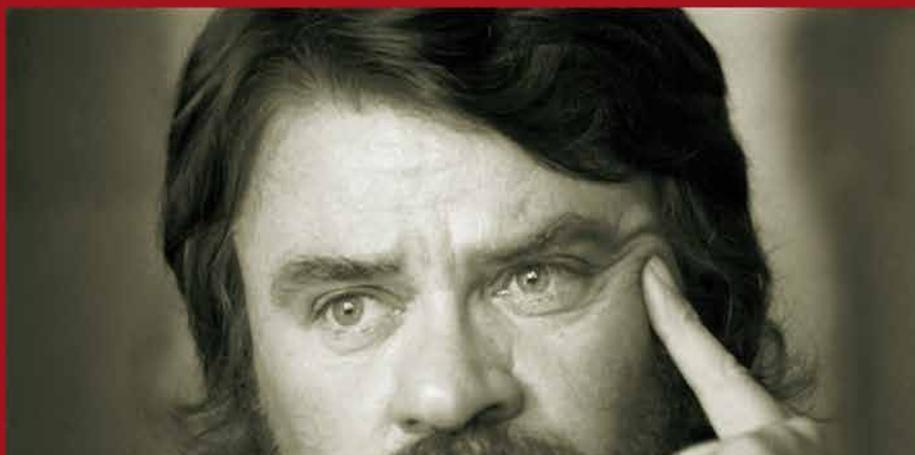


HOMENAJE A FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA



Capítulo 37

COMITÉ EDITOR

Jorge Avendaño Valdez
Alfredo Bullard González
René Ortiz Caballero
Carlos Ramos Núñez
Marcial Rubio Correa
Carlos A. Soto Coaguila
Lorenzo Zolezzi Ibárcena



FONDO
EDITORIAL

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso del Comité Editor.

Homenaje a Fernando de Trazegnies Granda

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009

Editado por el Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009

Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú

Teléfono: (51 1) 626-2650

Fax: (51 1) 626-2913

feditor@pucp.edu.pe

www.pucp.edu.pe/publicaciones

Cuidado de la edición: Carlos A. Soto Coaguila

Diseño, diagramación y corrección de estilo: Fondo Editorial PUCP

Primera edición: junio de 2009

Tiraje: 500 ejemplares

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2009-06815

ISBN: 978-9972-42-888-3

Registro del Proyecto Editorial: 31501360900257

Impreso en Tarea Asociación Gráfica Educativa

Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5, Perú

EL CRÉDITO EN GARANTÍA

*Martín Mejorada Chauca**

Fernando de Trazegnies siempre ha enseñado que el derecho es un sistema en movimiento, vivo reflejo de la realidad a la cual se debe. La emoción y razón que Fernando imprime a este mensaje transmite y trasciende, de ahí que estemos ante un maestro en todo el sentido de la palabra. La mirada crítica y constructiva, inevitable herramienta para abordar un sistema legal inquieto, es el legado que entre muchos otros debemos reconocer al homenajeado. Agradecido me declaro beneficiario del maestro. Desde sus clases de Filosofía hasta su prolífica literatura, pasando por memorables disertaciones, he compartido con Fernando de Trazegnies y aprendido de él. A continuación un intento por honrar la enseñanza de tan querido profesor.

La garantía mobiliaria sigue generando polémica. Desde que entró en vigencia el 31 de mayo de 2006 (Ley 28677, Ley de Garantía Mobiliaria, en adelante LGM), ha recibido exagerados elogios pero también rabiosas críticas. En mi opinión la LGM no es perfecta ni mucho menos, pero tampoco es un desastre. La regulación uniforme e integrada de todas las garantías sobre muebles y la incorporación de fórmulas de ejecución eficaces, son razón suficiente para conservar la nueva garantía. Sus aspectos dudosos deben ser abordados, por supuesto, y a falta de una ley de enmiendas, la creatividad y el razonamiento jurídicos deben cumplir su papel. Uno de los aspectos de la garantía mobiliaria cuya regulación genera sospecha, tiene que ver con los créditos que se dan en garantía. En las siguientes líneas me ocuparé brevemente de la garantía mobiliaria sobre créditos, examinando su constitución, oponibilidad y ejecución.

* Magíster en Derecho con mención en Derecho Civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica. Socio del Estudio Jorge Avendaño V. Abogados.

1. LOS CRÉDITOS COMO OBJETO DE GARANTÍA

1. Los créditos son bienes muebles. Así se desprende de la interpretación del artículo 886 incisos 5, 7 y 10 del Código Civil y el artículo 4 inciso 10 de la LGM. Son «muebles» porque así lo dice la ley, no porque se muevan de un lugar a otro. Los créditos son bienes inmateriales que no ocupan lugar en el espacio, no se mueven ni se dejan de mover. Son producto de una ficción jurídica que consiste en llamar «mueble» a un derecho patrimonial. Igual se les pudo llamar «inmuebles» o de cualquier otra forma. Lo que ocurre es que la clasificación imperante en el Perú, la que se ha sedimentado y tiene arraigo entre los operadores jurídicos y comerciales, es la que distingue entre «muebles» e «inmuebles». Siempre se ha creído (equivocadamente) que los primeros son de menor valor frente a los segundos y quizá también por ello (equivocadamente) se ha ubicado a los créditos en la lista de muebles.

La clasificación legal de los bienes determina su régimen jurídico. Los muebles gozan de un régimen flexible en su circulación, mientras que los inmuebles, por lo mismo que se les considera más valiosos, soportan un régimen algo más severo. En materia de garantías los inmuebles se dan en anticresis o hipoteca (artículos 1091 y 1097 del Código Civil) mientras que los muebles se dan en garantía mobiliaria. La LGM derogó todas las normas sobre prenda, tanto las del Código Civil como la legislación especial.

2. ¿Qué es un crédito? El crédito permite a una persona (acreedor) exigir a otra (deudor) el cumplimiento de una prestación, un comportamiento de dar, hacer o no hacer (artículos 1132, 1148 y 1158 del Código Civil). Es un derecho porque el acreedor puede conminar al deudor, incluso por la fuerza, a cumplir su obligación. El crédito es un activo del acreedor (un bien) quien normalmente puede transferirlo en su integridad o solo parcialmente (algunos derechos sobre el bien). La posibilidad de que el crédito o sus derechos circulen, depende de lo que diga el título que le dio origen. Si este guarda silencio y no estamos ante un derecho personalísimo¹, entonces el crédito puede circular. El acreedor puede transferir la propiedad del crédito, desprendiéndose definitivamente de él, puede darlo en usufructo permitiendo que el adquirente disfrute de los rendimientos del crédito por cierto tiempo, o puede darlo en garantía, concediendo el derecho a cobrarse una obligación con cargo a la prestación del crédito cedido. Al que transfiere un crédito se le llama «cedente», al que lo adquiere «cesionario» y al que debe pagar «cedido». Las normas sobre cesión de derechos en general, sin importar si son

¹ Un derecho es personalísimo cuando se ha concebido en razón de la identidad del titular, por ejemplo, el usufructo vitalicio que el hijo concede a su padre sobre el inmueble que este habitará.

todos los derechos del crédito o solo parte de ellos, están en los artículos 1206 al 1217 del Código Civil.

Los créditos pueden utilizarse como garantía para asegurar el cumplimiento de obligaciones. Así, si Juan es acreedor de Pedro, pero al mismo tiempo es deudor de José, podrá constituir garantía mobiliaria sobre su crédito —frente a Pedro— para asegurar el pago de la deuda frente a José. En la legislación anterior esto se llamaba prenda de créditos y estaba regulado en los artículos 1084 y siguientes del Código Civil. Hoy se llama garantía mobiliaria sobre créditos y si bien no goza de un tratamiento ordenado e integral, encontramos varias normas sobre ella en los artículos 16, 27 y 31, 32 inciso a) y 55 de la LGM.

3. Ahora bien, ¿en qué consiste un crédito? La prestación que es objeto del crédito puede tener diversa naturaleza. Puede ser la entrega de un bien cierto o determinado —por ejemplo si Pedro le debe a Juan la entrega del automóvil de placa EO 1552—, un servicio —Pedro le debe a Juan cierto patrocinio legal en una causa—, una abstención —Pedro se obliga ante Juan a no sembrar lechugas en su fundo por cierto tiempo—, un género de bienes —Pedro a Juan la entrega cien mil soles—, etcétera. ¿Cualquier crédito se puede dar en garantía? Es curioso pero esta pregunta no tiene respuesta expresa en la ley vigente ni la tenía en la regulación sobre prenda.

La respuesta la hallaremos haciendo un ejercicio sobre lo que ocurre con la obligación garantizada ante la ejecución de la garantía. Estos dos elementos —obligación garantizada y ejecución— son implicantes entre sí. Uno determina el otro y viceversa. Las garantías permiten el pago de la obligación garantizada mediante la «ejecución» del bien dado en garantía. Esto supone que el resultado de la ejecución debe producir un recurso que pueda «pagar» la obligación garantizada. Es decir, el producto de la ejecución debe ser un medio de pago válido para el acreedor. Los medios de pago se señalan en el título del crédito, ahí se dice qué o con qué se paga la deuda.

Como parte del ejercicio veamos lo que ocurre con las garantías que recaen sobre bienes que no son créditos. En ellas el resultado de la ejecución es siempre dinero —porque así lo ha previsto la LGM al regular la ejecución como la «venta» del bien—, por ello la obligación garantizada normalmente es dineraria —dinero paga dinero—. Así, la naturaleza de la obligación garantizada se determina por el resultado de la ejecución².

² La ejecución de la garantía mobiliaria no debería limitarse a la venta del bien. Tendría que comprender cualquier forma de realización que permita el pago de la obligación garantizada, desde la propia transferencia del bien al acreedor, hasta la disposición a terceros a cambio de cualquier prestación que haga posible el pago. En otras palabras, la ejecución debería determinarse por el

El estudio de la ejecución de garantías sobre créditos nos conduce al régimen general de la cesión de derechos y sus efectos, pues es evidente que la afectación de un crédito en garantía es un acto de cesión a favor del acreedor garantizado (artículos 1206 al 1217 del Código Civil). Según estas normas el cesionario tiene derecho a cobrar el crédito, sin importar si adquirió en propiedad, en usufructo o por cualquier otra causa. Ojo que el artículo 1206 define la cesión de derechos como «[...] el acto de disposición en virtud del cual el cedente transmite al cesionario el derecho a exigir la prestación a cargo del deudor, que se ha obligado a transmitir por un título distinto». La cesión de derechos transmite inevitablemente el poder de exigir y recibir la prestación debida. En tal sentido, si el crédito se da en garantía el cesionario tiene derecho a cobrar al deudor y obtener así los recursos para satisfacer la obligación garantizada. Así lo entendió también la legislación derogada sobre prenda de créditos. El artículo 1986 del Código Civil decía: «El acreedor prendario está obligado a cobrar los intereses del crédito u otras prestaciones periódicas, imputando su monto primero a los intereses y gastos, de ser el caso, y luego al capital». Esta es la peculiar ejecución de la garantía mobiliaria sobre créditos.

Ahora bien, el artículo 55 de LGM parecería decir algo distinto: «Ante el incumplimiento del deudor, el acreedor garantizado con una garantía mobiliaria sobre créditos presentes o futuros, se encuentra facultado para adquirir los créditos o transferirlos a un tercero [...]» Según esta norma el acreedor garantizado solo tiene dos alternativas: adquiere el crédito o lo transfiere. En realidad debemos interpretar conjuntamente esta norma con las de cesión de derechos del Código Civil, así veremos que el supuesto del artículo 55 de la LGM se aplica en situaciones muy puntuales, sin impedir que en otros casos el acreedor garantizado cobre directamente los créditos afectados a su favor³.

interés del acreedor que quiere cobrar. Si él solo está dispuesto a recibir dinero, bien, pero si está dispuesto a recibir la propia cosa que sirve de garantía (pacto comisorio) o cualquier otra prestación, porque impedirlo. Naturalmente este es un tema de valor económico. El acreedor nunca puede recibir más de lo debido en términos económicos. Lamentablemente, aun la novísima LGM no ha tratado el asunto en la forma antes señalada. Ejecución es básicamente «venta» del bien, ha dicho. En las garantías sobre créditos, pese al silencio de la LGM, debemos hacer algunas distinciones que nos permiten mayor flexibilidad al seleccionar el bien que será dado en garantía, lo mismo que al ejecutar la garantía.

³ El supuesto del artículo 55 se da, por ejemplo, cuando la obligación garantizada está vencida (es exigible) y el crédito afectado en garantía no lo está, en cuyo caso solo procede que se venda el crédito o que el acreedor garantizado lo haga suyo. El acreedor no podría cobrar el crédito gravado porque aún no es exigible. Dependiendo de la situación de los créditos (el garantizado y el que sirve de garantía) habrá variedad de situaciones en la ejecución de la garantía mobiliaria.

Para que la obligación garantizada con créditos esté efectivamente protegida, la prestación del crédito afectado debe coincidir con el medio de pago previsto en el título de la obligación garantizada. Si el pago debe ser en dinero y el crédito afectado permite cobrar dinero, el acreedor cobra la obligación garantizada con el monto de la obligación dada en garantía. Sin embargo, nada obsta para que la obligación garantizada se pague de diversa forma, con prestaciones alternativas o facultativas⁴, una de las cuales coincide con la prestación del crédito afectado en garantía. En tal caso el acreedor cobra y se cobra con bienes que no son dinero, observando, claro está, la equivalencia de valor que normalmente debe existir entre la obligación garantizada y su medio de pago. Así por ejemplo, el acreedor de dinero se puede cobrar con maquinarias, servicios, etcétera.

Aun si el crédito que se da en garantía es un servicio o la entrega de un bien cierto, y la obligación garantizada no encuentra equivalencia en ellos, el crédito puede ser vendido o cedido a quien sí le interesa adquirir las prestaciones que son objeto de dichos créditos. Con el resultado de la venta se abona la obligación garantizada, si de acuerdo al título de la garantía dicho resultado —dinero u otro bien— fuera medio de pago válido para la obligación garantizada. Este es otro caso en el que opera perfectamente el artículo 55 de LGM. Otra posibilidad es que la garantía se traslade a los bienes adquiridos mediante el cobro del crédito que sirve de garantía, en cuyo caso la garantía se convierte en ordinaria —ya no es sobre créditos—. Este es un supuesto de transformación del bien donde el crédito cedido se ha convertido en los bienes provenientes de su pago. El artículo 15 de la LGM se ocupa de la transformación de bienes y no distingue entre bienes materiales e inmateriales, de modo que podemos aplicarlo sin temor a los créditos.

Dado el silencio de la legislación en esta materia y el apego de nuestra judicatura por las interpretaciones literales, lo recomendable es que las soluciones que he expresado consten en el acto constitutivo de la garantía mobiliaria.

Ha sido inevitable adelantar temas de la ejecución de garantías sobre créditos, pues solo así se sabe cuál es el crédito que se puede dar en garantía mobiliaria.

En definitiva, cualquier crédito se puede dar en garantía mobiliaria, siempre que la obligación garantizada se pueda pagar con él, sea porque la equivalencia de

⁴ Según el artículo 1161 del Código Civil, el obligado alternativamente a diversas prestaciones solo debe cumplir por completo una de ellas. La elección de la prestación que se debe cumplir corresponde al deudor, salvo que se haya atribuido dicha facultad al acreedor o a un tercero. Es decir, si se pactan obligaciones alternativas, se facilita el cumplimiento de la obligación pues el deudor, o el acreedor tendrán mayor facilidad para cumplir el negocio. Por su parte las obligaciones facultativas se estipulan señalando una obligación principal, que es la obligación debida, pero admitiendo que se pague igualmente la deuda con la prestación secundaria o facultativa (artículos 1168 y siguientes del Código Civil).

las prestaciones lo permite o porque el pacto ha previsto el pago de obligaciones alternativas o facultativas, donde el cobro del crédito o el resultado de su venta satisfacen al acreedor.

4. Si bien los créditos se mencionan expresamente como muebles susceptibles de garantía mobiliaria en el inciso 10 del artículo 4 de la LGM, el mismo artículo describe otros muebles que también son créditos. Me refiero a los saldos de cuentas bancarias, depósitos bancarios, cuentas de ahorro y certificados de depósito (inciso 6), los títulos valores (inciso 11), las pólizas de seguros (inciso 13), los dividendos y utilidades (inciso 16) y las concesiones privadas (inciso 18). Todos son créditos, de diversa naturaleza pero créditos al fin. En su afán didáctico la LGM ha mencionado expresamente algunos bienes que comparten el género señalado —créditos—. Así no se dejan dudas sobre su incorporación como objeto de garantía.

5. Según el artículo 16 de la LGM la garantía sobre créditos puede comprender créditos presentes o futuros. Tratándose de créditos futuros, es decir aquellos que todavía no existen, normalmente se indicará cierto detalle sobre la fuente de donde surgirían —por ejemplo, doy en garantía mobiliaria los créditos que surjan del contrato de suministro de fecha Y que mantengo con la empresa X—, sin embargo, nada obsta para que se den en garantía créditos futuros con descripciones muy generales sobre su contenido —por ejemplo, doy en garantía mobiliaria los créditos que surjan a mi favor con cargo a la empresa X, cualquiera sea la fuente negocial—. Tiene el tratamiento de las garantías preconstituidas (artículo 21 inciso 2 de la LGM).

La norma se refiere a los créditos futuros y nos los distingue de los créditos «eventuales». En la regulación sobre hipoteca los primeros son los derechos que no existen, pero con certeza surgirán más adelante, mientras que los segundos son los derechos que no existen y podrían no existir nunca. La LGM no distingue, y en realidad no hay razón para establecer diferencias. En mi opinión «eventuales» y «futuros» se pueden gravar.

6. La posibilidad de dar un crédito en garantía mobiliaria no reposa solo en las características de las prestaciones objeto del crédito —dinerarias, dar bienes ciertos, servicios, etcétera—, sino en la existencia legal y aptitud de su título —fuente del crédito—. El crédito debe existir y ser de libre disposición a efectos de que en su ejecución pueda cobrarlo una persona distinta del acreedor o pueda adquirirlo un tercero extraño a la relación primigenia.

En tal sentido, si alguien se presta a recibir un crédito en garantía necesita conocer el detalle sobre el título que da origen a dicho bien. Este es quizá uno

de los riesgos más delicados para quien pretende recibir créditos en garantía. El examen del título del crédito, salvo en los títulos valores, es muy complicado y nunca otorga certeza absoluta al investigador sobre el estado del crédito y sus alcances, ya que hay elementos de enorme relevancia que no siempre están a la vista y sin embargo pueden hacer la diferencia entre la validez o invalidez del crédito, su vigencia o conclusión, su exigibilidad o pendencia. Por ejemplo, puede ocurrir que el investigador no tenga acceso a las modificaciones del título original y solo se quede con la primera versión del mismo. Obviamente su decisión al recibir el crédito en garantía sería sumamente peligrosa.

Finalmente sobre este punto, las garantías son verdadero respaldo para el acreedor solo en la medida que el valor del bien y su utilización como medio de pago resulten ciertos. Tratándose de un crédito la evidencia del valor y sus posibilidades de realización dependen de factores externos muchas veces invisibles para el futuro cesionario. Principalmente la capacidad de pago del deudor cedido y la validez legal del negocio que da lugar al crédito son elementos fundamentales que podrían no mostrarse. El crédito es un bien que surge muy fácilmente, pero su verdadera utilidad a efectos de la cesión en garantía requiere un examen detallado de la situación patrimonial del deudor cedido y de los elementos de validez del negocio.

En definitiva, el crédito es atractivo como garantía si es válido y si el deudor está en condición de pagar, de lo contrario no sirve.

2. CONSTITUCIÓN DE LA GARANTÍA MOBILIARIA SOBRE CRÉDITOS

1. La constitución de la garantía mobiliaria sobre créditos tiene las peculiaridades propias del bien inmaterial que involucra, pero por lo demás sigue el trámite ordinario de todas las garantías sobre muebles. Es decir, se constituye por escrito, por contrato o acto unilateral (artículo 17 de la LGM), y tiene como fin asegurar el cumplimiento de obligaciones presentes o futuras, determinadas o determinables, sujetas o no a modalidad (artículo 1 de la LGM), u obligaciones abiertas (artículo 3.4 de la LGM). Sobre el acto unilateral como fuente de la garantía, debemos entender que la ausencia del deudor y el acreedor en la formulación de la voluntad negocial, no es razón para prescindir de al menos una comunicación al titular del derecho de garantía. Resultaría absurdo sostener la existencia de un derecho cuya existencia es desconocida por su beneficiario.

Es bueno advertir que la formalidad del acto constitutivo (por escrito) no tiene carácter solemne, pues la norma que lo establece no ha sancionado con nulidad su inobservancia, tal como señala el artículo 144 del Código Civil. En otras palabras, aun cuando no conste por escrito igual hay garantía. Si la fuente

es el contrato hay garantía desde que se forma el consentimiento. Si la fuente es el acto unilateral hay garantía desde que se comunica al acreedor. Esto último no lo dice la LGM, pero lo contrario sería sostener un derecho cuyo titular no puede ejercerlo porque no sabe de él.

2. Los créditos que se dan en garantía no tienen que ser ciertos —por ejemplo, el crédito por diez mil dólares concertado entre José y Daniel el 1 de enero de 2000—, dado que la LGM permite que los muebles puedan afectarse como género —por ejemplo, doy en garantía cincuenta créditos dinerarios superiores a quince mil dólares que tengo en mi patrimonio—, o incluso la totalidad de bienes —por ejemplo, doy en garantía la totalidad de mis créditos generados a la fecha—. Como ya dije, se puede dar en garantía créditos futuros —doy en garantía los créditos que obtendré frente a Francisco el semestre que viene—. El valor de estos bienes y su aceptación como garantía depende de la confianza que generen en los acreedores. Para ello estos examinan fundamentalmente la capacidad de pago del deudor cedido y, en el caso de créditos futuros, las posibilidades de su existencia y respaldo patrimonial.

La inscripción de la garantía mobiliaria sobre créditos en el Registro Mobiliario de Contratos no es obligatoria ni constitutiva del derecho de garantía (artículo 17 de la LGM).

3. Oponibilidad de la garantía mobiliaria sobre créditos

1. La garantía mobiliaria se constituye con el acto jurídico que le da origen (contrato o acto unilateral). La inscripción en el registro es solo a efectos de la oponibilidad (artículo 17 de la LGM). Esta precisión es relevante porque en la regulación derogada sobre prenda, la garantía solo existía desde la inscripción del título o desde la entrega física del bien. Incluso en la prenda de créditos la constitución requería la entrega del documento donde constaba el crédito (artículo 1084 del Código Civil). Aun cuando la garantía mobiliaria no esté inscrita el acreedor garantizado podrá ejecutar su derecho en la forma correspondiente.

La «oponibilidad» es un efecto de la «inscripción» que solo tiene importancia cuando hay más personas que se atribuyen derechos sobre el mismo bien. La inscripción en el Registro Mobiliario de Contratos determina que ante la concurrencia de acreedores, sea a título de garantía o por cualquier otra causa, se prefiera a aquel que inscribió primero.

2. Aquí debo hacer un apunte de peso. Dada la especial naturaleza del bien que nos ocupa, uno cuya realización económica depende de otra persona —el deudor de la obligación gravada—, debemos distinguir entre «oponibilidad» y «eficacia

frente al deudor». La sexta disposición final de la LGM ha derogado el artículo 1218 del Código Civil que establecía la preferencia cuando un crédito es cedido a varias personas. Según esta norma se prefería al cesionario cuya adquisición fue primeramente comunicada al deudor. Ahora la preferencia la establece la inscripción en el registro. El artículo 27 de la LGM dice que la cesión inscrita en el registro prevalece sobre la cesión notificada al deudor. Esta es la nueva regla de oponibilidad.

Sin embargo, el artículo 1215 del Código no ha sido derogado y se ocupa de la eficacia de la cesión de derechos. Para que una cesión surta efectos respecto del deudor cedido, esta debe ser aceptada por él o le debe ser comunicada fehacientemente. Es decir, aun con la vigencia de la LGM una garantía sobre créditos, esté o no inscrita, solo tiene efectos frente al deudor cedido si se le comunicó la cesión. Mientras ello no ocurra, el acreedor de la obligación garantizada no podrá cobrar el crédito, pues el deudor cedido no está obligado a pagar a persona distinta de su acreedor originario. ¿La inscripción produce los mismos efectos que la comunicación fehaciente a la que se refiere el artículo 1215 del Código? Entiendo que no. La inscripción, aunque se presume conocida (artículo 38 de la LGM y artículo 2012 del Código Civil), no es comunicación fehaciente. Más aun, tratándose de créditos la inscripción se produce en el Registro Mobiliario de Contratos cuya información no es de fácil acceso, de modo que la presunción de conocimiento no puede sustituir el de la comunicación.

Lo dicho genera varias situaciones. Veamos algunas: puede ocurrir que una garantía mobiliaria no inscrita, pero comunicada al deudor cedido, se enfrente a otra garantía sobre el mismo crédito, esta sí inscrita pero sin comunicación al deudor⁵. En este caso, no obstante la preferencia que otorga el registro, el deudor cedido solo puede pagar el crédito dado en garantía a aquel cuya cesión le fue comunicada fehacientemente. La preferencia sin eficacia no es nada, empero, si al deudor le han sido informadas varias cesiones deberá pagar a aquel que resulte preferido por la regla de la inscripción.

También podría ocurrir que ante la concurrencia de cesionarios —adquirentes en garantía u otro título— ninguno de ellos tenga derecho inscrito. En tal caso es de aplicación el artículo 1136 del Código Civil que se refiere precisamente a la concurrencia de acreedores de muebles.

3. Aquí otro apunte importante: sostengo que el artículo 1136 del Código Civil ha sido modificado por la LGM para dar lugar a un sistema de preferencia que tiene como elemento preponderante la inscripción. La inscripción se ha incorporado

⁵ No obstante que la inscripción se presume conocida por todos, dicho conocimiento presunto está muy lejos de ser comunicación fehaciente que exige el artículo 1215 del Código Civil.

en la regla de concurrencia desplazando del primer lugar a la posesión, pero sin alterar, estimo, el requisito de la buena fe que es un principio general del derecho, y que se explica sobre todo en los casos donde el registro no es constitutivo —como ocurre en la garantía mobiliaria—. Para pretender ser preferido, la buena fe implica que debe creer —por ignorancia o error de hecho o de derecho— que su título no tiene conflicto con ningún otro otorgado por el mismo enajenante.

La modificación del artículo 1136 del Código Civil es consecuencia de la incorporación de otros actos de afectación de muebles (distintos a la garantía) en el régimen de oponibilidad vía registro —artículo 32 inciso 3 de la LGM—. El Registro Mobiliario de Contratos permite la inscripción de una serie de actos, como la cesión de derechos, fideicomisos, arrendamientos, arrendamiento financieros, contratos de consignación, contratos preparatorios, entre otros, y es en virtud de dicha inscripción que tales actos adquieren prelación, oponibilidad y publicidad. La LGM no solo ha creado una nueva categoría jurídica, sino que ha modificado todo el sistema de oponibilidad en la circulación de muebles. De ello resulta un nuevo texto del artículo 1136 que podemos ensayar así:

Si el bien cierto que debe entregarse es mueble, y lo reclamasen diversos acreedores a quienes el mismo deudor se hubiese obligado a entregarlo, será preferido el acreedor de buena fe que haya inscrito primero su adquisición. En defecto de inscripción se preferirá a quien el deudor hizo tradición, aunque su título sea de fecha posterior. Si el deudor no hizo tradición del bien, será preferido el acreedor cuyo título sea de fecha anterior; prevaleciendo, en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua⁶.

Esta norma también se aplica a los créditos, sobre todo porque se derogó el artículo 1218 del Código Civil. Si no hay inscripción pasamos al siguiente factor de preferencia: la tradición. Ciertamente la tradición del crédito no se da como en los bienes materiales, de modo que podríamos asimilarlo a la comunicación fehaciente que se dirige al deudor cedido o al pago del crédito al cesionario, ya que en ambos casos se produce una «exterioridad» que es precisamente el fundamento de la tradición. Si no hubo comunicación o pago, la preferencia la determinará la antigüedad del título, en todos los casos con exigencia de buena fe.

4. Al concluir la revisión de la constitución y oponibilidad de la garantía mobiliaria sobre créditos, debo advertir que los créditos incorporados en títulos valores se

⁶ Acepto que esta lectura del artículo 1136 del Código Civil solo se aplique a los actos señalados en el artículo 32 inciso 3 de la LGM, y a otros actos de afectación mobiliaria en garantía. Sin embargo, no hay que descartar la incorporación de otros actos en general, sobre todo porque el literal i) del inciso 3 del artículo 32 exhibe una literalidad permisiva: «i) otros actos jurídicos en los que se afecten bienes muebles».

rigen por la LGM solo en la medida que las disposiciones especiales, esto es la ley de títulos valores y otras normas como la ley del mercado de valores, no establezcan un tratamiento distinto (artículos 18 y 29 de la LGM). De hecho todo el tema de la constitución y oponibilidad en las garantías sobre títulos valores tiene una regulación que difiere de lo previsto en la LGM.

4. DERECHO Y OBLIGACIONES EN LA GARANTÍA MOBILIARIA SOBRE CRÉDITOS

Una vez constituida la garantía mobiliaria sobre créditos le son aplicables todas las normas sobre obligaciones y derechos de las partes, tanto para el acreedor que tiene una expectativa sobre el valor del bien o la prestación derivada de él, como para el titular del crédito afectado que debe conservarlo según lo previsto en la LGM y en el título de la garantía concedida.

Como se sabe la garantía mobiliaria se puede constituir con o sin entrega del bien (artículo 3.1 de la LGM). Los derechos y obligaciones de las partes dependen en gran medida de quién tiene la posesión. Tratándose de créditos en garantía —bienes inmateriales— el tema de la posesión merece algunas interpretaciones. En primer lugar, los créditos no pueden ser entregados como sí se entregan las cosas materiales, sin embargo, como adelanté al tratar la concurrencia de acreedores, la notificación al deudor cedido o el pago al cesionario son elementos que exteriorizan la cesión y que deben ser asimiladas a la tradición. En tal medida, si la garantía sobre un crédito es comunicada a su deudor —cesión eficaz—, el acreedor garantizado tiene pleno control del bien y por ello su situación en cuanto a derechos y obligaciones deberá asimilarse a la del acreedor que posee el bien gravado (tercer párrafo del artículo 12 de la LGM).

En tal sentido, el acreedor cesionario debe cuidar el crédito y mantenerlo en buen estado, lo que implica por ejemplo que este acreedor debe hacer los requerimientos de pago oportunos al deudor cedido evitando la prescripción, o constituyéndolo en mora para generar la indemnización correspondiente. Si la cesión no se hubiese comunicado al deudor cedido, es como si el bien permaneciera en poder de su dueño, en cuyo caso las obligaciones de conservación corresponden al cedente.

El cuarto párrafo del artículo 12 de la LGM permite que el cesionario del crédito en garantía perciba los frutos del crédito o intereses, pudiendo imputarlos sobre la obligación garantizada. La norma no distingue pero es evidente que tal imputación solo es posible tratándose de obligaciones garantizadas vencidas y siempre que dichos frutos se hayan previsto como elemento de pago válido del crédito garantizado.

5. EJECUCIÓN DE LA GARANTÍA

Llegado el momento de la ejecución, al producirse el incumplimiento de la obligación garantizada o alguno de los otros supuestos habilitantes, el acreedor procederá en su condición de cesionario conforme al artículo 1206 del Código Civil, es decir exigirá la prestación al deudor cedido. Para este efecto y pese a que las normas del Código Civil no dicen nada ni tampoco la LGM (sí habían disposiciones sobre el particular en la prenda de créditos), se debe tener presente la situación de exigibilidad del crédito garantizado y del que sirve de garantía.

Si la obligación garantizada se incumple y el crédito dado en garantía es exigible, el acreedor cesionario cobra y se cobra —claro, siempre que la naturaleza de las prestaciones lo permita—. Si la obligación garantizada aún no es exigible pero ya lo es el crédito afecto, el acreedor puede cobrar, pero deberá conservar los bienes percibidos como nuevo objeto de garantía, hasta que venza la obligación garantizada, salvo que el crédito consista en servicios en cuyo caso no puede cobrarlos porque hacerlo implicaría su goce anticipado. Finalmente, si la obligación garantizada está vencida, pero el crédito gravado no lo está, el acreedor podrá vender el crédito o hacerlo suyo. Este es un caso del artículo 55 de la LGM.

En la economía moderna uno de los bienes más apreciados es el crédito. Muchas veces de mayor valor que los inmuebles más costosos, los créditos nacen con facilidad, circulan eficientemente y garantizan bien. La garantía mobiliaria sobre créditos es una oportunidad que pese a los vacíos de su regulación debe ser aprovechada. Mirada crítica y constructiva, enseñanza del homenajado, nos permitirá abordar la tarea pendiente en esta materia.