se vuelve a manifestar en el párrafo 2.º del art. 31. Según Gullón (175), es preciso que la preferencia recaiga sobre los bienes del deudor, para que tal disposición legal no tenga consecuencias catastróficas para el tráfico. Estamos de acuerdo, pero el problema también se puede plantear a la inversa. Si el art. 31.2.º establece que los créditos salariales gozarán de preferencia sobre cualquier otro crédito respecto de los objetos elaborados por los trabajadores mientras sean propiedad o estén en posesión del empresario, ¿se mantiene esa preferencia respecto a los bienes vendidos con reserva de dominio? La concepción clásica nos llevaría a una respuesta positiva, tal como sucedió en la sentencia de 11 de julio de 1983 respecto a un embargo de la Hacienda Pública. Tampoco las consecuencias de tal interpretación serían muy favorables al tráfico de bienes.

En conclusión, aunque garantía y privilegio se diferencian con claridad, ambos están destinados a concurrir en la prelación de créditos. La fuerza que tenga la garantía, entendida como su capacidad para

(173) *Vid.* GULLÓN, *Comentarios, cit.*, p. 763.

(174) *Op. ult. cit.*, pp. 756-758.

(175) *Op. ult. cit.*, pp. 758-760.

aislar al crédito garantizado del resto de acreedores, dependerá de la política jurídica adoptada por el legislador, del lugar de preferencia que le otorgue en la prelación de créditos. Es algo *externo* al derecho de garantía, tal como queda patente en nuestro Código civil. En este sentido, se pueden plantear problemas de colisión de leyes, sobre todo si el legislador no es coherente en la formulación de una determinada política jurídica. Entendemos que el problema se plantea de una forma incorrecta si pretendemos confrontar la política jurídica del legislador con la libertad contractual, de la misma forma que si ante una legislación de arrendamientos urbanos, que establece la prórroga forzosa, nos planteásemos la «invención» en base a la libertad contractual de un nuevo contrato de cesión onerosa del uso de la vivienda al que no se le aplicase dicha legislación. Por lo demás, acudir para estos fines a la propiedad vuelve a mostrarnos desacuerdos valorativos encubiertos. Ahora bien, el desacuerdo valorativo es posible siempre que la ley no haya optado ya por una determinada política jurídica. El art. 9 UCC vuelve a delimitar de forma adecuada este tipo de problemas.

4. Garantías mobiliarias y política legislativa

Hemos visto ya cómo existe una tensión potencial entre dos políticas jurídicas diferentes: la generalización de la garantía y el desarrollo del pasivo privilegiado. Es evidente que una opción legislativa por la primera, exige, en coherencia, la mayor limitación posible de la segunda. Un derecho de garantía generalizado, pero erosionado por diversos privilegios, sería con toda probabilidad muy poco popular en los circuitos de financiación.

Ahora bien, el equilibrio entre distintas políticas jurídicas a veces puede ser muy difícil. El ejemplo más claro lo plantea el nuevo Derecho Concursal basado en la conservación o salvación de la empresa. El ideal de la garantía, aislar a un acreedor del resto, nunca es tan deseado como en los procedimientos concursales. Frente a la opinión doctrinal y jurisprudencial que entiende que el nivel apropiado de prioridad del acreedor garantizado ha de ser algo menor en la quiebra que fuera de ésta, Baird (176) entiende que si los derechos de prioridad otorgados a los acreedores garantizados tienen sentido fuera de la quiebra, de ello se deduce naturalmente que también deberían tener sentido dentro de la quiebra. Según Baird, la pregunta de si el derecho de prioridad es o no una buena idea, puede y debería ser respondida *independientemente de si ha comenzado un procedimiento con-*

(176) *Deep Structure, cit.*, pp. 36-39.

curisal. Probablemente es la posición adecuada, pues, como afirma Witz (177); «una garantía real que fuese eficaz fuera de un procedimiento colectivo de pago y que no lo fuese en caso de apertura de tal procedimiento, no merecería ya más la denominación de garantía».

Así, la eficacia de la garantía se mediría por su capacidad para eludir el concurso. En Derecho francés, según Witz (178), las garantías tradicionales son laminadas por el derecho de los procedimientos colectivos de pago, pero no en Derecho alemán, porque en éste no existe todavía (1985) un procedimiento destinado a asegurar la salvación de las empresas viables. La responsabilidad del fracaso de los procedimientos colectivos en Alemania se ha imputado a los acreedores garantizados, y, en consecuencia, las proposiciones de reforma que se han hecho imponen sacrificios más o menos importantes a estos últimos. La suerte reservada a los beneficiarios de garantías reales es envidiable (179): tienen la completa seguridad de ser prioritarios sobre el producto de la realización de su garantía, que no se efectúa por el síndico, sino por los propios titulares de la garantía. Es decir, tal como mantenía Baird, porque la prioridad del acreedor garantizado es la misma dentro y fuera del concurso.

Esa misma línea es la que siguen los arts. 10 LHM y PSD y 19 LVP excluyendo los bienes objeto de la garantía de la masa. No es éste el lugar para analizar la evolución del Derecho Concursal (180), pero baste indicar cómo determinadas políticas legislativas en el marco del Derecho Concursal pueden imponer *sacrificios* a los acreedores garantizados. También en los Estados Unidos de América la litigación entorno al art. 9 se centra en las *bankruptcy courts*, en las que un número considerable de jueces no simpatiza con el Uniform Commercial Code o con los créditos garantizados en general, y buscan siempre alguna base para prescindir de las garantías que se encuentran (181). La tensión entre las garantías y el concurso es patente. Ahora bien, volvemos a sostener que tal tensión se plantea entre diversas políticas jurídicas y ante opciones legislativas. Es evidente que un ordenamiento que imponga importantes sacrificios a las garantías dentro del procedimiento concursal está subordinando la propia existencia y razón de ser de éstas a otros valores preferentes dentro de dicho ordenamiento. Tal subordinación significa, parafraseando a Baird, que el derecho de prioridad no es una buena idea, independientemente de que el procedimiento concursal haya comenzado.

Si el legislador ha optado por una determinada política jurídica, volvemos a insistir en que la libertad contractual no es el arma ade-

(177) *Op. cit.*, p. 62.

(178) *Op. cit.*, pp. 62-68.

(179) WITZ, *op. cit.*, pp. 64-65.

(180) *Vid. Reforma del Derecho de Quiebra*, Madrid, 1982.

(181) *Vid. HENSON, op. cit.*, pp. 13-15.

cuada para combatirla. Si el legislador francés ha «sacrificado» las garantías tradicionales con sus leyes concursales, no se trata de que se «inventen» nuevas garantías que eludan el «sacrificio», sino de convencer al legislador de que ha optado por una política errónea. El intérprete está vinculado por una opción que ya se ha tomado en otro plano (182). Por lo demás, es evidente que toda controversia en este sentido implica una valoración de intereses. Así, cuando Stoufflet (183) nos dice que la propiedad parece ser una garantía perfecta, según todos los criterios imaginables (el rango de preferencia más favorable posible, facilidad de constitución, simplicidad en la ejecución), es evidente que asume exclusivamente la perspectiva del acreedor garantizado, o que propugna una política jurídica radicalmente favorable a la generalización y fortalecimiento del crédito garantizado. Según su razonamiento, el uso de la propiedad como garantía tendría su razón de ser en la menor eficacia de las garantías consagradas por la ley. Pero el mismo autor reconoce que la *cuestión esencial* es si es posible admitir un cambio en las prioridades establecidas por la ley, por razones de interés público. No olvidemos tampoco que el propio legislador francés ha sido el que ha dado eficacia al *crédit-bail* (*leasing*) y la reserva de dominio (184). En conclusión, es necesario no confundir ambos planos: el de la política jurídica legislativa y el hermenéutico o dogmático.

El argumento del excesivo coste de la formalización de la garantía también nos coloca ante una cuestión de política jurídica, pero esta vez dentro de la garantía mobiliaria. Como veremos en el próximo apartado, el art. 9 opta por una política clara: la simplificación y el abaratamiento en la constitución de las garantías. La Ley sobre Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de Posesión española optó por una política opuesta (185). Una política jurídica de generalización de la garantía nos llevaría a adoptar la solución del art. 9, pero, aunque ahora la cuestión sea interna a la propia garantía, el cambio también se ha de producir en el plano legislativo. De la misma forma que si el coste fiscal de la constitución de la garantía es elevado, será la autoridad correspondiente la que deba tomar las medidas oportunas.

(182) Tal afirmación puede llevarnos a una polémica que no podemos abordar en esta sede. Baste señalar que, para nosotros, es la posición más adecuada en términos generales, y que tiene notables defensores a ambos lados del Atlántico. Me referiré simplemente a la obra de Natalino IRTI en su conjunto, *L'età della decodificazione, Scuole e figure del diritto civile, Norme e fatti...*, como ejemplo de un *civilista* que ha articulado una interesantísima reflexión sobre estos temas.

(183) STOUFFLET, JEAN, *L'usage de la propriété a des fins de garantié*, en «Les Sûretés», *cit.*, p. 320.

(184) ID, *op. cit.*, pp. 319-343.

(185) Vid. LACRUZ, *La forma constitutiva en la hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento*, en «AAMN», 1961, pp. 349-399.

En definitiva, hasta el momento hemos visto cómo *la generalización de la garantía mobiliaria plantea problemas dogmáticos*, fundamentalmente la tipificación del contrato y derecho de garantía, o a la inversa, la destipificación o superación del formalismo, *pero también que, en cuanto determinada política jurídica, puede entrar en colisión con otras distintas dentro de un ordenamiento*. La doctrina europea tiende a no diferenciar claramente ambos planos. Tal diferenciación es absolutamente necesaria para el estudio de las garantías mobiliarias. Analizadas ya las cuestiones de política jurídica, abordemos a partir de ahora la cuestión del contrato y derecho de garantía.

IX. EL CONTRATO Y EL DERECHO DE GARANTIA

En el presente apartado vamos a tratar de exponer brevemente los conceptos básicos de técnica jurídica utilizados por el art. 9 UCC, analizando también las similitudes y diferencias con respecto al Derecho español. Su contenido se corresponde con el de la segunda parte del art. 9: *Validez del Acuerdo de Garantía y Derechos de las Partes*.

La terminología del art. 9 no es muy distinta a la que utilizaría una ley española de garantías mobiliarias. Deudor, *debtor*, significa la persona que debe el pago u otro cumplimiento de la obligación garantizada (Sección 9-105, 1, d)(186). Acreedor garantizado, *secured party*, significa un prestamista, vendedor u otra persona en cuyo favor hay un derecho de garantía (Sección 9-105, 1, i). *Collateral* significa el bien sujeto a un derecho de garantía (Sección 9-105, 1, c). Derecho de garantía, *security interest*, significa un derecho en bienes muebles o pertenencias que garantiza el pago o cumplimiento de una obligación. La retención o reserva del derecho de propiedad por un vendedor de bienes a pesar del envío o la entrega al comprador (Sección 2-401), se limita en sus efectos a una reserva de un «derecho de garantía» (Sección 1-201, 37) (187).

La Sección 9-201 es una de las disposiciones fundamentales del art. 9. Se establece la *validez general del acuerdo de garantía*: «Ex-

(186) «Deudor» significa la persona que debe el pago u otro cumplimiento de la obligación garantizada, tenga o no la propiedad o derechos sobre el bien, e incluye el vendedor de créditos o títulos. Cuando el deudor y el propietario del bien no sean la misma persona, el término «deudor» significa el propietario del bien en todas las disposiciones de este artículo referentes al bien, el obligado en todas las disposiciones referentes a la obligación, y pueden incluir a ambos cuando tal contexto lo requiera.

(187) La definición incluye otros supuestos. Entre ellos se establecen los criterios para determinar cuándo un arrendamiento o un depósito son en realidad derechos de garantía o efectos del art. 9, *vid. Supra*, Apdo. VI. En nuestra exposición nos tenemos que limitar a los supuestos básicos, pues lo prolijo de la explicación podría redundar en una innecesaria falta de claridad.

cepto en lo que se disponga de otra forma por esta ley un acuerdo de garantía es eficaz según sus términos entre las partes, contra los compradores del bien (objeto del derecho de garantía) y contra los acreedores». *Agreement* y *contract* son definidos en la Sección 1-201, 3 y 11. Tal como afirma Bailey (188), el acuerdo en una transacción garantizada es también un *contrato*, por lo que, dado el paralelismo con nuestra terminología, a partir de ahora hablaremos de *contrato de garantía*. Un derecho de garantía no puede existir a menos de que haya un contrato (189): «Incluso cuando el acreedor garantizado esté en posesión del bien, debe recordarse que *un contrato es necesario*, aunque no necesite la forma escrita.» El contrato, y la libertad contractual, son los pilares fundamentales del art. 9; ésta es, a nuestro entender, la diferencia básica con un ordenamiento jurídico basado en el desarrollo de los privilegios. Ahora bien, aunque el *Code* no es legislación social (190), será preciso consultar ésta para comprobar si se plantean conflictos. Por otra parte, aunque sea reiterativo, es preciso recordar que, si bien la libertad contractual es uno de los principios básicos del art. 9, ningún autor americano se extraña de que, además de los límites generales establecidos por la Sección 1-102, 3, la Sección 9-301 disponga la subordinación de un derecho de garantía no perfeccionado a otros derechos, la Sección 9-307 establezca los derechos de los compradores frente a los acreedores garantizados, y la Sección 9-312 las prioridades entre acreedores, y de que tales cuestiones queden sustraídas a la libertad contractual. No existe ninguna contradicción en tal planteamiento.

El contrato de garantía en el art. 9 sería lo que Pantaleón (191) ha denominado como negocio de disposición y traslativo. Es decir, el contrato puede crear por sí solo el derecho de garantía. No es requisito necesario ni la *traditio* (arts. 609 y 1.095 Cc), ni la forma o inscripción en el registro para dar existencia al derecho de garantía (192). De la misma forma que en el *Code Napoléon* por el contrato de compraventa se transmite el derecho de propiedad al comprador, en el art. 9 UCC, por el contrato de garantía se le transmite un derecho

(188) BAILEY, *op. cit.*, p. 54. La sección 9-105, 1, establece que acuerdo de garantía significa un acuerdo que crea o dispone de un derecho de garantía.

(189) BAILEY, *op. cit.*, p. 55.

(190) HENSON, *op. cit.*, p. 34.

(191) *Op. cit.*, pp. 1034-1037.

(192) Lo cual es una manifestación de la libertad contractual, base de todo el art. 9 UCC. Además, salvo que la propia ley establezca que la publicidad tenga carácter constitutivo (por ejemplo, art. 3 LHM y PSD) entendemos con NATUCCI (*op. cit.*, 1, pp. 133-145) que la oponibilidad se deriva inmediatamente del derecho adquirido, no de la publicidad del título de adquisición: «La eficacia absoluta y la oponibilidad de los derechos reales no deriva, pues, de la publicidad, sino que *es intrínseca a la existencia de tales derechos*.» La Sección 9-201 establece algo que, en principio, resulta evidente: el derecho de garantía es un derecho intrínsecamente oponible a terceros.

de garantía al acreedor (193). En conclusión, el contrato crea el derecho real de garantía. Otro problema, conexo pero distinto, es la posible colisión entre distintos derechos de garantía sobre un mismo bien, o entre un derecho de garantía y el derecho de propiedad de un comprador (194).

La Sección 9-201 se complementa con la Sección 9-203: «Un derecho de garantía no es ejecutable contra el deudor o terceras partes con respecto al bien y no existe a menos que:

»a) El bien está en posesión del acreedor garantizado en cumplimiento del acuerdo, o el deudor ha firmado un acuerdo de garantía que contiene una descripción del bien, y, además, cuando el derecho de garantía cubre cosechas en crecimiento o que van a crecer o madera para ser cortada, una descripción de la tierra afectada;

»b) *value* ha sido dado, y

»c) el deudor tiene derechos en el bien.»

A continuación la Subsección 9-203, 2, establece que: «Un derecho de garantía existe (*attaches*) cuando puede ser ejecutado contra el deudor con respecto al bien. *Attachment* (195) ocurre tan pronto como todos los acontecimientos especificados en la subsección (1) han tenido lugar salvo que un acuerdo explícito posponga el tiempo de existencia (*attaching*).

En el art. 9 la existencia del derecho de garantía supone que puede ser ejecutado, *al menos* contra el mismo deudor. Pero es necesario destacar que, aunque un derecho de garantía exista, no es oponible contra la mayoría de terceras partes a menos que también haya sido perfeccionado. Como veremos en el próximo apartado, la Sección 9-301 establece las personas que tiene prioridad sobre un derecho de garantía no perfeccionado. Es decir, nos encontramos ante un planteamiento opuesto al del Derecho español en el que la inscripción es condición *sine qua non* de la existencia del derecho real, tal como señala Lacruz (196), pero los resultados prácticos no son muy diferentes. Así, el propio Lacruz (197) reconoce una cierta eficacia a la garantía no

(193) Transmisión, en el sentido de que el deudor transmite al acreedor ciertos derechos sobre el bien, según la concepción americana del *bundle of rights*.

(194) Recuérdese como el *Official Comment* recalca que las normas del art. 9 conciernen principalmente a los límites de la protección del acreedor garantizado frente a los compradores y acreedores del deudor.

(195) Traducimos *attachment* como existencia, ya que como dice BAILEY, *op. cit.*, p. 83, *attachment* de un derecho de garantía pudiera ser considerado cómo equivalente a la creación del derecho de garantía. En el mismo sentido, *Official Comment* de la Sección 9-303.

(196) *Forma constitutiva, cit.*, p. 364.

(197) ID, *op. cit.*, pp. 375-380.

inscrita, una especie de fianza real limitada, y Baird (198) constata que la diferencia entre un acreedor general y un acreedor garantizado que no ha perfeccionado su derecho y que sólo disfruta de un *property right* ha llegado a ser cada vez más pequeña a lo largo de las últimas décadas. El art. 9 no se basa en el concepto de *derecho real*, pero no sería del todo incorrecto, buscando un paralelismo conceptual, el afirmar que la *oponibilidad del derecho real* se corresponde con la *perfección del derecho de garantía* del art. 9 (199). No existen obstáculos conceptuales insalvables en este sentido.

Para que exista un derecho de garantía debe haber *value*. *Value* es definido en la Sección 1-201, 44, no sólo como la *consideration* en el sentido del derecho contractual, sino también como la garantía de una *deuda antecedente* (200). Es decir, la relación jurídica de garantía es *acesoria*. Esto también es perfectamente asimilable en nuestra mentalidad jurídica (201). Por otra parte, entendemos que la configuración del *value* como causa, en sentido amplio, del derecho de garantía, se ajusta también a nuestro Derecho, pues una investigación acerca de la causa de los contratos de garantía, tal como la realizada por Lacruz (202), incluso partiendo acertadamente de una autonomía de la relación de garantía respecto de la deuda principal, lleva siempre a establecer una relación causal entre ésta y aquélla (203). Recuérdese que el art. 1.858 Cc establece como primer requisito esencial de los contratos de garantía: que se constituya para asegurar el cumplimiento de una obligación principal.

El requisito de que el deudor tenga derechos sobre el bien se corresponde con los requisitos segundo y tercero del art. 1.857 Cc. Nótese que, salvo pacto en contrario, la concurrencia de los tres requisitos de la Sección 9-203 (contrato, deuda principal, derechos en el

(198) *Deep Structure, cit.*, p. 7.

(199) El paralelismo no significa nunca coincidencia. Como dice el *Official Comment* de la Sección 9-301, esta sección rechaza la norma aplicada en muchas jurisdicciones en el Derecho anterior al *Code* de que un derecho de garantía no perfeccionado se subordina a todos los acreedores. Es decir, los efectos de un derecho de garantía no perfeccionado pueden ser mayores que los de una fianza real (Lacruz) y pueden ser oponibles a un tercero, siempre que éste no tenga prioridad, según lo establecido en el propio art. 9. La intrínseca naturaleza real del derecho de garantía deriva del contrato, pero su oponibilidad puede quedar subordinada a otros derechos que el legislador considera preferentes. *vid. BAILEY, op. cit.*, pp. 232-233.

(200) BAILEY, *op. cit.*, p. 85.

(201) *Vid. GUILARTE, op. cit.*, pp. 5-17.

(202) LACRUZ, *La causa en los contratos de garantía*, en «RCDI», pp. 709-755.

(203) Nos dice LACRUZ (*op. cit.*, p. 742) que habitualmente será la simple exigencia del acreedor (la causa de la garantía) que condiciona la concesión del crédito a la presencia de la garantía (entonces la causa carece de relieve enmascarada por el crédito mismo). No es que la causa carezca de relieve, en nuestra opinión, sino que es necesario el análisis interrelacionado del crédito y la garantía. El Derecho americano vuelve a ser clarificador: el art. 9 no es el Derecho de las garantías, sino de las *Secured Transactions*, es decir, de las obligaciones garantizadas.

bien) determina el nacimiento del derecho de garantía, pero que no es necesario que entre ellos exista un determinado orden cronológico.

Establecer el marco conceptual de un derecho de garantía mobiliaria no resulta difícil ni complicado, pues los resultados son siempre muy similares. En realidad, las mayores dificultades conceptuales derivan del intento de establecer un concepto de garantía que abarque tanto la personal como la real y todos los mecanismos jurídicos del derecho contractual con un efecto de garantía en sentido amplio (por ejemplo, la cláusula penal) (204). Ahora bien, entendemos que la elaboración de tal *macroconcepto* es una labor tan difícil como inútil. No tan difícil, pero mucho más útil, es trazar el marco conceptual de la garantía mobiliaria. No obstante, los conceptos pueden diferir en tanto en cuanto asumen políticas jurídicas diferentes. Así Goode (205) establece un concepto de derecho de garantía muy similar al del art. 9 UCC, pero excluye su creación por reserva. El abandono de la distinción entre cesión y reserva no es un problema conceptual, como ya hemos visto.

La diferencia básica que es preciso destacar en este apartado es que en el art. 9 UCC *los requisitos formales de un contrato de garantía son mínimos* (206). A menos que el acreedor esté en posesión del bien, es necesario un contrato de garantía *escrito*. Tales requisitos se relacionan, no con la eficacia del derecho de garantía, sino con problemas de prueba, *Statute of Frauds*. El contrato escrito ha de contener una *firma del deudor, una descripción del bien y la creación de un derecho de garantía* como mínimo (207).

La firma no precisa de ninguna formalidad (208). La descripción no necesita ser específica o detallada (por tipos, modelos, números de serie, etc.), sino que usualmente sólo son necesarias descripciones amplias, con tal de que identifiquen razonablemente lo que describen (todas las mercancías, todos los bienes de equipo...). La sección 9-110 establece que para las finalidades de este artículo, cualquier descripción de bienes muebles o inmuebles es suficiente, sea o no específica, si identifica razonablemente lo que se describe. En cuanto a la creación de un derecho de garantía, el contrato debe contener algunas palabras que lo indiquen (209), pero esto no impide que los efectos del derecho de garantía deriven de contratos de garantía «simulados» (reserva de propiedad, venta en garantía, arrendamientos, depósito) (210). El *Official Comment* nos recuerda cómo, al igual que bajo

(204) Vid. FRAGALI, *op. cit.*, por todos.

(205) *Legal Problems of Credit and Security, cit.*, pp. 5-6.

(206) HENSON, *op. cit.*, p. 37.

(207) Vid. BAILEY, *op. cit.*, pp. 58-63.

(208) ID, *op. cit.*, pp. 58-59.

(209) ID, *op. cit.*, pp. 60-61.

(210) *Supra*, Apdo. VI.

el Derecho anterior, bajo el art. 9 un deudor puede probar mediante *prueba oral* que una transmisión que pretendía ser absoluta tenía en realidad una finalidad de garantía. No obstante, en la Sección 9-204, 4, está previsto que si otras leyes (de ventas a plazos, créditos al consumidor...) establecen otros requisitos, tales leyes tienen prioridad, pero el no cumplimiento de tales requisitos sólo tendrá los efectos que se especifiquen en tales leyes.

En resumen, frente al formalismo de la Ley sobre Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de Posesión (211), el art. 9 UCC se aproxima a la Ley de Venta a Plazos en la que, como la propia Exposición de Motivos afirma, la compraventa ha de constar por escrito, sin que se pretenda alterar las reglas de la prueba ordinaria. No obstante, los requisitos para la identificación de los bienes siguen siendo mayores (art. 7, Orden de 15 de noviembre de 1982), pero ése es un tema que trataremos en el apartado correspondiente al Registro. No es preciso insistir en que una política jurídica de generalización de la garantía exige *la menor formalización posible de este sector del ordenamiento jurídico*. El art. 9 es una muestra de tal planteamiento.

Hemos hablado hasta ahora del contenido mínimo del contrato de garantía. Evidentemente, el contrato de garantía puede tener un contenido mucho más amplio: la cuantía de la deuda y los plazos de pago, los deberes del deudor respecto al bien, otros deberes o limitaciones del deudor, subrogaciones, supuestos de incumplimiento... (212). De estas cuestiones, así como de otros problemas derivados de los derechos del deudor sobre el bien, su transmisibilidad, o del acreedor cuando está en posesión del bien, o el supuesto en que el bien sea propiedad de un tercero... regulados en la Segunda Parte del art. 9, no podemos ocuparnos en estos momentos. Ahora, siguiendo el análisis de los fundamentos del derecho de garantías mobiliarias, es preciso entrar en el estudio de la Tercera Parte del art. 9: los derechos de los terceros.

X. LOS DERECHOS DE LOS TERCEROS. LA REIPERSECUTORIEDAD

Un acreedor garantizado con un derecho de garantía existente, pero no perfeccionado, sólo tiene limitados derechos contra terceros. Si quiere *maximizar* sus derechos contra terceros es necesario *perfeccionar* su derecho (213). Un derecho de garantía perfeccionado puede

(211) Sobre las supuestas razones que avalan tal formalismo. *Vid.* LACRUZ, *Forma constitutiva, cit.*, y los autores que allí se citan.

(212) *Vid.* BAILEY, *op. cit.*, pp. 55-113.

(213) BAILEY, *op. cit.*, pp. 115-116.

todavía resultar subordinado a otros derechos, pero en general, después de la perfección, el acreedor garantizado está protegido contra acreedores y subadquirientes del deudor y en particular contra cualquier representante de los acreedores en procedimientos concursales abiertos por o contra el deudor (*Official Comment*, Sección 9-303). En conclusión, para que el derecho de garantía tenga la mayor eficacia posible, que no es siempre absoluta, contra terceros ha de ser perfeccionado. Nótese como el art. 9 opta usualmente por un marco conceptual que permita soluciones flexibles, ya que abarca supuestos muy diferentes. La Ley sobre Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de Posesión establece que la falta de inscripción de la hipoteca o de la prenda sin desplazamiento en el Registro privará al acreedor hipotecario o pignoraticio de los derechos que, respectivamente, les concede la ley (art. 3.4.º). La inscripción es también una de las formas de perfección del art. 9, pero su falta no tiene efectos tan radicales.

La no perfección del derecho de garantía supone, según la Sección 9-301, su subordinación a los acreedores con garantías perfeccionadas, a las personas que son un *lien creditor* antes de la perfección del derecho de garantía y a ciertos adquirentes que no tengan conocimiento del derecho de garantía. *Lien creditor* significa un acreedor que ha adquirido un gravamen sobre el bien por embargo o similar e incluye un cesionario en beneficio de los acreedores desde el momento de la cesión, y un síndico de la quiebra desde la fecha de registro de la petición (Sección 9-301, 3). El derecho de garantía no perfeccionado tiene eficacia contra ciertos terceros: acreedores generales y ciertos adquirentes con conocimiento de tal derecho. No obstante, tal eficacia es, desde el punto de vista práctico, mínima si la garantía se utiliza usualmente en el tráfico. Sin embargo, es preciso destacar conceptualmente que el derecho de garantía no perfeccionado no se limita a los *property rights* (fianza real o derecho real *inter partes*), sino que su intrínseco carácter real se manifiesta en ciertos *priority rights* (oponibilidad frente a terceros), aunque la subordinación a otros derechos conlleve una eficacia muy débil de la garantía.

La Sección 9-303 (1) establece que un derecho de garantía se perfecciona cuando existe y cuando todos los pasos aplicables requeridos para la perfección han sido tomados. La misma disposición establece que, si tales pasos son tomados antes de que el derecho de garantía exista, se perfecciona en el momento en que exista. Nótese pues, que no se exige un determinado orden cronológico (al igual que en lo referente a los requisitos de existencia), lo cual puede tener importantes consecuencias prácticas para determinar la prioridad entre acreedores (214).

(214) *Vid.* STONE, *op. cit.*, pp. 400-470.

Los métodos de perfección establecidos en el art. 9 son variados (215): 1) perfección automática cuando el derecho de garantía existe; 2) perfección temporal; 3) perfección mediante el desplazamiento de la posesión; 4) inscripción en el registro, y 5) inscripción en registros o mediante certificados de título al margen del Uniform Commercial Code. Sin embargo, el método fundamental es la inscripción en el registro establecido por el propio art. 9.

La perfección automática y temporal se establecen para evitar un ahogo del registro (216), o los costes de inscripción cuando sean desproporcionados a la cuantía del crédito concedido. Así el caso más significativo de perfección automática es el derecho de garantía por el dinero de compra (es decir, nuestra reserva de dominio) en bienes de consumo (salvo vehículos). No obstante, la inscripción es opcional, pues, aunque exista la perfección automática, un tercero que compre bienes de consumo de un consumidor-deudor, sin conocimiento del derecho de garantía, puede adquirir libre del derecho de garantía (incluso perfeccionado) si la tercera persona también usa los bienes con finalidad de consumidor (Sección 9-307, 2). Tampoco es necesaria la inscripción para perfeccionar un derecho de garantía mediante una cesión de créditos que por sí sola, o en conjunto con otras cesiones al mismo cesionario, no transmite una parte significativa de los créditos pendientes del cedente (Sección 9-302, 1, e). La perfección temporal, por 21 días, se refiere a derechos de garantía en títulos de tradición y títulos valores negociables. No exige ni inscripción, ni desplazamiento de la posesión, siempre que se haya dado nuevo valor (crédito), como consecuencia de un contrato de garantía escrito (Sección 9-304, 4). Se trata de facilitar los «préstamos diarios» entre bancos y *brokers* de mercado bursátil, con acciones, bonos y obligaciones como objeto de la garantía (217).

Cuando los bienes objeto de garantía tienen un Registro específico establecido por el Derecho Federal, como los derechos de propiedad intelectual e industrial, aeronaves y ferrocarriles, la inscripción en tales Registros es equivalente a la inscripción según el art. 9. Tampoco se aplica el art. 9 cuando el bien está sujeto a un *certificate of title*, en el que habrá de constar el derecho de garantía, tal como los vehículos de motor y los barcos (218).

(215) *Vid.* BAILEY, *op. cit.*, pp. 116-141.

(216) Resultaría prácticamente imposible, aunque la informática lo posibilite en gran medida, plantearse un registro de todos los créditos garantizados. Tal como se destacaba en el *Crowther Report* inglés, parece razonable una política jurídica que seleccione las transacciones en las que sea exigible la inscripción, dejando al margen otras de escasa relevancia económica que sólo dificultarían la labor.

(217) *Vid.* BAILEY, *op. cit.*, pp. 123-126.

(218) El tema que se plantea en estos supuestos es el de la relación de la publicidad de la garantía con la articulación del tráfico de dichos bienes, y el de la publicidad mobiliaria en general, *Infra*, Apdo. XIV.

En general, el art. 9 plantea como alternativas para la perfección del derecho de garantía la posesión y la inscripción. Las excepciones se basan en razones obvias: los créditos y los bienes inmateriales no son susceptibles de posesión; los títulos valores y el dinero no son inscribibles (sólo cabe la posesión o la perfección temporal, pero sí se inscribe el *chattel paper*) (219). Se ha criticado precisamente al art. 9 la incoherencia que tal alternativa supone (220): «La importancia del papel dado a la posesión como un requisito de perfección en el Uniform Commercial Code parece anómala en el contexto de un sofisticado mecanismo registral.» En el mismo sentido, Coogan (221) mantiene que ha llegado el momento de reconocer el declive y los crecientes problemas de la perfección a través de la posesión. La pregunta acerca de si la inscripción basta para reemplazar a la desposesión debería ser invertida ahora (222): ¿es el desplazamiento de la posesión realmente el equivalente a alguna clase de registro público de la existencia de un derecho de garantía? La respuesta tiende a ser negativa.

Dentro del capítulo referente a los derechos de los terceros adquiere especial importancia la cuestión de los subadquirentes o compradores, es decir, de la reipersecutoriedad. En este sentido, nuestra doctrina parece mantener como ideal del derecho de garantía una reipersecutoriedad sin límite; como decía Ferrandis (223): «Porque toda la historia de los garantías reales representa un esfuerzo de la técnica jurídica para, de alguna manera, *dotar de eficacia absoluta a los derechos relativos*.» De la misma forma, Vallet de Goytisolo (224) critica la introducción de la prenda sin desplazamiento, por tratarse de un privilegio mobiliario, dogmáticamente anómalo, necesariamente ineficaz contra los terceros de buena fe, si no se quieren destrozar las raíces del comercio jurídico. Tal idea puede resultar engañosa.

La Sección 9-307 se titula *Protección de los compradores de bienes* (225):

1. Un comprador en el curso ordinario de los negocios (subsección 9 de la Sección 1-201) que no sea una persona comprando pro-

(219) Se pueden ver sendos cuadros síntesis de las categorías de bienes y métodos de perfección en BAILEY, *op. cit.*, p. 142, y STONE, *op. cit.*, pp. 397-399.

(220) DAVIES, *op. cit.*, p. 484.

(221) COOGAN, PETER F., *Article 9. An Agenda for the Next Decade*, 87 «Yale L. J.», pp. 1030-1055 (1978).

(222) ID, *op. cit.*, p. 1036. COOGAN analiza también los crecientes casos en los que el tráfico de bienes prescinde de un soporte material, como los Bonos Federales USA que pueden ser quemados por el *Federal Reserve Bank* y sustituidos por una inscripción en un registro, *book entry*.

(223) *Op. cit.*, p. 38.

(224) *Op. cit.*, p. 558.

(225) La Sección 9-308 se refiere a la compra de *chattel paper* y títulos valores, y la Sección 9-309 a la protección de compradores de títulos valores, títulos de tradición y obligaciones. Nos vamos a centrar en la Sección 9-307 por razones de espacio.

ductos agrícolas de una persona que realiza operaciones agrícolas adquiere libre de un derecho de garantía creado por su vendedor, incluso aunque el derecho de garantía esté perfeccionado e incluso aunque el comprador conozca su existencia.

2. En el caso de bienes de consumo, un comprador adquiere libre de un derecho de garantía incluso aunque perfeccionado si compra sin conocimiento del derecho de garantía, a título oneroso y para su propio uso personal, familiar u hogareño a menos que antes de la compra el acreedor garantizado haya realizado una inscripción que cubra tales bienes.

3. Un comprador que no sea un comprador en el curso ordinario de los negocios (subsección 1 de esta sección) adquiere libre de un derecho de garantía en la medida de que éste garantice anticipos futuros hechos después de que la parte garantizada tenga conocimiento de la compra, o más de 45 días después de la compra, según ocurra el primero, a menos que se haya hecho en cumplimiento de la compra y antes de que el plazo de 45 días expire.

La Sección 1-201, 9, establece que *buyer in ordinary course of business* significa una persona que de buena fe y sin conocimiento de que la venta a él viola derechos de propiedad o derechos de garantía de una tercera parte sobre los bienes compra en el curso ordinario de una persona en el negocio de vender bienes de tal clase, pero no incluye a un *pawnbroker* (casa de empeños).

Tal como dice el *Official Comment*, la disposición de la Sección 9-307, 1, se aplicará fundamentalmente a lo que en la terminología del artículo es *inventory*. De la misma forma, la Exposición de Motivos de la Ley sobre Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de Posesión razonaba: «En el primer caso, las máquinas tienen la cualidad de mercaderías, están destinadas a la venta y su comprador gozará de la prescripción instantánea establecida en el citado art. 85 del Código de Comercio. En consecuencia, *resulta imposible el derecho de persecución*. Por este motivo, la maquinaria cuando se halle en esta situación *no es susceptible de hipoteca*.» El art. 9 nos está mostrando cómo, si bien no es posible configurar una hipoteca en esa situación, sí es posible configurar un derecho de garantía, con derecho de persecución, aunque limitado. Lo único que dice la Exposición de Motivos citada es que la hipoteca, y un derecho de persecución absoluto, no son posibles. Y eso es algo tan evidente como que el tráfico mobiliario y el inmobiliario son muy diferentes, y que los moldes de uno no sirven para el otro. Negar la posibilidad de un derecho de garantía en tales situaciones es tan absurdo como negar el mismo derecho de propiedad, pues el art. 464 Cc y el art. 85 C. de C. afectan también al derecho de propiedad (226).

(226) El tema nos llevaría al análisis del tráfico mobiliario y de la posesión, cuestiones que se analizarán muy someramente en lo que nos interesa, *Infra*, Apdo. XIV.

El propio Vallet de Goytisolo reconoce que la prenda sin desplazamiento será oponible a los terceros adquirentes de mala fe (227). El *quid iuris* está entonces en discriminar al *adquiriente de buena fe* del *adquiriente de mala fe*, pero la reipersecutoriedad existe. La Sección 9-307, 1, lo que hace es establecer los requisitos para que un adquirente pueda ser considerado de buena fe, y de tal forma la protección de su derecho tenga prioridad sobre el derecho de garantía. En primer lugar, el vendedor ha de ser una persona que habitualmente venda bienes de esa clase. En segundo lugar, el comprador ha de ser de buena fe e ignorar que la venta viola el derecho de garantía. El *Official Comment* de la Sección 9-307, 1, explica que el comprador adquiere libre del derecho de garantía si sólo conoce que éste existe, pero adquiere con el derecho si conoce además que la venta viola algún pacto del contrato de garantía no renunciado por las palabras o conducta del acreedor garantizado. Además, el derecho de garantía ha de haber sido creado por el vendedor (lo que excluye los derechos de garantía creados por terceros). En resumen, quien adquiere dentro del tráfico ordinario de bienes, con buena fe, adquiere un bien libre de cargas.

Otra cosa bien distinta es pretender modificar tal tráfico ordinario de bienes, introduciendo un sistema registral como el de la propiedad inmobiliaria. En tal tipo de tráfico sí puede ser posible que un derecho de garantía conlleve un derecho de persecución absoluto, pero recuérdese cómo el propio legislador español se da cuenta de que *exigiría un cambio total y absoluto en el sistema de transmisión de propiedades y contratación de esta clase de bienes*. Mientras no se dé tal cambio es necesario relativizar el derecho de persecución en las garantías mobiliarias. Así, por ejemplo, la ley francesa del 12 de mayo de 1980 sobre reserva de propiedad establece que el vendedor deberá respetar los derechos del subadquiriente de buena fe (228). Ahora bien, puede haber muchas diferencias en el momento de calificar a un subadquiriente de buena fe, como nos muestra la jurisprudencia alemana (229). Los resultados son muy similares a las pautas establecidas por el art. 9 (recuérdese que en el sistema alemán no hay Registro): si se trata de bienes del equipo se presume que han sido vendidos con reserva de propiedad con prohibición de reventa, y el adquirente tiene la carga de investigar acerca de la existencia de tal garantía; si son bienes vendidos con destino a la reventa, el adquirente puede pensar que han sido vendidos con reserva de la propiedad prolongada, con una cláusula autorizando la reventa, a condición de que se trate del curso ordinario de los negocios.

(227) *Op. cit.*, p. 538.

(228) BROCA, *op. cit.*, p. 24.

(229) *Vid. WITZ, op. cit.*, p. 61.

De tal forma, llegamos a la otra forma de reipersecutoriedad en el tráfico mobiliario: la prolongación o subrogación real en la garantía. El mismo Vallet de Goytisolo afirma que (230): «Por el principio de *subrogación real*, del que es aplicación el art. 5 de la Ley, debe entenderse que la prelación de la prenda se extiende al precio que el adquirente de buena fe de la cosa pignorada tenga pendiente de pago.» Sobre tales efectos se desarrollará el próximo apartado. En conclusión, entendemos que no es adecuada la crítica a una garantía mobiliaria por el motivo de que quede subordinada a los derechos de ciertos adquirentes. Tal crítica sólo es posible si se mantiene como ideal el derecho de hipoteca, pero tal derecho tiene su sede en el tráfico inmobiliario, y su aplicación al tráfico mobiliario sólo puede ser muy limitada (supuestos de hipoteca mobiliaria). Las características específicas del tráfico mobiliario pueden exigir otras soluciones.

Por último, un breve apunte dogmático. Se suele distinguir a la garantía del privilegio, porque en éste se atenúa el carácter real dada la ausencia del derecho de persecución (231). Si el derecho de garantía puede, en ciertos casos, ver disminuido también tal derecho, ¿dónde radica la diferencia? En un ordenamiento como el italiano, donde el privilegio especial tiene naturaleza de derecho real, Ruisi afirma (232): «Mientras en la prenda y la hipoteca la función de garantía es preminente y la de causa de prelación subsidiaria y eventual, en el privilegio especial sucede lo contrario, para el cual al función preferencial permanece siempre esencial, mientras la de garantía, mediante el vínculo sobre la cosa y el poder de persecución, es sólo instrumental.» Ya hemos mantenido que no compartimos tal postura, de la que puede derivar planteamientos ambiguos (233). El estudio del art. 9 nos muestra cómo los *priority rights* (causa de prelación) no son en absoluto subsidiarios (aunque sí eventuales), y que la función de garantía, *property rights*, es cada vez menos importante (salvo que se entienda que la función de garantía lleva implícita los *priority rights*, presunción de la que parece partir la doctrina que pretende absorber la causa de prelación, o colocarla en posición subsidiaria).

Entendemos que la diferencia entre privilegio y garantía radica en su *causa* o *fundamento* de la causa de prelación. Tal como afirma Díez Picazo (234): «El fundamento de este privilegio (art. 1.922, 2.º y 3.º) radica en el especial *derecho real de garantía que por virtud del negocio jurídico constitutivo de la prenda le es concedido al acreedor.*» Frente a ello (235): «La disciplina normativa que establece los

(230) *Ibidem*.

(231) *Vid. FERRANDIS, op. cit.*, p. 62.

(232) *Op. cit.*, p. 22.

(233) *Supra*, Apdo. VIII.

(234) *Fundamentos*, 1, p. 759.

(235) *ID, op. cit.*, p. 753. Los subrayados son nuestros.

privilegios no concede el acreedor ningún derecho subjetivo *autónomo*. Por el contrario, el privilegio es una *simple cualidad del crédito* y, por consiguiente, una simple facultad al mismo atribuida, que forma parte del contenido general de un derecho más amplio. Por ello, *se hace preciso distinguir aquellos privilegios que van unidos a un derecho especial de garantía y aquellos que se conceden a un acreedor que carece de una garantía especial.*» Parafraseando al citado autor, *el privilegio en tales casos es consecuencia de la garantía*: la diferencia está en la *causa* (o fundamento) *del privilegio*, o mejor, en la *causa de la prelación*.

Privilegio y garantía puede ser causa de prelación, tener derecho de persecución..., pero tienen *causas* absolutamente distintas: la ley y la libertad contractual. El derecho autónomo de garantía y el negocio constitutivo de tal garantía marcan la diferencia, no sólo dogmática, sino de política jurídica y de política económica, tal como se mantiene en este trabajo. En Derecho italiano son causas legítimas de prelación los privilegios y las garantías (prenda e hipoteca) según el art. 2.741 Cc. Al contrario que en el art. 9 UCC, en el ordenamiento italiano no se han desarrollado las garantías, sino los privilegios. Son opciones diversas en sus causas y en sus consecuencias. La *legalidad* del privilegio, frente a la convencionalidad de la garantía, supone reservar al Estado un papel director en la economía de mercado. Así, Ciccarello (236) justifica el sistema de privilegios italiano en base a la búsqueda de la *igualdad sustancial*, frente a la igualdad formal de la *par condicio*. Evidentemente, el discurso de Ciccarello, que se desarrolla en el plano de los principios y valores constitucionales, que justifica el privilegio como instrumento para la *recuperación de la igualdad sustancial*, no tiene ninguna similitud con el discurso americano acerca de la justificación de la garantía (237). Volvemos a insistir en que son discursos muy diferentes, cuando no antitéticos, ya que, parafraseando a Ciccarello, la garantía (convencional) se justifica con razones de eficiencia económica, y se basa en la igualdad formal de los agentes en el libre mercado, mientras que el privilegio (legal) se basa en la intervención del Estado en el mercado, ¿intentando restablecer la igualdad sustancial?, ¿con qué consecuencias en la eficiencia económica?

XI. LA SUBROGACION REAL EN LA GARANTIA MOBILIARIA

Tal como ya se ha visto en el apartado anterior, la reipersecutoriedad absoluta de un derecho de garantía puede no resultar la solución más adecuada para el tráfico mobiliario. Ahora bien, para mantener

(236) *Supra*, Apdo. IV.

(237) *Op. cit.*, *passim*.

la necesaria eficacia del derecho de garantía, se hace necesario compensar la falta de una reipersecutoriedad absoluta con otras formas de tutela de los derechos del acreedor garantizado. La Sección 9-203, 3, establece que: «Salvo pacto en contrario, un contrato de garantía da al acreedor garantizado los derechos a *proceeds* establecidos por la Sección 9-306.» La Sección 9-306, 1, define *proceeds* como lo que se recibe por la venta, permuta, cobro u otra disposición del objeto de la garantía o *proceeds*. La indemnización del seguro por pérdida o daño del bien es *proceeds*, excepto cuando sea pagadera a persona distinta a la partes del contrato de garantía. Dinero, cheques, depósitos en cuenta y similares son *cash proceeds*. Todos los otros *proceeds* son *non-cash proceeds*. Traducimos *proceeds* por subrogaciones en general, pero nótese que en el art. 9 tales surogaciones tienen una definición y una regulación específica.

El planteamiento de las Secciones 9-203, 3, y 9-306 contrasta con nuestra Ley sobre Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de Posesión cuyo art. 5 extiende la hipoteca y la prenda a toda clase de indemnizaciones por razón de siniestro después de la constitución de la garantía. Se podría plantear, como hace Vallet de Goytisolo (238), que tal art. 5 es sólo la manifestación de un principio general de subrogación real en la garantía, pero el tema es lo suficientemente complejo para necesitar una regulación específica. *Una ley de garantías mobiliarias ha de regular necesariamente la eficacia de la garantía a través de las subrogaciones.*

La reipersecutoriedad y las subrogaciones no son efectos recíprocamente excluyentes, sino complementarios. Así, la Sección 9-306, 2, nos dice que: «Salvo que este artículo establezca lo contrario, un derecho de garantía continúa en el objeto no obstante la venta, permuta u otra disposición a menos que la disposición estuviese autorizada por el acreedor garantizado en el contrato de garantía o de otra forma, y también continúa en todo *proceed* identificable incluyendo cobros recibidos por el deudor.» No nos es posible entrar en el detalle de la regulación de los *proceeds* en la Sección 9-306. Baste destacar precisamente la introducción de tal concepto, *proceeds*, como uno de los ejes básicos de la regulación de las garantías mobiliarias en el art. 9 UCC.

Ahora bien, se hace preciso destacar que la introducción de tal concepto, *proceeds*, supuso también un paso adelante que hubo de superar viejos prejuicios. El *Official Comment* hace referencia a la regla *Benedict v. Ratner* (239), pero como dice Henson (240), el problema

(238) *Op. cit.*, p. 538.

(239) *Supra*, Apdo. V.

(240) *Vid.* HENSON, *op. cit.*, pp. 195-234.

conceptual implicado tiene al menos 2.500 años. Seguir la pista de los *proceeds* es, desde luego, de gran importancia, especialmente en el caso de financiación de *inventory*, en la que el derecho de garantía del acreedor sobre el bien finaliza con la venta, pero continúa en los *proceeds identificables* (241). Pero esto no puede impedir, para Henson (242), que se configure de tal forma el objeto de la garantía. El autor utiliza la paradoja de Heráclito, no se puede pisar dos veces en el mismo río, para mantener que si se admite la existencia conceptual del río Mississippi, también se puede admitir que la garantía fluya del *inventory* a los *proceeds*, y regrese de éstos a aquél (243).

La perfección del derecho de garantía está sometida a las reglas de la Sección 9-306, 3. En la mayoría de los casos, la inscripción del bien cubre automáticamente los *proceeds* y no es necesario ningún acto para la perfección del derecho sobre éstos (Sección 9-306, 3). Las excepciones se refieren a supuestos en los que los *proceeds* tuviesen que ser inscritos en una oficina distinta a la del objeto original, o cuando los *cash proceeds* se utilizan para adquirir otros *proceeds* de un tipo que no haya quedado descrito en la inscripción. En tales casos, no hay perfección automática, pero el derecho de garantía se mantiene perfeccionado por diez días después de recibir los *proceeds* el deudor, y puede ser perfeccionado en el derecho sobre los *proceeds* dentro de tal plazo. En cualquier caso, una inscripción cubre el objeto original y los *proceeds* que sean *cash proceeds* identificables (Sección 9-306, 3, b) (244).

Por último, debemos insistir en que una ley de garantías mobiliarias tiene que regular problemas específicos del tráfico mobiliario, o al menos problemas cuya frecuencia en el tráfico mobiliario es muy superior a la del tráfico inmobiliario. Así, la Sección 9-314 regula la prioridad en los supuestos de accesión, estableciendo como regla general que un derecho de garantía en bienes que exista antes de que sean instalados o fijados en otros bienes (llamados accesiones por esta Sección), da prioridad sobre tales accesiones. La Sección 9-315 se refiere a la prioridad cuando los bienes son mezclados o procesados, estableciendo la continuación del derecho de garantía en el producto o masa cuando pierdan su identidad o lo establezca la inscripción. Si el producto o la masa queda sujeto a más de un derecho de garantía, tienen igual prioridad de acuerdo con el porcentaje que el coste de los bienes originales suponga respecto del coste del producto total o la masa.

(241) ID, *op. cit.*, p 204.

(242) ID, *op. cit.*, pp. 205-206.

(243) Tales problemas conceptuales le sugieren a Henson un aforismo de Bentham: «La Jurisprudencia es el arte de ser metódicamente ignorante de lo que todo el mundo sabe.»

(244) Vid. BAILEY, *op. cit.*, pp. 134-137.

En conclusión, la reipersecutoriedad adquiere una dimensión diferente en el sector de las garantías mobiliarias. El ejemplo del art. 9 no es único, pues el Derecho alemán, por otros medios (las llamadas prolongaciones o alargamientos de la garantía) llega a resultados muy similares (245). La articulación y desarrollo de un ordenamiento jurídico basado en la generalización de la garantía mobiliaria exige soluciones específicas a problemas específicos del tráfico mobiliario. La necesaria regulación de las subrogaciones es uno de los ejemplos básicos. Por otra parte, es preciso valorar la incidencia de tales cuestiones en el marco conceptual de la garantía mobiliaria, y así vemos cómo en el art. 9 UCC la eficacia de la garantía mobiliaria se basa en dos principios complementarios: la oponibilidad frente a terceros y la continuación de la garantía mediante las subrogaciones, *proceeds*.

XII. LA GARANTIA FLOTANTE Y LA GARANTIA DEL DINERO DE COMPRA

Ningún autor ha puesto en duda el gran avance que supuso el art. 9 UCC en la regulación de las garantías mobiliarias. El debate se ha centrado en la gran facilidad que da el art. 9 para la constitución de una garantía flotante, *floating lien*. Tal garantía flotante es posible dadas las disposiciones del art. 9 que permiten al deudor, en palabras de Coogan (246): «a) Hipotecar parte de o todos sus bienes muebles, incluyendo *bienes futuros*, fluyendo la garantía sobre el bien a los «productos» en los que se incorpora o mezcla, o a las subrogaciones (*proceeds*) resultantes de su disposición; b) dar garantía presente por anticipos futuros; c) usar con respecto a toda clase de bienes la inscripción concisa (*notice filing*) hasta el momento restringida al capital circulante y créditos, y d) ejercitar tal dominio o control sobre el bien objeto de la garantía como pueda ser pactado entre las partes.»

El art. 9 UCC permite al deudor, si lo desea, otorgar un derecho de garantía sobre todo su patrimonio mobiliario a un acreedor. Ante tal posibilidad, muchos han sugerido que tal política jurídica no es razonable y que una parte de los bienes debería quedar para los acreedores generales (247). Incluso Gilmore se manifiesta como un redactor arrepentido en tal extremo (248). Ya en su clásica obra (249) se manifiesta

(245) Vid. BÄRMANN, *op. cit.*, pp. 119-122.

(246) COOGAN, PETER, F., *Article 9 of the Uniform Commercial Code: Priorities among Secured Creditors and the «Floating Lien»*, 72 «Harvard Law Review», p. 839 (1959).

(247) Vid. BAIRD, *Deep Structure, cit.*, p. 4.

(248) Citado por BAIRD, *ibidem*.

(249) GILMORE, *op. cit.*, p. 365.

a favor de haber optado por el modelo inglés de *floating lien* (250), que deja a los bienes gravados libres hasta que el prestamista haga que la garantía «cristalice» mediante el nombramiento de un depositario o síndico. Ahora bien, como el propio Gilmore destaca (251), los problemas que se enfocaban antes del *Code* como referentes a la *validez* del derecho de garantía, son tratados por el art. 9 como problemas de *prioridad*. Es decir, no se trata tanto de cuestionar la posible existencia de una garantía flotante como de determinar sus efectos y prioridades.

No cabe duda de que la garantía flotante plantea graves dificultades dogmáticas, no sólo para el Derecho norteamericano, sino también para el Derecho español (252). Sin poder entrar a fondo en un tema tan concreto nos vamos a limitar a exponer las disposiciones del art. 9 que la posibilitan. La cuestión referente a los *proceeds* y productos se ha recogido en el apartado anterior; el tema referente a la inscripción concisa, *notice filing*, se estudiará en el próximo apartado (253). Vamos a proceder a exponer la posibilidad de una garantía sobre bienes futuros (Sección 9-204, 1) y la posibilidad de garantizar anticipos futuros (*future advances*) (Sección 9-204, 3). Recordemos que tal posibilidad ya existía antes del art. 9 UCC (254), lo que se plantea es la conveniencia de dar mayores facilidades para tales sujestos (255).

La Sección 9-204, 1, establece que: «Excepto en lo dispuesto en la subsección 2, un contrato de garantía puede disponer que alguna o todas las obligaciones cubiertas por el contrato de garantía son garantizadas por bienes futuros» (256). El *Official Comment* recalca que el derecho de garantía que nace de una cláusula de bienes futuros (*after-acquired property clause*) tiene *igual status* que un derecho de garantía sobre los bienes que tuviese el deudor al tiempo que dio crédito bajo el contrato de garantía. No se requiere una acción ulterior por el acreedor, tal como un nuevo acuerdo suplementario que cubra los nuevos bienes. El *Official Comment* nos dice cómo el art. 9 acepta el principio de un *continuing general lien*, rechazando prejui-

(250) *Vid.* GOODE, *op. cit.*, pp. 46-77.

(251) *Op. cit.*, p. 364.

(252) *Vid.* VALLET DE GOYTISOLO, *op. cit.*, *passim*; LACRUZ, *Forma constitutiva, cit.*, pp. 390-392; SERRANO GARCÍA, *op. cit.*, *passim*. La regulación de la PSD es una muestra de tales dificultades. *Vid. Exposición de Motivos*.

(253) El tema del control sobre los bienes se ha visto a lo largo del trabajo, en especial *Supra*, Apdo. VIII.

(254) *Supra*, Apdo. V.

(255) COOGAN, *op. ult. cit.*, p. 851.

(256) La subsección 2 se refiere a bienes de consumo y excluye, en general, las cláusulas de garantías sobre bienes futuros en tal tipo de bienes, salvo que se adquieran antes de diez días desde que el acreedor da crédito.

cios decimonónicos acerca de la necesidad de protección del deudor y de los otros acreedores. No se rechazan tales planteamientos en el plano de los principios, sino en el de la eficacia: en la práctica no se conservaba una base de bienes libres; el art. 9 se limita a reconocer una situación de hecho.

La Sección 9-204, 3, establece que: «Las obligaciones cubiertas por un contrato de garantía pueden incluir anticipos futuros u otro *value*, ya sean dados los anticipos o el *value* como consecuencia de un compromiso o no.» La Sección 9-105, 1, k, define el anticipo hecho como consecuencia de un compromiso (*pursuant to commitment*) si el acreedor se había obligado a hacerlo, aunque acontecimientos posteriores (de incumplimiento o de otro tipo fuera de su control) puedan liberarle de su obligación. Tal como dice el *Official Comment*, se superan prejuicios similares a los referentes a los bienes futuros, para admitir la garantía de anticipos, obligaciones futuras. De tal forma, se da validez a la cláusula *cross-security* que garantiza obligaciones en cualquier momento que nazcan con bienes adquiridos en cualquier momento.

No obstante, el art. 9 establece una limitación fundamental a la garantía flotante: la prioridad absoluta de la garantía del dinero de compra, *purchase money security interest*. El problema recurrente que se planteaba en la vida de las empresas era cómo obtener financiación para nuevos bienes libres de gravámenes anteriores (257). El art. 9 mitiga las indeseables consecuencias de la garantía flotante dando una especial prioridad al prestamista de *purchase money*. El tratamiento favorable del *Code* al *purchase money* se basa en un principio general, que se manifiesta en diversas áreas del Derecho concursal y de garantías, de *dar prioridad al dinero nuevo sobre el viejo* (258). Frente al efecto monopolio que puede conllevar la garantía flotante se coloca el *principio general de dar prioridad a las inyecciones de nuevo dinero*.

La prioridad del precio de compra está vinculada esencialmente con el reconocimiento de derecho de garantía sobre bienes futuros (259). Tal problema se pretendió resolver en un principio a través de la reserva de dominio (260): si la propiedad del bien no se transmitía al deudor, el acreedor con una garantía sobre bienes futuros no podía adquirir ningún derecho sobre tal bien. El art. 9 supera las distinciones formales, pero mantiene el concepto de *purchase money security*

(257) GILMORE, *op. cit.*, p. 363.

(258) JACKSON, THOMAS H., y KRONMAN, ANTHONY T., *A Plea for the Financing Buyer*, 85 «Yale L. J.», p. 2 (1975).

(259) GILMORE, *op. cit.*, p. 777.

(260) GILMORE, *op. cit.*, pp. 363-365 y 743-776.

interest y la Sección 9-312, 4, le da una prioridad absoluta sobre otros derechos de garantía concurrentes sobre el mismo bien o sus *proceeds*, si se perfecciona en el momento en que el deudor recibe la posesión del bien o en el plazo de diez días desde entonces (261).

La Sección 9-107 define el derecho de garantía del dinero de compra como: a) el tomado o retenido por el vendedor del bien para garantizar todo o parte de su precio, o b) el tomado por una persona que, mediante anticipos hechos o asumiendo una obligación, da *value* (crédito) para permitir al deudor adquirir derechos en o usar el bien si tal *value* (crédito) efectivamente es utilizado así. El apartado b) de la definición permite incluir casos dudosos anteriormente, como el supuesto de la financiación a comprador (262). La persona que alegue un derecho de dinero de compra tendrá que probar (263): 1.º) que su anticipo se hizo con la finalidad de permitir al deudor la adquisición del bien, y 2.º) que, de hecho, se utilizó así.

En conclusión, el mantenimiento de la distinción referente al derecho de garantía del dinero de compra nos remite en gran medida a los argumentos que en nuestra doctrina se utilizan para distinguir la reserva de dominio de un derecho de garantía. Ahora bien, como ya hemos visto, la distinción no se mantiene en un plano formal (o de su naturaleza jurídica), sino que la distinción se mantiene como consecuencia de una determinada política jurídica que se articula en el plano de las prioridades o prelación de créditos.

Pero, a pesar de tan importante limitación, la garantía flotante ha centrado las críticas hechas al art. 9 UCC. De cualquier forma, es preciso advertir que tales críticas son relativas y no absolutas, es decir, se trata de buscar un equilibrio (264): «¿Cuánto debería favorecer el derecho al acreedor garantizado general y cuánto debería favorecer la competencia entre acreedores?» Se rechazan los argumentos simplistas (265): «La asunción de que estos pactos se imponen por ra-

(261) Respecto al capital circulante, *inventory*, la Sección 9-312, 3, exige además una notificación escrita al titular de un derecho de garantía concurrente si tal titular ha inscrito un derecho de garantía sobre los mismos tipos de *inventory*. La notificación habrá de hacerse antes de la inscripción del derecho de garantía, por el dinero de compra, o antes del comienzo del periodo de 21 días de perfección temporal. La notificación ha de ser recibida por el acreedor garantizado concurrente en el plazo de cinco años antes de que el deudor reciba la posesión del *inventory* y debe contener una declaración de que quien notifica tiene o espera adquirir un derecho de garantía del dinero de compra en *inventory* del deudor, con una descripción del *inventory* por objetos o tipos.

La exigencia de notificación tiene su razón de ser precisamente en las peculiaridades del capital circulante como objeto de garantía.

(262) Tal definición evitaría los problemas que surgen en nuestra doctrina para otorgar al financiador a comprador la garantía de la reserva de dominio. *Vid.*, por todos, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, pp. 134-137.

(263) GILMORE, *op. cit.*, p. 781.

(264) COOGAN, *op. ult. cit.*, p. 876.

(265) ID, *op. ult. cit.*, pp. 876-878.

zones monopolísticas son demasiado simples... Mucho de lo dicho acerca del poder de el acreedor garantizado no es realista.» El propio Coogan (266) reconoce que el deudor inteligente a menudo se vincula voluntariamente a una financiera poderosa para que el financiador encuentre difícil, como un asunto de moralidad en los negocios, abandonar al deudor cuando está en problemas; repartir la responsabilidad entre varios financiadores es disiparla completamente. Entorno a esta crítica, siempre relativa, destacan también ciertos argumentos por su rechazo radical. Así, frente a la potencial crítica basada en el sobreaseguramiento, es curioso constatar como, tanto Coogan (267) como Gilmore (268), rechazan el planteamiento de la misma forma: «Ningún acreedor puede obtener un derecho de garantía por una cantidad mayor que con la que ha contribuido al patrimonio del deudor. Puede tener un derecho de garantía sobre bienes por valor de 100.000 dólares para garantizar una deuda de 100 dólares, pero nunca puede realizar más de 100 dólares.» No obstante, el debate sobre el tema sigue en vigor, y así veinte años después, Jackson y Kronman (269) recogen y desarrollan argumentos utilizados por Coogan.

En realidad, la mayor parte de las críticas al art. 9 UCC se refieren a una cuestión más concreta: al sistema de inscripción concisa, *notice filing*. Por tanto, vamos a dedicar los dos últimos apartados de este análisis de las garantías mobiliarias a plantear el tema de la publicidad de las garantías, partiendo de los resultados y críticas entorno a la experiencia americana.

Como conclusión a este apartado, se puede destacar el diferente plano en que se desarrolla la polémica en torno a las garantías mobiliarias, antes y después de haber asumido como política jurídica del ordenamiento la generalización de la garantía mobiliaria. Antes, como es el caso de nuestro Derecho, la regulación y el debate en torno a las garantías mobiliarias se mueve en el plano de la validez o prohibición, de la naturaleza jurídica (270). Después, la polémica se centra en cuestiones de prioridad y eficacia. Se ha dicho (271) que una de las innovaciones más llamativas del art. 9 es su relativamente completo y sistemático tratamiento de las cuestiones de prioridad. Frente a la regla básica, *first in time, first in right* (272), que, ante la posibili-

(266) *Ibidem*.

(267) *Op. ult. cit.*, p. 874.

(268) *Op. cit.*, p. 361.

(269) *Vid. Secured Financing and Priorities among Creditors, cit.*, p. 1182.

(270) Nótese cómo nuestras Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de Posesión y Ley de Venta a Plazos no resuelven problemas de prioridades, pues se evita la concurrencia de derechos de garantía mediante las prohibiciones (arts. 2 LHM y PSD y 4 LVP.)

(271) JACKSON y KRONMAN, *op. ult. cit.*, p. 1144.

(272) El análisis de la regulación de las prioridades en el art. 9 UCC desborda los objetivos de este trabajo. Por ello, nos limitamos a constatar el principio básico

dad de una garantía flotante, podría llevar a un monopolio situacional de un acreedor (273), se introduce la preferencia absoluta del derecho de garantía del dinero de compra, que responde a una política jurídica distinta (274).

Por lo demás, nos podemos preguntar si la gran facilidad que el art. 9 da para la garantía flotante sobrepasó los objetivos (como la superación de la regla *Benedict v. Ratner*) y lleva al abandono de prácticas de control (*policing*) del acreedor sobre el deudor benéficas (275), o si, por el contrario, como mantiene Scott (276), el art. 9 permite configurar de una forma adecuada y eficiente las relaciones entre acreedor y deudor.

En definitiva, entendemos que es preciso distinguir perfectamente entre los planos de la *validez* y de la *prioridad* de la garantía. Una visión del art. 9 UCC sin haber asumido tal cambio de planos resultaría deformada por nuestra mentalidad jurídica.

XIII. LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL

La regulación de las garantías mobiliarias en el art. 9 UCC, tal como se ha descrito en los apartados anteriores, ha de tener como consecuencia lógica una peculiar concepción de la inscripción registral. En este sentido, es preciso destacar el profundo contraste con los planteamientos más usuales en nuestra doctrina, que podríamos sintetizar en palabras de Viola (277): «En resumen, instrumento público y Registro público son dos institutos que se necesitan y complementan, por lo menos en relación a los derechos absolutos. El primero logra una «autenticidad» insustituible, gracias al sagrado ministerio del Notario, con preparación insuperable e intermediación cerca de las partes. El segundo, gracias a la, digamos, «materia prima» precedente y de primerísima calidad, logra el fin esencial de la «publicidad», la seguridad jurídica, especialmente en el tráfico de los derechos, respecto a terceros. No debe extrañar, pues, que en la nueva Ley sobre Hipoteca Mobiliaria se haya recurrido a ambos institutos, si bien con excepciones, respecto del instrumento, y con malquerencias o ignorancias, respecto del Registro, que señalaremos.»

del *prior in tempore, potior in iure*, que se desarrollará brevemente en los dos últimos apartados.

(273) JACKSON y KRONMAN, *op. ult. cit.*, pp. 1164-1174.

(274) ID, *op. ult. cit.*, p. 1145.

(275) GILMORE, *op. cit.*, p. 364.

(276) *Op. cit.*, *passim*.

(277) VIOLA SAURET, JOAQUÍN, *Los problemas registrales de la hipoteca mobiliaria y de la prenda sin desplazamiento a través de los principios*, en «AAMN», 1961, pp. 401-477.

Dentro de tales planteamientos, el principio de publicidad tiene un ayudante (278); el principio de especialidad. De tal forma, el problema capital de la identificación y localización de las cosas hipotecadas muebles (en comparación con el de los inmuebles) se resuelve procurando la determinación e identificación de la cosa dada en garantía, al máximo que le permite la naturaleza mueble de la misma (279). Es decir, se trata de mantener, en la medida de lo posible, los principios del Derecho Inmobiliario Registral. Tal posición doctrinal es favorecida por la Disposición adicional tercera de la LHM y PSD, que establece: «En el caso de insuficiencia de los preceptos de esta ley se aplicarán subsidiariamente los de la legislación hipotecaria en cuanto sean compatibles con la naturaleza de los bienes y con lo prevenido en los artículos anteriores» (280). La legislación de ventas a plazos es menos rigurosa, pero la Ordenanza para el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles (1982) mantiene al exigencia de que los bienes sean perfectamente identificables (art. 2). Se consideran perfectamente identificables aquellos en que conste impreso, de forma indeleble o inseparable en algunas de sus partes fundamentales, la marca, el modelo y el número de serie o fabricación (art. 7).

Por último, es preciso añadir que lo que se inscribe en los Registros españoles son las escrituras públicas (arts. 13 LHM y PSD y 15 Reglamento LHM y PSD) o los contratos (art. 2 Ordenanza Registro de Venta a Plazos). En ambos casos, la inscripción contendrá una abundante información, que proporcionan los contenidos obligatorios de tales escrituras y contratos; por ejemplo, el importe del préstamo o principal garantizado (arts. 13 LHM y PSD y 6 LVP).

Pues bien, para adentrarnos en el Registro regulado por el art. 9 UCC es preciso partir de la base de que tal Registro no se basa en los planteamientos habituales dentro de nuestra mentalidad jurídica, sino más bien en los opuestos. Ya hemos visto, a lo largo de este trabajo, cómo el Derecho de garantías mobiliarias se articula de una forma autónoma respecto al Derecho inmobiliario; también su Registro. Hemos visto en el Apartado IX que se prescinde de la formalización del contrato de garantía, de la escritura pública. Ahora vamos a sintetizar los principios en que se basa la regulación del Registro en el art. 9.

El principio básico es que el art. 9 adopta el sistema del *notice filing*. «Lo que debe ser inscrito no es, como bajo las leyes de hipoteca mobiliaria y reserva de dominio, el mismo contrato de garantía,

(278) ID, *op. cit.*, p. 465.

(279) ID, *op. cit.*, pp. 444-446.

(280) En el mismo sentido, la Disposición Final del Reglamento (Decreto de 17 de junio de 1955).

sino sólo una simple inscripción que puede ser registrada antes de que el derecho de garantía exista o después. La inscripción indica meramente que el acreedor garantizado que ha registrado puede tener un derecho de garantía sobre el objeto descrito. Para conocer el completo estado de los negocios será necesaria una indagación ulterior en torno a las partes implicadas. La Sección 9-208 establece un procedimiento legal bajo el cual el acreedor garantizado, a petición del deudor, puede ser requerido a facilitar información» (*Official Comment*, Sección 9-402). Es decir, se abandona el sistema de transcripción y se opta por el sistema de inscripción (281), *inscripción concisa*, como veremos a lo largo de este apartado.

«El *notice filing* había demostrado ser de gran utilidad en financiaciones referentes a *inventory*, *accounts* y *chattel paper*, ya que así se obvia la necesidad de volver a registrar en cada una de una serie de transacciones en un acuerdo continuado en el que el objeto cambia día a día. Cuando estén implicados otros tipos de objetos, el procedimiento alternativo de registrar una copia firmada del contrato de garantía puede ser la solución más simple... Sin embargo, incluso en el caso de inscripciones que no incluyen necesariamente una serie de transacciones, la inscripción de financiación es útil para abarcar transacciones bajo un contrato de garantía futuro y no existente en el momento en que la inscripción fue registrada, si la descripción del objeto en la inscripción es lo suficientemente amplia como para incluirlos. De forma similar, la inscripción es válida para incluir bienes futuros y anticipos futuros bajo un contrato de garantía, ya estén mencionados o no en la inscripción (*Official Comment*, Sección 9-402) (282).

Los requisitos básicos de la inscripción son establecidos por la Sección 9-402, 1: firma del deudor, nombres de las partes, dirección del acreedor garantizado (donde se pueda obtener información acerca del derecho de garantía) y una dirección postal del deudor, declaración de los tipos o descripción de los objetos de la garantía, y una descripción de la finca, cuando se incluyan pertenencias. De esta forma, aunque se puede inscribir una copia del contrato de garantía si cumple los requisitos citados, la práctica normal es registrar un simple formulario conteniendo sólo la información requerida. Un modelo oficial simplificado es el establecido en la Sección 9-402, 3. Las

(281) *Vid.* DÍEZ PICAZO, *Fundamentos*, *cit.*, II, pp. 346-349.

(282) Cuando se necesita más de una copia, esta sección permite el uso de una copia de carbón o una copia fotográfica del papel, incluyendo las firmas (*Official Comment*, Sección 9-402).

Nótese cómo, frente a la formalización del derecho de garantías basada en otros principios, el art. 9 trata de facilitar lo más posible la constitución de la garantía, e incluso de una garantía flotante, *Supra*, Apdo. XII.

diferentes jurisdicciones han desarrollado modelos oficiales «standard» (283). No es necesario dar en la inscripción más información que la suficiente para cumplir tales requisitos básicos. Así no es necesario incluir información acerca de la cuantía de la deuda, intereses o cargas financieras, vencimiento del préstamo... En conclusión, la inscripción (*financing statement*) es extremadamente *concisa* (en comparación con lo habitual en nuestro Derecho).

La inscripción no sólo es concisa, sino que los pocos requisitos básicos exigidos han de interpretarse de una forma flexible. La firma no tiene que ser formal o completa, ni se ha de autenticar (mediante notario, juramento, testigos...) (284). En lo referente a los nombres, los errores menores deben ser salvados (285). De mayor interés es destacar que la inscripción del art. 9 permite unas descripciones amplias. La Sección 9-110 establece que «cualquier descripción de bienes muebles es suficiente, sea o no específica, si identifica razonablemente lo que se describe». El test de suficiencia de una descripción es que haga posible la identificación de las cosas descritas. Se rechaza así la jurisprudencia anterior de la hipoteca mobiliaria en lo que las descripciones eran insuficientes a menos que fuesen de la naturaleza más exacta o detallada, el así llamado *serial number test* (286).

En muchos casos, una descripción general es suficiente. Por ejemplo: «todas las mercancías del deudor», «todos los automóviles del concesionario», «todos los créditos», «todo el equipamiento del restaurante del deudor». La descripción tiene que ser razonablemente

(283) Sección 9-402, 3. Una forma sustancialmente como la que sigue es suficiente para cumplir con la subsección 1:

Nombre del deudor (o cedente)
 Dirección
 Nombre del acreedor garantizado (o cesionario)
 Dirección

1. Esta inscripción cubre los siguientes tipos (u objetos) de bienes:

(Describir)

2. (Si el objeto son cosechas.) Las cosechas anteriormente descritas están creciendo o van a crecer en:

(Describir la finca)

3. (Si aplicable.) Los bienes citados van a ser pertenencias de:

(Describir la finca)

y esta inscripción va a ser registrada en el registro de inmuebles. (Si el deudor no tiene un derecho registrable.) El nombre del propietario registral es

4. (Si los productos del objeto son reclamados.) Los productos del objeto están también cubiertos:

(Usar la que sea aplicable)

Firma del deudor (o cedente)

Firma del acreedor garantizado (o cesionario)

(284) *Vid.* BAILEY, *op. cit.*, pp. 165-169.

(285) *ID.*, *op. cit.*, pp. 169-173.

(286) *Vid.* *Official Comment*, Sección 9-110.

exacta, pero no necesita ser absolutamente exacta. Así, un error menor, tal como la equivocación en un número de serie de un automóvil o una máquina, será considerado generalmente como irrelevante. Por el contrario, una descripción general de objetos como parte de una cantidad mayor pueden resultar fallida por indefinición (287). En resumen, *sólo se necesita una identificación razonable en la descripción del objeto* (Sección 9-110); además, *una inscripción que cumpla sustancialmente con los requisitos de la Sección 9-402 es eficaz incluso aunque contenga errores menores que no sean seriamente desorientadores* (Sección 9-402, 8).

En cuanto al tiempo de inscripción, no existe más límite que los establecidos por el Derecho Concursal. No es necesario aplazar la inscripción hasta que se realice el contrato de garantía, o hasta que el derecho de garantía exista (Sección 9-402, 1). Pero cuando la inscripción sea prematura, la perfección no tendrá lugar hasta que el derecho de garantía exista. La presentación para el registro de una inscripción de financiación (*financing statement*) y el pago de las tarifas registrales o la aceptación de la inscripción por el oficial del Registro constituyen el tiempo de registro, según el art. 9 (Sección 9-403, 1). Una inscripción es válida por cinco años, salvo excepciones (Sección 9-403, 2). No obstante, puede ser prorrogada en el período de seis meses anterior al plazo de vigencia fijado, o al plazo de cinco años (Sección 9-403, 3). Cuando no haya obligación garantizada o compromiso de hacer anticipos, asumir obligaciones o dar *value* (obligación principal) de cualquier forma, el acreedor garantizado debe enviar al deudor una cancelación (*termination statement*) a efectos de que el acreedor garantizado no pueda alegar por más tiempo tal derecho de garantía, que será identificada por el número del registro (288).

Las inscripciones y prórrogas deben de ser marcadas con un número del registro y la fecha y hora de inscripción y deben estar disponibles para el público. *El índice se establece por los nombres de los deudores* (Sección 9-403, 4) (289). El oficial del Registro debe entregar, a petición del que inscribe (usualmente el acreedor garantizado), una copia de la inscripción registrada con una anotación del número del registro y la fecha y hora de inscripción (Sección 9-407, 1).

El Registro es público. Cualquier persona (entre otros, los acreedores potenciales del deudor) puede solicitar la certificación de las inscripciones realizadas contra determinado deudor y copias de las inscripciones registrales, previo pago de la tarifa correspondiente. No

(287) Vid. BAILEY, *op. cit.*, pp. 174-177.

(288) ID, *op. cit.*, pp. 184-196.

(289) ID, *op. cit.*, pp. 198-203.

obstante, dado que se trata de una inscripción concisa, la información que se obtiene es muy escasa. Tal información se puede ampliar, con la colaboración del deudor, por el procedimiento establecido en la Sección 9-208, por el que el deudor puede enviar al acreedor una declaración acerca de la deuda no pagada en una fecha especificada, o una lista de los objetos de la garantía, y el acreedor deberá aprobar o corregir tales datos y devolvérselos al deudor en el plazo de dos semanas. Si no lo hace, salvo que exista una causa justificada, será responsable de las pérdidas causadas al deudor. El deudor tiene derecho a tales declaraciones una vez cada seis meses sin costo. El acreedor podrá requerir el pago de los costos, sin exceder los 10 dólares, por cada declaración adicional realizada.

En los ordenamientos jurídicos que han optado por una generalización de la garantía mobiliaria, como los Estados Unidos de América y Alemania, la cuestión de la publicidad es, sin lugar a dudas, la más polémica y controvertida (290). En Alemania no se ha introducido ningún tipo de publicidad. En el art. 9 UCC se ha optado por la necesaria publicidad, pues una tradición secular del *common law* (*Twyne's Case*) lo exigía, pero tal publicidad se ha reducido a una *inscripción concisa de contenido mínimo* (291): «La esencia del *notice filing* (inscripción concisa) es que el documento registrado, en lugar de describir un determinado contrato o un objeto particular, meramente deja constancia de que las partes “están o esperan estar” comprometidas en la realización de transacciones de financiación.»

La principal debilidad de tal inscripción concisa es que no da información acerca del estado real del negocio (292): «La única conclusión que puede ser extraída de la inscripción es que las partes (de las que se dan sus direcciones) tenían la intención, al tiempo de registrar, de comprometerse en algún tipo de transacción de financiación. Puede que no se llevase a cabo ninguna transacción; o que todos los préstamos hayan sido devueltos y no quede nada pendiente; o que todos los bienes del deudor del tipo descrito en la inscripción estén efectivamente sujetos a un gravamen para garantizar una deuda flotante.» Es decir, *la inscripción concisa requerida por la ley nunca puede ser más que un punto de partida para investigaciones ulteriores.*

El sistema del *notice filing* es objeto de debate, como veremos en el próximo apartado. Ahora queremos dejar constancia de una función indiscutible que cumple el Registro en el art. 9 UCC: la de establecer el orden de prelación entre los distintos acreedores garantizados. La Sección 9-312, 5, a, establece que los derechos de garantía

(290) Vid. WITZ, *op. cit.*, pp. 53-55.

(291) Vid. GILMORE, *op. cit.*, p. 468.

(292) ID, *op. cit.*, p. 469.

concurrentes se ordenan de acuerdo con la prioridad en el tiempo de registro o perfección (293). La regla del *first to file* sería pues una manifestación del principio *prior in tempore potior in iure*. De esta forma, se puede mantener que la principal (o única) función del *notice filing* del art. 9 es la de establecer un criterio claro y seguro para resolver los problemas de colisión entre acreedores con derechos de garantía sobre los mismos objetos (294), siendo útil fundamentalmente para tal tipo de acreedores y no para otros, como los acreedores generales.

La cuestión que se plantea entonces es la de si el *notice filing* es un sistema adecuado. La respuesta necesariamente ha de ser compleja, pues depende de muchos factores, y ha de enmarcarse en el debate acerca de la publicidad mobiliaria en general. En el próximo apartado vamos a intentar realizar una síntesis de los problemas planteados.

XIV. LA PUBLICIDAD DE LAS GARANTIAS MOBILIARIAS

Entendemos que para abordar tan complejo tema son necesarias, por lo menos, tres variables: 1) los efectos jurídicos; 2) las características de los bienes, medios técnicos y coste del Registro; 3) la tutela de los derechos.

En cuanto a la primera, los efectos jurídicos, la publicidad mobiliaria se puede abordar desde muy distintas perspectivas: 1) instaurar un tráfico de bienes basado en la publicidad registral y no en la posesión; 2) abordar los problemas creados por la propiedad aparente;

(293) Nos limitamos a enunciar el principio general, pues un análisis más detallado de las reglas de prioridad nos obligaría a un estudio minucioso y detallado de todo el art. 9 UCC.

También hemos renunciado a plantear otro problema complejo: el *lugar de registro*. Al respecto, quisiéramos dejar constancia de que la Sección 9-401 establece la regla de los cuatro meses: la inscripción hecha en el lugar adecuado mantiene su eficacia por cuatro meses después del cambio a otro condado de la residencia del deudor o del lugar de los negocios o de la localización del objeto (según el criterio utilizado para la inscripción original).

Entiende el legislador que tal período de cuatro meses es suficiente para que el acreedor haga las investigaciones oportunas y tome las medidas adecuadas. Nótese cómo en este caso se resuelve el problema colocando la carga del control de las actividades del deudor en el acreedor. Tal carga no resulta excesiva si el acreedor está interesado en mantener sus derechos.

(294) Tal es la opinión de BAIRD, V., *Notice Filing and the Problem of Ostensible Ownership*, 12 «Journal of Legal Studies», pp. 53-67 (1983). BAIRD, DOUGLAS G., y JACKSON, THOMAS H., *Possession and Ownership: An Examination of the Scope of Article 9*, 35 «Stanford Law Review», pp. 175-212 (1983); *Información, Uncertainly, and the Transfer of Property*, 13 «Journal of Legal Studies», pp. 299-320 (1984).

- 3) en relación con la regla *meubles n'ont pas de suite par hypothèque*;
- 4) como criterio claro y racional para resolver los conflictos entre acreedores.

Las características de los bienes, junto a los medios técnicos disponibles y su coste nos plantean la posibilidad fáctica de instaurar una determinada publicidad mobiliaria. Ahora bien, es necesario preguntarse qué derechos se tutelan mediante tal publicidad. tal pregunta es absolutamente necesaria para determinar la cantidad de información, que siendo fácticamente posible, es necesario incluir en un Registro. Así si se tutelan los derechos de los acreedores generales, en relación con el principio de igualdad de acreedores, se puede pensar que la cantidad de información acerca del crédito garantizado habría de ser la máxima posible. Sin embargo, el deudor y acreedor garantizado están interesados en que la publicidad sea la mínima posible, y sus derechos también son dignos de tutela. ¿Acaso ha de convertirse el Registro de garantías mobiliarias en un Registro *público* de la situación financiera de las empresas o consumidores? Vamos a proceder a un breve análisis de las cuestiones planteadas.

1. La publicidad mobiliaria

El resultado a que se llega abordando la cuestión de la publicidad globalmente no puede ser otro que el manifestado por Gabrielli (295): «De tal pluralidad de subsistemas se pone en evidencia, en particular, *el diferente nivel de eficiencia.*» Como han señalado Baird y Jackson (296), el tema de la publicidad está vinculado con los Fundamentos de Derecho de Propiedad: el conjunto de reglas que gobierna la transmisión de la propiedad después de que alguien determina quién es el propietario inicial.

Históricamente, los sistemas registrales han evolucionado como la *principal alternativa a las reglas de transmisión* basadas en la posesión (297). Sin embargo, los sistemas registrales no se adecúan por igual a todas las clases de bienes. En este sentido, todavía se pueden mantener las conclusiones de Alas (298) en términos generales, a pesar del tiempo transcurrido. Para el citado autor, el Registro de muebles no puede aspirar en manera alguna *a sustituir a la posesión de un modo tan completo y absoluto* como la ha sustituido el Registro de la Pro-

(295) Vid. GABRIELLI, GIOVANNI, *Publicità legale e circolazione dei diritti: evoluzione e stato attuale del sistema*, en «Rivista di diritto civile», 1988, I, pp. 425-461.

(296) Vid. *Information, cit.*, p. 320.

(297) ID, *op. cit.*, p. 303.

(298) ALAS, LEOPOLDO, *La publicidad y los bienes muebles*, Madrid, 1920, pp. 272-273.

iedad en materia de inmuebles; en materia de muebles corporales será siempre el Registro el que ocupe un lugar secundario, en tanto que la posesión representará un papel principal. Ahora bien, la relación de sustitución entre posesión y Registro que plantea Alas no es la única posible (299): los sistemas de Registro y posesión no son mutuamente excluyentes. Sin duda, como el Registro del art. 9 ha mostrado, pueden ser altamente *complementarios*. El Registro de muebles puede tener dos funciones pues: sustituir a la posesión o complementarla.

En cuanto a la sustitución de la posesión, casi absoluta en el Registro de inmuebles, sólo se puede plantear respecto a determinados bienes muebles. Así ocurre en Estados Unidos respecto a las aeronaves, coches, barcos... (300), aunque las diferencias siguen existiendo (301): «Los bienes inmuebles, por definición, nunca se mueven. Los bienes muebles, aunque estén registrados, se mueven constantemente.» También sucede respecto a los bienes inmateriales, que no son susceptibles de posesión, como patentes, *copyrights* y marcas (302). En tales casos, es posible plantear la publicidad de las garantías mobiliarias como parte de un sistema de transmisión de las titularidades basado en el Registro, o, desde otra perspectiva, se hace posible la configuración de la *hipoteca mobiliaria*. La solución más simple es la adoptada por el art. 9 UCC: la inscripción del derecho de garantía se podrá realizar en tales casos en el Registro correspondiente (303). Se daría así lo que se ha denominado (304) como la deseable unificación del régimen jurídico de los Registros de bienes.

Pero los costes de mantenimiento de un Registro son significativos (305) y dadas las características de los bienes muebles (306) se puede mantener que tales supuestos de sustitución de la posesión por el Registro sólo pueden ser limitados. Por el contrario, el Registro se puede plantear como un complemento de la posesión mobiliaria. Así, si el Registro se constituye como medio para *contrarrestar las situa-*

(299) BAIRD y JACKSON, *op. ult. cit.*, p. 309.

(300) ID, *op. ult. cit.*, p. 309.

(301) ID, *op. ult. cit.*, p. 310.

(302) *Ibidem*.

(303) *Supra*, Apdo. XIII.

(304) Vid. MENÉNDEZ, JOSÉ, *La deseable unificación del régimen jurídico de los Registros de Bienes*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1981, pp. 605-624.

(305) BAIRD y JACKSON, *op. ult. cit.*, p. 305.

(306) ID, *op. ult. cit.*, p. 306. Los bienes muebles son frecuentemente menos valiosos que los inmuebles y se transmiten probablemente con mayor frecuencia. Para Baird y Jackson el dinero es el ejemplo opuesto a la propiedad inmobiliaria, como bien no susceptible de transmisión mediante un sistema registral. Existen otros casos intermedios, pero los sistemas registrales que establecen la atribución de la propiedad de bienes muebles son escasos. Las ventajas de información obtenidas, en términos generales, no compensarían sus costes.

ciones de propiedad aparente (307): «Nosotros pensamos que, como regla general, la parte que desea tomar o retener un derecho de propiedad sin posesión debería soportar la carga de solucionar el problema de propiedad aparente, independientemente del tipo de relación que tal parte tenga con la parte en posesión del bien. Esta regla general reduciría los riesgos asociados con la adquisición de derechos de propiedad sobre bienes muebles y, por tanto, mejoraría las ventajas de un sistema de crédito garantizado. En la ausencia de tal norma legal, sería difícil para las partes crear contractualmente un medio de información equivalente a un coste comparable, incluso aunque estuviesen interesadas en ello.»

En tal caso, un Registro de muebles no sustituiría a la posesión, sino que *reforzaría la primacía de la posesión como la mejor evidencia de la propiedad* (308). Ahora bien, no compartimos la opinión de Baird y Jackson acerca de que se deberían descartar absolutamente las distinciones «metafísicas» e «inobservables», adoptando exclusivamente el más concreto concepto de posesión como criterio de distinción. La búsqueda de un criterio basado en *acontecimientos externos observables* (309) no es suficiente para borrar las diferencias entre contratos tan distintos como el préstamo con garantía, el arrendamiento, el depósito... No obstante, estamos de acuerdo con Baird y Jackson en los resultados prácticos. Si en la actualidad el arrendamiento de bienes muebles, sean verdaderos arrendamientos, sean arrendamientos financieros (con finalidad de garantía), ha adquirido una importante relevancia económica, podría ser aconsejable incluir en la publicidad mobiliaria tales arrendamientos. Tal posición sería más coherente que la actual situación española, en la que, junto a la existencia de dos Registros (LHM y PSD y LVP), las operaciones de *leasing* carecen de un adecuado sistema de publicidad (310).

(307) BAIRD y JACKSON, *Possession and Ownership*, cit., p. 191.

(308) ID, *op. ult. cit.*, p. 212.

(309) ID, *op. ult. cit.*, p. 199.

(310) Vid. RODRIGUEZ MARTÍNEZ, JOSÉ DOMINGO, *Legislación sobre venta a plazos, entidades de financiación y «leasing»*, Prólogo, Madrid, 1987, p. 15. El art. 9 UCC diferencia a los arrendamientos verdaderos de los arrendamientos que encubren un derecho de garantía. La crítica de la doctrina se ha centrado en que el art. 9 sólo se aplica a los últimos, pero no a los primeros. Por el contrario, en lo referente al *consignment* (depósito para venta) se aplicaría en cualquier caso, sea verdadero o cuando encubre un derecho de garantía (Secciones 1-201, 37, y 2-326). Entiende la doctrina que la solución respecta al arrendamiento podría haber sido la misma. No obstante, la Sección 9-408 permite la inscripción en el registro utilizando los términos «arrendador» y «depositante», sin que tal inscripción sea determinante para calificar el arrendamiento como con finalidad de garantía. Se trata de una inscripción por precaución, ante la posibilidad de que el arrendamiento sea calificado como encubrimiento de un derecho de garantía. Evidentemente, ha sido la expansión del *leasing* la que ha motivado la especial atención de la doctrina y jurisprudencia.

En conclusión, entendemos que ni es necesario que un Registro abarque todas las situaciones de propiedad aparente, en cuanto tales, ni que un Registro tenga que incluir sólo un determinado tipo contractual. Ciertamente, un Registro no ha de basarse exclusivamente en determinados conceptos, y, si hay razones prácticas que lo aconsejan, puede ser necesaria la inscripción de situaciones contractuales diferentes, pero con la características común de crear situaciones de propiedad aparente. Parafraseando a Baird y Jackson (311), entendemos que es más razonable que un Registro incluya garantías y arrendamientos, excluyendo contratos de consumidores de baja cuantía económica, que no que tal Registro incluya todo tipo de garantías, pero no los contratos de arrendamiento. Es decir, el criterio determinante para la inscripción no ha de ser único (por ejemplo, la llamada naturaleza jurídica), sino que puede ser combinado (por ejemplo, valor de los bienes, plazo de tiempo, notoriedad de las situaciones, características del deudor...) (312).

Ahora bien, frente a la tendencia a reconducir el problema de la publicidad de las garantías al ámbito de la publicidad mobiliaria en general, con el ideal de la creación de un Registro de la propiedad mueble (313), o a englobarlo en cuestiones más amplias (por ejemplo, propiedad aparente), entendemos que el problema planteado presenta suficiente especificidad y autonomía como para posibilitar un tratamiento más concreto. Al respecto, estamos de acuerdo con Vallet de Goytisolo cuando afirma que (314): «No nos cansaremos de repetir que hay un importantísimo grado que diferencia los supuestos de la reivindicación de cosas muebles y de oponibilidad a terceros de gravámenes, privilegios y condiciones. Supuestos que, al menos desde la Baja Edad Media, ha venido diferenciando claramente la doctrina y que han sido expresados en dos axiomas distintos.»

2. Información y publicidad en las garantías mobiliarias

La mayoría de las discusiones sobre el sistema registral del art. 9 UCC se centran en la necesidad de mantener la carga de la publicidad en un mínimo y facilitar así el crédito garantizado (315). Entendemos que el tema de la publicidad de las garantías mobiliarias se puede centrar en tales planteamientos, sobre todo si tenemos en cuenta que

(311) ID, *op. ult. cit.*, p. 201.

(312) ID, *op. ult. cit.*, p. 191.

(313) *Vid.* RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 15; también la Exposición de Motivos de LHM y PSD.

(314) VALLET DE GOYTISOLO, *Estudios sobre Derecho de Cosas*, II, «La reivindicación mobiliaria», Madrid, 1986, p. 352.

(315) *Vid.* BAIRD, *Notice filing, cit.*, p. 55.

la generalización de la garantía en Alemania se ha conseguido sobre la base de una ausencia total de publicidad. La crítica que se hace al art. 9 UCC se puede sintetizar en palabras de Davies (316): «Puede ser que el objetivo del art. 9 de facilitar el crédito garantizado se haya conseguido a costa de una *suficiente* información sobre el derecho de garantía.» La pregunta es entonces, ¿cuál es la información *suficiente* en la publicidad de las garantías mobiliarias? Parece evidente que la respuesta se ha de basar en algún tipo de compromiso entre los distintos intereses. Por otra parte, tal pregunta puede exigir planteamientos bastante complejos.

En primer lugar, se puede proponer que la información necesaria en estos casos se proporcione y obtenga a través de canales creados por el propio mercado, a iniciativa de particulares. Frente a ello se plantea el Registro del art. 9 como una forma de *minimizar costos* (317): «Nuestra afirmación de que los sistemas registrales son fuentes de información valiosas cuyo uso debería ser extendido descansa en último término en la asunción empírica acerca de la necesidad de las partes de obtener información y la capacidad del sistema registral de proporcionarla a bajo coste... Las normas legales pueden asegurar la fiabilidad de tal información.» Información, ¿sobre qué y para quién?

Sabemos que el art. 9 proporciona poca información, para facilitar el crédito garantizado, por lo que Baird (318) afirma que: «El sistema de inscripción concisa del art. 9 establece claramente la prioridad de cada acreedor garantizado y poco más. El sistema de inscripción concisa es sólo de uso marginal por los acreedores generales, porque éstos necesitan de una visión general de las condiciones financieras de sus deudores. Pero la inscripción concisa proporciona a los acreedores garantizados la mayoría de la información que necesitan.» Se mantiene que los acreedores generales (319), o quirografarios (320) basan su decisión de prestar en la situación financiera general del deudor, de la que las garantías es sólo un factor, por lo que las necesidades de los acreedores generales ni justifican los costos del sistema registral, ni explican su configuración por el art. 9 UCC. Los mismos razonamientos se utilizan respecto a los acreedores comerciales, que además están protegidos mediante la reserva de dominio (321) o la prioridad absoluta del dinero de compra (322).

(316) *Op. cit.*, p. 503.

(317) *Vid.* BAIRD y JACKSON, *Possession and Ownership, cit.*, pp. 179-189.

(318) *Vid.* *Deep Structure, cit.*, pp. 33-36.

(319) *Vid.* BAIRD, *Notice filing, cit.*, pp. 60-66.

(320) *Vid.* WITZ, *op. cit.*, p. 54.

(321) ID, *op. cit.*, *loc. cit.*

(322) BAIRD, *Deep structure, cit.*, p. 35.

La escasa información que proporciona el art. 9 UCC determina una limitación de sus funciones. Según Witz (323), tal función no justificaría los costes que supondría introducir un Registro en Alemania. No obstante, según Pennington (324), en Alemania el establecer el orden de preferencia entre acreedores concurrentes exige a menudo investigaciones tan complejas que vendedores y bancos llegan a un compromiso para repartirse los bienes sin basarse en las prioridades legales.

Desde otras posiciones se plantea la necesidad de que el Registro proporcione más información, para que aumente así su utilidad. Se puede plantear que el Registro sirva para evitar conductas ilícitas del deudor, pero no es éste el único medio. Cabe plantearse que para tal finalidad sean más útiles las sanciones civiles o penales (325). Así, en la mayoría de los Estados (de los USA) se ha tipificado penalmente la emisión de una falsa declaración financiera con el propósito de obtener crédito, *False Pretense Statutes*, y se establecen penas de multas y/o prisión (326). Witz (327) sugiere que para tales finalidades quizá sería preferible mejorar el tratamiento contable de las garantías mobiliarias.

De la misma forma, es preciso recordar (328) que las relaciones entre publicidad y reipersecutoriedad, o terceros adquirentes, requieren matizaciones. En primer lugar, porque, salvo que el sistema registral sustituya de forma absoluta a la posesión, el adquirente de buena fe a título oneroso habrá de ser respetado. En segundo lugar, porque la buena fe del adquirente, en un ordenamiento en el que la garantía mobiliaria se ha generalizado, se ha de basar en parámetros muy distintos a los establecidos (329). Si al adquirente de un bien, fuera de los cauces normales del tráfico, se le impone la carga de averiguar si el título del vendedor incluye o no una reserva de dominio para poder ser considerado adquirente de buena fe, no se impone una carga excesiva y se hace innecesaria la publicidad (330).

La crítica de Davies al art. 9 UCC se basa en que su Registro es anterior a la era de la informática (331). Por el contrario, la poste-

(323) *Ibidem*.

(324) *Op. cit.*, pp. 317-318.

(325) *Vid. BAIRD, Notice filing, cit.*, p. 61.

(326) *Vid. DAVIES, op. cit.*, p. 479.

(327) *Op. cit.*, p. 55.

(328) *Supra*, Apdo. X.

(329) Sobre la jurisprudencia alemana, *vid. WITZ, op. cit.*, p. 61.

(330) Por otra parte, tal publicidad sirve de muy poco tratándose de bienes muebles de fácil ocultación, o cuando la transmisión haya sido fraudulenta. Antes de ejercitar al acción reivindicadora o similares, el acreedor habrá de conocer la identidad del tercer adquirente y la localización del bien objeto de la garantía, lo cual puede resultar muy difícil o imposible. No parece que la eficacia del Registro se vaya a mostrar en este sentido; la tipificación penal (art. 12 LVP) parece una solución más disuasoria.

(331) *Op. cit.*, p. 483.

rior legislación canadiense se basa en unos registros informatizados, lo que posibilita un aumento y mejora de la información proporcionada. De tal forma se ha conseguido un nuevo equilibrio (332). La posibilidad de una Registro Federal informatizado, siguiendo el ejemplo canadiense, también ha sido planteada por Coogan (333).

Dentro de la doctrina americana, la crítica al *notice filing* se ha centrado en su aplicación a los bienes de equipo y otros bienes grandes y relativamente estables. Jackson y Kronman (334) entienden que: «En tales situaciones, un sistema de transcripción puede ser más atractivo para las partes, dada la reducida necesidad de repetir la inscripción y el deseo del deudor de minimizar el costo de tomar prestado de múltiples acreedores contra el mismo objeto.» No obstante, ya el propio Coogan (335) reconoció que el *notice filing* es sólo una posibilidad que tienen las partes, pero que no les impide optar por inscripciones más completas, e incluso por la transcripción del contrato. El *Code* posibilita un uso del *notice filing*, pero las partes pueden prescindir de tal posibilidad. Otra cosa es que legalmente se restrinja el uso del *notice filing*.

Tampoco se puede olvidar que la inscripción concisa se complementa con los deberes y responsabilidades del acreedor establecidos por la Sección 9-208 (336). En este sentido, se ha planteado (337) la necesidad de ampliar la legitimación activa para la utilización de tal procedimiento. También la legislación canadiense ha establecido la obligación de responder al acreedor garantizado a las preguntas de un tercero interesado, ampliando así las obligaciones de la Sección 9-208 (338), y la posibilidad de una cancelación cuando el acreedor pierde sus derechos (339). Un adecuado reparto de cargas y responsabilidades puede evitar el abuso de la inscripción concisa cuando es innecesaria, pues como dice Gilmore (340): «Dando la mayor información posible, mejor que la más pequeña, un acreedor garantizado se ahorrará a sí mismo tiempo, gastos y posibles responsabilidades respondiendo a las preguntas hechas según la Sección 9-208.»

Por último, cabe añadir que por mucho que un sistema registral, como el del art. 9 UCC, minimice los costes de inscripción y consulta, siempre habrá transacciones que por sus características (escaso valor económico, plazos breves...) no compensen tales costes. Son los

(332) ID, *op. cit.*, pp. 485-504.

(333) *An Agenda for the Next Decade, cit.*, pp. 1045-1055.

(334) *Secured Financing, cit.*, pp. 1181-1182.

(335) *Vid. The floating lien, cit.*, pp. 873-880.

(336) *Supra*, Apdo. XIII.

(337) *Vid. GILMORE, op. cit.*, pp. 473-480.

(338) *Vid. DAVIES, op. cit.*, p. 489.

(339) ID, *op. cit.*, p. 492.

(340) *Op. cit.*, p. 480.

casos de perfección automática en el art. 9 (341). Y es que se hace necesario partir de una base: no es posible plantear un Registro en el que se inscriban absolutamente todas las transacciones sobre bienes muebles; es preciso un proceso de selección.

En resumen, la cuestión de la publicidad de las garantías mobiliarias se presenta como un tema complejo y difícil. No obstante, la experiencia americana nos muestra algo evidente, pero que todavía es útil para nuestro ordenamiento: la conveniencia de un *Registro único*, sin que cada forma de garantía (LHM y PSD y LVP) conlleve la creación de un nuevo y diferente sistema registral. A partir de ese mínimo de coherencia, el tema queda abierto: ¿cuánta información se ha de proporcionar?, ¿quiénes son los destinatarios de tal información? Se hace preciso valorar costes, medios técnicos, intereses, tutela de derechos... Se trata de buscar un *equilibrio* entre los distintos factores en juego. Por otra parte, entendemos que en el tema de la publicidad sí caben soluciones parciales. El ejemplo más claro pueden ser los vehículos automóviles cuya propiedad tiende a estar basada en un título expedido por los poderes públicos, *Kraftfahrzeugbrief* (342), *certificate of title* (343). Pero el análisis de tal tipo de legislación y problemas desborda el marco del estudio de las garantías mobiliarias.

CONCLUSIONES

La generalización de la garantía mobiliaria implica una opción de política jurídica que se diferencia, e incluso contrapone, a otras posibles. Asumida tal política jurídica, la regulación de la garantía mobiliaria se presenta como un sistema autónomo, basado en sus propios principios, que ha de adecuarse a los problemas y características específicas del *tráfico mobiliario*. El art. 9 UCC, aunque sometido a muchas reformas parciales, ha proporcionado al Derecho de Garantías Mobiliarias una *estructura básica*, duradera y aceptada (344). Entendemos que la superación del formalismo y la definición de un contrato y derecho de garantía mobiliaria son pasos decisivos, y perfectamente asumibles desde nuestra propia perspectiva.

La Uniform Commercial Code ve la luz en un país de tradición jurisprudencial y en el que, tal como el propio Uniform Commercial Code establece, rige el principio de libertad contractual. En breve:

(341) *Supra*, Apdo. X; *vid.* BAILEY, *op. cit.*, pp. 118-120.

(342) WITZ, *op. cit.*, p. 55.

(343) En USA está regulado por la *Uniform Motor Vehicle Certificate of Title and Anti-Theft Act* (1955).

(344) *Vid.* HENSON, *op. cit.*, p. 5.

el Uniform Commercial Code nos muestra el potencial de racionalización, clarificación y unificación que puede tener la *ley* y la intervención del *legislador* en un ordenamiento jurídico. Ciertamente la historia del Uniform Commercial Code nos muestra una interesante experiencia en el proceso de elaboración de una ley (345). La participación de los distintos estamentos interesados, el patrocinio de instituciones como la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* y el *American Law Institute*, la intervención de juristas tan destacados como Karl Llewellyn y Grant Gilmore, la labor de la *Permanent Editorial Board*... nos colocan ante una interesante y aleccionadora experiencia en el terreno de la genética de las leyes.

La instauración del mercado único, en el marco de la CEE, va a obligar a plantearse el problema de las garantías mobiliarias desde una perspectiva europea. Ciertamente, la confluencia de ordenamientos nacionales tan dispares como el alemán, francés, inglés, italiano, español... parece abocar a un difícil entendimiento. Puede que quizá entonces la lección del art. 9 UCC sea más útil todavía: la legislación de garantías mobiliarias es competencia estatal en los USA (no legislación federal) y el art. 9 también sirvió para establecer un marco uniforme (346).

La generalización de la garantía mobiliaria se basa en razones de eficiencia económica. Cuando, ante la aridez y la complejidad del tema estudiado, manifestábamos un cierto escepticismo al Profesor Baird, éste nos trataba de contagiar su optimismo, afirmando que el trabajo merecería la pena siempre que mediante una regulación clara y coherente de las garantías mobiliarias se coadyuvase a mejorar, aunque en un mínimo porcentaje, los resultados económicos globales del país. Ahora bien, es evidente que, tal como la experiencia americana nos muestra, el impulso principal ha de venir de las propias exigencias de los agentes que intervienen en el mercado. Por último, concluyamos con una curiosa reflexión de Henson⁽³⁴⁷⁾: «Algunos creen que los jóvenes y los profesores son visionarios. Esto no es exacto cuando se aplica al campo del *commercial law*. En este campo, con bastante frecuencia, son los prácticos de experiencia los que se manifiestan con las ideas más “radicales”.»

(345) *Vid.* HENSON, *op. cit.*, pp. 1-5; NODSTROM, *op. cit.*, pp. 2-6.

(346) El art. 9 ha sido adoptado por todos los Estados, salvo Luisiana. No obstante, en la promulgación estatal del art. 9 se han dado ciertas modificaciones, lo cual ha puesto en peligro la pretendida uniformidad.

(347) *Op. cit.*, pp. 1-2.

BIBLIOGRAFIA CITADA

- AAVV, *Reforma del Derecho de Quiebra*, Madrid, 1982.
- ALAS, LEOPOLDO, *La publicidad y los bienes muebles*, Madrid, 1920.
- ALCHOURRON, CARLOS E., y BULYGIN, EUGENIO, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, 1987.
- ANGEL, RICARDO DE, *Problemas que suscita la «venta en garantía» en relación con los procedimientos de ejecución del deudor*, «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», 1973, pp. 47-67.
- ATYIAH, P. S., y SUMMERS, ROBERT S., *Form and Substance in Anglo-American Law*, Oxford, 1987.
- BAILEY, HENRY J., *Secured Transactions*, St. Paul, 1981.
- BAIRD, DOUGLAS G., y JACKSON, THOMAS H., *Security Interests in Personal Property*, St. Paul, 1987.
- BAIRD, DOUGLAS G., y JACKSON, THOMAS H., *Possession and Ownership: An Examination of the Scope of Article 9*, 35 «Stanford Law Review», p. 175 (1983).
- BAIRD, DOUGLAS G., y JACKSON, THOMAS H., *Information, Uncertainty, and the Transfer of Property*, 13 «Journal of Legal Studies», p. 299 (1984).
- BAIRD, DOUGLAS, *Property Rights, Priority Rights and Ostensible Ownership: The Deep Structure of Article 9*, en COOGAN, *Secured Transactions*, 1988.
- BAIRD, DOUGLAS G., *Notice Filing and the Problem of Ostensible Ownership*, 12 «Journal of Legal Studies», p. 53 (1983).
- BARBIERA, LELIO, *Garanzia del credito e autonomia privata*, Nápoles, 1971.
- BÄRMANN, JOHANNES, y otros, *Les garanties de crédit en droit allemand*, París, 1978.
- BEDOURA, JEAN, *Les garanties du crédit*, París, 1981.
- BERCOVITZ, RODRIGO, *Comentarios a la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles*, Madrid, 1977.
- BERCOVITZ, RODRIGO, *La cláusula de reserva de dominio*, Madrid, 1971.
- BERCOVITZ, RODRIGO, *Comentario a la sentencia de 11 de julio de 1983*, «Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil», núm. 3, pp. 873-879 (77).
- BERCOVITZ, RODRIGO, *Comentario a la sentencia de 26 de marzo de 1984*, «Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil», núm. 5, pp. 1541-1548 (127).
- BLOMEYER, ARWEED, *Las garantías sin desposesión sobre cosas muebles en Alemania*, «Anales Academia Matritense del Notariado», XI, 1961, pp. 7-19.
- BROCCA, ANTOINE, *Manuel de la clause de réserve de propriété*, Lyon, 1982.
- BRUYNEEL y STRANART, EDAS., *Les Sûretés*, París, 1984.
- CARRASCO PERERA, ANGEL, *Comentario a la Resolución de la DGRN de 30 de junio de 1987*, «Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil», núm. 15, pp. 4929-4941.
- CARRIO, GENARO R., *Notas sobre Derecho y lenguaje*, Buenos Aires, 1986.
- CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ, *Hacia un nuevo Derecho civil*, Madrid, 1933.
- CICCARELLO, SEBASTIANO, *Privilegio del credito e uguaglianza dei creditori*, Milán, 1983.
- COOGAN, PETER F., *Article 9 of the Uniform Commercial Code: Priorities among Secured Creditors and the «Floating Lien»*, 72 «Harvard Law Review», p. 839 (1959).

- COOGAN, PETER, F., *The effect of the Federal Tax Lien Act of 1966 upon security interests created under the Uniform Commercial Code*, 81 «Harvard Law Review», p. 1369 (1968).
- COOGAN, PETER, F., *Article 9. An Agenda for the Next Decade*, 87 «Yale L. J.», p. 1030 (1978).
- COOGAN, KRIPKE y WEISS, *The outer fringes of Article 9: subordination agreements, security interests in money and deposits, negative pledge clauses and participation agreements*, 79 «Harvard Law Review», p. 229 (1965).
- COTTERRELL, *The Law of Property and Legal Theory*, en «Legal Theory and Common Law», Ed. Twining (William), Londres, 1986.
- DAVIES, IWAN, *The Reform of Personal Property Law: Can Article 9 of the US Uniform Commercial Code be a Precedent?*, «International and Comparative Law Quarterly», 1988, pp. 465-504.
- DE CASTRO, FEDERICO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1971.
- DÍEZ PICAZO, LUIS, *Fundamentos de Derecho civil Patrimonial*, Vols. I y II, Madrid.
- DÍEZ PICAZO, LUIS, y GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO, *Sistema de Derecho civil*, Vol. II, Madrid, 1988.
- DI ROBILANT, ENRICO, *Modelli nella teoria del diritto*, «Riv. trim., dir e proc. civ.», 1970, pp. 705-721.
- DUNHAM, ALLISON, *Inventory and Accounts Receivable Financing*, 62 «Harvard Law Review», p. 588 (1949).
- FERRANDIS VILELLA, JOSÉ, *Introducción al estudio de los derechos reales de garantía*, «Anuario de Derecho civil», 1960, pp. 37-62.
- FRAGALI, MICHELE, *Garanzia e diritti di garanzia*, en «Enciclopedia del Diritto», T. XVIII, pp. 448-466.
- GABRIELLI, GIOVANNI, *Publicità legale e circolazione dei diritti: evoluzione e stato attuale del sistema*, «Rivista di Diritto Civile», 1988, 1, pp. 425-461.
- GALGANO, FRANCESCO, *Historia del Derecho Mercantil*, Barcelona, 1981.
- GILMORE, GRANT, *Security Interests in Personal Property*, 2 vols., Boston, 1965.
- GIORGIANNI, MICHELE, *La causa del negozio giuridico*, Milán, 1961.
- GOODE, R. M., *Legal Problems of Credit and Security*, Londres, 1988.
- GOODE, R. M., *The Modernisation of Personal Property Security Law*, «The Law Quarterly Review», 1984, pp. 234-251.
- GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, T. XXII, Madrid, 1979.
- GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO, *La prelación de créditos en el Código civil*, Barcelona, 1962.
- GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, T. XXIV. Madrid. 1984.
- HENSON, RAY D., *Secured transactions under the Uniform Commercial Code*, St. Paul, 1979.
- JACKSON, THOMAS H., y KRONMAN, ANTHONY T., *A Plea for the Financing Buyer*, 85 «Yale L. J.», p. 2 (1975).
- JACKSON, THOMAS H., y KRONMAN, ANTHONY T., *Secured Financing and Priorities Among Creditors*, 88 «Yale L. J.», p. 1143 (1979).
- LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, *La forma constitutiva en la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento*, «Anales de la Academia Matritense del Notariado», 1961.

- LACRUZ, *La causa en los contratos de garantía*, «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», pp. 709-755.
- LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, y otros, *Elementos de Derecho civil*, II, Vol. I, Barcelona, 1985.
- LALAGUNA, ENRIQUE, *La legislación de ventas a plazos y las garantías reales mobiliarias*, en «Estudios de Derecho civil, Obligaciones y Contratos», Madrid, 1978.
- LEVMORE, SAUL, *Monitors and Freeriders in Commercial and Corporate Settings*, 92 «Yale L. J.», p. 49 (1982).
- LIPARI, NICOLO, *Il negozio fiduciario*, Milán, 1971.
- LUHMAN, N., *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, Madrid, 1983.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, CARLOS, *Las ventas a plazos de bienes muebles*, Madrid, 1988.
- MARTY, JEAN-PIERRE, *La distinction du droit civil et du droit commercial dans la législation contemporaine*, «Rev. trim. dr. civ.», 1981, pp. 681-702.
- MENÉNDEZ, JOSÉ, *La deseable unificación del régimen jurídico de los Registros de Bienes*, «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1981, pp. 605-624.
- MESSINA, GIUSEPPE, *Scritti Giuridici*, I, *Negozi fiduciari*, Milán, 1948.
- NATUCCI, ALESSANDRO, *La tipicità dei diritti reali*, I, Padua, 1982.
- NATUCCI, ALESSANDRO, *La tipicità dei diritti reali*, II, Padua, 1985.
- NINO, CARLOS SANTIAGO, *Introducción al análisis del Derecho*, Barcelona, 1983.
- NODSTROM, ROBERT J.; MURRAY Jr., JOHN, E., y CLOVIS, ALBERT L., *Problems and Materials on Secured Transactions*, St. Paul, 1987.
- PANTALEÓN, FERNANDO, *Cesión de créditos*, «Anuario de Derecho civil», octubre-diciembre, 1988, pp. 1033-1131.
- PARENTE, FERDINANDO, *Nuovo ordine dei privilegi ed autonomia privata*, Nápoles, 1981.
- PENNINGTON, ROBERT R., *Retention of title to the sale of goods under European Law*, «International and Comparative Law Quarterly», 1978, pp. 277-318.
- PIEPOLI, GAETANO, *Garanzie sulle merci e spossessamento*, Nápoles, 1980.
- POLINSKY, A. MITCHELL, *Introducción al Análisis Económico del Derecho*, Barcelona, 1985.
- RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, JOSÉ DOMINGO, *Legislación sobre venta a plazos, entidades de financiación y «leasing»*, Prólogo, Madrid, 1987.
- ROJO AJURIA, LUIS, *Leasing mobiliario*, Madrid, 1987.
- RUBINO, DOMENICO, *L'ipoteca*, Milán, 1956.
- RUISI, G.; PALERMO, A.; PALERMO, G., *I privilegi, Giurisprudenza Sistemática Civile Commerciale*, diretta de Walter Bigiavi, Turín, 1980.
- SCHWARTZ, ALAN, *Security Interest and Bankruptcy Priorities: A Review of Current Theories*, 10 «Journal of Legal Studies», p. 1 (1981).
- SCOTT, ROBERT E., *A Relational Theory of Secured Financing*, 86 «Columbia Law Review», p. 901 (1986).
- SERRANO GARCÍA, IGNACIO, *La hipoteca de establecimiento mercantil*, Madrid, 1975.
- SESTA, MICHELE, *Le garanzie atipiche*, Padua, 1988.
- STONE, BRADFORD, *Uniform Commercial Code*, St. Paul, 1984.
- STOUFFLET, JEAN, *L'usage de la propriété a des fins de garantie*, en «Les Sûretés», París, 1984.

- TARELLO, MARCO, *Dirrito, enunciati usi, Bologna, 1974.*
- TUCCI, GIUSEPPE, *Garanzie sui crediti dell'impresa e tutela dei finanziamenti. L'esperienza statunitense e italiana, Milán, 1974.*
- TWINING, WILLIAM, *Karl Llewellyn and the Realist Movement, Londres, 1973.*
- VALLET DE GOYTISOLO, JUAN B., *Estudios sobre garantías reales, Madrid, 1973.*
- VALLET DE GOYTISOLO, JUAN B., *Estudios sobre Derecho de Cosas, II, «La reivindicación mobiliaria», Madrid, 1986.*
- VAN OMMESLAGHE, PIERRE, *Sûretés issues de la pratique et autonomie de la volonté, en «Les Sûretés», París, 1984.*
- VARRONE, CLAUDIO, *Il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia, Nápoles, 1968.*
- VIOLA SAURET, JOAQUÍN, *Los problemas registrales de la hipoteca mobiliaria y de la prenda sin desplazamiento a través de los principios, «Anales de la Academia Matritense del Notariado», 1961, pp. 401-477.*
- WISEMAN, ZIPPORAH BATSHAW, *The Limits of a Vision: Karl Llewellyn and the Merchant Rules, 100 «Harvard Law Review», pp. 465-545 (1987).*
- WITZ, CLAUDE, *Le droit des sûretés réelles mobilières en République Fédérale d'Allemagne, en «Revue Internationale de Droit Comparé», 1-1985, pp. 27-68.*

