



CARLOS DE CORES HELGUERA

Titular de Derecho civil – Universidad Católica del Uruguay

IL PEGNO ANOMALO, DE ENRICO GABRIELLI. DE LA “ANOMALÍA” A LA “OPERACIÓN ECONÓMICA”

SOMMARIO: 1. *Introducción.* – 2. *La prenda anómala.* – 3. *Del “negocio anómalo” a la “operación económica”.* – 4. *Conclusión.*

1. – En el año 2022, en la colección de la Universidad de Camerino dirigida por Pietro y Giovanni Perlingieri, fue editada por Esi (Nápoles) una reimpresión del libro de Enrico Gabrielli “Il pegno anómalo”, publicado originalmente en 1990 por los tipos de la editorial Cedam (Padua).¹ La afortunada inclusión de la obra de Gabrielli en esta colección facilita la disponibilidad de un libro que abre una nueva etapa en la concepción de lo que puede llamarse nuevo derecho de las garantías reales.²

Creo que *Il pegno anomalo* puede ser objeto de valoración en dos planos diferentes.

Primero, en un plano intrínseco, referido a la prenda como garantía real, calificada por ciertas anomalías que justifican un estudio específico.

Pero además – y aquí radica, tal vez, una dimensión más rica y trascendente, con un enorme impacto en las teorías generales del derecho privado – puede ser mirado desde el punto de vista del análisis de las *anomalías*, como categoría que encuentra su espacio propio dentro de la teoría general de los negocios jurídicos y proyecta sus consecuencias en un campo muy vasto, que ha sido objeto de estudios de Gabrielli que han tenido enorme impacto en los treinta años que sucedieron a su publicación original.

En efecto, las anomalías se predicen respecto de determinados modelos o tipos. En tanto el sistema normativo funciona según el paradigma “supuesto – consecuencia” (si es “*p*”, debe ser “*q*”), la existencia de anomalías en el supuesto (“*p*”) genera dificultades interpretativas en cuanto a la incidencia de dichas anomalías en la consecuencia jurídica (“*q*”). Esto refiere a temas de enorme generalidad y portada metodológica que repercuten en un amplio campo de la ciencia jurídica.

En consecuencia, dividiré este comentario en dos capítulos separados. El primero, aplicando una mirada restringida, referida a la importancia del libro de Gabrielli en relación con el estudio de las anomalías que presenta el modelo o tipo tradicional de la prenda y su incidencia en la teoría general de las garantías reales.

¹ Dicha reimpresión cuenta con un prólogo del Profesor Abel Veiga Copo, decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Comillas, de Madrid, y una introducción de quien suscribe, sobre la cual está basada este comentario.

² Esta materia fue tratada también en el libro titulado *El nuevo derecho de las garantías reales*, editado por REUS, Madrid, 2008, cuya autoría compartí con Enrico Gabrielli.



El segundo, ensayando una perspectiva más amplia, proyectada más allá del ámbito de la prenda o de las garantías reales, en la cual me referiré a la categoría de *anomalía* del negocio jurídico considerada en sí misma, en tanto ella representa un hito que ha generado una línea de investigación ampliamente recorrida por Gabrielli en los treinta años sucesivos. Estos desarrollos, partiendo de la reflexión puntual sobre la anomalía, plantean cuestiones de amplio respiro pertenecientes a la doctrina general del contrato, que tienen que ver con el problema de los tipos contractuales y de su relación con los subtipos y las variaciones del tipo, y se concretan en profundos y articulados estudios que hacen pie en el concepto de causa concreta del contrato y de operación económica. Nos permitimos sostener la tesis de que el esfuerzo intelectual realizado por Gabrielli al efectuar una completa reconstrucción del derecho de las garantías reales anómalas, es de suficiente trascendencia para ser considerado como una revisión crítica de la teoría general del contrato, que lo ha llevado a proponer como concepto basilar el de operación económica.

2. – El punto de partida que motiva en Enrico Gabrielli la investigación que da origen al libro, es el examen de algunos supuestos – generados ya sea en normas legislativas o en el poder creativo de la autonomía privada – de algunas “anomalías” respecto del “esquema tradicional” de la prenda.

Estas anomalías o desviaciones del modelo típico de la prenda son enumerados en la introducción del libro: falta de desposesión, adopción de instrumentos alternativos basados en técnicas de identificación de la cosa prendada y el empleo de registros, la sustituibilidad en el tiempo del objeto de la garantía sin que ello implique la necesidad de renovación de las formalidades requeridas para el nacimiento del vínculo o para su oponibilidad a terceros, y la posibilidad de convenir garantías para una pluralidad de operaciones entre las mismas partes.

La desposesión de la cosa objeto de la garantía es un requisito esencial previsto en los códigos civiles de corte napoleónico para el nacimiento del derecho real de prenda. Gabrielli observa que al lado de la prenda clásica – respecto de la cual la norma exige la desposesión como requisito *sine qua non* para que nazca en cabeza del acreedor el derecho real de prenda – es posible encontrar supuestos de prenda en los que ese requisito desaparece y es sustituido por otras “técnicas alternativas”, como la inscripción del contrato, dotado de una descripción suficiente de los bienes prendados, en registros especiales.

Otra cuestión que resulta analizada es la de la rotación del objeto de la garantía, lo que ocurre en una cantidad de supuestos presentes en la praxis a partir de disposiciones del ordenamiento y de la autonomía privada. El aumento del volumen del financiamiento externo de la actividad económica presiona sobre la disponibilidad para los operadores de formas de garantía real que no requieran entre sus elementos esenciales el desplazamiento de la tenencia de la cosa, ya que la actividad industrial y comercial tiene precisamente por objeto la transformación de materias primas y partes en productos manufacturados más complejos, que a su vez son comercializados a cambio de dinero, el que se presenta bajo la forma de créditos o flujos financieros con continuidad y estabilidad en el tiempo, permitiendo así que la garantía real constituida permanezca a pesar de la mutación o rotación de los objetos prendados.

Esta permanencia involucra no sólo los intereses de las partes sino de terceros acreedores o subadquirentes de los bienes prendados. Siendo éste un problema que se presenta a en todos los países, el esfuerzo reconstructivo del autor tiene particular relevancia en el campo del derecho comparado.



2.1. – El intento interpretativo y la investigación realizada en el libro *Il pegno “anomalo”* de Enrico Gabrielli tiene a la vez dos connotaciones: una de carácter sistemático y otra de refundación teórica del derecho de las garantías reales.

En el primero de los sentidos indicados, porque el autor se fijó el objetivo de ordenar y reconducir a la unidad del sistema toda una serie de supuestos de constitución de garantías, fundamentalmente surgidos de la práctica negocial, comercial y financiera, que era difícil de clasificar dentro de la disciplina legal y propia de las garantías prendarias y bursátiles en general.

En el segundo sentido, porque la investigación se encaminó, partiendo del estudio de la prenda en sus manifestaciones más modernas, a realizar una efectiva modernización y reconstrucción del sistema de garantías reales de crédito, de acuerdo a paradigmas nuevos y diferentes.

En este último sentido, una de las innovadoras líneas especulativas básicas del libro – reiterada posteriormente por el autor en escritos posteriores tanto sobre la prenda estrictamente considerada³, como sobre la teoría general de las garantías reales⁴ – es el énfasis del autor en una perspectiva funcional.

La intuición original, puesta en la base del programa de refundación de la categoría de las garantías, va en el sentido de que en la garantía prendaria (y más generalmente en la real mobiliaria) lo que importa no es el esquema o el modelo formal a través del cual la vínculo se manifiesta, sino el efecto que con ese mismo se pretende obtener, es a saber: que el bien, en cuanto a su circulación jurídica, queda sustraído a la disponibilidad del constituyente, y que, en consecuencia, en caso de incumplimiento de parte del deudor con la obligación garantizada, ese bien estará siempre e inmediatamente sujeto al poder ejecutivo y expropiatorio del acreedor prendario a los efectos de la satisfacción de su derecho de crédito, incluso con prelación sobre terceros que mantengan reclamos en conflicto.

³ E. GABRIELLI, *Garanzia mobiliari e fallimento: il problema della determinabilità del credito nel pegno omnibus*, en *Rassegna di diritto civile*, 1992; ID., *Garanzia “rotativa”, vincoli su titoli di Stato e disciplina del pegno*, en *Rivista di diritto civile*, 1992; ID., *Pegno*, en *Digesto 4. Disc. Priv.*, Torino, 1995; ID., *Contratto bancario di pegno su titoli e variabilità nel tempo della garanzia*, in *Annali dell’Università degli Studi della Tuscia*, 1996; ID., *Il contratto bancario di pegno su titoli*, in AA.VV., *Pegno e gestione centralizzata dei titoli di Stato*, Roma, 1996; ID., *Il pegno*, en *Tratt. di dir. civ.*, diretto da SACCO, Torino, 2005; ID., *Pegno*, en *Digesto civ.*, Agg. 6, Torino, 2011; ID., *Del pegno*, en *Commentario del codice civile*, diretto da E. GABRIELLI, *Della Tutela dei diritti*, a cura di BONILINI e CHIZZINI, vol. 1, Torino, 2015; ID., *Una garanzia senza possesso*, en *Giurisprudenza Italiana*, 2017, 1715; ID., *Pegno “non possessorio” e teoria delle garanzie mobiliari*, en *Rivista del diritto commerciale*, 2017.

⁴ E. GABRIELLI, *Security over movables in Italy*, en *Journal of Business Law*, 1992; ID., *Le garanzie sui beni dell’impresa: profili della floating charge nel diritto inglese*, en *Banca, borsa e titoli di credito*, 1995; ID., *Autonomia privata e diritto comune europeo delle garanzie mobiliari*, en *Rivista critica di diritto privato*, 1995; ID., *I negozi costitutivi di garanzie reali*, en *Banca, borsa e titoli di credito* 1996; ID., *Spossessamento e funzione di garanzia nella teoria delle garanzie reali*, en *Il Fallimento*, 2002; ID., *Contratti di garanzia finanziaria, stabilità del mercato e procedure concorsuali*, en *Rivista di diritto privato*, 2005; ID., *Garanzia e garanzie reali*, en *I contratti di garanzia*, a cura di F. MASTROPAOLO, en *Tratt. dei contratti*, dir. da P. RESCIGNO ed E. GABRIELLI, Torino, 2006; ID., *Contratti di garanzia finanziaria*, en *Digesto civ.*, Agg. 3, Torino, 2007; ID. (en DE CORES-GABRIELLI), *El nuevo derecho de las garantías reales*, Madrid, Buenos Aires, 2008; ID., *Ipoteca e garanzia fluttuante nel diritto cinese delle garanzie del credito*, en *Rivista di diritto privato*, 2009; ID., *Garanzie finanziarie, contratti d’impresa e operazione economica*, en *Studi in onore di Giorgio Cian*, 2010; ID., *Le garanzie finanziarie. Profili generali*, en *I contratti del mercato finanziario*, a cura di GABRIELLI, Lener, in *Tratt. dei contratti*, dir. da P. RESCIGNO ed E. GABRIELLI, II ed., Torino, 2010; ID., *Garanzie del credito e mercato: il modello comunitario e l’Antitrust*, en *Giustizia civile*, 2011; ID., *Forma y realidad en el derecho italiano de las garantías reales*, en *Garantías reales en escenarios de crisis: presente y prospectiva* (al cuidado de) Lauroba Lacasa y Tarabal Bosch, Madrid, 2012; ID., *Garanzia mobiliare “Dīyāquán” e il problema del conflitto tra diritti reali di garanzia*, en *Riv. dir. priv.*, 2015; ID., *Garanzie finanziarie e fallimento*, en VILLANACCI (a cura di), *I crediti nel fallimento*, Padova, 2015; ID., *Studi sulle garanzie reali*, Torino, 2015; ID., *Contratos de garantía financiera y quiebra*, en *Revista de Anales de Legislación Argentina*, 2015; ID., *El código civil argentino y las garantías reales*, en *La Ley* 2016, n. 145; ID., *Le garanzie finanziarie nel sistema delle garanzie del credito*, en *I contratti di garanzia finanziaria*, en *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu Messineo*, Milano, 2017; ID., *Estructuras formales y teoría de las garantías reales*, Santiago de Chile, 2020.



En esa dirección, si nos movemos en el doble terreno de constitución de la garantía real y de su oponibilidad, el autor sostiene que la complejidad, variedad y ductilidad de intereses implícitos en la función de garantía real, exigen el empleo de técnicas de actuación que trasciendan la aparente naturaleza estática de los intereses representados, sustituyendo perspectivas abstractas, caracterizadas por una rígida identificación con los intereses protegidos, por técnicas que favorezcan la racionalidad funcional del sistema de garantías reales.

2.2. – La reconstrucción teórica y dogmática de la prenda y – más en general – de las garantías mobiliarias y de las garantías rotativas – incorporada en el volumen por Enrico Gabrielli y luego reafirmada en escritos posteriores sobre el tema, fue recibida favorablemente por la doctrina italiana en forma inmediata a su publicación⁵, juicio que resultó confirmado en ulteriores estudios sobre estos tópicos.⁶

Tal vez el éxito del libro radica en que en el período histórico en que se publicó, se sentía efectivamente la necesidad, en materia de garantías reales, de liberar a la garantía pignoratícia, y a la garantía mobiliaria en general, de las trabas vinculadas a la necesaria desposesión del constituyente, que según la doctrina y la jurisprudencia de la época habían sido consideradas como un elemento esencial e ineludible del nacimiento del derecho real de prenda, por entender que ello estaba conectado con su perfil causal.

Sin embargo, constituía también un lugar común que la necesidad de privar al constituyente de la facultad de disponer y transformar tanto los bienes como las mercancías, impedía el empleo como garantía de los bienes que el empresario normalmente utiliza, así como el uso de los bienes destinados a la transformación y los productos finales de la actividad industrial y los créditos derivados de su procesamiento y distribución.

En el plano industrial y financiero, el resultado de esta situación era claramente contraria a la necesidad del propio empresario de no sustraer esos bienes del proceso productivo y del ciclo económico-financiero, ya que la misma empresa necesita un continuo y constante flujo de préstamos y por ello – en lugar de poder utilizar sus activos como garantía del préstamo – se veía obligado a otorgar como garantía no sólo el capital fijo sino también parte de su capital circulante.

La observación de la realidad económica y financiera de las empresas – así como la comparación de conceptos y cifras a través del examen de su evolución dogmática – condujo al autor a pensar que la (supuesta) necesaria presencia de la desposesión era coherente con las necesidades de una economía precapitalista – en la que el principal, si no el único, índice de seguridad crediticia y de circulación del derecho de garantía esta-

⁵ Cfr. las reseñas a *Il pegno "anomalo"*, de D. MESSINETTI, *Le strutture formali della garanzia mobiliare*, en *Rivista critica del diritto privato*, 1991, 783; G. GIACOBBE, *Recensione*, en *Rivista di diritto civile*, 1991, I, 228; L. GUGLIEMUCCI, *Recensione*, en *Rassegna di diritto civile*, 1991, 972; M. COSTANZA, *Recensione*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1991, 1031; F. CAPRIGLIONE, *Recensione*, en *Banca, borsa e titoli di credito*, 1991, I, 115; G. RAGUSA MAGGIORE, *Recensione*, en *Rivista di diritto fallimentare*, 1991, 411; U. MORERA, *Recensione*, en *Vita notarile*, 1990, 469; G. PERROTTA, *Recensione*, en *Rivista critica del diritto privato*, 1992, 152; MARCO SEPE, *Recensione*, en *Mondo bancario*, 1990, 60; REMEDIOS ARANDA RODRIGUEZ, *Recensione*, en *Anuario de derecho civil*, 1990, 1273.

⁶ En la literatura italiana cfr. las reseñas de G. DE NOVA, *Recensione*, en *Rivista di diritto civile*, 1999, I, 408; A. LA TORRE, *Il «pegno» nell'«impegno» di un giurista «impegnato»*, en *Giustizia civile*, 2005, II, 539; B. SASSANI, *Il pegno rivisitato. Un trattato moderno su un istituto antico*, en *Rivista dell'esecuzione forzata*, 2006, 447; F. MAIMERI, *Recensione*, en *Banca, borsa e titoli di credito*, 2006, I, 601; C.M. BIANCA, *Recensione*, en *Rivista di diritto civile*, I, 2007, 133; F. MACARIO, *Recensione*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2007, 318.

En la literatura internacional: A. DIURNI, *Recensione*, en *Juristen Zeitung*, 1999, 569; A. BRAUN, *Professors and Judges in Italy: It Takes Two to Tango*, en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 26. No. 4, (2006), 665; D. HENRICH, *Recensione*, en *Zeitschrift für Europaisches Privatrecht*, 4, 2007, 1170.



ba vinculado al mecanismo de *traditio rei* y de posesión – pero se mostraba impropia para la construcción de un sistema moderno de garantías mobiliarias.

El dato que ofrecía el derecho mercantil era sumamente indicativo en este sentido: la inmovilidad, que en algunos casos produce improductividad, del bien gravado por la garantía es contraria a cualquier razón económica, por lo que conviene que el bien no escape a la economía y circuito productivo, e, incluso, que sea posible su sustitución y reposición en el tiempo, hasta la extinción de la relación crediticia, sin perjuicio de la existencia, en carácter de garantía, de la restricción de indisponibilidad y por tanto sin efecto de novación de la garantía constituida originalmente, novación que implicaba la consiguiente pérdida del efecto de la oponibilidad de la garantía frente a terceros.

2.3. – La reflexión sobre la desposesión estuvo a cargo del autor partiendo del análisis del efecto funcional que las partes realmente quieren lograr acudiendo al instituto prendario.

En esta investigación, tanto la historia de los institutos de garantía de bienes mobiliarios sin desplazamiento, como la comparación profunda y precisa con otras figuras, modelos y formas presentes en otros ordenamientos jurídicos europeos – como en el derecho alemán con la compraventa con reserva de dominio (*eigentumsvorbehalt*) y la transmisión del dominio con efectos de garantía (*sicherungsvereinbarung*), las que se pueden calificar como garantías reales sin desplazamiento; bajo la ley inglesa con la *floating charge*; en el derecho norteamericano, con el art. 9 del *Uniform Commercial Code*, y la figura del *security interest* – demostraron ser valiosas herramientas conceptuales para otorgar a esos modelos y figuras una dimensión de utilidad concreta para el jurista latino, que pudo dibujar de sus ideas de estudio y espacios de reflexión sobre las propias experiencias nacionales.

El camino investigativo seguido y la reflexión del autor que de él se derivó, se llevó a cabo, según un riguroso criterio lógico que parte de la investigación de los negocios singulares de garantía mobiliaria – y de las modificaciones materiales de la realidad producidas por ellas – para remontarse al estudio de las únicas estructuras formales al interior de las cuales y a través de las cuales se manifestaron esos efectos concretos en términos de circulación de derechos y exigibilidad.

En efecto, se trataba de evaluar si el desposesamiento efectivo y material del constituyente era verdaderamente esencial tanto para la definición de la función de garantía de la prenda, como para la delimitación de su estructura formal típica.

En esta perspectiva de análisis, el autor en seguida destacó, en términos de la cuidadosa exégesis legal, que el art. 2786 del Código Civil italiano, en ambos párrafos, se refiere expresamente a una situación y un concepto fundamental para comprender la teoría de las garantías reales: la disponibilidad (exclusiva) de la cosa. Con la consecuencia de que el legislador italiano no afirmó que la desposesión del deudor – o la posesión del acreedor – fuera indispensable para la constitución de la garantía real y mobiliaria.

La entrega de la cosa, según Gabrielli, debe por tanto considerarse un elemento neutro en la secuencia que conduce a la constitución del derecho de garantía, con la consecuencia de que, en el pensamiento del autor, debe reconocerse a la desposesión un valor puramente instrumental respecto de la situación final, es decir, del efecto jurídico que se pretende producir, ya que en el esquema del contrato de prenda – al menos del sujeto a la regulación de la prenda de bienes muebles – la entrega en verdad representa, en la exploración del relato constitutivo, sólo el acto material prodrómico a una fase posterior, revestida de un sentido incisivo más eficaz en el iter que conduce a concretar la ejecución de la garantía del acreedor: la desposesión del deudor.



En efecto, en la secuencia conforme de la operación de negociación encaminada a garantizar al acreedor, la entrega, en la variedad de sus manifestaciones y modos de ejecución, resulta meramente accesoria a la producción de la desposesión del deudor – posesión del acreedor. Por lo que se puede argumentar que si este último efecto se logra igualmente, aunque con instrumentos técnicos distintos a la *traditio*, ésta sólo podría reservarse un papel subordinado en la descripción del esquema de configuración de la operación de negociación (páginas 92-93).

De hecho, en la reconstrucción propuesta, la *traditio rei* no es un fin en sí mismo, sino que representa el instrumento para la realización de una situación final sustantiva: la imposibilidad para el constituyente de realizar actos de disposición de la cosa objeto de la garantía, lo que se explica fácilmente, porque el derecho de prenda se constituye válidamente también por la entrega a un tercero, o por una situación de custodia conjunta de la cosa o del documento, siempre que “el constituyente no puede disponer de él sin la cooperación del acreedor” (art. 2786 del código civil italiano).

Según un riguroso criterio de lógica formal, se sigue, pues, para el autor, que si la *traditio rei* (en los contratos reales y en la prenda en particular) no es un elemento calificativo de tipo legal, puede ser excluida de la lista de los elementos que deben considerarse esenciales para la categorización de un contrato específico y concreto en el tipo legal de prenda. Es más bien al efecto al que está preordenada la entrega: la indisponibilidad, a lo que debe prestarse atención para verificar de su esencialidad o no, respecto del régimen legal típico. De hecho, si se excluyera, el esquema jurídico de la prenda se presentaría de otra manera.

Sin embargo, la investigación sobre la desposesión está íntimamente ligada a la de la función de garantía de la prenda, de modo que “sólo cuando se hayan delineado con precisión los límites y las notas caracterizantes de ésta, se podrá evaluar qué elementos, esenciales para la realización concreta de la prenda, son relevantes para la delimitación de su esquema jurídico típico” (pág. 94).

2.4. – Según Gabrielli, esencialmente, el fenómeno que se pretende representar mediante el concepto de garantía real se realiza a nivel funcional con la sustracción de la disponibilidad, no material sino jurídica, del bien objeto de la garantía, de la esfera del constituyente, con el resultado – en el plano constructivo – de que la indisponibilidad representa el efecto más evidente de la función de garantía, en tanto es socialmente relevante a los efectos de la protección de la buena fe de los terceros y de la circulación de bienes y derechos a nivel de preferencia y oponibilidad.

La indisponibilidad “como situación jurídica del bien y como síntesis lógica de una pluralidad de efectos– ofrece la ventaja de plantearse como una situación calificativa capaz de englobar de forma unitaria los diferentes aspectos de la garantía: objetivos (repercusión en el objeto de la garantía, etc.) y subjetivos (situaciones respectivas del acreedor y del deudor al interior de la relación y su posición erga omnes, derechos y deberes que se les reconocen en relación con la relación garantizada, etc.)” (pág. 126).

De este modo, la privación jurídica – no material – de la disponibilidad del bien, como concepto y como situación habilitante, ofrece la ventaja de comprender de manera unitaria, en una síntesis lógica, los diferentes aspectos de la garantía, ya que permite tanto implementar, conjuntamente con las demás facultades otorgadas al acreedor prendario, las formas de legítima defensa ejecutiva del acreedor prendario sobre el bien objeto del vínculo, como también privar al constituyente de la posibilidad de dar lugar, mediante la entrega del bien prendado, al efecto liberatorio de conformidad con el art. 1153 del código civil italiano.

La privación al constituyente de la facultad de disponer del bien otorgado en garantía responde también a



una razón sistemática precisa, dado que une los aspectos externos e internos del derecho de garantía, en la medida en que elimina la *res* objeto del vínculo de la circulación de derechos – resolviendo así un conflicto externo entre la pluralidad de posibles acreedores del constituyente – y, por otro lado, elimina posibles conflictos internos de atribución, entre eventuales adquirentes posteriores del mismo objeto de la garantía.

Gabrielli intuye y propone, entonces, que “el discurso sobre la función de garantía puede ser correctamente realizado separando el nivel de la función del de sus efectos, precisando los modos, las formas, las herramientas técnicas con las que puede implementarse en concreto” (p. 126), ya que esta función está dirigida a satisfacer una necesidad de perfeccionar las técnicas de realización y proteger los intereses tipificados en el modelo de garantía real.

En efecto, la función de garantía en la prenda puede igualmente ejercerse, sin perder los efectos propios del tipo contractual, utilizando instrumentos legislativos, o técnicas contractuales distintas o alternativas a la desposesión, como la inscripción de la garantía en régimen especial registros, o en los sistemas de gestión centralizada de instrumentos financieros desmaterializados, o en virtud la disciplina de las restricciones a los bienes sujetos a procesos de fabricación y transformación del producto inicial en un producto final diferente, siempre que aseguren que la *res* objeto de la garantía se sustrae en todo caso, mediante el establecimiento de la restricción, al poder de disposición del constituyente.

La conclusión sobre este punto es de gran importancia sistemática y tiene un fuerte impacto, ya que incide por un lado en la configuración estructural y funcional misma de la prenda como derecho real de garantía, y por otro lado, en su calificación como derecho, permitiendo calificar como tipo prendario supuestos que, aparentemente, no parecerían calificables como tales (los denominados “casos anómalos de prenda” señalados más arriba) porque se presentan según modelos formales distintos al esquema típico diseñado por el legislador. De esta forma se resuelve el problema – relevante sobre todo a los efectos de la disciplina aplicable en la práctica – de su encuadrabilidad en el modelo típico regulado en el código civil o en las leyes especiales.

De ello se deduce que, respecto de determinados tipos de garantías mobiliarias emergentes del derecho vivo, en orden de verificar si los mismos – que se presentan según un modelo formal y estructural de prenda “anómala” – pueden, con independencia del esquema adoptado, ser calificados según el esquema de la prenda de tipo legal, es necesario realizar un análisis de su estructura formal, a fin de evaluar si se encuadra o no en el tipo legal, o si da lugar a subtipos, o si, por el contrario, queda fuera del tipo legal con las correspondientes consecuencias aplicativas.

En este sentido, se trata de realizar un control sobre la realización concreta de la función (real) de garantía, ya que la misma, en algunos casos “anómalos” de prenda, se manifiesta a través de técnicas distintas o alternativas a la que consiste en la desposesión del constituyente, pero igualmente apta para el propósito.

2.5. – En la garantía real, la regulación general dictada por los contratantes, considerada en su perfil funcional, se encuentra – según el autor – encaminada a crear a favor del acreedor garantizado una reserva de utilidad real sobre los bienes del constituyente, sobre la que eventualmente podrá actuar para realizar y satisfacer su interés de forma ejecutiva en caso de incumplimiento.

El cuadro trazado sirve para volver más claro cómo, en función de la diversidad y variedad del bien jurídico objeto del único negocio contractual, es posible, para producir el efecto de garantía, utilizar aquellos instrumentos ya presentes en el sistema, o forjadas por el poder creativo de los particulares, que son concretamente más adecuadas para lograr el efecto que se han propuesto lograr.



La pertinencia de enmarcar la cuestión de las garantías en esta perspectiva reconstructiva queda confirmada precisamente por la configuración de su estructura formal y por el hecho de que la garantía opera en conexión con una relación (crediticia) a garantizar y por lo tanto excede, por razón de la realidad material sobre lo que incide, la limitada consideración del único hecho o relación, de modo que, para calificar un caso particular según el modelo de la realidad, conviene atribuir importancia al resultado económico perseguido por las partes, más que a la forma jurídica utilizada para llevar a cabo determinadas operaciones económicas.

En el libro de Gabrielli, en el plano teórico, la prenda se reconstruye pues como reserva *ad rem*, es decir, como reserva de utilidad que se asocia a la cosa. Gabrielli escribe “en el derecho de prenda, la realidad se expresa en la constitución, a favor del acreedor garantizado, de una reserva *ad rem*: el derecho no afecta todo el patrimonio del deudor, sino que se cristaliza en un bien específico, que lo sujeta a una reserva de utilidad. Utilidad alcanzable en un momento lógico y cronológicamente posterior al de la constitución de la reserva, mediante el ejercicio de las facultades ejecutivas reconocidas al acreedor sobre el bien objeto de la garantía; utilidad que, una vez lograda, constituye el resultado de la consumación, a posteriori de su ejercicio, de sus propios poderes. La prelación representa un perfil normativo, consecuencia de la constitución de la reserva, necesaria para la consecución, con preferencia sobre otros sujetos, de la utilidad a la que está predestinada la misma reserva. En efecto, tiene por único objeto realizar, con preferencia sobre otros posibles acreedores, la utilidad económica para cuya protección, con el derecho de prenda, se constituyó la reserva. Esto a raíz de la negociación de un título que se opondrá, en caso de conflicto, a los acreedores quirografarios” (p. 66).

La construcción teórica de la prenda como reserva de utilidad, así propuesta en el libro, fue luego recibida también por las Secciones Unidas de la Corte Suprema de Casación.⁷

2.6. – Una de las perspectivas más originales e innovadoras que ofrece el libro –esto es, la idea de que la función de garantía real consiste en la indisponibilidad del bien objeto del gravamen, en el sentido jurídico más que material– implica que, por la singularidad de la función, en muchos casos es posible, mediante técnicas apropiadas tanto legales como emergentes del poder de autonomía de los particulares, establecer el vínculo de garantía sobre bienes determinados, sin que el deudor quede privado de su disponibilidad material y pueda utilizar los mismos activos (mercancías, productos financieros) tanto en el desarrollo de su proceso de producción, como para obtener préstamos sobre ellos, pero sujetando el producto de su rendimiento financiero a la garantía, sin que el cambio material del objeto original del bien constituido en prenda tenga un efecto de novación de la obligación de garantía.

Esta reconstrucción de la prenda conlleva otras consecuencias de gran importancia sistemática y teórica, sobre todo en lo que se refiere a ciertos supuestos que se plantean según un modelo formal aparentemente diferente al propio de la prenda.

En algunos supuestos “anómalos” de prenda, la función de garantía se manifiesta a través de técnicas distintas o alternativas respecto de aquella que recurre a la desposesión del constituyente, aunque igualmente idóneas para el fin. De modo que esta función opera dentro de una pluralidad de modelos y estructuras que se presentan con una forma distinta a la tradicional.

Esta diversidad es, según el autor, meramente aparente, ya que la función de garantía – aunque implementada a través de instrumentos particulares (como, por ejemplo, los mecanismos de registro y anotación del

⁷ Cass., sez. un., 2 ottobre 2012, n. 16725, en *Foro italiano*, 2013, 558, espec. 562 en la motivación, que adhiere a la definición según la cual la prenda “se concreta en la creación de una reserva de utilidad”.



vínculo real sobre los bienes y/o o sobre los valores a través de registros adecuados, como ocurre tanto en los sistemas de gestión centralizada de instrumentos financieros desmaterializados, como en la regulación de las restricciones a los activos sujetos a procesos de fabricación y transformación del producto inicial en otro producto final) o técnicas contractuales, distintas de la desposesión – se realiza con los efectos del tipo jurídico, dado que estas técnicas están siempre encaminadas a operar la sustracción del constituyente de la disponibilidad jurídica de la cosa objeto de la garantía.

Esto permite operar una asimilación coherente de estos casos "anómalos" dentro de la estructura formal y la disciplina propia del tipo legal de prenda. En estos casos, por lo tanto, no existe una caracterización del esquema más amplia o diferente a la del modelo típico, de manera de dar lugar a subtipos contractuales, o a transacciones atípicas o mixtas, ya que es, más bien, una cuestión de formas "anómalas" de explicación de la función de garantía del tipo (p. 123 ss.).

2.7. – La revisión y reconstrucción de la teoría general de la prenda y de las garantías mobiliarias así realizada por el autor, ha abierto la posibilidad de volver a llevar a la dimensión del tipo jurídico del contrato de prenda toda una serie de figuras que parecían ajenas a él, tales como la prenda ómnibus, las cláusulas de ampliación de la garantía prendaria, la prenda sobre bienes en curso de elaboración, la prenda de valores escriturales.

De esta manera, se reconoce y elabora conceptualmente tanto el caso de la prenda sin desplazamiento, como la figura de la llamada "prenda rotativa", es decir, aquella forma de garantía real que permite la sustituibilidad o mutabilidad de su objeto en el tiempo sin que ello implique, con cada cambio, la necesaria repetición del cumplimiento de los procedimientos requeridos para la constitución originaria del vínculo o para el surgimiento del derecho de suscripción preferente, o sin que dicha modificación dé lugar a las condiciones de revocabilidad, ordinaria o concursal, de la operación económica así instrumentada.

2.8. – La prenda rotativa merece una discusión aparte, ya que es una "construcción teórica" del autor que cual ha recibido pleno reconocimiento, primero desde el punto de vista jurisprudencial y luego desde el punto de vista normativo.

La construcción y configuración formal de la prenda rotatoria propuesta por Gabrielli por primera vez en doctrina en el libro que comentamos, de hecho, después de algunas consideraciones realizadas por los tribunales menores⁸, fue casi inmediatamente aceptado en su totalidad por la Corte Suprema de Casación con una histórica sentencia de Casación 28.5.1998, n. 5264⁹ (en la que, además, el autor del libro fue uno de los defensores de una de las partes en la sentencia), que desde entonces ha representado un caso destacado.

⁸ Cfr. A. Roma, 30.10.1995, en *Giur. it.*, 1996, I, 2, 570, con nota de CHINÉ, *Il pegno «rotativo» tra realtà e consensualità*, ove ampi richiami di dottrina e giurisprudenza; en *Banca borsa*, 1996, II, 186, con observación de Stingone; en *Riv. dir. comm.*, 1996, II, 151, con nota de Borsi, *Brevi note sull'ammissibilità del pegno bancario «rotativo»*; Trib. Genova, 30.5.1997, en *Banca borsa*, 1998, II, 578; Trib. Milano, 17.11.1997, en *Dir. fall.*, 1998, II, 97 ss., con nota de STINGONE, *Sulla validità e opponibilità del pegno bancario «rotativo»: nuove conferme dalla giurisprudenza*; in *Fallimento*, 1998, 729, con nota de FINARDI, *Orientamento antiformalistico della giurisprudenza di merito in tema di pegno rotativo*.

⁹ Cass., 28.5.1998, n. 5264, en *Giust. civ.*, 1998, I, 2159, con nota de MAIMERI, *Pegno rotativo: la dottrina ispira la Cassazione. Prime osservazioni*; en *Banca borsa*, 1998, II, 485, con nota de AZZARO, *Il «pegno rotativo» arriva in Cassazione: ovvero «come la dottrina diventa giurisprudenza»*; en *Fallimento*, 1999, 265, con nota de PANZANI, *Pegno rotativo ed opponibilità della prelazione*;



La circunstancia de que luego de la publicación de un libro, la construcción jurídica y las ideas expresadas sean implementadas casi inmediatamente por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Casación es bastante rara en la experiencia jurídica italiana, tanto que el carácter excepcional del caso ha sido detectado y comentado no sólo por la doctrina italiana, sino también por la internacional¹⁰.

A lo largo del tiempo, la jurisprudencia ha confirmado y consolidado el diseño reconstructivo que se ha elaborado y construido en el libro de la prenda rotatoria¹¹, su admisibilidad y su relevancia en el sistema regulatorio italiano, junto con la construcción, posteriormente realizada y desarrollada de manera más extensa y sistemática por el autor, de una categoría general de “garantías renovables”¹².

La “teoría de la prenda rotativa” de Gabrielli se basa en la idea de que es posible, mediante técnicas apropiadas libradas a la autonomía privada, o a esquemas formales especiales creados por el legislador, tener una forma de garantía real que permita la sustituibilidad o mutabilidad en el tiempo de su objeto sin que ello implique, con cada cambio, la necesidad de la renovación del cumplimiento de los procedimientos exigidos para la constitución de la garantía real o para el surgimiento del derecho de preferencia, y sin que dicho cambio dé lugar a las condiciones de revocabilidad, ordinaria o concursal, de la transacción económica así realizada.

2.9. – La enucleación sistemática y la construcción teórica de la garantía rotativa que el autor realiza en el libro para los casos de carácter convencional, se fundamenta en el acto de autonomía privada que es el “contrato de garantía rotativa”.

El discurso se desarrolla a lo largo de unos pasajes lógicos fundamentales, estrictamente coherentes y sucesivos.

El uso de la autonomía privada, según el autor, permite resaltar y considerar, en la construcción de la operación de garantía, la calidad de los intereses concretamente involucrados en las operaciones económicas singulares, distinguiendo entre garantía para una sola relación de crédito y garantía para una actividad de financiación compleja y continua (como ocurre a menudo en el caso de la prenda sin desplazamiento o en la prenda sobre valores escriturales en gestión) de forma que permita superar los obstáculos que la necesaria desposesión del bien objeto de garantía impone a la modernización del sistema de garantías mobiliarias.

Leemos en el libro que “a nivel teórico, nada excluye que en la predisposición del reglamento negocial sea posible, mediante disciplina específica, indicar los bienes o valores sobre los cuales puede extenderse la

en *Dir. fall.*, 1998, II, 609, con nota de STINGONE, *Il pegno rotativo nella teoria delle garanzie reali*; *ivi*, 1999, II, 288, con nota de RAGUSA MAGGIORE, *Pegno rotativo e natura onerosa o gratuita della garanzia a favore di un terzo*; *ivi*, 1999, II, 484, con nota de RAGO, *Pegno rotativo e sostituzione dei beni*; en *Nuova giur. comm.*, 1999, I, 544, con nota de UNGARI TRASATTI, *Costituzione di pegno a favore di terzo e revocatoria fallimentare*; en *Corriere giur.*, 1998, 1320, con comentario de PORRARO, *Pegno, garanzia rotativa e revocatoria fallimentare nel sistema delle garanzie mobiliari*; en *Giur. comm.*, 1998, II, 673, con nota de MANCINI, *La riconosciuta normalità del pegno «rotativo»*; en *Riv. notariato*, 1999, 240, con nota de CENNI, *Il patto di rotatività nel pegno: una strada ormai in discesa*.

¹⁰ A. BRAUN, *Professors and Judges in Italy: It Takes Two to Tango*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2006, 677; D. HENRICH, *Recensione a E. GABRIELLI, Il pegno*, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 4, 2007, 1170; R. OMODEI SALÈ, *Aktuelle Entwicklungen des italienischen Sachenrechts im Hinblick auf Eigennutzung, Kreditsicherung und Vermögensverwaltung*, en GEBAUER und HUBER, *Dingliche Rechtspositionen und Verkehrsschutz*, Berlin, 2015, 66.

¹¹ Cfr. Sobre el punto el análisis de G. PAVASINI, *Pegno rotativo*, in AA.VV., *Il pegno nei rapporti commerciali*, Milano, 2005, 279 ss.

¹² E. GABRIELLI, *Le garanzie rotative*, en *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, en *Tratt. Galgano*, Torino, 1995, 853; ID., *Sulle garanzie rotative*, Napoli, 1998, 22; ID., *Rotatività della garanzia*, en *Digesto civ.*, Torino, 1999; ID., *Il pegno*, cit., 223 ss.; ID., *Rotatività della garanzia*, en *Digesto civ.*, *Agg. 6*, Torino, 2011, 821 ss.; ID., *Del pegno*, cit., 72 ss.



prenda originalmente constituida, previendo – propiamente en virtud de la naturaleza programática y de la estructura de la operación – las distintas fases a través de las cuales la operación se modulará y desarrollará en el tiempo, así como la *res* (bien, valor o derecho) sobre la que nacerá la garantía; creando así una especie de “garantía rotativa”. En este sentido, junto a las posibles técnicas para la predisposición del contenido de la acto, podrá incluirse en el reglamento, como parte integrante del mismo, pacto específico de rotatividad de los valores dados en garantía” (p. 187).

No obstante, el acuerdo debe ser respetuoso del rigor imperativo de las leyes sobre circulación de derechos y, en particular, de las relativas a las materias de prelación, oponibilidad frente a terceros y concurso, ya que se debe impedir que la sustitución del objeto garantía produzca, por un lado, un perjuicio para los acreedores del constituyente, y por otro, un efecto de novación, anulando así la continuidad y estabilidad en el tiempo del vínculo de garantía originario y por tanto su oponibilidad erga omnes frente al sujeto garantizado.

El problema se plantea sobre todo respecto de la relación entre sustitución convencional del objeto de la prenda y condiciones de eficacia del derecho de prelación; así como entre la sustitución convencional de la prenda y la acción revocatoria, pues en el pasado la doctrina ya había sostenido que era posible sustituir el objeto dado en garantía, pero que para ello era necesario en todo caso renovar cada vez las condiciones para la oponibilidad del título frente a terceros.

Por lo contrario, Gabrielli cree que “es posible dar un enfoque diferente a la cuestión: creer que, si, por acuerdo de las partes, la cosa prendada se sustituye por otra, enfrentamos un caso de subrogación real ya que es consustancial a la configuración unitaria de la operación que en su desarrollo se modifique uno de los términos, sin que ello suponga, al mismo tiempo, el nacimiento de una relación nueva y diferente; circunstancia que entraría en contradicción con los fines del acto de autonomía, tal como fue previsto y querido por las partes.

Finalidades que consisten, precisamente, en la posibilidad de instrumentar una operación de garantía que perdure en el tiempo, superando el diafragma que representa el acto único y particular” (pp. 188-189).

En esta línea teórica, a través de un discurso sistemáticamente coherente y lógicamente riguroso, queda confirmada la configuración de la prenda como “reserva *ad rem*”, es decir, como utilidad real.

En efecto, escribe el autor, “si con el derecho de prenda se tiende a constituir una reserva *ad rem*, para poder alcanzar una utilidad real, es claro que el perfil de interés de las partes en lograr un resultado específico útil representa el esquema a través de la cual configurar la operación.

En este contexto, disponiendo, mediante un acto de autonomía privada, los instrumentos y estructuras más adecuados a la función que se persigue, es posible sustituir el objeto de la prenda, ya que el interés protegido con la garantía específica no es el destinado a obtener de la *res*, sino la dirigida a la consecución de la utilidad real: del valor económico representado por la cosa.

Para ello, el fenómeno de la subrogación real se presenta como la herramienta más adecuada” (p. 189).

La subrogación, «como variante de la estructura y término de relevancia jurídica del negocio, representa, en los casos anómalos de prenda en que opera, un sustrato sustancial preciso de la manifestación de la voluntad configurativa, pues al excluir “cualquier efecto novativo” mantiene la identidad originaria de la relación en la unidad de la operación» y en este sentido también permite superar la barrera que las reglas de exigibilidad pueden poner en el cumplimiento del acuerdo (p. 190).

Observa el autor que del análisis estructural de la relación y del contenido del derecho de prenda, surge que el carácter de reserva *ad rem* del vínculo prendario, “en cuanto dirigido a preestablecer una utilidad real, mira al objeto de la prenda no en su individualidad, sino considerándola en su capacidad de traducirse en una utilidad: en un valor económicamente cuantificable.



Utilidad que, para la satisfacción del interés del acreedor, debe corresponder al importe del crédito garantizado” (p. 191).

El problema de la oponibilidad de la garantía rotativa frente a terceros, y en particular frente al concurso, que representa el caso más frecuente de conflicto en la práctica judicial, es resuelto por Gabrielli destacando cómo la idea de prenda rotativa está estrechamente relacionada vinculada a la función perseguida por determinadas transacciones, como ocurre en la pignoración de valores escriturales en la cual esté prevista – sin perjuicio de la garantía prendaria original, a favor del banco (acreedor prendario) – la reutilización, en el marco de una sola operación económica, de la suma obtenida de la enajenación de los valores originalmente pignorados. Reemplazo que se concreta, después del vencimiento de los valores, en la compra de otros tantos que quedan sometidos a la restricción de indisponibilidad.

En estas operaciones, observa Gabrielli, “no se puede negar la unidad intrínseca de la operación, que se despliega en el tiempo a través de la sucesión articulada de secuencias predisuestas lógicamente y cronológicamente para crear un uso en garantía de los valores originalmente pignorados.

En este caso, la rotación de la garantía es consustancial al tipo de operación económica realizada, cuya función se vería frustrada si, en cada paso posterior del bono de garantía, fuera necesario preparar un nuevo título de constitución de prenda” (p. 216).

La comprobación de la eficacia de la restricción y su exigibilidad frente a terceros se realiza, por tanto, a través de una evaluación concreta del negocio.

En efecto, el intérprete puede, examinando los criterios adoptados por las partes para determinar el objeto de la garantía, determinar, con referencia a la naturaleza, tipo y régimen jurídico del bien o derecho objeto de la garantía, si han sido respetados los requisitos establecidos por las disposiciones legales para el funcionamiento de la prelación.

En este punto, el autor observa que las técnicas y criterios para la determinabilidad del objeto no son susceptibles de ser generalizados más allá de cierta medida, ya que en su funcionamiento concreto varían precisamente según el objeto a determinar, de modo que el problema relevante de la oponibilidad de la prenda rotativa se reduce en última instancia a un problema interpretativo a resolver concretamente, valorando – a efectos de determinar la eficacia del derecho de prelación originalmente establecido en ocasión de la constitución de la garantía – “si de la configuración de la operación en su unidad formal se desprenden las indicaciones necesarias para identificar, en el despliegue y alternancia de los sucesivos pasajes del vínculo de garantía, aquellos bienes o valores que constituyen su objeto” (p. 217).

Según Gabrielli, la rotatividad del vínculo sobre los bienes y valores amparados por la garantía y la oponibilidad de la prelación originaria creada sobre ellos no parece encontrar obstáculos, ni siquiera en cuanto a la viabilidad de la acción revocatoria ordinaria o concursal tendiente a afectar la constitución original, privando así a la función de garantía del derecho de preferencia conexo a la misma, ya que la revocabilidad de la constitución de garantía “debe ser excluida aun en el supuesto en que se crea que la reposición de los bienes y valores constituye un nuevo derecho de prenda”.

Recordando una opinión destacada, Gabrielli señala que los terceros acreedores del fideicomitente no resultan perjudicados por la sustitución, que respecto de ellos se realiza siempre dentro de los límites del valor del bien originalmente pignorado, de manera que debe quedar excluida la acción revocatoria en contra del derecho real constituido. En caso contrario, y con independencia de que la sustitución implique o no la constitución de una nueva prenda, “entre otras cosas, se atribuiría a los acreedores quirografarios, por el solo hecho de la sustitución, una protección más intensa e incisiva que la que de ellos se derivaría si la prenda había seguido afectando el bien originario” (p. 218).



En cualquier caso, subraya el autor – y de este aspecto hizo especial uso la jurisprudencia formada posteriormente a partir de las ideas expresadas en el libro – el fundamento de la exigibilidad de la constitución original “rotativa” de la garantía prendaria se basa en la “necesaria equivalencia entre el valor del bien original y el valor del bien sustituido, relación que se medirá respecto del momento en que se produzca la sustitución y no del momento de la posible apertura de la ejecución forzosa.

Si las partes han previsto expresamente el pacto de rotatividad en el negocio de constitución de la garantía, el hecho efectivo de la sustitución no podrá, sin embargo, ser considerado como un hecho que manifieste sintomáticamente el cambio *in pejus* de las condiciones patrimoniales del constituyente” (p. 218).

De ahí el principio fundamental, desde entonces fielmente seguido y aplicado por la jurisprudencia del Tribunal de Casación¹³, según el cual la necesaria equivalencia entre el valor del bien original y el valor del bien sustituto representa una salvaguardia ineludible para proteger a los acreedores del fideicomitente, especialmente a los que no pueden reclamar un título de preferencia sobre el bien obligado, y de la masa concursal, ya que para la celebración de la constitución de la prenda y su exigibilidad, debe constar que durante la operación de garantía económica, regida por el pacto de rotatividad, luego de las sustituciones realizadas, el valor original (del bien gravado) ha permanecido invariado con respecto al valor final (del bien sujeto a la restricción) a pesar de las modificaciones intervinientes en el ínterin (del bien sujeto a la restricción); y, según la cual, los acreedores, después de estas sustituciones, no han sufrido perjuicio alguno, ya que el valor (del bien sujeto a la restricción, y por tanto) de los bienes a dividir según los respectivos títulos ha permanecido siempre sin alterar.

2.10. – La garantía rotativa – y en particular la prenda rotativa – sobre la base de las ideas presentadas y la construcción teórica propuesta en el libro también ha sido implementada, y por lo tanto es ahora “típica”, en numerosas normas en el sector de las garantías financieras que se han emitido a lo largo del tiempo, como por ejemplo, en Italia, el decreto legislativo 24.2.1998, n. 58; el decreto legislativo 24.6.1998, n. 213, y las resoluciones de implementación relacionadas del Banco de Italia y Consob; los decretos ministeriales 31.7.1998 27.11.1998, para la regulación de los títulos públicos y sucesivas normas sobre la materia.

Por su parte, el legislador comunitario se inspiró en esas ideas de la Directiva 2002/47/CE sobre contratos de garantía financiera, modificada posteriormente con la Directiva 2009/44/CE y que se implementó en Italia con el Decreto Legislativo 21.5.2004, n. 170 y luego con el decreto legislativo 24 de marzo de 2011, n. 48.

1.11. Finalmente, puede señalarse que la prenda sin desplazamiento, en la configuración formal establecida en el libro, fue implementada por el legislador italiano en la ley de garantías mobiliarias del 30 de junio de 2016, n.119 (con la cual se convirtió el decreto ley del 3 de mayo de 2016, n.59 con enmiendas); así como en

¹³ El principio, expresado en el libro, se implementó desde la primera sentencia histórica (Cass.28 Mayo 1998, n.5264), que señala que en este caso “la reposición, dejando invariable el valor de los bienes destinados a satisfacción preferencial del acreedor embargador, no causa ningún perjuicio a los demás acreedores”, posición luego constantemente retomada y reafirmada, más recientemente por la sentencia de la Corte de Casación 12733, de 13 de mayo de 2021, según la cual “a la utilidad reconocida del contrato destinado a permitir una reposición fisiológica de la cosa gravada por la garantía de la prenda se corresponde con la indicación de que el valor económico de la cosa inicialmente tomada en garantía actúa como un límite infranqueable para las reposiciones futuras de la cosa misma. Correspondientemente, la prestación de indicación suficiente de la cosa a que se refiere el art. 2787, párrafo 3, del Código Civil italiano debe interpretarse en el sentido de indicación suficiente del valor económico de la cosa.

En el caso de una prenda rotativa, la omisión de indicación de un límite de valor para la reposición del bien gravado por la garantía implica su falta de idoneidad para producir los efectos de continuidad y unidad de la relación prendaria. Con la consecuencia de que las sustituciones de la cosa que se produzcan, conducen a la formación de prendas distintas y por tanto nuevas”.



leyes especiales posteriores dedicadas a sectores productivos individuales como en el Decreto Ministerial de 23 de julio de 2020, relativo a la constitución de la prenda rotatoria sobre productos agrícolas y alimenticios con denominación de origen protegida o indicación geográfica protegida.

3. – El aporte de Enrico Gabrielli a la teoría general de las garantías reales resulta, como vimos, sumamente significativo. Sin embargo, *Il pegno anomalo* proyecta su validez conceptual bastante más allá del campo de la teoría de la prenda e incluso de la doctrina general de las garantías reales.

En efecto, transitando por la consideración del elemento funcional como criterio rector para resolver la difícil cuestión de la tutela de la autonomía privada, se observa una conexión entre el concepto de anomalía del negocio, y el concepto de operación económica, noción y concepto utilizado y desarrollado por el autor en otros estudios sobre contratos en general y que también ha encontrado aceptación e implementación en las Cortes Supremas de Justicia de otros sistemas, como, por ejemplo, el uruguayo¹⁴.

Observa el autor que, si se consideran los intereses efectivamente implicados en los negocios de garantía, queda en evidencia que su complejidad y variedad es tal que la relación entre la autonomía privada y la constitución de la garantía debe tener en cuenta la sustancia real de la operación económica, cualquiera que sea la denominación del tipo contractual a través de la cual se manifiesta, o más bien de la estructura externa del modelo de garantía, ya que los particulares pueden, mediante técnicas contractuales apropiadas, afectar el perfil funcional de la transacción constitutiva y por tanto crear el derecho real de prenda incluso sin despojar al constituyente.

La perspectiva funcional, defendida por Gabrielli, “permite identificar de manera unificada el significado de los casos individuales y los elementos que los componen, enmarcándolos, a través de su perfil dinámico, en el nivel del desarrollo concreto de sus eventos” (p. 113), dado que “la operación se articula de hecho a través de módulos y secuencias procedimentales que, en su despliegue y articulados según un orden y programa prefijados, marcan los momentos singulares de relevancia sustancial y la disciplina relativa a la eficacia de cada una de las fases.

Los particulares pueden, por tanto, regular sus intereses también respecto de operaciones futuras o meramente eventuales, superando la necesaria actualidad del dato fenoménico a través de la configuración de su modelo o de sus notas caracterizantes” (p. 180).

3.1. – La función de garantía – y su perspectiva “funcional” que impregna todas las páginas del libro, es particularmente útil en este sentido – según el interés sustancial que se quiera perseguir concretamente, en cuanto rige una operación económica unitaria, se revela, como sucede por ejemplo en la garantía rotativa, como instrumento a través del cual la garantía persiste y continúa en el tiempo, más allá de la fijeza del obje-

¹⁴Cfr. *Suprema Corte de Justicia*, n. 1241 de 12 de agosto 2019, en <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA>; así como las sentencias: SEF 3-7-2015; SEF 9-123-2014; SEF 2-310-2011; SEF 1-123-2012; SEF 1-21-2011; SEF 2-9198-2011; Tac 4° 315/2007.

En doctrina, J. GAMARRA, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, vol. XXVI, *Teoría General del contrato*, Montevideo, 2009, 271; JUAN BLENGIO, *El contrato y la operación económica*, en *Doctrina y jurisprudencia de derecho civil*, Montevideo, 2013, 31 ss.; ALICIA CASTRO RIVERA, *La pregunta por la causa del contrato: un giro pragmático de la doctrina*, in *Doctrina y jurisprudencia de derecho civil*, Montevideo, 2013, 36.



to sobre el cual se materializa la fianza e, incluso, independientemente de su existencia material, como demuestra la regulación de las restricciones a la instrumentos financieros desmaterializados.

En este sentido, es claro que el aporte del autor al analizar la disciplina de la prenda anómala, se proyecta hacia la teoría general del contrato y del negocio, ya que el criterio utilizado para comprender la anomalía y discernir sus efectos es, en definitiva, la consideración de la causa o función concreta del negocio y de la operación económica.

3.2. – Para demostrar esta afirmación, basta observar que el recurso al que acude Gabrielli para proponer una reconstrucción dogmática del derecho de la prenda anómala – con la finalidad de encontrar soluciones normativas a negocios jurídicos que de alguna forma evaden los rígidos tipos establecidos en la ley (negocios típicos o nominados) – es, precisamente, el análisis de la causa o función concreta.

La demostración comienza por la siguiente pregunta: ¿en qué consiste la “anomalía” del negocio jurídico? ¿En qué sentido habla Gabrielli de “negocios anómalos”?

Partiendo de la perspectiva que coloca a los elementos esenciales del tipo como aquellos que tengan una importancia primaria para la realización de la función concreta del negocio,¹⁵ Gabrielli habla de prenda “anómala” para referirse a negocios de garantía real que carecen de un elemento que podría considerarse esencial del tipo desde el punto de vista estructural (la entrega de la cosa, que se encuentra ausente en el caso de prendas sin desplazamiento).

3.3. – Efectivamente, en el modelo clásico de la prenda común – diseñado por el legislador moderno y cristalizado en el rígido molde napoleónico, según el cual “*dans tous les cas, le privilège ne subsiste sur le gage qu'autant que ce gage a été mis et est resté en la possession du créancier, ou d'un tiers convenu entre les parties*” (art. 2076 del Código Civil francés) – la desposesión por parte del dador de la cosa constituye elemento esencial para la constitución del derecho real de prenda. Este modelo se manifiesta claramente insuficiente en la fase actual de desarrollo de la actividad económica, en razón de lo cual es posible observar negocios que, no obstante carecer de dicho elemento, despliegan su función de garantía real (derecho de preferencia y/o de persecución) mediante otros dispositivos.

Según Gabrielli, en el caso de la prenda, la anomalía puede también referirse a los casos de mutación o sustitución del objeto afectado por el gravamen real – circunstancia que, según el molde clásico, debería configurar una nueva prenda, perdiendo así el acreedor la prelación que la fecha original del negocio le hubiera conferido en casos de concurso, y sometiéndola a acciones revocatorias de las que quedaría indemne si conservase la fecha original – sosteniendo que el vínculo real de garantía subsiste a pesar de la rotación o mutación del objeto.

3.4. – Ahora bien: una simple operación de abstracción conduce a considerar en términos generales la cuestión del tipo contractual, y así lo hace con puntualidad y prolijidad Gabrielli, cuando analiza la prenda anómala bajo el prisma de la función de garantía que cumple.

¹⁵ E. GABRIELLI, *Il pegno anomalo*, Cedam, Padova, 1990, 82.



Afirma Gabrielli:

“El primer problema que se plantea es el de la comparación entre las especies anómalas y las especies típicas, y la determinación de si se trata de modalidades atípicas”¹⁶.

Como se advierte, esta afirmación es de absoluta generalidad, va más allá de la cuestión de las garantías reales, y constituye el fundamento verdadero de la argumentación, la razón última sobre la cual Gabrielli construye su discurso sobre la prenda anómala.

En mi opinión, la teoría general de los tipos contractuales constituye uno de los capítulos más apasionantes y fundamentales de la teoría general del contrato. A partir de un origen en el derecho romano clásico, prolongado durante el período Justiniano y medioeval – en el cual prevalecía el principio de la tipicidad (*nudum pactum obligationem non parit*) – se va abriendo camino, en la modernidad, el principio del consensualismo¹⁷, que se expresa, en el derecho italiano, en la formulación del art. 1322 c.c., que establece dos principios fundamentales para los sujetos privados: la posibilidad de variar el contenido de los contratos típicos y la posibilidad de concluir contratos no pertenecientes a tipos que posean una disciplina particular, siempre que se dirijan a realizar intereses meritorios de tutela según el ordenamiento jurídico¹⁸.

El contrato atípico o innominado reconoce a la autonomía privada el poder de celebrar pactos vinculantes que no pertenezcan a un tipo legalmente establecido, los que se rigen por las reglas generales de los contratos. Además, la complejidad de los intereses negociales hace que se reconozca la existencia de negocios mixtos, que en realidad no son nominados ni innominados, sino que reconocen en su seno más de una causa correspondiente a dos o más categorías de negocios típicos.

En la misma línea, la doctrina ha identificado los denominados negocios irregulares¹⁹. El negocio irregular no se entiende en el sentido de negocio que no cumple con todas las formalidades legales o administrativas, sino, en cambio, de negocio que puede ser en principio calificado como perteneciente a un tipo determinado, pero presenta una irregularidad o anomalía respecto al tipo. El caso paradigmático es el llamado “depósito irregular”. Mientras que el depósito típico (regular) no es título hábil para transferir el dominio, el depósito irregular, calificado por la circunstancia de que tiene por objeto un bien fungible, particularmente una suma de dinero, sí es título hábil para transferir el dominio. Ocurre ello en el caso del depósito bancario de dinero, negocio de enorme difusión y aplicación práctica, que se considera depósito porque contiene en sí una importante obligación de custodia, pero no implica que la propiedad permanezca en el depositante, sino que se transfiere al depositario y genera no la obligación del depósito típico de devolver la misma cosa depositada (*eadem re*), sino un equivalente del mismo género (*tantundem eiusdem generis*). La teoría del negocio irregular gira generalmente en torno a la incidencia de la circunstancia de que el objeto de un negocio típico tenga por objeto cosas fungibles, circunstancia que no determina la nulidad del contrato, sino la variación de los efectos del negocio.

Junto con el negocio irregular, la consideración de especificaciones en los tipos o modelos legales hace aparecer el negocio *subtípico*. Sostuvo Carnelutti que “los tipos singulares se prestan ... a una progresiva especificación mediante la agregación a los requisitos y a los efectos típicos, de requisitos y efectos extratípi-

¹⁶ E. GABRIELLI, *Il pegno anómalo*, 74.

¹⁷ C. DE CORES, *La teoría general del contrato a la luz de la historia. Contribución de la Escuela de Salamanca*, IJ Editorial, Buenos Aires, 2018, *passim*.

¹⁸ R. SACCO, *Autonomia contrattuale e tipi*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, 786, observa que “tipicidad” significa “cosa muy diferente según que se refiera al contrato (o al negocio en general), o se refiera a la función del negocio elevada a causa”; y por otro lado, que la tipicidad de las figuras jurídicas es relativa “a la categoría con la cual las figuras son comparadas”.

¹⁹ M. DE SIMONE, *I negozi irregolari*, Jovene, Napoli, 1952.



cos”, de modo que “agregando a los requisitos y a los efectos típicos requisitos y efectos extratípicos se forman subtipos de situaciones o de hechos”.²⁰ Caracterizaría al subtipo contractual la circunstancia de que todos los elementos esenciales del tipo se encuentran presentes, pero alguno de ellos es calificado.

El perfil del subtipo contractual representa un instrumento de individualización y de clasificación de un supuesto de hecho concreto, al fin de (excluirlo o de) colocarlo dentro de un esquema típico y de su disciplina. Como enseña Gabrielli,²¹ el subtipo emergería, en algunos casos, de la circunstancia de que todos los elementos esenciales del tipo se encuentran presentes, pero alguno de ellos es calificado; en otros, de la misma sistematización dada a la materia por el código, aun cuando al subtipo le sea atribuida una *appellatio* diversa de aquella atribuida al tipo; por último, la calificación de subtipo, que pudiera atribuirse a un dado contrato nominado, debería deducirse por el intérprete sobre la base de un atento examen sistemático²².

3.5. – Siguiendo la teoría aristotélico-tomista de los predicados y de la organización de los conceptos en géneros y especies, explica Gabrielli que “el esquema del tipo ..., para calificarse, debe presentar todos los elementos indispensables para la configuración del tipo (género próximo), con el agregado de alguna nota ulterior (diferencia específica) que sirva para caracterizarlo en el ámbito del tipo”²³.

Se subraya,²⁴ en efecto, que en el subtipo “permanecen aspectos esenciales del tipo, integrados con otros elementos que la ley considera y disciplina en la configuración de tal negocio, que corresponde entonces, para ser más precisos, siempre a un tipo, pero diríamos de rango subordinado (y por tanto, por la parte no contemplada, sometido a la misma disciplina del tipo principal)”. El esquema del subtipo, para ser tal, a su vez, debe presentar todos los elementos indispensables para la configuración del tipo, con el agregado de algunas notas ulteriores, que valga para caracterizarlo²⁵.

De la definición de la articulación de la relación entre tipo y subtipo, surge la observación de la necesidad de que el esquema del tipo tenga una elasticidad mayor que el del subtipo. Señala Gabrielli que “el grado de elasticidad del tipo determina la medida de producción de sus subtipos, que serán tantos cuantas puedan ser las posibilidades de agregar a aquel esquema notas individualizantes ulteriores respecto de aquellas propias del tipo que no hayan sido contempladas como esenciales para la definición del mismo”²⁶.

3.6. – Como se advierte, la noción de “elasticidad” del tipo resulta un componente esencial de la teoría. Como enseña Gabrielli, en la definición de la articulación de la relación entre tipo y subtipo, un primer elemento de individualización puede encontrarse en la necesidad de que el esquema del tipo tenga una elasticidad mayor que el del subtipo, de modo que el esquema del tipo debe – para tener una mayor capacidad expansiva – ser necesariamente menos articulado que aquel del subtipo. El grado de elasticidad del tipo deter-

²⁰ F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, III ed., 232.

²¹ E. GABRIELLI, *Doctrina general del contrato*, FCU, Montevideo, 2009, 60.

²² MINERVINI, *Lo sconto bancario*, Napoli, 1949, 73.

²³ E. GABRIELLI, *Il pegno anómalo*, 79.

²⁴ R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, en *Tratt. di dir. civ.*, diretto da GROSSO e SANTORO-PASSARELLI, Milano, 1977, 3a ed., 40-41 y ss.

²⁵ A. CATAUDELLA, *Spunti sulla tipologia dei rapporti di lavoro*, cit., 80; L. MENGONI, *La questione della subordinazione in due trattazioni recenti*, en *Riv. it. dir. lav.*, 1986, I, 10.

²⁶ E. GABRIELLI, *Doctrina general del contrato*, tomo I, FCU, Montevideo, 60 y ss.



mina entonces la medida de producción de sus subtipos, que serán tantas cuantas puedan ser las posibilidades de agregar a aquel esquema notas individualizantes ulteriores respecto de aquellas propias del tipo que no hayan sido contempladas como esenciales para la definición del mismo.

3.7. – Pero además del subtipo, Gabrielli analiza el concepto de “variaciones del esquema legal”, que ocurren cuando estas modificaciones no asumen una entidad tal de producir una verdadera y propia alteración causal del acto de autonomía, siendo compatibles con el esquema típico originario y no determinando, en consecuencia, una derogación de su disciplina. No podrá ocurrir lo mismo, en cambio, en aquellas hipótesis en las cuales, respecto al esquema típico, no pueda apreciarse una variación, sino una verdadera y propia alteración.

Emerge, de ese contexto, la importancia de una exacta demarcación de los límites de elasticidad de cada tipo, al fin, precisamente, de señalar su eventual superación y de aplicar por tanto una disciplina diversa de la que es propia del tipo. El problema de la elasticidad del tipo legal se plantea cuando el supuesto de hecho concreto no entra completamente en el esquema típico y se trata por tanto de analizar si el mismo puede ser extendido hasta comprenderla²⁷. Es aplicando este razonamiento que Gabrielli concluye en el sentido de la posibilidad de una prenda “anómala”, la cual, no obstante presentar una variante muy importante desde el punto de vista de la estructura del tipo (falta de entrega, mutación del objeto), puede ser igualmente reconducida al esquema legal de la prenda, ya que se conserva la función concreta de garantía, como reserva de valor *ad rem*.

Los subtipos y las variaciones del tipo – sostiene el autor – no parecen representar otra cosa que los reflejos reportados sobre el delineamiento formal del esquema, de las modificaciones de la función. Es en este punto cuando hace su ingreso en el discurso la categoría de causa concreta del contrato y de operación económica, porque, según Gabrielli, la determinación de la elasticidad del esquema – y por ende de la capacidad del supuesto de hecho abstracto para comprender supuestos de hecho concretos que presenten entre ellos diferencias significativas – debe efectuarse en base a la valoración de la función concreta del contrato, ya que la respuesta del ordenamiento al acto de autonomía, que se concreta y expresa en el ligar al mismo los efectos jurídicos queridos por las partes, encuentra su razón en la valoración de la función concreta.

3.8. – En consecuencia, según Gabrielli quien sigue en este punto a Cataudella, para subsumir o no un supuesto de hecho concreto en un esquema típico – y, en lo que nos interesa, para identificar la disciplina de los supuestos “anómalos” – se debe determinar cuáles elementos tengan importancia primaria para la realización de la función concreta del contrato y por tanto determinar la existencia o no de una correspondencia entre los elementos así individualizados y aquellos descritos como esenciales por el legislador para configurar el tipo legal²⁸.

¿En qué medida el intérprete puede acudir a la disciplina de un tipo contractual, cuando el supuesto de hecho bajo examen presenta variaciones respecto de dicho tipo, que parecen afectar elementos esenciales del mismo? La respuesta que da Gabrielli es que es necesario recorrer la línea metodológica que remonta a

²⁷ A, CATAUDELLA, *La donazione mista*, Milano, 1970, 70 y ss.

²⁸ A, CATAUDELLA, *La donazione mista*, cit., 70 y ss.



la causa, como elemento individualizante dotado de operatividad general. Y la causa alude específicamente a la función. Pero no a la función económica y social, propia del pensamiento de Emilio Betti, que no aporta utilidad en tanto en cuanto ella coincide con el tipo legal, sino a la función concreta e individual, introducida por las reflexiones de Giovanni Battista Ferri, que apunta a la operación económica creada por las partes.

“La determinación de la elasticidad del esquema – y por ende de la capacidad del supuesto de hecho abstracto para comprender supuestos de hecho concretos que presenten entre ellos diferencias significativas – *debe efectuarse en base a la valoración de la función concreta del contrato*. Esto es así porque la respuesta del ordenamiento al acto de autonomía, que se concreta y expresa en vincularlo con los efectos jurídicos queridos por las partes, encuentra su razón en la valoración de la función concreta”²⁹ (resaltado nuestro).

Es la valoración de la función concreta de la prenda anómala es lo que le permite a Gabrielli sostener la viabilidad de la constitución del derecho real de prenda, aún en ausencia de elementos estructurales como la entrega de la cosa y su inmutabilidad.

De ahí la conexión inescindible entre teoría de la anomalía contractual, y teoría de la función concreta del negocio y de la operación económica.

Reitera Gabrielli:

“la investigación sobre el punto – puesto que la distinción entre elementos principales y secundarios es susceptible de muy variadas graduaciones – deberá referirse siempre al examen concreto del supuesto de hecho singular, y luego de haber considerado en su complejo la organización de intereses que las partes pretendan realizar, se detendrá a analizar los elementos singulares de los cuales se compone. Es a partir de esta perspectiva teleológica que emerge la importancia y la función que cada elemento singular reviste respecto del reglamento de intereses en su globalidad y de su total realización. Deberá en efecto ser considerado esencial cada elemento en ausencia del cual la organización de intereses pretendida no pueda realizarse en sus líneas fundamentales. Cuando las reglas dictadas por las partes se encuentren en grado de incidir sobre la función modificándola, el supuesto de hecho concreto no será subsumible en el tipo legal; diversamente ocurrirá cuando, aun no coincidiendo completamente el supuesto de hecho concreto con el abstracto, no se perciban modificaciones de la función”.

Los límites de elasticidad del esquema legal están por tanto constituidos – igual que las mutaciones identificables en el modelo formal – por las modificaciones de la función, de modo que para señalar – en ambos casos – su medida y su intensidad, es preciso desarrollar una investigación sobre la función concreta del acto de autonomía singular.

De modo que la existencia de una anomalía, o como expresa Gabrielli, “la simple falta de coincidencia del reglamento negocial con el legal” no es suficiente para excluir respecto del contrato singular la calificación según el tipo: para este último fin es necesario determinar la compatibilidad de la función concreta con aquella abstractamente diseñada por el tipo³⁰.

3.9. – Es aquí que se encuentra la fundamentación teórica de la viabilidad de los supuestos anómalos de prenda, carentes de elementos del tipo que podrían desde el punto de vista estructural ser considerados esenciales, pero que desde el punto de vista de la función concreta son perfectamente congruentes con el esquema

²⁹ E. GABRIELLI, *Doctrina general del contrato*, tomo I, FCU, Montevideo, 60 y ss.

³⁰ E. GABRIELLI, “*Il pegno “anomalo”*”, Padova, 1990, 74 y ss.



típico de la prenda, en tanto son idóneos para constituir un derecho real sobre cosas que ostentan un valor económico.

De la comparación entre el significado que expresa la operación económica diseñada en el esquema típico y los intereses que en concreto las partes han deducido y cristalizado en la organización de intereses convencionalmente programada, emerge, en definitiva, si estos últimos – aun persiguiendo la obtención de finalidades ulteriores, accesorias o complementarias a las típicas – son compatibles o no con el esquema típico.

4. – A modo de resumen, puede decirse que la obra de Enrico Gabrielli *Il pegno anómalo* ha ganado su justo lugar entre los clásicos del derecho italiano.

Por una parte, constituye un aporte decisivo para la modernización del derecho de las garantías, encontrando una justificación para modalidades de gravámenes reales totalmente impuestos por la dinámica de los negocios pero que necesitaban el adecuado encuadramiento sistemático que se puede encontrar en la obra.

Por otra parte, contiene reflexiones de gran proyección, muy útiles para la formulación de conceptos de la más amplia generalidad, tal vez medulares, para la teoría general del contrato. Ésta no puede comprenderse adecuadamente sin una referencia, por un lado, a la idea de contrato en general, y por otra, a los diversos tipos diseñados por el legislador, según una tradición milenaria que encuentra en ellos esquemas de regulación que representan un justo equilibrio entre los intereses privados implicados.

El estudio contenido en la obra sobre la cuestión de la anomalía negocial – en cuanto medida y límite dentro de los cuales un supuesto de hecho concreto producto de la autonomía privada puede ser subsumido en un tipo, o dicho en otros términos, en cuanto margen dentro del cual las variaciones respecto de los tipos legales implican o no un apartamiento del tipo y un abandono o no de la relativa disciplina, margen que está señalado, según el autor, por la función concreta del negocio y la operación económica subyacente – constituye un indudable avance científico que justifica el reconocimiento que representa la inclusión de *Il pegno anómalo* en la nómina de los grandes libros jurídicos que el talento cultural italiano ha legado al mundo.