

doi.org/10.32995/S0718-80722023713

LA REFORMA 2.0
AL DERECHO DE GARANTÍAS EN FRANCIA.
PANORAMA DE LAS PRINCIPALES INNOVACIONES
Y BREVES REFERENCIAS AL DERECHO POSITIVO
ANTERIOR

THE REFORM 2.0
TO THE LAW OF SECURITIES IN FRANCE.
OVERVIEW OF THE MAIN INNOVATIONS AND
BRIEF REFERENCES
TO THE PREVIOUS POSITIVE LAW

José Pedro Zacharias Cornejo*

RESUMEN

El trabajo tiene por objetivo presentar el contenido de la reciente e importante reforma al derecho francés de garantías, otorgando, al mismo tiempo, un breve panorama del derecho anterior. Llevada a cabo por vía de la ordenanza n.º 2021-1192 de 15 de septiembre de 2021, el propósito de la reforma no es otro que el de completar y finalizar aquella del año 2006. Para ello, el legislador se aboca a la modernización y simplificación de gran parte de las garantías personales y reales, contribuyendo, de esta manera, a la promoción de la seguridad jurídica, tan indispensable en la materia. En efecto, siendo un pilar fundamental de la economía contemporánea, el crédito descansa en gran medida en la idea de confianza que deposita el acreedor en cuanto a las chances de obtener reembolso del mismo. Este objetivo se logra, esencialmente, a través de la puesta en práctica de las garantías. Al final de este panorama, estaremos en condiciones de juzgar si las modificaciones introducidas al ordenamiento francés son capaces o no de responder a los objetivos de modernización, de seguridad jurídica y otros que los autores de la reforma se han propuesto.

* Abogado. Magíster en Derecho de la Empresa, Universidad de Montpellier, Francia. Doctorando en Derecho Privado, Universidad de Montpellier, Francia. Correo electrónico: jose-pedro.zacharias-cornejo@etu.umontpellier.fr

Agradecemos las valiosas y pertinentes observaciones efectuadas a este trabajo por los árbitros anónimos las cuales contribuyeron sin duda alguna a su mejora.

PALABRAS CLAVE: reforma francesa; derecho de garantías; innovaciones y novedades; fianza; garantías reales

ABSTRACT

The purpose of this paper is to present the content of the recent and important reform to the French Law of Securities, as well as a brief overview of the previous law. The objective of the reform, carried out by means of Ordinance No. 2021-1192 of September 15, 2021, is none other than to complete and finalize that of the year 2006. For this, the legislator focuses on the modernization and simplification of a large part of the guarantees, thus contributing to the promotion of legal certainty, which is so essential in this matter. Indeed, being a fundamental pillar of the contemporary economy, credit rests largely on the idea of trust that the creditor deposits in terms of the chances of obtaining reimbursement. This objective is achieved, essentially, through the implementation of guarantees. At the end of this panorama, we will be able to judge whether or not the modifications introduced to the French legal system are capable of responding to the objectives of modernization, legal certainty and others that the authors of the reform have proposed.

198

KEYWORDS: French Reform; Law of Securities; innovations and novelties; Surety bond; Security interest

INTRODUCCIÓN

Quince años después de la importantísima reforma al derecho de garantías¹, llevada a cabo por la ordenanza de 23 de marzo de 2006², el legislador francés vuelve a introducir cambios sustanciales en la materia. Teniendo por mérito el recoger la madurez obtenida en los años precedentes³, la actual intervención legislativa merece ser catalogada también –a justo título– como una profunda reforma y cuyo principal objetivo es completar y terminar aquella emprendida en 2006.

¹ Sin perjuicio de que en ocasiones suelen ser empleados de manera indistinta, hemos optado por la utilización del término ‘garantía’ y no de ‘caución’; ello por cuanto siendo aquel más comprensivo que este (relación de género a especie), se aviene de mejor forma con el contenido de la reforma. Esta contempla, en efecto, ciertos mecanismos que son garantías, pero que técnicamente no pueden ser calificados de cauciones.

Sobre la distinción de ambos conceptos en el seno de la doctrina francesa, véase: AYNÈS et CROCQ (2019), p. 15; ALBIGES et DUMONT (2015), p. 6; ANCEL et GOUT (2019), p. 10; PICOD et ANSAULT (2022), pp. 4-6.

² Para un panorama de esta reforma de 2006 realizado por autores chilenos, véase RÍOS (2006), pp. 89-116; CAPRILE (2008), pp. 531-565; SANDOVAL (2017), pp. 79-101.

³ En este sentido: DUPICHOT (2021), p. 30.

Formalmente, la “reforma de la reforma”⁴ o “reforma 2.0”⁵, ha sido llevada a cabo por vía de la técnica legislativa de la ordenanza⁶, en este caso la n.º 2021-1192 de 15 de septiembre de 2021 y publicada en el *Journal officiel (Diario Oficial)* el 16 de septiembre de 2021⁷. Sin embargo, los cambios aportados por la ordenanza comenzaron a regir, en su mayoría, desde el 1 de enero de 2022, con el objetivo de otorgar un plazo a los actores económicos a fin de poder conformarse a la nueva legislación⁸.

Según se desprende del *Rapport au Président de la République relatif à l’ordonnance n.º 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés*, los objetivos generales de la reforma son: en primer lugar, la seguridad jurídica. Para ello se procedió a una mejora en la inteligibilidad y accesibilidad a las normas, las cuales ya no reflejaban la realidad del derecho positivo actual. En el mismo sentido, se hizo hincapié en el estilo de redacción, simplificando y explicitando ciertas reglas a través de un vocabulario más adaptado al francés moderno. En segundo lugar, la reforma tuvo por objetivo el refuerzo de la eficacia del derecho de garantías. A estos efectos, se llevó a cabo un verdadero salvamento del contrato de fianza, garantía personal que resulta ser –por lejos– la más utilizada en la práctica y que había pasado desapercibida en la reforma del año 2006. En tercer lugar, hacer del derecho francés un derecho más atractivo en el ámbito internacional y, en particular, en el plano económico. Para lograr este objetivo, la reforma autoriza, por ejemplo, la digitalización de la celebración de contratos relativos a todas las garantías, sean estas personales o reales, incluso aquellas de carácter solemne. Dicha posibilidad, existente bajo el derecho anterior únicamente para contratos de garantías personales y reales suscritos con fines profesionales, no resultaba acorde con la era digital y constituía, más bien, un freno a la utilización del derecho francés por los actores económicos internacionales⁹.

La reforma en comento se inscribe en un movimiento bastante mayor y general, cuyo objetivo principal es tanto la modernización como la simplificación de grandes materias del derecho civil francés; tarea ya emprendida en lo referente a algunas de entre ellas. Tal es el espíritu que llevó al legislador galo a la adopción de la ordenanza n.º 2016-131 de 10 de febrero de 2016, que reformó

⁴ DUPICHOT (2021), p. 30.

⁵ *Op. cit.*, p. 29.

⁶ Es decir, a través de la delegación de facultades del Parlamento al gobierno.

⁷ Para explicaciones más extensas y detalladas acerca del contenido y alcance de la ordenanza, véase: MERCADAL (2021); SIMLER (2022); SIMLER y DELEBECQUE (2021); GRIMALDI (2021), pp. 75-80; como, asimismo, los trabajos que prosiguen a la presentación de la reforma efectuada por este último autor. Para un estudio conjunto de la reforma de las garantías con el derecho comercial, véase DUPICHOT et FLANDROIS (2022), pp. 21-41.

⁸ Ello según consta del *Rapport au Président* (2021), p. 16. Un tal periodo de adaptación es afortunado, por cuanto la ordenanza de 23 de marzo de 2006 causó más de “alguna sorpresa” al no haberlo contemplado. En este sentido: DUPICHOT (2021), p. 30.

⁹ Sobre los objetivos de la reforma, véase *Rapport au Président* (2021), p. 3; asimismo, véase el nuevo art. 1175 del *Code*.

el derecho común de los contratos, el régimen general y la prueba de las obligaciones; tal es, de igual forma, el espíritu que anima la reforma actualmente en marcha del derecho de la responsabilidad civil extracontractual¹⁰ como, asimismo, aquella de los contratos especiales, también en estado de elaboración y sometida recientemente a consulta pública¹¹. Sin duda alguna, es este mismo espíritu modernizador y de perfeccionamiento el que impulsó la adopción de la reforma del derecho de garantías de 2006 y es, en fin, el que ha impulsado la adopción de la reforma de 15 de septiembre de 2021, que aquí comentamos. El estudio de los antecedentes de la reforma (I) será procedido por el análisis de las principales innovaciones en materia de garantías personales –y en particular de la fianza– (II), como de aquel referido a las garantías reales (III).

I. ANTECEDENTES Y GÉNESIS

La ordenanza n.º 2006-346 de 23 de marzo de 2006 reformó profunda y ampliamente la materia, simplificando y modernizando el derecho de garantías que, con el correr de los años, se había tornado cada vez más inadaptado a la realidad económica, mostrándose incapaz de dar respuestas a las necesidades de seguridad, indispensable en el tráfico jurídico.

200 Vastas temáticas históricamente reguladas por el *CC*¹² se encontraban en boga por aquella época, dada la celebración del bicentenario del *Code* (1804-2004), dentro de las cuales el derecho de garantías no era la excepción. No obstante, la gran dispersión de la materia, expresada en la ubicación de reglas tanto en el *CC* como en los *Códigos de Comercio, de Consumo, Monetario y Financiero*, etc., hacía particularmente dificultoso el acceso a las normas y, sobre todo, a una buena comprensión del conjunto.

Más allá de esta dificultad de orden técnico-legislativo, los inconvenientes se hacían sentir con mayor fuerza aún sobre el contenido mismo de las reglas. Se evidenciaba, en efecto, un desfase entre estas y los problemas de la realidad económica a los cuales eran llamadas a dar soluciones. Es verdad que desde 1804 hubo transformaciones jurisprudenciales importantes en la materia, las que se tradujeron –muchas veces– en numerosas intervenciones legislativas. Pero es verdad, también, que estas fueron siempre puntuales, sin ninguna visión de conjunto y, por lo demás, diseminadas en diferentes cuerpos legales. Esta

¹⁰ Esta iniciativa, aún en estado de tramitación, se materializa en una proposición de ley: *Proposition de loi* (2020).

¹¹ La consulta, que recaía sobre un anteproyecto de reforma al derecho de contratos especiales, fue destinada principalmente a profesionales del derecho, académicos y actores económicos, con el objetivo de ampliar los horizontes del debate, contribuyendo así a su perfeccionamiento. El anteproyecto puede consultarse en www.textes.justice.gouv.fr/textes-soumis-a-concertation-10179/la-reforme-du-droit-des-contrats-speciaux-34548.html [fecha consulta: 6 de abril de 2023].

¹² Las referencias realizadas a lo largo de este trabajo al *CC*, como al *Code*, deben entenderse referidas al *Código Civil* francés, salvo que se exprese algo distinto.

ausencia, unida a la imagen que proyectaba el derecho de garantías hacia el extranjero, como un derecho en exceso complejo, imponían de manera urgente una profunda reforma¹³.

Es en este contexto en que la Ley n.º 2005-842 de 26 de julio 2005 habilita al gobierno de turno para legislar de manera parcial, por vía de ordenanza, sobre el derecho de garantías. Dicha autorización se materializa en la ordenanza n.º 2006-346 de 23 de marzo de 2006¹⁴, la cual introduce un libro IV al *Code* intitulado *Des sûretés* (De las garantías). Este último incorpora, pues, las distintas garantías personales y reales, antes dispersas en distintos títulos del libro III, mejorando de manera notable así la inteligibilidad de la materia. Sin embargo, la vocación de reforma de conjunto se vio afectada por la habilitación parcial dada por el Parlamento al gobierno, puesto que esta impidió introducir cambios a materias tales como la fianza y los privilegios, impactando, entonces, la reforma principalmente el derecho de las garantías reales –en particular, las mobiliarias– a exclusión de las personales.

La ordenanza n.º 2006-346 de 2006 se inspiró, en gran medida, en los trabajos realizados por una comisión de expertos, presidida por el destacado académico Michel Grimaldi. Desde el año 2003 y a petición del gobierno, la comisión se abocó a la elaboración de un documento que tratara el conjunto de materias relativas a las garantías, en general, así como a las personales y reales, en particular. Los trabajos de esta comisión, los cuales consideraban las evoluciones legislativas y jurisprudenciales que había experimentado el derecho de garantías, vieron la luz el 31 de marzo de 2005, materializándose en un reporte que sería, a la postre, presentado bajo la forma de un anteproyecto de ley.

La ausencia de regulación de ciertas materias –dada la habilitación parcial, ya mencionada– por la ordenanza de 23 de marzo de 2006, suscitó la crítica de una parte de la doctrina, la cual, desilusionada, vio en esta ausencia la muestra de un fracaso parcial de la reforma, al ser su resultado bastante más modesto que las expectativas que ella había generado¹⁵.

Quince años trascurrieron para que, tanto la doctrina como distintos agentes económicos, vieran sus expectativas de reforma plasmadas en una nueva iniciativa legislativa. Así, una comisión de expertos presidida una vez más por el académico Michel Grimaldi y bajo la égida de la Asociación Henri Capitant, trabajó en la elaboración de una reforma, a petición de la Dirección de Asuntos Civiles junto al Ministerio de Justicia francés. Habiendo presentado la comisión un anteproyecto de ley en el año 2017, no faltaba, entonces, más que voluntad política¹⁶ para llevar la empresa a la siguiente etapa; voluntad que se expresó en la dictación de la Ley n.º 2019-486 de 22 de mayo de 2019 relativa

¹³ AYNÈS et CROCQ (2019), p. 28.

¹⁴ Cuya entrada en vigor fue el 25 de marzo de 2006 y posteriormente fue objeto de una ratificación por el artículo 10 de una ley de 20 de febrero de 2007.

¹⁵ Véase, por ejemplo, SIMLER (2016), pp. 44-47.

¹⁶ PELLIER (2021a), p. 1.

al crecimiento y la transformación de las empresas, también llamada Ley PACTE, cuyo artículo 60, I, autoriza al gobierno para reformar el derecho de garantías, por vía de ordenanza, en el plazo de dos años contados desde la publicación de la ley¹⁷. La misma norma señala que la habilitación se hacía con el fin de que el gobierno adopte las medidas, propias de materias de ley, que sean necesarias a simplificar el derecho de garantías y a reforzar su eficacia, todo ello asegurando un equilibrio entre los intereses de los acreedores –sean estos titulares de garantías o no– y aquellos de los deudores y garantes¹⁸.

Con el objetivo de ampliar los horizontes del debate, el Ministerio de Justicia difundió un anteproyecto de ordenanza, destinado principalmente al mundo académico, agentes económicos y profesionales del derecho. La consulta propició enriquecedores intercambios y valiosas observaciones, todo lo cual se materializó en un proyecto de ordenanza en junio de 2021, el que luego de la consulta ante el *Conseil d'État* (Consejo de Estado), se transformó en la ordenanza n.º 2021-1192 de 15 de septiembre de 2021 de reforma al derecho de garantías. La nueva legislación entró en vigor, mayoritariamente, a partir del 1 de enero de 2022, dejando así un tiempo a los agentes económicos a fin de adaptarse a la nueva normativa¹⁹.

De acuerdo con ley de habilitación –Ley PACTE–, las materias que han sido objeto de reforma por la ordenanza n.º 2021-1192 son las siguientes: el contrato de fianza, los privilegios mobiliarios, la prenda sobre muebles corporales, la prenda sobre créditos, la reserva de dominio, la fiducia garantía mobiliaria, los privilegios inmobiliarios, la prenda inmobiliaria, la hipoteca y la fiducia garantía inmobiliaria.

Por otra parte, la ordenanza contempla interesantes consagraciones, tales como: la cesión de crédito de derecho común a título de garantía, y la cesión de una suma de dinero, también a título de garantía²⁰.

En fin, la ordenanza procede a la supresión de ciertas garantías caídas en desuso o devenidas inútiles en la práctica. Tal es el caso, por ejemplo, de ciertos privilegios mobiliarios y de ciertas prendas especiales.

En cuanto a la estructura general del libro IV *Des sûretés* (De las garantías) –que data de la reforma de 2006–, permanece sin cambios con posterioridad a

¹⁷ De esta forma, el gobierno francés disponía de un plazo cuyo vencimiento era el 23 de mayo de 2021. Sin embargo, debido al contexto de urgencia sanitaria (COVID-19), el plazo fue prorrogado por cuatro meses –esto es, hasta el 23 de septiembre de 2021– a través del art. 14 de la Ley n.º 2020-290 de 2020.

¹⁸ “Dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution, le Gouvernement est autorisé à prendre par voie d'ordonnance, dans un délai de deux ans à compter de la publication de la présente loi, les mesures relevant du domaine de la loi nécessaires pour simplifier le droit des sûretés et renforcer son efficacité, tout en assurant un équilibre entre les intérêts des créanciers, titulaires ou non de sûretés”. Art. 60, I, Ley n.º 2019-486 de 2019 (Ley PACTE).

¹⁹ No obstante, ciertas disposiciones específicas, tales como las relativas a la creación del registro de garantías mobiliarias, entraron en vigor a partir del 1 de enero de 2023, según lo dispuso el decreto n.º 2021-1887 de 2021, relativo al registro de garantías mobiliarias y otras operaciones conexas. Con todo, se exceptúan las disposiciones relativas a la hipoteca marítima, la cuales entraron en vigor junto a las demás disposiciones de la ordenanza n.º 2021-1192, el 1 de enero de 2022.

²⁰ PELLIER (2021a), p. 2.

la actual reforma. Así, dentro de este libro hay dos grandes títulos, dedicado el primero a las “garantías personales” (arts. 2287-1 a 2322 del *CC*) y el segundo a las “garantías reales” (arts. 2323 a 2488-5 del *CC*). Dichos títulos se encuentran precedidos de cuatro disposiciones comunes relativas al denominado “derecho de prenda general” (art. 2284 del *CC*); al principio de distribución por contribución en caso de ausencia de causas legítimas de preferencia (art. 2285 del *CC*); al derecho de retención (art. 2286 del *CC*) y a la compatibilidad de las reglas del libro IV con aquellas que rigen los procedimientos colectivos de ejecución (art. 2287 del *CC*)²¹.

Por otra parte, la reforma contempló necesarias e importantes modificaciones a otros cuerpos legales, tendientes a adaptar la reglamentación allí contenida a la nueva normativa de las garantías. En efecto, además de concentrarse en el *CC*—y en particular, aunque no exclusivamente, en el libro IV²²—, la reforma procedió a ciertas modificaciones al *Código de Comercio*, al *Código Monetario y Financiero*, al *Código de Consumo*, al *Código de Procedimientos Civiles de Ejecución*, al *Código Rural y de la Pesca Marítima*, como, asimismo, a ciertas leyes especiales²³.

Luego del estudio de las principales innovaciones en materia de garantías personales y reales, procederá una conclusión y balance general respecto a la reforma, sin perjuicio de las ponderaciones parciales efectuadas en cada caso, cuando ello ha resultado pertinente.

II. LAS GARANTÍAS PERSONALES ANTE LA REFORMA

Integradas al *CC* desde el año 2006, la llamada *Lettre d'intention* (Cartas de intención; art. 2322 del *CC*) y *Garantie autonome* (Garantías autónomas²⁴; art. 2321 del *CC*) no se vieron concernidas por la reforma en comento. Es por ello que el análisis se centrará de manera exclusiva en la fianza; garantía personal de enorme importancia y aplicación práctica, que se vio sustancialmente modificada por la reforma.

1. La fianza

Concebida en la época de la dictación del *Code* como un servicio de amigo y familiar basado en la confianza, la fianza sufrió profundas mutaciones con el

²¹ Las cuatro disposiciones comunes previstas en los mencionados arts. 2284 a 2287, permanecen sin modificación alguna con posterioridad a la reforma, por lo que no serán objeto de análisis en este trabajo.

²² En este sentido, véanse las modificaciones a los arts. 1175, 1323, 1844-2, inc. 2.º del *CC*, que escapan al libro IV (De las garantías).

²³ Dichas modificaciones, ajenas al *CC*, escapan al objetivo de este trabajo. Para todas ellas puede verse SIMLER (2022), pp. 111-122.

²⁴ Ambas garantías, de gran utilización en el mundo del comercio internacional debido a su flexibilidad en comparación con la fianza, fueron incorporadas al *CC* por recomendación de la Comisión Grimaldi.

correr de los años, al punto de profesionalizarse; manifestándose tal fenómeno en una suerte de “bancarización” de esta garantía²⁵.

La mayor parte de las reglas relativas al contrato de fianza databan de 1804. Desde entonces se sucedieron numerosas evoluciones en la materia, las cuales escaparon a la órbita del *CC*, plasmándose en su mayoría en otros cuerpos legales y en las decisiones de la jurisprudencia. La reforma del año 2006 pudo haber sido la ocasión de una puesta al día de todas esas evoluciones, tal y como había sido propuesto por la comisión presidida por Michel Grimaldi²⁶. Empero, debido a la delegación únicamente parcial de facultades del Parlamento al gobierno, dichos cambios no prosperaron. De esta forma, hubo que esperar hasta la dictación de la Ley PACTE, de 22 de mayo de 2019, cuyo artículo 60, I, n.º 1 autorizó al gobierno para

“Reformar el derecho de la fianza, a fin de dar una mayor inteligibilidad a su régimen, mejorando su eficacia, y todo ello asegurando la protección del fiador persona natural”²⁷,

para que el *Code* acogiera los cambios más importantes sufridos por la fianza.

La reforma impacta diversos aspectos de esta garantía, los que analizaremos en las líneas que siguen.

a) Definición

204

Si la definición de la fianza permanece, en cuanto al fondo, en el estado en el que se encontraba bajo el derecho anterior, su presentación formal, en cambio, fue retocada haciéndola más moderna que la precedente²⁸. Así, el nuevo artículo 2288 establece:

“La fianza es un contrato por el cual un fiador se obliga respecto a un acreedor a pagar la deuda de otro, en caso de incumplimiento de este último.

Puede ser suscrito a la demanda del deudor principal o sin esta e incluso sin su consentimiento”²⁹.

²⁵ AYNÈS et CROCQ (2019), p. 42.

²⁶ Y como no dejó de observarlo cierta doctrina: SIMLER (2016), pp. 44-47.

²⁷ Versión oficial: art. 60, I, 1º, Ley PACTE: “Dans les conditions prévues à l’article 38 de la Constitution, le Gouvernement est autorisé à prendre par voie d’ordonnance, dans un délai de deux ans à compter de la publication de la présente loi, les mesures relevant du domaine de la loi nécessaires pour simplifier le droit des sûretés et renforcer son efficacité, tout en assurant un équilibre entre les intérêts des créanciers, titulaires ou non de sûretés, et ceux des débiteurs et des garants et à cette fin : Réformer le droit du cautionnement, afin de rendre son régime plus lisible et d’en améliorer l’efficacité, tout en assurant la protection de la caution personne physique”.

²⁸ Así, el art. 2288 en su antigua redacción disponía: “aquel que se obliga como fiador de una obligación, se somete para con el acreedor a satisfacer dicha obligación, si el deudor no la cumple”. Traducción libre. Versión oficial: “Celui qui se rend caution d’une obligation se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n’y satisfait lui-même”.

²⁹ Traducción libre. Versión oficial: “Le cautionnement est le contrat par lequel une caution s’oblige envers le créancier à payer la dette du débiteur en cas de défaillance de celui-ci. Il peut être souscrit à la demande du débiteur principal ou sans demande de sa part et même à son insu”.

Resulta destacable que la nueva definición haga mención expresa a la naturaleza contractual del vínculo que une al fiador y al acreedor, lo que la anterior no hacía, sin perjuicio de que desde antiguo la jurisprudencia había reconocido el carácter de contrato a esta garantía. Además, la nueva definición otorga mayor claridad respecto al objeto de la obligación del fiador: pagar la deuda del deudor principal para el caso en que este la incumpla³⁰. En último término, cabe tener presente que, si bien la nueva definición utiliza el verbo ‘pagar’ y no ‘satisfacer’ como lo hacía la antigua, el cambio no obedece a una voluntad de querer limitar la fianza solamente a deudas de dinero, puesto que el término ‘pagar’ debe entenderse aquí en su acepción jurídica –como la ejecución de una obligación– y no en su sentido vulgar –pago de una suma de dinero³¹–. En efecto, nada impide constituir la garantía con el fin de caucionar una obligación de hacer y de no hacer³². En último término, cabe precisar que el segundo inciso de la nueva norma reproduce la sustancia del antiguo art. 2291, inciso primero³³.

En suma, y como lo precisa el *Rapport au Président de la République relatif à l’ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés*, la nueva definición de la fianza es una definición moderna, la que hace expresa mención al carácter convencional del vínculo que une al fiador y al acreedor, al carácter unilateral del contrato y al hecho de que el deudor es un tercero respecto del mismo³⁴. Con todo, debido a su importancia en la configuración de esta garantía, una referencia al carácter accesorio de la fianza en relación con el contrato principal que une al acreedor y al deudor, habría sido deseable en la nueva definición³⁵.

b) Formación del contrato de fianza

La regla general es que el contrato de fianza es consensual. El hecho de que el art. 2292 del *Code* disponga que la fianza no se presume y que debe ser expresa³⁶, no implica de manera alguna la exigencia de una forma determinada para este contrato, el cual podría ser, incluso, verbal³⁷. Así, más que el establecimiento de una condición de forma del contrato de fianza, el espíritu de la regla obe-

³⁰ La precisión resulta del todo pertinente y es, además, de un gran valor pedagógico, puesto que ella permite, entre otras cosas, distinguir claramente la fianza de la garantía autónoma: BLANDIN (2022), p. 23; véase además el art. 2321 del *CC*.

³¹ Sobre todos estos cambios, véase SIMLER et DELEBECQUE (2021), p. 9.

³² Sin perjuicio de la existencia de otros mecanismos más aptos a alcanzar dichos fines. Así, en la práctica, puede resultar más conveniente garantizar obligaciones de hacer y de no hacer a través de lo que en Francia se conoce como “le porte-fort d’exécution”, que podría traducirse al castellano como “la promesa de hecho ajeno de cumplimiento”. SIMLER et DELEBECQUE (2021), p. 9.

³³ El cual establecía: “La fianza puede otorgarse sin orden de aquel por quien el fiador se obliga e incluso sin su conocimiento” (traducción libre). Versión oficial: “On peut se rendre caution sans ordre de celui pour lequel on s’oblige, et même à son insu”.

³⁴ *Rapport au Président* (2021), p. 4.

³⁵ Véase BLANDIN (2022), p. 23.

³⁶ Esta norma, protectora del fiador, se mantuvo de manera casi idéntica en la reforma en cuanto a su espíritu, aunque cambiando ligeramente su redacción. Véase el nuevo art. 2294 del *CC*.

³⁷ Sin perjuicio de las dificultades probatorias que supondría esta última situación.

dece a la preocupación del legislador en orden a llamar la atención del fiador, respecto a la gravedad potencial del compromiso que adquiere³⁸.

De forma excepcional, el legislador descarta el carácter consensual de esta garantía, para transformarla en un contrato solemne³⁹. Con un claro fundamento protector del fiador persona natural, e inspirado por el auge cada vez mayor del derecho del consumo, el legislador establece una serie de formalismos destinados a advertir al fiador acerca de la peligrosidad de la obligación que contrae. De esta forma, la idea subyacente es evitar los compromisos compulsivos e irreflexivos.

Esta protección se materializa, básicamente, en la exigencia de una mención manuscrita redactada por el propio fiador, de acuerdo con fórmulas prestables por la ley, bajo la sanción de nulidad del contrato. Tal es el caso, por ejemplo, de la ley de 31 de diciembre de 1989 destinada a proteger al fiador persona natural que garantiza un crédito mobiliario o inmobiliario; o de la ley especial de 6 de julio de 1989 referida a la fianza de obligaciones resultantes de un contrato de arrendamiento de inmueble destinado a la habitación; como lo es, de igual manera, el caso de la ley de 1 de agosto de 2003⁴⁰, que incorporó los arts. L.331-1⁴¹,

³⁸ ALBIGES et DUMONT (2015), p. 21; si bien la ley no exige ninguna solemnidad para la formación del contrato de fianza, el consentimiento del fiador debe, no obstante, ser expreso y positivo. De modo que ni el silencio, ni un determinado comportamiento del cual pudiera extraerse una voluntad implícita, son suficientes para dar nacimiento a la fianza. En este sentido: AYNES et CROCQ (2019), p. 100.

³⁹ Por su parte, la jurisprudencia de la Corte de Casación, con la intención de brindar protección al fiador transformó, durante algunos años y de manera bastante hábil –aunque artificial– el contenido de una regla probatoria en una de validez. En este sentido, el art. 1376 (antiguo 1326) del *Code* dispone: “El instrumento privado por el cual una sola parte se obliga respecto a otra a pagar una suma de dinero o a entregar un bien fungible, no hace prueba sino cuando contiene la firma de aquel que suscribe el compromiso, así como la mención, escrita por él mismo, de la suma o de la cantidad en letras y en cifras. En caso de diferencia, el acto valdrá prueba respecto a la suma escrita en letras”. A partir de la interpretación dada a esta norma en la década de 1980, la Corte de Casación procedió a anular contratos de fianza en caso de ausencia o irregularidad de la mención manuscrita, la cual fue estimada como una regla protectora del consentimiento del fiador.

Esta interpretación de la Corte de Casación constituyó una abundante fuente de pleitos. Afortunadamente, esta jurisprudencia ha sido abandonada de manera progresiva, volviendo a considerarse la regla del art. 1376 como una de prueba y no de validez. Por otro lado, cabe señalar que este ánimo protector de la jurisprudencia se traspasó al legislador, quien de forma paulatina comenzó a dictar una serie de formalismos protectores del fiador, so pena de nulidad del contrato de fianza: AYNES et CROCQ (2019), p. 107.

⁴⁰ Esta ley amplió la protección a todo fiador persona natural que garantice un crédito de consumo o inmobiliario solicitado por un consumidor o que garantice cualquier otra deuda y respecto de cualquier tipo de deudor. La sola condición para que el fiador goce de la protección legal es que este se obligue para con un acreedor profesional. La jurisprudencia entiende por tal a aquel cuyo crédito nace del ejercicio de su profesión o, bien, se encuentra en relación directa con una de sus actividades profesionales, aun si ella no es la principal. En este sentido puede verse: Sentencia Corte de Casación (2009a).

⁴¹ “Toda persona natural que se obliga por instrumento privado en calidad de fiador para con un acreedor profesional, previo a su firma deberá hacer preceder la mención manuscrita siguiente: ‘en mi calidad de fiador de X [...], en el límite de la suma de [...]. cubriendo el pago de la deuda principal, de intereses y, de ser el caso, de penalidades o intereses por el retraso y por

referido a la fianza simple, y L.331-2⁴², referido a la fianza solidaria, al *Código de Consumo*, los cuales establecen, también, un formalismo específico y protector del fiador, consistente en la redacción de una mención manuscrita. El contenido de tal mención se refiere, en esencia, al señalamiento de la suma global garantizada como a la duración de la garantía.

A pesar de las intenciones –sin duda loables– del legislador, en orden a otorgar una protección eficaz al fiador, en la práctica este formalismo supuso un debilitamiento de la eficacia de la garantía para los acreedores. Así, pues, estos encontraban numerosas trabas al momento de intentar obtener el pago de sus créditos por parte de los fiadores, quienes se defendían hábilmente alegando hasta las más mínimas de las irregularidades en el formalismo establecido por la ley, a fin de eludir el pago. Ello se traducía a la postre, y en numerosas ocasiones, en la nulidad de la fianza y la consecuente liberación del fiador.

Intentando poner un freno a esta situación devenida intolerable y fuente inagotable de pleitos, la reforma opera una supresión de los distintos regímenes especiales de formalismo, estableciendo una regla única en el seno del *CC*. Pero ello no es todo; además, el contenido de este formalismo también cambia. En efecto, si hasta ahora lo exigido al fiador era la transcripción fidedigna y literal de la fórmula legal, esta última desaparece a partir de la reforma para dar paso a otra mucho más flexible. Así, el nuevo formalismo supone que el fiador haya tomado conocimiento de la naturaleza y alcance del acto que celebra, sin que ello signifique en caso alguno la reproducción mecánica de una fórmula sacramental, cuyas irregularidades de escrituración pudieran conducir a poner en tela de juicio la garantía.

Por otra parte, el ámbito de aplicación del formalismo se extiende con la reforma. Si hasta entonces el formalismo protegía a todo fiador persona natural que se obligaba para con un acreedor profesional, desde entonces, todo fiador persona natural gozará de protección, siendo indiferente para ello la calidad de profesional o no profesional del acreedor.

La regla incorporada al *CC* en el inc. 1.º del art. 2297 es la siguiente:

“Bajo sanción de nulidad de su obligación, el fiador persona natural deberá estipular que se obliga en dicha calidad a pagar al acreedor lo que su deudor le deba, para el caso en que este último incumpla, y ello en el

la duración de [...], me comprometo a reembolsar al prestamista las sumas adeudadas con mis ingresos y mis bienes si X [...] no paga” (traducción libre). La sanción para el caso de infracción al formalismo establecido por esta norma era la nulidad de la fianza, según lo establecía el ahora derogado art. L. 343-1 del *Código de Consumo*.

⁴² “Para el caso en que el acreedor solicite una fianza solidaria, la persona natural fiadora, previo a su firma, deberá hacer preceder la mención manuscrita siguiente: ‘renunciando al beneficio de excusión definido en el artículo 2298 del Código Civil y obligándome solidariamente con X [...] me comprometo a reembolsar al acreedor sin poder exigir que persiga previamente a X [...]’” (traducción libre). La sanción para el caso de infracción al formalismo establecido por esta norma era la nulidad de la fianza, según lo establecía el ahora derogado art. L. 343-2 del *Código de Consumo*.

límite de un monto principal y de los accesorios expresado en letras y en cifras. En caso de diferencia, la fianza vale por la suma escrita en letras”⁴³.

De esta forma, esta innovación de la reforma merece ser aplaudida por cuanto, a través de la unificación y flexibilización del formalismo, se simplifica sobremanera la protección del fiador, al mismo tiempo que tenderá a apaciguar –así se espera– la gran cantidad de pleitos a que daba lugar el derecho anterior.

c) Deber de advertencia del fiador

Desde hace algunos años, la jurisprudencia de la Corte de Casación venía moldeando una verdadera creación pretoriana, consistente en un deber de advertencia que pesa sobre todo acreedor profesional, en beneficio de todo fiador persona natural considerado profano, lego o inexperto. El objetivo no es otro que el de proteger al fiador carente de los conocimientos necesarios frente a un compromiso riesgoso; haciéndolo sabedor de este riesgo, llamando su atención respecto a sus capacidades financieras para hacer frente a una potencial demanda del acreedor. El incumplimiento de este deber u obligación de advertencia expone al acreedor profesional a una demanda en responsabilidad civil, con la consecuente indemnización de perjuicios por la pérdida de chance de no contratar⁴⁴.

En la práctica, el acreedor profesional será responsable frente al fiador si:

- a) a la fecha de la celebración del contrato de fianza, el compromiso no parece adecuado a sus capacidades financieras o
- b) si existe un riesgo de sobreendeudamiento originado por el crédito garantizado, resultando de la inadaptación de este a las capacidades financieras del deudor principal⁴⁵.

La reforma consagra legalmente este deber de advertencia jurisprudencial, marcando, sin embargo, algunos puntos de ruptura con el derecho anterior.

Así, el nuevo art. 2299 del *Code* dispone:

“El acreedor profesional se encuentra obligado a advertir al fiador persona natural, para el caso en el que el compromiso adquirido por el deudor principal no sea adaptado a la capacidad financiera de este último.

⁴³ Traducción libre. Versión oficial: “À peine de nullité de son engagement, la caution personne physique appose elle-même la mention qu’elle s’engage en qualité de caution à payer au créancier ce que lui doit le débiteur en cas de défaillance de celui-ci, dans la limite d’un montant en principal et accessoires exprimé en toutes lettres et en chiffres. En cas de différence, le cautionnement vaut pour la somme écrite en toutes lettres”.

⁴⁴ Sentencia Corte de Casación (2009b).

⁴⁵ Esta es la fórmula que se repite de manera constante en la jurisprudencia: Sentencia Corte de Casación (2021a); Sentencia Corte de Casación (2020a).

En caso de incumplimiento de este deber, el acreedor perderá su derecho contra el fiador hasta concurrencia del perjuicio sufrido por este⁴⁶.

Como podemos apreciar de la lectura de la regla, una primera diferencia con el derecho anterior se encuentra en el hecho de que no se hace ninguna distinción entre fiador profano y no profano. Así, este deber beneficiará a todo fiador persona natural, sin distinción. La modificación es afortunada desde que ella busca poner fin a la gran cantidad de pleitos recaídos sobre la calidad de “fiador profano o no profano”. En segundo lugar, la regla se aleja también de la noción jurisprudencial en lo relativo al contenido del deber de advertencia. Si hasta antes de la reforma los tribunales exigían la adecuación de la fianza a las capacidades financieras tanto del fiador como del deudor principal, la reforma limita el contenido solo a la insuficiencia de las facultades financieras del deudor principal. El cambio se explica por la intención del legislador de reservar el análisis de un eventual compromiso excesivo del fiador a la luz del principio de proporcionalidad. El tercer y último punto de ruptura se relaciona con la sanción al incumplimiento del deber de advertencia. En efecto, si con anterioridad a la reforma la sanción consistía en el pago de una indemnización de perjuicios que se compensaba con la deuda del fiador, con posterioridad a ella, la sanción se traduce en la pérdida del derecho del acreedor contra el fiador, hasta concurrencia del perjuicio sufrido por este último⁴⁷.

209

d) Exigencia de proporcionalidad

Dentro del arsenal de defensas del fiador –junto al formalismo y al deber de advertencia ya mencionados– se encuentra la exigencia de proporcionalidad de la fianza⁴⁸ a las capacidades económicas de este, es decir, proporcionalidad en cuanto a sus bienes e ingresos. Cabe recalcar, empero, que la proporcionalidad no ha sido siempre un objetivo perseguido por el derecho francés; su consideración es más bien reciente⁴⁹. En la época actual se observa, en efecto, que un cierto equilibrio contractual es cada vez más anhelado⁵⁰; todo lo cual constituye la manifestación de una tendencia a cierta moralización de las relaciones contractuales⁵¹.

⁴⁶ Traducción libre. Versión oficial: “Le créancier professionnel est tenu de mettre en garde la caution personne physique lorsque l’engagement du débiteur principal est inadapté aux capacités financières de ce dernier. A défaut, le créancier est déchu de son droit contre la caution à hauteur du préjudice subi par celle-ci”.

⁴⁷ Para mayores explicaciones, véase ANSAULT et GIJSBERS (2021), p. 1881.

⁴⁸ Cabe precisar que esta exigencia de proporcionalidad, constituye un requisito de fondo propio y característico del contrato de fianza, exigido junto a aquellos generales aplicables a todo contrato (capacidad, objeto, causa, etc.). Por lo demás, así es presentada en los manuales dedicados a la materia. Véase: LEGAIS (2022), pp. 135-146; ALBIGES et DUMONT (2022), p. 84-104; SIMLER et DELEBECQUE (2023), pp. 130-145.

⁴⁹ SIMLER et DELEBECQUE (2021), p. 19.

⁵⁰ LEGAIS (2022), p. 135

⁵¹ SIMLER et DELEBECQUE (2021), p. 19.

Por otra parte, y a diferencia de lo que acontecía con el deber de advertencia, esta exigencia de proporcionalidad ya se encontraba consagrada en la ley. Es, en efecto, una ley de 31 de diciembre de 1989 –Ley Neiertz– la que establece por primera vez una exigencia de proporcionalidad referida a la fianza de obligaciones nacidas a la ocasión de un crédito de consumo o inmobiliario (art. L. 311-10, luego convertido en art. L. 314-18 del *Código de Consumo*). La exigencia impedía a ciertos acreedores profesionales prevalerse de la fianza cuando ella resultaba manifiestamente desproporcionada a los bienes e ingresos del fiador persona natural, apreciándose la desproporción al momento de la celebración del contrato. Más tarde, el campo de aplicación de la regla fue generalizado por una ley de 1 de agosto de 2003 –Ley Dutreil–, que introdujo el art. L. 332-1 al *Código de Consumo*. La generalización recayó sobre las personas concernidas por la operación –todo acreedor profesional frente a todo fiador persona natural– como sobre la operación misma –todo contrato garantizado con una fianza, y no solo un crédito de consumo o inmobiliario–. Entre tanto, la jurisprudencia, alejándose de la concepción del régimen legal de la desproporción contenida en el *Código de Consumo*, comienza a hacer aplicación de las reglas clásicas de la responsabilidad civil a fin de sancionar al acreedor que celebraba una fianza manifiestamente desproporcionada respecto a los ingresos y patrimonio del fiador persona natural, y sea este profano o no⁵². Aquellos son los términos de una conocida decisión de la Sala Comercial de la Corte de Casación dictada a fines de la década de 1990 –jurisprudencia Macron⁵³– y cuyo fundamento era la mala fe del banco acreedor al exigir y celebrar una fianza a sabiendas desproporcionada, comportamiento sancionado a través de su responsabilidad civil; esto es, por el pago de una indemnización de perjuicios a favor del fiador, la que reducía total o parcialmente el monto garantizado por este⁵⁴. Sin embargo, debido a la utilización sistemática y generalizada por parte de los fiadores del mecanismo consagrado en la decisión Macron, y a la consecuente pérdida de eficacia de la garantía, una decisión posterior –dictada también por la Sala Comercial de la Corte de Casación y conocida como decisión Nahoum–, intentó limitar el impacto de la jurisprudencia Macron. Ello se tradujo en el establecimiento de condiciones más severas a fin de que los fiadores pudieran perseguir la responsabilidad civil del acreedor y escapar así, al menos en parte, al pago de sus obligaciones⁵⁵. Esta severidad implicó que, desde entonces, el fiador debía probar que el banco acreedor poseía informaciones acerca de su patrimonio y estado financiero general, las cuales él mismo ignoraba. En otras palabras, el acreedor sería civilmente responsable solo en el caso en que, estando en conocimiento de informaciones relativas al

⁵² A pesar de esta coexistencia del régimen legal y jurisprudencial de la desproporción, la jurisprudencia de la Corte de Casación reconoce el derecho al fiador de optar por uno u otro régimen. Véase en este sentido: Sentencia Corte de Casación (2013). Y ello a pesar de que la responsabilidad civil pudiera ser una opción en principio menos favorable al fiador. Véase SIMLER et DELEBECQUE (2023), p. 132.

⁵³ Sentencia Corte de Casación (1997).

⁵⁴ Véase LEGEAIS (2022), p. 137.

⁵⁵ Sentencia Corte de Casación (2002c).

patrimonio del fiador –y dando esta cuenta de una desproporción manifiesta de la fianza al momento de su celebración–, haya decidido, de todas maneras, celebrar el contrato. Así, pues, tal prueba resultaba para el fiador una tarea en extremo complicada; lo cual se tradujo, a la postre, en una devolución de la eficacia a la garantía, puesto que los fiadores ya no podrían liberarse tan fácilmente de su obligación como ocurría bajo la decisión Macron. En fin, la última precisión destacable de la decisión Nahoum –que la diferencia de la jurisprudencia Macron– es que la protección quedaba desde entonces circunscrita a los fiadores profanos o legos, excluyéndose, por tanto, los fiadores no profanos, como lo sería el director de una sociedad comercial.

En suma, la idea subyacente a la exigencia de proporcionalidad en la fianza, consistía en evitar una *desproporción manifiesta* entre la suma de dinero garantizada por el fiador y sus capacidades financieras; apreciándose la desproporción al día de la celebración del contrato. La sanción contemplada para el caso de verificarse la desproporción era bastante severa: el acreedor profesional perdía su derecho contra el fiador⁵⁶. La única posibilidad para el acreedor de escapar a esta pérdida consistía en que entre la celebración del contrato y el momento en que el fiador era perseguido por el acreedor, su patrimonio le permitiera hacer frente a la obligación; excepción conocida como “retorno a una mejor fortuna” (*exception de retour à meilleure fortune*)⁵⁷. Es decir, bien pudo ser que al momento de la celebración de la fianza la obligación resultara manifiestamente desproporcionada a los bienes e ingresos del fiador –lo que suponía la pérdida del derecho del acreedor–, pero bien pudo ser, también, que la fortuna de este haya mejorado con posterioridad, permitiéndole así honrar su compromiso el día en que el acreedor intente obtener el pago de su crédito.

Trasladándola al CC y fusionándola en un solo artículo (art. 2300 del CC)⁵⁸, la reforma mantiene esta exigencia de proporcionalidad, con algunas variaciones:

⁵⁶ Ello, sin perjuicio de lo dispuesto por la versión jurisprudencial de la proporcionalidad, pues la jurisprudencia, alejándose de la concepción legal, estableció un principio de proporcionalidad basado en las reglas clásicas de la responsabilidad civil. En efecto, en tal caso la sanción no consistía necesariamente en la pérdida total de la garantía por parte del acreedor, sino, más bien, en la obligación de este de indemnizar los perjuicios sufridos por el fiador; los cuales estaban representados por la parte que excedía de su capacidad financiera, continuando obligado por el monto restante y que resultaba acorde con su patrimonio. Véase: LEGEAIS (2022), pp. 136-137; ALBIGES et DUMONT (2015), pp. 76-78.

⁵⁷ Cabe observar aquí de nuevo una diferencia entre los regímenes legal y jurisprudencial de la desproporción. En efecto, la versión legal contenida en el *Código de Consumo* contemplaba la excepción de “retorno a una mejor fortuna”, la que hacía salvedad a la pérdida de la garantía del acreedor en el caso en que la fianza haya resultado manifiestamente desproporcionada. La versión jurisprudencial, en cambio, más rigurosa con el acreedor, no contemplaba tal excepción, puesto que se enfocaba solo en el momento de la celebración del contrato a efectos de apreciar la existencia o no de la desproporción, sin importar que con posterioridad el fiador se encontrara en condiciones de cumplir su obligación. Véase LEGEAIS (2022), pp. 136-137.

⁵⁸ Lo que supuso la derogación de las reglas relativas a la desproporción de la fianza contenidas en el *Código de Consumo*.

“Si la fianza suscrita por una persona natural para con un acreedor profesional era, al momento de su celebración, manifiestamente desproporcionada a los ingresos y al patrimonio del fiador, ella será reducida al monto al cual el fiador podía obligarse a esa fecha”⁵⁹.

Así pues, la esencia de la exigencia de proporcionalidad es mantenida por la reforma. Los cambios aportados, además de la ubicación de la regla, tienen relación, principalmente, con la sanción para el caso de incumplimiento de la proporcionalidad exigida. Como lo hemos dicho, el acreedor que no respetaba la exigencia no podía prevalerse del contrato de fianza, es decir, perdía su garantía. Esta sanción, habiendo sido estimada demasiado severa por los redactores de la reforma, es reemplazada por la reducción de la garantía al monto de dinero que resultare acorde con las capacidades financieras del fiador al día de la suscripción del contrato. Con todo, esta menor severidad de la reforma para con el acreedor no está exenta de ciertos riesgos. En efecto, la pérdida total de la garantía por el acreedor resultaba ser una sanción bastante disuasiva. Hoy, sin este “freno”, proliferarán las fianzas desproporcionadas. Sin duda, el acreedor ya no se sentirá constreñido a adaptar la fianza al patrimonio del fiador, toda vez que ya no arriesga perder su garantía; a lo sumo, sufrirá una reducción⁶⁰. Y, si bien la solución de la reforma podría estimarse como más respetuosa de la fuerza obligatoria del contrato, por desgracia ella abre puertas para futuros pleitos, puesto que la reducción de la garantía a las capacidades financieras del fiador presenta el inconveniente de tener que determinar, de manera precisa, en qué grado o medida y a través de qué criterios se llevará a cabo tal reducción, lo cual será sin duda objeto de aguerridos debates⁶¹.

Por otro lado, y como contrapeso de este favor al acreedor, la reforma suprimió la excepción de mejor fortuna del fiador y que hacía salvedad a la pérdida del derecho del acreedor. Es decir, la mejora en la fortuna del fiador y que le permitiría hacer frente a su obligación, aun cuando esta haya sido en un principio desproporcionada, no permitirá al acreedor escapar a la sanción consistente en la reducción de la garantía.

La supresión de esta excepción ha sido vista con buenos ojos por parte de la doctrina, la cual se explicaba mal cómo, bajo el derecho anterior, el acreedor podía resultar exento de toda sanción siendo que la mejora en la fortuna del fiador es una circunstancia totalmente ajena al actuar del acreedor⁶². Por otra parte, la desaparición de la esta excepción debiera contribuir a la erradicación de la práctica –común entre acreedores, en particular los bancarios– consis-

⁵⁹ Traducción libre. Versión oficial: “Si le cautionnement souscrit par une personne physique envers un créancier professionnel était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné aux revenus et au patrimoine de la caution, il est réduit au montant à hauteur duquel elle pouvait s’engager à cette date”.

⁶⁰ Respecto a esta crítica, véase BOUGEROL (2021), p. 4.

⁶¹ BLANDIN (2022), p. 30; LEGEAIS (2022), p. 145.

⁶² ANSAULT et GJSBERS (2021), p. 1882; SIMLER et DELEBECQUE (2021), pp. 19-20.

tente en exigir la celebración de fianzas deliberadamente desproporcionadas, esperando que en el futuro el fiador cuente con los recursos necesarios para responder al pago de la obligación, en el evento del incumplimiento del deudor⁶³.

Finalmente, al mismo tiempo que la doctrina valora de manera positiva los cambios introducidos por la reforma, duda de que estos sean suficientes para apaciguar la enorme cantidad de pleitos a que da lugar la exigencia de proporcionalidad. Así, una de las grandes interrogantes que aún sigue latente es, entre otras, el modo de cálculo del patrimonio del fiador al momento de la suscripción del contrato y que constituye el criterio de apreciación de la existencia o no de la desproporción manifiesta. Piénsese, por ejemplo, en un fiador titular de derechos y acciones en diversas sociedades y, al mismo tiempo, propietario de ciertos bienes hipotecados o gravados con otra caución real. ¿Cómo calcular, en efecto, el valor de estos bienes para el efecto de la apreciación de la desproporción?⁶⁴.

e) Carácter accesorio de la fianza
y oponibilidad de excepciones

La desafortunada redacción del antiguo art. 2313⁶⁵ del *Code*, había conducido a la Corte de Casación a alejarse de la interpretación y sentido histórico de esta norma. En efecto, la interpretación dada por el máximo tribunal condujo a considerar que existirían, por una parte, excepciones inherentes a la obligación, por tanto, oponibles y, por otra parte, excepciones puramente personales del deudor, por tanto, inoponibles. Empero, el sentido histórico de esta regla apuntaba a excluir la causal de incapacidad del deudor principal como excepción oponible por el fiador, dejando todas las demás, incluidas las personales del deudor, como del todo oponibles por el fiador⁶⁶. En este sentido y en clara ruptura con la jurisprudencia de la Corte de Casación, la reforma establece que el fiador podrá oponer todas las excepciones pertenecientes al deudor principal, sean estas personales o inherentes a la deuda, con la única salvedad de la excepción de incapacidad. De esta forma, la nueva regla establecida en el art. 2298 señala:

“El fiador puede oponer al acreedor todas las excepciones, personales o inherentes a la deuda, que pertenecen al deudor, bajo reserva de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 2293.

Sin embargo, el fiador no puede prevalerse de las medidas legales o judiciales de que beneficia el deudor como consecuencia de su incumplimiento, salvo disposición contraria⁶⁷.”

⁶³ BLANDIN (2022), p. 30.

⁶⁴ ANSAULT et GIJSBERS (2021), p. 1882; igualmente, véase SIMLER et DELEBECQUE (2021), p. 20, así como las fuentes bibliográficas citadas por estos autores.

⁶⁵ “El fiador puede oponer al acreedor todas las excepciones que pertenecen al deudor principal, y que son inherentes a la deuda. Pero no podrá oponer las excepciones que son puramente personales del deudor”.

⁶⁶ BOUGEROL (2021), p. 6.

⁶⁷ Traducción libre. Versión oficial: “La caution peut opposer au créancier toutes les exceptions, personnelles ou inhérentes à la dette, qui appartiennent au débiteur, sous réserve des dispo-

Así pues, a partir de la reforma el fiador será admitido a defenderse de la demanda entablada por el acreedor oponiendo, por ejemplo, la excepción de nulidad relativa por el dolo de que ha sido víctima el deudor principal. Bajo el derecho anterior, la jurisprudencia era constante en orden a rechazar este tipo de demandas, considerando al dolo como una excepción de aquellas personales del deudor principal⁶⁸.

A decir verdad, a la incapacidad del deudor debe agregarse otra excepción, que escapa al catálogo de aquellas oponibles por el fiador. Nos referimos a aquella enunciada en el inciso segundo de la norma transcrita, el cual se refiere, básicamente, a excepciones ligadas al incumplimiento del deudor principal de su obligación de pago. Con todo, la exclusión de esta excepción del arsenal de defensa del fiador se explica sin dificultad: el incumplimiento del deudor principal es precisamente el riesgo que el fiador asume al obligarse en tal calidad, por tanto, resulta de toda lógica que, si este acontecimiento sobreviene, el fiador no sea admitido a excusarse de pagar aduciendo dicha circunstancia⁶⁹.

En suma, de manera afortunada la reforma devuelve al carácter accesorio de la fianza una parte de la fortaleza perdida. En efecto, en perfecta lógica con este carácter resulta coherente que el fiador pueda defenderse con las mismas armas de que dispone el deudor principal, haciendo salvedad a ello las únicas excepciones ya enunciadas.

Por último, otras reglas que constituyen emanaciones de este carácter accesorio y que ya existían bajo el derecho positivo anterior, son mantenidas casi sin variaciones por la reforma⁷⁰.

f) Extinción de la fianza

Respecto a este punto podemos citar, por una parte, la nueva norma del art. 2314 del *CC*⁷¹, cuyo contenido constituía ya bajo el derecho anterior –y que con

sitions du deuxième alinéa de l'article 2293. Toutefois la caution ne peut se prévaloir des mesures légales ou judiciaires dont bénéficie le débiteur en conséquence de sa défaillance, sauf disposition spéciale contraire”.

⁶⁸ Para una decisión reciente en este sentido: Sentencia Corte de Casación (2021b): “el fiador no es admitido a prevalerse de la nulidad relativa derivada del dolo sufrido por el deudor principal, que constituye una excepción puramente personal destinada a proteger a este último solamente”. (Traducción libre). En sentido similar, véase: Sentencia Corte de Casación (2007a).

⁶⁹ Así, serán consideradas como inoponibles, por ejemplo, las excepciones relativas a plazos de gracia, suspensión de procedimiento entablado contra el deudor, etc., siempre y cuando sean de origen legal o judicial, excluyendo, entonces, aquellas de origen convencional, respecto de las cuales se vuelve a la regla general de la oponibilidad. Véase: BOUGEROL (2021), p. 6; Sentencia Corte de Casación (2020b).

⁷⁰ Así, entre otras, la norma que establecía que el fiador no puede obligarse en términos más gravosos que el deudor principal, ya sea por una cantidad que excede aquella de la deuda principal o bajo condiciones más onerosas, es mantenida por la reforma (art. 2296 del *CC*); de igual manera, la regla que establecía que el fiador no puede sino caucionar una obligación válida, es igualmente mantenida (art. 2293 del *CC*).

⁷¹ Traducción libre: “El fiador se encuentra liberado de su obligación desde que la subrogación en los derechos del acreedor no es posible debido a la culpa de este último y ello hasta concurrencia del perjuicio sufrido por el fiador.

Toda cláusula en contrario será reputada no escrita”. (art. 2314 inc. 1 y 2).

bastante probabilidad lo seguirá siendo con posterioridad a la reforma— uno de los recursos a menudo solicitado por el fiador a fin de eludir el cumplimiento de su obligación. En términos simples, esta norma permite al fiador desligarse de su obligación de pagar cuando, por culpa del acreedor, no pueda subrogarse en los derechos que este último tenía en contra el deudor, a fin de obtener reembolso⁷². A pesar de la amplitud del antiguo art. 2314, que se refería a derechos, privilegios e hipotecas del acreedor cuya pérdida liberaba al fiador, lo cierto es que la doctrina aclara el verdadero sentido y alcance de la norma, señalando que debía tratarse de la pérdida de un derecho exclusivo o preferencial⁷³ y que tal derecho debía tener el carácter de cierto⁷⁴. De esta manera, la pérdida de cualquier otro derecho que no confiriera otra calidad que la de quirografario, no otorgaba el beneficio al fiador⁷⁵.

En términos generales, la reforma mantiene sin modificación sustancial esta norma, así como su carácter de orden público, pero con una redacción aligerada. El único gran punto de ruptura respecto al derecho anterior es el inciso final del nuevo art. 2314: “El fiador no puede reprochar al acreedor su elección en cuanto al modo de realización de una garantía”.

El citado inciso se justifica en la medida en que, bajo la legislación anterior, la jurisprudencia de la Corte de Casación consideraba que a pesar de que la atribución judicial de la prenda constituía una simple facultad del acreedor, este cometía un acto perjudicial para el caso en que, gozando, además, de una fianza y absteniéndose de demandar la atribución de la prenda, de ello se derivaba una privación de un derecho del cual el fiador habría podido beneficiar⁷⁶. Tal jurisprudencia fue considerada por los redactores de la reforma como un atentado excesivo a los derechos del acreedor, quien puede legítimamente elegir el modo de realización de sus garantías, comprendiéndose por cierto el no querer convertirse en propietario del bien gravado con una garantía⁷⁷.

⁷² Conviene tener presente, no obstante, que los requisitos exigidos por la jurisprudencia para que el fiador goce de este beneficio son dos: un perjuicio representado por la pérdida de un derecho preferencial y que esta pérdida sea el resultado del hecho del acreedor. En cuanto a la liberación del fiador de su obligación, cabe tener presente que ella no es necesariamente por el total de la deuda, sino que proporcional al perjuicio sufrido por la pérdida del derecho preferencial. En este sentido: Sentencia Corte de Casación (2010) y Sentencia Corte de Casación (1998).

⁷³ Lo que implicaría entre otras cosas, la pérdida de cualquier otra garantía (prenda, hipoteca, otra fianza, etc.) como de cualquier otra ventaja en el cobro del crédito y que evite al acreedor entrar en concurso con los demás acreedores (la solidaridad pasiva, el recurso contra el aceptante de una letra de cambio, el derecho a demandar la resolución, el derecho de retención, la reserva de propiedad, etc.). Véase AYNÈS et CROCQ (2019), p. 172.

⁷⁴ De esta forma, la certitud del derecho debe existir al momento en que el fiador se obliga. El carácter de certitud del derecho apunta a excluir un derecho eventual o las simples facultades del acreedor, sin perjuicio de la evolución jurisprudencial de los últimos años respecto a este punto. Para un panorama detallado de esta evolución puede consultarse: AYNÈS et CROCQ (2019), p. 174.

⁷⁵ A este respecto, resulta útil observar que la jurisprudencia tiene una concepción bastante amplia de la “pérdida” de un derecho preferencial, puesto que asimila a esta, por ejemplo, tanto la reducción del derecho como su debilitamiento. Véase: Sentencia Corte de Casación (2017a).

⁷⁶ Sentencia Corte de Casación (2017b) y Sentencia Corte de Casación (2003).

⁷⁷ *Rapport au Président* (2021), p. 6.

El nuevo art. 2315, por su parte, establece una aplicación específica a la fianza del principio consagrado en el art. 1211 del *CC*⁷⁸, el cual, prohibiendo las obligaciones perpetuas, establece que cualquiera de las partes a un contrato de duración indefinida puede siempre ponerle término de manera unilateral, bajo la condición de respetar el preaviso pactado contractualmente o, en su defecto, un término razonable. En efecto, el art. 2315 consagrando este principio en la fianza, señala:

“Tratándose de una fianza de deudas futuras de duración indefinida, el fiador puede poner término al contrato en todo momento, bajo condición de respetar el preaviso contractualmente previsto o, en su defecto, un término razonable”⁷⁹.

De esta forma, el término del contrato de fianza extingue la obligación de cobertura, dejando subsistente, en cambio, aquella de pago de las deudas nacidas con anterioridad a la ruptura del contrato. Por otro lado, el mérito de la nueva norma, y por lo demás del art. 1211, es haber establecido la obligación por parte del fiador de respetar el término de preaviso contractual o, si ninguno ha sido previsto, un término razonable; puesto que ello tiene por objetivo otorgar un plazo al deudor, dándole así la posibilidad de ofrecer una nueva garantía satisfactoria al acreedor⁸⁰. En todo caso, resulta lícito interrogarnos sobre la verdadera utilidad de la consagración de esta norma, puesto que, como lo hemos dicho, ella reproduce el principio establecido por el derecho común de contratos (art. 1211), el cual sería de todas formas aplicable, aun, en ausencia de la nueva regla del art. 2315, dado el carácter supletorio de aquel.

Por otra parte, el art. 2316 consagra una jurisprudencia constante desde hace varios años y que recoge la conocida distinción realizada por Christian Mouly en cuanto a la “obligación de cobertura” y la “obligación de pago”. Tal distinción resulta aplicable para el caso de fianzas de deudas futuras en que el contrato termina, por ejemplo, por ruptura unilateral realizada por el fiador, por la llegada del plazo previsto en el contrato, etc. En tal caso, solo se extingue la obligación de cobertura, mas no la de pago, continuando el fiador obligado al pago de las deudas nacidas, incluso si aún no son exigibles, por no haber incumplido el deudor, por ejemplo, antes de la extinción de la fianza. A mayor abundamiento y como lo explica la doctrina:

“la obligación del fiador consiste en el otorgamiento de una garantía de pago al acreedor. Incluso antes de pagar la deuda del deudor principal, el fiador ya se encuentra obligado, a la imagen de un asegurador, a cubrir

⁷⁸ Artículo incorporado al *Code* por la ordenanza n.º 2016-131 de 10 de febrero de 2016.

⁷⁹ Traducción libre. Versión oficial: “Lorsqu’un cautionnement de dettes futures est à durée indéterminée, la caution peut y mettre fin à tout moment, sous réserve de respecter le délai contractuellement prévu ou, à défaut, un délai raisonnable”.

⁸⁰ SIMLER (2022), p. 54.

un riesgo durante un cierto periodo. La obligación del fiador se divide en dos distintas: una obligación llamada de cobertura, por la cual el fiador se obliga a cubrir, es decir, garantizar las deudas del deudor principal, y una obligación de pago, por la cual el fiador se encuentra obligado a pagar cada una de las deudas del deudor que entren en el campo de la obligación de cobertura, nacidas y no pagadas por el deudor principal⁸¹.

Así, es claro que mientras la obligación de cobertura constituye el periodo que permite precisar el cuadro temporal dentro del cual el riesgo de incumplimiento del deudor principal es cubierto por el fiador –ya que este cubrirá únicamente las obligaciones nacidas entre el acreedor y el deudor durante dicho periodo–, la obligación de pago, en cambio, hace referencia a cada obligación del deudor principal susceptible de enmarcarse en el periodo de cobertura y a cuyo pago se encuentra obligado el fiador, en el evento de incumplimiento del deudor⁸².

Por su parte, la norma consagrada por la reforma dispone a este respecto: “Cuando la fianza de deudas futuras se extingue, el fiador continúa obligado por las deudas nacidas anteriormente, salvo estipulación en contrario”⁸³.

Cabe observar que la obligación de pago de deudas nacidas durante el periodo de cobertura puede extinguirse junto con la extinción de la fianza, si ello ha sido convencionalmente pactado (“salvo estipulación en contrario”). En otras palabras, tal estipulación impediría al acreedor perseguir al fiador, una vez extinguida la fianza, por el pago de deudas nacidas dentro del periodo de cobertura. Empero, tal posibilidad no es nueva, pues ya era aceptada aun antes de la reforma⁸⁴. A este respecto, cabe concluir que la incorporación de la distinción entre la obligación de cobertura y de pago en el *Code* resulta del todo pertinente, a pesar de ser menor, por cuanto ella no modifica el estado del derecho anterior a la reforma, sino que lo consolida.

En cuanto a la muerte del fiador como causa de extinción de la fianza, esta sigue una suerte similar a la ya señalada respecto del art. 2316. Así, el nuevo art. 2317 consagra una célebre jurisprudencia de la Corte de Casación⁸⁵, según la cual los herederos del fiador no se encuentran obligados al pago de deudas nacidas con posterioridad al fallecimiento del fiador. En otras palabras, la muerte del fiador pone fin a la obligación de cobertura mas no a la de pago de deudas nacidas con anterioridad a la muerte; las cuales serán, a la postre, de cargo de los herederos. En este sentido, el nuevo art. 2317 constituye una aplicación particular del principio contenido en el art. 2316. En efecto, la norma dispone:

⁸¹ LEGEAIS (2022), p. 178.

⁸² *Ibid.*

⁸³ Traducción libre. Versión oficial: “Lorsqu’un cautionnement de dettes futures prend fin, la caution reste tenue des dettes nées antérieurement, sauf clause contraire”.

⁸⁴ Véase SIMLER (2022), p. 55.

⁸⁵ Sentencia Corte de Casación (1982).

“Los herederos del fiador no son obligados sino a las deudas nacidas antes de la muerte de aquel.

Toda cláusula contraria será reputada no escrita”⁸⁶.

La norma es afortunada toda vez que, consagrando el estado jurisprudencial anterior a la reforma, aporta una claridad de la cual carecía el confuso antiguo art. 2294⁸⁷.

Por otra parte, lo dispuesto por la nueva norma en su inciso segundo, y que corresponde de igual manera al estado del derecho anterior, se explica por el hecho de que tal cláusula es considerada como un pacto sobre sucesión futura y, por tanto, prohibido. Así, desde antiguo la jurisprudencia había establecido que, constituye un tal pacto la obligación por la cual los herederos del fiador se comprometían, de manera convencional y antes del fallecimiento del fiador se comprometían, de manera convencional y antes del fallecimiento del fiador, al pago de deudas nacidas con posterioridad a dicho fallecimiento⁸⁸.

Por otra parte, aun tratándose de deudas transmisibles a los herederos del fiador, estos cuentan con mecanismos de protección adicionales a la norma del nuevo art. 2317, tales como la posibilidad de, ya sea repudiar la herencia, de aceptarla con beneficio de inventario⁸⁹ o de invocar su ignorancia legítima respecto a la existencia de una deuda al momento de la aceptación de la herencia, la que siendo de un monto tan importante, resulta susceptible de afectar gravemente sus patrimonios personales^{90, 91}.

218

Si bien es claro que los herederos del fiador no pueden verse obligados por deudas posteriores al fallecimiento del fiador causante, surge todavía la interrogante de saber si sería posible el establecimiento de una cláusula que libere de toda responsabilidad a los herederos, incluso de las deudas nacidas antes del fallecimiento del fiador. Cierta doctrina responde por la afirmativa, apoyándose en el carácter favorable y protector de los herederos de la nueva regla del art. 2317, ya que tal cláusula, si bien iría aún más allá de la protección legal, no la contradeciría, sino que, por el contrario, la reforzaría. Por lo demás, un razonamiento analógico a partir de la norma del art. 2316 se orientaría también en la dirección de otorgar validez a tal cláusula, pues –como lo hemos señalado– ella establece la posibilidad de liberar al fiador del pago no solo respecto de las deudas nacidas con posterioridad a la extinción de la obligación de cobertura, sino que, además, respecto de aquellas nacidas durante tal periodo.

⁸⁶ Traducción libre. Versión oficial: “Les héritiers de la caution ne sont tenus que des dettes nées avant le décès. Toute clause contraire est réputée non écrite”.

⁸⁷ “Las obligaciones del fiador se transmiten a sus herederos, si el compromiso del fiador era tal que él se encontraba obligado por éste”. Traducción libre. Versión oficial: “Les engagements des cautions passent à leurs héritiers si l’engagement était tel que la caution y fût obligée”.

⁸⁸ Sentencia Corte de Casación (1987b).

⁸⁹ Véase el art. 787 y ss. del *Code*.

⁹⁰ Respecto a esta tercera causal de protección del heredero del fiador, véase el art. 786 del *Code*.

⁹¹ Véase: MERCADAL (2021), pp. 52-53; SIMLER et DELEBECQUE (2023), pp. 309-310.

Pese a todo, un pronunciamiento de la jurisprudencia sería deseable sobre este punto a fin de despejar la interrogante⁹².

Por su parte, el art. 2318 reglando la suerte de la situación, bastante frecuente, de la disolución por fusión o absorción de la persona jurídica deudora principal, o acreedora beneficiaria y de aquella fiadora⁹³ –que implican la transmisión universal de sus patrimonios respectivos–, consagra las soluciones jurisprudenciales anteriores a la reforma.

En este sentido, se establece que la fusión o absorción de la sociedad deudora conlleva la extinción de la fianza –es decir, la extinción de la obligación de cobertura–, sin perjuicio de que el fiador continuará obligado por las deudas nacidas antes de que la fusión o absorción devenga oponible a terceros –es decir, la obligación de pago–⁹⁴. Por su parte, la fusión o absorción de la persona jurídica acreedora sigue la misma suerte; esto es, el fiador continúa obligado al pago de las obligaciones nacidas con anterioridad a la oponibilidad a terceros de la fusión o absorción, siendo liberado por las deudas posteriores a la reestructuración⁹⁵. En ambas situaciones se plantea la posibilidad de que el fiador continúe obligado por las deudas nacidas con posterioridad a la fusión o absorción de la persona jurídica deudora o acreedora –es decir, la obligación de cobertura seguirá vigente–, debiendo, para ello, haber consentido en el mismo acto de la operación de fusión o absorción⁹⁶; o, tratándose de la fusión o absorción de la sociedad acreedora, tal consentimiento debe haberse manifestado con antelación a la operación respectiva. Así, el inciso primero del art. 2318, que consagra dichas soluciones jurisprudenciales, señala:

“En caso de disolución de la personalidad jurídica del deudor o del acreedor beneficiario por el efecto de una fusión, escisión o por la causal prevista en el inciso tercero del artículo 1844-5, el fiador continúa obligado por las deudas nacidas antes que la operación devenga oponible a terceros; con todo, el fiador podrá garantizar las deudas nacidas posteriormente únicamente si consiente en ello en el acto de la operación respectiva o, tratándose de operaciones concernientes a la persona jurídica acreedora, lo hace con antelación a dicho acto”⁹⁷.

⁹² Sobre toda esta cuestión como sobre los argumentos evocados para una posible respuesta afirmativa, véase BLANDIN (2022), pp. 41-42.

⁹³ Situación que presenta gran similitud con aquella de la muerte del fiador, puesto que la fusión o absorción conllevan la disolución de la personalidad jurídica y la transmisión de su patrimonio. Véase SIMLER et DELEBECQUE (2023), p. 310.

⁹⁴ Sentencia Corte de Casación (2001).

⁹⁵ Sentencia Corte de Casación (1984).

⁹⁶ Sentencia Corte de Casación (2017c).

⁹⁷ Traducción libre. Versión oficial: “En cas de dissolution de la personne morale débitrice ou créancière par l’effet d’une fusion, d’une scission ou de la cause prévue au troisième alinéa de l’article 1844-5, la caution demeure tenue pour les dettes nées avant que l’opération ne soit devenue opposable aux tiers ; elle ne garantit celles nées postérieurement que si elle y a consenti à l’occasion de cette opération ou, pour les opérations affectant la société créancière, par avance”.

En último término, tratándose de la disolución por absorción o fusión de la personalidad jurídica del fiador, la reforma establece una solución diferente de aquellas jurisprudenciales señaladas para el caso de disolución por absorción o fusión de la personalidad jurídica de la deudora o acreedora. En efecto, de la norma del inciso segundo del art. 2318 se desprende con claridad que estas operaciones no tienen incidencia respecto de la eficacia de la garantía, puesto que ella se transmite junto a todas obligaciones que de ella derivan. En otras palabras, la disolución de la personalidad jurídica por fusión o absorción de la fiadora no conlleva consigo la extinción de la fianza, pues ella se transmite al ente jurídico resultante de la fusión o absorción. El inciso segundo de la norma evocada señala en efecto:

“En caso de disolución de la personalidad jurídica del fiador por alguna de las causas indicadas en el inciso primero [entiéndase por fusión o absorción], todas las obligaciones derivadas del contrato de fianza son transmitidas”⁹⁸.

Se consagra así una cesión legal del contrato de fianza, con el objetivo de evitar que la transmisión universal del patrimonio de la sociedad fiadora, producto de su fusión o absorción, conlleve la extinción de la fianza⁹⁹. En otras palabras, la obligación de cobertura seguirá vigente, a pesar de la operación de reestructuración de fusión o absorción de la sociedad fiadora. De esta forma se consagra una solución nueva y diferenciada de aquellas jurisprudenciales referidas a la fusión o absorción de la sociedad acreedora o deudora. Aun así, hay quienes critican este tratamiento diferenciado por cuanto la solución de la reforma para el caso de la sociedad fiadora presenta una serie de interrogantes. Así, se plantea la cuestión de determinar, por ejemplo, ¿cómo una sociedad disuelta podría transmitir deudas que a la época de su disolución no habían todavía nacido? Es decir, si bien es claro que la obligación de pago de deudas nacidas antes de la disolución será transmitida, no se visualiza cómo la obligación de cobertura podría ser transmisible con posterioridad a la disolución. En un sentido similar: ¿por qué y cómo justificar que los efectos de la disolución por fusión o absorción de una sociedad sean unos, tratándose de una sociedad acreedora y deudora, pero sean otros radicalmente diferentes tratándose de una sociedad fiadora? Por los demás, ¿cómo justificar estos efectos más gravosos para el fiador, sobre todo considerando lo dispuesto por el art. 2294 del *Code*, según el cual la fianza no puede extenderse más allá de los límites dentro de los cuales ha sido contratada?¹⁰⁰.

⁹⁸ Traducción libre. Versión oficial: “En cas de dissolution de la personne morale cautionnée pour l'une des causes indiquées au premier alinéa, toutes les obligations issues du cautionnement sont transmises”.

⁹⁹ En este sentido: BLANDIN (2022), p. 42.

¹⁰⁰ Para una profundización de estas cuestiones y argumentos de crítica a la nueva norma, véase: SIMLER et DELEBECQUE (2023), pp. 310-311; SIMLER (2022), pp. 55-58.

g) Otros aportes de la reforma referidos a la fianza

Junto a los ya mencionados, la reforma llevó a cabo otros aportes que a pesar de ser menores en comparación a aquellos ya referidos¹⁰¹, merecen, de todas formas, ser mencionados por las mejoras que ellos suponen, al contribuir a superar problemas de interpretación e inteligibilidad y simplificando, en definitiva, la reglamentación existente.

Solo mencionaremos aquí, a título ilustrativo, la unificación operada, en el seno del *CC*, de las obligaciones de información anual del fiador debida por el acreedor profesional y referida a la evolución de la deuda¹⁰², así como a la obligación de información del fiador debida por el acreedor profesional y referida al incumplimiento del deudor principal¹⁰³. Antes de la reforma, ambas obligaciones¹⁰⁴ se encontraban consagradas de manera dispersa tanto en el *CC* como en el *Código Monetario y Financiero*, en el *Código de Consumo* y en una ley de 11 de febrero de 1994. Cada una de estas reglamentaciones presentaba, además, un contenido, condiciones y sanciones diferentes¹⁰⁵.

En último término, en lo concerniente a otros efectos de la fianza, ya sea de aquellos que se producen de manera habitual entre el acreedor y fiador –beneficio de excusión¹⁰⁶ y de división¹⁰⁷, por ejemplo–, entre el deudor y fiador –acción personal¹⁰⁸ o subrogatoria¹⁰⁹ del fiador contra el deudor principal– o entre fiadores –acción personal y subrogatoria¹¹⁰–, la reforma procedió a valiosas precisiones y correcciones sin que ello implique una revolución respecto al derecho anterior.

¹⁰¹ Por cuanto no operan una distanciación radical respecto al derecho vigente.

¹⁰² En efecto, el nuevo art. 2302 del *CC* unifica la obligación de información anual contenida en varios textos ubicados en distintos códigos –*Código Monetario y Financiero*, *Código de Consumo*, *Código Civil*, leyes especiales–, en virtud de la cual *todo acreedor profesional* se encuentra obligado a dar a conocer al *fiador persona natural*, antes del 31 de marzo de cada año, el monto de la deuda, de los intereses y accesorios adeudados al 31 de diciembre de año precedente a título de la obligación garantizada. Esta obligación se impone al acreedor bajo la pena de la pérdida de los intereses y accesorios vencidos desde la última información y hasta la comunicación de la nueva.

¹⁰³ Al igual que la anterior, esta obligación también se encontraba consagrada de manera dispersa en diversos códigos. La reforma opera una centralización de esta obligación en el *CC* (art. 2303). En virtud de esta obligación, el *acreedor profesional* se encuentra obligado a informar al *fiador persona natural* del incumplimiento del deudor principal y ello desde el primer incidente de pago no regularizado en el mes de exigibilidad del mismo. Todo ello bajo la sanción de pérdida de los intereses y accesorios vencidos entre la fecha en que la información debía comunicarse y aquella en la que se comunica en efecto.

¹⁰⁴ Una parte de la doctrina critica la denominación de “obligación” y prefiere llamarlas tan solo “deberes legales”, por cuanto no se trata de obligaciones en el sentido técnico, ni tampoco estamos frente a la ejecución del contrato por parte del acreedor que cumple con dichos deberes. En este sentido: AYNÈS et CROCQ (2019), p. 182.

¹⁰⁵ *Rapport au Président* (2021), p. 5.

¹⁰⁶ Arts. 2305 a 2305-1 del *CC*.

¹⁰⁷ Arts. 2306 a 2306-2 del *CC*.

¹⁰⁸ Art. 2308 del *CC*.

¹⁰⁹ Art. 2309 del *CC*.

¹¹⁰ Ambos recursos contemplados en el art. 2312 del *CC*.

Luego de este panorama general de las importantes innovaciones operadas por la reforma respecto a las garantías personales y en particular al contrato de fianza, nos referiremos ahora al impacto de la reforma respecto a las garantías reales.

III. LAS GARANTÍAS REALES ANTE LA REFORMA

Si bien los cambios más profundos de la reforma fueron introducidos a propósito del contrato de fianza, las garantías reales también recibieron, a su turno, interesantes mejoras y modernizaciones, las cuales conviene analizar a fin de completar el cuadro panorámico.

A título preliminar, conviene señalar que la estructura del título II del libro IV no resulta modificada por la reforma, conservando así sus tres subtítulos anteriores y relativos a:

- a) disposiciones generales;
- b) garantías reales sobre bienes muebles y
- c) aquellas recaídas sobre inmuebles.

En cuanto a las disposiciones generales sobre las garantías reales, la reforma nos entrega, de manera innovadora en relación con el derecho anterior, una definición sobre lo que hemos de entender por estas en el art 2323 del *CC*: “La garantía real es la afectación de un bien o un conjunto de bienes, presentes o futuros, al pago preferencial o exclusivo del acreedor”¹¹¹.

Luego, es claro que los rasgos fundamentales de las garantías reales son:

- a) ella puede tener por objetivo un bien o un conjunto de bienes;
- b) puede recaer no solo sobre bienes presentes, sino, también, futuros y
- c) confieren un derecho ya sea preferencial¹¹², ya sea exclusivo¹¹³ al pago.

El nuevo art. 2324, por su parte, entrega varias clasificaciones. Así, de acuerdo con su fuente, en primer lugar, esta norma distingue entre garantías reales legales, judiciales y convencionales; luego, el inciso segundo, indica que ellas son mobiliarias o inmobiliarias según si recaen sobre bienes muebles o inmuebles y, finalmente, el inciso tercero establece que la garantía real es general cuando ella recae sobre la generalidad de bienes muebles e inmuebles o solo sobre muebles o inmuebles. Ella es especial, en cambio, cuando recae sobre bienes determinados o determinables, sean estos muebles o inmuebles.

Siguiendo el criterio jurisprudencial imperante en la materia, el nuevo art. 2325, luego de establecer que la garantía real puede ser constituida tanto por el deudor como por un tercero, señala que en este último caso el acreedor no tiene

¹¹¹ Traducción libre. Versión oficial: “La sûreté réelle est l’affectation d’un bien ou d’un ensemble de biens, présents ou futurs, au paiement préférentiel ou exclusif du créancier”.

¹¹² Tal es el caso de los privilegios, la prenda y la hipoteca.

¹¹³ Así acontece tratándose de las garantías que recaen sobre la propiedad, tales como la reserva de dominio o la transferencia de propiedad a título de garantía.

acción, sino, únicamente, sobre el bien gravado, conformándose así la nueva regla al derecho anterior. De manera más rupturista e innovadora, en cambio, la reforma aplica al tercero constituyente de la garantía de una deuda ajena, una serie de reglas protectoras del fiador: “Deber de advertencia” (art. 2299 del *CC*); “Obligaciones de información” (arts. 2302 a 2304 del *CC*); “Beneficio de excusión” (arts. 2305 a 2305-1 del *CC*); “Recursos del fiador” (arts. 2308 a 2312 del *CC*); “Beneficio de subrogación” (art. 2314 del *CC*), etcétera¹¹⁴.

Así, pues, nos detendremos sin más en el análisis de las principales mejoras y modernizaciones recaídas sobre:

- 1) las garantías reales mobiliarias, por una parte,
- 2) como sobre las garantías reales inmobiliarias, por la otra.

1. Garantías reales mobiliarias

En este apartado analizaremos las modificaciones y actualizaciones operadas por la reforma en comento y relativas

- a) los privilegios mobiliarios,
- b) la prenda sobre bienes muebles corporales,
- c) la prenda de muebles incorporales y
- d) la propiedad retenida o cedida a título de garantía.

a) Los privilegios mobiliarios

Los privilegios, mobiliarios e inmobiliarios, constituyen una de las nociones más dispartadas del derecho de garantías¹¹⁵, cuyo establecimiento en una lista exhaustiva pareciera ser una tarea imposible¹¹⁶. Esta gran diversidad se explica por el hecho de que pareciera ser una tendencia natural el que cada acreedor reivindicase un privilegio, estimándose así prioritario¹¹⁷. En estas condiciones, el establecimiento de privilegios por parte del legislador resulta una tarea particularmente delicada, dada la fuerte dimensión política detrás de un tal ejercicio¹¹⁸.

La dificultad aludida no impide, sin embargo, y como lo afirma la doctrina, que la definición de privilegio sea más bien sencilla¹¹⁹. Se trata tan solo de un derecho que, dada la calidad del crédito, permite al acreedor ser preferido a

¹¹⁴ De acuerdo con el *Rapport au Président* (2021), la aplicación de las normas protectoras del fiador al constituyente de una “garantía real por otro” se justifica por la calidad de tercero del constituyente, en relación con la deuda principal, la cual le resulta ajena. De este modo, este tercero es estimado digno de una mayor protección, p. 18; por otro lado, y como es de toda lógica, el *Rapport* expresa que para que las reglas de la fianza resulten aplicables al tercero constituyente de la garantía, las condiciones de aplicación de estas reglas deben cumplirse en cada caso.

¹¹⁵ HÉLAINE (2021a), p. 1.

¹¹⁶ SIMLER et DELEBECQUE (2016), p. 708; HÉLAINE (2021a), p. 3.

¹¹⁷ AYNÈS et CROCQ (2019), p. 273.

¹¹⁸ GOUÉZEL (2021), p. 109.

¹¹⁹ HÉLAINE (2021a), p. 1.

otros acreedores¹²⁰. Cuando recaen sobre la generalidad de los muebles del deudor, estos privilegios son llamados generales. Son especiales, por el contrario, cuando solo lo hacen de manera específica sobre algunos muebles del deudor (nuevo art. 2330, inc. 2 del *CC*; nuevo art. 2324, inc. 3 del *CC*). Todos ellos tienen en común la característica de otorgar un derecho preferencial, sin contemplar, salvo disposición contraria, un derecho de persecución¹²¹ (nuevo art. 2330, inc. 4 del *CC*). La doctrina resume la idea señalando que, en cuanto garantía real, el privilegio confiere a su titular un derecho sobre el valor del bien afectado a la garantía. Este valor aparece no solo en el caso de la venta de este bien, sino que, también, en el caso de su destrucción¹²². En cuanto a su origen, por último, ellos encuentran su fuente únicamente en la ley (nuevo art. 2330, inc. 1 del *CC*)¹²³, debiendo dichas leyes y disposiciones interpretarse de manera estricta (nuevo art. 2330, inc. 3 del *CC*)¹²⁴.

¹²⁰ “Le privilège est un droit que la qualité de la créance donne à un créancier d’être préféré aux autres créanciers [...]” (antiguo art. 2324 del *CC*). De todos modos, esta definición no es mantenida por la reforma, por lo que debe entenderse que ella se encuentra desde entonces comprendida en aquella general a todas las garantías reales contemplada en el art. 2324 del *CC*. En este sentido: LEGEAIS (2021), p. 421, quien califica a los privilegios como derechos reales accesorios.

¹²¹ A pesar de que la doctrina permanecía dividida sobre este punto, la solución de no otorgar un derecho de persecución al acreedor de un crédito garantizado con un privilegio mobiliario no es nueva. La jurisprudencia ya la venía sosteniendo desde finales del siglo XIX. A este respecto, véase sentencia Corte de Casación (1894).

La duda de la doctrina se explicaba en aquellos casos en que el art. 2276 del *Code* (“Tratándose de muebles, la posesión vale título”) no resultaba aplicable. En efecto, en aplicación de esta norma, el adquirente de buena fe resultaba protegido ante cualquier persecución que pudiere intentar el acreedor privilegiado. ¿Qué solución adoptar, no obstante, en aquellos casos en que el art. 2276 resultaba inaplicable, sea porque el adquirente estaba de mala fe, sea porque la posesión no resultaba posible, como ocurre en el caso de los bienes incorporales? La respuesta a esta pregunta se encontraba discutida en doctrina. Con posterioridad a la reforma, la discrepancia ha quedado zanjada, decantándose por la vieja solución jurisprudencial.

Por otra parte, la reforma tuvo, al mismo tiempo, la precaución de establecer la solución contraria, es decir, otorgar un derecho de persecución en ciertos casos puntuales, y ello a través de una disposición en contrario que así lo establezca. Por este motivo, las disposiciones en este sentido ya existentes antes de la reforma, permanecen plenamente vigentes. Tal es el caso, entre otros, del privilegio del vendedor de un establecimiento de comercio (art. L-143-12, inc. 1 del *CCo.*), como de otros establecidos en el *Código de Transporte* (arts. L-4122-18, L-5114-18, L-6122-17). Véase GOUËZEL (2021), p. 110.

¹²² HÉLAINE (2021a), p. 1; GOUËZEL (2021), p. 110, quien explica que la regla resulta de toda lógica puesto que, no disponiendo de un derecho de persecución en caso de enajenación del bien gravado, el acreedor privilegiado se vería despojado sin más de la garantía –exceptuando el caso de un privilegio mobiliario general–. A fin de evitar dicha situación, el privilegio se traslada sobre el crédito de pago del precio del bien enajenado, operándose así el mecanismo de subrogación real. Cabe señalar que la solución no es del todo novedosa, toda vez que ya era aplicada por la jurisprudencia con anterioridad a la reforma.

¹²³ A pesar de que en el pasado la doctrina ya se encontraba conteste en que “no hay privilegio sin texto”, la reforma, despejando toda duda y ambigüedad, lo establece de manera explícita. Sobre este punto: GOUËZEL (2021), p. 109.

¹²⁴ La *ratio legis* de este verdadero mandato del legislador francés, en cuanto a la interpretación estricta de las disposiciones legales que regulan los privilegios, se encuentra en el hecho de que conceder un privilegio en razón de la calidad de ciertos créditos, supone un desconocimiento

La reforma, por su parte, se ha propuesto una mayor clarificación, adaptando, por un lado, aquellos privilegios mobiliarios que parecían no estarlo a la realidad socioeconómica actual y suprimiendo y, por otro lado, aquellos caídos en desuso por la misma razón.

Esta puesta en orden y actualización se hacían sentir con fuerza debido a la gran diversidad de privilegios mobiliarios, lo cual se traducía en dispersión y desorden en la materia. A ello se suma el hecho de que la lista de privilegios de esta clase contemplada por el *Code* no es exhaustiva, debiendo entonces ser completada por otros privilegios existentes fuera de él¹²⁵.

Las principales críticas realizadas al derecho positivo vigente antes de la reforma pueden sintetizarse de la forma siguiente:

- a) en primer lugar, se denunciaba una falta de claridad general. Así, a modo de ejemplo y como ya lo hemos dicho, la lista de privilegios mobiliarios enumerados por el *Code* (arts. 2331, relativo a los privilegios mobiliarios generales y 2332, relativo a los especiales) no es exhaustiva, por lo que a fin de comprender el conjunto de la materia, se hace necesario realizar una tediosa combinación de reglas exteriores a este *Código*;
- b) como ya ha quedado consignado, se reprochaba, además, el existir una gran cantidad de privilegios inadaptados a la época contemporánea; crítica pertinente tanto en materia de privilegios generales como especiales¹²⁶.

Sin refundar ni modificar de forma sustancial el fondo de la materia, la reforma introduce una serie de mejoras tendientes a simplificarla, clarificarla y, en definitiva, a otorgar una mayor seguridad jurídica.

En concreto, en cuanto a los privilegios mobiliarios generales, dada la importancia adquirida por la seguridad social con el paso de los años, algunos privilegios han sido suprimidos sin vacilación (tal es el caso, por ejemplo, de aquel de los gastos de última enfermedad, de la víctima de accidente, a la asignación otorgada a obreros y empleados, y el de los créditos de las Cajas de Compensación; todos contemplados respectivamente en los números 3.º, 6.º, 7.º y 8.º de la redacción antigua del art. 2331)¹²⁷. A fin de mejorar la accesibilidad a la materia, el nuevo art. 2331-1, por su parte, hace expresa mención a dos privilegios –del tesoro público y de las cajas de seguridad social– que per-

de la regla de igualdad entre los acreedores. Si bien bajo el derecho positivo anterior, la regla ya había sido establecida por la Corte de Casación en Sentencia Corte de Casación (1831), la reforma la establece de manera formal. Sobre este punto, véase GOUÉZEL (2021), p. 109.

¹²⁵ Sin embargo, tal situación se mantiene aun después de la reforma, ya que importantísimos privilegios escaparon a ella, permaneciendo, de esta manera, fuera de la órbita del *Code*. Tal es el caso, por ejemplo, del privilegio del tesoro público y de aquel de las cajas de seguridad social, a los cuales hace referencia el nuevo art. 2331-1, señalando que la regulación de cada uno es determinada por las leyes respectivas.

¹²⁶ HÉLAINE (2021a), p. 2.

¹²⁷ *Ibid.*

manecen fuera del *CC*, operando un reenvío a sus leyes respectivas, las cuales no resultan modificadas por la reforma¹²⁸. La lista de esta clase de privilegios resulta así, en su conjunto, modernizada y retocada.

En cuanto a los privilegios mobiliarios especiales y en el mismo orden de ideas, la reforma procedió, también, a una supresión de privilegios caídos en desuso. Así acontece, entre otros, con el privilegio del hotelero, o de aquel que garantizaba créditos nacidos como consecuencia del abuso o prevaricación de funcionarios públicos, o aquellos relacionados con los accidentes de circulación, etcétera.

Tal como acontece con los privilegios mobiliarios generales, el art. 2332, que establece la lista de privilegios especiales en su nueva redacción, comienza refiriéndose a los privilegios mobiliarios especiales contenidos en numerosas normativas exteriores al *Code*, los cuales seguirán, por tanto, rigiéndose por sus normas especiales, sin ser alcanzados por la reforma. Por otra parte, la reforma opera la supresión del segundo numeral, el cual incurría en una fastidiosa confusión entre privilegio y crédito preferente, con ocasión de la prenda¹²⁹.

Recayendo más explícitamente sobre el fondo, en cambio, encontramos las modificaciones introducidas a propósito de los privilegios especiales del arrendador¹³⁰ y del vendedor¹³¹.

226

¹²⁸ Además de estos dos mencionados, existen numerosos otros casos de privilegios consagrados en textos especiales ajenos al *CC*, todos los cuales tampoco resultan alcanzados por la reforma. Al decir de la doctrina, la gran tendencia a la proliferación de privilegios en la época contemporánea se debe a una predilección del legislador a crearlos a fin de responder a reivindicaciones de ciertos profesionales, sin que ello cueste dinero a las arcas estatales. Véase GOUÉZEL (2021), p. 110.

¹²⁹ En efecto, bajo el derecho anterior, la prenda figuraba entre los privilegios mobiliarios especiales, por esencia legales, en circunstancias de que ella tiene un origen convencional. GOUÉZEL (2021), p. 111.

¹³⁰ Este privilegio se vio bastante simplificado y alivianado en cuanto a su redacción, suprimiendo una gran cantidad de texto de difícil comprensión, pasando de un numeral de cinco incisos, a solo uno de dos líneas. Así, la reforma suprime, en primer lugar, la referencia a la garantía de rentas aún no vencidas, lo cual había sido causa de gran confusión y debate doctrinal. En segundo lugar, se aclara que la garantía recae únicamente sobre los bienes muebles de propiedad del arrendatario y no sobre aquellos pertenecientes a terceros; aclaración más que pertinente, toda vez que ante el silencio del texto anterior, la jurisprudencia deducía que todos los bienes que guarnecían el inmueble –incluidos aquellos pertenecientes a terceros– forman parte de la garantía, o cual era, al decir de algunos, ir demasiado lejos dado el gran sacrificio impuesto al tercero propietario. En este sentido: GOUÉZEL (2021), p. 111. Por otro lado, la reforma suprime el “derecho de reivindicación” que otorgaba la antigua norma al arrendador en algunos casos de enajenaciones a terceros y cumpliéndose ciertas condiciones. Tal supresión responde a la necesidad de coherencia del sistema, reafirmando así el principio de que los privilegios no otorgan derecho de persecución.

¹³¹ Este privilegio vio su redacción alivianada y simplificada, mejorando así su inteligibilidad. De cuatro incisos de la redacción anterior, la reforma pasa a una simple frase de una línea, estableciendo el privilegio sobre el precio de venta del bien mueble. Además, la reforma procede a una supresión de ciertas condiciones y facultades estimadas inoportunas. Tal es el caso de la posesión del bien por parte del deudor como condición necesaria a efectos de hacer valer el privilegio; como, asimismo, de la facultad de reivindicación concedida al vendedor durante los ocho días posteriores a la venta.

En cuanto al orden en que prefieren los distintos privilegios, la reforma mantiene, salvo disposición en contrario, la mayor jerarquía del privilegio especial por sobre el general (nuevo art. 2332-1). Por otra parte, los privilegios generales se ejercen en el orden establecido por el art. 2331, salvo el del tesoro público y el de las cajas de seguridad social. Por su parte, los que pertenecen al mismo rango, serán pagados en concurrencia (nuevo art. 2332-2 del *CC*). Tratándose de los privilegios especiales, ellos se ejercen de acuerdo con el orden establecido por el art. 2332-3 del *CC*.

En último lugar, salvo ley especial, la reforma otorga al acreedor prendario el mismo rango que el del arrendador de inmueble (nuevo art. 2332-4 del *CC*), es decir, el segundo rango si el acreedor ignoraba la existencia de otros privilegios (art. 2332-3, n.º 2), o el quinto si, por el contrario, se encontraba en conocimiento (art. 2332-3, n.º 5 del *CC*).

En suma, la comprensión general de la materia se vio por cierto mejorada por la reforma, sin que ello haya significado la introducción de innovaciones de gran envergadura en cuanto al fondo, dejando así vigentes la casi totalidad de las soluciones legales y jurisprudenciales del derecho positivo anterior. En este sentido, la reforma operó, respecto de los privilegios mobiliarios, una codificación a derecho constante.

b) La prenda sobre bienes muebles corporales

Respecto a la prenda, lo cierto es que la reforma no entiende realizar una drástica transformación de su régimen. Muy por el contrario, se trata solo de proceder a algunos ajustes necesarios y modernizaciones sobre ciertos puntos sensibles que permanecían discutidos. La reforma se inscribe, por tanto, en un movimiento de modernización de esta garantía, ya largamente iniciado por la reforma de 2006. Tanto es así que la doctrina observa de forma oportuna que la gran reforma de la prenda ya tuvo lugar en 2006, la cual sí supuso, a diferencia de la actual, una metamorfosis de esta garantía¹³².

Así pues, la reforma opera un par de clarificaciones e introduce una serie de novedades¹³³.

En cuanto a las primeras, una duda subsistía en relación con la prenda sobre cosa ajena. Si bajo el imperio del derecho anterior, tal operación era declarada nula (art. 2335 del *CC*), con posterioridad a la reforma, ella no es nula, sino anulable, y únicamente a instancias del acreedor –se trata de una nulidad relativa– que ignoraba que la cosa objeto de la prenda no pertenecía al constituyente (nuevo art. 2335 del *CC*). La reforma consagra así la opinión imperante que se formara en este sentido a fin de resolver la discrepancia¹³⁴.

¹³² GJBSBERS (2021), p. 96.

¹³³ Para mayores explicaciones sobre este punto: GJBSBERS (2021), pp. 96-100; MICHEL (2021a), p. 3.

¹³⁴ MICHEL (2021a), p. 4.

La segunda clarificación recae sobre el carácter de derecho de preferencia de la prenda y no de privilegio como era catalogado bajo el derecho anterior, estando incluida en la lista de privilegios mobiliarios especiales enumerados en el art. 2332 en su antigua redacción. Junto a esta clarificación terminológica, la reforma establece, además, la solución jurisprudencial relativa al rango del acreedor prendario: este goza del rango del arrendador de inmueble (art. 2332-4 del *CC*).

Por otra parte, a fin de mejorar la comprensión general y accesibilidad de la materia, la reforma procede a la supresión de una serie de prendas de carácter especial, debido ya a su inutilidad, ya a su obsolescencia. Tal es el caso de las prendas especiales –contempladas en el *Código de Comercio*– denominadas, comercial (L-521-1 del *CCo.*), *warrant* hotelero (antiguo art. L-523-1 y ss. del *CCo.*) y petrolero (antiguo art. L-524-1 y ss. del *CCo.*), prenda de *stocks* (antiguo art. L-527-1 y ss. del *CCo.*), entre otras. Como contrapartida de esta supresión, se produce una expansión de la prenda de derecho común¹³⁵.

En cuanto a las segundas, se establece, en primer lugar, una modernización en cuanto a ciertas facultades concedidas al constituyente de la garantía, tendientes a la rotación de los bienes gravados¹³⁶, a pesar de encontrarse en manos del acreedor prendario. Tratándose de bienes fungibles que hayan, además, permanecido en su poder, el constituyente goza –desde la reforma– de la facultad de enajenarlos sin necesidad de disposición expresa en este sentido. Para despojar al constituyente de esta facultad se requiere una disposición en contrario (nuevo art. 2342 del *CC*)¹³⁷. A partir de la reforma, el constituyente puede, además, enajenar los bienes gravados que permanecían en poder del acreedor prendario, siempre que estos sean fungibles y que este último se encuentre sujeto a la obligación de mantenerlos separados de bienes de la misma naturaleza que sean de su propiedad. Las únicas exigencias establecidas por la reforma para dicha enajenación, es que tal facultad sea establecida por una cláusula expresa y que luego de la enajenación los bienes enajenados sean reemplazados por una cantidad equivalente de bienes semejantes (arts. 2341 y 2342-1 del *CC*). A fin de asegurar esta última circunstancia, el nuevo art. 2342-1 establece un reemplazo de pleno derecho de los bienes enajenados y los nuevos bienes adquiridos. Esta nueva regla presenta una doble utilidad: para el constituyente significa que conserva la facultad de explotar económicamente sus bienes gravados; en circunstancias que para el acreedor prendario no se sigue ningún perjuicio, pues de todas maneras continuará gozando de un derecho de retención efectivo a pesar de la enajenación¹³⁸.

¹³⁵ GJSBERS (2021), p. 96.

¹³⁶ *Ibid.*

¹³⁷ La situación antes de la reforma era la inversa, es decir, a fin de poder enajenar los bienes fungibles gravados con prenda y que permanecían en poder del constituyente, se requería una cláusula expresa en este sentido (art. 2342, en su antigua redacción).

¹³⁸ GJSBERS (2021), p. 96.

En segundo lugar, si la reforma deja intactas las reglas sobre constitución de la garantía¹³⁹, no ocurre lo mismo tratándose de aquellas relativas a su realización. Se establece, en efecto, de manera destacable, una simplificación de la venta de bienes gravados que garantizan deudas profesionales. En tal situación, transcurridos ocho días desde una simple notificación al deudor o, de ser el caso, al tercero constituyente, el acreedor puede –con la intervención de ciertos profesionales designados al efecto, por ejemplo, un notario– provocar la venta en pública subasta de los bienes gravados, sin necesidad de contar con un título ejecutivo para ello¹⁴⁰ (art. 2346 del *CC*). La regla se inspira en gran medida de los ahora derogados regímenes especiales, y en particular de aquel de la prenda comercial¹⁴¹.

En tercer lugar y todavía respecto a las novedades, se establece de manera expresa la posibilidad de que bienes inmuebles por destinación sean objeto de prenda (nuevo art. 2334 del *CC*). Sin embargo, la posibilidad –es verdad, ajena al derecho común hasta antes de la reforma– existía ya desde largo tiempo en los regímenes especiales (*warrant* hotelero, agrícola, etc.)¹⁴². Se trata en general de bienes de considerable valor y que están comúnmente destinados a integrarse a un inmueble. El *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés*, aportando algunos ejemplos, ilustra la nueva posibilidad señalando que puede tratarse de: turbinas, transformadores, paneles solares, centrales solares o instalaciones industriales o mineras¹⁴³, etcétera.

Esta ampliación en cuanto a la gama de bienes susceptibles de ser objeto de prenda, responde a una motivación de tipo económica, cual es que dichos bienes permanecían, de manera indeseable, como una fuente crediticia inexplorada¹⁴⁴. Con anterioridad a la reforma y a fin de sortear la nulidad o la caducidad de la operación, el único remedio existente era recurrir a la teoría de lo accesorio con la finalidad de incluir, automáticamente, los bienes inmuebles por destinación en la hipoteca que grava el inmueble¹⁴⁵. A partir de la reforma, la constitución de prenda sobre bienes inmuebles por destinación es plenamente válida, sin importar el momento en que se efectúa tal destinación¹⁴⁶.

¹³⁹ El establecimiento de un escrito que contenga la designación de la deuda garantizada, la cantidad de los bienes dados en prenda y la especie o naturaleza de estos (art. 2336 del *CC*). En cuanto a la oponibilidad de la prenda a los terceros, la regla de que ella se efectúa tanto por la publicidad del título como por la entrega de los bienes gravados en manos del acreedor, se ve complementada a partir de la reforma con la posibilidad de obtener la misma oponibilidad por la entrega de un título que represente el bien gravado (art. 2337 del *CC* en su nueva redacción).

¹⁴⁰ GJJSBERS (2021), p. 97.

¹⁴¹ *Ibid.*

¹⁴² *Ibid.*

¹⁴³ *Rapport au Président* (2021), p. 8.

¹⁴⁴ MICHEL (2021a), p. 3.

¹⁴⁵ *Ibid.* En efecto y como lo señala el autor, con anterioridad a la reforma la operación estaba destinada ya sea a la nulidad o ya sea a la caducidad, dependiendo del momento en que se afectaba el bien inmueble por destinación.

¹⁴⁶ *Rapport au Président* (2021), p. 8.

La reforma, por otra parte, previendo el eventual conflicto susceptible de producirse entre el acreedor prendario e hipotecario (art. 2419 inc. 1 del *CC*), estableció que este se zanjará en razón de la fecha de la inscripción de las garantías, no obstante el derecho de retención de que gozan los acreedores prendarios.

Y en último lugar, merece ser destacada por su gran carácter innovador, la creación de un registro único y centralizado de todas las garantías mobiliarias¹⁴⁷ respecto de las cuales el deudor o el tercero constituyente conserva la tenencia del bien gravado¹⁴⁸. El objeto de esta innovación no es otro que el de poner fin al gran esparcimiento en cuanto a los sistemas de publicidad de garantías existentes antes de la reforma, lo cual constituía un factor de incertidumbre e inseguridad jurídica¹⁴⁹.

c) La prenda de muebles incorporales

La definición de prenda de muebles incorporales, que permanece intacta con la reforma, se encuentra establecida en el art. 2355 del *CC*. La operación –cuyo arquetipo es la prenda sobre créditos– consiste en la afectación, en garantía de una obligación, de un bien mueble incorporal o de un conjunto de bienes muebles incorporales, presentes o futuros. Su origen es, ya sea convencional, ya sea judicial.

230

Los personajes que intervienen en la configuración de esta garantía son tres: en primer lugar, el *acreedor prendario*, es decir, aquel en cuyo beneficio se constituye la prenda; en segundo lugar, el *constituyente* de la garantía, es decir, el deudor del crédito garantizado y propietario del crédito dado en garantía y, en último lugar, el *deudor del “crédito dado en prenda”* para la seguridad del pago del crédito garantizado. De esta forma, el objetivo de esta garantía es otorgar al acreedor prendario un derecho contra un tercero, quien es, a su vez, deudor del deudor principal¹⁵⁰.

A la imagen de la prenda sobre muebles corporales, la prenda de muebles incorporales sufre su gran metamorfosis de régimen con la reforma del año 2006¹⁵¹. Por consiguiente, la reforma de 2021 solo aporta algunas precisiones menores respecto a puntos específicos que habían planteado interrogantes en la aplicación práctica de esta garantía.

¹⁴⁷ Incluida, desde luego, la prenda.

¹⁴⁸ La única salvedad a tal centralización es el caso de la prenda automotriz (art. 2338 del *CC*); respecto de la cual la reforma suprime gran parte de su especificidad, atrayéndola cada vez más hacia el derecho común de la prenda, salvo para los efectos de su inscripción, la cual continuará realizándose en el SIV. Contra excepción: no obstante, la prenda automotriz se inscribirá en el sistema centralizado cuando ella recaiga sobre una flota de vehículos. Sobre este punto, véase *Rapport au Président* (2021), p. 8.

¹⁴⁹ A este respecto, véase el decreto n.º 2021-1887 de 2021.

¹⁵⁰ Véase SIMLER et DELEBECQUE (2023), p. 686.

¹⁵¹ GJSBERS (2021), p. 97.

Un primer ajuste fue la creación de un nuevo art. 2363-1 del *CC*, el cual se refiere a la posibilidad ofrecida al deudor del crédito dado en prenda –es decir, aquel crédito dado en garantía para la seguridad del pago de otro crédito: el garantizado– de oponer excepciones a la acción intentada por el acreedor. La nueva regla entiende consagrar, respecto a las excepciones oponibles, las consecuencias lógicas de la naturaleza particular del bien dado en garantía: un crédito¹⁵². Así, la norma distingue entre, por un lado, las excepciones inherentes a la deuda¹⁵³ y, por otro, aquellas nacidas de sus relaciones con el deudor del crédito garantizado, es decir, el constituyente de la garantía¹⁵⁴. La solución de la reforma encuentra su fuente de inspiración, en esta materia como en otros puntos, en la ordenanza n.º 2016-131 de 10 de febrero de 2016¹⁵⁵ en materia de cesión de crédito (art. 1324 inc. 2 del *CC*)^{156, 157}.

Un segundo aporte de la reforma, también inspirado del régimen general de la cesión de crédito (art. 1325 del *CC*), consiste en establecer la posibilidad de constituir varias prendas sucesivas sobre el mismo crédito y a beneficio de acreedores diferentes (nuevo art. 2361-1 del *CC*). Dicha posibilidad, ya existente antes de la reforma para la prenda y la hipoteca, se plasma desde entonces en el régimen de la prenda sobre muebles incorporales; lo cual se ajusta con la opinión mayoritaria de la doctrina, la cual ya se pronunciaba de manera favorable respecto a tal posibilidad con anterioridad a la reforma¹⁵⁸. Al no ser una operación traslativa de dominio, la prenda de un crédito permite que este último permanezca en el patrimonio del deudor, pudiendo, por tanto, ser objeto de nuevas relaciones jurídicas, siempre y cuando ellas no impliquen un perjuicio a la garantía otorgada al primer acreedor¹⁵⁹, lo cual se obtiene con la oponibilidad a los terceros de la constitución de la garantía y ello desde la fecha del acto. En la práctica ello puede implicar, por ejemplo, que en el caso en que el acreedor de segundo rango haya sido pagado antes que el de primer rango, este dispone de un recurso contra aquel. La fecha del acto es así un elemento

¹⁵² GIBBERS (2021), p. 98.

¹⁵³ Oponibles por el deudor del crédito dado en prenda, en cualquier caso.

¹⁵⁴ Oponibles solo en el caso en que ellas hayan nacido antes de que la garantía haya devenido oponible a su respecto. Ello de acuerdo con el nuevo art. 2363-1 del *CC*.

¹⁵⁵ Que reformó el derecho de contratos, el régimen general de las obligaciones y de la prueba.

¹⁵⁶ Ello según lo señala de manera expresa el *Rapport au Président* (2021), p. 9.

¹⁵⁷ A pesar de la valiosa aclaración de la nueva regla, una duda persiste en torno a determinar si el deudor del crédito dado en garantía podría oponer al acreedor las excepciones cuya fuente sea el crédito garantizado. Por un lado, sería posible de dar una respuesta negativa a la cuestión basándose para ello en el derecho exclusivo al pago del crédito de que goza el acreedor, desde que el crédito dado en garantía no presenta ningún vicio. Por otro lado, una respuesta afirmativa podría, no obstante, ser esgrimida, basándose para ello en el carácter accesorio de la garantía, en cuya virtud la validez de la prenda sobre el crédito debería quedar supeditada a la validez del crédito garantizado. En apoyo de esta segunda posibilidad se encontraría, razonando por analogía, el caso de la hipoteca y de la fianza, respecto de los cuales el nuevo art. 2455 inc. 2 dispone que tanto el adquirente del inmueble hipotecado como el fiador pueden oponer al acreedor todas las excepciones pertenecientes al deudor principal. Véase PELLIER (2021c), p. 4.

¹⁵⁸ DELEBECQUE (2018), p. 85; SYNVE (2007), p. 62.

¹⁵⁹ GIBBERS (2021), p. 98.

esencial a efectos de reglar los posibles conflictos entre acreedores sucesivos. En caso de discusión respecto de la fecha del acto, la prueba de esta pesa sobre el acreedor prendario, pudiendo ser aportada por cualquier medio; aclaración que es también un aporte de la reforma (art. 2361 en su nueva redacción).

Un tercer aporte de la nueva normativa, que toma la forma de precisión, consiste en la determinación expresa del destino de los fondos pagados al acreedor para el caso en que el crédito dado en garantía llegue a su vencimiento –se haga exigible– antes que el crédito garantizado. Con anterioridad a la reforma, tanto la naturaleza de la cuenta en que debían ser conservados dichos fondos como la disponibilidad o indisponibilidad de estos por parte del acreedor eran cuestiones que no se encontraban resueltas. La reforma precisa en el art. 2364 que tales fondos deben mantenerse en una cuenta afecta y especialmente abierta a tal objeto, con lo que es claro que el acreedor prendario tiene la obligación de mantener dichos fondos –a título de garantía– separados de sus fondos propios¹⁶⁰. Además, la precisión es importante en el entendido de que la cuenta afecta a la conservación de los fondos pagados al acreedor, permite que estos no se encuentren al alcance de eventuales acreedores del acreedor prendario¹⁶¹. La precisión misma, como su objetivo son bienvenidos. Empero, resulta lamentable no haber aprovechado la ocasión a fin de aclarar, al mismo tiempo, la suerte de los fondos pagados por el deudor del crédito dado en prenda en las manos del constituyente de la garantía¹⁶².

Un cuarto aporte consiste en la supresión del antiguo art. 2357 del *CC*, el cual establecía:

“Cuando la prenda de un mueble incorporal tiene por objeto un crédito futuro, el acreedor prendario adquiere un derecho sobre el crédito desde el nacimiento de este”¹⁶³.

La supresión de esta norma pareció oportuna a los redactores de la reforma, toda vez que ella se encontraba reñida con lo dispuesto por el art. 2361 del *CC*¹⁶⁴. De esta forma, cuando ella recae sobre créditos futuros, la garantía se ve reforzada por la reforma en cuanto a su eficacia¹⁶⁵.

¹⁶⁰ Véase el nuevo art. 2341 a propósito de la prenda.

¹⁶¹ *Rapport au Président* (2021), p. 9.

¹⁶² PELLIER (2021c), p. 5. Quien señala, además, que la decisión de los redactores de la ordenanza de reforma es bastante lamentable, dado que el ante proyecto de reforma elaborado bajo la égida de la Asociación Henri Capitant contemplaba de forma expresa una solución para tal situación. Aquella consistía en imponer al deudor la obligación, salvo estipulación en contrario, ya sea de mantener los fondos en una cuenta bloqueada o ya sea de entregárselos al acreedor si este así lo solicitaba.

¹⁶³ Traducción libre. Versión oficial: “Lorsque le nantissement a pour objet une créance future, e créancier nanti acquiert un droit sur la créance dès la naissance de celle-ci”.

¹⁶⁴ “La prenda de un crédito, presente o futuro, produce efecto entre las partes y es oponible a los terceros desde la fecha del acto” (traducción libre). Versión oficial: “Le nantissement d’une créance, présente ou future, prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers à la date de l’acte [...]”.

¹⁶⁵ No obstante, la dificultad que pretende solucionar la reforma podría ser en gran medida matizada teniendo en cuenta que, en cualquier caso, es la fecha del acto la que constituye el evento

Un último aspecto de la reforma merece ser destacado, en razón de su oscuridad, por desgracia, más que por su aspecto innovador. Se trata de la elección llevada a cabo por la reforma en orden a hacer descansar el derecho exclusivo del acreedor prendario, sobre la técnica del derecho de retención. El art. 2363, inciso 1 en su nueva redacción establece en efecto:

“Después de la notificación, el acreedor prendario beneficia de un derecho de retención sobre el crédito dado en garantía y solamente él tiene derecho al pago, tanto del capital como de los intereses”¹⁶⁶.

Esta disposición de la reforma encuentra su origen en una discusión doctrinal –trasladada enseguida a la jurisprudencia– nacida a partir de la interpretación dada al art. 2363 en su antigua redacción (“Después de la notificación, *solo el acreedor prendario* recibe válidamente el pago del crédito...”). La discrepancia se originaba a partir de la interpretación dada a la circunstancia que “solo el acreedor” recibe válidamente el pago. Algunos, interpretaban esta frase en el sentido de que la ley establecería un derecho exclusivo sobre el crédito dado en garantía en beneficio del acreedor, lo cual le permitiría primar frente a cualquier otro acreedor. Otros, en cambio, en disonancia con la interpretación anterior, estimaban que en ningún caso la disposición tiene por objetivo reglar el conflicto hipotético que pudiera presentarse entre distintos acreedores, sino solo determinar la persona que tiene derecho a recibir *válidamente* el pago¹⁶⁷. Por su parte, la jurisprudencia de la Corte de Casación resultaba dubitativa, estableciendo ya sea la exclusividad del derecho del acreedor prendario¹⁶⁸, ya sea negándola¹⁶⁹.

Intentando dar una solución a la discrepancia y, frente a la disyuntiva de pronunciarse ya sea en favor de un derecho exclusivo al pago del acreedor prendario o ya sea negando tal exclusividad, la reforma optó por la exclusividad, pero haciéndola descansar curiosamente sobre un derecho de retención. La solución ha llevado a parte de la doctrina a afirmar que, frente a la aludida disyuntiva, la reforma eligió simplemente no elegir¹⁷⁰. Es decir, consagró de manera inútil dos mecanismos –la exclusividad del derecho del acreedor y la técnica del derecho de retención– en circunstancias de que el primero se satisface a sí mismo, sin necesidad de recurrir al segundo para ser operatorio¹⁷¹.

que marcará el inicio de la oponibilidad de la garantía. PELLIER (2021c), pp. 2-3. Es decir, independientemente de que otros acreedores puedan pretender derechos sobre el crédito dado en prenda, el conflicto entre ellos se reglará de todas formas a través de las fechas de los actos respectivos.

¹⁶⁶ Traducción libre. Versión oficial: “Après notification, le créancier nanti bénéficie d’un droit de rétention sur la créance donnée en nantissement et a seul le droit à son paiement tant en capital qu’en intérêts”.

¹⁶⁷ Sobre la discusión: GIJSBERS (2021), p. 99.

¹⁶⁸ Sentencia Corte de Casación (2020c) y Sentencia Corte de Casación (2020d).

¹⁶⁹ Sentencia Corte de Casación (2020e).

¹⁷⁰ PELLIER (2021c), pp. 3-4.

¹⁷¹ *Op. cit.*, p. 4.

Por su parte, el *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés* refiriéndose a la solución de la reforma señala:

“no se trata de un derecho preferencial [del acreedor] (que daría lugar a un concurso y a una clasificación) sino de un derecho exclusivo (el acreedor prendario excluye los otros acreedores, los cuales no pueden primar sobre él) que descansa sobre un derecho de retención sobre el crédito dado en prenda. Esta aclaración se encuentra conforme con el último estado de la jurisprudencia”¹⁷².

Sin embargo, esta última afirmación es desmentida por la doctrina, señalándose que de acuerdo con el último estado de la jurisprudencia, esta concede la exclusividad del derecho al pago del acreedor prendario, sin hacer descansar de manera alguna tal exclusividad en un pretendido derecho de retención¹⁷³.

Más allá de las críticas formuladas respecto a este último punto, particularmente sensible de la reforma, lo cierto es que la prenda de muebles incorporales resulta mejorada en su conjunto gracias a la precisión y claridad aportada. Con todo, quizá aún haya trabajo por delante a fin de persuadir a acreedores, ávidos de mayor eficacia y seguridad, de recurrir a esta garantía, sobre todo considerando que estos tienen hoy, además, la opción de recurrir a la cesión de crédito a título de garantía, cuyos efectos parecen ser, comparativamente, bastante más robustos¹⁷⁴.

d) La propiedad retenida o cedida a título de garantía

Bajo la denominación de propiedad retenida o cedida a título de garantía se contemplan, en realidad, diversas instituciones concernidas por la reforma y que conviene analizar en este apartado.

En primer lugar, la denominación de “propiedad *retenida* a título de garantía” hemos de entenderla referida a la llamada reserva de propiedad o dominio (arts. 2367 a 2372 del *CC*)¹⁷⁵.

En segundo lugar, bajo la denominación de “propiedad *cedida* a título de garantía” coexisten, desde la reforma, tres instituciones: la fiducia a título de

¹⁷² *Rapport au Président* (2021), p. 9 (traducción libre). Versión oficial: “il s’agit non pas d’un droit préférentiel (qui donnerait lieu à un concours et donc à un classement) mais d’un droit exclusif (le créancier nanti exclut les autres créanciers et ne peut donc pas se faire primer) reposant sur un droit de rétention sur la créance nantie. Cette clarification est conforme au dernier état de la jurisprudence (Civ. 2^{ème}, 2 juillet 2020, n° 19-11.417 et 19-13.636)”.

¹⁷³ PELLIER (2021c), p. 4. Para más detalles de las críticas formuladas a la solución de la reforma sobre este punto y las interrogantes que plantea la misma, puede verse GJJSBERS (2021), pp. 99-100.

¹⁷⁴ PELLIER (2021c), p. 5; THÉRY (2019), p. 122.

¹⁷⁵ La numeración de los artículos referidos a la reserva de propiedad sigue siendo la misma que con anterioridad a la reforma.

garantía (arts. 2372-1 a 2372-5 del *CC*), la cesión de crédito a título de garantía (arts. 2373 a 2373-3 del *CC*) y, en último término, la cesión de una suma de dinero a título de garantía (arts. 2374 a 2374-6 del *CC*). Si bien la primera de estas (la fiducia garantía) ya se encontraba contemplada en el *Code*, las dos últimas fueron incorporadas con la reforma.

Analizaremos, someramente, los aportes de la reforma respecto a cada una de estas garantías.

i) La propiedad retenida a título de garantía
o reserva de dominio

La reserva de propiedad¹⁷⁶, también conocida como “cláusula de reserva de dominio”, es la convención en virtud de la cual se suspende el efecto traslativo de un contrato¹⁷⁷ hasta el completo pago de la obligación que constituye la contrapartida de la transferencia de dominio (art. 2367 del *CC*). Si bien, en la mayoría de los casos ella suele utilizarse en contratos de compraventa, lo cierto es que puede incorporarse en cualquier contrato oneroso apto a transferir el dominio¹⁷⁸.

Dada su enorme importancia y utilización práctica desde largo tiempo, el legislador francés decidió incorporar la reserva de dominio en el *Code* a través de la ordenanza de 23 de marzo de 2006, reglamentando a derecho constante su régimen ya elaborado por otros cuerpos legales¹⁷⁹ y la jurisprudencia.

La ordenanza de 15 de septiembre de 2021, por su parte, no modifica de manera drástica dicho régimen, sino que únicamente completa la regla del art. 2372, a fin de combatir una solución de la Corte de Casación estimada inoportuna por los redactores de la ordenanza. Esta norma, en su antigua redacción, establecía:

“El derecho de propiedad [del vendedor beneficiario de la reserva] se traslada sobre el crédito del deudor [comprador revendedor] contra el subadquirente o sobre la indemnización del asegurador, subrogada al bien”¹⁸⁰.

¹⁷⁶ Para un estudio relativo a la eficacia de la reserva de propiedad en cuanto garantía en el ordenamiento chileno, véase CAPRILE (2000), pp. 29-49.

¹⁷⁷ Cabe recordar a este respecto la diferencia fundamental existente entre el sistema de transferencia del dominio chileno y francés. Así, si en virtud del primero es menester un título y un modo a efectos de transferir el dominio de un bien, en el caso del segundo, en cambio, existe el principio de transferencia *solo consensu*, esto es, se confiere un efecto real y no puramente personal al contrato, bastando el mutuo consentimiento de las partes para que opere tal efecto al momento de la celebración del contrato. Ahora bien, cabe tener presente que no se trata de un principio absoluto, pues existen excepciones: la voluntad de las partes, la naturaleza del bien y la disposición de la ley (art. 1196 del *CC*).

¹⁷⁸ AYNÈS et CROCQ (2019), p. 489.

¹⁷⁹ En particular el *Código de Comercio* (art. L. 624-16 y s.).

¹⁸⁰ Traducción libre. Versión oficial: “Le droit de propriété se reporte sur la créance du débiteur à l’égard du sous-acquéreur ou sur l’indemnité d’assurance subrogée au bien”.

Además de un mínimo cambio formal en la redacción, la reforma agrega un segundo inciso a este artículo, el cual consagra de forma expresa la posibilidad abierta al subadquirente o al asegurador, de oponer al acreedor las excepciones inherentes a la deuda como, asimismo, aquellas originadas de sus relaciones con el deudor¹⁸¹. Esta norma se desmarca así del criterio hasta entonces imperante en la Corte de Casación¹⁸², consistente en negar de manera sistemática al subadquirente, aun de buena fe, toda posibilidad de oponer al acreedor (vendedor beneficiario de la reserva) las excepciones de las cuales habría podido valerse contra el adquirente revendedor¹⁸³.

En suma, a través de esta solución, la reforma aporta coherencia al sistema de obligaciones en general, toda vez que ella se alinea con las soluciones ya existentes –en materia de oponibilidad de excepciones– respecto a la cesión de crédito (art. 1324 del *CC*) y a la subrogación personal (art. 1346-5 del *CC*)^{184, 185}.

ii) La fiducia a título de garantía

Con orígenes en el derecho romano y siendo conservada en particular por el derecho alemán, la fiducia debió recorrer un tortuoso camino antes de irrumpir en la escena jurídica francesa, la cual se resistía tenazmente a su consagración legal¹⁸⁶. El éxito de esta figura en múltiples países, como la fama de su equivalente en la órbita del *Common Law* –el *trust*– hicieron, sin embargo, inevitable su consagración por parte del reacio legislador galo. Sabido es que esta institución puede revestir variadas funciones: desde la transmisión de un patrimonio,

¹⁸¹ “Le sous-acquéreur ou l’assureur peut alors opposer au créancier les exceptions inhérentes à la dette ainsi que les exceptions nées de ses rapports avec le débiteur avant qu’il ait eu connaissance du report”.

¹⁸² Sentencia Corte de Casación (2007b).

¹⁸³ *Rapport au Président* (2021), p. 9.

¹⁸⁴ *Ibid.*

¹⁸⁵ Para un análisis más detallado del estado del derecho anterior respecto a la cláusula de reserva de dominio y de su reforma por la ordenanza de 15 de septiembre de 2021, véase MICHEL (2021b), p. 1-4.

¹⁸⁶ Antes de su primera aparición en el *Code* de la mano de la Ley n.º 2007-211 de 2007, la fiducia vio frustrados varios intentos de consagración. En efecto, tres proyectos de ley que la contemplaban no arribaron a puerto entre los años 1989 y 1995. Diez años hubieron de transcurrir antes de que una nueva arremetida de la fiducia –reclamando su reconocimiento legal– obtuviera los frutos esperados. Es así como una proposición de ley, la que a la postre daría origen a la ley de 19 de febrero de 2007, logró ver la luz consagrando la fiducia en el *CC*. Esta reglamentación (art. 2011 y s. del *CC*) fue, poco tiempo después, objeto de profundas modificaciones por una ley de 4 de agosto de 2008 y por una ordenanza de 30 de enero de 2009. Es esta última la que, complementando la reglamentación del art. 2011 y ss., agrega una serie de disposiciones especiales relativas a la fiducia garantía (art. 2372-1 y s.).

Las razones esgrimidas para explicar esta reticencia del legislador francés a la consagración de la fiducia se encontrarían, por un lado, en la noción de unidad e indivisibilidad del patrimonio, tan arraigada en la tradición jurídica francesa; y, por otro lado, existiría un riesgo de fraude que se camuflaría detrás de esta figura (a los herederos, al fisco, etc.). Véase ANCEL et GOUT (2019), p. 242.

pasando por su gestión, hasta su cesión a título de garantía¹⁸⁷. Los sujetos que intervienen en el diseño de esta institución son, teóricamente, tres: el constituyente, el fiduciario y el beneficiario. Con todo, en la práctica estos pueden reducirse a dos¹⁸⁸: puede haber especial confusión entre, por un lado, el constituyente cuando es este quien resulta ser, además, el beneficiario de la operación y, por otro lado, entre el fiduciario y el beneficiario, lo que sucedería con frecuencia en el caso de la fiducia garantía. Es decir, cuando es en su propio beneficio que el fiduciario adquiere y mantiene bajo su propiedad los bienes o derechos transferidos por el constituyente (deudor) para la seguridad del pago de la deuda.

Para comprender el régimen de la fiducia garantía en el derecho francés, debemos tener en cuenta que las reglas que le son aplicable provienen, de un lado, del régimen general de la fiducia (art. 2011 y ss. del *CC*) y, del otro, de los regímenes especiales¹⁸⁹, esto es, cuando ella recae sobre bienes muebles (art. 2372-1 y ss. del *CC*) y cuando ella lo hace sobre inmuebles (art. 2488-1 y ss. del *CC*). Este apartado trata únicamente de las modificaciones introducidas por la reforma a propósito de la fiducia garantía que recae sobre muebles.

Una definición de esta garantía puede extraerse del art. 2372-1, el cual no fue modificado. Esta norma señala, en efecto, que la propiedad de un bien mueble o de un derecho puede cederse a título de garantía de una obligación, en virtud de un contrato de fiducia celebrado en aplicación de los arts. 2011 a 2030. La regla reenvía a las normas generales de la fiducia.

El aporte de la reforma, respecto a la definición, consistió en haber precisado que la obligación garantizada con la fiducia puede ser presente como futura, debiendo ser determinable en este último caso. Así pues, se logra una coherencia entre el régimen de la prenda de muebles corporales (art. 2333 del *CC*), la prenda sobre créditos (art. 2356 del *CC*), y de la hipoteca (art. 2421 del *CC*), sobre este punto¹⁹⁰.

En segundo lugar, la reforma modifica apenas el art. 2372-2, el cual en su antigua redacción exigía que cuando se constituyera una fiducia a título de garantía, el contrato debía contener –entre otras exigencias– la estimación del valor del bien o derecho transferido, bajo sanción de nulidad. La exigencia se explicaría por la necesidad de seguridad en la transacción, lo cual ha sido no obstante criticado, puesto que más allá de la originalidad de la exigencia, no se vislumbra una gran utilidad en la práctica. Peor aún, la exigencia restaría flexibilidad a la garantía, que es uno de los atributos que la hace atractiva¹⁹¹.

¹⁸⁷ El art. 2011 del *CC* define la fiducia, en general, de la manera siguiente: “La fiducia es la operación por la cual uno o varios constituyentes transfieren bienes, derechos o garantías, o un conjunto de bienes, de derechos o de garantías, presentes o futuros, a uno o varios fiduciarios que, teniéndolos separados de sus patrimonios propios, actúan en vistas de un objetivo determinado en beneficio de uno o varios beneficiarios” (traducción libre).

¹⁸⁸ Véase el art. 2016 del *CC*.

¹⁸⁹ Las reglas especiales sobre la fiducia sobre muebles e inmuebles casi no difieren, sin embargo, en su contenido.

¹⁹⁰ *Rapport au Président* (2021), p. 9.

¹⁹¹ HÉLAINE (2021b), p. 2.

La exigencia se suprime, en consecuencia, con la reforma. Según se desprende del *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés*, tal supresión obedecería –además de la necesidad de mayor flexibilidad–, a un ánimo de otorgar una mayor coherencia al sistema general de garantías, pues la exigencia no se encontraba contemplada por ninguna otra, ya que, en realidad, no existe ninguna necesidad a este respecto. Por lo demás, la exigencia resultaba incongruente con las modalidades de realización de la garantía, puesto que el valor del bien o derecho cedido será, en todo caso, determinado por un experto designado de manera amigable o judicialmente¹⁹². Todo lo anterior debe entenderse sin perjuicio de que, como lo señala el mismo *Rapport*, nada impide que las partes puedan recurrir a una estimación del valor del bien o derecho transferido si así lo desean¹⁹³.

En tercer y último lugar, la reforma introduce –a través de un nuevo inciso en el art. 2372-3– una mayor flexibilidad en las modalidades de venta del bien o derechos transferidos en garantía a través de la fiducia, para el caso en que el deudor incumpla su obligación. Con anterioridad a la reforma, las modalidades contempladas se resumían en:

- a) si el fiduciario era el acreedor de la deuda, este adquiere la libre disposición del bien o del derecho cedido en garantía;
- b) en caso contrario, el acreedor puede exigir al fiduciario, ya sea la entrega del bien, pudiendo desde entonces disponer libremente de él o, ya sea –si el contrato de fiducia así lo establecía– exigir la venta del bien o derecho y la posterior entrega de todo o parte del precio.

A estas modalidades ya existentes, la reforma agrega:

“Si el fiduciario no encuentra un adquirente de acuerdo al precio fijado por un experto, podrá vender, bajo su responsabilidad, el bien o derecho al precio que él estime corresponder al valor de dicho bien o derecho”¹⁹⁴ (nuevo inc. 4º del art. 2372-3 del *CC*).

Respecto a esta introducción, el *Rapport* precisa que corresponde al fiduciario justificar que la venta no ha sido posible de acuerdo con el precio fijado por el experto. Por otro lado, cabe señalar que la venta se realizará bajo su responsabilidad, con el objetivo de preservar los intereses del acreedor como del deudor¹⁹⁵. Sin duda, el establecimiento de esta facultad implica depositar un alto grado de confianza en el fiduciario. Sin embargo, esta libertad otorgada al fiduciario debe

¹⁹² Según lo disponía con anterioridad a la reforma y lo dispone con posterioridad a ella el art. 2372-3 del *CC*.

¹⁹³ *Rapport au Président* (2021), p. 10.

¹⁹⁴ Traducción libre. Versión oficial: “Si le fiduciaire ne trouve pas d’acquéreur au prix fixé par expert, il peut vendre le bien ou le droit au prix qu’il estime, sous sa responsabilité, correspondre à sa valeur”.

¹⁹⁵ *Rapport au Président* (2021), p. 10; HÉLAINE (2021b), p. 3.

matizarse con el deber consistente en la justificación previa de la imposibilidad de la venta al precio fijado por el experto y, además, por el hecho de que en todo caso el fiduciario puede ver comprometida su responsabilidad en el caso en que, de la venta al precio estimado por él, se derive un perjuicio al deudor o acreedor. Con todo, resulta en extremo aconsejable que los contratantes tomen las precauciones necesarias, estableciendo claramente en el contrato las modalidades y las condiciones bajo las cuales el fiduciario puede ejercer esta facultad¹⁹⁶.

Si bien los rasgos esenciales, y que constituyen la estructura de esta garantía, permanecen inalterados por la reforma, los ajustes introducidos son bienvenidos por cuanto le otorgan una mayor flexibilidad, siempre alabada por la práctica, haciéndola más atractiva para los agentes económicos. Todo ello sin perjuicio de las interrogantes en suspenso aun después de la reforma y respecto de las cuales se esperan necesarias clarificaciones por parte de los tribunales.

iii) La cesión de crédito a título de garantía

La consagración de esta garantía por la ley resulta una de las innovaciones más espectaculares de la reforma¹⁹⁷. A pesar de su masiva utilización en la práctica, ella fue condenada de manera implacable por la Corte de Casación, la cual no dudaba en recalificarla sistemáticamente en prenda sobre crédito¹⁹⁸, cuando ella no se conformaba con alguna de las figuras ya contempladas por la legislación¹⁹⁹ como, por ejemplo, la cesión de créditos profesionales (*Cesión Dailly*). La razón de este proceder de la Corte de Casación es simple: la lista de garantías reales es taxativa, no pudiendo la voluntad de las partes crear otras causas de preferencia o exclusividad que aquellas contempladas de forma expresa por la ley, por cuanto ello afectaría el principio de igualdad entre acreedores²⁰⁰.

La introducción de esta garantía²⁰¹ obedece a un deseo de modernizar y hacer más atractivo el ordenamiento jurídico francés en el plano internacional²⁰².

En este contexto, el nuevo art. 2373-1 dispone:

“La propiedad de un crédito puede cederse a título de garantía de una obligación por medio de un contrato celebrado en aplicación de los artículos 1321 a 1326”²⁰³.

¹⁹⁶ HÉLAINE (2021b).

¹⁹⁷ GIBBERS (2021), p. 100.

¹⁹⁸ Sentencia Corte de Casación (2006).

¹⁹⁹ GIBBERS (2021), p. 100.

²⁰⁰ *Ibid.*

²⁰¹ La cual podríamos haber estimado ya implícitamente comprendida en la reforma de contratos y obligaciones (ordenanza de 10 de febrero de 2016) en el régimen establecido para la cesión de crédito de derecho común. En este sentido: PELLIER (2021d), pp. 1-2.

²⁰² *Rapport au Président* (2021), p. 10.

²⁰³ Traducción libre. Versión oficial: “La propriété d’une créance peut être cédée à titre de garantie d’une obligation par l’effet d’un contrat conclu en application des articles 1321 à 1326”.

El reenvío contemplado en la definición, debemos entenderlo referido a las normas generales que regulan la cesión de crédito de derecho común. De esta forma, esta nueva garantía se inspira y descansa ampliamente en el mecanismo clásico de la cesión de crédito, procediendo las reglas especiales, por su parte, a la necesaria adaptación de tal mecanismo a la nueva función de garantía autorizada por la reforma²⁰⁴.

En virtud a las reglas generales de la cesión de crédito de derecho común debemos entender que la garantía requiere, entre otras cosas, constar por escrito bajo sanción de nulidad (art. 1322 del *CC*) y que tanto su constitución, entre el cedente y cesionario, como su oponibilidad a terceros, produce efecto a contar de la fecha del acto de cesión (art. 1323 inc. 1 y 2 del *CC*). En cuanto a la oponibilidad de la cesión al deudor, esta requiere que aquel o, bien, la haya consentido o, bien, que le haya sido notificada o, en último término, que reconozca el cambio de acreedor a través de una *prise d'acte*²⁰⁵ (art. 1324 inc. 1 del *CC*).

Por su parte, en virtud de las tres reglas especiales establecidas por la reforma, las partes de la cesión de crédito a título de garantía deben, en aplicación del principio de especialidad de las garantías reales²⁰⁶, designar en el acto constitutivo los créditos garantizados, así como aquellos cedidos a título de garantía (art. 2373-1 inc. 1 del *CC*). La misma exigencia de identificación es requerida tratándose de créditos futuros, en cuyo caso el acto constitutivo deberá permitir tal identificación o, por lo menos, deberá contener los elementos necesarios a ella –la indicación del deudor, del lugar del pago, del monto del crédito, etc.– (art. 2373-1 inc. 2 del *CC*). De esta manera, la reforma se alinea una vez más al régimen establecido para otras garantías ya existentes, como ocurre con las reglas de identificación de créditos tratándose de la prenda de muebles incorporales (art. 2356 del *CC*) y aquellas referidas a la identificación en la *Cesión Daily* (art. L. 313-27 del *Código Monetario y Financiero*)²⁰⁷.

La segunda regla especial (art. 2373-2 del *CC*), referida a la suerte de la suma de dinero recibida por el cesionario en virtud de los créditos cedidos, distingue entre la situación en que el crédito garantizado es exigible de aquella en que aún no lo es. En el primer caso, las sumas recibidas por el cesionario se imputarán al pago del crédito garantizado. En el segundo, el cesionario podrá conservar las sumas de dinero recibidas, bajo las condiciones de los arts. 2374-3 a 2374-6 del *CC*, esto es, las reglas previstas para la nueva garantía de cesión de una suma de dinero a título de garantía. La aplicación a la cesión de crédito a título de garantía de las reglas previstas para la cesión de suma de dinero a título de garantía se explica, sin dificultad, por el hecho de que, en la hipótesis

²⁰⁴ GIJSBERS, p. 100.

²⁰⁵ Este reconocimiento del deudor o “*prise d'acte de la cession*” puede revestir varias formas: un acto auténtico o privado, una declaración verbal o, aun, puede tratarse de un acto que de forma implícita signifique el reconocimiento del deudor, como sería, por ejemplo, el pago espontáneo realizado por este entre las manos del cesionario, etc. En este sentido: DESHAYES *et al.* (2018), p. 745.

²⁰⁶ PELLIER (2021d), pp. 2-3; GIJSBERS (2021), p. 100.

²⁰⁷ PELLIER (2021d), p. 3; *Rapport au Président* (2021), p. 10.

descrita, la primera garantía se transforma en la segunda²⁰⁸. O, como lo explica el *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés*:

“el derecho de propiedad sobre el crédito del cual es titular el cesionario, se traslada sobre la suma de dinero recibida en pago del crédito. Su ‘garantía-propiedad’ sobre el crédito se transforma en ‘garantía-propiedad’ sobre la suma de dinero, lo que conduce a aplicarle el régimen de esta garantía”²⁰⁹.

Por último, la tercera regla especial (art. 2373-3 del *CC*), que consagra la extinción accesorio de la garantía, se refiere al caso en que el crédito garantizado haya sido íntegramente pagado antes que el crédito cedido que garantizaba el pago. En tal situación, y consagrando la misma solución jurisprudencial que en materia de *cesión Dailly*²¹⁰, la norma establece que el cedente recupera de pleno derecho la propiedad del crédito cedido en garantía. Esta solución se revela, además: “conforme a la lógica de las garantías que recaen sobre la propiedad: la transferencia de propiedad no es sino temporal”²¹¹.

Mas allá de la aplaudida introducción de esta garantía en el *Code*, la doctrina se plantea la interrogante de saber cómo será la “competencia” entre todas las garantías ahora existentes y cuál de ellas resultará “victoriosa”²¹². Ello en el sentido de dilucidar cuál de entre ellas será preferida por los agentes económicos, cuando dos o más resulten apropiadas a fin de brindar seguridad al acreedor. En el caso de la cesión de crédito a título de garantía, esta situación de “competencia” es factible de producirse con la prenda sobre créditos. En efecto, ambas garantías conceden un derecho preferencial al acreedor. Con todo, la prenda sobre créditos no confiere las mismas prerrogativas de las que goza el cesionario de un crédito, lo que podría inclinar la balanza en favor de la cesión²¹³.

241

iv) La cesión de una suma de dinero a título de garantía

La introducción de esta garantía en el *CC* supone, al igual que la cesión de crédito a título de garantía, una de las mayores innovaciones de la ordenanza de 15 de septiembre de 2021.

Junto con los objetivos generales de la reforma –seguridad jurídica, modernización, atractivo del derecho francés, etc.– su consagración obedece a la voluntad de otorgar un fundamento legal a esta operación, de amplia utilización en la práctica²¹⁴.

²⁰⁸ PELLIER (2021d), p. 3.

²⁰⁹ *Rapport au Président* (2021), p. 10.

²¹⁰ Sentencia Corte de Casación (2007c).

²¹¹ *Rapport au Président* (2021), p. 10.

²¹² PELLIER (2021d), pp. 3-4; sobre la “competencia entre las garantías”, véase MICHEL (2018).

²¹³ En este sentido: PELLIER (2021d), p. 4; SIMLER (2022), p. 90.

²¹⁴ *Rapport au Président* (2021), p. 10.

Esta garantía –también conocida como *gage-espèces*²¹⁵– puede ser definida como la cesión de la propiedad de una suma de dinero, ya sea en euro o en otra moneda, a título de garantía de uno o varios créditos, presentes o futuros (art. 2374 del *CC*)²¹⁶. De la definición se sigue que el rasgo característico de esta garantía es la transferencia de propiedad de la suma de dinero del cedente al cesionario²¹⁷.

En cuanto a su constitución, la cesión de una suma de dinero con fines de garantía es solemne; se requiere en efecto que el conste por escrito, bajo sanción de nulidad (art. 2374-1, inc. 1 del *CC*). De manera semejante al caso de la prenda sobre créditos (art. 2356 del *CC*), se requiere, también, aquí la designación del crédito garantizado que permita su identificación (art. 2374-2, inc. 2 del *CC*). Por otro lado, ella implica siempre la entrega de la suma de dinero –ya sea materialmente en dinero efectivo, ya sea a través de algún medio equivalente (a través de un título de crédito, por ejemplo)– del cedente al cesionario, elemento que le otorga oponibilidad frente a terceros (art. 2374-2 del *CC*), sin necesidad de una formalidad complementaria²¹⁸.

En lo concerniente a sus efectos, puesto que la cesión implica transferencia de propiedad de las sumas de dinero del cedente al cesionario (art. 2374 del *CC*), este último puede disponer de ellas, salvo disposición en contrario que precise una determinada afectación²¹⁹.

242 La reforma se preocupó, de igual manera, de reglar la suerte de los frutos e intereses producidos por las sumas de dinero transferidas a título de garantía (art. 2374-4 del *CC*), distinguiendo la situación en la que el cesionario no tiene la libre disposición de dichas sumas, de aquella en que sí la tiene. En el primer supuesto, los frutos e intereses aumentan la garantía misma, beneficiando con ello al cedente²²⁰, salvo estipulación en contrario. En el caso del segundo, la regla anterior no resulta aplicable toda vez que las sumas de dinero cedidas en garantía serán probablemente confundidas a tal punto con aquellas que pertenecían al cesionario, antes o después de la cesión, que en la práctica será

²¹⁵ Lo que podría traducirse al castellano como “prenda de efectivo” o “prenda de dinero”. Por su parte, la ordenanza n.º 2021-1192 de 15 de septiembre de 2021 afortunadamente escoge la denominación de “cesión de suma de dinero a título de garantía” en lugar de “prenda de dinero” por cuanto esta última induce a error. En efecto, es de la esencia de esta garantía la transferencia (cesión) del dominio de la suma de dinero, cuestión que no ocurre tratándose del contrato de prenda. Véase SIMLER (2022), p. 91.

²¹⁶ Versión oficial: “La propriété d’une somme d’argent, soit en euro soit en une autre monnaie, peut être cédée à titre de garantie d’une ou plusieurs créances, présentes ou futures”.

²¹⁷ *Rapport au Président* (2021), p. 10.

²¹⁸ *Ibid.*

²¹⁹ Dado que se trata de una garantía –para el caso de cumplimiento del contrato principal ella debe ser devuelta a su propietario–, esta solución de la reforma puede parecer en principio sorprendente. Sin embargo, se explica sin inconvenientes por la naturaleza fungible del dinero, la cual permite reemplazarlo por una suma equivalente. Véase BLANDIN (2022), p. 79.

²²⁰ Respecto a este punto, el *Rapport au Président* (2021), p. 10, precisa que es un principio en las garantías reales el que los frutos y los productos beneficien, desde un punto de vista económico, a los constituyentes de estas.

imposible establecer cuál es la verdadera fuente de los frutos e intereses. En esta hipótesis las partes pueden, no obstante, convenir en toda libertad un interés en beneficio del cedente (art. 2374-4 inc. 2 del *CC*), el cual “sustituirá un derecho a los frutos imposible de concebir”²²¹.

Por otro lado, la reforma se hace cargo de los efectos producidos en el caso de cumplimiento de la obligación garantizada con la cesión de suma de dinero (art. 2374-6 del *CC*) como de aquellos producidos en el de su incumplimiento (art. 2374-5 del *CC*).

En el primer caso, como resulta de toda lógica, si el deudor ha cumplido íntegra y oportunamente su obligación para con el acreedor, este último se encuentra obligado a restituirle las sumas cedidas en garantía de la obligación contraída. Y, de ser el caso, la restitución de sumas cedidas comprende, además, la de los frutos e intereses (art. 2374-6 del *CC*, última parte).

En el segundo caso, más complejo y dramático que el primero, el acreedor tiene derecho a conservar las sumas de dinero transferidas. La propiedad de las sumas de dinero en manos del acreedor, la cual debiera en principio ser solo provisoria, deviene, aun así, en una propiedad definitiva²²². El art. 2374-5 del *CC* expresa esta idea previendo que, para el caso de incumplimiento del deudor, el acreedor “puede” imputar las sumas cedidas –aumentadas de intereses y frutos, de ser el caso– al crédito garantizado e insatisfecho. La doctrina observa que la utilización del verbo ‘poder’ en el presente del indicativo (‘puede’) demostraría que, si bien parece ser obvia la imputación de las sumas de dinero cedidas al crédito garantizado, nada se opone a que el acreedor prefiera otro modo de realización de la garantía²²³. En fin, y a efectos de evitar todo enriquecimiento injustificado, la norma citada prevé que todo excedente debe ser restituido por el cesionario al cedente²²⁴.

2. Garantías reales inmobiliarias

Sin revolucionar la materia, la ordenanza de 15 de septiembre de 2021 introdujo interesantes mejoras y simplificaciones al derecho de garantías reales inmobiliarias, tanto respecto de aquellas fundadas sobre la exclusividad como sobre la preferencia. Esta simplificación se materializa, entre otras cosas, en cuanto a la estructura misma del subtítulo III que contiene las normas relativas a las garantías reales inmobiliarias. Si antes de la reforma este subtítulo tercero contaba con ocho capítulos, con posterioridad a la reforma este número se redujo a la mitad. Cada uno de estos nuevos capítulos contiene las normas concernientes a:

- a) los privilegios inmobiliarios (arts. 2376 a 2378 del *CC*);
- b) la prenda inmobiliaria (arts. 2379 a 2384 del *CC*);

²²¹ MICHEL (2021c), p. 2.

²²² *Op. cit.*, p. 3.

²²³ *Ibid.*

²²⁴ *Rapport au Président* (2021), p. 10.

- c) la hipoteca (arts. 2385 a 2474 del *CC*) y
- d) la fiducia a título de garantía (arts. 2488-1 a 2488-5 del *CC*)²²⁵.

Pasaremos enseguida al análisis somero de la reforma respecto a estos cuatro puntos.

a) Los privilegios inmobiliarios

Al igual que los privilegios mobiliarios, aquellos llamados inmobiliarios se definen como un derecho de preferencia conferido por la ley a un acreedor determinado, en razón de la calidad de su crédito²²⁶. Estos eran, hasta la entrada en vigencia de la ordenanza de 15 de septiembre de 2021 o, bien, generales²²⁷ o, bien, especiales²²⁸. Sin embargo, por motivos de simplificación del derecho positivo y de unificación de las garantías inmobiliarias como, asimismo, por la proximidad de su régimen con el de la hipoteca convencional, la reforma procedió a la supresión de los privilegios inmobiliarios especiales sujetos a publicidad, transformándolos –al menos una parte de ellos– en hipotecas legales. Estas hipotecas son, ya sea generales (arts. 2393 a 2401 del *CC*), ya sea especiales (arts. 2402 a 2407 del *CC*). Estas últimas se refieren a los antiguos privilegios inmobiliarios especiales²²⁹.

El gran particularismo de los privilegios inmobiliarios con anterioridad a la reforma estaba dado por el hecho de que su rango era determinado a una época anterior a aquella de su publicidad, esto es, al momento del nacimiento del crédito privilegiado y no al de su inscripción. En otras palabras, si la publicidad de los privilegios era necesaria para los efectos de su eficacia, ella no atribuía rango al privilegio. Esta retroactividad, estimada como atentatoria de la seguridad jurídica, llevó a que la Asociación Henri Capitant propusiera una modificación en orden a transformar los privilegios inmobiliarios especiales en hipotecas legales, obteniendo el rango respectivo únicamente desde su inscripción. Tal proposición fue seguida por los redactores de la ordenanza de 15 de septiembre de 2021²³⁰.

Más allá de la transformación señalada, la reforma procedió lisa y llanamente a la supresión de ciertos privilegios inmobiliarios especiales. Tal es el caso,

²²⁵ El nuevo art. 2375 (idéntico al antiguo art. 2373) establece: “Las garantías sobre los inmuebles son los privilegios, la prenda inmobiliaria y las hipotecas. La propiedad del inmueble puede igualmente ser retenida o cedida en garantía” (traducción libre).

²²⁶ AYNES *et al.* (2021), p. 377.

²²⁷ Se trataba del privilegio de gastos de justicia y el de los trabajadores (antiguo art. 2375 del *CC*).

²²⁸ El antiguo art. 2375 contemplaba una lista de estos privilegios, entre ellos, el del vendedor de inmueble, el del prestamista del dinero para la adquisición del inmueble, el del arquitecto, etcétera.

²²⁹ AYNES *et al.* (2021), p. 459.

²³⁰ Con todo, entre las distintas disposiciones transitorias, se prevé en forma expresa que los privilegios inmobiliarios especiales inscritos con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma (1 de enero de 2022), no obstante su asimilación a hipotecas legales, seguirán gozando de retroactividad en cuanto a su rango. Igual posibilidad se prevé para el crédito nacido con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma, pero aún no inscrito a dicha fecha (ordenanza de 15 de septiembre de 2021, art. 37-IV).

por ejemplo, del privilegio del arquitecto que contemplaba el ahora derogado art. 2382 del *CC*.

Como consecuencia de las transformaciones y derogaciones señaladas, aquello de lo que trata el capítulo I (arts. 2376 a 2378 del *CC*) es de los privilegios inmobiliarios, los cuales son –desde la reforma– solo generales. Como era el caso ya antes de la reforma, estos se encuentran, además, exentos de la formalidad de la inscripción (antiguo art. 2378 del *CC*).

Por otra parte, las disposiciones legales que rigen los privilegios²³¹ confieren solamente un derecho de preferencia, mas no de persecución²³², lo cual constituye una de las diferencias más destacables con la hipoteca. Por otro lado, cuando estos privilegios recaen, además, sobre la generalidad de los muebles del deudor, no se ejercen sobre los inmuebles, sino en el caso de insuficiencia de los muebles²³³ (art. 2376 del *CC*).

En lo referente a la lista de privilegios inmobiliarios generales, esta resulta modernizada y simplificada desde la reforma (art. 2377 del *CC*). No obstante, ella es en esencia una reproducción de aquella existente en el antiguo art. 2375. Se conservan así los dos privilegios generales ya contemplados por esta norma:

- 1.º el de gastos de justicia y
- 2.º el de los trabajadores.

Cabe señalar, no obstante, que la nueva redacción dispone de forma expresa que la lista no es exhaustiva, puesto que existen otros privilegios contenidos en leyes especiales²³⁴.

Por último, en cuanto al orden en que prefieren estos privilegios, la reforma mantuvo el estado del derecho anterior: los privilegios inmobiliarios generales priman por sobre la preferencia concedida a la prenda inmobiliaria, como sobre la hipoteca (arts. 2378 del *CC*), sin importar si su fuente es legal, convencional o judicial²³⁵.

b) La prenda inmobiliaria

Antiguamente llamada “anticresis”²³⁶, la prenda inmobiliaria²³⁷ fue retocada por la ordenanza de 15 de septiembre de 2021, conservando la substancia de

²³¹ Las cuales son de interpretación estricta.

²³² Lo que se explicaría por una voluntad del legislador de proteger a los terceros, dada la ausencia de publicidad del privilegio, lo que implicaría una imposibilidad para ellos de conocer su existencia. Véase MERCADAL (2021), p. 99.

²³³ Lo que traduce una antigua regla de subsidiaridad del privilegio general sobre inmuebles en relación con el privilegio general sobre muebles. Véase SIMLER (2022), p. 93.

²³⁴ Tal es el caso, por ejemplo, del llamado “súper privilegio” de que gozan los trabajadores, contemplado en el *Código del Trabajo* (art. L. 3243-2), o aquel llamado de “dinero fresco” contemplado por la legislación comercial (art. L. 611-11 y L. 626-10 del *CCo*).

²³⁵ Véase MERCADAL (2021), p. 101.

²³⁶ Ello hasta antes de la dictación de la Ley n.º 2009-526 de 12 de mayo de 2009. La evolución terminológica obedecería a una voluntad de facilitar la calificación de la institución, evitando, al mismo tiempo, el recurso a una noción juzgada oscura y escasamente conocida en la sociedad. Véase HÉLAINE (2021c), p. 2.

²³⁷ Para explicaciones más extensas de esta garantía, puede verse: DUPICHOT (2006), pp. 26-28 y BORGA (2006), pp. 2090-2094.

su régimen vigente hasta entonces. Las modificaciones aportadas obedecieron únicamente al objetivo de otorgar una mayor inteligibilidad al conjunto.

Esta garantía, única garantía inmobiliaria con desplazamiento o desasimiento, se define como la afectación de un inmueble en garantía de una obligación, con desasimiento de aquel que la constituye (art. 2379 del *CC*). Esta definición difiere apenas de aquella existente antes de la reforma en el antiguo art. 2387. La mínima diferencia radica en que este último resultaba ambiguo en cuanto a la determinación del desasimiento del constituyente como una condición de la institución o, más bien, como un efecto de la misma. La nueva redacción parece despejar la duda, considerando la desposesión o desasimiento más bien como una condición de la calificación de la prenda inmobiliaria. Empero, más allá de la claridad formal de la nueva redacción, la modificación podría tener un efecto sobre el fondo. Así, el hecho de considerar el desasimiento como una condición de la prenda inmobiliaria, podría conducir a calificarla como un contrato real, lo que sería destacable dado el franco retroceso de esta categoría contractual²³⁸.

En cuanto al régimen de la prenda inmobiliaria la reforma procede, por una parte, a un amplio reenvío a las normas relativas a la hipoteca (art. 2380 del *CC*), situación en gran medida idéntica a aquella existente bajo el derecho anterior (antiguo art. 2388 del *CC*). Por otra parte, la reforma procede a la reproducción íntegra de otras reglas relativas:

246

- a) al uso por parte del acreedor del inmueble dado en garantía, estableciendo que este tiene, por un lado, derecho a la percepción de los frutos y, por otro lado, se encuentra sujeto a una obligación de conservación y mantención (art. 2381 del *CC*);
- b) a la posibilidad abierta al acreedor de dar en arriendo el inmueble dado en garantía (art. 2382 del *CC*);
- c) a la imposibilidad por parte del deudor de reclamar la restitución del inmueble antes del pago completo de la deuda (art. 2383 del *CC*) y
- d) a la extinción de la prenda inmobiliaria, ya sea por la extinción de la obligación principal o ya sea por la restitución anticipada del inmueble a su propietario (art. 2384 del *CC*).

En fin, de esta forma se espera otorgar un mayor dinamismo y atractivo a esta garantía, la cual ha permanecido a la sombra de otros mecanismos clásicos, como la hipoteca, no logrando conquistar los actores de la práctica del derecho de garantías –llegando, incluso, a dudarse de la utilidad de su conservación–, ello debido, de manera muy probable, a su inconveniente más destacable, y que constituye al mismo tiempo su rasgo distintivo: el desasimiento o desposesión del deudor²³⁹.

c) La hipoteca

La hipoteca, también llamada “reina de las garantías”²⁴⁰, fue objeto de algunas innovaciones y mejoras dignas de ser mencionadas. De todos modos, más allá de una

²³⁸ HÉLAINE (2021c), p. 5.

²³⁹ Véase SIMLER (2022), p. 96.

²⁴⁰ HÉLAINE (2021c), p. 1; AYNÈS *et al.* (2021), p. 391; LEGAIS (2022), p. 385.

reestructuración general del articulado de reglas, de retoques puntuales de redacción tendientes a mejorar la inteligibilidad de las mismas, de algunas derogaciones y cambios en la numeración de artículos; lo cierto es que la institución de la hipoteca no se vio profundamente trastocada por la reforma en cuanto al fondo²⁴¹.

En cuanto a las disposiciones generales de esta garantía, la reforma operó una depuración consistente en una mejora en la redacción de algunas de estas disposiciones, por un lado, así como en la derogación de otras estimadas inútiles, por el otro. A modo de ejemplo, la definición misma de la hipoteca fue simplificada. Si bajo la legislación anterior, el antiguo art. 2393 la definía como un derecho real sobre bienes inmuebles afectos al pago de una obligación, bajo el nuevo art. 2385: “la hipoteca es la afectación de un inmueble en garantía de una obligación, sin desasimiento del constituyente”²⁴².

Luego de la definición, se encuentran los rasgos característicos y clasificaciones de la garantía: así, se reafirma, en primer lugar, el carácter formalista de la garantía, al permitirse únicamente en los casos y de acuerdo con las formas establecidas por la ley (art. 2386 del *CC*). Enseguida, y luego de establecer la clasificación entre hipotecas legales, convencionales y judiciales (art. 2387 del *CC*), se señalan los bienes que pueden ser objeto de esta garantía: los derechos reales inmuebles que se encuentran en el comercio (art. 2388 del *CC*). Por otra parte, la hipoteca se extiende a las mejoras del inmueble sobre el que recae, como de igual manera a los accesorios reputados inmuebles (art. 2389 del *CC*). Ella se extiende, además, a los intereses y accesorios del crédito garantizado (art. 2390 del *CC*). Esta última afirmación resulta de toda utilidad, puesto que, con anterioridad a la reforma, la Corte de Casación rechazaba –de manera discutible– la extensión de la hipoteca a los accesorios del crédito, obligando en la práctica a obtener otras garantías a fin de asegurar el pago de dichos accesorios. El *Rapport au Président de la République relatif à l’ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés* establece a este respecto que la disposición resulta aplicable a toda hipoteca y a todos los accesorios del crédito (gastos derivados del ejercicio de acciones judiciales, penalidades por reembolso anticipado, indemnización de perjuicios, etc.), los cuales quedan cubiertos por la inscripción inicial de la garantía²⁴³.

²⁴¹ Estructuralmente, la antigua normativa referente a la hipoteca se encontraba repartida en siete capítulos. Operando una simplificación, la reforma establece un capítulo único, subdividido, a su vez, en ocho secciones: sección I “Disposiciones generales” (arts. 2385 a 2391 del *CC*); sección II “De la hipoteca legal” (arts. 2392 a 2407 del *CC*); sección III “De la hipoteca judicial” (art. 2408 del *CC*); sección IV “De la hipoteca convencional” (arts. 2409 a 2417 del *CC*); sección V “Del rango de la hipoteca” (arts. 2418 a 2420 del *CC*); sección VI “De la inscripción de la hipoteca” (arts. 2421 a 2449 del *CC*); sección VII “De los efectos de la hipoteca” (arts. 2450 a 2472 del *CC*); sección VIII “De la transmisión y de la extinción de la hipoteca” (arts. 2473 a 2474 del *CC*).

²⁴² Traducción libre. Versión oficial: “L’hypothèque est l’affectation d’un immeuble en garantie d’une obligation sans dépossession de celui qui la constitue”. La nueva definición pone el énfasis en la función de la hipoteca más que en su naturaleza de derecho real u otra. Ello se explica sin dificultad por el hecho de que la naturaleza de derecho real o no de la hipoteca es una cuestión objeto de grandes controversias en la doctrina. Véase SIMLER (2022), p. 58.

²⁴³ *Rapport au Président* (2021), p. 11.

Enseguida, y de una manera más clara que en el pasado, se reafirma el carácter indivisible de la hipoteca, ya sea respecto a la división de la deuda como a aquella del inmueble²⁴⁴ (art. 2391 del *CC*).

En lo concerniente a las hipotecas de carácter legal, la antigua sección II se vio modificada en profundidad como consecuencia de la transformación de los antiguos privilegios inmobiliarios especiales en hipotecas legales especiales. Desde la reforma, la sección II contempla dos subsecciones, destinadas cada una a regir las hipotecas legales generales (arts. 2393 a 2401 del *CC*) y las hipotecas legales especiales (arts. 2402 a 2407 del *CC*). La hipoteca es general desde que el acreedor puede inscribir su derecho sobre todos y cada uno de los inmuebles, presentes o futuros, pertenecientes al deudor. Respecto a los futuros se deberá proceder a una inscripción complementaria. La hipoteca es especial, en cambio, cuando el acreedor puede inscribir su derecho solo respecto del inmueble sobre el cual ella recae (art. 2392 del *CC*).

Por su parte, el nuevo art. 2393 establece la lista de hipotecas legales generales, la cual reproduce en gran medida aquella establecida por el antiguo art. 2400. Tal lista no es taxativa, debiendo ser necesariamente complementada con otras hipotecas establecidas en códigos o leyes especiales. Además, la lista fue modernizada a través de la supresión de algunas hipotecas legales devenidas obsoletas²⁴⁵; al mismo tiempo que otros casos fueron agregados a ella²⁴⁶.

248 Enseguida, se establecen algunas reglas particulares referentes a algunos tipos de hipotecas legales generales, las cuales reproducen con leves ajustes la normativa anterior. Tal es el caso de la hipoteca legal entre cónyuges, desde la reforma limitada a los cónyuges casados bajo el régimen de participación en los gananciales (arts. 2394 a 2397 del *CC*); de la hipoteca legal a favor de menores y de mayores bajo tutela (arts. 2398 a 2400 del *CC*) y de aquella, en fin, referida a las sentencias de condena –antes calificada, de manera bastante confusa, como hipoteca judicial, en circunstancias de que se trata de un caso de hipoteca legal– (art. 2401 del *CC*).

El art. 2402, por su parte, establece la lista de las hipotecas legales especiales que contempla los antiguos privilegios inmobiliarios especiales, introduciendo al mismo tiempo algunos ajustes necesarios. Así, por ejemplo, el encabezado de la norma deja en claro el carácter no taxativo de la lista, la cual debe complementarse con hipotecas legales especiales previstas en otros cuerpos legales; por su parte, la hipoteca del vendedor de inmueble –antiguamente privilegio– resulta simplificada desde la reforma; por lo demás, son suprimidos tanto el

²⁴⁴ El acreedor resultando, de todas maneras indemne en ambos casos: *Rapport au Président* (2021), p. 11.

²⁴⁵ Ello teniendo en consideración la creación de la seguridad social, la cual hacía innecesaria la pervivencia de ciertas hipotecas legales. Tal es el caso, por ejemplo, de la hipoteca que garantiza los gastos de última enfermedad y de aquella que garantiza el pago de provisiones de subsistencia efectuadas al deudor y a su familia durante el último año.

²⁴⁶ Tal es el caso, entre otros, de la hipoteca legal tesoro público como de aquella relativa a las cajas de seguridad social (art. 2393, n.º 7 y n.º 8, respectivamente).

privilegio del arquitecto como aquel del prestamista del dinero utilizado para pagar al arquitecto, ya que ambos habían caído en desuso dada la complejidad de sus condiciones de ejercicio²⁴⁷.

Por su parte, los arts. 2404 a 2407 tratan de la publicidad de las hipotecas legales especiales²⁴⁸. Su contenido no apela ninguna observación particular puesto que ellos son, en gran medida, la reproducción mecánica de la antigua normativa.

El art. 2408, único artículo de la sección II, contempla la llamada hipoteca judicial, la cual es la única que tiene, a decir verdad, dicha fuente. En efecto, hasta entonces existía un grado de ambigüedad y confusión respecto a otra hipoteca –aquella de la sentencia de condena– calificada de manera errónea como judicial, puesto que es en virtud de la ley que ella se encuentra constituida de pleno derecho sobre toda sentencia de condena. Lo que ocurría es que como tal hipoteca requería de una sentencia de condena para poder operar, se tendía a calificarla casi automáticamente de judicial, en circunstancias que su fuente es la ley y no una decisión de justicia. Por ende, solo tiene el carácter de judicial la hipoteca hoy contemplada en el art. 2408. Aquella calificada antaño de hipoteca judicial se encuentra, desde la reforma, oportunamente contemplada entre aquellas calificadas de hipotecas legales (art. 2401 del *CC*).

En cuanto a la importantísima hipoteca convencional (arts. 2409 a 2417 del *CC*), sus reglas se vieron apenas modificadas por la reforma, sin sufrir ningún cambio sustancial en cuanto al derecho vigente con anterioridad. Por ello, y tratándose en gran medida de una codificación a derecho constante, esta sección no amerita grandes comentarios. Solo mencionaremos aquí, a título ilustrativo, algunos puntos llamativos.

Si bien es cierto que la definición de hipoteca convencional contemplada en el antiguo art. 2416 es en esencia la misma que aquella del nuevo art. 2409, este último aporta, de todas formas, una valiosa precisión en cuanto a la validez del mandato para consentir una hipoteca por acto notarial²⁴⁹, el cual debe otorgarse bajo las mismas condiciones (paralelismo de las formalidades)²⁵⁰. Se consagra legalmente así la solución ya sentada por una antigua jurisprudencia²⁵¹.

Por otra parte, la doctrina denuncia el silencio de la reforma en cuanto a saber si una promesa de hipoteca puede ser válidamente celebrada por instrumento privado²⁵². Frente a este silencio, la misma doctrina se inclina por el man-

²⁴⁷ En este sentido: MERCADAL (2021), p. 122; *Rapport au Président* (2021), p. 12.

²⁴⁸ Como toda hipoteca, aquellas especiales establecidas en el nuevo art. 2402 requieren también, para ser oponibles a terceros, que sean publicadas de manera previa y solo serán oponibles a partir de la fecha de la publicación.

²⁴⁹ “La hipoteca convencional es consentida por acto notarial. El mandato de hipotecar es dado en las mismas condiciones”.

²⁵⁰ Respecto a este punto y a la discusión relativa a él en el derecho chileno, véase CAPRILE (2023), p. 645.

²⁵¹ Sentencia Corte de Casación (1854).

²⁵² Véase: SIMLER (2022), p. 103; MERCADAL (2021), p. 126.

tenimiento de las soluciones existentes bajo el derecho anterior. Es decir, la promesa de hipoteca celebrada bajo la forma de instrumento privado es válida²⁵³, pero ella engendra solo una obligación de hacer, que en caso de contravención se resuelve en la de indemnizar perjuicios²⁵⁴. En estas condiciones, el beneficiario de la promesa podría demandar la reparación de la pérdida de la chance de obtener una inscripción hipotecaria y por este medio obtener el reembolso de su crédito²⁵⁵.

Por otro lado, en cuanto a la posibilidad de constituir hipotecas convencionales sobre bienes futuros, la reforma invierte el principio existente en la materia. Mientras que bajo el derecho anterior –arts. 2419 y 2420 del *CC*–, el principio era que solo podía constituirse hipoteca convencional sobre bienes presentes y solo de forma excepcional sobre bienes futuros, con posterioridad a la reforma, puede constituirse hipoteca convencional de manera indistinta sobre inmuebles presentes o futuros (art. 2414 del *CC*). En cuanto al régimen de la hipoteca sobre bienes futuros, el inciso segundo del nuevo art. 2414 precisa que la escritura pública de constitución deberá indicar especialmente la naturaleza y situación de cada uno de los inmuebles, en conformidad a lo establecido por el art. 2421 (individualización de cada inmueble, indicación de la comuna en la cual se encuentran situados, etc.; excluyendo así toda designación general); todo ello bajo sanción de nulidad. Cabe precisar que la admisión de la constitución de hipotecas sobre bienes futuros no afecta el efecto relativo de la publicidad de la propiedad inmueble, por cuanto la hipoteca podrá ser inscrita (publicada) solo desde el momento en que el constituyente se haya convertido en propietario del inmueble²⁵⁶. El cambio operado por la reforma obedece a la voluntad de alinear el régimen hipotecario a aquellos de las demás garantías reales y a aquellos de derecho común²⁵⁷. El *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés* señala, por su parte, que el cambio se explica, además, por el hecho de que en la actualidad el principio del derecho anterior a la reforma se presentaba como arcaico y, como ha sido consignado, desfasado del régimen de las otras garantías y del derecho común. Por lo demás, ya con anterioridad a la reforma, tal principio se encontraba prácticamente vacío de sustancia debido a las importantes y numerosas hipótesis que le hacían excepción²⁵⁸. Por otra parte, y según se desprende de la redacción del inciso

²⁵³ Sentencia Corte de Casación (1987a).

²⁵⁴ Sentencia Corte de Casación (1993), Sentencia Corte de Casación (2002a) y Sentencia Corte de Casación (2002b).

²⁵⁵ Sentencia Corte de Casación (2014); Sobre este punto: MERCADAL (2021), p. 126.

²⁵⁶ *Rapport au Président* (2021), p. 12.

²⁵⁷ De esta forma, las cosas futuras son tratadas en el derecho francés a la imagen de las cosas presentes. Así acontece, por ejemplo, con la cesión de crédito de derecho común (art. 1321 del *CC*), la prenda mobiliaria (art. 2333 del *CC*), la prenda sobre muebles incorporales (art. 2355 del *CC*), la fiducia (art. 2372-1 del *CC*), etcétera.

²⁵⁸ *Rapport au Président* (2021), p. 12.

primero del art. 2414, la reforma suprime la posibilidad de constituir hipoteca convencional general para el caso de insuficiencia de bienes presentes –antes permitida por el antiguo art. 2420 n.º 1 del *Code*–, y consistente en que el constituyente consentía en que cada uno de los inmuebles que adquiriera en el futuro sería afecto al pago de la deuda, a medida que los vaya adquiriendo. La razón de la supresión reside en que la posibilidad fue estimada, además de peligrosa para el constituyente²⁵⁹, como incompatible con el principio de especialidad de las garantías reales mobiliarias e inmobiliarias²⁶⁰. Por lo demás, la posibilidad de constituir hipoteca convencional general parecía no ser mayormente utilizada en la práctica²⁶¹.

En cuanto a la posibilidad de extender la garantía de una hipoteca para la seguridad del pago de otros créditos que aquellos mencionados en el acto de constitución (“Recarga de la hipoteca”²⁶²), la reforma, en conformidad con el derecho anterior (antiguo art. 2422 del *CC*), mantiene la posibilidad como, asimismo, la limitación respecto a su ámbito de aplicación; el cual se encuentra restringido a la garantía de créditos derivados de una actividad profesional (nuevo art. 2416 del *CC*). Tal posibilidad puede ejercerse ya sea en beneficio del acreedor originario o ya sea respecto de un nuevo acreedor²⁶³. Por lo demás, la posibilidad de recargar la hipoteca debe encontrarse prevista de manera expresa en el acto de constitución (art. 2416 inc. 1 del *CC*).

En lo que concierne el rango de la hipoteca, la nueva reglamentación (art. 2418 del *CC*) reproduce casi sin modificación el derecho anterior (art. 2425 del *CC*), mejorando y simplificando, empero, la presentación de las reglas. El principio imperante en la materia sigue siendo, entonces, el que las hipotecas adquieren su rango a la fecha de la inscripción y no a aquella del acto constitutivo²⁶⁴.

²⁵⁹ Toda vez que ella implicaba privarse de una sola vez de todo su crédito hipotecario. Véase: MERCADAL (2021), p. 128.

²⁶⁰ SIMLER (2022), p. 104.

²⁶¹ *Rapport au Président* (2021), p. 12.

²⁶² Esta institución, consagrada por primera vez en el ordenamiento jurídico francés a través la reforma al derecho de garantías del año 2006 (ordenanza de 23 de marzo), fue suprimida algunos años más tarde por una ley de 17 de marzo de 2014. La supresión tuvo como causa el temor causado por la crisis *subprime*, temiéndose que la institución pudiese favorecer situaciones de ese tipo. Aun así, algunos meses más tarde, una ley de 20 de diciembre de 2014 restableció la “hipoteca recargable”, pero con un campo de aplicación bastante más limitado. La ordenanza de 15 de septiembre de 2021 recoge casi sin variación esta versión de la institución. Véase SIMLER (2022), p. 104.

²⁶³ MERCADAL (2021), p. 129; Cabe señalar que la facultad de “recargar la hipoteca” respecto a un nuevo acreedor es de orden público, pues ella puede ejercerse no obstante una cláusula en sentido contrario y ello, incluso en el caso en que el acreedor originario no haya sido todavía enteramente satisfecho (art. 2416 inc. 2 del *CC*).

²⁶⁴ Tal regla resulta aplicable a toda clase de hipoteca, sea esta legal, judicial o convencional. Igualmente, en continuidad con el derecho anterior, la reforma mantiene la única excepción que escapa a la regla general de la inscripción: la hipoteca del sindicato de copropietarios.

Por otra parte, el nuevo art. 2418 regla –como en el derecho anterior– el orden en que deben preferir las diferentes hipotecas constituidas sobre un mismo inmueble y cuyas inscripciones hayan sido efectuadas el mismo día. Los artículos siguientes se ocupan de establecer el rango de las

En lo relativo a la inscripción de la hipoteca, la reforma, como ya acontecía bajo el derecho anterior, dedica una gran cantidad de reglas a esta importantísima materia (arts. 2421 a 2449 del *CC*). En efecto, es en virtud de la inscripción que la hipoteca adquiere su plena eficacia, pues desde ese momento ella deviene oponible a terceros. La larga reglamentación no contiene, no obstante, modificaciones mayores respecto al derecho anterior, sino que tiende en general a un ajuste necesario de la nueva normativa a los cambios realizados en el derecho hipotecario²⁶⁵. De esta forma, la sección VI “De la inscripción de las hipotecas” comporta tres subsecciones:

- I. “Del modo de la inscripción de la hipoteca” (arts. 2421 a 2434 del *CC*),
- II. “De la cancelación y la reducción de la hipoteca” (arts. 2435 a 2442 del *CC*) y
- III. “De la publicidad de los registros y de la responsabilidad en materia de publicidad de la propiedad inmueble” (arts. 2443 a 2449 del *CC*).

En cuanto a los efectos de la hipoteca, las normas respectivas se encuentran en la sección VII (arts. 2450 a 2472 del *CC*), las cuales mantienen con ligeras modificaciones las normas existentes bajo el derecho anterior. De esta forma, por un lado, se contempla el derecho de preferencia y de persecución del acreedor hipotecario (arts. 2450 a 2460 del *CC*) y la purga de la hipoteca, por el otro (arts. 2461 a 2472 del *CC*).

252

En continuidad con el derecho anterior, los arts. 2450 a 2453 establecen las diferentes modalidades de realización de la garantía, a saber: la venta forzada del inmueble, la atribución judicial del mismo y el pacto comisorio²⁶⁶.

El art. 2454 relativo al derecho de persecución procede a una modificación conceptual, precisando que este derecho se ejerce contra el “tercero adquirente”, sustituyendo así la antigua denominación de “tercero detentor”, estimada jurídicamente imprecisa. Este tercero adquirente goza –al igual que bajo el derecho anterior– del beneficio de excusión bajo la condición de que existan otros inmuebles hipotecados a la deuda en poder del deudor (art. 2455 del *CC*).

hipotecas recargables (art. 2420 del *CC*), así como de reglar el orden de preferencia en caso de conflicto entre un acreedor hipotecario y uno prendario (art. 2419 del *CC*). Dicho conflicto es susceptible de producirse en el caso en que el acreedor prendario lo sea respecto de un mueble reputado inmueble por destinación, sobre el cual se haya, además, constituido una hipoteca. En estos casos, el nuevo art. 2419 regla el conflicto a través la fecha de publicación de los títulos respectivos y ello “no obstante el derecho de retención de los acreedores prendarios” (última frase del art. 2419 del *CC*). Cabe destacar que este es uno de los rarísimos casos en que el derecho de retención resulta derrotado frente a otra garantía. Véase SIMLER (2022), p. 106.

²⁶⁵ Por ejemplo, la supresión de los privilegios inmobiliarios especiales y su transformación en hipotecas legales; la transformación en hipoteca legal de la antes llamada –de manera errónea– “hipoteca judicial”; la supresión de la hipoteca legal entre cónyuges casados bajo un régimen distinto al de participación en los gananciales, etcétera.

²⁶⁶ La salvedad respecto a estos dos últimos modos consistente en que solo pueden llevarse a cabo siempre y cuando el inmueble no constituya la residencia principal del constituyente de la garantía, ya existente anteriormente, se mantiene con posterioridad a la reforma (arts. 2451 y 2452 del *CC*).

Desde la reforma, este beneficio resulta oponible aun al acreedor privilegiado o beneficiario de una hipoteca especial sobre el inmueble; situación que constituía una excepción bajo el derecho anterior²⁶⁷. En este sentido, el inc. 2.º del art. 2455 precisa que el tercero adquirente puede oponer al acreedor, al igual que el fiador, todas las excepciones pertenecientes al deudor principal. La solución rompe así con la jurisprudencia de la Segunda Sala Civil de la Corte de Casación, la cual rechazaba al tercero adquirente la posibilidad de oponer la excepción de prescripción a la demanda del acreedor²⁶⁸. En efecto, y como se desprende del *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés*, no hay razón, pues para obligar al tercero adquirente al pago de la deuda, en circunstancias que el deudor principal no lo es²⁶⁹.

En cuanto a las posibilidades abiertas al tercero adquirente para hacer frente al derecho de persecución dirigido en su contra, ellas son contempladas en el nuevo art. 2456, el que –de manera bastante simplificada– establece que estas posibilidades se reducen a tres:

- a) pagar;
- b) proceder a la purga de la hipoteca o, bien,
- c) permitir el embargo.

Así, la antigua posibilidad de abandonar el inmueble (*faculté de délaissement*) es suprimida por la reforma por ser considerada como inútil en la actualidad, pues su única función era la de evitar que la identidad del tercero adquirente figurara en el proceso de embargo, dañando así su reputación²⁷⁰. Por lo demás, la puesta en práctica de esta facultad resultaba particularmente compleja²⁷¹.

En lo concerniente a la purga de la hipoteca, la nueva legislación contempla, con mínimas variaciones, las normas existentes bajo el imperio del derecho anterior²⁷². La novedad resulta de la creación del art. 2472 como consecuencia de la nueva posibilidad de constituir una prenda sobre un inmueble por destinación. En efecto, para el caso de la enajenación de un inmueble hipotecado, el cual comprendiera, además, un inmueble por destinación gravado con prenda, la referida norma contempla la posibilidad de purgar esta última²⁷³.

²⁶⁷ Al decir de la doctrina, esta supresión de la excepción se justifica en la medida en que el tercero adquirente no contribuye a la deuda, evitando así el ejercicio posterior de recursos. Véase: MERCADAL (2021), p. 152; *Rapport au Président* (2021), p. 13.

²⁶⁸ Sentencia Corte de Casación (2015).

²⁶⁹ *Rapport au Président* (2021), p. 13; MERCADAL (2021), p. 152.

Por lo demás, la solución de la ordenanza de 15 de septiembre de 2021 es acorde con la posición de la Sala Comercial de la Corte de Casación, la cual en un fallo posterior al de la Segunda Sala Civil, había adoptado la posición contraria a la de esta última. Respecto a la posición de la Sala Comercial, véase: Sentencia Corte de Casación (2016).

²⁷⁰ *Rapport au Président* (2021), p. 13.

²⁷¹ SIMLER (2022), p. 108.

²⁷² Son así recogidas en los arts. 2461 a 2472 la purga de pleno derecho, la purga amigable o convencional y la purga judicial.

²⁷³ Como lo explica el *Rapport au Président* (2021), en casos como el descrito resulta indispensable otorgar la facultad de purgar la prenda, puesto que en caso contrario todo potencial

En lo relativo a las causas de transmisión de la hipoteca, como a la posición (art. 2473 del *CC*), por un lado, y a las causas de extinción (art. 2474 del *CC*), por el otro, la nueva normativa reproduce una vez más casi sin variación alguna la antigua²⁷⁴.

En suma, la “reina de las garantías” resulta modernizada gracias a la mayor precisión, legibilidad y accesibilidad de sus normas –por ejemplo, en lo referente al régimen del derecho de persecución y a la transformación de privilegios inmobiliarios especiales en hipotecas legales especiales– como a la estructura de las nuevas reglas, contribuyendo todo ello a un rejuvenecimiento de esta importantísima garantía.

d) La fiducia a título de garantía

Finalmente, en lo que concierne a la fiducia sobre inmuebles en su función de garantía (arts. 2488-1 a 2488-5 del *CC*), la reforma aporta escasas y leves modificaciones; las que, por lo demás, son las mismas que aquellas referente a la fiducia a título de garantía sobre muebles, ya analizadas (arts. 2372-1 a 2372-5 del *CC*). Nos remitimos, en consecuencia, a las explicaciones allí formuladas.

CONCLUSIONES

254

Sin duda alguna, el derecho de garantías francés resulta fortalecido después de la profunda reforma operada por la ordenanza de 15 de septiembre de 2021; cuyo objetivo era, entre otros –y como ha quedado consignado– completar y acabar aquella llevada a cabo quince años antes por la ordenanza de 23 de marzo de 2006.

Si bien es cierto que un balance general nos permite, por una parte, alabar en su gran mayoría las modificaciones introducidas, en lo que se refiere a la forma como al fondo, pensamos que, por otra parte, ciertos puntos pudieron haber recibido un tratamiento más afortunado.

En cuanto a las fortalezas de la reforma. En lo concerniente a la forma, en primer lugar, la nueva normativa se presenta bajo un aspecto bastante más simplificado y accesible que aquel de la precedente, ya sea a través de un aligeramiento considerable en la redacción de los nuevos textos²⁷⁵, ya sea a través

adquirente sería disuadido de presentarse, paralizando así el tráfico inmobiliario: *Rapport au Président* (2021), p. 13.

²⁷⁴ Respecto a las causas de extinción de la hipoteca cabe señalar, con todo, que la redacción de la lista que las contempla fue simplificada y aligerada. En este contexto, la reforma suprime la referencia a la prescripción como causal de extinción de la hipoteca, estimándose inútil y redundante puesto que lo que cuenta es, más bien, la prescripción del crédito garantizado que aquella de la hipoteca. En efecto, una vez extinto aquel por prescripción, se extingue de igual forma aquella de manera accesoria. Tal causal de extinción se encuentra comprendida, por su parte, en el numeral 1.º del nuevo art. 2474: “La hipoteca se extingue, especialmente: 1º Por la extinción de la obligación principal [...]”.

²⁷⁵ Tal es el caso de los privilegios mobiliarios especiales y de ciertas reglas relativas a la hipoteca.

de la supresión pura y simple de varias garantías devenidas obsoletas frente a la realidad económica del siglo XXI; y de otras simplemente caídas en desuso con el correr de los años²⁷⁶. Todo lo cual contribuye de forma indiscutible a una mayor inteligibilidad del conjunto.

Respecto al fondo, en segundo lugar, la nueva normativa presenta algunos progresos indiscutibles, los cuales contribuyen a un mayor equilibrio entre la protección del acreedor, por una parte, y del deudor y garantes, por la otra. Ello se evidencia, por un lado, en cuanto a la mayor coherencia y lógica de regímenes de garantías ya existentes²⁷⁷, adoptando para ello la opinión de la doctrina o las decisiones de la jurisprudencia e, incluso, operando quiebres con esta última cuando las soluciones no parecían acorde con los ideales de justicia y seguridad jurídica perseguidos por la reforma²⁷⁸; ya sea, por otro lado, a través de la consagración formal de ciertas garantías que, pese a su masiva aplicación práctica, carecían de fundamento legal²⁷⁹; o ya sea, en fin, y de manera más innovadora, a través de la introducción de nuevas figuras al ordenamiento francés²⁸⁰.

En cuanto a las debilidades de la reforma. A pesar de las evidentes mejoras recién enunciadas, parece lícito lamentar, junto con buena parte de la doctrina francesa, que algunos puntos hayan sido obviados o que otros, habiendo sido contemplados, no hayan sido tratados de otra manera. Nos referimos, por ejemplo, a la ausencia de consagración de principios directores del derecho de garantías –en circunstancias de que la propuesta de la Asociación Henri Capitant los contemplaba– y en particular de aquel según el cual la garantía no puede constituir una fuente de enriquecimiento²⁸¹; o la quizá desafortunada substitución de la palabra ‘satisfacer’ por ‘pagar’ respecto a la nueva definición de fianza. Ello por cuanto la primera parecía más comprensiva de todo tipo de

²⁷⁶ Así acontece tratándose de algunos privilegios mobiliarios como de ciertas prendas especiales.

²⁷⁷ Por ejemplo, la supresión de los privilegios inmobiliarios especiales y su transformación en hipotecas legales especiales, las mejoras introducidas en materia de fianza, etcétera.

²⁷⁸ Tal es el caso, a título ilustrativo, de la solución de la reforma consistente en el otorgamiento al constituyente de una garantía para asegurar el pago de una deuda ajena, de la protección general otorgada al fiador, la cual le era hasta entonces sistemáticamente rechazada por la jurisprudencia; o aquella que otorga al subadquirente de la cosa vendida con cláusula de reserva de dominio, la posibilidad de oponer al propietario de ella las excepciones inherentes a la deuda como, asimismo, ciertas nacidas de sus relaciones con el deudor primitivo (art. 2372 del *CC*), en circunstancias que tal medio de defensa le era hasta entonces denegado por la jurisprudencia.

²⁷⁹ En este sentido, notable es el ejemplo de la cesión de una suma de dinero a título de garantía.

²⁸⁰ Podemos citar aquí, en particular, la introducción de la cesión de crédito a título de garantía.

²⁸¹ DUPICHOT (2021), p. 31; PELLIER (2021a), pp. 2-4. Este último autor lamenta que la reforma no haya contemplado la elaboración de una teoría general de las garantías, en circunstancias de que la Asociación Henri Capitant había dado algunos lineamientos para ello. Así, estima que por lo menos hubiera sido posible la dictación de reglas generales para cada una de las dos grandes categorías de garantías, es decir, para las personales, por un lado, y para las reales, por otro.

obligaciones, en circunstancias de que la segunda parece más limitada al pago de obligaciones monetarias; dada la connotación que en el lenguaje corriente posee el verbo ‘pagar’²⁸²; o la decisión de no restaurar el término de ‘anticresis’ existente antes del año 2009, a pesar de que ello había sido sugerido por la comisión Grimaldi, prefiriendo, en cambio, el impreciso término de prenda inmobiliaria, lo cual no está exento de inconvenientes²⁸³; o, en fin, al limitado campo de aplicación de la hipoteca recargable, circunscrito tan solo a la garantía de deudas profesionales y que la reforma no osó franquear²⁸⁴; etcétera.

No obstante, al cabo de este panorama general, creemos estar en condiciones de constatar que, más allá de algunos aspectos puntuales, en su conjunto la reforma merece ser elogiada, por cuanto ella aporta una mejora sustancial al derecho de garantías francés, alcanzando en gran medida los objetivos perseguidos por sus artífices. En este sentido y, si bien es cierto que el mayor atractivo del derecho francés en el plano internacional, como uno de los objetivos de la reforma, pudiera ser puesto en tela de juicio²⁸⁵; en el plano interno, en cambio, los objetivos de modernización, simplificación y de mayor seguridad jurídica, parecen haber sido ampliamente alcanzados.

Empero, y como ocurre siempre con las reformas, solo el tiempo dirá cuán eficaz resultó ser en su aplicación práctica la aquí comentada. Es decir, cuando las nuevas normas salgan de su abstracta frialdad para transformarse en derecho vivo, en particular a través de su aplicación por los agentes económicos y, sobre todo, a través del control ejercido por la Corte de Casación.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALBIGES, Christophe et Marie-Pierre DUMONT (2015). *Droit des sûretés*. 5^{ème} éd. Paris: Dalloz.
- ALBIGES, Christophe et Marie-Pierre DUMONT (2022). *Droit des sûretés*. 8^{ème} éd. Paris: Dalloz.
- ANCEL, Pascal et Olivier GOUT (2019). *Droit des sûretés*. 8^{ème} éd. Paris: LexisNexis.
- ANSAULT, Jean-Jacques et Charles GIBBERS (2021). “Droit des sûretés. Enfin la réforme!”. *Reccueil Dalloz*, n° 36. Paris.
- AYNÈS, Laurent et Pierre CROCQ (2019). *Droit des sûretés*. 13^{ème} éd. Paris: LGDJ.
- AYNÈS, Laurent, Pierre CROCQ et Augustin AYNÈS (2021). *Droit des sûretés*. 15^{ème} éd. Paris: LGDJ.

²⁸² PELLIER (2021b), p. 2.

²⁸³ Respecto a estos inconvenientes, véase GRIMALDI (2021), p. 78.

²⁸⁴ GRIMALDI (2021), p. 80.

²⁸⁵ En efecto, una parte de la doctrina mira con bastante escepticismo y recelo la idea del atractivo del derecho francés en el plano internacional: DELEBECQUE (2019), pp. 185-193; LARROU-MET (2019), pp. 365-370; LIBCHABER (2021), pp. 12-23.

- BLANDIN, Yannick (2022). *Réforme du droit des sûretés. Table de concordance commentée*. Paris: LGDJ.
- BORGA, Nicolas (2006). “L'autonomie conceptuelle de l'antichrèse, source d'effets imprévus”. *Reccueil Dalloz*, n° 30. Paris.
- BOUGEROL, Laetitia (2021). “Réforme du droit des sûretés (Saison 2, Épisode 2): formation et étendue du cautionnement”. *Dalloz Actualité*, n° 19. Paris.
- CAPRILE BIERMANN, Bruno (2000). “La reserva de propiedad: ¿garantía eficaz en el derecho chileno? *Revista Chilena de Derecho*, vol. 27, n.º 1. Santiago.
- CAPRILE BIERMANN, Bruno (2008). “La reforma al derecho de las cauciones en Francia: perspectivas para un devenir en Chile”, en Alejandro GUZMÁN BRITO (ed.). *Estudios de derecho civil III*. Santiago: Legal Publishing.
- CAPRILE BIERMANN, Bruno (2023). “La hipoteca”, en Renzo MUNITA MARAMBIO (dir.). *Contratos. Parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- DELEBECQUE, Philippe (2018). “Les sûretés sur créances monétaires”, in Mirko HAYAT et Arnaud REYBROBELLET (dirs.). *Le droit des affaires d'aujourd'hui à demain. Regards français et étrangers en hommage à Yves Chaput*. Paris: LexisNexis.
- DELEBECQUE, Philippe (2019). “L'attractivité du droit français: un mot dépourvu de sens ?”, in Augustin AYNÈS, Pierre-François CUIF, Antoine HONTEBEYRIE, Maxime JULIENNE et Philippe STOFFEL-MUNCK (coords.). *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Aynès. Liberté, justesse, autorité*. Paris: LGDJ.
- DESHAYES, Olivier, Thomas GENICON et Yves-Marie LAITHIER (2018). *Réforme du droit des contrats, du régime générale et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*. 2^{ème} éd. Paris: LexisNexis.
- DUPICHOT, Philippe (2006). “L'antichrèse”. *JCP G*, n° 20. Paris.
- DUPICHOT, Philippe (2021). “Actualité: 15 ans après, une réforme des sûretés à sa maturité”. *JCP E*, n° 40. Paris.
- DUPICHOT, Philippe et Jean-Gabriel FLANDROIS (2022). “Réforme 2.0 des sûretés et droit des affaires”. *Cahiers de Droit de l'entreprise, LexisNexis*, n° 2. Paris.
- GIJSBERS, Charles (2021). “Le gage et les sûretés sur créances”. *Revue des Contrats*, n° 4. Paris.
- GOUÉZEL, Antoine (2021). “La réforme des privilèges mobiliers”. *Revue des Contrats*, n° 4. Paris.
- GRIMALDI, Michel (2021). “Présentation générale de la réforme”. *Revue des Contrats*, n° 4. Paris.
- HÉLAINE, Cédric (2021a). “Réforme du droit des sûretés (Saison 2, Épisode 5): les privilèges mobiliers”. *Dalloz Actualité*, n° 21. Paris.
- HÉLAINE, Cédric (2021b). “Réforme du droit des sûretés (Saison 2, Épisode 9): la fiducie utilisée à titre de garantie”. *Dalloz Actualité*, n° 23. Paris.
- HÉLAINE, Cédric (2021c). “Réforme du droit des sûretés (Saison 2, Épisode final): les sûretés réelles immobilières”. *Dalloz Actualité*, n° 24. Paris.
- LARROUMET, Christian (2019). “Le mythe de l'attractivité du droit civil français”, in Augustin AYNÈS, Pierre-François CUIF, Antoine HONTEBEYRIE, Maxime JULIENNE

- et Philippe STOFFEL-MUNCK (coords.). *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Aynès. Liberté, justice, autorité*. Paris: LGDJ.
- LEGEAIS, Dominique (2021). *Droit des sûretés et garanties du crédit*. 14^{ème} éd. Paris: LGDJ.
- LEGEAIS, Dominique (2022). *Droit des sûretés et garanties du crédit*. 15^{ème} éd. Paris: LGDJ.
- LIBCHABER, Rémy (2021). “Le contrat au XXI^e siècle”. *Revue de Droit d’Assas*, n^o 22. Paris.
- MERCADAL, Barthélemy (2021). *Réforme du droit des sûretés. Ordonnance du 15 septembre 2021*. Paris: Éditions Francis Lefebvre.
- MICHEL, Claire-Anne (2018). *La concurrence entre les sûretés*. Paris: LGDJ.
- MICHEL, Claire-Anne (2021a). “Réforme du droit des sûretés (Saison 2, Épisode 6): le gage”. *Dalloz Actualité*, n^o 22. Paris.
- MICHEL, Claire-Anne (2021b). “Réforme du droit des sûretés (Saison 2, Épisode 8): la réserve de propriété”. *Dalloz Actualité*, n.º 22. Paris.
- MICHEL, Claire-Anne (2021c). “Réforme du droit des sûretés (Saison 2, Épisode 11): la cession de somme d’argent à titre de garantie”. *Dalloz Actualité*, n^o 24. Paris.
- PELLIER, Jean-Denis (2021a). “Réforme du droit des sûretés: saison 2”. *Dalloz Actualité*, n^o 17. Paris.
- PELLIER, Jean-Denis (2021b). “Réforme du droit des sûretés (Saison 2, Épisode 1): le cautionnement (dispositions générales)”. *Dalloz Actualité*, n^o 20. Paris.
- PELLIER, Jean-Denis (2021c). “Réforme du droit des sûretés (Saison 2, Épisode 7): le nantissement de créance”. *Dalloz Actualité*, n^o 22. Paris.
- PELLIER, Jean-Denis (2021d). “Réforme du droit des sûretés (Saison 2, Épisode 10): la cession de créance de droit commun à titre de garantie”. *Dalloz Actualité*, n^o 23. Paris.
- PICOD Yves et Jean-Jacques ANSAULT (2022). *Droit des sûretés*. 4^{ème} éd. Paris: Thémis droit PUF.
- RÍOS LABBÉ, Sebastián (2006). “La reforma del derecho de garantías en Francia. Puesta al día necesaria y fracaso parcial de una reforma de conjunto”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 7. Santiago.
- SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo (2017). *Derecho comercial. Garantías reales y personales en el derecho mercantil nacional y comparado*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, tomo VII.
- SIMLER, Philippe (2016). “2006, une occasion manquée pour le cautionnement”. *JCP N*, n^o 12. Paris.
- SIMLER, Philippe (2022). *La réforme du droit des sûretés. Commentaire article par article*. Paris: LexisNexis.
- SIMLER, Philippe et Philippe DELEBECQUE (2016). *Les sûretés. La publicité foncière*. 7^{ème} éd. Paris: Dalloz.

- SIMLER, Philippe et Philippe DELEBECQUE (coords.) (2021). “Réforme du droit des sûretés”. *La Semaine Juridique*, édition générale, LexisNexis, n° 43-44. Paris.
- SIMLER, Philippe et Philippe DELEBECQUE (2023). *Droit des sûretés et de la publicité foncière*. 8^{me} éd. Paris: Dalloz.
- SYNVET, Hervé (2007). “Le nantissement de compte”. *Revue Droit. & Patrimoine*, n° 161. Paris.
- THÉRY, Philippe (2019). “Quelques observations sur le droit des sûretés, advenu et à venir”. *Revue de Droit d’Assas*, n° 19. Paris.

Normas citadas

- Código Civil.*
- Código de Comercio.*
- Código de Consumo.*
- Código Monetario y Financiero.*
- Código de Transporte.*
- Código del Trabajo.*
- Código de Procedimientos Civiles de Ejecución.*
- Código Rural y de la Pesca Marítima.*

259

- Ley n.º 89-462 de 06 de julio de 1989, relativa a la mejora de las relaciones entre locatarios y arrendatarios. *Journal Officiel de la République Française*, n.º 158, 8 de julio de 1989.
- Ley n.º 89-1010 de 31 de diciembre de 1989, relativa a la prevención y solución de dificultades ligadas al sobreendeudamiento de particulares y familias. *Journal Officiel de la République Française*, n.º 0001, 2 de enero de 1990.
- Ley n.º 94-126 de 11 de febrero de 1994, relativa a la iniciativa y a la empresa individual. *Journal Officiel de la République Française*, n.º 37, 13 de febrero de 1994.
- Ley n.º 2005-842 de 26 de julio 2005, relativa a la confianza y la modernización de la economía. *Journal Officiel de la République Française*, n.º 173, 27 de julio de 2005.
- Ley n.º 2004-721 de 1 de agosto de 2003, relativa a la iniciativa económica. *Journal Officiel de la République Française*, n.º 179, 5 de agosto de 2003.
- Ley n.º 2007-211 de 19 de febrero de 2007, relativa a la fiducia. *Journal Officiel de la République Française*, n.º 44, 21 de febrero de 2007.
- Ley n.º 2007-212 de 20 de febrero de 2007, relativa a diversas disposiciones concernientes al Banco de Francia. *Journal Officiel de la République Française*, n.º 44, 21 de febrero de 2007.
- Ley n.º 2008-776 de 04 de agosto de 2008, relativa a la modernización de la economía. *Journal Officiel de la République Française*, n.º 0181, 5 de agosto de 2008.

- Ley n.º 2009-526 de 12 de mayo de 2009, relativa a la simplificación y clarificación del Derecho y al aligeramiento de los procedimientos. *Journal Officiel de la République Française*, n.º 0110, 13 de mayo de 2009.
- Ley n.º 2014-344 de 17 de marzo de 2014, relativa al consumo. *Journal Officiel de la République Française*, n.º 0065, 18 de marzo de 2014.
- Ley n.º 2014-1545 de 20 de diciembre de 2014, relativa a la simplificación de la vida de las empresas y a la clarificación del derecho y de los procedimientos administrativos. *Journal Officiel de la République Française*, n.º 0295, 21 de diciembre de 2014.
- Ley n.º 2019-486 de 22 de mayo de 2019, relativa al crecimiento y la transformación de las empresas. *Journal Officiel de la République Française*, n.º 0119, 23 de mayo 2019,
- Ley n.º 2020-290 de 23 de marzo de 2020, relativa a medidas de urgencia para hacer frente a la epidemia de Covid-19. *Journal Officiel de la République Française*, n.º 0072, 24 de marzo de 2020.
- Ordenanza n.º 2006-346 de 23 de marzo de 2006, relativa a las garantías. *Journal Officiel de la République Française*, n.º 71, 24 de marzo de 2006.
- Ordenanza n.º 2009-104 de 30 de enero de 2009, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero a fines de lavado de capitales y financiamiento del terrorismo. *Journal Officiel de la République Française*, n.º 0026, 31 de enero de 2009.
- Ordenanza n.º 2021-1192 de 15 de septiembre de 2021, relativa a la reforma al derecho de garantías. *Journal Officiel de la République Française*, n.º 0216, 16 de septiembre de 2021.
- Ordenanza n.º 2016-131 de 10 de febrero de 2016, relativa a la reforma del derecho común de contratos, del régimen y la prueba de obligaciones. *Journal Officiel de la République Française*, n.º 0035, 10 de febrero de 2016.
- Decreto n.º 2021-1887 de 29 de diciembre de 2021, relativo al registro de garantías mobiliarias y otras operaciones conexas. *Journal Officiel de la République Française*, n.º 0303, 30 de diciembre de 2021.

Jurisprudencia citada

- Sentencia Corte de Casación (1831): 18 de mayo de 1831, en *GAJ civ.* n.º 305.
- Sentencia Corte de Casación (1854): 7 de febrero de 1854, en *DP* 1854. n.º 1, p. 49.
- Sentencia Corte de Casación (1894): 19 de febrero de 1894, en *S.* 1985, 1, p. 457.
- Sentencia Corte de Casación (1982): 29 de junio de 1982, n.º 80-14.160, en *Bulletin Chambre Commerciale*, n.º 258.
- Sentencia Corte de Casación (1984): 18 de diciembre de 1984, en *Bull. civ.*, IV, n.º 351.
- Sentencia Corte de Casación (1987a): 7 de enero de 1987, en *Bull. civ.*, III, n.º 4.
- Sentencia Corte de Casación (1987b): 13 de enero de 1987, en *Bull. civ.*, IV, n.º 9.
- Sentencia Corte de Casación (1993): 7 de abril de 1993, en *RJDA* 7/93, n.º 645.

- Sentencia Corte de Casación (1997): 17 de junio de 1997, en *JCPE*, 1997. II. 1007.
- Sentencia Corte de Casación (1998): 15 de diciembre de 1998, en *Bull. civ.* I, n.º 361.
- Sentencia Corte de Casación (2001): 16 de octubre de 2001, n.º 98-15.501.
- Sentencia Corte de Casación (2002a): 12 de marzo de 2002, en *RJDA* 7/02, n.º 810.
- Sentencia Corte de Casación (2002b): 29 de mayo de 2002, en *RJDA* 10/02 n.º 1086.
- Sentencia Corte de Casación (2002c): 8 de octubre de 2002, en *JCPE*, 2002. 1730.
- Sentencia Corte de Casación (2003): 13 de mayo de 2003, n.º 00-15.404, en *Bull. civ.*, IV, n.º 73, p. 83.
- Sentencia Corte de Casación (2006): 19 de diciembre de 2006, n.º 05-16.395, en *Bull. civ.* IV, n.º 250, p. 275.
- Sentencia Corte de Casación (2007b): 5 de junio de 2007, n.º 05-21.349, en *Bull. civ.*, IV, n.º 152.
- Sentencia Corte de Casación (2007a): 8 de junio 2007, n.º 03-15.602, en *Bull. civ. ch. mixte*, n.º 5.
- Sentencia Corte de Casación (2007c): 19 de septiembre de 2007, n.º. 04-18.372, en *Bull. civ.* I, n.º 275.
- Sentencia Corte de Casación (2009a): 9 de julio 2009, n.º. 08-15.910, en *Bull. civ.* I, n.º 173.
- Sentencia Corte de Casación (2009b): 20 de octubre de 2009, en *JCPE* 2009. 2053.
- Sentencia Corte de Casación (2010): 19 de octubre de 2010, n.º 09-69.951 y 09-69.623.
- Sentencia Corte de Casación (2013): 17 de septiembre de 2013, en *RD bancaire et fn.*, 2013, n.º 192.
- Sentencia Corte de Casación (2014): 5 de febrero de 2014, n.º 12-19.425, en ECLI: FR: CCASS: 2014: C100112.
- Sentencia Corte de Casación (2015): 19 de febrero de 2015, n.º 13-27.691, en *Bull. civ.*, II, n.º 48, ECLI: FR: CCASS: 2015:200293.
- Sentencia Corte de Casación (2016): 5 de abril de 2016, n.º 14-20.467, en ECLI: FR: CCASS: 2016: CO00318.
- Sentencia Corte de Casación (2017a): 31 de enero de 2017, n.º 15-10.021, en ECLI: FR: CCASS: 2017: CO00154.
- Sentencia Corte de Casación (2017b): 8 de marzo de 2017, n.º 14-29.819, en ECLI: FR: CCASS: 2017: CO00283.
- Sentencia Corte de Casación (2017c): 17 de mayo 2017, n.º 15-15.745, en ECLI: FR: CCASS: 2017: CO00723.
- Sentencia Corte de Casación (2020a): 21 de octubre de 2020, n.º 18-25.205, en ECLI: FR: CCASS: 2020: O00553.
- Sentencia Corte de Casación (2020b): 12 de noviembre de 2020, n.º 18-26.482, en ECLI: FR: CCASS: 2020: O00706.
- Sentencia Corte de Casación (2020c): 2 de julio de 2020, n.º 19-11.417, en ECLI: FR: CCASS: 2020: C200625.

Sentencia Corte de Casación (2020d): 2 de julio de 2020, n.º 19-13.636, en ECLI: FR: CCASS: 2020: C200625.

Sentencia Corte de Casación (2020e): 22 de enero de 2020, n.º 18-21.647, en ECLI: FR: CCASS: 2020: CO00052.

Sentencia Corte de Casación (2021a): 19 de mayo de 2021, n.º 19-20.568, en ECLI: FR: CCASS: 2021:100365.

Sentencia Corte de Casación (2021b): 27 de enero de 2021, n.º 18-22.541, en ECLI: FR: CCASS: 2021: CO00075.

Otros

Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés. Journal Officiel de la République Française, 16 septembre 2021, n.º 0216. Disponible en www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000044044298/ [fecha consulta: 6 de abril de 2023].

Proposition de loi, Réforme de la responsabilité civile (2020). Texte n° 678, 29 juillet 2020. Disponible en www.senat.fr/leg/pp19-678.html [fecha consulta: 6 de abril de 2023].

SIGLAS Y ABREVIATURAS

<i>al.</i>	<i>alii</i>
art.	artículo
arts	artículos
<i>Bull. civ.</i>	<i>Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Chambres Civiles</i>
<i>Bull. civ. ch. mixte</i>	<i>Bulletin des arrêts de la Cour de cassation des Chambres civiles, Chambre Mixte</i>
CC a veces	<i>Code</i>
CCo.	<i>Código Civil francés</i>
coords.	<i>coordinateurs</i>
COVID-19	coronavirus disease
dir.	director
DP	<i>Recueil périodique et critique mensuel Dalloz</i>
ed.	editor
éd.	édition
etc.	etcétera
GAJ civ.	<i>Les grands arrêts de la jurisprudence civile</i>
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
inc.	inciso
JCP E	<i>La Semaine Juridique. Édition Entreprise et affaires</i>

<i>JCP G</i>	<i>La Semaine Juridique. Édition Générale</i>
<i>JCP N</i>	<i>La Semaine Juridique. Édition Notariale</i>
Ley PACTE	Loi pour la croissance et la transformation des entreprises
LGDJ	Librairie Général de Droit et de Jurisprudence
n.º <i>a veces</i> n.º	número
<i>op. cit.</i>	<i>opus citatum</i>
p.	página
pp.	páginas
PUF	Presses Universitaires de France
<i>Rapport au Président</i>	<i>Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n.º 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés</i>
<i>RD bancaire et fin.</i>	<i>Revue de droit bancaire et financier</i>
<i>RJDA</i>	<i>Revue de Jurisprudence de Droit des Affaires</i>
<i>S.</i>	<i>Recueil Sirey</i>
SIV	Système d'immatriculation des véhicules
s.	siguiete
ss.	siguientes
vol.	volumen
www	World Wide Web