

LEY DE PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO*

CARLOS DE CORES

Profesor de Derecho Privado II y III, Universidad de la República
Profesor de Derecho Civil, Universidad Católica Dámaso A. Larrañaga, Uruguay
Profesor de Derecho de las Obligaciones, de Derecho de la Responsabilidad
y Derecho de los Contratos I, Universidad de Montevideo

I.

El Dr. Sigman es uno de los redactores del Art. 9 del Código de Comercio Uniforme, el cual sería el equivalente de nuestra ley de Prenda sin Desplazamiento y puede aportarnos bastante de sus conocimientos a los efectos de mejorar el estudio de nuestra ley.

Ahora bien: qué tiene que ver nuestra ley de prenda sin desplazamiento con el Art. 9 del Código de Comercio Uniforme?. La razón por la cual hemos hecho este énfasis en el Art. 9 es que del estudio de antecedentes parlamentarios, de la historia fidedigna de la nueva ley de prenda sin desplazamiento surge que el Art. 9 es una fuente importante de esa ley.

Es muy importante tener en cuenta los antecedentes para poder desentrañar mejor el sentido de esta ley, que se caracteriza por ser muy concisa, muy resumida y que presenta problemas de interpretación, a tal punto que la doctrina así también lo considera, particularmente el Esc. Curbelo, Director del Registro de Prenda que elaboró una obra sobre la nueva ley y la Esc. Wonsiak que participó en algunas conferencias en la sede de la Asociación de Escribanos del Uruguay.

Todos coinciden en que es el Art. 3ero. el que presenta mayores dificultades, y es el que trata de los objetos prendables o sea qué bienes pueden ser objeto de prenda sin desplazamiento.

En las actas de la Sesión de la Cámara de Senadores de fecha 17 de agosto de 1999 surge la manifestación del Senador Nahum Bergstein, que comienza diciendo que en 1994 el Banco Central del Uruguay conjuntamente con el Banco Mundial, hicieron un seminario sobre las garantías de los préstamos, destinado a potenciales inversores nacionales y extranje-

ros. Uno de los aspectos fundamentales que considera un inversor es el de los instrumentos jurídicos que puede eventualmente requerir el funcionamiento del sistema judicial y en especial el sistema de garantías. Entre éstos está el de la prenda que en Uruguay – indica Bergstein – por distintas razones no ha tenido la difusión que posee en otros países como un instrumento que fomenta el crédito y que beneficia a la pequeña y mediana industria.

Nuestro país tenía una vieja legislación en materia de prenda sin desplazamiento, basada en tres grandes leyes o si se quiere en una gran ley que es la ley del 18 que estableció el marco jurídico de este instituto y después dos leyes posteriores, la del 28 y la del 57 que aplicaron el esquema conceptual creado en 1918 a nuevos objetos es decir amplió el ámbito de aplicación del mecanismo jurídico conocido hasta ese entonces y que era aplicable solamente a la prenda rural, en primer lugar a la prenda industrial y finalmente a vehículos automotores y a otras máquinas y aparatos que se venden en el comercio. Ese sistema había quedado obsoleto y en consecuencia existía un vacío legal en el Uruguay que no permitía la adecuada utilización de este instrumento, de la prenda sin desplazamiento a los niveles de eficiencia que el mismo estaba teniendo en el extranjero.

Ese fue entonces el objeto del seminario del año 1994 y que tuvo como ponentes a los señores: Heywood Fleisig, Nuria de la Peña y Ronald Cumming, técnicos vinculados al Banco Mundial que explicaron cómo era ese sistema de garantía en EE.UU. y Canadá.

El proyecto enviado por el Poder Ejecutivo fue aprobado, aunque – en mi concepto – con algún desconocimiento de las bases conceptuales que implicaba esta reforma. Hubo una idea de reformar el viejo

* Este texto recoge lo expuesto por el Profesor Carlos de Cores en el Seminario Garantías Mobiliarias-Ley de Prendas, que tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo los días 29 y 30 de abril de 2002.

sistema, pero no una conciencia muy acabada de en qué sentido se estaba reformando, y eso es lo que conduce a una redacción que en definitiva es un poco confusa, confusión que con el aporte del Dr. Sigman esperamos que se vayan superando.

La importancia de tener un sistema adecuado de garantías no es sólo teórica sino práctica, ya que un sistema jurídico en donde éste funcione bien, hace al crédito más accesible y esto no es meramente una frase; significa puntos de diferencia en la tasa de interés. En Uruguay estamos viviendo una dramática dificultad de crédito: siempre hubo poca oferta de crédito en relación a la demanda, pero para prestar un acreedor necesita seguridades y en la medida que haya un buen sistema jurídico que se las brinde, el acreedor va a estar más proclive a prestar y a prestar a una tasa más baja que si no las tiene. En consecuencia esto es, como decía Nuria de la Peña un tema jurídico con repercusiones económicas, de ahí su fase práctica.

¿Cuáles son las principales notas de ese informe que comentábamos anteriormente?

La creación de un "Generic Universal Security Interest that may attach to all property", que traducido significaría la creación de un derecho real de garantía, algo como lo que es el derecho real menor de garantía para nosotros, con la diferencia de que se considera en este otro caso genérico. Esto es algo difícil de entender para nosotros ya que en los derechos latinos se concibe al derecho real menor como inmediatamente vinculado a una cosa. Según el 472 del Código Civil, derecho real es aquel que se tiene en una cosa o contra una cosa. De ahí su característica de inmediatez. Entonces el tema es cómo podemos plantearnos la idea de un derecho real genérico y universal, y vemos que ese es un problema conceptual, por tanto no podemos legislar sin tener un adecuado discernimiento.

Es decir, una cosa es un derecho en que el derecho de garantía puede referirse a cualquier tipo de bienes, y otro un derecho que - como nuestro anterior sistema - se basa en la restricción de los objetos prendables y tiene su propia racionalidad, así como también la tiene el sistema americano, o el alemán.

La idea de nuestro sistema anterior era que los objetos prendables sin desplazamiento eran específicos, y esto era necesario por la misma racionalidad de la prenda, ya que su efecto era la creación de un derecho real sobre determinados bienes o como más se aceptaba que era un "vínculo de indisponibilidad"; en consecuencia cuando un bien se encontraba prendado sin desplazamiento, el deudor no tenía la disponibilidad. El sistema protegía aún más la intangibilidad de esa prenda que el propio derecho real de garantía que regulaba el código civil, que lo que hace es mantener un derecho oponible a todos.

Lo que se lograba mediante nuestro anterior sistema era cortar la posibilidad de hacer tradición de la

cosa. De acuerdo con nuestro sistema romano de circulación jurídica de los bienes, se requiere dos negocios: el título hábil y el modo que es un negocio dispositivo (tradición) y se necesita la unión de los dos elementos y el segundo elemento requería cierta publicidad. Entonces si había un vínculo de indisponibilidad y se intentaba disponer a favor de un tercero, ese tercero no iba a recibir nada, ya que estaba recibiendo algo de un sujeto que no estaba legitimado para transmitirle el dominio. De ahí es que este elemento de nuestra anterior prenda sin desplazamiento se imponía fuertemente a los terceros ya que el tercero se veía afectado por la existencia de este vínculo prendario. Por eso se necesitaba un mecanismo de información sobre qué bienes estaban afectados por este tipo de prenda y la forma de informarse era el Registro. Esta situación era posible porque la cantidad de bienes que podían estar prendados era una cantidad acotada, solamente ciertos bienes podían ser objeto de esta prenda, por tanto si yo adquiría algún bien de los definidos en esas categorías, tenía la carga de ir al Registro, para saber si estaba prendado o no.

Y justamente aquí la pregunta es cómo podemos tener esa certeza si se puede preñar cualquier cosa. Éste es entonces un elemento fundamental que no quedó bien resuelto en la ley, ya que aquí, con la ley se abre la posibilidad de preñar todo tipo de bienes, pero no se regulan las distintas circunstancias o matices que se pueden dar de conflictos que surjan de las relaciones entre el acreedor garantizado y los terceros que reciben ese bien por la vía del comercio jurídico.

La segunda característica que tiene que tener la prenda según este informe del Banco Mundial es la posibilidad de preñar el inventario y las cuentas por cobrar ("inventory and accounts receivable"). Muchos comerciantes e industriales tienen mercaderías en stock y a su vez tienen mercaderías a cobrar, documentadas a veces en títulos valores y a veces no, eso forma una masa de dinero importante que en cualquier parte del mundo puede servir como asiento para una garantía mobiliaria, y nuestras antiguas leyes de prenda no daban la posibilidad concreta y segura de preñar ese tipo de bienes. Básicamente el problema era que el inventario es algo que se renueva, es un conjunto de mercaderías (el fondo de comercio al que se refería la ley francesa al prever la prenda del mismo, así como la ley argentina de 1946 también lo permitía) y nuestro derecho no tenía una ley que permitiera la prenda de mercaderías flotantes con seguridad ya que no había un concepto general que permitiera la subsistencia del gravamen prendatario sobre mercadería que iba cambiando, porque al ser la prenda un derecho real requería la identificación de una cosa concreta sobre la cual recayese el mismo y si esa cosa era enajenada o cambiada por otra esta nueva cosa no era objeto de prenda. Este razonamiento que

teníamos nosotros era formalmente muy adecuado pero comercialmente inconveniente porque el sentido que tiene una garantía no radica en la cosa en sí misma sino en el valor de la cosa, eso es lo que le importa al acreedor, es decir el valor con el que eventualmente puede resarcirse por el incumplimiento de la deuda garantizada.

Esa era nuestra concepción y hay casos como por ejemplo uno de prenda del ganado. Se prendaron vaquillonas de dos años y su ejecución se inició a los 4 años de realizada la prenda; se embargaron animales de dos años, que era lo que indicaba la prenda, pero se argumentó que los animales específicamente prendados tendrían que tener, en el momento del embargo, 6 años, ya que era imposible que tuvieran dos años si eran los mismos animales prendados hacía cuatro años.

Se trataba por tanto de tener un sistema que permitiera que la garantía pudiera flotar y que pueda continuar siendo vigente.

Se planteaba entonces un conflicto entre el acreedor prendario y el tercero y teóricamente ganaba el acreedor prendario porque era muy fuerte esa garantía.

Por ejemplo en el *derecho alemán* esa situación no se da ya que parte de la base de la existencia de una autorización, mediante la cual el acreedor autoriza al deudor a disponer, es a su vez una actuación fiduciaria y por tanto los terceros acreedores adquieren libre de gravámenes.

Es fundamental tener clara este concepto para poder comprender el sistema que se nos ha querido plantear como modelo. En muchos casos la prenda va a estar perfeccionada pero en la forma en que está organizado el sistema, no tiene rei-persecutoriedad contra terceros. Ello parece bastante lógico porque si yo tomo en prenda las mercaderías que hay en una casa de comercio y esa casa de comercio lo que tiene son camisas, es ilógico que luego pretendamos desposeer a los compradores de sus camisas porque estaban prendadas.

Entonces la pregunta es a qué se reduce el derecho del acreedor prendario en un contexto del tipo americano o el del Proyecto de Ley Modelo de Garantías Mobiliarias de la OEA, y la respuesta en mi concepto es que se reduce al otro gran efecto que tiene el derecho real de garantía en nuestro medio que es la preferencia en el concurso, porque si el deudor cae en una figura concursal, ese acreedor va a poder cobrar con preferencia, utilizando un derecho exclusivo sobre ese bien en prelación a todos los demás acreedores.

Hay que distinguir dos conceptos que van paralelos: la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento que en nuestra ley están muy confundidos y sin embargo, tienen connotaciones bien diferentes. La primera es como cualquier hipoteca que tiene el doble efecto, el de la rei-persecutoriedad en el des-

plazamiento porque el acreedor puede ejecutarlo en manos de quien esté y la preferencia en el concurso.

Pero una prenda sin desplazamiento que se realiza sobre un bien no identificable registralmente que no tiene una forma de identificarse, que los terceros puedan fácilmente conocer, justamente en este caso, no puede implicar para los terceros la carga de la posibilidad de un gravamen que no tienen la posibilidad práctica de ir a consultar a ver si existe o no existe.

La reserva de dominio y la transferencia fiduciaria (en derecho alemán) admiten una extensión vertical y una horizontal. La primera no es otra cosa que la subrogación real que opera en nuestro medio, es decir se traslada el gravamen correspondiente a los bienes originalmente prendados. Y la horizontal es la extensión al producido de ese bien; es decir que cuando el deudor enajena el bien en el curso ordinario de sus negocios de acuerdo a la autorización fiduciaria que le dio su acreedor, el producido de esa venta ya sean créditos, vales, dinero en efectivo o "vouchers" de tarjetas de crédito, en la medida en que el acreedor pueda probar que hay una derivación de esos créditos, bienes monetarios o financieros con el bien originalmente prendado, se considera que también están prendados. Esto también se da en el derecho anglosajón. Pero siguiendo con el esquema alemán, vemos que se admite la utilización de la reserva de dominio y de la reserva fiduciaria en garantía sobre una base "ómnibus", y es que yo puedo vender con garantía de dominio y me reservo el dominio en garantía del saldo de la venta de ese bien; pero también puedo utilizarlo en garantía de otras deudas que tiene el cliente para conmigo si yo soy proveedor de él y yo le vendo usualmente algunas cosas; si le vendo un bien con reserva de dominio y me cumple la obligación de saldo de precio correspondiente a ese bien pero no me cumple con otra obligación correspondiente a otro bien, yo puedo utilizar aquel bien como garantía de la deuda correspondiente a otra obligación, o sea utilizo la reserva de dominio con una mayor flexibilidad que permite más comodidad para el acreedor y del mismo modo la transferencia fiduciaria en garantía.

También se regula en el derecho alemán con gran precisión, diferente situación a la de nuestra ley que es muy concisa y poco clara y naturalmente no se puede basar una ley en dos o tres artículos, que son los que regulan el tema desde el punto de vista civil, ya que hay otros artículos que enumeran delitos de tipo penal y una gran parte destinada al aspecto procedimental mientras que la parte sustancial de derecho civil, prácticamente sobre dos o tres artículos. Por ejemplo en el sistema alemán se permite la prenda de materia prima que se puede afectar con un derecho de garantía, pero esa materia prima (por ejemplo madera) va a transformarse en un producto

elaborado (por ejemplo mesas) y si aplicamos nuestra vieja concepción la prenda desaparecería; en realidad se mantiene la garantía en las mesas, pero desde el punto de vista del valor, que es lo que realmente importa, tiene un valor agregado respecto de la materia prima (madera) y eso no puede estar preñado. Entonces en el valor de la manufactura (mesas) va a haber un 50% preñado y un 50% que no lo está. A su vez todo esto presenta particularidades que están perfectamente reguladas en el código de comercio alemán y lo importante es que el acreedor tiene una garantía.

Debemos recordar que vivimos en un momento en que hay que reconocer la influencia que tiene este sistema de garantía, que es muy eficiente y que se está imponiendo a pasos agigantados en el comercio internacional, debido a que sus creadores (alemanes y/o anglosajones) son potencias mundiales, pero además hay que reconocer que es un producto jurídico excelente, muy trabajado, muy eficiente que permite la utilización logrando un justo equilibrio de intereses de deudor y acreedor y como todo lo bueno se ha ido imponiendo en los sistemas de corte latino (España, Italia, Francia), con algunos inconvenientes, es cierto; por ejemplo en Italia recién en el año 98 se admite por la Corte de Casación en forma inequívoca la prenda rotativa, se discutía hasta ese momento si era posible una prenda rotativa. En Francia también hay cierta resistencia de los jueces de admitir esa idea. Pero hay una realidad que es que el comercio internacional exige medios de garantía más flexibles, ya que la prenda tradicional no puede funcionar porque el comercio necesita una inyección de financiamiento y el financiamiento necesita nuevas garantías, es este en definitiva el contexto idóneo para que se desarrollen estas nuevas garantías que se incorporan a través de estos procesos legislativos.

Acerca de si se da una contradicción en el criterio interpretativo que puede tener el registrador sobre lo que es "concretamente identificable" y lo que puede entender un juez en forma posterior, el único argumento que tenemos nosotros son las palabras "concretamente identificable", nosotros le damos la adaptación en el sentido de que hay una base legal que establece márgenes, como una identificación mínima.

En la ley Registral se le exige al registrador una calificación del acto previo y debe tener los requisitos que la ley manda para admitir el registro. El registro es un órgano que tiene responsabilidades y debe calificar el acto conforme a derecho, por tanto el registrador tiene la potestad, conforme a esa ley registral, de entender de buena fe por ejemplo que un bien no es concretamente identificable, entonces rechaza la inscripción, y el acreedor plantea un contencioso registral o sea discute con el registro en una esfera procesal registral que eso que hizo es inadecuado...

De todas formas por lo general se da la inscripción, sin dudas que puede darse lugar a un contencioso, pero generalmente queda como provisorio y pedimos que se aclaren los datos identificatorios, pero repetimos que esa situación casi no se da en los hechos.

II.

El Art. 29 de la ley de Registros establece el Registro Nacional de Prenda sin desplazamiento y dice que se ordenará sobre la base de la previa matriculación del deudor o dador prendario, según corresponda, y la concentración en un solo elemento registral de las operaciones que realice con la garantía de sus bienes muebles.

Es decir, esto para mí define que la identificación del objeto es accesoria, secundaria. El tema de que sea concretamente identificable o no (más allá de que podríamos interpretar el art. 3 en el sentido de que los bienes en él referidos no son tan concretamente identificables), más allá de eso creo que esta norma ve por el buen camino, en el sentido de que lo que importa es identificar al deudor y de alguna forma sería el sistema de la bandera roja que decía el profesor, porque, ¿qué voy a saber yo?, voy a saber que Juan Pérez tiene una prenda escrita de algo, que estará muy bien descrito o muy poco descrito, pero que en definitiva me va a mover a mí a ir averiguar "a ver Sr. Usted quiere que le preste, bueno justifíqueme un poquito que es esto que aparece en el registro que Ud. tiene una prenda" es decir, muchos bienes, pocos bienes.

No voy a ingresar en el tema de si se pueden preñar todos los bienes del deudor porque ahí ya es un problema que quizás nuestras culturas cambian bastante, me refiero a la cultura latina en general y a la cultura anglosajona que digamos tienen una visión distinta en este punto como en otros tantos puntos de Derecho y que tenemos una formación diferente, pero en este punto de vista, creo que acá hay una norma que puede ayudar, y que en definitiva responde a esa nueva visión, porque es coherente con pensar que en definitiva lo que se busca con la nueva ley es ampliar la posibilidad de que el deudor haga operaciones con sus bienes muebles aunque no estén totalmente identificados. ¿Y con qué finalidad?, (lo conversábamos afuera) no con la finalidad de lograr la reipersecutoriedad del efecto (es decir, si un tercero compra o adquiere ese bien que no es fácilmente identificable, y que no tiene forma de averiguar la prenda, bueno, quizás lo compre libre de gravámenes) pero sí de lograr protección en una hipótesis de proceso concursal, de quiebra, de liquidación judicial, o de concordato, en el cual, va a haber una situación de igualdad de todos los acreedores pero yo voy a tener una preferencia. El acreedor aquél que había registrado una prenda sobre determina-

dos bienes, va a tener una preferencia, una prioridad, y eso le confiere al instrumento, una utilidad, o sea que a ese acreedor no es que le va a quedar en nada esa prenda que inscribió.

Última cosa que quiero mencionar: un minuto voy a hablar de la prenda de créditos. Me parece que es algo interesante que está funcionando y me dijeron hoy que el registro estaba admitiendo la prenda de Derechos de promitente comprador, lo cual me parece que es algo que se discutió y no se supo bien en su momento, creo que es un avance muy importante.

Pero en definitiva, ¿cómo interpretamos esta referencia del Art. 3 a que se pueden preñar créditos? En mi opinión es necesario interpretar y conectar esta ley, con la Ley de Factoring (Ley nº 17.202), que regula el tema de la cesión global de los créditos, que en el texto de la ley está tomado como cesión lisa y llana, o cesión pura y simple, pero también creo que surge del texto de la ley que incluye las cesiones en garantía porque dice que se puede hacer por adelantos de dinero en efectivo, entonces en definitiva, si se ceden créditos por un adelanto de dinero, eso significa que está en garantía de ese crédito, de ese adelanto. Esas normas, de la Ley de Factoring, prevén que hay dos situaciones; una de ellas es la factorización de los créditos, que tiene unas ciertas reglas: para que los créditos se transfieran al cesionario hay que cumplir determinados requisitos que están en la ley, "pero", dice, "en la medida en que no se notifique al deudor cedido, a al deudor de la "account", el deudor le va a pagar bien al original acreedor", porque evidentemente esa algo que está en la naturaleza de las cosas, en la lógica y el deudor se va a liberar pagándole al acreedor original porque no recibió ningún aviso, eso es una constante en todos los modelos de ley de factoring y cesión de cuentas por cobrar, lo tiene la UNCITRAL, lo tiene la ley modelo de la OEA, de la CIDIP- VI, digamos que está en todos lados porque es una cosa elemental. Consecuencia: cuando por ejemplo un banco toma una prenda de créditos sin desplazamiento, "todos los créditos derivados de la venta de tal tipo de artículos que se realicen duran-

te el año tal, de la casa de comercio tal", si inscribe esa venta en el Registro, ello no impide que ese deudor de la compra del artículo tal o cual le pague directamente al acreedor original, es decir, al comercio deudor del banco, y ese pago es liberatorio, el banco no va a poder reclamarle a ese deudor concreto que le pague a él.

Entonces, ¿qué es lo que tiene el banco? El banco tiene un instrumento que le permite en caso de incumplimiento, o en caso de quiebra o concordato, reclamar para sí un derecho prioritario sobre esa cartera de deudores procediendo en ese caso si por ejemplo a notificarlos a todos, para que le paguen al banco, pero sobre la base de un derecho precedentemente constituido que no puede ser cuestionado por la masa y que excluye cualquier otro reclamo sobre dichos créditos.

Estas son, telegráficamente, cosas sobre el objeto de la prenda.

...

Finalmente, un breve comentario de despedida nada más. Efectivamente este último tema daba para mucho más: el aspecto procesal, el tema procedimental es otro de los temas en los cuales quizás la ley de prenda no ha cumplido con la expectativa del objetivo original. Los otros días una abogada del banco donde trabajo, de forma totalmente espontánea, me mandó un informe referido a un deudor concreto que había constituido una prenda sobre un vehículo automotor, señalando (palabras textuales) que como a partir de la nueva ley la ejecución era más difícil no había habido resultados. Es decir, daba como una cosa natural que esta ley lo que había hecho, era dificultar la ejecución en lugar de facilitarla; eso referido al tema específico de ciertas garantías que hay que presentar para poder pedir la ejecución, ni siquiera se puede iniciar la ejecución directamente, sino que hay que presentar una garantía de que no va haber un abuso de esa ejecución. En definitiva, le agradezco al profesor Sigman, y espero que en otra oportunidad podamos disfrutar de su conocimiento en este tipo de temas y muchas gracias a todos Uds.