

La propiedad como garantía: las garantías reales mobiliarias en el sistema venezolano de Derecho Internacional Privado

Luis David BRICEÑO PÉREZ*
RVLJ, N.º 13, 2020, pp. 505-531.

«The private international law of security interest is infinitely more complicated than the ordinary contractual conflicts which seem elementary and routine by comparison»¹

SUMARIO

Una dedicatoria... Introducción 1. La propiedad como garantía: Un análisis necesario 2. El problema en la definición 3. El derecho de garantía: el caso venezolano 3.1. Ley de Ventas con Reserva de Dominio 3.2. Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de Posesión 3.3. Otro problema: los contratos enlazados Conclusiones

Una dedicatoria...

Cuando fui invitado a escribir un artículo para un número de la *Revista* en honor al doctor James RODNER, me sentí no solo halagado, sino profundamente conmovido por ser considerado su amigo. Luego de haber trabajado

* **Universidad Central de Venezuela**, Abogado *Magna Cum Laude*; tesista de la Maestría de Derecho Internacional Privado y Comparado; Profesor de Filosofía del Derecho. **Yale University**, participante del *Law Seminar*. U. S. Fulbrighter (2019-2020). Abogado asociado en Rodner, Martínez y Asociados. bluisdavid@gmail.com. Agradezco los comentarios y sugerencias por Jaime Martínez Estévez y Eugenio Hernández-Bretón. Todo error o falta me es imputable a mí.

¹ WOOD, Philip: *Comparative Law of security and guarantees*. Sweet & Maxwell. Londres, 1995, p. 178.

cuatro años con él, tendría muchas cosas que expresar sobre a quien considero no solo un brillante jurista sino un gran ser humano. Su constante consejo y comentarios me hizo un mejor abogado e investigador del Derecho, también me motivó constantemente para seguir mis estudios en los Estados Unidos y para ampliar mis conocimientos sobre el Derecho comercial, bancario y arbitraje internacional.

En mi formación he tenido muchísimos maestros que, en gran parte sin saberlo, han sido un ejemplo que seguir como abogado, y que, gracias a su apoyo y paciencia, me han ayudado a mirar más lejos de mis propias limitaciones, y han puesto nuevas metas y alzar cada vez más las barras. El doctor RODNER es uno de ellos, y estoy seguro de que muchos de los que lo hemos conocido podemos ver más lejos en el Derecho, gracias al camino que nos ha abierto este brillante jurista.

Introducción

Parece ser la tendencia mayoritaria explicar el Derecho como debe ser, sin hacer mayor análisis de la razón de ser de determinadas reglas. En el campo del Derecho comercial debemos entonces analizar el negocio o relación comercial que da razón de ser y se ve afectada por la norma en cuestión². Actualmente, en la doctrina, jurisprudencia e incluso en el ordenamiento jurídico, se ha reconocido la importancia de entender la *ratio legis* de las normas a fin de aplicar el Derecho eficientemente³. Así, se reconoce, al menos implícitamente, que hay todo un mundo racional detrás de cada norma que justifica que en determinados supuestos procedan determinadas consecuencias jurídicas y no otras. Esta conclusión es meridianamente comprobada con normas como la del artículo 5 del Código Orgánico Tributario⁴, ya que

² MENDOZA GIL, Luis Ignacio: «Actualidad de garantías comerciales en Venezuela». En: *Centenario del Código de Comercio venezolano de 1904*. T. II. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2004, p. 1349.

³ El artículo 4 del Código Civil de Venezuela nos habla de la intención del legislador y dentro de esta podemos conseguir las razones que lo llevaron a dictar la norma.

⁴ «Artículo 5.- Las normas tributarias se interpretarán con arreglo a todos los métodos admitidos en Derecho, atendiendo a su fin y a su significación económica,

reconoce que se dará preferencia a la realidad económica perseguida por las partes, que la simple interpretación formalista.

La mera existencia del Derecho como fenómeno social es utilitaria, responde a la necesidad de cumplir con un fin: prevenir el conflicto social o la guerra de todos contra todos o, mejor, supone atemperar el riesgo que implica vivir en sociedad⁵. El Derecho de las garantías puede ser estudiado como parte de la realidad económica en la que viven los seres humanos en sociedad y, por ello, la eficiencia o no de una norma estará determinada por el fin económico perseguido.

Siendo así, la orientación metodológica del presente trabajo intentará tener como norte la realidad económica del sistema de garantías, que no es otra que moderar el riesgo que toda actividad económica supone⁶. Dado que la mayoría de los activos en una economía moderna se basa en bienes móviles –tangibles o intangibles–, un sistema eficiente de garantías permite la ampliación del crédito y, en definitiva, de la actividad económica de un país. Resultados bastante deseables en la economía venezolana.

Las garantías no son más que un corolario del componente de riesgo que toda transacción comercial conlleva. Por eso se les clasifica como una relación contractual accesoria. Dada la natural aversión de toda persona de asumir riesgos, la posibilidad de otorgar y recibir garantías facilita la conclusión de transacciones que de otra forma no se hubiesen concretado. Tan natural, que en el Derecho romano ya existían formas de garantías la *pignus* y *pactum fiduciae*.

1. La propiedad como garantía: Un análisis necesario

El primer gran problema que enfrenta el estudio de las garantías a nivel comparado es entender su concepto. Lo que deba entenderse por garantía afecta

pudiéndose llegar a resultados restrictivos o extensivos de los términos contenidos en las normas tributarias...», *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 6152 extraordinario, del 18-11-14. Ver: *Código Orgánico Tributario comentado*. Ramírez & Garay. Caracas, 2014, p. 97.

⁵ DELGADO, Francisco José: *La reconstrucción del Derecho venezolano*. Editorial Galipán. Caracas, 2012, p. 7.

⁶ MENDOZA GIL: ob. cit., p. 1350.

su reconocimiento en el tráfico internacional. SÁNCHEZ LORENZO señala que la gran complicación del tráfico internacional de las garantías se debe a: la diversidad de normas materiales en el campo, los distintos principios económicos que sustenta las garantías y los distintos supuestos que se dan en la realidad⁷.

De antemano, señalamos que el elemento legislador natural en materia de calificaciones debería ser un tratado, no solo por el carácter internacional de las normas de Derecho Internacional Privado, sino por la democratización de la misma⁸. Y así está reconocido en las normas del sistema venezolano de Derecho Internacional Privado que rigen la materia: la Convención Interamericana sobre Normas de Derecho Internacional Privado⁹ y la Ley de Derecho Internacional Privado (artículo 2)¹⁰. Pese a ello, la doctrina sostiene

⁷ SÁNCHEZ LORENZO, Sixto: *Garantías reales en el comercio internacional (reserva de dominio, venta en garantía y leasing)*. Civitas. Madrid, 1993, p. 65.

⁸ A fin de cuentas, los delegados representan a sus países en la discusión de proyecto, así su participación legítima en términos democrático una solución multilateral, en lugar de un simple reconocimiento de una situación jurídica creada en el extranjero, cuya limitación se da solo por violación al orden público. Sobre la armonización a través de tratados o leyes modelos como democratización Véase: IANNELLO, Pablo: «*The harmonisation of securities law in the Geneva Securities Convention. A Latin American perspective: the case of Argentina*». En: *Uniform Law Review*. Vol. 19, N.º 1. Oxford, 2014, p. 63.

⁹ Actualmente, está en discusión la aplicación de las normas del sistema interamericano adoptadas en Venezuela, debido a TSJ/SCC, sent. N.º 187, del 30-05-19, en donde se consideró que: «Si bien, nuestra República tiene suscrito con la República del Ecuador esta Convención para el reconocimiento y ejecución de sentencias, no es menos cierto que, la República Bolivariana de Venezuela, formalizó su retiro definitivo de la Organización de Estados Americanos, mediante carta de fecha 27 de abril del año 2019, dirigida a dicha organización, por lo que en consecuencia, la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, celebrada en la ciudad de Montevideo, Uruguay en 1979, avalada por el Departamento de Derecho Internacional de la Organización de Estados Americanos, dejó de surtir sus efectos en nuestro país». Para una crítica a esta sentencia ver: <https://cartasblogatorias.com/2019/06/17/venezuela-cese-de-las-cidips/>.

¹⁰ Sobre la calificación ver: MADRID MARTÍNEZ, Claudia: «Instituciones generales de Derecho Internacional Privado: más allá del problema conflictual». En: *Estudios de Derecho Internacional Privado, homenaje a Tatiana Maekelt*. UCAB. V. GUERRA, C. MADRID MARTÍNEZ, Y. PÉREZ coords. Caracas, 2012, pp. 155-226.

que en materia de calificaciones la evidente preferencia es por la calificación *lex fori*, pero es recomendable mantener la visión en el carácter internacional de nuestra disciplina¹¹. Corolario de lo anterior, sostenemos que se vuelve útil el Derecho comparado, una correcta interpretación del artículo 1 de la Ley de Derecho Internacional Privado, según la cual los principios de Derecho generalmente aceptados son fuente del Derecho Internacional Privado, nos ayudará a reconocer el carácter de garantías a situaciones jurídicas perfectamente válidas, aun cuando no encuentren un reconocimiento expreso en el Derecho material venezolano¹². Esta parece ser la tendencia más moderna, aceptada incluso por la *United Nations Commission on International Trade Law* (UNCITRAL)¹³.

La aplicación de la *lex fori* estricta hace que en la práctica no se acepten garantías foráneas dada la alta inseguridad jurídica que origina el hecho de no ser reconocidas por los tribunales, generando consecuentemente inseguridad en el crédito y, en definitiva, retraso económico¹⁴. Una garantía que no sea reconocida, es ineficiente, y dicha ineficiencia se transforma en un riesgo que debe asumir el acreedor, el alto costo de la garantía desmotiva la participación de los inversores en el sistema de crédito. El mejor modelo, a criterio de SÁNCHEZ LORENZO, es el modelo funcional norteamericano, por diversas razones: i. Por su armonía material, consecuencia de su diseño conforme a los intereses de mercado; ii. por dotar de máxima continuidad a las garantías creadas en el extranjero¹⁵.

¹¹ Ídem.

¹² Sin embargo, hay que reconocer que los privilegios solo se crean por ley, como lo dice el Código Civil, artículo 1866.

¹³ «*In principle, a court or other authority will use its own law whenever it is required to characterize an issue for the purpose of selecting the appropriate conflict of laws rule. The question arises, however, as to whether the conflict-of-laws rules of a State relating to security rights should also apply to other transactions that are functionally similar to security rights, even if they are not covered by the substantive secured transactions regime of that State (for example, retention-of-title sales, financial leases and other similar transactions)*», *UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions*. Nueva York, 2010, p. 385.

¹⁴ *Ibid.*, p. 27.

¹⁵ SÁNCHEZ LORENZO: *ob. cit.*, p. 287.

La gran ventaja del artículo 9 del *Uniform Commercial Code*, y al mismo tiempo su diferencia con el sistema civil, es que simplifica las formalidades necesarias para constituir válidamente las garantías, y, por otra parte, otorga mayores y mejores derechos de cobro, retención y hasta apropiación, en ciertas circunstancias, de los efectos dados en garantía.

Una garantía eficiente debe, por lo menos, contener: i. una adecuada valoración entre la garantía y la relación garantizada; ii. posibilidad de ejecutar la garantía sin incurrir en costos adicionales y iii. excluir las pretensiones de terceros, dado que el patrimonio es la prenda común de los acreedores¹⁶. Cuestión que no pasa en Venezuela.

Ahora bien, en las garantías mobiliarias subyace el problema de la posibilidad de que un derecho ejerza funciones distintas a aquellas para las que originalmente fue creado, pensamos que un argumento en contra de este uso sería el abuso del derecho¹⁷. A primera vista, se asemeja al problema de la causa de los contratos. Inicialmente, somos de la opinión que, si el uso del derecho no tiene un fin ilícito o evitar la aplicación de normas de orden público, tal como sería el caso del fraude, no hay motivo para negar el despliegue de efectos jurídicos.

Tradicionalmente, los fines del derecho de propiedad son el valor de uso y su valor de cambio¹⁸. Pero, como señala SÁNCHEZ LORENZO, el desarrollo social ha cambiado las funciones del derecho de propiedad, permitiendo que en el término «disfrute económico» se incluya el uso del bien como garantía real de un crédito¹⁹. Como apunta CARNELUTTI²⁰, en general, cualquier garantía cumple dos funciones. En primer lugar, desde el momento de su constitución y hasta el vencimiento de la obligación garantizada, sujeta los objetos gravados

¹⁶ *Ibid.*, p. 1355.

¹⁷ Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: *Instituciones fundamentales del Derecho Civil*. CENLAE. Caracas, 2009, pp. 225 y ss.; también de la misma autora: *Curso de Derecho Civil III Obligaciones*. Editorial RVLJ. Caracas, pp. 681 y ss.

¹⁸ Facultad de disposición del mismo, de enajenarlo o gravarlo.

¹⁹ SÁNCHEZ LORENZO: *ob. cit.*, p. 30.

²⁰ CARNELUTTI, Francesco: «*Natura giuridica dell'ipoteca*». En: *Revista di Diritto Processuale Civile*. T. I. Padova, 1939, p. 55.

al cumplimiento de la obligación garantizada. Es la primera fase del derecho de garantía o también llamada «función de seguridad», así lo señala el artículo 1837 del Código Civil venezolano. En segundo lugar, está la función satisfactoria, servir de fuente de pago de la deuda garantizada, función expresa en el artículo 1838 *eiusdem*.

En principio, pareciera haber una contradicción entre la función de garantía con la del derecho de propiedad. Pues, en la primera se da un derecho de preferencia sobre la realización de un bien, mientras que, en la segunda, se busca el uso y disfrute de la cosa. Pero, a criterio de SÁNCHEZ LORENZO, esta contradicción se diluye si se observa el especialísimo uso de las garantías de la propiedad en relación con la función satisfacción. El acreedor recupera el valor de uso y disposición del bien, o bien ostenta su propiedad fiduciaria. Señala el maestro español que en el primer caso se verifica en el caso de *leasing* o reserva de dominio simple, y el segundo caso es la propiedad fiduciaria²¹. La aparición de los derechos reales-garantías no solo surge como una evolución lógica del sistema de garantías, sino responde a una necesidad económica. Los sistemas clásicos son económicamente ineficientes porque aíslan la posesión del titular del bien por el mero hecho de estar garantizada una obligación con ese bien. El historiador del Derecho Comercial en el *common law*, el profesor KOZOLCHYK, señala que al permitir «al deudor hipotecario retener la titularidad y posesión de su inmueble se facilitó no solo su capacidad de producción o generación de ingresos sino también la posibilidad de pagar mucho más fácilmente su obligación hipotecaria»²².

No solo razones económicas motivaron la aparición de esta modalidad de ejercicio del derecho de propiedad. También razones jurídicas. En comparación con los derechos clásicos de garantías, en los cuales se le da al acreedor garantizado un mero derecho de preferencia²³ a la realización del bien, los

²¹ SÁNCHEZ LORENZO: ob. cit., p. 30.

²² KOZOLCHYK, Boris: «Estado actual de la implementación de la Ley Modelo de Garantía Mobiliaria de la OEA en América Latina». En: *Libro homenaje al profesor Alfredo Morles Hernández*. T. IV. UCAB. A. USCÁTEGUI y J. RODRÍGUEZ, coords. Caracas, 2012, p. 64.

²³ Que depende a veces de la circunstancia de la posesión por parte del acreedor del bien garantizado.

derechos de propiedad-garantía en algunos países son bastantes efectivos en los procesos concursales. La prenda sin desplazamiento no impide que los bienes garantizados por ella integren la masa de acreedores²⁴ o cedan frente a los privilegios generales establecidos por ley –deudas públicas, salarios, obligaciones tributarias, etc.²⁵–. Por la existencia de la prohibición del *pacto comisorio*, el acreedor solo tiene un derecho a la ejecución del bien.

Por su parte, la condición de propietario que da los derechos establecidos por el *leasing* o de la venta con reserva de dominio implica un derecho de separación del bien de la masa del concurso²⁶; adicionalmente, la circunstancia de propietario da una protección frente a terceros adquirentes mitigando los efectos de la enajenación del bien por parte del deudor.

Desde el punto de vista del deudor, siendo que en algunos sistemas no es necesario el registro de la garantía, se abarata la transacción, y adicionalmente, señala SÁNCHEZ LORENZO, la publicidad de la misma es un reconocimiento de la necesidad de liquidez por parte del deudor, lo cual puede ser inconveniente²⁷.

La misma evolución del comercio ha requerido nuevas formas para asegurar el crédito sin inmovilizar o frenar el curso normal de los negocios. Por tal razón, ha aparecido el concepto de «derivables». A criterio de KOZOLCHYK, los derivables, o bienes atribuibles, tienen su origen en el Derecho romano²⁸. Necesidad del comercio, reconocida en la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias²⁹ –o Ley Modelo OEA– y en artículo 9 del *Uniform Commercial Code* de Estados Unidos. Así, existe un derecho de rastreo frente a bienes en general, incluyendo títulos valores, pólizas de seguros, depósitos

²⁴ Código de Comercio, artículos 905, 937.5 y 939.

²⁵ Artículos 1869 al 1876 del Código Civil y 151 Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras.

²⁶ KOZOLCHYK: ob. cit., pp. 32 y ss.

²⁷ Ídem.

²⁸ *Ibíd.*, p. 83.

²⁹ http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/garantias_mobiliarias_Ley_Modelo_Interamericana.pdf.

bancarios o derechos cedidos³⁰, siempre y cuando estos últimos pudiesen ser atribuibles a la venta o intercambio de la garantía mobiliaria original.

Las anteriores consideraciones se refieren a la relación del acreedor y deudor en el marco del nuevo derecho de garantía. Desde el punto de vista macroeconómico, el sistema de garantía moderno posee beneficios incuestionables³¹. Una publicación del International Finance Group del World Bank Group (IFC) señaló que el sistema moderno de garantías basado en un sistema coherente como el propuesto por los codificadores internacionales³² producen beneficios en la política económica, entre ellos: aumenta el acceso al crédito reduciendo el riesgo de las operaciones económicas³³, lo cual es lógico porque la mayoría de las empresas, especialmente en países en desarrollo, tienen sus activos en bienes muebles –tangibles e intangibles–³⁴. Adicionalmente, reduce el costo del crédito, pues da mejores tasas de interés; este efecto es entendible si se toma en cuenta la función del interés en la seguridad del crédito.

³⁰ No regulado expresamente en Venezuela.

³¹ De hecho, un prominente economista del World Bank intentó demostrar cómo la escasez y el alto costo del crédito en las garantías en Latinoamérica es un factor significativo para el desarrollo del bloque. Para el estudio ver: HEYWOOD, Fleising: *Secured Transactions: the Power of Collateral*. World Bank Group. Nueva York, 1966. La literatura en este sentido es amplísima, por ejemplo, ver: <https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/c5be2a0049586021a20ab719583b6d16/securedtransactions-systems.pdf?mod=ajperes>.

³² Ver: Ley Modelo de la OEA, Guía Legislativa de Transacciones Garantizadas de UNCITRAL (CNUDMI), Principios del Banco Mundial sobre Derechos de los Acreedores e Insolvencia, Guía sobre Garantías Mobiliarias y Registros de Garantías del International Finance Corporation.

³³ ALVAREZ DE LA CAMPA, Alejandro: *Increasing Access to Credit through Reforming Secured Transactions in the MENA Region*. World Bank. Policy Research Working Paper N.º 5613. 2011, p. 37, <http://documents.worldbank.org/curated/en/218541468110956148/pdf/WPS5613.pdf>.

³⁴ «Around the world movable assets, not land or buildings, often account for most of the capital stock of private firms and an especially large share for micro, small and medium-size enterprises. In the United States movable property makes up about 60 % of the capital stock of enterprises», ver: *Making a Difference for Entrepreneurs, Reporte Annual*. World Bank Group, 2011, p. 39, <http://www.doingbusiness.org/~media/GIAWB/Doing%20Business/Documents/Annual-Reports/English/DB11-FullReport.pdf>.

El interés, en principio, cumple una función compensatoria: el beneficio que se exige en compensación por el préstamo, por la pérdida que implica para el acreedor el no disponer del dinero por el tiempo que dure el contrato. Además, cumple una función de seguridad porque la tasa de interés será fijada dependiendo de la proporción de la cantidad prestada y el valor de los activos que respaldan el pago de ese préstamo (*ratio of loan to collateral*). Si es confiable esta proporción, el acreedor podrá otorgar un crédito comercial sujeto a intereses más bajos, pues hay un menor riesgo para acreedor³⁵. Al ampliar la variedad de bienes susceptibles de garantizar una obligación, se libera la función del interés como garantía. Estudios del Banco Mundial demuestran que, en un ambiente de crédito competitivo, la reducción del riesgo que resulta de la adopción de un sistema de crédito puede convertirse en ahorro para las personas a través de intereses más bajos³⁶. En conclusión, no solo disminuye la tasa de interés, sino de los plazos necesarios para la devolución del préstamo –menos costo financiero, más pronto pago–³⁷.

En tercer lugar, se promueve la diversificación de crédito, con lo cual se aumenta la competitividad de la economía, por permitir la inclusión de nuevos modelos de inversión que a todas se están dando en el comercio. Este efecto está condicionado a la mutabilidad del crédito y al hecho de que puedan establecerse varias garantías sobre el mismo bien. Con lo cual la reforma de la legislación en garantía sino deseable es aconsejable³⁸.

³⁵ KOZOLCHYK enfatiza la conexión entre el riesgo del crédito y la relevancia de la propiedad personal para la evaluación y mitigación de dicho riesgo. Ver: KOZOLCHYK, Boris: «*The Law and the Credit Structure in Latin America*». En: *Vanderbilt Journal of International Law*. Vanderbilt, 1967, p. 33.

³⁶ Ver: //rru.worldbank.org/PublicPolicyJournal; también: Wade Channell, *Freedom to Pledge, Expanding the Realm of Property Right to Increase Access to Credit* en <http://www.inlap.org/efn/index.htm>.

³⁷ Casi un tercio de la tasa de interés anual de aproximadamente 40 % pagada por los prestatarios brasileños durante el periodo estudiado era atribuible a las incertidumbres jurídicas inherentes a la recuperación de la cantidad prestada, <http://www.supersociedades.gov.co/web/comision/entrega7/elcrpobrezarevdec706.pdf>.

³⁸ Altamente aconsejable el estudio: KOZOLCHYK, Boris: «*Secured Lending and Its Poverty Reduction Effect*». En: *Texas International Law Journal*. Vol. 42, N.º 2. Texas, 2007, p. 727.

Por supuesto, este aspecto no escapa de las críticas que muchas voces alzan en su contra. En primer lugar, se le acusa de promover la llamada *false wealth*, es decir, el deudor tiene muchas posesiones, pero pocos bienes. En segundo lugar, en caso de insolvencia, los deudores quirografarios obtienen menor satisfacción de su crédito que los acreedores garantizados³⁹. También se le critica, porque establecer prioridades afecta la estabilidad de las transacciones comerciales; además se le reprocha que puedan ser utilizadas con fines de fraude a la ley o lavado de dinero⁴⁰.

2. El problema en la definición

La acogida de la Ley Modelo de la OEA en países del *civil law* y del *common law* se debe, como señala KOZOLCHYK, a que está construida sobre la base de conceptos heredados por ambos sistemas del Derecho romano⁴¹. Ambos sistemas reconocen la posibilidad de coexistencia de derechos reales –de dominio o posesión– sobre el mismo bien aun cuando estén en posesión de otro (*iura in re aliena*). Aunque, quizás, señalar que la compatibilidad de la Ley Modelo se debe simplemente a la exportación de los conceptos del Derecho romano, es una inferencia simplista. De hecho, su acogida es debida a la visión integracionista de los redactores, motivados por adaptar el sistema de garantía a las tendencias internacionales, tratando de responder a las exigencias del comercio sin desestimar lo propio de cada sistema.

Lo anterior es cierto si se analiza cómo evolucionó el sistema de garantías en Estados Unidos. La aparición del requisito de registro de la hipoteca inmobiliaria responde a la presunción de mala fe y fraude que subsistía cuando las hipotecas no establecían el requisito de transferencia de la posesión al acreedor garantizado. Semejante regla aparecía en la sección 230 de la Ley de 1820 de Nueva York. Con la inscripción en el registro se hacía innecesaria la transferencia

³⁹ Pensamos que esto es una «petición de principio», o sea, una falacia lógica. En efecto, las garantías se establecen para palear los efectos de la regla general de concurso, a saber, *la par conditio creditorum*.

⁴⁰ Ver estas y otras objeciones en WOOD: ob. cit., p. 4.

⁴¹ KOZOLCHYK: ob. cit. («Estado actual...»), p. 63.

de posesión⁴². KOZOLCHYK –citando a GILMORE– señala que la venta con reserva de dominio era popular en Estados Unidos por tener en ella el acreedor garantizado una situación mejor a la del acreedor hipotecario⁴³. La preferencia además se debía a tres razones: a. no debían ser registradas, b. era dificultosa su ejecución, pues los bienes en reserva de dominio se consideraban de la propiedad del deudor, y c. las limitaciones en materia de usura, pues cobrar más del interés permitido en la hipoteca podría ser considerado usurario⁴⁴.

Luego de la Segunda Guerra Mundial, la existencia de varios ordenamientos jurídicos interestatales ponía en peligro la seguridad jurídica de las transacciones. Lo que hizo necesaria la aparición de un Código Uniforme, lo que dio paso a la aparición del artículo 9 del *Uniform Commercial Code*⁴⁵. También a efectos de la Ley Modelo influyó la *fiducia cum creditore* alemana y su adaptación en el *Sicherungs Bereignung*⁴⁶, aunque con dos diferencias: la primera, es que la posesión, preferencia que otorga la Ley Modelo OEA al acreedor con garantía mobiliaria, requiere de inscripción para afectar los derechos de terceros; la segunda, es que la Ley Modelo OEA da un derecho de preferencia –un derecho real relativo–, mientras en el Derecho alemán concede una propiedad fiduciaria⁴⁷. Desde un punto de vista del análisis económico del Derecho, el esquema de la Ley Modelo OEA es más eficiente, pues el hecho de que sea una propiedad fiduciaria la que se otorgue en el sistema alemán, limita la posibilidad del deudor de obtener otros y diferentes financiamientos pues ha perdido la propiedad del bien. En conclusión, en el marco de la Ley Modelo OEA no se trata de determinar quién es el propietario de tal o cual derecho sometido a una garantía, sino «determinar el mejor poseedor». Para solucionar dicho problema de prelación, la Ley Modelo OEA escoge el principio general

⁴² *Ibid.*, pp. 66 y ss.

⁴³ *Ídem.*

⁴⁴ *Ídem.*

⁴⁵ La versión original data de 1952 y su última revisión es del 2014.

⁴⁶ En esta, el deudor vendía el bien garantizador al acreedor con la concomitante obligación de este último de retransmitir esta titularidad al deudor una vez que este hubiese pagado su préstamo.

⁴⁷ KOZOLCHYK: *ob. cit.* («Estado actual...»), p. 70.

de temporalidad, lo que requiere su registro. Esta conclusión es evidente en el artículo 2 de la Ley Modelo OEA⁴⁸.

Para comprender las tensiones entre la Ley Modelo OEA y el artículo 9 del *Uniform Commercial Code* hay que entender la diferencia creada en el Derecho romano entre acciones *ad rem*, *in rem* e *in personam*. Los derechos *in rem* son aquellos ejecutables u oponibles frente a todos, es un derecho a la cosa, es universal pues se ejerce frente a todos⁴⁹. Distinto al derecho *in personam*⁵⁰, típico del derecho de obligaciones en donde el deudor está perfectamente individualizado y se exige una prestación de él. Por su parte, los derechos *ad rem* no son un derecho sobre el objeto, sino contra la persona que se ha comprometido a entregarlo⁵¹. En definitiva, tanto los derechos en el marco de la Ley Modelo OEA y el artículo 9 del *Uniform Commercial Code* dan lugar a derechos *in rem* y *ad rem*⁵². Siendo que, si el objeto de la garantía son bienes futuros, serán derechos *ad rem* los que se darán; si los bienes existen al momento de la constitución de la garantía son *in rem*.

Para AGUILAR GORRONDONA, es una garantía aquella que en un sentido general amplía el poder jurídico del acreedor, es decir, añade al crédito algo que por sí mismo no tiene y refuerza la capacidad de satisfacción del acreedor. El autor identifica las garantías, en sentido amplio, como «la concesión voluntaria al acreedor de una situación más favorable de la que tiene el acreedor

⁴⁸ «... Cuando a una garantía mobiliaria se le dé publicidad de conformidad con esta Ley, el acreedor garantizado tendrá derecho preferente a ser pagado con el producto de la venta de los bienes gravados».

⁴⁹ KUMMEROW, Gert: *Bienes y derechos reales, Derecho Civil II*. 4.^a, McGraw-Hill. Caracas, 1997, p. 75.

⁵⁰ Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: «Entre los derechos reales y los derechos de crédito». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N.º 9. Caracas, 2017, pp. 51-81, www.rvlj.com.ve.

⁵¹ <http://thelawdictionary.org/jus-ad-rem/>. Ejemplos claros son el usufructo y las servidumbres, derechos reales imperfectos.

⁵² KOZOLCHYK, Boris: *Las garantías mobiliarias y el Derecho Comercial del siglo XXI. La Ley Interamericana de Garantías Mobiliarias (Ley Modelo) de la Organización de Estados Americanos*. OEA. Arizona, 2005, p. 13.

quirografario»⁵³. Por otra parte, la UNCITRAL define el derecho obtenido a través de la garantía como un «derecho consensual sobre bienes muebles que garantizan el pago u otro cumplimiento de una o más obligaciones»⁵⁴. Entendido así, las garantías en general, sin distinguir entre real o personal, tratan de palear el efecto general del principio del concurso (*par conditio creditorum*). En nuestro ordenamiento jurídico está reconocido en el artículo 1864 del Código Civil. Sin embargo, estima la doctrina que no debe calificarse como garantía a situaciones jurídicas o mecanismos que parecen identificarse con ellas⁵⁵. MORLES HERNÁNDEZ –citando un trabajo de ROCA TRÍAS– señala como elementos diferenciadores para situaciones semejantes a las garantías los siguientes: «aquellas situaciones consecuencia natural de la obligación principal y aquellas en que imponen al deudor mayores obligaciones de aquellas derivadas naturalmente de la obligación pactada»⁵⁶.

No es este el lugar ni el objeto del presente estudio analizar las situaciones o contratos similares a la garantía. Nos basta con señalar que la importancia de la distinción entre situaciones que son o no garantías se refiere a los problemas prácticos que deriva su traslado de un sistema a otro, el operador jurídico debe en el caso concreto determinar si el contrato, cuyo reconocimiento se pretende, cumple con lo que el legislador venezolano entiende por garantía, y en caso de no hacerlo, será reconocido solo si no viola principio de orden público⁵⁷. Más interesante, desde punto de vista del Derecho Internacional Privado, es el reconocimiento de situaciones jurídicas denominadas

⁵³ AGUILAR GORRONDONA, José Luis: *Contratos y garantías. Derecho Civil IV*. 12.^a, UCAB. Caracas, 2010, p. 17.

⁵⁴ Vale notar que la UNCITRAL distingue el pago del cumplimiento; en ese sentido, sostiene que el «cumplimiento» es el género y el «pago» uno de sus especies. Esta distinción, para nosotros, es ociosa pues pago y cumplimiento es lo mismo. Ver: Comisión de las Naciones Unidas para la Ley de Comercio Internacional, Grupo de Trabajo VI Intereses de Garantía, Primera sección: *Guía Legislativa del Anteproyecto sobre Transacciones Garantizadas, Informe del Secretario General*. Nueva York, 20 al 24 de mayo de 2002, p. 6.

⁵⁵ MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo: *Garantías mercantiles*. UCAB. Caracas, 2010, p. 56.

⁵⁶ Ídem.

⁵⁷ Para un estudio pormenorizado sobre situaciones jurídicas que no son garantías, remitimos al Capítulo II del libro de MORLES HERNÁNDEZ: *ut supra* cit., pp. 55-112.

«garantías», pero que son diferentes a los principios básicos del Derecho de Crédito y cuya legalidad es discutible; nos referimos, por supuesto, a las llamadas «garantías abstractas»⁵⁸.

La Ley Modelo OEA no da una definición expresa de lo que es garantías mobiliarias. En general, la Ley Modelo establece cuáles obligaciones pueden garantizarse (artículo 1), sobre cuáles bienes muebles específicos pueden establecerse (artículo 2), el derecho que se deduce de su constitución y posterior registro (artículo 2 *in fine*). La Ley Modelo siguió la tendencia legislativa de no dar una definición como tal, sino someter todas las garantías a un mismo régimen y, solo cuando la particularidad del caso concreto así lo requiera, aplicar reglas especiales⁵⁹. Siguiendo la técnica legislativa moderna, la Ley Modelo OEA da una definición de algunos términos para la correcta interpretación de la misma (artículo 3). Es interesante que la descripción de los bienes sobre los que pueden constituirse garantía, a nuestro modo de ver, sea enunciativa. Esa es la conclusión del uso del vocablo «puede» (artículo 4).

⁵⁸ Sin embargo, señalamos que también el estudio de las llamadas garantías abstractas extiende por demasía las pretensiones del presente trabajo. Aunque llamamos la atención que en el Derecho venezolano es pobre el estudio que se ha hecho a nivel de derecho material. Desde la perspectiva de Derecho Internacional Privado su estudio ha sido casi inexistente. En cuanto al aspecto material de las garantías a primer requerimiento, remitimos: SÁNCHEZ CALERO, Fernando (ponente general): *Las garantías a primera demanda*. Fundación BBV. Madrid, 1996, *passim*, y el trabajo de RODNER S., James Otis: «Utilización de la garantía independiente». En: *Libro homenaje al profesor Alfredo Morles Hernández*. T. IV. UCAB. A. USCÁTEGUI y J. RODRÍGUEZ, coords. Caracas, 2012, pp. 493 y ss. Y, por supuesto, el novísimo trabajo de RODNER S., James Otis: *Garantías independientes a primer requerimiento*. Cámara de Comercio Internacional, Comité Español-Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Barcelona, 2019, *passim*.

⁵⁹ De hecho, una de las críticas que se hace a México, uno de los primeros países en adoptar la Ley Modelo, es precisamente que no ha podido unificar el concepto de garantía y perdió el espíritu de la Ley al no unificar el régimen. Ver: DEL DUCA, Patrik: «Mexico's Secured Lending Reforms». En: *Uniform Commercial Code Law Journal*. Vol. 33. Minesota, 2000, p. 225.

3. El derecho de garantía: el caso venezolano

Las normas venezolanas sobre los derechos de garantías están contenidas en distintas secciones del Código Civil y del Código de Comercio y en diversas leyes especiales⁶⁰. A efectos del presente trabajo, solo analizaremos el régimen de la venta con reserva de dominio, la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento de posesión.

Solo mencionaremos que MESSINEO señala que la verdadera diferencia entre la prenda e hipoteca es que en la prenda se despoja de la posesión de la cosa, mientras que la hipoteca hace posible que el deudor permanezca en la posesión, y, por consiguiente, en el goce directo de la cosa. Es decir, el criterio importante, es si la garantía otorga un interés posesorio.

En general, el régimen venezolano está desactualizado y daña la competitividad de Venezuela en el comercio internacional. Desde un punto de vista del análisis económico del Derecho, un instrumento es eficaz en tanto y en cuanto los beneficios por su adopción son mayores a los de su no adopción. Ambos instrumentos son innecesariamente restrictivos y obsoletos⁶¹. Además, ambos poseen excesivos procesos burocráticos que no solo encarecen la transacción —transmitiendo dicho costo al potencial acreedor garantizado—, sino que la someten a formalidades no esenciales⁶². El excesivo formalismo y restricción de la ley puede ser entendida, en palabras de GOLDSCHMIDT: «el

⁶⁰ Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de Posesión, publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N.º 1575 extraordinario, del 04-04-73; Ley sobre Ventas con Reserva de Dominio, *Gaceta Oficial* N.º 25 856, del 07-01-59; Decreto N.º 1506 con fuerza de Ley de Comercio Marítimo, *Gaceta Oficial* N.º 5551 extraordinario, del 09-11-01; Ley de Instituciones del Sector Bancario, *Gaceta Oficial* N.º 40 557, del 08-12-14; Ley de Aeronáutica Civil, *Gaceta Oficial* N.º 38 226, del 12-07-05; Ley de Derecho de Autor, *Gaceta Oficial* N.º 4638 extraordinario, del 01-10-93.

⁶¹ El régimen de la venta con reserva de dominio, la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento de posesión.

⁶² Por ejemplo, de acuerdo con el artículo 19 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria se requiere la autorización oficial previa para constituir una hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento de posesión.

legislador venezolano, tomando en consideración los antecedentes nacionales y extranjeros, tratados en esta publicación en otros lugares, se ha esforzado en encontrar un equilibrio entre los intereses de los vendedores y los de los compradores, al reglamentar las ventas a crédito de cosas muebles con reserva de dominio»⁶³. A continuación, haremos algunos comentarios comparativos de estos instrumentos en relación con la Ley Modelo. La dificultad y demora para hacer valer las garantías, por demoras judiciales u otras razones, hacen que estas pierdan parte del efecto positivo perseguido.

3.1. *Ley de Ventas con Reserva de Dominio*

La venta con reserva de dominio es un tipo de venta en la cual el vendedor se reserva la propiedad de la cosa vendida hasta que el comprador pague íntegramente su precio. La doctrina italiana y francesa criticaban la existencia de esta figura legal, en cuanto, a su parecer, afectaba el carácter consensual de la venta. En opinión de AGUILAR GORRONDONA, la crítica se diluía al considerar que este principio no es de orden público⁶⁴. Sin embargo, con la aparición de la Ley se resolvió el problema, pues aun cuando afectase el carácter consensual de la venta, se puede alegar que tal situación es posible por la existencia de una ley especial, con lo cual la crítica desaparece completamente.

La normativa especial es breve, aunque responde a las características del comercio para su época. Y de acuerdo con uno de los «considerandos» de la Ley, esta fue dictada para añadir normas procesales con el fin de que se cumplieran plenamente con su finalidad de proteger los intereses tanto de los vendedores como de los compradores. Hay una restricción en cuanto al tipo de bien en donde puede ser constituido, a saber, solo los bienes muebles por su naturaleza⁶⁵. Con todo, la Ley es restrictiva, en tanto no admite la venta con

⁶³ *Las ventas con reserva de dominio en la legislación venezolana*. Publicaciones del Ministerio de Justicia. Caracas, 1956, p. 56.

⁶⁴ AGUILAR GORRONDONA: ob. cit., p. 293.

⁶⁵ Una opinión disidente es la de MORLES HERNÁNDEZ: ob. cit., pp. 192 y ss., para quien el hecho que la ley especial expresamente establezca que puede constituirse sobre bienes muebles no obsta para que se constituya sobre bienes inmuebles. Somos de la opinión que, si bien es cierto, no hay una prohibición expresa a la estipulación en bienes inmuebles, en caso que se establezca una reserva de dominio sobre este

reserva de dominio «prolongada», pues no puede ser objeto de venta con reserva de dominio bienes destinado a la reventa o transformación (artículo 2) y establece un plazo máximo para el pago del precio –cinco años, artículo 11–. Es evidente que esta disposición contrasta con los artículos 1 y 2 de la Ley Modelo OEA, en los cuales no hay límite en cuanto al tipo de bienes que puede ser garantizado. Más inquietante aún es la disposición de la Ley según la cual la reserva de dominio solo puede establecerse para garantizar el mismo bien que se está comprando.

El problema que de por sí representa los limitados bienes sobre los que puede constituirse la garantía, se complica si llevamos la discusión al ámbito del Derecho Internacional Privado. ¿Cuáles son los efectos que producirá una reserva de dominio constituida en el extranjero en Venezuela? Uno de los problemas es el conflicto móvil. Una visión tradicional del problema diría que con el desplazamiento del bien habrá que respetarse los derechos constituidos válidamente en el extranjero, salvo que estos afecten el orden público⁶⁶. Habrá que considerar también los efectos frente a terceros de buena fe, quienes pueden desconocer la precariedad de los derechos del comprador con reserva de dominio.

No obstante, somos de la opinión de SÁNCHEZ LORENZO, relativa a la transposición de instituciones, máxime si el orden público de acuerdo de la Ley de Derecho Internacional Privado está reconocido de forma atenuada. Según SÁNCHEZ LORENZO⁶⁷, se debe distinguir el problema del reconocimiento entre los efectos *inter partes* y su oponibilidad frente a terceros. Aceptar la validez del primero conforme a la *lex rei sitae* anterior, no implica necesariamente aceptar su oponibilidad. Se trata en el fondo de equilibrar el principio de la

tipo de bienes no son aplicables las normas de la Ley especial, en cuanto la clara voluntad del legislador es regular el supuesto de bienes muebles. En caso de bienes inmuebles habrá que aplicar las normas sobre venta en general.

⁶⁶ ROUVIER, Juan María: «El reconocimiento en Derecho Internacional Privado de las garantías reales sin desposesión constituidas en el extranjero. Legislación venezolana». En: *Ponencias venezolanas al X Congreso Internacional de Derecho Comparado*. UCV. Caracas, 1978, p. 144.

⁶⁷ SÁNCHEZ LORENZO: ob. cit., p. 102.

autonomía de voluntad de las partes y el principio de tipicidad de las garantías⁶⁸. En definitiva, acogemos que no hay razón para desconocer *prima facie* la constitución de una garantía en el extranjero que se haya constituido sobre bienes distintos a los señalados en la Ley; hacerlo es desconocer los principios que subyacen en esta rama del ordenamiento⁶⁹. Adicionalmente, la misma Ley de Derecho Internacional Privado que regula el problema del conflicto móvil de bienes señala que «El desplazamiento de bienes muebles no influye sobre los derechos que hubieren sido válidamente constituidos bajo el imperio del Derecho anterior»⁷⁰, con lo cual puede interpretarse y aplicarse la misma conclusión que SÁNCHEZ LORENZO nos señala.

Otro aspecto criticable en la Ley *in commento* son los artículos 13 y 14. Un vendedor no puede demandar para recuperar la posesión del bien hasta que el comprador haya incumplido pagos por valor de más de un octavo del precio de compra. La carga que se le impone al acreedor garantizado es ineficiente, pues deberá esperar más de un retraso en el pago para poder ejercer acciones o solo limitarse a cobrar una vez dividido el cronograma de pago en ocho partes.

El artículo 5 *eiusdem* establece formalidades para la oponibilidad que no son necesariamente contrarias a la Ley Modelo OEA, que sujeta los efectos frente a terceros de las garantías a la formalidad del registro (artículo 10). No obstante, hay limitaciones en cuanto al contenido del registro, los años en los que pueden constituirse⁷¹, el régimen de notificaciones en caso de cambio de domicilio del comprador o de la ubicación del bien⁷².

Además, la Ley no da una garantía real contra el derecho concursal. A saber, los artículos 17 y 18 establecen simplemente la resolución del contrato por

⁶⁸ Sobre los principios generales de las garantías en el Derecho venezolano ver: MORLES HERNÁNDEZ: ob. cit., p. 39.

⁶⁹ SÁNCHEZ LORENZO: ob. cit., p. 107. Aunque queda un problema: y es cómo defender a los terceros de buena que puedan negociar sobre el bien con el comprador con reserva de dominio.

⁷⁰ Extracto del artículo 28 de la Ley de Derecho Internacional Privado.

⁷¹ Artículo 10 de la Ley de Venta con Reserva de Dominio.

⁷² Artículo 8 *eiusdem*.

parte del deudor cuando el comprador es declarado en quiebra. Parece ser una norma fundamentada en el artículo 1212 del Código Civil. Lo curioso es determinar qué pasa si la quiebra es del vendedor. Siendo un contrato sinalagmático perfecto, si el vendedor es declarado en quiebra debería el comprador tener algún tipo de protección más allá de la simple resolución del contrato⁷³. Solución que ni si quiera la Ley especial contempla, pero que pudiese exigirse en el marco del artículo 1212 del Código Civil. Como no se ha perfeccionado la transferencia de la propiedad, es más que evidente que el comprador no puede oponer su derecho frente a la masa de concurso, más allá de la simple posesión. Aunque reconocerle tal posibilidad al comprador, pareciera ser un derecho de retención que no está reconocido en la Ley y, por tanto, violaría el principio de la legalidad. La jurisprudencia debería resolver este punto.

Finalmente, basta señalar que el comprador no puede realizar actos de disposición sobre la cosa mientras dure la reserva de dominio (artículo 9). El incumplimiento de esta y demás obligaciones por parte del comprador dará derecho al vendedor a pedir el precio de la venta inmediatamente o la reivindicación de la cosa de mano del tercero. Esto también va en detrimento del espíritu de la Ley Modelo OEA –donde los derechos por ella reconocidos permiten que el mero poseedor pueda constituir garantías–, en nuestra Ley especial sin la debida autorización del vendedor no podrá darse garantías.

En definitiva, la legislación es poco atractiva y obsoleta por las razones ya señaladas. Desde el punto de vista económico, es una garantía costosa para el comprador.

3.2. Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de Posesión

La Ley de 1973 está basada en la Ley del 16 de diciembre de 1954 de España⁷⁴, la *ratio legis*; de acuerdo a MORLES HERNÁNDEZ, era extender los efectos de la hipoteca a determinados bienes que no caben en la categoría de bienes inmue-

⁷³ Una solución es que pague y así se perfecciona la propiedad. Podría pagar el síndico de la quiebra.

⁷⁴ MORLES HERNÁNDEZ: ob. cit., p. 144.

bles y evitar en la prenda la necesidad del desplazamiento de posesión, por las razones económicas ya señaladas (ver *supra*). En palabras de AGUILAR GORRONDONA, la creación de estas instituciones trataba de palear los efectos de los artículos 794 y 795 del Código Civil. Si se acogía totalmente la desaplicación de los referidos artículos⁷⁵, se podría afectar la seguridad del tráfico jurídico mobiliario; si no se excluye su aplicación, se garantiza la seguridad del tráfico, pero el acreedor carece de acción real frente a los terceros adquirentes⁷⁶.

Sin embargo, la Ley no da respuesta a la tensión de las dos posiciones señaladas, si no somete su respuesta al hecho de que los bienes sean o no susceptible de registro. Por tal razón, se crea la prenda sin desplazamiento de posesión en donde los efectos del artículo 794 no son paleados, y en caso de conflicto prevalece el derecho de los terceros adquirentes.

En sentido general, AGUILAR GORRONDONA señala que la diferencia fundamental entre estos dos gravámenes es que se constituyen sobre bienes diferentes y además sus efectos también divergen⁷⁷; por ejemplo, la prenda no es oponible frente a terceros⁷⁸.

Similar al análisis que hicimos referente a la venta con reserva de dominio, en esta Ley existen distinciones que la hacen anticuada y no competitiva

⁷⁵ «Artículo 794.- Respecto de los bienes muebles por su naturaleza y de los títulos al portador, la posesión produce, en favor de los terceros de buena fe, el mismo efecto que el título. Esta disposición no se aplica a la universalidad de muebles. Sin embargo, quien hubiese perdido una cosa o aquel a quien la hubiesen quitado, podrán reclamarla de aquel que la tenga, sin perjuicio de que este último pueda exigir indemnización a aquel de quien la haya recibido», «artículo 795.- Si el actual poseedor de la cosa sustraída o perdida la hubiere comprado en una feria o mercado, en una venta pública, o a un comerciante que vendiese públicamente objetos semejantes, no podrá el propietario obtener la restitución de su cosa, sin reembolsar al poseedor la cantidad que le haya costado».

⁷⁶ GORRONDONA AGUILAR: ob. cit., p. 139.

⁷⁷ La hipoteca mobiliaria da el derecho de reipersecutoriedad, que permite ejecutar la cosa hipotecada con prescindencia de quien sea su poseedor (artículo 2 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de Posesión).

⁷⁸ AGUILAR GORRONDONA: ob. cit., p. 131.

frente a las normas modernas. En primer lugar, la Ley limita la categoría de bienes que pueden ser objeto de la hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento⁷⁹. Como ya hemos señalado, la Ley Modelo de la OEA no posee tal distinción. Solo a título de ejemplo, las normas de la Ley Modelo sobre Transacciones Garantizadas del Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo (Ley BERD) establecen que puede constituirse el derecho de garantía sobre cualquier bien susceptible de ser poseído (artículo 5.2). Esta regulación trae de nuevo los problemas antes referidos *supra*, cuyas conclusiones replicamos aquí *mutatis mutandis*.

Otra limitación se refiere a la cantidad de garantías que pueden establecerse sobre un mismo bien. En cambio, la Ley Modelo de la OEA no establece ninguna limitación. Pensamos que tal limitación es absurda, porque en caso de dudas o problema una simple regla de prelación en los créditos resolvería la concurrencia de las garantías⁸⁰. Tampoco la ley Modelo de la OEA ni la Ley BERD requieren el uso de una garantía como lo hace la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de Posesión (artículo 2).

La forma en la regulación con los instrumentos públicos o notariados es excesivamente formalista (artículo 4 *eiusdem*), mientras que la Ley Modelo es simple, e incluso la Convención UNIDROIT se contenta con un instrumento electrónico (artículo 1.nn).

Quizás la norma menos feliz de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de Posesión es su artículo 19, según el cual se requiere autorización oficial previa para constituir tanto prenda sin desplazamiento de posesión como hipoteca mobiliaria. En consecuencia, una vez más, esta obligación genera una carga innecesaria de revisión y retardo burocrático, que solo hace el instrumento más oneroso para el acreedor.

⁷⁹ Los artículos 21 y 51 detallan los bienes en la hipoteca mobiliaria y en la prenda sin desplazamiento de posesión.

⁸⁰ Tal es el recurso utilizado en caso de hipoteca en materia marítima. La razón es que dicha Ley no solo es más moderna, sino además que está basada en la Ley Modelo de la UNCITRAL.

Otra norma que deviene en inútil en la práctica es la establecida en los artículos 53.6 y 57, en los cuales se establece una formalidad extra en caso de un bien mueble ubicado en un bien inmueble. Dicha ubicación debe ser especificada en el documento de prenda. En la práctica, significa que habrá que esperar que dicho bien mueble ya esté ubicado en el lugar en donde será utilizado para poder constituir la prenda. Pensemos en el problema que implica cuando la prenda sea constituida para adquirir una maquinaria en el extranjero.

Quizás merezca un comentario especial el régimen de la publicidad. Pensamos que este es el tema más tortuoso de la regulación de la garantía. En especial, de acuerdo a la tesis que defendemos, que, para que las garantías surtan efectos frente a tercero, se requiere cumplir con las formalidades del registro de acuerdo a la nueva ley de ubicación.

Desde el punto de vista del análisis económico del Derecho, hay que matizar los tipos de bienes, puesto que en todos los casos que se requiera cumplir con las formalidades del registro para que la garantía sea válida frente a terceros, se traslada un costo excesivamente alto para quien emite la garantía, ya que se le obligaría al absurdo de estudiar las posibilidades de traslado del bien garantizado con el agregado de adaptar la garantía a cada nueva ubicación. También se traslada un injusto costo a la transacción si el deudor asume el problema del registro. Por eso, pensamos que la norma del artículo 69 de la Ley Modelo de la OEA atempera ambos extremos y resuelve de manera justa el conflicto.

Dicho artículo es compatible con las normas sobre conflictos móviles en Venezuela, máxime si establece como norma general el lugar de la ubicación del bien para regular la validez, publicidad y prelación de los derechos. Más aun, con las tecnologías hoy existentes el proceso de registro y consulta puede simplificarse y hacerse más efectivo.

La solución de la Ley Modelo establece que, en caso de traslado del bien, la ley de la ubicación anterior valdrá si se registra en el nuevo Estado dentro de los 90 días siguientes del traslado del bien (artículo 69). Lo que se quiere

es que, con el sometimiento de la garantía al Derecho del nuevo Estado, se proteja ambos intereses contrapuestos, el Derecho del Estado precedente y de la nueva ubicación.

La norma del artículo 70 intenta matizar la solución atendiendo al tipo de bienes involucrados, a saber: bienes incorporales, que por lo difícil que resulta, si no imposible, determinar su ubicación, se asume que están ubicados en el Estado en donde el deudor garante se localice en el momento de creación de la garantía.

La Ley Modelo OEA, en general, propone un registro central, en Venezuela esto solo sucede en materia de derechos de autor, propiedad intelectual, buques, aeronavales y vehículos automotores. Con lo cual, quien quiera verificar la existencia de derechos de garantía frente a la ley citada, tendrá que verificar en cada uno de los registros del país. Esto es, evidentemente, inconveniente.

Adicionalmente, y relacionada con algunas de las críticas a la Ley Mexicana, que adopta la Ley Modelo OEA⁸¹, es lo costoso que es *per se* el registro de la garantía. De acuerdo con la Ley de Registro Público y Notariado, los derechos por concepto de hipoteca o prenda es de 0,25 de la totalidad del mismo, costo excesivo comparado con la regulación comparada.

3.3. Otro problema: los contratos enlazados

La doctrina comparada ha dedicado estudio a las obvias implicaciones de calificar las garantías en general como un contrato enlazado⁸² o accesorio. En el fondo, se trata de determinar si pueden estar sometidos a diferentes Derechos, si la determinación de la ley del contrato principal influye en la garantía por el carácter accesorio de la misma, si en caso de que de acuerdo con el Derecho

⁸¹ Sobre la crítica ver GARRO, Alejandro: «*The OAS-sponsored Model Law on Secured Transactions: Gestation and implementation*». En: *Uniform Law Review*. Vol. xv, N.º 2. Oxford, 2010, pp. 400 y ss.

⁸² En general, el objeto de estudio son las implicaciones en la acción directa y de los efectos de la responsabilidad por el incumplimiento contractual frente a tercero. Ver: MÉLICH-ORSINI, José: *Teoría general del contrato*. 4.^a, Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2006, pp. 454-468.

aplicable al contrato, este no sea válido, dicha invalidez influye sobre la garantía o la prelación en caso de colisión entre ambos Derechos –el Derecho aplicable al contrato y el Derecho aplicable a la garantía–.

En Venezuela, el autor que más ha estudiado el punto es el profesor RODNER⁸³. En efecto, señala que un contrato enlazado es cuando dos o más contratos independientes, autónomos y suficientes por sí mismos tienen una conexión sustancial, de modo que la vigencia, el cumplimiento o la interpretación de un contrato tiene efectos sobre otro contrato. Con todo, nos parece interesante la propuesta de RODNER a determinar la conexidad de los contratos en función de los elementos esenciales del contrato, a saber, causa, objeto y partes⁸⁴. También señala que la ley puede ser el fundamento de la conexión. La garantía debe ser estudiada con base en la ley del contrato que la crea y no de otro Derecho con el cual esté relacionado. La relación de derecho real debe privar sobre la relación de derecho contractual.

La Ley Modelo OEA no aborda el problema expresamente; de hecho, sus normas de conflicto de leyes son relativamente escasas (artículos 69 al 72). Sin embargo, somos de la opinión que, al señalar las normas relativas al Derecho aplicable a la publicidad, prelación y validez, está reconociendo tácitamente su «independencia» a la de la obligación que pretende asegurar. También, a nivel comparado⁸⁵ se tiende a aceptar la independencia entre un contrato y otro en términos de Derecho aplicable; consideramos que tal independencia es más bien relativa, pues, como logramos mostrar, puede la obligación principal ayudar en la calificación de elementos del contrato.

Conclusiones

Las garantías reales mercantiles son instrumentos de utilidades inexploradas para Venezuela. En puridad conceptual, las garantías intentan frenar

⁸³ Ver: RODNER S., James Otis: *Los contratos enlazados. El subcontrato*. Academia de Ciencias Política y Sociales. Caracas, 2013, p. 35.

⁸⁴ *Ibíd.*, p. 62.

⁸⁵ WOOD: *ob. cit.*, p. 179.

los efectos generales del principio del concurso, esto es, que el patrimonio es la prenda común de los acreedores. Desde punto de vista del acreedor, le proporciona una situación especial en relación con el concurso de acreedores. Desde el punto de vista del deudor, la garantía se transforma en un instrumento persuasivo para la contratación con el acreedor.

En la actualidad, las empresas poseen la mayoría de sus activos en bienes muebles. Un sistema coherente y eficiente de garantía no solo aumenta la disponibilidad y condiciones de financiamiento, sino que crea mayor competitividad en las economías modernas. Los sistemas modernos tratan de diseñar las garantías para que la configuración del mercado no genere demasiados costos para los acreedores.

La utilización de la propiedad como garantía no solo atiende a razones económicas y jurídicas, sino que responde a la evolución lógica del mercado. La conceptualización del término «garantía» es importante, pues afecta la calificación a los fines del reconocimiento de los efectos de garantías conforme a sistema extranjero.

La multiplicidad de políticas económicas degenera en una configuración de los múltiples Derechos materiales cuya unificación es casi una ilusión. Dicha complejidad se transporta a los temas comunes en el Derecho Internacional Privado. En virtud de las instituciones generales que orienta nuestra materia, incluso garantías no reguladas en Venezuela, pueden ser reconocida a menos que violen el orden público, en cuyo caso deben reconocerse y adaptarse sus efectos.

La matización de las normas de la Ley de Derecho Internacional Privado en materia de garantías, en general, y en materia de derechos reales, en particular, es una exigencia para asegurar la justicia material del caso concreto.

* * *

Resumen: El autor estudia las garantías reales mobiliarias en el ordenamiento venezolano y su vinculación con el Derecho Internacional Privado. En tal sentido, aborda la propiedad en garantía, la definición de esta última y algunos desarrollos nacionales a través de leyes especiales evidenciando sus limitaciones y contrariedades. **Palabras clave:** Garantía, venta, reserva, dominio, posesión. Recibido: 26-06-19. Aprobado: 18-08-19.