

Guía Legislativa de la CNUDMI sobre las Operaciones Garantizadas



Para mayor información, sírvase dirigirse a:

Secretaría de la CNUDMI, Centro Internacional de Viena,
Apartado postal 500, 1400 Viena, Austria

Teléfono: (+43-1) 26060-4060
Internet: www.uncitral.org

Telefax: (+43-1) 26060-5813
Correo electrónico: uncitral@uncitral.org

COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS
PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL

Guía Legislativa de la CNUDMI sobre las Operaciones Garantizadas



NACIONES UNIDAS
Nueva York, 2010

PUBLICACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS

Número de venta: S.09.V.12

ISBN 978-92-1-333421-8

Prefacio

La *Guía Legislativa sobre las Operaciones Garantizadas* fue preparada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). En su 33.º período de sesiones, en 2000, la Comisión examinó un informe del Secretario General sobre la posible labor futura en materia de créditos garantizados (A/CN.9/475). En ese período de sesiones, la Comisión acordó que el tema de las garantías reales era importante y que había sido señalado a la Comisión en el momento oportuno, habida cuenta en particular del estrecho vínculo que tenía con la labor que se realizaba acerca del régimen de la insolvencia, y pidió a la Secretaría que preparara un nuevo informe¹.

En su 34.º período de sesiones, celebrado en 2001, la Comisión examinó otro informe del Secretario General (A/CN.9/496). En ese período de sesiones, la Comisión convino en que la labor sobre las garantías reales debía efectuarse, dado el impacto económico favorable que tendría un régimen de los créditos garantizados, y se encomendó al Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) la tarea de elaborar un régimen legal eficiente para los derechos de garantía sobre bienes que fueran objeto de alguna actividad comercial, incluidos los bienes inventariados². La Comisión recomendó también que se celebrara un coloquio teniendo en cuenta la necesidad de entablar consultas con organizaciones y profesionales dotados de conocimientos especializados en materia de créditos garantizados³. Del 20 al 22 de marzo de 2002 se celebró en Viena un coloquio internacional sobre garantías reales. El Grupo de Trabajo VI examinó el informe del coloquio en su primer período de sesiones, celebrado en Nueva York del 2 al 24 de mayo de 2002.

En su 35.º período de sesiones, en 2002, la Comisión confirmó que el mandato del Grupo de Trabajo debía interpretarse en un sentido amplio a fin de obtener un resultado debidamente flexible que revistiera la forma de guía legislativa⁴.

El Grupo de Trabajo VI examinó el primer proyecto de la guía sobre las operaciones garantizadas en mayo de 2002. La labor del Grupo de Trabajo se fue desarrollando a lo largo de 12 períodos de sesiones de una semana de duración⁵, el último de los cuales se celebró en febrero de 2007. Además de los representantes de los 60 Estados que son miembros de la Comisión, participaron activamente en la labor preparatoria representantes de otros muchos Estados y de diversas organizaciones internacionales, tanto gubernamentales como no gubernamentales.

El Grupo de Trabajo VI colaboró estrechamente con el Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia), a fin de asegurar que el tratamiento de las garantías reales en caso

¹*Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento Núm. 17 (A/55/17)*, párrs. 459 y 463.

²*Ibíd.*, *quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento Núm. 17 y correcciones (A/56/17 y Corr.3)*, párrs. 351 y 358.

³*Ibíd.*, párr. 359.

⁴*Ibíd.*, *quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento Núm. 17 (A/57/17)*, párrs. 202 a 204.

⁵Los informes del Grupo de Trabajo sobre su labor durante esos 12 períodos de sesiones figuran en los documentos A/CN.9/512, A/CN.9/531, A/CN.9/532, A/CN.9/543, A/CN.9/549, A/CN.9/570, A/CN.9/574, A/CN.9/588, A/CN.9/593, A/CN.9/603, A/CN.9/617 y A/CN.9/620. Durante esos períodos de sesiones, el Grupo de Trabajo examinó los documentos A/CN.9/WG.VI/WP.1 a 31. Los informes del Grupo de Trabajo fueron examinados por la Comisión en sus períodos de sesiones 35.º a 40.º.

de insolvencia se coordinara con la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*⁶. Además, el Grupo de Trabajo VI colaboró estrechamente con la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en la preparación del capítulo sobre conflicto de leyes. Por otra parte, el Grupo de Trabajo VI trabajó en coordinación con el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) para evitar una duplicación con el Convenio relativo a las garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil (Ciudad del Cabo, 2001) y con el Convenio del UNIDROIT sobre el régimen sustantivo aplicable en materia de valores depositados en poder de un intermediario.

En su 39.º período de sesiones, en 2006, la Comisión examinó y aprobó en principio el contenido de las recomendaciones de la guía sobre las operaciones garantizadas⁷. Las negociaciones finales acerca del proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas tuvieron lugar durante el 40.º período de sesiones de la Comisión, celebrado en Viena del 25 de junio al 12 de julio de 2007 (primera parte)⁸ y del 10 al 14 de diciembre de 2007 (segunda parte), y el texto fue aprobado por consenso el 14 de diciembre de 2007 (véase el anexo II.A)⁹. Posteriormente, la Asamblea General aprobó la resolución 63/121, de 11 de diciembre de 2008 (véase el anexo II.B). En esta resolución, la Asamblea General expresó su reconocimiento a la CNUDMI por la labor realizada para terminar y adoptar la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre las Operaciones Garantizadas*, pidió al Secretario General que difundiera ampliamente la *Guía* y recomendó a los Estados que adoptaran tanto la *Guía* como la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional, cuyos principios también vienen reflejados en la *Guía*.

⁶Publicación de las Naciones Unidas, Núm. de venta: S.05.V.10. Los informes de los dos períodos de sesiones conjuntos del Grupo de Trabajo V y el Grupo de Trabajo VI figuran en los documentos A/CN.9/535 y A/CN.9/550. En esos períodos de sesiones, los Grupos de Trabajo examinaron los documentos A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.5, A/CN.9/WG.V/WP.70 y A/CN.9/WG.V/WP.71.

⁷*Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento Núm. 17 (A/61/17)*, párr. 13. El proyecto de guía figuraba en los documentos A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.3, A/CN.9/WG.VI/WP.24 y Add.5, A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4 a Add.8 y A/CN.9/611 y Add.1 y Add.2.

⁸*Ibíd.*, *sexagésimo segundo período de sesiones, Suplemento Núm. 17 (A/62/17 (Part I))*, párr. 154. El proyecto de guía figura en los documentos A/CN.9/631 y Add.1 a Add.11.

⁹*Ibíd.*, *sexagésimo segundo período de sesiones, Suplemento Núm. 17 (A/62/17 (Part II))*, párrs. 99 y 100. El proyecto de guía figuraba en los documentos A/CN.9/631/Add. 1 a Add.3, A/CN.9/637 y Add.1 a Add.8.

Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
Prefacio		iii
Introducción	1-89	1
A. Finalidad de la <i>Guía</i>	1-14	1
B. Terminología e interpretación	15-20	5
C. Ejemplos de prácticas de financiación que abarca la <i>Guía</i>	21-42	14
1. Financiación de la adquisición de existencias y bienes de equipo.	22-27	14
2. Financiación de préstamos renovables con garantía sobre existencias y créditos por cobrar.	28-30	15
3. Facturaje	31-34	16
4. Bursatilización	35-37	17
5. Financiación a plazo	38-40	18
6. Transferencia de la titularidad con fines de garantía.	41-42	18
D. Objetivos clave y principios fundamentales de todo régimen eficaz y eficiente de las operaciones garantizadas	43-72	19
1. Generalidades	43-45	19
2. Objetivos clave	46-59	20
3. Principios fundamentales	60-72	23
E. Aplicación de un nuevo régimen de las operaciones garantizadas	73-89	28
1. Generalidades	73-75	28
2. Armonización con el derecho vigente.	76-79	29
3. Cuestiones de método legislativo y técnicas de redacción	80-83	30
4. Cuestiones relativas a la asimilación tras la promulgación.	84-89	31
F. Recomendación 1		32
I. Ámbito de aplicación, criterios básicos aplicables a las operaciones garantizadas y temas generales comunes a todos los capítulos de la <i>Guía</i>	1-122	43
A. Observaciones generales	1-122	43
1. Introducción	1	43
2. Ámbito de aplicación	2-44	43
3. Criterios básicos aplicables a las operaciones garantizadas	45-112	55
4. Otras dos ideas rectoras comunes a todos los capítulos de la <i>Guía</i>	113-122	73
B. Recomendaciones 2 a 12		75
II. Constitución de una garantía real (validez entre las partes).	1-128	79
A. Observaciones generales	1-102	79
1. Introducción	1-11	79
2. Constitución de una garantía real (validez entre las partes)	12-25	81
3. Elementos esenciales de un acuerdo de garantía	26-29	85
4. Forma de un acuerdo de garantía	30-33	86
5. Las partes en un acuerdo de garantía	34-37	87

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
6. Obligaciones garantizadas por un acuerdo de garantía	38-48	88
7. Bienes que son objeto de un acuerdo de garantía	49-71	91
8. Constitución de una garantía real sobre el producto	72-85	98
9. Productos mezclados	86-89	103
10. Bienes corporales mezclados en una masa	90-92	104
11. Bienes corporales mezclados en un producto	93-95	104
12. Constitución o continuidad de una garantía real sobre un bien incorporado	96-99	105
13. Constitución o continuidad de una garantía real sobre una masa o producto	100-102	106
B. Observaciones específicamente relacionadas con los bienes	103-128	107
1. Eficacia de una cesión global de créditos por cobrar y de una cesión de un crédito futuro por cobrar, una fracción de un derecho, o un derecho indiviso sobre un crédito por cobrar	103-105	107
2. Eficacia de una cesión de créditos por cobrar efectuada a pesar de la existencia de una cláusula de intransferibilidad	106-110	108
3. Constitución de una garantía real sobre un derecho personal o real que respalde un crédito por cobrar, un título negociable o cualquier otro bien inmaterial	111-122	109
4. Constitución de una garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria	123-125	111
5. Constitución de una garantía real sobre un derecho a recibir el producto de una promesa independiente	126-127	112
6. Constitución de una garantía real sobre un documento negociable o un bien corporal que sea objeto de un documento negociable	128	113
C. Recomendaciones 13 a 28		113
III. Oponibilidad de una garantía real a terceros	1-158	119
A. Observaciones generales	1-127	119
1. Introducción	1-4	119
2. Cuestiones de política fundamentales	5-28	120
3. Inscripción en un registro general de garantías reales	29-46	127
4. Posesión	47-66	131
5. Inscripción en un registro especial o anotación en un certificado de titularidad	67-86	136
6. Oponibilidad automática a terceros de una garantía real constituida sobre el producto de un bien gravado	87-96	142
7. Oponibilidad a terceros de una garantía real sobre un accesorio fijo	97-107	145
8. Oponibilidad a terceros automática de una garantía real sobre una masa de bienes o un producto	108-116	148
9. Subsistencia de la oponibilidad a terceros de una garantía real después de un cambio de la ubicación del bien o del otorgante	117-119	150
10. Subsistencia y lapso de la oponibilidad a terceros	120-127	151
B. Observaciones relativas a ciertos bienes	128-158	154

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
1. Oponibilidad de una garantía constituida sobre un derecho personal o real que garantice el pago de un crédito por cobrar, de un título negociable o de cualquier otro bien material	128-137	154
2. Oponibilidad a terceros de una garantía real sobre el derecho al pago de los fondos acreditados en una cuenta bancaria	138-148	156
3. Oponibilidad a terceros de una garantía real constituida sobre el derecho a recibir el producto de una promesa independiente	149-153	159
4. Oponibilidad a terceros de una garantía real sobre un documento negociable o sobre un bien corporal que sea objeto de un documento negociable	154-158	160
C. Recomendaciones 29 a 53		162
IV. El sistema de registro	1-117	159
A. Observaciones generales	1-117	159
1. Introducción	1-6	159
2. Marco funcional del registro	7-46	160
3. Seguridad e integridad del fichero del registro	47-54	172
4. Responsabilidad por la pérdida o el daño	55-64	175
5. Contenido obligatorio de la notificación inscrita	65-97	177
6. Inscripción anticipada y una sola inscripción para múltiples garantías reales	98-101	187
7. Momento en que surtirá efecto la inscripción de una notificación o una enmienda	102-105	188
8. Autorización para efectuar una inscripción	106	189
9. Cancelación o enmienda de una notificación inscrita	107-116	190
10. Registros especiales	117	192
B. Recomendaciones 54 a 75		192
V. Prelación de una garantía real	1-169	199
A. Observaciones generales	1-150	199
1. Introducción	1-10	199
2. Alcance de la prelación	11-19	202
3. Criterios para establecer reglas de prelación	20-26	204
4. Distintas bases para determinar la prelación	27-41	206
5. Reglas para determinar la prelación entre acreedores concurrentes	42-124	209
6. Alcance e interpretación de las reglas de prelación	125-150	234
B. Observaciones específicamente relacionadas con los bienes	151-169	241
1. Orden de prelación de una garantía real sobre un título negociable	154-156	242
2. Orden de prelación de una garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria	157-163	242
3. Orden de prelación de una garantía real sobre una suma monetaria	164	244
4. Orden de prelación de una garantía real sobre el producto de una promesa independiente	165-166	244

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
5. Orden de prelación de una garantía real sobre un documento negociable o un bien corporal que sea objeto de un documento negociable	167-169	245
C. Recomendaciones 76 a 109		246
VI. Derechos y obligaciones de las partes en un acuerdo de garantía	1-80	253
A. Observaciones generales	1-68	253
1. Introducción	1-7	253
2. Autonomía contractual de las partes	8-15	254
3. Reglas imperativas antes de todo incumplimiento	16-39	257
4. Reglas no imperativas aplicables antes del incumplimiento	40-46	263
5. Reglas no imperativas típicas aplicables antes del incumplimiento	47-68	265
B. Observaciones específicamente relacionadas con los bienes	69-80	271
1. Declaraciones del cedente	73	272
2. Derecho a notificar al deudor del crédito	74-75	272
3. Derecho al cobro del crédito	76-80	273
C. Recomendaciones 110 a 116		275
VII. Derechos y obligaciones de terceros deudores	1-45	277
A. Observaciones generales	1-45	277
1. Introducción	1-6	277
2. Efecto de una garantía real sobre las obligaciones de un tercero deudor	7-45	278
B. Recomendaciones 117 a 130		289
VIII. Ejecución de una garantía real	1-112	295
A. Observaciones generales	1-92	295
1. Introducción	1-9	295
2. Principios generales de la vía ejecutoria	10-36	297
3. Medios procesales previos a la ejecución y derechos del otorgante	37-48	307
4. Ejecución extrajudicial de los derechos del acreedor garantizado	49-73	311
5. Efectos de la ejecución	74-81	320
6. Ejecución de una garantía real sobre el producto de la venta del bien gravado	82-84	322
7. Intersección de los regímenes ejecutorios de la propiedad mobiliaria y de la propiedad inmobiliaria	85-89	323
8. Ejecución de una garantía real constituida sobre un accesorio fijo de otro bien mueble, o sobre una masa de bienes o un producto acabado	90-92	325
B. Observaciones relativas a ciertos bienes	93-112	327
1. Generalidades	93	327
2. Ejecución de una garantía real sobre un crédito por cobrar	94-98	327
3. Ejecución en el caso de la cesión pura y simple de un crédito por cobrar	99-101	328
4. Ejecución de una garantía real sobre un título negociable	102-104	329

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
5. Ejecución de una garantía real sobre un derecho al cobro de fondos acreditados en una cuenta bancaria	105-108	330
6. Ejecución de una garantía real sobre el derecho de percibir el producto de una promesa independiente	109-110	331
7. Ejecución de una garantía real sobre un documento negociable o un bien corporal representado por un documento negociable.	111-112	332
C. Recomendaciones 131 a 177		332
IX. Financiación de adquisiciones	1-213	341
A. Observaciones generales	1-213	341
1. Introducción	1-5	341
2. Terminología y diversas modalidades de la financiación de adquisiciones	6-12	342
3. Contexto comercial	13-43	343
4. Enfoques de la financiación de la adquisición de bienes corporales	44-59	351
5. Opciones normativas básicas	60-84	356
6. Constitución de una garantía (validez entre las partes).	85-95	363
7. Oponibilidad a terceros.	96-115	366
8. Prelación	116-182	371
9. Derechos y obligaciones de las partes con anterioridad al incumplimiento	183-187	391
10. Ejecución.	188-196	392
11. Conflicto de leyes	197-200	395
12. Transición	201-205	396
13. Insolvencia	206-213	397
B. Recomendaciones 178 a 202		399
X. Conflicto de leyes	1-87	409
A. Observaciones generales	1-82	409
1. Introducción	1-9	409
2. Alcance de las reglas de conflicto de leyes.	10-14	411
3. Reglas de conflicto de leyes que rigen la constitución, oponibilidad a terceros y orden de prelación de una garantía real.	15-27	413
4. Régimen aplicable a la constitución, oponibilidad y prelación de una garantía real sobre un bien corporal	28-38	415
5. Ley aplicable a la constitución, oponibilidad a terceros y prelación de una garantía real sobre un bien inmaterial.	39-54	419
6. Ley aplicable a la constitución, oponibilidad a terceros y prelación de una garantía real sobre el producto	55-60	423
7. Ley aplicable a los derechos y obligaciones de las partes en el acuerdo de garantía.	61	424
8. Ley aplicable a los derechos y obligaciones de terceros deudores	62-63	424
9. Ley aplicable a la ejecución de una garantía real	64-72	425
10. Reglas para determinar la ubicación y el momento adecuado	73-78	427
11. Orden público y reglas imperativas desde una perspectiva internacional	79	429

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
12. Consecuencias de la apertura de un procedimiento de insolvencia sobre la ley aplicable a las garantías reales . . .	80-82	429
B. Observaciones específicas relativas a Estados que tienen varias unidades territoriales	83-87	430
C. Recomendaciones 203 a 227		431
XI. Transición	1-33	437
A. Observaciones generales	1-33	437
1. Introducción	1-3	437
2. Fecha de entrada en vigor del nuevo régimen legal	4-6	438
3. Método general aplicable a los derechos adquiridos	7-12	439
4. Cuestiones que habrán de abordarse en las disposiciones transitorias	13-33	440
B. Recomendaciones 228 a 234		447
XII. Las repercusiones de la insolvencia en las garantías reales	1-67	449
A. Observaciones generales	1-67	449
1. Introducción	1-6	449
2. Terminología	7-12	450
3. Principios generales relativos a las garantías reales en la insolvencia	13	452
4. Ley aplicable en el procedimiento de insolvencia	14-17	452
5. Régimen aplicable a los bienes gravados	18-36	453
6. Financiación posterior a la apertura	37-38	458
7. Régimen aplicable a los contratos	39-42	459
8. Procedimientos de impugnación y anulación	43-44	460
9. Participación de los acreedores garantizados en el procedimiento de insolvencia	45-46	460
10. Procedimiento de reorganización	47-53	461
11. Procedimiento de reorganización agilizado	54-55	462
12. Régimen aplicable a los créditos garantizados	56-58	463
13. Clasificación de los créditos garantizados por el grado de prelación	59-63	464
14. Operaciones de financiación de adquisiciones	64-66	465
15. Créditos por cobrar sujetos a una cesión pura y simple antes de la apertura	67	466
B. Recomendaciones		466
<i>Anexos</i>		
I. Terminología y recomendaciones de la <i>Guía Legislativa de la CNUDMI sobre las Operaciones Garantizadas</i>		481
II. Resolución de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, y resolución 63/121 de la Asamblea General		565
A. Resolución de la Comisión		565
B. Resolución 63/121 de la Asamblea General		566
Índice alfabético		569

Introducción

A. Finalidad de la *Guía*

1. La finalidad de la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre las Operaciones Garantizadas* (en adelante, la “*Guía*”) es prestar asistencia a los Estados en la elaboración de un régimen moderno de las operaciones garantizadas¹ (es decir, un régimen por el que se regulen las operaciones por las que se constituya una garantía real sobre bienes muebles), a fin de promover la oferta de crédito garantizado. La *Guía* tiene por objeto ofrecer una ayuda a los Estados que aún no dispongan de un régimen eficiente y eficaz de las operaciones garantizadas, así como a los que ya cuenten con un régimen en vigor, pero que deseen modernizarlo y armonizar sus propias leyes con las de otros Estados.

2. La *Guía* se basa en la premisa de que todo régimen sólido de las operaciones garantizadas puede aportar notables beneficios económicos a los Estados que lo adopten, concretamente atrayendo fondos de prestamistas nacionales y extranjeros y de otras entidades crediticias, fomentando así la creación y la expansión de empresas nacionales (en especial, de las pequeñas y medianas empresas) y, en general, incrementando el comercio. Tal legislación puede también beneficiar a los consumidores, al contribuir a abaratar el costo de los bienes y servicios y a facilitar la concesión de créditos al consumidor con tipos de interés asequibles. Con el fin de cumplir plenamente sus objetivos, un régimen de las operaciones garantizadas debe estar respaldado por un sistema judicial y otros mecanismos coercitivos eficaces y eficientes, así como por un régimen de la insolvencia en que se respeten los derechos dimanantes del régimen de las operaciones garantizadas (como el régimen de la insolvencia recomendado en la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*; en adelante, “la *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia*”)².

3. En la *Guía* se procura superar las disparidades que pueda haber entre los diversos regímenes brindando soluciones pragmáticas y de eficacia probada que puedan ser aceptadas y aplicadas por Estados con diversos tipos de ordenamientos (de tradición romanística, de *common law*, de derecho chino, islámico y de otras tradiciones), y por Estados con economías en desarrollo o desarrolladas. La *Guía* tiene por objeto propiciar leyes que reporten ventajas económicas prácticas a los Estados que las promulguen. Si bien es posible que los Estados tengan que afrontar gastos previsibles, aunque limitados, para aplicar un régimen de las operaciones garantizadas, las experiencias registradas hasta la fecha en numerosos países demuestran que las ventajas que se obtengan a corto y a largo plazo compensarán con creces esos gastos.

¹Al igual que otros términos y expresiones que figuran en la *Guía*, el concepto de “operación garantizada” viene explicado en la sección B de la Introducción. Por consiguiente, el lector de la *Guía* tal vez desee remitirse a dicha sección.

²Publicación de las Naciones Unidas, Núm. de venta: S.05.V.10. En el capítulo XII de la *Guía* se analizan las repercusiones de la insolvencia en las garantías reales. Este análisis es exhaustivo y acorde con la *Guía de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*. Así pues, se han incorporado al capítulo XII de la presente *Guía* las recomendaciones clave de la *Guía de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia* especialmente relacionadas con las garantías reales, así como algunas recomendaciones suplementarias que tratan de cuestiones examinadas en la *Guía de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia* pero que no son objeto de recomendaciones en ella.

4. Todas las empresas, bien se dediquen a la minería, la explotación de bosques, la agricultura, la fabricación o distribución de productos, la prestación de servicios o la venta al por menor, necesitan capital de explotación para poder funcionar, crecer y competir con éxito en el mercado. En los estudios realizados por organizaciones como el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF), el Fondo Monetario Internacional, el Banco Asiático de Desarrollo y el Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo (BERD) ha quedado bien demostrado que una de las vías más eficaces para facilitar capital de explotación a las empresas comerciales es la del crédito garantizado.

5. La clave de la eficacia del crédito garantizado es que permite a una empresa deudora utilizar el valor de sus propios bienes para reducir el riesgo del acreedor frente al incumplimiento del reembolso de los créditos, ofreciéndole con los bienes dados en garantía otro medio para cobrar su crédito en caso de incumplimiento de la obligación garantizada. Al ser conscientes los posibles acreedores de que disminuye el riesgo de incumplimiento del reembolso del crédito otorgado, es probable que estén más dispuestos a conceder crédito en mayor cantidad y a un precio inferior.

6. La adopción de un régimen jurídico que respalde las operaciones garantizadas es un factor decisivo para reducir el riesgo que puedan temer los acreedores y para fomentar la oferta de crédito garantizado. Éste está más al alcance de las empresas en los Estados que disponen de una legislación eficaz y eficiente en virtud de la cual los acreedores pueden saber y prever las consecuencias de todo incumplimiento por parte de los deudores. En cambio, el costo del crédito se eleva en los Estados cuyo régimen incierto hace temer riesgos importantes a los acreedores, lo que los lleva a exigir una mayor compensación por evaluar y asumir los riesgos. En algunos Estados que no disponen de un régimen eficiente y eficaz para las operaciones garantizadas, ni de un régimen de la insolvencia en que se reconozcan las garantías reales, las pequeñas y medianas empresas, al igual que los consumidores, se han visto prácticamente privadas de crédito.

7. Ayudar a la creación de empresas y a su crecimiento, adoptando un régimen jurídico que promueva la concesión de crédito garantizado, puede contribuir a la prosperidad económica general de un Estado. Así pues, los Estados que carecen de un régimen eficiente y eficaz de las operaciones garantizadas pueden estarse privando de importantes ventajas económicas.

8. A fin de promover con más eficiencia la oferta de crédito garantizado, en la *Guía* se sugiere que el régimen de las operaciones garantizadas esté estructurado de manera que permita a las empresas aprovechar al máximo el valor de sus propios bienes muebles para obtener crédito. A este respecto, la *Guía* adopta dos de los conceptos más importantes para asegurar el éxito de todo régimen de las operaciones garantizadas. El primer concepto es el de la oponibilidad a terceros (distinguiéndolo del concepto de eficacia entre las partes). Un elemento esencial de este concepto consiste en un mecanismo sencillo para lograr la oponibilidad a terceros de las garantías mediante su inscripción en un registro público, de forma rápida y poco costosa. El segundo concepto es el de prelación, que hace posible la existencia simultánea de garantías reales con mayor o menor preferencia sobre un mismo bien, permite a las empresas sacar el máximo provecho del valor de sus bienes para obtener crédito garantizado de más de un acreedor dando los mismos bienes en garantía, y a su vez permite que cada acreedor sepa el grado de prelación que tiene su respectiva garantía. Estos dos conceptos se examinan pormenorizadamente en los capítulos III y V de la *Guía*.

9. El régimen jurídico previsto en la *Guía* es de carácter puramente nacional. La *Guía* está destinada a los legisladores nacionales que se propongan reformar el régimen aplicable a

las operaciones garantizadas en sus respectivos países. No obstante, dado que a menudo en este tipo de operaciones las partes y los bienes se encuentran en distintos Estados, la *Guía* también procura regular el reconocimiento de las garantías reales y de los mecanismos de garantía basados en la titularidad (como por ejemplo, el de retención de la titularidad de bienes corporales y los arrendamientos financieros de bienes corporales) que se han constituido efectivamente en otros Estados. Este reconocimiento supondría para los titulares de esos derechos una notable mejora respecto de las leyes vigentes en muchos Estados, en virtud de las cuales esos derechos con frecuencia se pierden en cuanto un bien gravado se traslada al territorio de otro Estado, y serviría de gran incentivo a los prestamistas para que otorgaran crédito financiero en operaciones transfronterizas; tal resultado podría dar lugar a un incremento del comercio internacional.

10. A lo largo de toda la *Guía* se procura compaginar los intereses de los deudores con los de los acreedores (ya sean garantizados, privilegiados u ordinarios), los terceros que resulten afectados (como, por ejemplo, los compradores y demás beneficiarios de la transferencia de bienes gravados), y el Estado. Para aplicar un criterio equilibrado la *Guía* parte de la premisa de que, como lo demuestra sobradamente la experiencia registrada hasta la fecha, todos los prestamistas aceptarán ese criterio y, en consecuencia, estarán dispuestos a conceder crédito, siempre y cuando las leyes (y la infraestructura jurídica y estatal de la que formen parte) les permitan determinar con un alto grado de seguridad los riesgos que entrañe la operación y puedan confiar en que, en última instancia, les sea posible obtener el valor económico de los bienes gravados en caso de impago u otro tipo de incumplimiento del deudor. Para lograr ese equilibrio, es indispensable coordinar estrechamente el régimen de las operaciones garantizadas con el régimen de la insolvencia, incluidas las disposiciones que regulen las garantías reales en caso de que una empresa sea objeto de un procedimiento de reorganización o de liquidación. Además, es necesaria una mayor protección de determinados deudores, por ejemplo, cuando se trate de consumidores. Así pues, si bien el régimen previsto en la *Guía* regulará muchos tipos de operaciones en las que intervengan consumidores, no se pretende que prevalezca sobre las leyes de protección del consumidor, ni que formule las políticas en la materia, habida cuenta de que esas cuestiones no se prestan a la unificación.

11. Con el mismo espíritu se abordan en la *Guía* las inquietudes expresadas con respecto al crédito garantizado. Una de ellas es que conceder a un acreedor un crédito privilegiado respecto de todos o casi todos los bienes de una persona parecería restar posibilidades a ésta para obtener crédito de otras fuentes. Otro problema es la posibilidad de que un acreedor garantizado ejerza influencia sobre la empresa del otorgante, hasta el punto de que pueda embargar o amenazar con embargar los bienes gravados en caso de incumplimiento. También se ha expresado el temor de que, en caso de insolvencia, el acreedor garantizado se quede con todos los bienes del deudor o con la mayoría de ellos, dejando muy poco para los acreedores ordinarios, que pueden no estar en condiciones de negociar una garantía real sobre dichos bienes. En la *Guía* se examinan los inconvenientes planteados y, cuando se considera que esos temores están fundados, se sugieren soluciones de carácter equilibrado.

12. La *Guía* se inspira en los siguientes instrumentos de la CNUDMI y de otras organizaciones: la Ley Modelo sobre Operaciones Garantizadas, concluida por el BERD en 1994³; los principios generales del BERD relativos al régimen legal de las operaciones garantiza-

³Ley Modelo sobre las Operaciones Garantizadas, publicada en Londres por el Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo en 1994.

das, concluidos en 1997⁴; la Ley Uniforme de la Organización para la Armonización de la Legislación Empresarial en África (OHADA) relativa a las garantías reales, preparada en 1997⁵; los estudios sobre la reforma del régimen legal de la insolvencia y las operaciones garantizadas en Asia, y la Guía sobre los registros de bienes muebles, preparados por el Banco Asiático de Desarrollo⁶; la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional (en adelante denominada “la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos”), adoptada en 2001⁷; el Convenio relativo a las garantías reales internacionales sobre bienes de equipo móvil, aprobado en 2001, y los protocolos pertinentes⁸; la Ley Modelo Interamericana de Garantías Mobiliarias, preparada en 2002 por la Organización de los Estados Americanos (OEA)⁹; la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia, concluida en 2004¹⁰; el Convenio sobre la ley aplicable a ciertos derechos sobre valores depositados en poder de un intermediario, adoptado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en 2002 (en adelante “el Convenio de La Haya sobre Valores”)¹¹, y el Convenio del UNIDROIT sobre el régimen sustantivo aplicable en materia de valores depositados en poder de un intermediario (Ginebra, 2009)¹².

13. En la sección B, referente a la terminología y a la interpretación, se enuncian los principios que guían la interpretación de los términos empleados en la *Guía*. En el glosario que figura al principio de la *Guía* se presentan conceptos clave y se explica su significado preciso. En la sección C, que figura a continuación, se ofrece una presentación de los diversos tipos de prácticas de financiación que la *Guía* pretende regular, pues son las que actualmente se siguen en muchos Estados. Ello tiene la finalidad de ilustrar las diversas operaciones crediticias que la *Guía* pretende abordar con sus recomendaciones. En la sección D se enuncian los objetivos clave y las políticas fundamentales de todo régimen eficaz y eficiente de las operaciones garantizadas. Los objetivos clave enumerados en la sección D.1 se basan en la reflexión sobre los principales objetivos de la legislación en materia de operaciones garantizadas, conforme a la labor realizada por otras organizaciones, y se complementan con otras consideraciones derivadas de la labor realizada por la propia CNUDMI en materia de financiación de los créditos por cobrar y de la insolvencia. En la sección D.2 se exponen diversas políticas fundamentales que marcan la pauta de las recomendaciones de la *Guía*. Estas políticas se describen con el fin de poner de relieve los rasgos fundamentales de la *Guía*, la cual puede apartarse en ciertos aspectos de la legislación actual de muchos Estados, y con objeto de establecer un vínculo entre los objetivos clave y las recomendaciones concretas de la *Guía*.

14. En la sección E se examinan una serie de cuestiones relativas a la aplicación de un nuevo régimen de las operaciones garantizadas. En la sección E.2 se aborda la cuestión del modo en que los Estados pueden garantizar que la legislación que promulguen

⁴<http://www.ebrd.com/country/sector/law/st/core/model/core.htm>

⁵<http://www.ohada.com/textes.php?categorie=458>

⁶Véase *Law and Policy Reform at the Asian Development Bank 2000*, vol. I (abril de 2000), *Law and Policy Reform at the Asian Development Bank 2000*, vol. II (diciembre de 2000) y *Law and Policy Reform at the Asian Development Bank—A Guide to Movable Registries* (diciembre de 2002).

⁷Publicación de las Naciones Unidas, Núm. de venta: S.04.V.14.

⁸Convenio de Ciudad del Cabo y Protocolo sobre aeronaves, Actas de la Conferencia Diplomática de Ciudad del Cabo de 2006, Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), Roma.

⁹http://www.oas.org/dil/cidip-vi-securedtransactions_eng.htm

¹⁰Véase nota 2 *supra*.

¹¹*Proceedings of the Nineteenth Session (2002), tome II, Securities, HCCH*, 2006 y http://hcch-e-vision.ul/index_en.php?act=conventions.text&cid=72

¹²<http://www.unidroit.org/english/conventions/2009intermediatedsecurities/main.htm>

ateniéndose a las recomendaciones de la *Guía* quedará efectivamente integrada en el marco jurídico vigente. En la sección E.3 se analiza el modo en que las recomendaciones de la *Guía* pueden aplicarse de forma coherente con diversos métodos de redacción legislativa, mientras que en la sección E.4 se sugieren a los Estados varias medidas posteriores a la aplicación que podrían adoptar a fin de que su régimen revisado de las operaciones garantizadas sea eficaz en la práctica. La introducción concluye con la primera recomendación de la *Guía*, en la que se indican los objetivos clave que los Estados deben perseguir a la hora de elaborar un régimen eficaz y eficiente de las operaciones garantizadas.

B. Terminología e interpretación

15. En el régimen de las operaciones garantizadas confluyen varias ramas del derecho interno. Por consiguiente, a fin de garantizar la claridad y de reducir al mínimo las percepciones erróneas, la *Guía* adopta una terminología precisa para definir los conceptos básicos de todo régimen eficaz de las operaciones garantizadas. Los términos y expresiones que se emplean no se han extraído de ningún ordenamiento jurídico en concreto. Aun cuando pueda parecer que un concepto coincide con el vigente en un determinado derecho interno (ya sea en un régimen de las operaciones garantizadas o en otro tipo de legislación), la *Guía* no pretende que se adopte el significado que ese concepto tenga en el ordenamiento jurídico de que se trate. Más bien, a fin de facilitar una comunicación precisa que no dependa de ningún ordenamiento jurídico nacional en particular, la *Guía* contiene un glosario de los términos y expresiones clave que se emplean en ella (véase más adelante). Este glosario tiene la finalidad de propiciar una comprensión uniforme de las recomendaciones de la *Guía* por parte de sus lectores, ofreciéndoles un vocabulario común y un marco conceptual. Esta sección constituye, por lo tanto, un componente esencial de la *Guía*.

16. El alcance y el contenido de cada recomendación dependen del significado de las expresiones y términos definidos que contenga. Cuando los Estados promulguen un régimen de las operaciones garantizadas, es importante que en la medida en que aún no forman parte del derecho interno se definan totalmente los términos y conceptos. En algunas recomendaciones se emplean términos o expresiones definidos en esas recomendaciones. Mientras que el significado de los términos enumerados más adelante se amplía en recomendaciones donde se utilizan tales términos o en capítulos concretos de la *Guía*. Lo ideal sería que los Estados incorporaran simplemente esos términos y conceptos al nuevo régimen, modificando, cuando fuera necesario, la terminología, pero manteniendo el contenido de los conceptos. Otra posibilidad consistiría en que los Estados se plantearan adoptar las definiciones de la *Guía* como base para formular definiciones en una ley que contemple las recomendaciones de la *Guía*. En ambos casos se podría contribuir a evitar que se hicieran cambios sustantivos por inadvertencia, a lograr la interpretación más uniforme posible de la nueva legislación y a promover la armonización entre los regímenes de las operaciones garantizadas.

17. En las recomendaciones de la *Guía*, la conjunción “o” no pretende ser exclusiva; el uso del singular implica también el plural y viceversa; en las frases que empiecen con “incluido” e “inclusive” no se pretende dar una enumeración exhaustiva; la forma verbal “podrá” indica una posible opción, mientras que la forma verbal “deberá” implica una obligación, y las palabras “tales como” y “por ejemplo” deben interpretarse del mismo modo que las palabras “incluido” o “inclusive”. Por “acreedores” debería entenderse a los acreedores del Estado promulgante y a los acreedores extranjeros, a menos que se

especifique otra cosa. Se entenderá que el concepto de “persona” abarca tanto a las personas físicas como a las personas jurídicas, a menos que se especifique otra cosa. Las referencias al “derecho de propiedad” se han de interpretar como referencias a un derecho real (*ius in rem*) en contraposición a un derecho personal (*ius ad personam*).

18. Algunos Estados tal vez opten por aplicar las recomendaciones de la *Guía* mediante la adopción de una única ley de carácter amplio (un método que es más probable que propicie un texto coherente sin errores por omisión o mala interpretación). Mientras que otros Estados quizá traten de modificar su cuerpo de leyes mediante la inserción de algunas reglas específicas en varias leyes. En la *Guía* los términos “el régimen” o “el presente régimen” se entienden referidos a la totalidad de reglas recomendadas, independientemente del método elegido para su aplicación.

19. En la *Guía* también se utiliza el término “ley” o “régimen” en varios otros contextos. A menos que se haya dispuesto expresamente otra cosa, en toda la *Guía*: *a*) cuando se mencione el término ley o régimen se entenderá que abarca tanto la legislación como el derecho de origen no legislativo; *b*) el término derecho se referirá al derecho interno, con exclusión de las reglas sobre conflictos de leyes (para evitar el reenvío); *c*) toda remisión a “otra ley” se entenderá referida a toda la legislación de un Estado (tanto de índole sustantiva como procesal) distinta de la que incorpora el régimen de las operaciones garantizadas (ya sea preexistente, recientemente adoptado o modificado de conformidad con las recomendaciones de la *Guía*); *d*) toda remisión a la “ley que rige los títulos negociables” abarcará no sólo una ley especial o rama del derecho denominada “régimen de los títulos negociables”, sino que comprenderá también todas las leyes sobre contratos y demás leyes generales que pudiesen aplicarse a las operaciones o situaciones cuyo objeto fuesen títulos negociables (la misma norma se aplica a las expresiones análogas), y *e*) toda remisión al “régimen de la insolvencia” tendrá también un alcance general similar, pero solamente se referirá al derecho que podrá aplicarse a la apertura y las actuaciones de los procedimientos de insolvencia.

20. En el siguiente glosario se exponen los principales términos y conceptos empleados y se explica el significado básico que tienen en la presente *Guía*. Ese significado se define con mayor precisión cuando los términos y conceptos se utilizan en varios capítulos, en los que también se definen y utilizan otros términos y conceptos (como es el caso, por ejemplo, en el capítulo XII, relativo a los efectos de la insolvencia sobre una garantía real). Las definiciones suplementarias deberán interpretarse habida cuenta de las recomendaciones pertinentes. A continuación se definen los términos y conceptos principales empleados en la *Guía* y se explica su significado fundamental.

Por “acreedor garantizado” se entenderá todo acreedor que tenga un derecho de garantía. Si bien la transferencia pura y simple de un crédito por cobrar no garantiza el cumplimiento de una obligación, para facilitar las consultas el concepto englobará también al cesionario en una cesión pura y simple de un crédito por cobrar¹³;

Por “acreedor garantizado financiador de adquisiciones” (concepto utilizado tanto en el contexto del enfoque unitario como en el del enfoque no unitario) se entenderá todo acreedor garantizado que disponga de una garantía real para financiar adquisiciones. En el marco del enfoque unitario, el concepto engloba al vendedor con retención de la titularidad o al arrendador financiero (conceptos empleados en el contexto del enfoque no unitario);

¹³Véase el concepto de “garantía real”, así como la recomendación 3 y la observación conexas.

Por “acuerdo de compensación global” se entenderá todo acuerdo celebrado entre dos o más partes que contenga una o varias de las siguientes estipulaciones:

a) La liquidación neta de los pagos abonables en una misma moneda y vendidos en una misma fecha, ya sea por novación o de alguna otra forma;

b) A raíz de la insolvencia o de otro tipo de incumplimiento de una de las partes en dicho acuerdo, la liquidación de todas las operaciones pendientes a su valor real de mercado o a su valor de sustitución, para la conversión de las sumas resultantes a una sola moneda y a un único saldo neto que una de las partes abonará a la otra; o

c) La compensación de los saldos calculados en la forma indicada en el inciso b) que sean adeudados en virtud de dos o más acuerdos de compensación global¹⁴.

Por “acuerdo de control” se entenderá un acuerdo entre el banco depositario, un otorgante y un acreedor garantizado, corroborado por un escrito firmado¹⁵, en virtud del cual el banco depositario haya accedido a seguir las instrucciones del acreedor garantizado con respecto al pago de fondos acreditados en la cuenta bancaria sin necesidad del consentimiento del otorgante;

Por “acuerdo de garantía” se entenderá un acuerdo concertado entre un otorgante y un acreedor, cualquiera que sea su forma o su terminología, en virtud del cual se constituya una garantía real. Si bien una transferencia pura y simple de un crédito por cobrar no garantiza el cumplimiento de una obligación, para facilitar las consultas, el concepto englobará también un acuerdo de cesión pura y simple de un crédito por cobrar¹⁶;

Por “bien corporal” se entenderá todo tipo de bienes muebles físicos. Entrarán en esta categoría las existencias, los bienes de equipo, los bienes incorporados o accesorios fijos, los títulos negociables, los documentos negociables y el dinero;

Por “bien de consumo” se entenderá todo bien que el otorgante utilice o que se proponga utilizar para fines personales, familiares o domésticos;

Por “bien de equipo” se entenderá todo bien corporal que una persona haya de utilizar en la explotación de su empresa;

Por “bien gravado” se entenderá el bien mueble corporal o inmaterial sobre el que se haya constituido una garantía. Este concepto engloba también el crédito por cobrar que haya sido objeto de una transferencia pura y simple¹⁷;

Por “bien incorporado a un bien inmueble” se entenderá todo bien corporal que esté tan firmemente adherido o incorporado a un bien inmueble que, a pesar de no haber perdido su identidad propia, se le considera como si fuese un bien inmueble conforme a la legislación del Estado en que se encuentre;

Por “bien incorporado a otro bien mueble” se entenderá todo bien corporal que esté adherido o incorporado a otro bien corporal, pero que no haya perdido su identidad propia;

¹⁴Véase también el apartado l) del artículo 5 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos.

¹⁵Sobre el significado del concepto de “escrito firmado” en el contexto de las comunicaciones electrónicas, véanse las recomendaciones 11 y 12.

¹⁶Véase la definición de “garantía real”, así como la recomendación 3 y el comentario pertinente.

¹⁷Ibíd.

Por “bien inmaterial” se entenderá todo tipo de bien mueble que no sea corporal, así como los derechos inmateriales, los créditos por cobrar y los derechos al cumplimiento de obligaciones que no sean créditos por cobrar;

Por “cedente” se entenderá la persona que ceda un crédito por cobrar;

Por “cesión” se entenderá la constitución de una garantía real sobre un crédito por cobrar que respalda su pago o el cumplimiento de otra obligación. Si bien una cesión que sea una transferencia pura y simple no garantiza el pago ni el cumplimiento de otra obligación, para facilitar las consultas, el término englobará también la transferencia pura y simple de un crédito¹⁸;

Por “cesión subsiguiente” se entenderá toda cesión realizada por el cesionario inicial o por cualquier otro cesionario¹⁹. En toda cesión subsiguiente, la persona que haga tal cesión será el cedente y la persona a la que sea hecha será el cesionario;

Por “cesionario” se entenderá la persona a quien se ceda un crédito por cobrar²⁰;

Por “confirmante” se entenderá un banco u otra persona que agregue su propia promesa independiente a la del garante/emisor²¹;

Por “conocimiento” se entenderá todo dato o información real, y no fruto de una deducción, que se posea;

Por “contrato financiero” se entenderá toda operación al contado, a plazo, de futuros, de opción o de permuta financiera relativa a tipos de interés, productos básicos, monedas, acciones, obligaciones, índices u otros instrumentos financieros, toda operación de préstamo o de recompra o rescate de valores negociables, y cualquier otra operación similar a alguna de las anteriormente mencionadas que se concierte en un mercado financiero, así como toda combinación de las operaciones anteriormente mencionadas²²;

Por “contrato originario” se entenderá, en el contexto de un crédito por cobrar establecido mediante contrato, el contrato celebrado entre el cedente y el deudor del crédito por cobrar del que nazca el crédito;

Se goza de “control” con respecto a un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria:

a) Automáticamente al constituirse una garantía real si el banco depositario es el acreedor garantizado;

b) Si el banco depositario ha celebrado un acuerdo de control con el otorgante y con el acreedor garantizado; o

¹⁸Véase la definición de “garantía real”, así como la recomendación 3 y el comentario pertinente.

¹⁹Véase el párrafo b) del artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos.

²⁰Para los términos “cedente”, “cesión” y “cesionario”, véase también el párrafo a) del artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos.

²¹De conformidad con el artículo 6 e) de la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente, una confirmación proporciona al beneficiario la opción de exigir el pago del confirmante con arreglo a las condiciones de la promesa independiente confirmada, y no del garante/emisor (publicación de las Naciones Unidas, Núm. de venta: S.97.V.12).

²²Véase el inciso k) del artículo 5 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos; véase asimismo la expresión pertinente de la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*. La referencia a “cualquier otra operación similar a alguna de las anteriormente mencionadas que se concierte en el mercado financiero” tiene la finalidad de abarcar toda la gama de operaciones realizadas en los mercados financieros. El concepto es flexible y comprende toda operación convenida en mercados financieros en virtud de la cual los derechos al cobro se determinen en función de: a) las categorías de bienes pertinentes; o b) las medidas cuantitativas del riesgo o del valor económico o financiero de un acto o hecho imprevisto. Cabe citar como ejemplos las operaciones en virtud de las cuales los derechos al cobro se determinen por referencia a estadísticas meteorológicas, tarifas de flete, deducciones por emisión o estadísticas económicas.

c) Si el acreedor garantizado es el titular de la cuenta;

Se tiene “control” con respecto al producto de una promesa independiente:

a) Automáticamente al constituirse la garantía real si el garante/emisor, el confirmante o la persona designada son el acreedor garantizado; o

b) Si el garante/emisor, el confirmante o la persona designada han hecho un reconocimiento en favor del acreedor garantizado;

Por “crédito por cobrar” se entenderá todo derecho al cumplimiento de una obligación monetaria, a excepción de los derechos de cobro documentados por un título negociable, todo derecho a percibir el producto de una promesa independiente y todo derecho al cobro de fondos acreditados en una cuenta bancaria²³;

Por “cuenta bancaria” se entenderá toda cuenta que se mantenga en un banco y en la cual se puedan depositar o acreditar fondos. La expresión abarca las cuentas corrientes, las cuentas de ahorro y los depósitos a plazo fijo. El concepto engloba también el derecho al pago de fondos transferidos al banco a modo de reembolso anticipado de una futura obligación de pago a la que el banco se haya comprometido y el derecho al pago de fondos transferidos al banco a modo de garantía en efectivo para respaldar una obligación adeudada al banco cuando el cedente de esos fondos tenga un crédito sobre esos fondos si, en virtud del derecho interno, la obligación del banco es una cuenta bancaria. Este concepto no incluye los créditos frente a un banco documentados por un título negociable;

Por “derecho al arrendamiento financiero” (concepto utilizado únicamente en el contexto del enfoque no unitario de la financiación de adquisiciones) se entenderá el derecho de un arrendador sobre un bien corporal (que no sea un título negociable ni un documento negociable) que sea objeto de un contrato de arrendamiento, al final de cuyo plazo:

a) El arrendatario pasa automáticamente a ser el propietario del bien corporal que sea objeto del arrendamiento;

b) El arrendatario podrá adquirir la propiedad del bien mediante el pago de un precio no superior al precio nominal; o

c) El bien sólo tiene un valor residual nominal.

El concepto incluye también un acuerdo de arrendamiento con opción de compra, aun cuando no sea denominado “arrendamiento”, siempre y cuando cumpla los requisitos de los incisos a), b) o c);

Por “derecho a la retención de la titularidad” (expresión utilizada únicamente en el contexto del enfoque no unitario de la financiación de adquisiciones) se entenderá el derecho de un vendedor sobre un bien corporal (que no sea un título negociable ni un documento negociable), conforme a un acuerdo con el comprador en virtud del cual la titularidad de ese bien no se transfiere (o no se transfiere irrevocablemente) del vendedor al comprador hasta que se haya abonado la parte no pagada del precio de compra del bien;

²³Véase el párrafo a) del artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos. Conviene señalar que, si bien esta Convención se aplica únicamente a los créditos por cobrar contractuales, la *Guía* se aplica también a los créditos por cobrar extracontractuales (véase el capítulo I, relativo al ámbito de aplicación, párr. 6); con respecto a las exclusiones de los depósitos bancarios y las cartas de crédito, y de los títulos negociables, véanse, respectivamente, los apartados f) y g) del párrafo 2 del artículo 4, y el párrafo 3 del mismo artículo de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos.

Por “derecho a percibir el producto de una promesa independiente” se entenderá el derecho a recibir un pago vencido, un giro aceptado o un pago diferido al que alguien se haya comprometido, o todo otro objeto de valor similar, que deberá pagar o entregar en cada caso el garante/emisor, el confirmante o la persona designada que entregue valor a cambio del derecho a cobrar una promesa independiente. La expresión engloba asimismo el derecho a percibir el pago derivado de la compra, por parte de un banco comercial, de un título negociable o de un documento negociable al ser uno de éstos presentado conforme proceda. La definición de ese concepto no abarca:

- a) El derecho a cobrar en virtud de una promesa independiente; ni
- b) Lo que se perciba al ser aceptada una promesa independiente²⁴;

Por “deudor” se entenderá la persona a la que corresponda cumplir la obligación garantizada, lo cual incluye a los obligados secundarios, como, por ejemplo, al garante de una obligación garantizada. El deudor no es necesariamente la persona que constituye la garantía real (véase el término “otorgante” *infra*);

Por “deudor del crédito por cobrar” se entenderá toda persona a quien corresponda pagar un crédito por cobrar. El “deudor del crédito por cobrar” puede ser un garante, u otra persona que sea subsidiariamente responsable del crédito²⁵;

Por “dinero” se entenderá toda moneda actualmente autorizada en cualquier Estado como de curso legal. El término no engloba los fondos acreditados en una cuenta bancaria ni los títulos negociables, como, por ejemplo, los cheques;

Por “documento negociable” se entenderá todo documento, como, por ejemplo, un resguardo de almacén o un conocimiento de embarque, que comporte un derecho a la entrega de bienes corporales y que cumpla los requisitos de negociabilidad en virtud del régimen aplicable a los documentos negociables;

Por “emisor” de un documento negociable se entenderá la persona que esté obligada a entregar los bienes corporales abarcados por el documento sujeto a la ley que rija los documentos negociables, con independencia de que esa persona haya accedido o no a cumplir las obligaciones derivadas del documento;

Por “existencias” se entenderán todos los bienes corporales almacenados para su venta o arrendamiento en el curso ordinario de los negocios de una persona, así como las materias primas y los bienes semielaborados (en fase de elaboración);

Por “garante/emisor” se entenderá el banco o toda otra persona que otorgue una promesa independiente;

Por “garantía real” se entenderá un derecho de propiedad sobre bienes muebles que se constituya mediante un acuerdo y que garantice el pago u otro tipo de cumplimiento de una obligación, independientemente de que las partes lo hayan calificado o no de garantía real. En el contexto del enfoque unitario de la financiación de adquisiciones, la expresión engloba tanto las garantías reales del pago de adquisiciones como las no destinadas a adquisiciones. En el contexto del enfoque no

²⁴Una garantía real sobre el derecho a percibir el producto en virtud de una promesa independiente (como bien gravado originario) es distinta de una garantía real sobre el “producto” (concepto clave de la *Guía*) dimanante de bienes abarcados por la *Guía* (véanse la definición del concepto de “producto” y la recomendación 19). Así pues, lo que se perciba a raíz de una presentación, realizada conforme a lo estipulado, de una promesa independiente constituye el “producto” del derecho al cobro del producto en virtud de una promesa independiente.

²⁵Véase el párrafo a) del artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos. El garante en una garantía accesoria no es solamente el deudor de un crédito por cobrar, cuyo pago haya garantizado, sino también el deudor de un crédito constituido en virtud de una garantía, puesto que una garantía accesoria es de por sí un crédito por cobrar (es decir, existen dos créditos por cobrar).

unitario, el concepto no incluye ningún derecho de retención de la titularidad ni de arrendamiento financiero. Si bien una cesión pura y simple de un crédito por cobrar no garantiza el pago ni otro tipo de cumplimiento de una obligación, para facilitar las consultas, el concepto de “garantía real” incluirá también el derecho del cesionario en virtud de una cesión pura y simple de un crédito²⁶. Dicho concepto no abarca los derechos personales ejercitables frente a un garante u otra persona responsable del pago de la obligación garantizada;

Por “garantía real del pago de una adquisición” (concepto utilizado tanto en el contexto del enfoque unitario como en el del enfoque no unitario de la financiación de adquisiciones) se entenderá una garantía real constituida sobre bienes corporales (que no sean ni títulos negociables ni documentos negociables), que respalde la obligación de pagar cualquier parte no abonada del precio de compra de los bienes o una obligación contraída o un crédito otorgado para facilitar al otorgante la adquisición de tales bienes. Una garantía real del pago de una adquisición no tiene que denominarse necesariamente así. En el enfoque unitario, el concepto engloba los derechos que sean derechos a la retención de la titularidad o derechos al arrendamiento financiero (conceptos empleados en el enfoque no unitario);

Por “masa de la insolvencia” se entenderá todo el conjunto de bienes del deudor que estén sujetos al procedimiento de insolvencia;

Por “masa o producto” se entenderá los bienes corporales que no sean dinero, que estén tan estrechamente unidos a otros bienes corporales, o mezclados con ellos, que hayan perdido su identidad propia;

Por “notificación” se entenderá toda comunicación hecha por escrito²⁷;

Por “notificación de la cesión” se entenderá una comunicación hecha por escrito en la que se especifiquen suficientemente los créditos cedidos y la identidad del cesionario²⁸;

Por “obligación garantizada” se entenderá toda obligación cuyo cumplimiento esté amparado por una garantía real;

Por “operación garantizada” se entenderá toda operación por la que se constituya una garantía real. Si bien una cesión pura y simple no garantiza el cumplimiento de una obligación, para facilitar las consultas, el concepto definido englobará también las cesiones puras y simples de créditos por cobrar²⁹;

Por “otorgante” se entenderá toda persona que constituya una garantía real con objeto de respaldar su propia obligación o la de otra persona³⁰. Con arreglo al enfoque unitario de la financiación de adquisiciones, el “otorgante” de una garantía real del pago de una adquisición incluye al comprador con retención de la titularidad y al arrendatario financiero. Si bien el cedente en una cesión pura y simple de un crédito por cobrar no cede el crédito para garantizar el cumplimiento de una obligación, a fin de facilitar las consultas, el término “otorgante” englobará también al cedente en una cesión pura y simple de un crédito por cobrar³¹;

²⁶Véase el capítulo I, recomendación 3, y el comentario pertinente.

²⁷Sobre los equivalentes electrónicos de los conceptos de “escrito” y “escrito firmado”, véanse las recomendaciones 11 y 12.

²⁸En cuanto al momento en que la notificación de la cesión adquiere eficacia, véase la recomendación 118.

²⁹Véase la definición de “garantía real”, así como la recomendación 3 y el comentario pertinente.

³⁰Véase la definición del término “deudor”.

³¹Véase la definición de “garantía real”, así como la recomendación 3 y el comentario pertinente.

Por “persona designada” se entenderá el banco o toda otra persona identificada por su nombre o categoría en una promesa independiente (por ejemplo, “un banco en el país X”) que haya sido designada para entregar un valor en virtud de una promesa independiente y que actúe en cumplimiento de esa designación y, en el caso de una promesa independiente libremente disponible, cualquier banco u otra persona;

Por “posesión” se entenderá (salvo en la forma en que se utiliza el término en las recomendaciones 28 y 51 a 53 con respecto al emisor de un documento negociable) únicamente la posesión efectiva de bienes corporales por una persona o por un agente o empleado de ésta, o bien por una persona independiente que reconozca que los conserva en nombre de tal persona. Este concepto no abarca la posesión no efectiva, que se describa con términos como deducible, ficticia, supuesta o simbólica;

Por “prelación” se entenderá el derecho de una persona a obtener un beneficio económico de su garantía real sobre un bien gravado con preferencia respecto del derecho de todo otro reclamante concurrente;

Por “procedimiento de insolvencia” se entenderá todo procedimiento colectivo, sujeto a la supervisión de un tribunal de la insolvencia, que se entable tanto a efectos de una reorganización como para una liquidación;

Por “producto” se entenderá todo lo recibido que dimanase de los bienes gravados, inclusive lo que se perciba a raíz de la venta o de otro acto de disposición o del cobro de los bienes gravados, de su arrendamiento o de una licencia otorgada sobre ellos, el producto del producto, los frutos naturales y civiles o ingresos, los dividendos que reporten, las distribuciones correspondientes, las sumas abonadas por compañías de seguros a título de indemnización y las reclamaciones presentadas en concepto de defectos que presenten bienes gravados, de los daños que hayan sufrido y de la pérdida de los bienes en sí³²;

Por “promesa independiente” se entenderá toda carta de crédito (comercial o contingente), la confirmación de una carta de crédito, una garantía independiente (con inclusión de la pagadera a su reclamación o a su primera reclamación o, una contragarantía) o cualquier otra promesa reconocida como independiente por determinadas leyes o prácticas, como, por ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente, las Reglas y Usos Uniformes relativos a los Créditos Documentarios, las Reglas sobre Prácticas Internacionales en materia de Cartas de Crédito Contingente y las Reglas Uniformes relativas a las garantías pagaderas a su reclamación;

Por “propiedad intelectual” se entenderá los derechos de autor, las marcas de fábrica, las patentes, las marcas de servicio, los secretos industriales y los diseños industriales, así como cualquier otro bien que se considere propiedad intelectual de conformidad con el derecho interno del Estado promulgante o algún acuerdo internacional en el que sea parte³³;

³²Véase el apartado j) del artículo 5 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos.

³³La expresión “propiedad intelectual” tiene la finalidad de asegurar que la *Guía* esté en consonancia con las legislaciones y tratados en materia de propiedad intelectual y, al mismo tiempo, pretende respetar el derecho del legislador de un Estado que promulgue las recomendaciones de la *Guía* a armonizar el significado de dicha expresión con su propio derecho interno y sus obligaciones internacionales. Así, todo Estado promulgante podrá agregar a esa lista o suprimir de ella determinados tipos de propiedad intelectual, a fin de que se ajuste a su propio derecho interno. Con la referencia a los acuerdos internacionales se pretende remitir a la Convención por la que se estableció la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual y al Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (“Acuerdo sobre los ADPIC”). A fin de dejar claro que estas expresiones y las recomendaciones que se remiten a ellas son únicamente aplicables a bienes corporales (y no a bienes inmateriales, como la propiedad intelectual), se hace referencia a “bienes corporales” en

Por “reclamante concurrente”³⁴ se entenderá el acreedor de un otorgante que compita con otro acreedor que tenga una garantía real sobre un bien gravado del otorgante, concepto que englobará:

- a) A otro acreedor garantizado que esté respaldado por una garantía real sobre el mismo bien gravado (ya sea en calidad de bien gravado originario o de producto);
- b) En el contexto del enfoque no unitario de la financiación de adquisiciones, al vendedor o al arrendador financiero del mismo bien gravado que haya conservado la titularidad de éste;
- c) A otro acreedor del otorgante que tenga un derecho sobre el mismo bien gravado;
- d) El representante de la insolvencia en caso de insolvencia del otorgante³⁵; o
- e) Todo comprador o beneficiario de una transferencia (inclusive un arrendatario o un licenciatario) del bien gravado;

Por “reconocimiento” con respecto al derecho a percibir el producto de una promesa independiente se entenderá que el garante/emisor, el confirmante o la persona designada que pagarán o que entregarán valor al solicitarse el pago (“cobro”) de una promesa independiente, unilateralmente o mediante acuerdo:

- a) Han reconocido o consentido (sin importar el modo en que tal reconocimiento o consentimiento se pruebe) la constitución en favor del acreedor garantizado de una garantía real (se denomine cesión o de otro modo) sobre el derecho a percibir el producto de una promesa independiente, o
- b) Se han obligado a pagar o bien a entregar valor al acreedor garantizado al procederse al cobro en virtud de una garantía independiente;

Por “representante de la insolvencia” se entenderá toda persona o todo órgano, inclusive las personas u órganos nombrados con carácter provisional, que, en un procedimiento de insolvencia, estén facultados para administrar una reorganización o la liquidación de la masa de la insolvencia;

Por “título negociable” se entenderá todo título, como, por ejemplo, un cheque, una letra de cambio o un pagaré, que incorpore un derecho de cobro y que cumpla los requisitos para su negociabilidad con arreglo a la ley aplicable a los títulos negociables³⁶;

las expresiones “garantía real del pago de una adquisición”, “derecho a la retención de la titularidad” y “derecho al arrendamiento financiero”. En el término de “crédito por cobrar” se ha suprimido la referencia al “cumplimiento de obligaciones no monetarias”, a fin de puntualizar que la expresión “crédito por cobrar” y las recomendaciones pertinentes son únicamente aplicables a los créditos por cobrar, y no, por ejemplo, a los derechos de un licenciatario o a las obligaciones del otorgante de una licencia en un contrato de concesión de licencia sobre propiedad intelectual.

³⁴Véase la definición de “reclamante concurrente” (otra parte reclamante) en el párrafo *m*) del artículo 5 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos.

³⁵En el capítulo sobre la insolvencia (capítulo XII de la presente *Guía*) se hace referencia a “la insolvencia del deudor” con miras a ajustar la terminología empleada con la de la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia.

³⁶La *Guía* se concibió en el contexto de títulos negociables y documentos negociables consignados sobre papel, dada la particular dificultad que entrañaba la creación de un equivalente electrónico de la negociabilidad de documentos sobre soporte de papel. Sin embargo, no habría que deducir de ello que la *Guía* desalienta la utilización de equivalentes electrónicos de los títulos negociables o documentos negociables que figuren sobre papel. Así pues, todo Estado promulgante que desee regular esta cuestión deberá formular reglas especiales (por la misma razón, en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales no se reglamenta la cuestión de la negociabilidad de documentos consignados sobre papel). Véase la publicación de las Naciones Unidas, Núm. de venta: S.07.V.2, párrafo 7 de la nota explicativa.

Por “tribunal de la insolvencia” se entenderá toda autoridad judicial o de otra índole que esté facultada para controlar o supervisar un procedimiento de insolvencia.

C. Ejemplos de prácticas de financiación que abarca la *Guía*

21. Existe una amplia gama de operaciones garantizadas a que se recurre en todo el mundo. Algunas están expresamente tipificadas en el derecho interno; otras no. A fin de ofrecer una amplia presentación de las diversas situaciones en que se realizan tales operaciones y de las prácticas de financiación que la *Guía* tiene por objeto promover, se describen a continuación algunas prácticas. En algunos casos, la *Guía* se refiere a esos ejemplos para ilustrar puntos concretos que deben abordarse en todo régimen eficaz y eficiente de las operaciones garantizadas. No obstante, es importante señalar que estos ejemplos sólo representan algunos de los numerosos tipos de operaciones garantizadas que se realizan. Todo régimen moderno en la materia debe ser suficientemente flexible para abarcar tanto las numerosas modalidades actuales de financiación como las que sin duda alguna surgirán en el futuro.

1. Financiación de la adquisición de existencias y bienes de equipo

22. Con frecuencia las empresas desean obtener crédito para algunas de sus compras de existencias o de bienes de equipo. En muchos casos, la financiación es facilitada por el propio vendedor de las existencias o los bienes de equipo que se van a comprar. En otros, el crédito es concedido por un prestamista. A veces, el prestamista es un tercero independiente, pero otras veces es una filial de la empresa vendedora (una empresa financiera creada por el vendedor para fomentar y facilitar las ventas). El vendedor retiene la titularidad de las existencias o los bienes de equipo para asegurar el pago del precio de compra. Otra posibilidad es otorgar al vendedor una garantía real sobre las existencias o los bienes de equipo adquiridos de modo que quede asegurado el reembolso del crédito o préstamo.

23. A continuación se da un ejemplo de la financiación de adquisiciones. En él intervienen la empresa fabricante ABC, tres vendedores (V1, V2 y V3), un arrendador de bienes de equipo (L1) y un prestamista (FL1). La empresa de fabricación de muebles ABC desea adquirir existencias y bienes de equipo destinados a sus operaciones de fabricación. ABC desea adquirir pintura (es decir, una materia prima y, por tanto, existencias) del vendedor V1. ABC desea también adquirir ciertos taladros (es decir, bienes de equipo) del vendedor V2 y varias cintas transportadoras (bienes de equipo también) del vendedor V3. Por último, ABC desea arrendar material informático del arrendador L1.

24. En virtud del contrato de compraventa celebrado con el vendedor V1, ABC deberá pagar la pintura en un plazo de 30 días contados a partir de la fecha de la factura del vendedor V1, y ABC otorga a V1 una garantía real sobre la mercancía para respaldar el pago del precio de compra. En virtud del contrato de compraventa celebrado con el vendedor V2, ABC deberá pagar los taladros en un plazo de 60 días contados a partir del momento de la entrega de los instrumentos en la fábrica. En el contrato se estipula también que, hasta el momento en que se abone íntegramente el precio de la compra, V2 conservará la titularidad de los taladros.

25. En virtud del contrato de compraventa celebrado con el vendedor V3, ABC deberá pagar el equipo de cinta transportadora cuando éste quede instalado en su fábrica y pueda funcionar. ABC obtiene un crédito del prestamista FL2 para financiar la compra e instalación del equipo del vendedor V3, respaldado a su vez por una garantía real sobre el propio equipo.

26. En virtud del contrato de arrendamiento celebrado con el arrendador L1, ABC alquila el material informático por un período de dos años, durante el cual deberá abonar los pagos mensuales convenidos. ABC tendrá el derecho (aunque no la obligación) de comprar el equipo a un precio nominal al final del plazo del contrato. El arrendador L1 retendrá la titularidad del equipo durante el período de arrendamiento, pero al expirar el contrato, si ABC decide ejercitar su derecho de compra, se le transferirá la titularidad del equipo. Este tipo de arrendamiento se suele denominar “arrendamiento financiero”. En algunas variantes, al vencer el período de arrendamiento, la titularidad sobre el bien arrendado se transfiere automáticamente al arrendatario. Cabe distinguir entre arrendamiento financiero y lo que se suele denominar “arrendamiento simple” (*operating lease*), en que se prevé que el bien arrendado todavía tendrá vida útil al final del período de arrendamiento y no se da al arrendatario la opción de comprarlo a un precio nominal, ni se le transfiere automáticamente la titularidad sobre el bien al concluir ese período.

27. En cada uno de los cuatro casos mencionados (la pintura, los taladros, las cintas transportadoras y los bienes de equipo informáticos), las adquisiciones se hacen posibles mediante la financiación aportada por otra entidad (el vendedor, el prestamista o el arrendador financiero), que retiene los derechos sobre los bienes adquiridos como garantía de los fondos prestados para efectuar las adquisiciones.

2. *Financiación de préstamos renovables con garantía sobre existencias y créditos por cobrar*

28. Las empresas suelen tener que invertir capital antes de generar o percibir ingresos. Por ejemplo, para que una empresa de fabricación normal pueda iniciar sus operaciones y vender sus productos, deberá dotarse de equipo, adquirir materias primas y realizar gastos laborables para transformar las materias primas en productos acabados y venderlos en el mercado. Sólo entonces generará créditos y podrá empezar a cobrarlos. Según el tipo de empresa de que se trate, este proceso puede llevar varios meses. El fabricante necesitará capital de explotación para sufragar esos gastos hasta que comiencen a fluir los ingresos. Además, la empresa necesita normalmente durante todo el proceso capital de explotación para cubrir los períodos que median entre la fabricación y la obtención de ingresos, o sea, durante el ciclo de transformación en ingresos (cuyas etapas son la compra de existencias, la fabricación de productos, la venta de éstos, la emisión de facturas o créditos por cobrar y el cobro de las mercancías, tras lo cual vuelve a empezar el ciclo) lo que usualmente dura toda la vida de la empresa.

29. Un método muy eficaz para facilitar capital de explotación es la apertura de una línea de crédito renovable o rotatorio. Con arreglo a este tipo de financiación, para satisfacer sus necesidades de capital de explotación el prestatario solicita préstamos periódicamente garantizando su reembolso con sus existencias y créditos por cobrar actuales y futuros. Por lo general, el prestatario solicita préstamos cuando necesita comprar materias primas para la fabricación de existencias y reembolsa los préstamos cuando vende las existencias, se generan créditos por cobrar y percibe reembolsos de dichos créditos. Así pues, los préstamos y los reembolsos son frecuentes (aunque no necesariamente continuos) y

el monto del crédito fluctúa constantemente. Como la estructura de los préstamos renovables o rotatorios se ajusta perfectamente al ciclo económico del prestatario, esta estructura suele resultar, desde una perspectiva económica, sumamente eficiente y beneficiosa para el prestatario y le ayuda a evitar endeudarse más de lo necesario (y reducir así al mínimo los gastos de intereses).

30. A continuación se da un ejemplo de este tipo de financiación. La empresa ABC suele tardar cuatro meses en fabricar y vender sus productos y cobrar las facturas. El prestamista FL2 conviene en concederle un crédito renovable o rotatorio para financiar los gastos de ese proceso. Con esa línea de crédito, ABC podrá obtener préstamos periódicamente según una fórmula convenida, por ejemplo, por un importe total máximo equivalente al 50 por ciento del valor de sus existencias que el prestamista FL2 considere aceptable cubrir (basándose, por ejemplo, en criterios como el tipo de existencias y su calidad) y al 80 por ciento del valor de sus créditos por cobrar que el prestamista FL2 considere aceptable cubrir (basándose en criterios como la solvencia de los deudores de los créditos por cobrar). Las sumas que el prestamista está dispuesto a ofrecer a cambio de las existencias y los créditos por cobrar aceptables suelen denominarse anticipos. El valor total de esas existencias y esos créditos por cobrar en cualquier momento, multiplicado por los anticipos aplicables, suele denominarse la base del préstamo. ABC deberá reembolsar estos préstamos periódicamente, a medida que sus clientes le reembolsen los créditos, de modo que el saldo pendiente del préstamo nunca supere la base del préstamo. Para obtener la línea de crédito, ABC ha dado en garantía la totalidad de sus existencias y créditos por cobrar actuales y futuros. En este tipo de financiación, también es común que el prestamista obtenga una garantía real sobre el derecho al pago de fondos acreditados en la cuenta bancaria en la que se depositen los pagos de los clientes (es decir, el producto de las existencias y de los créditos por cobrar), así como el acuerdo del banco depositario de transferir periódicamente al prestamista fondos acreditados en dicha cuenta.

3. Facturaje

31. El facturaje es una forma muy eficaz de financiación de créditos por cobrar que se remonta a varios siglos atrás. En general, el facturaje consiste en la compra directamente al otorgante de créditos por cobrar, como vendedor (normalmente denominado “el cedente”) al factor (“el cesionario”). Esta transferencia pura y simple de créditos por cobrar se ajusta a la *Guía*, aunque no sea un mecanismo de garantía (véase el capítulo I, párrafos 25 a 31).

32. Existen diversos tipos de acuerdos de facturaje. El factor (cesionario) puede pagar una parte del precio de compra de los créditos por cobrar en el momento de la compra (“facturaje de descuento”), solamente cuando se cobran los créditos (“facturaje a cobrar”), o a la fecha media de vencimiento de todos los créditos por cobrar (“facturaje al vencimiento”). La cesión de créditos por cobrar puede realizarse con o sin recurso al cedente (facturaje con “recurso” y “sin recurso”), en caso de impago de los deudores de los créditos transferidos (por ejemplo, los clientes del cedente). En un acuerdo de facturaje con recurso, el cesionario de los créditos puede recurrir contra el cedente para obtener el pago en caso de impago por los deudores de los créditos (o sea, de los clientes del cedente). En cambio, en un facturaje sin recurso, el cesionario no podrá cobrar del cedente si los deudores no pagan. Por último, se puede notificar a los deudores de los créditos por cobrar que sus deudas han sido objeto de un acuerdo de facturaje (“facturaje con notificación”), o puede no hacerse la notificación (“facturaje sin notificación”). Cuando se notifica a los

clientes, la notificación se suele hacer requiriendo al cesionario que haga figurar una nota en tal sentido en las facturas que éste envíe a sus clientes.

33. Si bien un acuerdo de facturaje es un acuerdo de financiación en virtud del cual una empresa puede obtener de inmediato dinero en efectivo por los créditos que genere, el factor también puede prestar varios servicios al cedente respecto de los créditos por cobrar, como, por ejemplo, la aprobación y evaluación de la fiabilidad y solvencia de los deudores de los créditos por cobrar, la prestación de servicios contables, así como gestiones de cobranza respecto de los créditos que no hayan sido reembolsados a su vencimiento. Estos servicios pueden ser de gran ayuda y de provecho para las empresas que no cuentan con departamentos de crédito y de cobranza propios.

34. He aquí una ilustración de un típico acuerdo de facturaje: ABC celebra un acuerdo de facturaje de descuento con el factor F1, en virtud del cual éste conviene en adquirir los créditos por cobrar que estime que tengan posibilidades de reembolso. El factor F1 adelanta a ABC una suma equivalente al 90% del valor nominal de tales créditos, reteniendo el 10 por ciento restante como reserva monetaria para hacer frente a posibles reclamaciones de los clientes que reducirían el valor de los créditos. El acuerdo de facturaje prevé la notificación a los clientes de ABC y no permite recurrir a ABC en caso de que los clientes de ABC no paguen.

4. *Bursatilización*

35. Otra forma sumamente eficaz de financiación con la utilización de créditos por cobrar es la bursatilización. La bursatilización es una forma compleja de financiación en virtud de la cual una empresa puede obtener fondos sobre la base del valor de sus créditos por cobrar transfiriéndolos a un dispositivo para fines especiales de su total propiedad que emitirá títulos o valores en los mercados de capital que quedarán garantizados por el flujo de ingresos generados por esos créditos. Por ejemplo, esta técnica se utiliza comúnmente en situaciones en que los créditos de una empresa consisten en créditos sobre tarjetas de crédito, alquileres o hipotecas sobre viviendas, aunque también es posible bursatilizar muchos otros tipos de créditos. Las operaciones de bursatilización son operaciones de financiación complejas que dependen también de la legislación sobre títulos y valores de los Estados, así como de sus regímenes legales de las operaciones garantizadas. Si esas operaciones son de suficiente envergadura, se estructuran cuidadosamente y se supervisan abundantemente, la bursatilización puede resultar una forma rentable de financiación.

36. La bursatilización tiene la finalidad de reducir los costos de la financiación porque el dispositivo para fines especiales está estructurado de tal modo que hace muy remoto (es decir, teóricamente imposible) el riesgo de insolvencia, al limitar el monto de la deuda que ese dispositivo permita contraer y las actividades en las que pueda participar. Con esa estructura se puede reducir notablemente el riesgo que el prestamista debe tener en cuenta al fijar el tipo de interés para el préstamo. Además, y dado que la fuente de crédito son los mercados de capital y no el sistema bancario, la bursatilización puede generar un mayor volumen de crédito que los préstamos bancarios y a costos inferiores a los de los préstamos bancarios normales.

37. Como ejemplo de una operación de bursatilización cabe imaginar que una gran cadena minorista crea un dispositivo para fines especiales para adquirir los créditos derivados del uso por parte de sus clientes de la tarjeta de crédito de la marca del minorista

o de la propia tarjeta de crédito del minorista (es decir, una tarjeta de crédito emitida por el minorista y que figura a su nombre). A continuación, el dispositivo para fines especiales emite títulos de deuda, en virtud de la legislación aplicable sobre títulos y valores bursátiles, a nombre de inversionistas en el mercado de capitales, asegurados por las corrientes de ingresos derivadas de los créditos por cobrar en concepto de tarjetas de crédito, transferidos al dispositivo para fines especiales. A medida que se efectúen los pagos en virtud de esos créditos, el dispositivo utilizará el producto para pagar los títulos de deuda.

5. *Financiación a plazo*

38. Con frecuencia las empresas necesitan sumas elevadas para financiar gastos extraordinarios al margen del curso ordinario de los negocios, como la adquisición de bienes de equipo esenciales, la concepción de una nueva serie de productos o incluso la adquisición de otra empresa mediante la compra de las acciones o bienes pendientes de dicha empresa. En estos casos, las empresas por lo general procuran obtener crédito que puedan rembolsar en un plazo determinado (amortizándolo en cuotas mensuales, trimestrales o de otra duración, con arreglo a un plan convenido, o en un único pago al final del plazo estipulado).

39. Tal como suele ocurrir en muchos otros tipos de financiación, una empresa que no goce de una solvencia crediticia reconocida tendrá dificultades para obtener crédito a plazo, a menos que otorgue a un prestamista una garantía real sobre su patrimonio para respaldar esa financiación. El importe del crédito disponible y su costo para el prestatario dependerán, en parte, del valor de liquidación neto que, según los cálculos del acreedor, se pueda obtener de los bienes que se graven con la garantía real. En muchos Estados, los bienes inmuebles suelen ser los únicos que aceptan o de que disponen los prestamistas como garantía para conceder crédito a plazo. Sin embargo, muchas empresas, especialmente las de reciente creación, no son propietarias de bienes inmuebles. Por ende, es posible que en esos Estados no se conceda este tipo de crédito a prestatarios que, no obstante, dispongan de otras importantes categorías de bienes, como de bienes de equipo, o del valor global de toda la empresa. En otros Estados, en cambio, es corriente obtener financiación a plazo dando en garantía bienes muebles, como bienes de equipo, derechos de propiedad intelectual e, incluso, el valor global de toda la empresa.

40. A continuación figura un ejemplo de este tipo de financiación. La empresa ABC desea expandirse y adquirir una empresa. Para financiar esa adquisición, ABC obtiene un préstamo del prestamista FL3 (basado en el valor y dando en garantía una mayoría sustancial de los bienes de la empresa que desea adquirir), el préstamo es reembolsable en cuotas mensuales iguales, pagaderas durante un período de diez años. Como garantía del pago se gravan, en beneficio del prestamista, todos los bienes presentes y futuros de ABC y de la empresa que se está adquiriendo.

6. *Transferencia de la titularidad con fines de garantía*

41. Los ejemplos expuestos en anteriores secciones revelan la forma en que las empresas que necesitan crédito pueden obtener préstamos u otros tipos de financiación ofreciendo a los acreedores una garantía real sobre bienes como equipo, existencias o créditos por cobrar. Tanto el tipo de crédito ofrecido como el de la garantía otorgada pueden revestir numerosas formas. Una de ellas es la práctica de la financiación seguida en muchos

Estados, consistente en la transferencia de la titularidad del prestatario al prestamista. Estos tipos de transferencia a título de garantía (a veces denominadas cesión fiduciaria de la titularidad) tienen por objeto obtener créditos viables para respaldar créditos a plazo. Suelen darse principalmente en los Estados cuyo régimen de las operaciones garantizadas todavía no ha reconocido en general las garantías reales sin desplazamiento.

42. La operación de venta con arrendamiento sucesivo del bien al vendedor es un método con el cual una empresa puede obtener crédito sobre la base de los bienes corporales que posee (en general, bienes de equipo), conservando la posesión de los bienes y el derecho a utilizarlos para la explotación de su negocio. En esa clase de operaciones la empresa vende sus bienes a otra persona a cambio de una suma determinada (que puede utilizar después como capital de explotación para sufragar gastos de capital o para otros fines). Simultáneamente, la empresa arrienda el equipo vendido a la otra persona durante cierto plazo y a un precio estipulado en el contrato de arrendamiento. Con frecuencia, se trata de un “arrendamiento financiero”, y no de un “arrendamiento simple” (véase el párrafo 20 *supra*).

D. Objetivos clave y principios fundamentales de todo régimen eficaz y eficiente de las operaciones garantizadas

1. Generalidades

43. Al promulgar legislación encaminada a instituir un régimen eficaz y eficiente de las operaciones garantizadas, los Estados deben elegir entre una serie de opciones normativas fundamentales. Algunas de esas opciones guardan relación con el ámbito de aplicación del régimen propuesto; otras se centran en los enfoques básicos que cabe adoptar; otras opciones se diferencian por el estilo de redacción o por la forma de expresar el contenido del régimen, y otras pretenden regular el lugar que el nuevo régimen estará llamado a ocupar en el contexto del marco jurídico existente de un determinado Estado. No obstante, tal vez las opciones más importantes guardan relación con los objetivos que se pretenda asignar al nuevo régimen.

44. Con los años, los Estados han recurrido a legislación sobre las operaciones garantizadas, o de forma más general, al régimen relativo a las garantías reales mobiliarias, con el fin de promover una serie de políticas sociales y económicas que a menudo entran en conflicto. Los regímenes que los Estados han promulgado, o cuyo desarrollo han permitido a través de la práctica y de la jurisprudencia, han conseguido normalmente conciliar todos esos diversos objetivos de manera especial. En ocasiones, esos regímenes lo han logrado eficazmente; pero es frecuente que contengan incongruencias o elementos contradictorios que minen su eficacia. Del mismo modo, en muchos Estados los regímenes reformados de las operaciones garantizadas permiten la expansión del crédito garantizado, aunque de forma tan ineficaz que de hecho no consiguen fomentar todas las políticas sociales que los Estados tratan de llevar adelante. A menudo esos problemas de ineficacia e ineficiencia afectan tanto a los regímenes de los Estados que disponen de estructuras comerciales bien desarrolladas como a los de los Estados que están en una fase de desarrollo de este tipo de estructuras mercantiles. Estos problemas incluso se dan en las leyes de algunos Estados que acaban de empezar a enmendar sus regímenes de las operaciones garantizadas.

45. Con el ánimo de ofrecer recomendaciones prácticas y viables a todos los Estados, independientemente del carácter de sus respectivas economías y ordenamientos jurídicos

(o de si han modificado recientemente sus legislaciones), la *Guía* empieza exponiendo los objetivos clave en función de los cuales debería elaborarse un régimen eficaz y eficiente de las operaciones garantizadas y los principios jurídicos básicos en los que debería fundamentarse el régimen.

2. *Objetivos clave*

46. A fin de situar los objetivos clave en un marco normativo más amplio que pudieran fijarse los Estados al modernizar sus regímenes, es útil recordar la premisa básica y la justificación de todo régimen de las operaciones garantizadas. Las economías contemporáneas abarcan la fabricación y venta de bienes muebles y la prestación de servicios, tanto a nivel nacional como internacional. Tal como se ha expuesto en la sección C, normalmente muchas empresas no están en condiciones de satisfacer en efectivo todas sus respectivas obligaciones financieras. Por consiguiente, la oferta de crédito, y especialmente la oferta de crédito con el costo más asequible que se pueda obtener, son factores fundamentales para el crecimiento de la economía. Los prestamistas y otros proveedores de crédito están en condiciones de colmar con la mayor eficacia la laguna entre los recursos requeridos y los disponibles, cuando el riesgo de que no se les reembolse el crédito que otorguen sea lo más bajo posible. Una garantía real constituida sobre bienes muebles (o inmuebles) de un deudor constituye un elemento clave para reducir dicho riesgo, dado que permite a un proveedor de crédito contar con el valor inherente de los bienes gravados para así ser reembolsados de otro modo en caso de que el deudor no pueda devolver el crédito. En otras palabras, el otorgamiento de una garantía real permite a empresas y a particulares obtener acceso a crédito financiero en situaciones en que no se consiga crédito no garantizado a un costo asequible. La justificación fundamental de todo régimen de las operaciones garantizadas radica en la premisa de que la riqueza neta total de un Estado se incrementará si se puede ofrecer un mayor volumen de crédito garantizado que completamente al crédito no garantizado.

47. Los objetivos fundamentales examinados en la presente sección utilizan y desarrollan los objetivos definidos en las conclusiones de estudios e informes elaborados por el BERD, el BASD, el BIRF, el FMI, la OEA y otras organizaciones que han tratado de reglamentar la cuestión del régimen de las operaciones garantizadas (véase la nota del párrafo 12 *supra*). Con esos objetivos se pretende ofrecer un amplio marco normativo a los legisladores que traten de formular un régimen viable de las operaciones garantizadas. Con tales objetivos también se procura orientar la interpretación del régimen promulgado (de acuerdo con el enfoque seguido, por ejemplo, en el párrafo 1 del artículo 7 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos). Según las prácticas de redacción de leyes de los Estados promulgantes, estos objetivos podrían consignarse en una declaración oficial en el momento de la promulgación, o en un texto o comentario interpretativo que acompañara el texto del régimen, ya sea en forma de preámbulo o a modo de sección introductoria relativa a las “finalidades” de la ley promulgada.

48. Cada uno de esos objetivos aborda una necesidad práctica o económica concreta que debe satisfacer todo régimen moderno de las operaciones garantizadas. En conjunto, todos estos objetivos brindan un marco integrado y coherente que sirve de guía para la concepción y formulación del régimen. Así pues, es importante que los Estados no seleccionen sólo a algunos de ellos, sino también que tengan en cuenta a todos en la mayor medida de lo posible.

a) *Fomentar la concesión de crédito asequible incrementando la oferta de crédito garantizado*

49. El objetivo primordial y general de la *Guía* es promover la concesión de crédito a un costo razonable mediante el aumento de la oferta de crédito garantizado. Se trata de que los deudores y toda la economía puedan obtener los beneficios económicos dimanantes del acceso a tal tipo de crédito. Por consiguiente, los beneficios del régimen deberían hacerse extensivos al mayor número posible de tipos de deudor, acreedor y operación crediticia.

b) *Permitir que los deudores se valgan del pleno valor inherente de sus bienes para respaldar el crédito adeudado*

50. En apoyo del objetivo primordial descrito en el párrafo anterior, el régimen debería permitir que los deudores ofrecieran como garantía el valor total inherente a sus bienes con miras a obtener crédito financiero. A fin de lograr ese objetivo, el régimen debería ser lo más amplio posible. Esto quiere decir que el régimen debería aplicarse a todos los tipos de deudores (esto es, a las personas jurídicas y físicas, en particular a los consumidores). Por otro lado, lograr este objetivo implica autorizar la utilización de una amplia gama de bienes (incluidos los bienes corporales e inmateriales, así como los bienes presentes y futuros) como bienes gravados. Además implica permitir que las garantías reales constituidas sobre bienes gravados respalden la mayor diversidad posible de obligaciones (incluidas las obligaciones futuras y condicionales y las obligaciones monetarias y no monetarias). Asimismo, ello significa permitir que el mismo otorgante conceda garantías reales sobre los mismos bienes a distintas entidades crediticias.

c) *Facilitar a las partes la obtención de garantías reales de manera sencilla y eficiente*

51. El costo del crédito garantizado depende en parte del costo ocasionado por la obtención de las garantías reales. Todo régimen eficiente de las operaciones garantizadas establecerá procedimientos racionalizados para la obtención de garantías reales. Disminuirán notablemente los costos de las operaciones al reducir al mínimo las formalidades; previendo un único método para la constitución de garantías reales en vez de instituir múltiples mecanismos de garantía para distintos tipos de bienes gravados, y autorizando la constitución de garantías reales sobre bienes futuros y garantizando adelantos futuros de crédito financiero sin que las partes deban presentar más documentación o adoptar medidas suplementarias.

d) *Tratar por igual a las diversas fuentes de financiación y a las distintas formas de operaciones garantizadas*

52. La sana competencia entre todos los posibles proveedores de crédito es una manera eficaz de reducir el costo del crédito financiero. Por esta razón, convendrá que un régimen eficiente de las operaciones garantizadas se formule de modo tal que resulte aplicable a una amplia variedad de proveedores de fondos: a los bancos, a las instituciones financieras y a otros prestamistas, a los fabricantes y proveedores, y también a los proveedores de crédito tanto nacionales como extranjeros.

e) *Reconocer la validez de las garantías reales sin desplazamiento constituidas sobre todos los tipos de bienes*

53. El otorgamiento de una garantía real no debería dificultar ni impedir que el otorgante de la garantía real mantuviera su negocio en marcha. Ello significa que no debería exigirse que el otorgante renunciara a la posesión de los bienes gravados en beneficio del acreedor garantizado. Por lo tanto, en todo régimen moderno de las operaciones garantizadas debería preverse la constitución de garantías reales sin desplazamiento sobre una amplia gama de bienes corporales e inmateriales, inclusive los bienes de equipo, las existencias y los créditos por cobrar.

f) *Incrementar la certeza y la transparencia previendo la inscripción de una notificación en un registro general de las garantías reales*

54. A fin de que un régimen de las operaciones garantizadas funcione eficazmente, es importante que todas las partes puedan determinar el alcance de los derechos de un otorgante sobre los bienes que se vayan a gravar. Un modo primordial para lograr esa certeza, al tiempo que se respeten y se aborden los problemas de confidencialidad, estriba en crear un registro general de las garantías reales en el que se inscriban las notificaciones de garantías reales constituidas. Ese sistema registral no requiere la presentación de documentos completos para su verificación, ni la inscripción de los mismos. Los expedientes del registro se pondrían a la disposición de todas las partes interesadas para que los inspeccionaran.

g) *Establecer un orden de prelación claro y previsible*

55. Todo posible acreedor no sólo debe poder averiguar los derechos que el otorgante y los terceros tengan sobre los bienes que vayan a gravarse, sino que además tiene que poder determinar con certeza, en el momento de acordar la concesión de un crédito, el grado de prelación que tendrá su derecho sobre bienes gravados frente al de los demás acreedores (incluido el representante de la insolvencia en un supuesto de insolvencia del otorgante). Así pues, es preciso que un régimen moderno de las operaciones garantizadas enuncie reglas claras que permitan a los acreedores, al iniciar una operación, determinar de forma fiable, puntual y económica la prelación de sus garantías reales.

h) *Facilitar la ejecución de las garantías de los acreedores garantizados de forma previsible y eficaz*

56. Una garantía real tampoco le servirá de mucho a un acreedor garantizado, a menos que pueda ejecutarla eficaz y eficientemente. En todo régimen moderno de las operaciones garantizadas se preverán procedimientos en los que se definirán precisamente los derechos y las obligaciones de los otorgantes y de los acreedores garantizados, al ejecutarse la garantía real, y que permitirán a los acreedores garantizados hacer ejecutar sus garantías reales incluso por la vía extrajudicial, bajo un control, una supervisión o un examen judicial u oficial de otra índole del proceso de ejecución, según proceda. Tal régimen requerirá asimismo una estrecha coordinación entre el régimen de las operaciones garantizadas y el de la insolvencia de un Estado, con miras a que se respeten la oponibilidad y la prelación que pueda tener una garantía real antes de la apertura de un procedimiento de insolvencia

contra el otorgante, así como su valor económico, a reserva de lo establecido en las disposiciones pertinentes del régimen de la insolvencia.

- i) *Conceder a las partes la máxima flexibilidad posible para negociar las cláusulas de su acuerdo de garantía*

57. Los fines y objetivos que persiguen los deudores y acreedores en las economías modernas son sumamente variados, y muchas veces están en función de las partes en sí. En el régimen de las operaciones garantizadas debería concederse a las partes el mayor grado de flexibilidad posible a fin de que puedan adaptar sus respectivos acuerdos de garantía a sus necesidades concretas. Deberían reducirse al mínimo las normas imperativas que rigieran sus respectivos derechos antes de todo incumplimiento. Al mismo tiempo, cuando los Estados promulgasen otro tipo de legislación encaminada, por ejemplo, a proteger al consumidor, el régimen de las operaciones garantizadas no debería primar sobre tal legislación.

- j) *Compaginar los intereses de las personas afectadas por una operación garantizada*

58. Los acuerdos de garantía no son simplemente compromisos contractuales entre acreedores garantizados y otorgantes. Sus repercusiones a nivel de la propiedad afectan también a los derechos de terceros, como los acreedores garantizados, los privilegiados y los no garantizados, a los de los compradores y a los de otros cesionarios de bienes gravados, así como al representante de la insolvencia y al Estado. Todo régimen eficaz y eficiente de las operaciones garantizadas debe tener en cuenta los intereses legítimos de todas las partes tratando de lograr todos los fines sustantivos antes mencionados, de forma equilibrada y coherente con las leyes pertinentes, inclusive con el régimen de la insolvencia.

- k) *Armonizar los regímenes de las operaciones garantizadas, inclusive las reglas sobre conflictos de leyes*

59. Los negocios adquieren un carácter cada vez más internacional y se producen corrientes de crédito financiero a través de las fronteras entre Estados. Todo régimen de las operaciones garantizadas logrará la máxima eficacia en el fomento del comercio internacional si se basa en la igualdad de los Estados y en su beneficio mutuo cuando se armonice con regímenes de otros Estados. Además, si no fuera posible armonizar del todo los regímenes nacionales, con la armonización de las reglas que rigen los conflictos de leyes se promoverá la financiación del comercio internacional. En cualquier caso, aun cuando el derecho sustantivo estuviera armonizado entre dos Estados, las reglas sobre conflictos de leyes resultarían útiles para dar una orientación clara a las partes sobre la forma de hacer las garantías reales oponibles a terceros, ya sea de conformidad con la ley del Estado en que estuvieran situados los bienes gravados, la ley del Estado en que se encontrara el otorgante u otra ley.

3. Principios fundamentales

60. En los objetivos clave que se examinan más arriba se presenta un marco normativo general sobre cuya base los Estados pueden elaborar un régimen moderno de las

operaciones garantizadas. No obstante, son muchas las maneras de promulgar estos objetivos dándoles forma de ley. En las recomendaciones de la *Guía* se enuncian de forma relativamente detallada las reglas jurídicas que los Estados deberían incorporar a sus respectivas legislaciones. La *Guía* se ha organizado de modo tal que aborde por separado los diversos aspectos de una operación garantizada (por ejemplo, la constitución, la oponibilidad a terceros, la prelación y la ejecución). Pese a su gran número, las recomendaciones enunciadas en cada capítulo dimanaban de un pequeño número de principios jurídicos fundamentales. Algunos de ellos representan un cambio notable respecto de los principios que actualmente figuran plasmados en los regímenes de las operaciones garantizadas de muchos Estados. Por lo tanto, a fin de establecer un vínculo entre los objetivos normativos clave examinados más arriba de todo régimen eficaz y eficiente de las operaciones garantizadas y las recomendaciones más detalladas de la *Guía* acerca de las características concretas de tal régimen, en los párrafos que figuran a continuación se presentan estos pocos principios jurídicos fundamentales.

a) *Amplio ámbito de aplicación*

61. La *Guía* se basa en la premisa de que se promueve el crédito garantizado cuando se reducen al mínimo las restricciones impuestas a los otorgantes, a los acreedores garantizados, a los tipos de bienes que pueden gravarse y a los tipos de obligaciones que pueden respaldarse con una garantía. Por lo tanto, los Estados deberían tratar de promulgar legislación de amplio alcance que, en la medida de lo posible, englobe todas las formas de operaciones garantizadas, todas las categorías de otorgantes y de acreedores garantizados, así como tipos de bienes muebles y de operaciones garantizadas. En el capítulo I se explican de manera más exhaustiva el principio de la amplitud del ámbito de aplicación y los medios para lograrla.

b) *Enfoque funcional, integrado y global*

62. Muchos Estados disponen de regímenes de las operaciones garantizadas que permiten a los otorgantes (especialmente a las empresas) dar a los acreedores en garantía todos sus bienes (o prácticamente todos). No obstante, en muchos de esos Estados distintos regímenes legislativos rigen diferentes tipos de bienes. Además, en muchos de tales Estados, distintos regímenes legislativos rigen diferentes tipos de operaciones como, por ejemplo, pignoraciones, hipotecas, transferencias fiduciarias o sin garantía, garantías reales sobre bienes inmuebles, etc. Por último, en muchos Estados los derechos de los vendedores se regulan de modo diferente a los de otros proveedores de crédito financiero, y a menudo ni siquiera se consideran garantías reales. Frente a toda esta diversidad, en la *Guía* se adopta lo que cabría denominar un criterio integrado y funcional, conforme al cual, en el mayor grado posible, todas las operaciones por las que se constituya un derecho de garantía sobre todos los tipos de bienes con los que se pretenda respaldar el cumplimiento de una obligación (es decir, cumplir sus funciones de garantía) deberían considerarse garantías reales y estar reguladas por las mismas normas o, al menos, por los mismos principios. En el capítulo I (véanse los párrafos 110 a 112) se explica más exhaustivamente el enfoque integrado y funcional, y en el capítulo IX (véanse los párrafos 60 a 84) se detallan más las operaciones especiales destinadas a financiar adquisiciones.

c) *Garantías reales sobre bienes futuros de un otorgante*

63. Muchos Estados sólo permiten a los otorgantes constituir garantías reales sobre bienes existentes y que, en el momento de constituirse las garantías, sean de su propiedad. Les está vetado otorgar garantía sobre bienes que aún no existan o que todavía no hayan adquirido. Esta restricción se justifica por el afán de proteger a los deudores, evitando que den en garantía a un acreedor garantizado demasiados bienes, en particular sus bienes futuros. Sin embargo, dado que posiblemente los otorgantes empresariales no dispondrán siempre de bienes actuales para obtener crédito, esta limitación les impide obtener muchos tipos de crédito financiero que se basan en toda una serie de bienes futuros, como las existencias y los créditos por cobrar. Así pues, en la *Guía* se adopta el criterio de que, salvo si la legislación de protección del consumidor dispone otra cosa, podrán crearse garantías reales sobre bienes futuros. En el capítulo I se explica más exhaustivamente este principio.

d) *Ampliación del alcance de las garantías reales para que abarquen el producto*

64. Las garantías reales sin desplazamiento constituidas sobre bienes muebles corporales suelen ir acompañadas del derecho a seguir los bienes que estén en manos de un cesionario. Cuando el otorgante venda el bien o disponga de otro modo de él, el comprador adquiere el bien gravado por la garantía real. En algunos Estados se confiere también al acreedor garantizado un derecho sobre el producto (normalmente créditos por cobrar) que pueda nacer de la venta del bien gravado. En la *Guía* se adopta el criterio de que, dado que el valor del bien gravado es lo que constituye la garantía de cobro para el acreedor, convendría hacer extensiva la garantía real a todo producto que se recibiera al disponer del bien gravado. En el capítulo II se analizan más detenidamente el principio de la aplicabilidad de una garantía real al producto y las características de tal derecho.

e) *Distinción entre la validez entre las partes y la validez frente a terceros*

65. En muchos Estados, al constituirse una garantía real, ésta adquiere eficacia no sólo entre el otorgante y el acreedor garantizado, sino también frente a los terceros. A veces, con ello no se avisa suficientemente a los terceros. Así, los Estados imponen muchas veces a las partes la realización de trámites suplementarios para la constitución de la garantía (incluso entre el otorgante y el acreedor garantizado), que normalmente no se exigen para la contratación. En todos los casos, el resultado es que un acreedor garantizado debe siempre esperar hasta la celebración del acuerdo con el otorgante antes de adoptar medidas para asegurar la prelación de su garantía real frente a reclamantes concurrentes. Por estas razones, en la *Guía* se adopta el criterio de que conviene hacer una distinción entre el hecho de otorgar una garantía real (validez entre las partes) y la validez frente a terceros. En la *Guía* se pretende también que la constitución de una garantía real sea lo más simple posible, y que sólo deban requerirse medidas suplementarias mínimas para que la garantía real sea también oponible a terceros. En los capítulos II y III se analizan los temas de la constitución de una garantía real entre las partes y de la eficacia frente a terceros, respectivamente.

f) *Establecimiento de un registro general de las garantías reales*

66. Con el paso de los años, muchos Estados han ido abandonando la regla por la que se prohibía la constitución de garantías reales sin desplazamiento sobre bienes muebles. No obstante, en varios de esos Estados sólo pueden gravarse con garantías sin desplazamiento ciertos tipos de bienes, y sólo ciertos tipos de otorgantes pueden conceder garantías reales sin desplazamiento. En esos Estados suelen establecerse mecanismos separados de publicidad para distintas categorías de bienes, de otorgantes o de operaciones garantizadas. En la *Guía* se sigue el criterio de que se incrementará la eficacia si se establece un registro con las siguientes características principales: *a)* es el único registro general de las garantías reales; *b)* en él pueden inscribirse las notificaciones relativas a garantías reales existentes o potenciales, y no a documentos; *c)* toda parte interesada puede consultar los expedientes del registro, y *d)* salvo en casos muy limitados (véase el capítulo IX, relativo a la financiación de adquisiciones), se dispone que la oponibilidad a terceros y la prelación estarán en función de la fecha de inscripción. En el capítulo IV se analiza exhaustivamente la forma de concebir y formular el sistema de inscripción registral.

g) *Posibilidad de otorgar múltiples garantías reales sobre los mismos bienes*

67. Muchos Estados no permiten la constitución de múltiples garantías reales sobre los mismos bienes muebles. Aun cuando se reconozcan las garantías reales sin desplazamiento, suele asumirse que un bien mueble sólo podrá estar sujeto a la garantía de un solo acreedor. Ello significa que un otorgante deberá utilizar el valor total de sus bienes para obtener crédito financiero de un solo acreedor garantizado, aunque los bienes tengan un valor superior al del crédito que respaldan. A fin de que el otorgante pueda utilizar el valor total de sus bienes para obtener crédito garantizado, el régimen debería concebirse de modo que pudieran otorgarse múltiples garantías reales sobre el mismo bien. Las recomendaciones de los capítulos II a IV de la *Guía* parten de la hipótesis de que los Estados establecerán regímenes que permitirán esa posibilidad a los otorgantes.

h) *Criterio temporal para la prelación entre múltiples garantías reales*

68. A fin de obtener el beneficio óptimo en caso de que se permitan las garantías reales múltiples sobre un mismo bien, el régimen debería prever reglas claras para fijar el orden de prelación entre garantías reales concurrentes. En la *Guía* se adopta el criterio de que el orden de inscribir una notificación en el registro o de lograr la validez frente a terceros por otros medios debería ser el criterio para determinar el grado de prelación. En el capítulo V se analizan las reglas básicas para fijar el orden de prelación entre garantías reales concurrentes.

i) *Prelación entre las garantías reales y otros derechos*

69. Los Estados que permiten la constitución de garantías reales sin desplazamiento sobre bienes muebles no siempre impiden que esos derechos de garantía (aun cuando se hayan hecho oponibles a terceros) queden subordinados a derechos subsiguientes. Además, algunos Estados permiten que créditos privilegiados presentados posteriormente y no inscritos en un registro (como las deudas fiscales) gocen de mayor prelación que las garantías reales. Algunos Estados, por su parte, no permiten al acreedor garantizado reclamar sus derechos frente a todo comprador que haya obrado de buena fe. Todo régimen

eficaz de las operaciones garantizadas exige de los Estados que promulguen reglas precisas por las que se regule todo tipo de conflicto de prelación posible con los derechos de un reclamante concurrente y que permitan evitar, en la medida de lo posible, que se constituyan derechos de garantía posteriores que gocen de mayor prioridad que las garantías reales existentes. En la *Guía* se caracterizan todos estos posibles conflictos con los derechos de los reclamantes como conflictos de prelación. En el capítulo V se estudian todas esas reglas de prelación detalladas que sirven para regular los derechos de los reclamantes concurrentes, inclusive las reglas que rigen los conflictos entre, por una parte, las garantías reales y, por otra, los derechos de los compradores de bienes gravados o del representante de la insolvencia en un supuesto de insolvencia del otorgante.

j) *Dar facilidades en vez de imponer formalidades*

70. Dado que los regímenes de las operaciones garantizadas tienen por objeto conferir a los acreedores derechos de propiedad sobre los bienes de sus deudores, es inevitable que los acuerdos de garantía tengan notables repercusiones respecto de terceros. Muchos Estados tratan de paliar las repercusiones de las garantías reales enumerando de forma restrictiva los tipos de operaciones en que las partes podrían llegar a acuerdos (*numerus clausus*) y regulando detalladamente no sólo las condiciones para concertar tales acuerdos, sino también las cláusulas concretas que cabría hacer constar en un acuerdo de garantía. En la *Guía* se adopta el criterio de que, en general, debería permitirse a las partes redactar las estipulaciones de sus respectivos acuerdos de garantía, y de que toda regla imperativa debería tener como único objetivo asegurar la equidad y proteger los intereses legítimos de terceros. En los capítulos VI y VII se analizan las reglas que deberían regir la relación entre las partes y las repercusiones respecto de terceros de un acuerdo de garantía antes de todo incumplimiento y de la ejecución.

k) *Ejecución extrajudicial*

71. Tradicionalmente, se requería a los acreedores garantizados que ejecutaran sus garantías reales presentando una solicitud ante un tribunal u otra autoridad y haciéndose con los bienes gravados y vendiéndolos conforme a un proceso judicial. Sólo se permitía la ejecución por vía extrajudicial en determinados casos y se imponían para ello condiciones muy restrictivas. En cambio, en la *Guía* se recomienda que, siempre y cuando el régimen de ejecución esté concebido con el fin de proteger los derechos legítimos de los otorgantes y de los terceros, no se imponga ninguna limitación al ejercicio, por parte de un acreedor garantizado, de su derecho a hacer ejecutar la garantía por vía extrajudicial. En el capítulo VIII se examinan los recursos de que disponen los acreedores garantizados en caso de incumplimiento por parte de sus deudores, así como los procedimientos que deben seguirse para ejecutar una garantía real de forma equilibrada y equitativa.

l) *Tratar en pie de igualdad a todos los acreedores que otorguen crédito financiero para que los otorgantes puedan adquirir bienes corporales*

72. En muchos Estados se hace una distinción muy matizada entre los derechos de los vendedores y los de los prestamistas. En algunos Estados, se conceden algunos derechos especiales a los vendedores, habitualmente permitiéndoles retener la titularidad sobre el bien vendido hasta que se abone el precio de compra en su totalidad. En otros Estados se alienta a los prestamistas a otorgar crédito a los compradores de modo que se fomente

la competencia y se reduzca el costo de la obtención de crédito. En la *Guía* se adopta el criterio de que el régimen de las operaciones garantizadas debería tratar del mismo modo a los vendedores y a los prestamistas que concedan crédito financiero a un comprador a fin de que pueda adquirir bienes corporales del mismo modo. En el capítulo IX se analizan los distintos medios por los que los Estados pueden asegurar la igualdad de tratamiento entre todos los proveedores de crédito destinado a adquisiciones.

E. Aplicación de un nuevo régimen de las operaciones garantizadas

1. Generalidades

73. Para conseguir formular un régimen eficaz y eficiente de las operaciones garantizadas, es preciso que los Estados estudien detenidamente no sólo las políticas y los principios en que tradicionalmente se ha basado esta rama del derecho, sino también la relación entre el régimen de las operaciones garantizadas y el derecho general de las obligaciones y los contratos, el derecho de propiedad y el de procedimiento civil, así como el régimen de la insolvencia. Sólo se podrán cumplir muchos de los objetivos clave de un régimen moderno de las operaciones garantizadas si se revisan esas normativas tradicionales. Éste es el caso no sólo para los Estados que se propongan promulgar su primer régimen general de las operaciones garantizadas, sino también para los Estados que hayan introducido y promulgado recientemente modificaciones concretas en sus regímenes con miras a adaptarlos a las nuevas prácticas y necesidades mercantiles. En efecto, incluso los Estados que hayan promulgado regímenes “ultramodernos” deberían someter su legislación en la materia a un minucioso examen. En la *Guía* se adopta el criterio de que no hay Estado que no se pueda beneficiar de un examen cuidadoso de las reglas y conceptos existentes que se hayan plasmado en su régimen de las operaciones garantizadas, habida cuenta de las políticas, los principios y las recomendaciones que se enuncian en la *Guía*.

74. Como ya se señaló anteriormente, el objetivo primordial de la modernización de un régimen de las operaciones garantizadas es promover la oferta de crédito garantizado. No obstante, esta finalidad resalta y refuerza otras políticas que los Estados puedan desear promover. El crédito garantizado cumple objetivos de mayor alcance, como: *a)* facilitar el éxito de la explotación y la expansión de los negocios familiares; *b)* mejorar su capacidad para competir tanto en el país como en el extranjero, y *c)* ofrecer a los consumidores y a otros compradores la posibilidad de adquirir bienes y servicios en las condiciones más favorables. A fin de lograr estos objetivos de mayor alcance, es preciso que el régimen satisfaga las necesidades efectivas de los otorgantes y de los acreedores garantizados. Además, en vista de que la adopción de un régimen de las operaciones garantizadas pone de manifiesto una política estatal consistente en fomentar la actividad económica, es preciso también que el régimen tenga en cuenta las expresiones legítimas de la política social y económica del Estado en otros sectores. La manera precisa en que los beneficios de un régimen eficaz y eficiente de las operaciones garantizadas deberían ponderarse frente a otras finalidades normativas implica la elección de opciones sobre las que los Estados pueden discrepar notablemente. Por ejemplo, algunos Estados pueden decidir que las deducciones no pagadas que se efectúen sobre los sueldos y salarios de los empleados a modo de contribuciones a planes de pensiones y de seguros de desempleo deban gozar de prioridad sobre las garantías reales. En cambio, otros Estados no les conceden tal prelación por estimar que dicha prelación iría en detrimento de la oferta y del costo del crédito financiero. En los diversos capítulos de la *Guía* se analizan las consideraciones

discordantes por las que todo Estado debería guiarse para lograr un equilibrio óptimo entre los objetivos normativos.

75. Los objetivos clave y los principios fundamentales que se han expuesto más arriba deberían constituir el fundamento de las reglas específicas de todo régimen moderno de las operaciones garantizadas. Sin embargo, la mera promulgación de un nuevo régimen sólo constituye un primer paso. A fin de que los Estados se beneficien plenamente del establecimiento de un régimen eficaz y eficiente de las operaciones garantizadas, es preciso que el régimen se arraigue efectivamente del modo pretendido: debe ser utilizado en la práctica, y también debe ser comprendido e interpretado correctamente por empresarios, financiadores, abogados, árbitros y jueces. Por lo tanto, al concebir y redactar legislación para promulgar un régimen de las operaciones garantizadas del tipo que se recomienda en la *Guía*, es menester que los Estados se atengan, en lo referente a la aplicación, a una serie de cuestiones que se analizan a continuación en las secciones 2 a 4.

2. Armonización con el derecho vigente

76. Para ser eficaz en la práctica, todo nuevo régimen de las operaciones garantizadas deberá estar armonizado con la estructura jurídica general y con el papel que desempeñen realmente las instituciones crediticias en el Estado promulgante. A veces, la armonización implica la introducción de cambios en las instituciones jurídicas y económicas de ámbito general; otras veces, los Estados tienen que introducir ajustes concretos en su propio régimen de las operaciones garantizadas. En el sentido en que se emplea el término en la *Guía*, la armonización tiene tres vertientes.

77. En primer lugar, dado que la reforma del régimen de las operaciones garantizadas raras veces se producirá en el contexto de una reforma general del derecho privado de un Estado, la terminología con la que se describan los conceptos y las reglas del nuevo régimen debe fundamentarse en las instituciones jurídicas existentes. Por lo tanto, a título de ejemplo, si bien en la *Guía* se ofrece una descripción detallada del significado de los conceptos que deberían formar parte de un régimen reformado de las operaciones garantizadas, no se prescribe una terminología o términos precisos que deban utilizarse al promulgar un nuevo régimen. Se presume que los Estados aplicarán las recomendaciones de la *Guía* ateniéndose a la estructura jurídica existente, y no transponiendo términos jurídicos concretos que empleen otros Estados y que no resulten conocidos ni despierten interés. En particular, en la *Guía* se intentan exponer las recomendaciones y los conceptos clave relacionados con ellas de modo tal que, sea cual fuere la tradición jurídica en que se base el derecho interno de un Estado, ese Estado pueda adaptar y promulgar dichas recomendaciones.

78. En segundo lugar, no existe ningún modelo que rijas el estilo de redacción de la nueva legislación o el lugar que ocuparán esas nuevas reglas en el régimen jurídico general de un Estado. Por lo tanto, a título de ejemplo, la *Guía* no se pronuncia sobre si todas las recomendaciones que en ella se formulan deben o no promulgarse en una única ley ni sobre la conveniencia de incorporar o no esas recomendaciones a un código civil o a un código de comercio, ni tampoco, sea como fuere, sobre si deberían figurar en el mismo lugar. Los Estados pueden muy bien decidir promulgar reglas relativas a los conflictos de leyes en una ley o en un libro de un código civil dedicado a este tema. Del mismo modo, la *Guía* no se pronuncia sobre si los Estados deberían o no reformar el régimen mediante un acta de promulgación redactada en el estilo de un código civil o en el estilo de un instrumento

de reglamentación. Lo importante es que los abogados y otros asesores jurídicos podrán prestar a sus clientes un asesoramiento fiable acerca de lo que requiere el régimen, y que esos abogados y asesores, así como los jueces y árbitros, interpreten y apliquen el régimen de modo congruente y coherente.

79. En tercer lugar, muchas de las disposiciones de un régimen de las operaciones garantizadas se solapan con reglas de la legislación que rige las relaciones entre el deudor y el acreedor, la legislación y la práctica bancaria, así como el régimen de la insolvencia y de procedimiento civil. En la *Guía* se reconoce la necesidad de que, en esos solapamientos, haya coherencia. Por ejemplo, si bien recomienda, en el capítulo VIII, relativo a la ejecución de garantías reales, que los Estados adopten disposiciones para agilizar los procedimientos judiciales en que deba dirimirse alguna cuestión relativa a los derechos de los otorgantes, de los acreedores garantizados o de terceros durante la etapa de la ejecución judicial o extrajudicial, la *Guía* no pretende describir el tipo de proceso que debería realizarse ni las reglas procesales que debieran serle aplicables.

3. Cuestiones de método legislativo y técnicas de redacción

80. El hecho de asegurar que el nuevo régimen esté en consonancia con los conceptos existentes de derecho sustantivo no es más que uno de los criterios para calificar de éxito su aplicación. También es importante prestar atención a cuestiones de estilo legislativo. Si bien las recomendaciones de la *Guía* se presentan como recomendaciones y no como disposiciones de una ley modelo, se han redactado a menudo de forma sumamente detallada y específica. Sin embargo, ello no significa que los Estados deban promulgar una nueva ley que esté estructurada de esta forma. Si conforme a las técnicas de redacción de un Estado se prevé que las disposiciones legislativas se presenten en primer lugar mediante una declaración de principios, y a continuación mediante una enumeración de excepciones por orden decreciente de su carácter general, éste es el estilo que dicho Estado deberá seguir en su nuevo régimen. En la *Guía* se exponen extensos comentarios en los que se presentan en detalle los motivos que justifican los criterios seguidos al formular sus recomendaciones, a fin de permitir que los Estados promulguen legislación mediante la cual se logren los objetivos deseados sin tener que adoptar ningún estilo de redacción concreto.

81. Se plantea también otro problema de redacción debido a que los Estados adoptan distintos criterios acerca de la relación entre cada una de las leyes y el derecho privado general. En la medida en que las recomendaciones de la presente *Guía* constituyan excepciones con respecto al derecho general que rige la propiedad o a las obligaciones en un determinado Estado, será preciso que los Estados especifiquen la forma en que deberán expresarse esas excepciones. Por ejemplo, las recomendaciones de la *Guía* sobre las garantías reales que pueden hacerse extensibles al producto constituyen un cambio radical del régimen de la subrogación real en algunos Estados y una notable excepción a las reglas que deniegan la posibilidad de extender las garantías constituidas sobre bienes muebles (véase el capítulo II, relativo a la constitución de una garantía real, párrafos 79 a 85). Sin embargo, la *Guía* no se pronuncia sobre si estas excepciones deberían promulgarse en el marco del régimen de las operaciones garantizadas o expresarse como principios más generales, que modificaran el régimen de la propiedad y de los contratos, en otras leyes, como en el código civil. En otras palabras, los Estados deberían determinar el lugar óptimo de inserción de estas modificaciones sustantivas del derecho general conforme a los criterios concretos que adopten sobre el estilo legislativo y la organización en el momento de la promulgación.

82. En tercer lugar, para que utilicen la *Guía* Estados con ordenamientos jurídicos muy diferenciados, a veces ha resultado necesario acuñar nuevas expresiones para expresar los conceptos clave de la *Guía*. Por ejemplo, en la *Guía* no se emplean expresiones como “garantía del pago del precio de compra” (habitual en algunos ordenamientos jurídicos basados en el *common law*) ni “privilegio del vendedor” (habitual en algunos ordenamientos jurídicos de tradición romanista) al analizarse las garantías reales adquiridas por proveedores de crédito que los otorgantes utilizan para adquirir bienes corporales. Más bien, se emplea la expresión genérica “garantía real del pago de una adquisición”. De este modo, la *Guía* no recomienda implícitamente que los Estados adopten esta terminología. Si en un determinado Estado una expresión (como “garantía del pago del precio de compra” o “privilegio del vendedor”) resulta familiar a abogados, vendedores y compradores, la *Guía* presume que esa expresión podrá contemplarse en el nuevo régimen, siempre y cuando los derechos sustantivos a los que se refiera subsiguientemente la expresión sean los de la *Guía*, y no los de régimen anterior.

83. En cuarto lugar, como regla general y salvo en lo relativo al principio del funcionalismo, en la *Guía* se evitan las disposiciones de equiparación o las ficciones jurídicas y se adopta la premisa de que los Estados pueden promulgar sus recomendaciones sin recurrir a disposiciones de equiparación ni a ficciones jurídicas. Sin embargo, esta técnica está ampliamente difundida en muchos Estados. Así pues, la *Guía* deja en manos de cada Estado la elección del método legislativo. Por ejemplo, no se pronuncia sobre si los Estados deberían equiparar una garantía real de un prestamista que financie adquisiciones a una hipoteca del vendedor, aun cuando un prestamista no sea, evidentemente, un vendedor, o sobre si los Estados deberían etiquetar de otro modo esos derechos. En cambio, el problema que se aborda en la *Guía* es de relevancia: independientemente del modo en que se denomine la garantía, debería contribuir a lograr los mismos resultados funcionales para todos los financiadores de adquisiciones.

4. *Cuestiones relativas a la asimilación tras la promulgación*

84. En su penúltimo capítulo, la *Guía* enuncia una serie de recomendaciones relativas a la transición (véase el capítulo XI). El concepto de transición remite a la cuestión de qué reglas deberían ser aplicables para determinar en qué momento una determinada garantía real debería regirse por el régimen anterior y a partir de cuándo debería regirse por el nuevo régimen. La elaboración de reglas de transición viables que ofrezcan una orientación precisa a empresarios, financiadores, abogados, jueces y árbitros es fundamental para evitar un caos político siempre que entre en vigor una nueva ley. Esas reglas tienen la finalidad de asegurar que las partes se beneficien del nuevo régimen, sin que con ello se produzcan consecuencias negativas para los derechos adquiridos, y dando así al nuevo régimen un carácter más aceptable.

85. La aceptación de un nuevo régimen de las operaciones garantizadas no depende únicamente de la existencia de disposiciones de transición adecuadas. Es preciso además que las personas y los empresarios, sus abogados y otros asesores jurídicos, consideren que el nuevo régimen constituye un instrumento eficaz y eficiente para estructurar sus operaciones crediticias. Por último, la aceptación requiere que todos aquellos que estén llamados a poner en práctica el régimen (por ejemplo, los profesionales del derecho, los jueces, los árbitros, los docentes, los alguaciles y los encargados de registros) lo interpreten y lo apliquen debidamente. Es preciso generar un sentimiento de asimilación, un factor nada fortuito, a fin de lograr la rápida aceptación de un nuevo régimen. Es necesario que los

Estados se ocupen directamente de cuatro problemas concretos para facilitar la aplicación de un nuevo régimen de las operaciones garantizadas.

86. En primer lugar, es importante que la promulgación vaya acompañada de un comentario legislativo relativamente exhaustivo en el que se expliquen los orígenes y finalidades del régimen. Ello podría suponer, por ejemplo, la incorporación al texto de partes pertinentes de los comentarios de la *Guía* a los comentarios oficiales de los Estados promulgantes. Lo ideal sería que esos comentarios oficiales pudieran complementarse con un escrito doctrinal en el que se expusieran otros ejemplos e ilustraciones del modo en que el régimen debería funcionar en la práctica.

87. En segundo lugar, dado que el nuevo régimen puede muy bien requerir notables reajustes en las prácticas existentes, puede ser útil prever formularios modelo y precedentes contractuales, no sólo para avisos oficiales u otros documentos que deban registrarse, sino también para los acuerdos de garantía propiamente dichos. En un breve plazo, los abogados desarrollarán sus propios precedentes contractuales, pero puede ser útil introducir una serie de modelos anotados para ilustrar la realización de operaciones potenciales en el marco del nuevo régimen.

88. En tercer lugar, dado que la mayoría de los abogados que inicialmente asesorarán a los clientes acerca del nuevo régimen habrán aprendido en la universidad el antiguo régimen, será importante que las asociaciones de abogados, jueces y otros profesionales, así como las instituciones y organizaciones académicas que presten asesoramiento sobre la reforma legislativa, patrocinen seminarios y coloquios en los que se expliquen las diversas características del nuevo régimen y la forma de adaptar a él las prácticas y los precedentes ya existentes. Sin un esfuerzo concertado a nivel pedagógico, es posible que los beneficios del nuevo régimen no se hagan pronto perceptibles y es probable que se produzcan errores de interpretación.

89. En cuarto lugar, cabe prever que, casi inmediatamente después de la promulgación, se planteen litigios. En los Estados que aún no posean recursos públicos o privados para publicar los resultados de las resoluciones judiciales, es importante que se establezca un sistema de difusión de dichas resoluciones y de un comentario sobre ellas. Con un sistema fiable de presentación de informes sobre jurisprudencia que permita a abogados, jueces y árbitros formular interpretaciones del nuevo régimen que sean coherentes entre sí se contribuirá en gran medida a la seguridad jurídica y se reducirá el volumen de futuros litigios.

F. Recomendación 1

1. Con miras a formular un amplio marco normativo que regule eficaz y eficientemente el régimen legal de las operaciones garantizadas (en lo sucesivo, “el régimen” o “el presente régimen”), dicho régimen debe estar pensado para:

- a) Promover la concesión de crédito financiero garantizado;
- b) Facilitar el pleno aprovechamiento del valor intrínseco de sus bienes gravados para respaldar el crédito financiero otorgado;
- c) Facilitar a los interesados la obtención de garantías reales por alguna vía sencilla y eficiente;
- d) Tratar por igual a todas las fuentes de crédito y a las diversas formas de operaciones garantizadas;

- e) Reconocer la validez de las garantías reales constituidas sobre bienes que permanecen en poder del otorgante;
- f) Fomentar una mayor transparencia y seguridad jurídica en materia de bienes gravados para fines de garantía, mediante la inscripción de una notificación de una garantía real en un registro general de las garantías reales;
- g) Establecer reglas de prelación claras y previsibles;
- h) Facilitar la realización del valor de toda garantía real de un acreedor garantizado de forma eficiente;
- i) Conceder a las partes la mayor flexibilidad en la negociación de las cláusulas de su acuerdo de garantía;
- j) Compaginar con equidad los intereses de las personas que puedan verse afectadas por una operación garantizada; y
- k) Armonizar los diversos regímenes legales de las operaciones garantizadas, así como las reglas sobre conflictos de leyes relativas a dichas operaciones.

I. Ámbito de aplicación, criterios básicos aplicables a las operaciones garantizadas y temas generales comunes a todos los capítulos de la *Guía*

A. Observaciones generales

1. Introducción

1. Los Estados que promulgan un régimen de las operaciones garantizadas deben afrontar dos problemas normativos preliminares de gran importancia. En primer lugar, deben determinar el alcance que van a dar al régimen que promulguen. Esta opción normativa se examina en la sección A.2 del presente capítulo, en la que figura un análisis detallado del alcance de la *Guía* (los tipos de bienes contemplados en la *Guía*, las personas que pueden ser partes en operaciones reguladas por la *Guía*, las obligaciones que los derechos previstos en la *Guía* pretenden garantizar, los distintos tipos de operaciones que la *Guía* abarca, las diversas exclusiones del ámbito de aplicación de la *Guía* y las consecuencias de tales exclusiones). En segundo lugar, los Estados deben determinar los enfoques básicos que van a adoptar en relación con las operaciones garantizadas. En la sección A.3 se presenta un estudio detallado de los principales modos en que se han regulado las operaciones garantizadas hasta la fecha, y que subsisten en varios Estados, tras lo cual se describe el enfoque general adoptado en la *Guía* respecto de las operaciones garantizadas. En la sección A.4 se analizan los dos temas clave en que se basa el enfoque de la *Guía* y que son comunes a todos los capítulos (el principio de la autonomía de las partes y la conveniencia de utilizar al máximo tecnología electrónica moderna). El capítulo concluye con la sección B, en la que figuran una serie de recomendaciones relativas al alcance de la *Guía*, a su enfoque básico, al principio de la autonomía contractual de las partes y a la utilización de tecnología electrónica moderna.

2. Ámbito de aplicación

2. No existe una definición universalmente aceptada sobre los límites de todo régimen de las operaciones garantizadas. Además, algunos Estados consideran que ese régimen abarca las garantías reales constituidas tanto sobre bienes muebles como sobre inmuebles; otros Estados restringen la aplicabilidad de tal régimen a las garantías reales sobre bienes muebles. Además, algunos Estados estiman que el régimen engloba tanto las garantías reales contractuales como las creadas por ley o mediante proceso judicial; para otros Estados, ese régimen sólo es aplicable a las garantías reales contractuales. Además, a juicio de otros Estados, abarca las garantías con las que se pretende garantizar el cumplimiento de cualquier tipo de obligación. Según otros Estados, el régimen se aplica únicamente como medio para garantizar el cumplimiento de obligaciones monetarias. Algunos Estados consideran que el régimen de las operaciones garantizadas abarca todos los mecanismos que cumplen la función de respaldar el cumplimiento de una obligación. Otros Estados entienden que el régimen se aplica sólo a los mecanismos que permiten a los acreedores alegar un derecho de propiedad sobre los bienes que pertenezcan de hecho a su deudor

y, por lo tanto, no abarca, por ejemplo, los mecanismos de retención de la titularidad, en los que el deudor no es el propietario de los bienes. Las decisiones que adopten los Estados en cuanto al ámbito de aplicación de sus respectivos regímenes de las operaciones garantizadas repercutirán notablemente en la eficacia y eficiencia del régimen del crédito garantizado.

3. El propósito fundamental de la *Guía* es ayudar a los Estados a elaborar un régimen moderno de las operaciones garantizadas con miras a promover la oferta de crédito garantizado (véase la recomendación 1 *a*). Por los motivos expuestos en la Introducción, en la *Guía* se adopta el criterio de que cuanto más amplio sea el ámbito de aplicación del régimen de las operaciones garantizadas de un Estado, más eficaz y eficiente será. Sólo deben quedar excluidos determinados tipos de operaciones o determinados tipos de bienes cuando en un Estado primen las cuestiones de orden público (véanse los párrafos 32 a 44 *infra*). En otras palabras, para lograr plenamente los beneficios que entraña una mayor oferta de crédito garantizado, el régimen de las operaciones garantizadas ha de ser lo más exhaustivo posible. Por consiguiente, en la *Guía* se prevé un régimen de las operaciones garantizadas único y global, que afecte a la más amplia gama posible de bienes, partes interesadas, obligaciones garantizables y operaciones (véase la declaración relativa a la finalidad que precede a la recomendación 2).

a) *Bienes gravables, partes interesadas, obligaciones garantizables y operaciones*

4. Como ya se ha indicado más arriba (véase el párrafo 1 *supra*), hay cinco características que definirán el ámbito de aplicación de un régimen de las operaciones garantizadas: *a*) los tipos de bienes que ha de abarcar el régimen; *b*) las partes a las que se pretende que sea aplicable el régimen (acreedores o deudores); *c*) los tipos de obligaciones que pueden respaldarse con una garantía real regulada por el régimen; *d*) los tipos de operaciones jurídicas que se regirán por las normas jurídicas establecidas por el régimen, y *e*) la posibilidad de que una garantía real sobre un bien se haga extensiva a cualquier producto dimanante del bien. A continuación se examinan sucesivamente esas cinco vertientes del ámbito de aplicación de un régimen de las operaciones garantizadas.

i) *Bienes gravables*

5. Tradicionalmente, en muchos Estados, las garantías reales se consideran una excepción al principio general de la igualdad entre los acreedores, por lo que en los regímenes se enumeran de modo restrictivo los tipos de bienes que se pueden gravar con una garantía real. Los regímenes modernos de las operaciones garantizadas suelen seguir el criterio inverso: todos los tipos de bienes deben poder quedar sujetos a una garantía real, excepto los que se excluyan expresamente. La *Guía* se centra fundamentalmente en los bienes comerciales esenciales, como las existencias y los bienes de equipo, y en los créditos por cobrar de carácter comercial. Sin embargo, entre los tipos de bienes que un otorgante puede ofrecer como garantía para respaldar un crédito financiero hay muchos que no son bienes comerciales esenciales, como por ejemplo los créditos contractuales no monetarios, los títulos negociables, los documentos negociables y los derechos al cobro de fondos acreditados en una cuenta bancaria. Por ello, y con objeto de asegurar que los otorgantes puedan utilizar todos sus bienes, independientemente de cuál sea su naturaleza, para obtener crédito financiero, en la *Guía* se recomienda que todo régimen de las operaciones garantizadas sea aplicable a las garantías reales constituidas sobre todos los

tipos de bienes muebles, corporales o inmateriales, y los bienes presentes o futuros (véase la recomendación 2 a)), salvo los que se excluyan expresamente (véanse las recomendaciones 4 a 7).

6. Es importante especificar exactamente lo que supone esa recomendación. En primer lugar, significa que la *Guía* abarca todos los tipos de bienes muebles. Comprende bienes corporales, como las existencias, los bienes de equipo y otros bienes, pero también todos los derechos de rango inferior a los de titularidad que pueda tener el deudor sobre dichos bienes, como un usufructo o los títulos contractuales que pueda tener un deudor en relación con ese bien (por ejemplo, el de un arrendatario o un licenciatario). La *Guía* abarca igualmente otros bienes inmateriales, como los créditos por cobrar contractuales y no contractuales, los créditos contractuales no monetarios, los derechos nacidos de títulos negociables o de documentos negociables, los derechos al cobro de fondos acreditados en una cuenta bancaria, los derechos a recibir el producto de una promesa independiente y los derechos de propiedad intelectual.

7. En cuanto a los créditos por cobrar, en la *Guía* se adopta un enfoque abierto¹. Con él se pretende que la *Guía* abarque por igual: a) los créditos contractuales y extracontractuales, salvo si las recomendaciones 23 (Eficacia de una cesión global de créditos por cobrar y una cesión de créditos por cobrar futuros, las partes de derechos o los derechos indivisos sobre créditos) y 114 (Declaraciones del cedente) no son aplicables a los créditos extracontractuales, y b) las obligaciones contractuales no monetarias. Sin embargo, los derechos de las partes deudoras de las obligaciones contractuales no monetarias están sujetos a un régimen legal distinto del régimen que se recomienda en la *Guía*.

8. En la *Guía* también se adopta un enfoque amplio en cuanto a los tipos de bienes que podrán ser gravados. En ella se destaca la necesidad de que todo otorgante pueda constituir garantías reales no sólo sobre los bienes de que disponga en un momento dado, sino también sobre sus bienes “futuros” (es decir, los bienes adquiridos por el otorgante o creados después de concertarse el acuerdo de garantía), sin que el otorgante ni el acreedor garantizado deban firmar documentos suplementarios o adoptar nuevas medidas cuando se adquieran o se creen dichos bienes. Este enfoque está en consonancia, por ejemplo, con la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos, en la que se prevé la constitución de garantías reales sobre créditos por cobrar futuros sin exigir la adopción de otras medidas. Además, en la *Guía* se recomienda que el régimen de las operaciones garantizadas permita la constitución de una garantía real sobre un conjunto variable de: a) bienes presentes y futuros de la misma índole, y b) bienes de distintos tipos.

9. El objetivo de formular el ámbito de aplicación del régimen de las operaciones garantizadas del modo más amplio posible es doble. En primer lugar, permite a los deudores utilizar todos sus bienes, así como todo el valor de esos bienes, como garantía para el crédito, con lo que aumenta potencialmente el volumen del crédito que pueden obtener y se reduce el costo de ese crédito. En segundo lugar, al incluir todos los tipos de bienes en el ámbito del régimen se logra evitar una investigación costosa cuando se constituye la garantía, o un litigio costoso después, acerca de si un tipo concreto de bien entra o no en el ámbito del régimen (véase el capítulo II, relativo a la constitución de una garantía real, párrafos 49 a 70).

¹A diferencia de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos, que sólo se aplica a los créditos por cobrar contractuales, esta *Guía* se aplica también a los créditos por cobrar extracontractuales (véase “crédito por cobrar” en la Introducción, sección B, terminología e interpretación, y la nota 30).

ii) Personas interesadas

10. De un modo similar a la enumeración restrictiva de los bienes que podían ser objeto de una garantía real, tradicionalmente muchos Estados limitaban las categorías de personas que estaban facultadas para otorgar una garantía real o para constituirse en acreedor garantizado. A menudo, esto se lograba promulgando una prohibición general de otorgamiento de garantías reales sin desplazamiento y acto seguido disponiendo expresamente que: *a)* determinados tipos de deudores (por ejemplo, los agricultores, los comerciantes o los fabricantes) estaban autorizados a otorgar un tipo particular de garantía; o *b)* determinados tipos de acreedores (por ejemplo, los bancos, o las cajas de ahorro y sociedades crediticias, o cooperativas de crédito agrícola) estaban autorizados a adquirir una garantía. En los regímenes modernos de las operaciones garantizadas no se imponen restricciones de esta índole. En ellos se adopta el criterio de que, en principio, debería beneficiarse del régimen cualquier persona, física o jurídica. Ello significa que, por lo general, no se impone ninguna restricción con respecto a quién puede ser otorgante o acreedor garantizado. Ése es el criterio adoptado en la *Guía* (véase la recomendación 2 *b)*).

11. A menos que se establezca expresamente otra cosa, la *Guía* también es aplicable a los consumidores y a las operaciones realizadas con consumidores, ya que no hay motivo alguno para que éstos se vean privados de los beneficios del régimen previsto en ella. Sin embargo, en la *Guía* se reconoce que los Estados a menudo promulgan una amplia legislación de protección del consumidor. Así pues, en la medida en que alguna regla de derecho del régimen previsto en la *Guía* entre en conflicto con la legislación de protección del consumidor, prevalecerá esta legislación. Tal vez los Estados que no tengan legislación para proteger a los consumidores deseen plantearse si la promulgación de un régimen basado en las recomendaciones de la *Guía* afectaría a los derechos de los consumidores y debería, por ende, adoptarse legislación de protección del consumidor (véase la recomendación 2 *b)*). Además, si bien es improbable que se plantee en la práctica, en la medida en que la legislación bancaria de un Estado limite los derechos de los bancos a adquirir determinados tipos de garantías reales sobre determinadas clases de bienes, la *Guía* también remite a esa legislación.

iii) Obligaciones garantizables

12. A menudo, en muchos Estados el régimen de las operaciones garantizadas limita los tipos de obligaciones que se pueden respaldar con una garantía real. Por ejemplo, en muchos de ellos sólo se pueden garantizar las obligaciones presentes y determinadas. Sin embargo, debido a la amplia variedad de tipos de obligaciones que asumen habitualmente las empresas, en la mayoría de los regímenes modernos de las operaciones garantizadas se adopta un criterio muy abierto en cuanto a las obligaciones que pueden ser respaldadas por una garantía real. En la *Guía* se adopta ese criterio. En ella se recomienda que se garantice una amplia gama de obligaciones monetarias o no (véase la recomendación 2 *c)*). Entre las obligaciones monetarias cabe citar, por ejemplo, el dinero pagadero a corto plazo, los préstamos a plazo fijo, las líneas de crédito y la obligación de pagar el saldo del precio de compra. Entre las obligaciones no monetarias pueden figurar las obligaciones de realizar una determinada tarea (por ejemplo, construir una máquina especial) o las obligaciones de abstenerse de hacer algo (por ejemplo, las cláusulas de no competencia). Se pueden garantizar obligaciones presentes o futuras, a condición de que estén determinadas o sean determinables.

iv) Operaciones

13. La última dimensión que determina el ámbito de aplicación de un régimen de las operaciones garantizadas es la gama de operaciones que abarca. Como ya se ha señalado, en algunos Estados no es posible constituir garantías reales sin desplazamiento, por lo que el otorgante debe renunciar a la posesión del bien que se va a gravar en beneficio del acreedor o de una persona que actúe por cuenta de éste. Además, en algunos Estados sólo entran en el ámbito del régimen de las operaciones garantizadas las operaciones que se denominan explícitamente así y que permiten a un acreedor exigir una garantía real sobre los bienes que pertenecen efectivamente a su deudor. Para que un régimen englobe exhaustivamente todos los mecanismos que cumplen funciones de garantía, los regímenes modernos de las operaciones garantizadas no adolecen de ninguna de esas limitaciones y la *Guía* adopta también este enfoque. En primer lugar, la *Guía* recomienda que se permitan y abarquen las garantías reales sobre bienes muebles con o sin desplazamiento. En segundo lugar, la *Guía* recomienda que el régimen rijan una amplia gama de operaciones destinadas a cumplir funciones de garantía (véase la recomendación 2 d)).

14. Este segundo punto es especialmente importante debido al gran número de derechos de propiedad que, aun cuando no se denominen precisamente garantías reales, cumplen fines de garantía, por ejemplo, las transferencias de la titularidad sobre bienes corporales para fines de garantía, las cesiones de créditos por cobrar para los mismos fines y las diversas formas de retención de la titularidad (véase la recomendación 2 d)). La razón que justifica la inclusión en la *Guía* de todos esos distintos mecanismos, prescindiendo de si se denominan o no mecanismos de garantía, se explica detenidamente en la sección siguiente del presente capítulo (véase también la recomendación 8).

15. Puesto que el objetivo básico de la *Guía* es promover el acceso a crédito garantizado, sus recomendaciones se ocupan fundamentalmente de las garantías reales contractuales. La *Guía* no se ocupa directamente de las cuestiones relacionadas con gravámenes que nacen por disposición legal o por resolución judicial. No obstante, dado que suele darse prelación a esos gravámenes sobre las garantías reales, la *Guía* no puede omitirlos. Por ese motivo, también se han insertado en ella recomendaciones acerca de la interacción entre las garantías reales y esos gravámenes (véanse las recomendaciones 83 a 86).

v) Producto

16. El examen efectuado más arriba de los componentes básicos de un régimen de las operaciones garantizadas que sirven para definir su ámbito de aplicación pone de manifiesto una evolución fundamental del modo en que se conciben las garantías reales. Tradicionalmente, los Estados adoptaban el criterio de que una garantía real es la consecuencia de un acuerdo específico encaminado a constituir una garantía sobre un bien concreto, que es propiedad de un deudor concreto, a favor de un acreedor concreto y para respaldar una obligación concreta (y también daban por sentado que ninguno de esos elementos de la operación cambiaría durante el período de validez del acuerdo de garantía). En los regímenes modernos de las operaciones garantizadas, ese grado de concreción no existe y con frecuencia se da el caso de que cambia el acreedor cuando los préstamos se ceden total o parcialmente de un prestamista a otro, o cambia la obligación porque se liquida la obligación actual y nace una nueva o cambia el bien gravado (por ejemplo, al vender las existencias y sustituirlas, y al reembolsar créditos por cobrar y sustituírlos por otros nuevos).

17. Existe además otra característica de los regímenes modernos que constituye un componente de su ámbito de aplicación. Esos regímenes habitualmente permiten que la garantía real grave también cualquier producto que se perciba a raíz de la venta o de otro acto de disposición de un bien gravado. Ese principio de hacer extensiva la garantía real al producto se considera generalmente necesario para proteger los derechos del acreedor garantizado cuando un deudor venda o arriende el bien gravado. No obstante, existen otras formas de producto además del que resulte de la venta o del arrendamiento de bienes gravados.

18. A fin de comprender plenamente el alcance del concepto de producto, es preciso examinar todas las maneras en que los bienes corporales pueden verse sujetos a transformaciones jurídicas o físicas con el tiempo. Por ejemplo, si el bien corporal es un animal, cabe prever diversas modificaciones. Las hembras tienen crías y producen leche o lana. Hay también otros animales valorados que pueden producir semen o huevos comercializables. Las abejas pueden producir miel, y los gusanos de seda pueden producir seda. En todas estas situaciones, los bienes gravados pueden generar otros bienes para el otorgante sin que se enajenen dichos bienes. En muchos ordenamientos jurídicos, este tipo de bienes se denominan “frutos naturales”.

19. Los bienes corporales pueden también producir bienes inmateriales. Por ejemplo, dichos bienes pueden ser objeto de arrendamiento y generar pagos de arrendamiento por parte del arrendatario. Además, los bienes inmateriales pueden producir otros bienes inmateriales (por ejemplo, los alquileres pueden generar intereses). Tanto los alquileres como los intereses se denominan a menudo “frutos civiles” o “ingresos”. Por otro lado, un bien corporal puede ser de tal naturaleza que pueda fabricarse o transformarse de otra forma en un bien de otro tipo. La madera puede convertirse en una silla y el acero puede formar parte de un automóvil. En este caso, el bien originariamente gravado no se enajena, pero a través del proceso de fabricación se convierte en otro bien de mayor valor. Los bienes resultantes de tal transformación suelen denominarse “productos fabricados”.

20. En otras palabras, en la terminología del derecho de propiedad, estos distintos tipos nuevos de bienes muebles se denominan frutos naturales y civiles o ingresos y productos fabricados. Sin embargo, a efectos del régimen de las operaciones garantizadas, la denominación específica no tiene a menudo gran importancia. Lo que cuenta es la decisión que adopten los Estados sobre el efecto de la garantía real sobre los frutos naturales y civiles o los ingresos y productos fabricados. Es decir, en cada uno de estos casos, los Estados deben decidir si una garantía real constituida sobre un animal, acero, el derecho al pago o un bien arrendado puede hacerse extensiva a cualquiera de los bienes “producidos” por ese bien gravado original.

21. Otra característica de los bienes muebles radica en que muchas veces se producen con el fin de ser vendidos o arrendados o de conceder una licencia sobre ellos (en ocasiones, más de una vez). Cuando los bienes originariamente gravados se venden, arriendan o licencian durante el período en que la obligación que respaldan está pendiente, el otorgante suele recibir, a cambio de dichos bienes, dinero en efectivo, bienes corporales (por ejemplo, bienes de equipo o títulos negociables) o bienes inmateriales (por ejemplo, créditos por cobrar). En tales casos, los Estados deben determinar si una garantía real que grave los bienes iniciales debería hacerse extensiva a los nuevos bienes que se reciban a cambio de los primeros, en caso de ser vendidos, arrendados o licenciados. Por lo tanto, a título de ejemplo, se requiere a los Estados que decidan si una garantía real constituida sobre un componente de un bien de equipo, como una imprenta, se hará extensiva al dinero que perciba el otorgante al vender la imprenta o a otra imprenta que se reciba a cambio

de la inicialmente vendida. En la terminología del derecho de propiedad, este dinero en efectivo u otros bienes corporales o inmateriales recibidos a cambio de una venta o de otro tipo de transferencia se consideran “el producto de la enajenación”. Cabe reiterar que, a efectos del régimen de las operaciones garantizadas, es a veces mucho menos importante si el bien recibido en la enajenación del bien originariamente gravado es otro bien, o constituye dinero en efectivo, un crédito por cobrar o un título negociable. Lo que importa es si la garantía real constituida sobre el bien originariamente gravado puede ser invocable en relación con este nuevo bien, es decir, si se puede hacer extensiva a él.

22. En algunos casos, el producto de los bienes originariamente gravados (ya sea en forma de frutos naturales y civiles, ingresos, productos fabricados o productos de enajenación) puede a su vez generar otro producto cuando el otorgante enajene el producto original a cambio de otros bienes. Este producto se denomina a veces “el producto del producto”. Si existe un derecho sobre el producto de los bienes originariamente gravados, debería lógicamente hacerse extensivo al producto del producto, siempre que pudiera seguir siendo identificado como producto. Es decir, si el acreedor garantizado perdiera su derecho sobre el producto al adoptar éste otra forma, el acreedor garantizado estaría sujeto a los mismos riesgos crediticios que en el caso de que no existieran derechos sobre el producto.

23. En algunos ordenamientos jurídicos, los frutos civiles y naturales o los ingresos se distinguen claramente del producto derivado de la enajenación de los bienes originariamente gravados y están sujetos a diferentes reglas. Este enfoque se justifica a menudo con la dificultad que entraña la identificación del producto de una enajenación y la necesidad de proteger los derechos de los terceros sobre el producto. Es decir que en estos ordenamientos se considera que los frutos quedan automáticamente abarcados por una garantía real constituida sobre el bien originariamente gravado que haya producido los frutos. En cambio, el producto de la enajenación suele verse como un bien de sustitución al que no se hace extensiva la garantía real constituida sobre el bien originariamente gravado. En otros ordenamientos no se hace una clara distinción entre los frutos y el producto de la enajenación de los bienes gravados, quedando todos sujetos a las mismas reglas. Entre las razones aducidas para justificar este enfoque cabe citar la dificultad para distinguir entre los frutos naturales y civiles o ingresos y el producto de la enajenación, y el hecho de que tanto los frutos como el producto se derivan de los bienes gravados, ocupan su lugar o pueden afectar a su valor.

24. Actualmente, en la mayoría de los Estados que han modernizado sus regímenes de las operaciones garantizadas se considera que todas las diversas transformaciones señaladas en esta sección constituyen un producto del bien originariamente gravado. Habida cuenta de esta tendencia legislativa y de que el hecho de que se puedan constituir garantías reales sobre esos bienes refleja las expectativas normales de las partes en un acuerdo de garantía, en la *Guía* se adopta el criterio de que todas las transformaciones antes mencionadas constituyen el producto del bien originariamente gravado. Por consiguiente, en virtud de la *Guía*, una garantía real se hace extensiva al producto de un bien gravado en cualquiera de esas formas (véase la recomendación 2).

b) *Cesión pura y simple de créditos por cobrar*

i) *Inclusión en la Guía de la cesión pura y simple de créditos por cobrar*

25. Siguiendo un principio casi universal, la *Guía* no se aplica a los mecanismos que no cumplen funciones de garantía. La única excepción respecto de ese principio es la que

se hace con la cesión pura y simple de créditos por cobrar (es decir, con toda cesión no destinada a respaldar una obligación). Esa excepción se ha plasmado en la mayoría de los regímenes modernos de las operaciones garantizadas y está justificada por el hecho de que los mecanismos prácticos utilizados al procederse al cobro de un crédito por cobrar que ha sido objeto de una transferencia pura y simple y a la ejecución de una garantía real sobre un crédito por cobrar son idénticos. Esa excepción se justifica también por el hecho de que a veces es difícil determinar de entrada si una cesión se efectúa a título de garantía o si es una transferencia pura y simple. Por lo tanto, en la *Guía* se recomienda que todas las cesiones de créditos por cobrar (en la *Guía* se utiliza el término “cesión” únicamente con respecto a créditos por cobrar), independientemente de que cumplan o no funciones de garantía, queden sujetas a las mismas reglas en lo que respecta a la constitución de garantías, a su oponibilidad a terceros, a su prelación y, en menor medida, a su ejecución (véase el párrafo 30 *infra* y las recomendaciones 3 y 167).

26. Sin embargo, al determinar el alcance de la recomendación 3, es importante señalar que en la definición de “crédito por cobrar” utilizada en la *Guía* se excluyen los derechos de cobro en virtud de un título negociable, un derecho a percibir el producto de una promesa independiente y un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria (véase Introducción, sección B, terminología e interpretación). Así pues, la *Guía* no se aplica a las cesiones puras y simples de tales bienes. Con todo, la *Guía* se aplica a toda cesión de dichos bienes siempre que se efectúe con fines de garantía.

27. Asimismo, la transferencia pura y simple de títulos negociables, los derechos a percibir el producto de una promesa independiente y los derechos a cobrar fondos acreditados en una cuenta bancaria se han excluido del ámbito de aplicación de la *Guía* porque tales operaciones plantean diversos problemas que requerirían reglas especiales. Por ejemplo, en el caso de los créditos por cobrar, se plantearía un conflicto de prelación entre los derechos derivados de la transferencia de una garantía real y los derechos derivados de una transferencia pura y simple en función del orden en que se hubiera inscrito en un registro una notificación de la garantía real o de la transferencia pura y simple. No obstante, la situación varía en el caso de los títulos negociables, de los derechos a percibir el producto de una promesa independiente y del derecho a cobrar fondos acreditados en una cuenta bancaria. En el caso de un título negociable, el acreedor garantizado siempre podrá obtener un grado superior de prelación si toma posesión del título (véase la recomendación 101). De manera análoga, con respecto a los derechos a percibir el producto de una promesa independiente y al derecho a cobrar fondos acreditados en una cuenta bancaria, el acreedor garantizado podrá siempre lograr un grado superior de prelación si ejerce el control (véanse las recomendaciones 103 y 107).

28. Los principios del régimen de las operaciones garantizadas podrían resultar de fácil aplicación a la transferencia pura y simple de un pagaré, y tal vez de una letra de cambio que no sea un cheque, de forma similar a la manera en que se regula en la *Guía* la cesión pura y simple de créditos por cobrar. No obstante, esos principios no se ajustarían bien a la transferencia pura y simple de cheques. Además, este último tema ya se regula de manera suficiente en el régimen legal de los títulos negociables y en la legislación sobre los cobros exigibles a los bancos.

29. Todo Estado promulgante que desee ampliar el alcance de su régimen de las operaciones garantizadas para hacerlo aplicable a la cesión pura y simple de títulos negociables que sean bien pagarés bien letras de cambio (y hacer extensiva la definición de “garantía real” en dicho régimen al derecho del cesionario en una transacción de esa índole) quizás desee estudiar la posibilidad de prever que una cesión pura y simple de tales títulos

negociables sea automáticamente oponible a terceros al efectuarse la cesión. Con tal regla se evitaría trastocar las actuales prácticas financieras. En cuanto a la prelación de ese derecho, serían aplicables los principios generales en materia de prelación enunciados en la *Guía*. En particular, regiría el principio general enunciado en las recomendaciones 101 y 102. Como en el caso de una cesión pura y simple de un crédito por cobrar, el beneficiario de la transferencia pura y simple de dicho título negociable debería poder ejecutar el título sin el consentimiento del cedente, a reserva de los derechos de las partes obligadas en virtud del título negociable, tal como se describe en el capítulo VIII, relativo a la ejecución de una garantía real.

ii) *Efecto de la inclusión en la Guía*

30. La recomendación de que el régimen se aplique a las cesiones puras y simples de créditos por cobrar a pesar de que esas cesiones no garantizan el pago u otro tipo de cumplimiento de una obligación se refiere, sobre todo, a las cuestiones de constitución, eficacia frente a terceros y prelación. En cuanto al cobro u otra forma de ejecución de una cesión pura y simple de créditos, las recomendaciones de la *Guía* no suelen ser aplicables, exceptuando la aclaración de que el cesionario tendrá derecho a cobrar el crédito y de que el cobro deberá efectuarse de un modo comercialmente razonable (véase la recomendación 167).

31. Es importante poner de relieve que, aunque en la *Guía* se incluyan las cesiones puras y simples de créditos por cobrar, la distinción entre una cesión pura y simple de créditos por cobrar y una cesión de créditos por cobrar como garantía del cumplimiento de una obligación no pierde en modo alguno su razón de ser. No obstante, conforme a la *Guía* está fuera de lugar hacer distinciones basadas en la forma o en la terminología entre las operaciones que garantizan el pago u otro tipo de cumplimiento de una obligación. Es decir, si bien las recomendaciones de la *Guía* abarcan las cesiones puras y simples y a menudo se utiliza una terminología común (véanse, por ejemplo, la definición de “garantía real”, que engloba las cesiones puras y simples de créditos por cobrar, la definición de “acreedor garantizado”, que comprende a los cesionarios en una cesión pura y simple de créditos por cobrar, y la definición de “otorgante”, que incluye a los cedentes en una cesión pura y simple de créditos por cobrar), en la *Guía* no se transforman las cesiones puras y simples en garantías reales. Ese resultado (al que a veces se denomina “nueva caracterización”) no sería conveniente y podría, de hecho, ir en detrimento de prácticas importantes como la bursatilización de los créditos por cobrar.

c) *Aeronaves, material rodante ferroviario, objetos espaciales y buques*

32. Las disposiciones de la *Guía* no abarcan bienes tales como las aeronaves, el material rodante ferroviario, los objetos espaciales, los buques ni otras categorías de bienes de equipo móvil, en la medida en que esos bienes se rijan por alguna norma de derecho interno o por algún acuerdo internacional en el que sea parte el Estado promulgante de legislación basada en la *Guía*, y en que se traten las cuestiones abordadas en el presente régimen (véase la recomendación 4 a)). Como consecuencia, por ejemplo, la *Guía* no será aplicable cuando existan registros y reglamentos detallados sobre las garantías y otros derechos sobre buques, aeronaves y los demás tipos de bienes de equipo móvil descritos en la recomendación 4 a)). Por consiguiente, cuando tales normas de derecho interno o tales acuerdos internacionales en los que el Estado sea parte no se apliquen a estas categorías de bienes, la *Guía* sí será aplicable. La referencia a aeronaves, material rodante ferroviario, objetos espaciales y buques debe interpretarse en función del

significado que esos términos y expresiones tengan en el derecho interno o en los tratados internacionales que regulen tales bienes.

d) *Propiedad intelectual*

33. Ante el aumento de la importancia y del valor económico de los bienes de propiedad intelectual para las empresas que tratan de obtener crédito garantizado, la *Guía* se aplica en principio a las garantías reales constituidas sobre derechos de propiedad intelectual. No obstante, como las recomendaciones no se han preparado teniendo presentes los problemas inherentes a la propiedad intelectual, en caso de incompatibilidad con el derecho interno, o con algún acuerdo internacional en el que un Estado sea parte, la *Guía* no sería aplicable en materia de propiedad intelectual (véase la recomendación 4 b)).

34. A ese respecto, el Estado debería examinar su legislación en vigor en materia de propiedad intelectual, así como las obligaciones que le incumben con arreglo a tratados, convenciones y otros acuerdos internacionales relativos a la propiedad intelectual y, si las recomendaciones de la *Guía* fueran incompatibles con esa legislación en vigor o esos tratados, convenciones u otros acuerdos internacionales, en el régimen de las operaciones garantizadas del Estado se debería confirmar expresamente que esa legislación en vigor y los tratados, convenciones y otros acuerdos internacionales prevalecerán sobre los puntos que sean incompatibles con la *Guía*.

35. Además, un Estado que promulgue legislación sobre las operaciones garantizadas de acuerdo con la *Guía* debería plantearse si sería apropiado introducir ajustes en determinadas reglas de esa legislación en lo que se refiere a su aplicación a las garantías reales constituidas sobre propiedad intelectual, en la medida en que sean incompatibles con el derecho interno o con instrumentos internacionales en los que dicho Estado sea parte y que rijan cuestiones de propiedad intelectual. Entre esas reglas del régimen de las operaciones garantizadas cabe citar, en particular, las que se consignan en las siguientes recomendaciones de la *Guía*: las recomendaciones 38, y 77 y 78, sobre la oponibilidad a terceros y la prelación de una garantía real supeditada a un sistema registral especial; la recomendación 81 c), sobre la prelación de los derechos de un licenciatario de una licencia no exclusiva concedida en el curso ordinario de los negocios del licenciante, y las recomendaciones 208 y 218 b), relativas a la ley aplicable a las garantías reales constituidas sobre bienes inmateriales.

36. Al plantearse la conveniencia de introducir algún ajuste en las normas del régimen de las operaciones garantizadas que sean aplicables a las garantías reales sobre la propiedad intelectual, un Estado debería analizar cada circunstancia, punto por punto, y debería tener debidamente en cuenta tanto la necesidad de establecer un régimen eficiente de las operaciones garantizadas como el objetivo de asegurar la protección y el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual de acuerdo con los tratados internacionales y la legislación nacional. Entre las cuestiones que se deberían tomar igualmente en consideración cabe destacar las siguientes: si la legislación sobre propiedad intelectual se ocupa de la adquisición de garantías sobre derechos de propiedad intelectual, y si prevé la inscripción registral de notificaciones de la constitución de garantías reales sobre propiedad intelectual. Todos estos detalles se abordarán en un suplemento que en breve se incorporará a la *Guía*.

e) *Valores bursátiles*

37. La *Guía* no se aplica a las garantías reales constituidas sobre valores bursátiles, debido a que la naturaleza de estos valores y su importancia en el funcionamiento de los

mercados financieros plantean una amplia serie de problemas que merecen un trato legislativo especial. Además, las cuestiones de derecho sustantivo relativas a las garantías reales y otros derechos sobre los valores bursátiles depositados en poder de un intermediario no se contemplan en la *Guía*, porque se regulan en el Convenio del UNIDROIT sobre el régimen sustantivo aplicable en materia de valores depositados en poder de un intermediario (Ginebra, 2009)². En la *Guía* no se contempla el régimen aplicable a los derechos sobre los valores bursátiles, ya que se regula en el Convenio sobre la ley aplicable a ciertos derechos sobre valores depositados en poder de un intermediario, elaborado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado³.

38. La *Guía* se ha estructurado de tal forma que todo Estado que promulgue legislación basada en el régimen previsto en ella pueda, al mismo tiempo, aplicar los textos preparados por el UNIDROIT y por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, así como los textos pertinentes preparados por la CNUDMI, como la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos⁴ y la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia⁵.

f) *Contratos financieros y operaciones con divisas*

39. La *Guía* tampoco se aplica a las garantías reales sobre dos categorías adicionales de bienes muebles: a) los derechos de cobro nacidos o dimanantes de contratos financieros regulados por acuerdos de compensación global, excepto los créditos aún adeudados una vez liquidadas todas las operaciones pendientes, y b) los derechos de cobro nacidos de operaciones con divisas o en virtud de ellas. En la *Guía* se adopta ese criterio porque los contratos financieros y las operaciones con divisas plantean cuestiones complejas que exigen normas especiales.

g) *Bienes inmuebles*

40. En algunos ordenamientos jurídicos, el régimen de las operaciones garantizadas es aplicable tanto a los bienes muebles como a los bienes inmuebles. No obstante, los gravámenes sobre bienes inmuebles se han excluido en principio del ámbito de aplicación de la *Guía* debido a que plantean diversos problemas (véase la recomendación 5). Por ejemplo, los gravámenes (y la titularidad) sobre bienes inmuebles suelen estar sujetos a inscripción en un sistema especial de registro de documentos en cuyo índice la clasificación se lleva a cabo por bienes y no por otorgantes. Aun así, los bienes inmuebles pueden verse afectados por las recomendaciones de la *Guía*.

41. En la mayoría de los ordenamientos jurídicos, los bienes incorporados a bienes inmuebles (es decir, los bienes corporales que están físicamente adheridos a bienes inmuebles aunque conservan su propia identidad jurídica) son considerados bienes inmuebles. En otros ordenamientos jurídicos, mientras los bienes corporales incorporados a bienes inmuebles conserven su identidad jurídica, no son considerados bienes inmuebles. Independientemente de si el bien incorporado se asimila a un bien inmueble, la *Guía* es aplicable a las garantías reales constituidas sobre esos bienes incorporados y, por consiguiente,

² Véase la Introducción, nota 12.

³ Véase la Introducción, nota 11.

⁴ Véase la Introducción, nota 7.

⁵ Véase la Introducción, nota 6.

si dichos bienes son considerados bienes inmuebles, la *Guía* afecta, a este respecto, a los bienes inmuebles (véanse las recomendaciones 21 y 43).

42. Además, la *Guía* regula los gravámenes sobre bienes inmuebles en determinados casos en que una garantía real sobre un bien inmueble (por ejemplo, una hipoteca) respalda un crédito por cobrar, un título negociable u otro bien inmaterial. En caso de cederse el crédito por cobrar, el título negociable o el otro bien inmaterial, la *Guía* recomienda que el cesionario perciba el beneficio del gravamen sobre el bien inmueble. Este criterio se justifica por una regla general vigente en la mayoría de los ordenamientos jurídicos conforme a la cual el bien accesorio (el gravamen sobre el bien inmueble) sigue al bien principal (la obligación garantizada). Sin embargo, para evitar menoscabar los derechos de terceros en el marco del régimen de la propiedad inmobiliaria, la aplicación de la *Guía* no afectará a los derechos de terceros, ni a la prelación, ni a los requisitos de ejecución relativos a los gravámenes sobre bienes inmuebles previstos en el régimen de la propiedad inmobiliaria (véanse las recomendaciones 25 c) y 48).

h) *Producto de un bien de alguna categoría excluida*

43. Determinados tipos de bienes excluidos del ámbito de aplicación de la *Guía* pueden, con todo, generar un producto en forma de bienes que, nominalmente, estaría regulado por la *Guía* (por ejemplo, los créditos por cobrar que representen el producto de bienes inmuebles). En principio, la *Guía* es aplicable a las garantías reales sobre esos bienes. No obstante, puede ocurrir que otras reglas de derecho, independientes del régimen de las operaciones garantizadas (por ejemplo, el derecho de la propiedad inmobiliaria), confieran también una garantía real sobre los tipos de producto a los que se aplique el régimen de las operaciones garantizadas. Cuando en esos casos fueran aplicables ambos regímenes, podría generarse una notable confusión. Por este motivo, cuando una regla de derecho determine que existe una garantía real sobre tal producto, la *Guía* adopta el criterio de que el régimen de las operaciones garantizadas sólo será aplicable a esa garantía real cuando no se aplique a ésta ningún otro tipo de legislación (véase la recomendación 6).

i) *Otras excepciones*

44. La manera óptima de lograr los objetivos de la *Guía* consiste en adoptar un amplio régimen de las operaciones garantizadas con el mayor alcance posible. Su objetivo será incluir en el ámbito de aplicación del régimen de las operaciones garantizadas una amplia gama de operaciones y procurar que ese régimen prevea el menor número posible de excepciones (véase, por ejemplo, la recomendación 83). Por esta razón, en la *Guía* se recomienda que en el régimen no se prevean más limitaciones de su ámbito de aplicación que las que se enuncien expresamente en la *Guía* (véase la primera frase de la recomendación 7). Si, a pesar de ello, se introducen otras limitaciones (por ejemplo, la exclusión de las prestaciones de empleo) a fin de evitar que se socave la seguridad jurídica en lo que respecta al ámbito de aplicación del régimen, en éste se deberían establecer dichas limitaciones en términos claros y concisos (véase la segunda frase de la recomendación 7).

3. *Criterios básicos aplicables a las operaciones garantizadas*

a) *Introducción*

45. A lo largo del tiempo se ha desarrollado en los Estados una amplia gama de prácticas de garantía para alentar a los prestamistas, vendedores a crédito y demás financieros

a conceder crédito a sus prestatarios, compradores y otros deudores. Con frecuencia los Estados han introducido por vía legal garantías especiales otorgables a los prestamistas y vendedores para obtener de ellos crédito financiero. Se han establecido también regímenes destinados a facultar a los acreedores y deudores para concertar entre ellos garantías dotadas de prelación especial. En ambos casos, el objetivo ha sido dotar al acreedor financiero de cierta prelación sobre los demás acreedores en la distribución del producto eventual del embargo y venta de los bienes del deudor a raíz del incumplimiento de alguna obligación que éste haya contraído. Estos diversos tipos de derechos presentan ciertos rasgos comunes que responden a la categoría genérica de una garantía real.

46. La *Guía* se inspira en las diversas soluciones que se han dado en marcos jurídicos diversos para sugerir que se modifiquen, siempre que proceda, las normas o prácticas actuales a la luz de sus recomendaciones en pro de que se adopte un régimen moderno de las operaciones garantizadas que facilite la obtención de crédito garantizado.

47. La presente sección cumple diversos objetivos. En primer lugar pasa revista a los diversos mecanismos por los que se garantiza el crédito concedido por el acreedor. Se examinan además las ventajas e inconvenientes de cada técnica o instrumento utilizado, tanto para las partes (es decir, el acreedor garantizado y el otorgante) como para terceros. La sección pasa entonces a esbozar los principales criterios que pueden ayudar al legislador a la hora de elegir entre las diversas soluciones posibles. A lo largo de toda la sección, se señalan los motivos que puede haber para modernizar la normativa aplicable en esta esfera, así como las situaciones en las que la necesidad de modernizar puede ser más acuciante.

48. En términos generales, cabe distribuir los dispositivos que actualmente se utilizan para fines de garantía en tres categorías principales. La primera es la de los dispositivos expresamente destinados para fines de garantía y denominados garantías reales (véanse los párrafos 50 a 84 *infra*). La segunda es la de los dispositivos de retención de la titularidad (reserva de la propiedad) que se utilizan en el marco de diversos contratos para garantizar el cumplimiento por el deudor de su obligación (véanse los párrafos 85 a 100 *infra*). En la tercera están todas las técnicas y dispositivos de garantía y de titularidad que se utilizan para fines de garantía agrupados bajo un concepto genérico y funcionalmente definido de la garantía real (véanse los párrafos 101 a 109 *infra*).

49. Conforme se ha señalado, no todos los dispositivos que se utilizan actualmente, en muchos Estados, para alentar a los prestamistas, vendedores y otros financieros a conceder crédito están basados en un hecho o acuerdo contractual. Algunos dispositivos nacen por imperio de la ley. En cada sección se irán indicando los dispositivos más importantes. Ahora bien, dado que los gravámenes legales no son, por lo general, objeto de la *Guía*, el presente examen estará centrado en los dispositivos de origen contractual.

b) *Operaciones garantizadas tradicionales*

i) *Garantías reales sobre bienes corporales*

50. La mayoría de los Estados distinguen entre la garantía real constituida sobre bienes corporales y la constituida sobre bienes inmateriales. Dado que los bienes corporales pueden ser objeto, por razón de su índole, de posesión física y dada la importancia que muchos Estados siguen asignando a dicha posesión, la ley suele permitir que el acreedor obtenga una garantía constituida sobre un bien corporal por un método no utilizable respecto de los bienes inmateriales. En la práctica jurídica actual de las garantías sobre

bienes corporales, la mayoría de los Estados distinguen entre la garantía real posesoria y la no posesoria, denominada también sin desplazamiento. En el caso de la garantía real posesoria, se transfiere la posesión del bien gravado al acreedor garantizado o a un tercero que actúe en su nombre. En el caso de la garantía real no posesoria, el otorgante (que suele ser el deudor pero que pudiera ser un tercero) retendrá la posesión del bien gravado.

a. *La prenda*

51. La prenda es el tipo más frecuente de garantía real constituida sobre un bien corporal. La forma tradicional de la prenda exige, para su validez, que el otorgante haga entrega de la posesión del bien gravado, pero hoy es frecuente que la ley asigne la categoría de “prenda” a ciertas garantías en las que el otorgante retiene la posesión física del bien gravado. Esta forma moderna de la prenda está conceptualizada en la *Guía* como garantía real no posesoria, y no como prenda.

52. La prenda ordinaria suele constituirse como sigue. Lo más usual es que el otorgante haga entrega del bien gravado (o prenda) al acreedor garantizado o a un tercero que actúe en nombre del acreedor garantizado. La prenda puede también nacer cuando el otorgante permita que el acreedor garantizado, o un tercero designado de consuno, en cuyo poder obre ya el bien gravado por algún otro motivo, retenga dicha posesión a título de prenda. El tercero designado suele ser un agente o fiduciario del acreedor que retiene el bien gravado en nombre o por cuenta del acreedor o de un sindicato o junta de acreedores. La desposesión del otorgante deberá no sólo efectuarse al constituirse la garantía, sino que deberá mantenerse a lo largo de su duración. La restitución del bien gravado (o prenda) al otorgante suele ser el acto por el que se extingue la prenda.

53. En muchos Estados, la desposesión del otorgante no exige el desplazamiento físico del bien gravado y se permite que éste permanezca en el local del otorgante, con tal de que se prive de algún otro modo al otorgante de su acceso al bien gravado. Cabrá conseguir esto, por ejemplo, mediante la entrega al acreedor garantizado de las llaves del almacén donde se encuentre el bien gravado (por ejemplo, las mercancías o materias primas), con tal de que dicha entrega prive efectivamente al otorgante de todo acceso no autorizado al bien gravado. Cabrá obtener ese mismo resultado mediante la entrega efectiva del bien gravado a un tercero. Por ejemplo, cabría encargar del control efectivo del bien gravado en el propio local del otorgante a una empresa depositaria que actúe como agente del acreedor garantizado. Dicho arreglo (denominado a veces depósito sin desplazamiento) permite que el bien gravado esté almacenado en algún lugar del propio local del otorgante que esté aislado, precintado o colocado de algún otro modo bajo el control exclusivo de la empresa depositaria. La validez de este tipo de arreglo dependerá, normalmente, de que se cumplan varias condiciones. Todo tercero interesado deberá poder constatar que el otorgante no tiene acceso al bien gravado. El otorgante deberá quedar efectivamente privado de toda vía de acceso no autorizado al lugar donde el bien gravado esté almacenado. Los empleados de la empresa depositaria no podrán ser a la vez empleados del otorgante. Si la empresa depositaria contrata, por razón de su pericia profesional o por algún otro motivo, a miembros del personal del otorgante, deberán modificarse sus condiciones de empleo de tal modo que ya no trabajen para el otorgante, sino para la empresa depositaria.

54. Si bien la prenda suele constituirse sobre bienes corporales de una empresa (por ejemplo, bienes de equipo y existencias), cabe también constituirla sobre otras categorías de bienes. Por ejemplo, cabe constituirla sobre ciertos tipos de título o de documento (ya sean negociables o no negociables) que lleven incorporados algún bien corporal

(por ejemplo, un conocimiento de embarque o un recibo de almacén que lleven incorporadas las mercancías transportadas o depositadas) o algún bien inmaterial (por ejemplo, un título negociable que lleve incorporado el derecho al cobro de créditos por cobrar). En estos casos, el otorgante será desposeído del bien gravado por la entrega material del título o documento gravado al acreedor garantizado.

55. En cuanto garantía real, la prenda presenta para el acreedor garantizado varias ventajas importantes, entre las que cabe mencionar las siguientes. En primer lugar, impide que el otorgante disponga del bien gravado sin el consentimiento del acreedor garantizado. En segundo lugar, el acreedor garantizado no corre el riesgo de que el valor efectivo del bien gravado se vea mermado por negligencia del otorgante en el mantenimiento o custodia del bien gravado. En tercer lugar, la prenda admite ciertos arreglos que permiten que el acreedor garantizado utilice el bien gravado, a reserva de que obtenga el consentimiento del otorgante y se comprometa a utilizarlo con el debido cuidado. En cuarto lugar, si el acreedor garantizado se ve obligado a realizar el valor en garantía del bien pignorado, no tendrá que dedicar tiempo y trabajo, además de asumir el riesgo inherente a la tarea de obtener la entrega del bien gravado por el otorgante. En quinto lugar, si el título gravado reporta intereses abonables a su tenedor, la posesión del título pignorado permitirá que el acreedor vaya cobrando los intereses que le sean debidos a medida que pasen a ser abonables.

56. La prenda puede tener también ventajas para terceros, especialmente cuando el tercero sea otro acreedor del otorgante. La desposesión obligatoria del otorgante evita el riesgo de que éste se valga de la falsa impresión de riqueza que pudiera darle el estar en posesión del bien gravado (es decir, la impresión de que dicho bien está libre de toda garantía real). La desposesión del otorgante minimiza también el riesgo de fraude (es decir, hace imposible que el otorgante haga creer que posee el bien gravado libre de toda garantía real).

57. Paralelamente, la prenda puede tener también notables desventajas tanto para el otorgante como para el acreedor garantizado. Para el otorgante, la mayor desventaja consiste en la desposesión del bien gravado, dado que le impedirá utilizarlo al servicio de su negocio. Esta desventaja será grave si el otorgante necesita dicho bien para obtener ingresos que le permitan reembolsar el préstamo (éste sería el caso si se han dado en prenda materias primas, productos acabados o semiacabados y bienes de equipo). Esta desventaja hace que la prenda no resulte un instrumento viable para negociar muchos préstamos comerciales. Otra desventaja importante es que el otorgante no podrá dar en prenda bienes futuros o bienes sobre los que el otorgante no haya adquirido aún la posesión. Estos rasgos excluyen a la prenda de muchas prácticas financieras importantes, como la financiación en función de las existencias de una empresa que sirve de garantía para la obtención del denominado crédito rotatorio o renovable.

58. Para el acreedor garantizado, la prenda puede tener la desventaja que le suponga al acreedor el tener que almacenar, custodiar y mantener el bien gravado, salvo que delegue este deber en un tercero. Si el acreedor garantizado no puede o no desea asumir estas tareas, deberá encomendarlas a un tercero, lo que supondrá gastos adicionales que habrá de asumir directa o indirectamente el otorgante. Otra desventaja que puede suponer para el acreedor garantizado la tenencia de un título, tal como un recibo de almacén o un conocimiento de embarque, que lleve incorporados ciertos bienes nocivos o peligrosos es la de exponerle a la responsabilidad dimanante de toda pérdida o daño que pueda ocasionar el bien corporal gravado. Esa responsabilidad pudiera superar el monto del crédito abierto

al deudor en casos en los que el bien gravado suponga algún peligro grave para el medio ambiente (véase el capítulo II, sobre la constitución de una garantía real, párr. 71).

59. Ahora bien, si dichas desventajas no crean un problema (ya sea porque no son del caso o por haberlas resuelto las partes de algún modo), la prenda puede ser una garantía excelente y eficaz. Suele utilizarse principalmente en dos supuestos, el primero es el de que el bien gravado se encuentre ya, o pueda pasar fácilmente a la posesión de un tercero, particularmente si ese tercero se dedica al negocio de custodiar bienes ajenos (como sería el caso del gestor de un almacén). El segundo es el caso de los títulos y documentos negociables cuya tenencia sea fácilmente asumible por el acreedor garantizado o su agente.

b. *Derecho de retención de la posesión*

60. Cabe crear, por ley o mediante pacto contractual, un derecho a retener la posesión de un bien en garantía del pago de una obligación. Dado que un derecho de origen legal a retener un bien será rara vez objeto de la *Guía*, esos derechos serán sólo brevemente examinados en el presente trabajo. Muchos Estados han dado un campo de aplicación muy amplio al derecho de retención legal, que suele ser reconocido, en ciertos casos, a los transportistas, gestores de almacén o de talleres de reparación y restauradores de bienes. En algunos Estados, los abogados, arquitectos y otros profesionales gozan también del derecho a retener ciertos documentos pertenecientes a sus clientes. En todos estos casos el derecho de retención suele fundamentarse en el principio general del derecho contractual en virtud del cual no cabe exigir a una de las partes en un contrato que cumpla su obligación hasta que la otra esté en condiciones de cumplir la suya y se muestre dispuesta a hacerlo. La mayoría de estos derechos legislativos de retención no dan al tenedor del bien ningún derecho ejecutorio especial, y algunos ni siquiera le permiten reclamar una prelación especial sobre el producto que reporte la venta ejecutoria del bien retenido.

61. Además de estos derechos particulares de retención legal de un bien, algunos Estados permiten que las partes contratantes hagan un empleo más extensivo de este principio general legal de retención. En tales Estados, las partes podrán pactar que si una de ellas incumple su obligación, la otra podrá abstenerse de cumplir la suya aun cuando se trate de una obligación estipulada en otro contrato concertado entre las partes. Lo más frecuente es que estos pactos se refieran al derecho de una de las partes a retener un bien en su posesión que, con arreglo a otro contrato, debería entregar a la parte que haya incurrido en incumplimiento. Por ejemplo, un banco quedaría exento de la obligación de restituir un conocimiento de embarque o un pagaré del cliente que obre en su poder o podrá denegar todo cobro reclamado en la cuenta del cliente si el cliente ha incurrido en mora en el reembolso de su crédito y si dicho cliente ha otorgado al banco un derecho de retención del conocimiento de embarque, del pagaré o de la suma depositada en su cuenta bancaria. Si el derecho de retención se refuerza con un derecho de venta del bien retenido, dicho derecho de retención reforzado será tenido por algunos ordenamientos jurídicos como constitutivo de una prenda, aun cuando dicha prenda se haya creado por un método que no sea la vía ordinaria para pignorar un bien. En otros lugares, se reconocerá meramente a dicho derecho de retención reforzado algunos de los efectos de la prenda, pero sin reconocérsele la condición de tal. La consecuencia más importante de que se atribuya, por analogía, la condición de prenda a dicho derecho de retención sería la de que el acreedor en posesión del bien retenido gozaría de prelación sobre el producto de su venta. Lo más usual es que se reconozca al acreedor una prelación absoluta sobre el bien retenido, pero

en algunos Estados tal vez goce de prelación, en ciertos casos, una garantía real no posesoria previamente creada y que sea oponible a terceros.

c. *Garantías reales no posesorias*

62. Como ya se indicó (véase el párrafo 57 *supra*) pignorar un bien corporal requerido por la empresa para la producción o la venta (materias primas, productos acabados o semiacabados y bienes de equipo) suele ser económicamente inviable.

63. Para soslayar esta dificultad, algunos Estados han intentado encontrar soluciones para las necesidades locales en el marco de su propio ordenamiento jurídico. Sobre todo hacia la segunda mitad del siglo XX, esos Estados empezaron a reconocer la figura de una garantía real constituida sobre bienes muebles distintos de los pignorables con arreglo a la prenda tradicional. En algunos casos, este reconocimiento se hizo en el marco de una nueva ley. Ahora bien, en otros muchos ha sido fruto de la práctica comercial y de la jurisprudencia.

64. El resultado de esta evolución jurídica ha sido una amplia gama de soluciones. La diversidad de la nomenclatura actual es un claro indicio de la diversidad de las soluciones que se han dado. Los nombres más comunes de las técnicas utilizadas son: desposesión ficticia del otorgante, prenda no posesoria, pignoración registral, *nantissement*, *warrant*, hipoteca mobiliaria, privilegio contractual, certificado de venta, *chattel mortgage*, carga o gravamen flotante y recibo fiduciario. En resumen, algunos Estados crearon la figura de una garantía real no posesoria sobre bienes muebles mientras que otros se limitaron a modificar el régimen tradicional de figuras ya existentes, como la prenda, para adaptarlas a la función de una garantía real no posesoria.

65. Un resultado significativo de estas reformas legales es que la mayoría se concibieron como una respuesta limitada a determinado problema, por lo que su alcance es limitado. Por ejemplo, en algunos Estados se ha previsto una garantía no posesoria aplicable al equipo profesional y comercial, otra aplicable a la financiación de materias primas y una tercera a las existencias destinadas a la venta al por menor. Pocos son los países que han promulgado una ley general por la que se crea una garantía real no posesoria aplicable a todo tipo de bienes corporales. Algunos Estados han promulgado más de un régimen de la garantía real no posesoria que será o no aplicable según cual sea la actividad comercial de la empresa: una será aplicable a la financiación de empresas industriales y artesanales, otra a la de empresas agrarias, de silvicultura y pesqueras, otra a la industria del petróleo, el gas y de la minería, y una cuarta a las operaciones comerciales entre particulares. Por último, muchos Estados han promulgado diversas leyes de la garantía real no posesoria destinada cada una de ellas a un pequeño sector comercial, como sería la compra de automóviles o de maquinaria agrícola o la producción de películas cinematográficas.

66. Algunos Estados han buscado la solución en un dispositivo distinto de la garantía no posesoria denominado carga “flotante” o “fija” según el control ejercido por el acreedor garantizado sobre el bien gravado. En general, el acreedor garantizado dispondrá de una carga fija sobre un bien gravado si no se le permite al otorgante que venda o enajene de algún otro modo el bien gravado sin el consentimiento del acreedor (suele aplicarse al equipo gravado que el otorgante haya de utilizar en su negocio). El acreedor garantizado dispondrá, en cambio, de una carga flotante sobre el bien gravado si se permite que el otorgante lo venda o enajene sin el consentimiento del acreedor garantizado (suele ser el caso de las cargas impuestas sobre existencias que el otorgante haya de vender en el curso normal de su negocio). Otro rasgo distintivo entre la carga fija y la flotante radica en su

prelación relativa: una carga fija suele gozar de una prelación primordial sobre el bien gravado, mientras que una carga flotante estará supeditada a ciertos créditos privilegiados como sería un crédito fiscal o a ciertas sustracciones en favor de otros acreedores (véase también el capítulo II, sobre la constitución de una garantía real, párrafos 61 a 70).

67. Algunos países se muestran reacios a reconocer la garantía real no posesoria sobre existencias. Ello se debe a la incompatibilidad aparente entre el derecho del acreedor garantizado a vender las existencias en caso de incumplimiento y el derecho del otorgante a vender esas mismas existencias en el curso ordinario de sus negocios. También se debe al aparente problema conceptual que se plantea al constituir una garantía real sobre bienes clasificados como una masa de bienes. También se aduce la posibilidad de que una decisión normativa destine las existencias del otorgante a la satisfacción de los créditos de los acreedores ordinarios del otorgante.

68. Esa gran diversidad legislativa no impide que las diversas figuras de garantía real no posesoria compartan a menudo el rasgo común de que existe o se exige alguna forma de dar publicidad al gravamen.

69. Al igual que la posesión del bien pignorado, dicha publicidad tiene por objeto disipar la falsa impresión que un tercero pueda obtener de la riqueza del otorgante que siga en posesión del bien así gravado. Se suele decir, no obstante, que en la economía crediticia moderna todo comerciante debe presumir que los bienes de otro comerciante estén gravados o que estén sujetos a un derecho de retención de la titularidad de su vendedor. Por dicho motivo, se dice que no es necesario imponer a la garantía no posesoria un requisito general de publicidad con miras a amparar los intereses de todo tercero eventualmente interesado. El deber de cautela que dicha presunción impone a todo nuevo prestamista eventual elevará sin duda el precio del crédito que se conceda. En primer lugar, aun en casos en los que el comerciante en posesión de sus bienes sea su propietario y dichos bienes no estén gravados, todo acreedor eventual deseará cubrirse contra el riesgo de algún gravamen oculto, por lo que elevará el precio del crédito que conceda. Dicho riesgo podrá reducirse (sin evitarse por completo) mediante una extensa búsqueda que pudiera resultar lenta y costosa. Por último en algunos casos tal vez no sea posible efectuar una búsqueda provechosa, por lo que el acreedor elevará el precio de su crédito para cubrirse frente a dicho riesgo.

70. Al crear un registro público de las garantías reales con un fin publicitario secundario, cabe también obrar por el deseo de facilitar al acreedor garantizado un mecanismo sencillo para probar la existencia de su garantía y la fecha de su constitución. En dichos casos, el registro cumplirá la función de un notario profesional. A diferencia de un registro destinado a facilitar información a todo tercero interesado, un registro meramente probatorio puede estar únicamente al servicio del acreedor garantizado y tal vez no podrá ser consultado por un tercero que esté pensando en conceder créditos.

71. En Estados en los que el acreedor garantizado que goce de una garantía real no posesoria esté obligado a dar publicidad a su garantía, el sistema registral existente no ampara siempre como es debido ni al acreedor garantizado ni a los terceros interesados. Muchos de estos países llevan registros separados para cada categoría de garantía real y, pese a que dos garantías de categoría distinta pueden gravar un mismo bien, no se ha dotado a los registros de índices cruzados. Además, es frecuente que los registros no den el nombre ni del propietario ni de los acreedores garantizados con una garantía previamente constituida, ni tampoco la suma garantizada ni datos acerca del bien gravado. Por último, hay sistemas que parten de la hipótesis general de que los bienes estarán gravados y que, por

consiguiente, ni han integrado en uno solo su sistema registral ni le han dotado de la transparencia debida, por lo que no se dispone de una base objetiva para que el acreedor pueda determinar la magnitud exacta de los gravámenes constituidos sobre determinado bien y la prelación relativa de las garantías concurrentes, lo que dará lugar a que el otorgante no pueda aprovechar plenamente el valor en garantía de sus bienes para obtener crédito.

72. Existe en algunos Estados un notable desfase entre el marco jurídico actual de las garantías reales no posesorias y la demanda económica de dicha forma de garantía, por lo que un objetivo claro de la reforma jurídica de las operaciones garantizadas sería el de mejorar dicho marco, haciéndolo aplicable a las garantías constituidas sobre bienes inmateriales (véanse los párrafos 78 a 84 *infra*).

73. Si bien los regímenes más modernos demuestran que cabe eliminar dicho desfase, la experiencia también demuestra que no bastará con modernizar la figura tradicional de la prenda posesoria para obtener un régimen legal eficiente de las garantías reales no posesorias. La complejidad dimana principalmente de los siguientes cuatro rasgos de las garantías reales no posesorias. En primer lugar, el hecho de retener la posesión del bien gravado hace que el otorgante esté en condiciones de poder disponer de dicho bien y de poderlo gravar de nuevo, obrando incluso contra la voluntad del acreedor garantizado. Dicha situación obliga a introducir reglas concernientes a la oponibilidad y la prelación de dicha garantía (véase el capítulo V, sobre la prelación de una garantía real). En segundo lugar, el acreedor garantizado deberá velar por que el otorgante que siga en posesión del bien gravado lo cuide debidamente, asegurando y protegiendo conforme proceda su valor comercial. El acuerdo de garantía entre el acreedor garantizado y el otorgante deberá haber previsto estas cuestiones (véase el capítulo VI, sobre derechos y obligaciones de las partes en un acuerdo de garantía). En tercer lugar, si el acreedor garantizado se ve obligado a ejercitar su garantía, lo probable es que desee o haya incluso de hacerse con la posesión del bien gravado. Ahora bien, si el otorgante no se muestra dispuesto a entregar el bien gravado, el acreedor tal vez se vea obligado a entablar un procedimiento judicial. Cabría prever alguna acción judicial adecuada y una vía ejecutoria abreviada (véase el capítulo VIII, sobre la ejecución de una garantía real). En cuarto lugar, tal vez se haya de contrarrestar la falsa apariencia de riqueza que la posesión del bien gravado da al otorgante con algún sistema de publicidad de la garantía otorgada (véase el capítulo IV, relativo al sistema de registro).

74. A la luz de la necesidad económica evidente de la garantía real no posesoria y de las diferencias entre garantías reales posesorias y no posesorias anteriormente examinadas, muchos Estados pueden sentir la necesidad de reformar su régimen legal de las garantías. Habida cuenta de las ventajas y desventajas relativas de los modelos legales anteriormente examinados, el legislador puede encontrarse ante tres opciones. La primera sería la de adoptar un régimen legal integrado de las garantías reales tanto posesorias como no posesorias (véase la sección C.4 *infra*). Este enfoque se ha adoptado, por ejemplo, en la Ley Modelo Interamericana de Garantías Mobiliarias de la OEA. La segunda consistiría en adoptar un régimen legal integrado de las garantías reales no posesorias, dejándose al arbitrio del régimen actual de las garantías reales lo relativo a las garantías posesorias. Una tercera opción consistiría en mantener el régimen fragmentado actual de las garantías (posesorias o no posesorias) destinadas a distintos tipos de otorgante o de bien gravado, pero velando por que todas las cuestiones concernientes a la oponibilidad a terceros, la prelación y la ejecución de la garantía se rijan por un único juego de reglas comunes.

75. La tendencia que prevalece en la normativa legal moderna, tanto en el ámbito nacional como en el internacional, está inspirada en el enfoque integrado, al menos en

lo concerniente a las garantías reales no posesorias. El enfoque contrario, que lleva a regular por separado cada categoría de garantía real no posesoria, puede dar lugar a lagunas, duplicaciones, incoherencias y falta de transparencia legal, y puede frustrar a todo sector de esta industria que resulte excluido. Además, este enfoque fragmentado dificulta la solución de los conflictos de prelación entre las garantías reales posesorias y las no posesorias en todo Estado que opte por mantener un régimen separado para cada uno de estos tipos de garantía real.

d. *Garantías reales no posesorias previstas en una ley especial*

76. En muchos Estados que no disponen de un régimen general de la garantía real no posesoria de origen contractual se estimula el crédito financiero mediante leyes que establecen gravámenes no posesorios especiales destinados a determinada categoría de acreedores. Cabe citar entre los beneficiarios de esta modalidad de gravamen a los vendedores a plazos, así como a los proveedores de ciertos suministros, artesanos y reparadores o restauradores de bienes. Estas leyes especiales no suelen facilitar una vía ejecutoria especial al acreedor. El beneficiario del gravamen deberá obtener por la vía ordinaria una sentencia contra el deudor para poderse incautar del bien gravado. La única ventaja del acreedor en estos casos es su prelación (o privilegio) en cuanto al derecho a resarcirse con cargo al producto de la venta ejecutoria del bien gravado. Además, dado que normalmente el beneficiario de este tipo de gravamen no tiene la obligación, ni se le permite dar publicidad a su gravamen, le será difícil hacer valer el gravamen sobre un bien que haya dejado de pertenecer al deudor.

77. La existencia de gravámenes no posesorios previstos en una ley especial facilita de algún modo la concesión de crédito a los deudores de las categorías de beneficiarios legalmente designadas. Pero cabe citar como inconvenientes de estos gravámenes el de no estar al alcance de otros proveedores de crédito, así como su índole secreta, en el sentido de que no ofrecen una vía sencilla para que un tercero interesado se entere de su existencia, y el hecho de que no se haya previsto una vía ejecutoria eficaz, lo que elevará los gastos de la venta ejecutoria del bien gravado. Por último, la garantía que ofrecen al acreedor es débil, dado que no será normalmente exigible si el bien gravado ha dejado de pertenecer al deudor. Por todos estos motivos, predomina ahora la tendencia de ir reduciendo el número de gravámenes no posesorios basados en una ley especial, ampliando en cambio tanto las categorías de acreedores que podrán concertar contractualmente una garantía real no posesoria y las categorías de bienes que cabrá gravar en virtud de un acuerdo de garantía real no posesoria.

ii) *Garantías reales sobre bienes inmateriales*

78. Los denominados bienes inmateriales abarcan una variada gama de derechos, entre los que cabe citar los créditos por cobrar y la propiedad intelectual. En vista de la importancia económica adquirida por los bienes inmateriales en años recientes, va siendo mayor la demanda de gravar dichos bienes en garantía del crédito financiero negociado. Muchos bienes inmateriales, en forma de propiedad intelectual, son un componente importante del valor de ciertos bienes corporales, en forma de maquinaria industrial o de existencias comerciales (por ejemplo, productos que llevan una marca valiosa y bienes de equipo que incorporan programas informáticos indispensables para su funcionamiento). Además, el producto reportado por las existencias o los bienes de equipo puede estar en forma de bienes inmateriales. Existen otras formas de bienes inmateriales, como los valores bursátiles

y muchos tipos de derechos de cobro conferidos en virtud de contratos financieros complejos, que están excluidas de la *Guía* (véanse los párrafos 37 a 39 *supra*).

79. Por definición, un bien inmaterial no es susceptible de ser físicamente poseído. Ahora bien, muchos Estados han previsto la posibilidad de constituir una garantía real sobre bienes inmateriales, como ha sucedido con los créditos por cobrar, modificando el régimen aplicable a la prenda posesoria. En algunos países se ha intentado crear una apariencia de desposesión del otorgante obligándole a entregar al acreedor un escrito o documento justificativo del crédito por cobrar gravado. Ahora bien, dicha entrega no suele ser suficiente para constituir la prenda, sino que se exige que el otorgante sea desposeído del bien gravado. En muchos Estados, se ha simbolizado esta desposesión en el acto de dar aviso del gravamen constituido al deudor del crédito por cobrar gravado.

80. En algunos Estados, se han desarrollado técnicas para lograr un efecto comparable al de la posesión del bien gravado. El método más radical es el de la plena transferencia del derecho gravado, o al menos de la porción gravada de dicho derecho, al acreedor garantizado. Ahora bien, esta técnica va más allá de la mera constitución de un gravamen, ya que supone una transferencia de la titularidad pura y simple o, al menos, condicional (véanse los párrafos 86 a 91 *infra*). En otros Estados, la titularidad sobre el bien gravado no se verá afectada, pero quedará bloqueado por el pacto contractual todo acto de disposición del otorgante sobre el bien gravado que no haya sido autorizado por el acreedor garantizado. Por ejemplo, en el caso de un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria, si el otorgante (es decir, el titular de la cuenta) consiente que su cuenta sea bloqueada en favor del acreedor garantizado, este último tendrá sobre la suma depositada en la cuenta un poder equivalente al de la posesión de un bien corporal. Éste sería claramente el resultado si el acreedor garantizado es el propio banco depositario.

81. Dichas técnicas para la obtención de la posesión teórica de un bien inmaterial son designadas, en algunos regímenes modernos de las operaciones garantizadas, por el término de “control”. Por lo general, se entenderá que un acreedor garantizado goza de control sobre un bien si goza de un derecho contractual que le autoriza a disponer del bien gravado. Por ejemplo, en algunos Estados, se entenderá que el acreedor garantizado goza del control de todo derecho al cobro de los fondos acreditados en una cuenta bancaria, si el banco depositario se ha obligado contractualmente, en un documento denominado a menudo “pacto de control”, a disponer de los fondos depositados en la cuenta por orden únicamente del acreedor garantizado. El grado de control puede variar. En algunos casos, dicho control será absoluto, por lo que cabrá impedir todo acto de disposición del otorgante. En otros casos, se permitirá que el otorgante efectúe ciertos actos de disposición o disponga de sumas limitadas hasta una cuantía máxima o hasta que se cumpla cierta condición determinante.

82. Los Estados que hayan promulgado un régimen global de la garantía real no posesoria y que hayan establecido un registro general de las garantías reales (véanse los párrafos 25 a 29 *supra*) suelen hacer inscribibles en dicho registro las cesiones de créditos por cobrar. Ello contribuye a dotar de coherencia al régimen de la garantía, dado que la venta de existencias suele reportar, en general, créditos por cobrar y, con frecuencia, es conveniente que la garantía constituida sobre las existencias siga siendo aplicable al producto de su venta. Además, en algunos Estados, la apertura de dicho registro a las cesiones de créditos por cobrar tiene la ventaja adicional de que el acreedor garantizado (cesionario del crédito) quedará exonerado de la obligación de dar aviso de la cesión del crédito por cobrar al deudor del crédito cedido como requisito previo para la constitución de una

garantía real sobre dicho crédito. Esto se debe a que en algunas operaciones garantizadas constituidas sobre una masa de créditos por cobrar presentes y futuros que no sean individualmente identificables, una notificación personal de los deudores de los créditos por cobrar puede resultar poco práctica o inviable. Además, aun en casos en los que sea posible o viable dar aviso al deudor, tal vez no convenga hacerlo, debido a que el otorgante (cedente) tal vez desee mantener la confidencialidad de la cesión.

83. Lo anteriormente dicho lleva a la conclusión de que, al diseñar un régimen de las garantías reales sobre bienes inmateriales, el Estado ha de optar entre dos soluciones básicas. La primera será la de tratar de regular las garantías reales sobre bienes inmateriales en un régimen aparte del régimen de las garantías reales sobre bienes corporales, en cuyo caso la técnica constitutiva de la garantía real será prácticamente igual a una transferencia de la titularidad. La segunda será la de tratar de crear un régimen integrado que prevea reglas comunes para la constitución de la garantía, su oponibilidad a terceros, el orden de prelación y la vía ejecutoria de la garantía que sería aplicable por igual a los bienes corporales y a los bienes inmateriales.

84. La tendencia predominante actual es la de desarrollar un régimen de las garantías reales constituidas sobre bienes inmateriales en el marco de un régimen integrado que sea también aplicable a las garantías reales constituidas sobre bienes corporales. Este enfoque permite que el otorgante y el acreedor garantizado determinen al comienzo de la operación financiera los bienes que hayan de ser gravados, así como la relación entre las garantías constituidas sobre los créditos por cobrar en su condición de producto de una venta y las garantías constituidas sobre esos mismos créditos por cobrar en su condición de bienes gravados inicialmente.

iii) La titularidad como instrumento para fines de garantía

85. En muchos Estados, junto con los dispositivos y técnicas jurídicas que fueron concebidos para ser una garantía real (véase la sección C.2 *supra*), se han desarrollado técnicas jurídicas que pueden cumplir una función equivalente a la de una garantía real. La mayoría de estas técnicas nacieron como prácticas comerciales cuya validez fue confirmada por la jurisprudencia de los tribunales, aun cuando algunas de ellas hayan sido subsidiariamente establecidas o perfeccionadas por vía legal. La técnica más usual para crear el equivalente de una garantía real no posesoria sobre bienes corporales o inmateriales requiere el empleo de la titularidad (o propiedad) del bien gravable para fines de garantía. Cabe citar dos supuestos en los que se suele utilizar la titularidad para fines de garantía: el primero se da cuando se utiliza para garantizar un préstamo mediante la transferencia condicional de la titularidad de un bien del otorgante al acreedor (véase la subsección *a) infra*). El segundo se da cuando se utiliza la titularidad para garantizar el pago del precio de compra. En este segundo caso el vendedor o arrendador se limita a retener la titularidad del bien vendido o arrendado hasta que se liquide en su totalidad el pago del precio de compra (véase la subsección *b) infra*). En estos casos tanto la transferencia como la retención de la titularidad sirven para que el acreedor goce de una garantía equivalente a una garantía real no posesoria.

a. Transferencia de la titularidad

86. Tradicionalmente, las operaciones por las que un prestatario transfiere la titularidad o propiedad de un bien al prestamista se utilizan para garantizar el pago de la suma debida por el prestatario. En la medida en que se va desarrollando la idea de la garantía

real (particularmente sobre bienes raíces) va cayendo en desuso esta práctica de transferir la titularidad como garantía por el pago de una obligación. Sin embargo, la evolución fue algo distinta respecto de los bienes muebles. Dada la hostilidad del legislador a la técnica de la garantía real no posesoria en esos casos, los deudores y los acreedores hubieron de buscar en otras leyes la forma de crear técnicas para superar esta hostilidad. De hecho la transferencia de la titularidad del bien gravado al acreedor garantizado (ya sea condicionalmente hasta que el préstamo sea reembolsado o a reserva de una transferencia de retorno al prestatario, mediante una segunda venta, de tal modo que el acreedor retendrá la titularidad en tanto el préstamo no haya sido reembolsado) ha sido la técnica más utilizada para este fin.

87. Existen dos rasgos que siguen haciendo que la transferencia de la titularidad resulte un mecanismo de garantía atractivo para los acreedores de muchos Estados. En primer lugar, en esos Estados los requisitos de forma y de fondo para la transferencia de la titularidad sobre un bien corporal o inmaterial son a menudo menos onerosos, y por ello menos costosos, que los exigibles para la creación de una garantía real. En segundo lugar, de haberse de recurrir a la vía ejecutoria en un supuesto de insolvencia del otorgante, el acreedor estará normalmente en mejor situación como propietario de un bien en posesión del otorgante que como titular de una garantía real sobre dicho bien. Éste sería el caso en todo Estado en el que no entre a formar parte de la masa de la insolvencia bien alguno que obre en poder del otorgante, pero sin ser suyo. Por el contrario, cuando los bienes del otorgante sólo están gravados por una garantía real, se considera por lo general que forman parte de la masa de la insolvencia del otorgante (véase el párrafo 20 del capítulo XII, sobre los efectos de la insolvencia en una garantía real).

88. Ahora bien, estos dos rasgos no se dan siempre en el derecho interno. Por ejemplo, algunos Estados han eliminado las diferencias entre los dispositivos de titularidad para fines de garantía y las garantías reales en lo que concierne a los requisitos para su creación y la vía ejecutoria aplicable ya que uno y otro dispositivo son tratados por igual. Por ello, algunos Estados obligan incluso al acreedor que trate de hacer valer la titularidad que le haya sido transferida para fines de garantía a seguir la vía ejecutoria aplicable a una garantía real ordinaria. Además, muchos de estos Estados prevén que mientras que la transferencia de la titularidad para fines de garantía se rige por las reglas aplicables a una transferencia de la titularidad, en caso de insolvencia se considera un mecanismo de garantía.

89. La transferencia de la titularidad para fines de garantía está reconocida en algunos Estados (con nombres como el de “venta con derecho a recuperar el bien vendido” o el de “venta con opción de recompra”) y ha sido confirmada en otros por la práctica comercial y la jurisprudencia de los tribunales. En la actualidad los Estados regulan la transferencia de la titularidad para fines de garantía de diversos modos. Conforme se dijo, algunos Estados exigen requisitos menos rigurosos para la transferencia de la titularidad condicionada que para la transferencia pura y simple. En otros Estados, la transferencia a título de garantía resulta más engorrosa al estar sometida al régimen de las garantías reales, y surte únicamente el efecto de una operación garantizada. En Estados de tradición romanista, muchas de las transferencias a título de garantía, si no todas, son tenidas por una violación del régimen legal ordinario de las garantías, por lo que son tenidas por nulas. En aquellos Estados que disponen de un régimen integrado y global de la garantía real no posesoria, los dispositivos de transferencia de la titularidad para fines de garantía son tratados como meros dispositivos de garantía. En estos Estados, la creación, oponibilidad a terceros, prelación y ejecución de este dispositivo de garantía estarán sujetas a los requisitos aplicables a las garantías reales (véanse los párrafos 101 a 109).

90. El legislador habrá de elegir entre dos opciones. La primera será la de reconocer las transferencias de la titularidad con fines de garantía con los requisitos (usualmente) inferiores y la eficacia superior de una transferencia pura y simple de la titularidad, soslayando de este modo el régimen general de las garantías reales. Esta opción reforzará la posición del acreedor garantizado (aun a riesgo de aumentar su responsabilidad; véase el capítulo II, sobre la constitución de una garantía real, párr. 71), pero debilitará la posición del otorgante y de los demás acreedores de dicho otorgante.

91. La otra opción será la de reconocer las transferencias de titularidad con fines de garantía, pero armonizando los requisitos exigibles o sus efectos, o ambos, con los de una garantía real. Ello puede conseguirse de dos modos. Por una parte, los Estados podrán especificar las operaciones de transferencia de la titularidad permisibles, prohibiendo las demás, y someter los dispositivos de titularidad autorizados al régimen aplicable para la creación, la oponibilidad, la prelación y la ejecución de una garantía real normal. Algunas leyes de países de tradición romanista han adoptado este primer enfoque. Por otra parte, podrán simplemente disponer que la transferencia de la titularidad para fines de garantía sea conceptuada como una garantía real. Muchos países del *common law* han adoptado este enfoque. En ambas modalidades se reducen las ventajas del cesionario y las desventajas correspondientes de las demás partes interesadas. Esta última ha sido la modalidad seguida por los Estados que han adoptado un régimen global, funcional e integrado de las operaciones garantizadas, que es el enfoque recomendado en la *Guía* (véase la recomendación 9).

b. *Retención de la titularidad*

92. El segundo método para valerse de la titularidad para fines de garantía recurre a técnicas por las que el vendedor retiene su titularidad sobre el bien corporal vendido con miras a garantizar el pago de la obligación financiera contraída por el comprador de pagar el precio de compra de los bienes. El método más corriente, aun cuando no exclusivo, de hacerlo es mediante un pacto contractual de retención de la titularidad (reserva de la propiedad). No obstante, existen diversos mecanismos por los que un vendedor podrá valerse de su titularidad sobre el bien vendido, algunos de ellos fundados en alguna ley especial y otros nacidos de algún pacto contractual entre las partes.

93. En muchos Estados, el régimen de la compraventa permite que un acreedor que haya transferido de hecho la titularidad al comprador obtenga la anulación de dicha venta si el comprador no paga el precio estipulado. A raíz de dicha anulación, el vendedor podrá reivindicar la titularidad y posesión del bien vendido libre de todo gravamen que el comprador pueda haber creado sobre el mismo. Este derecho de reivindicar el bien no pagado suele nacer por imperio de la ley, pero la ley de algunos Estados faculta al vendedor para pactar alguna extensión de dicho derecho. Dado que la *Guía* se ocupa de las garantías reales nacidas de un pacto entre las partes, no se examinará esta vía legal por la que el vendedor podrá en ocasiones recuperar el bien vendido (véase un examen más completo en el capítulo V, párrs. 107 a 109, sobre la prelación de una garantía real, y la recomendación 86).

94. En virtud de un pacto sencillo de retención de la titularidad, el vendedor podrá retener la titularidad del bien vendido hasta que se satisfaga el pago del precio de compra. Los prestamistas pueden también intervenir en esta operación financiera aceptando que el vendedor les ceda la obligación garantizada. Existen diversas variantes de operación con pacto de retención de la titularidad. En ocasiones, el vendedor se limita a vender el bien al comprador y la venta (transferencia de la titularidad) será únicamente perfeccionada

al abonarse el precio íntegro. En otros casos, se condiciona la validez de la venta a que el comprador pague su precio. Lo más usual es que la entrega del bien sea inmediata, supeditándose únicamente la transferencia de la titularidad de dicho bien al pago de su precio por el comprador. El rasgo común de dichas variantes radica en que el comprador, aun cuando adquiera la posesión y el uso del bien vendido (y en algunos casos adquiera incluso un derecho de disposición sobre el mismo), no obtiene de hecho la titularidad del bien mientras no haya pagado su precio completo. Hasta ese momento, el vendedor seguirá siendo el titular o propietario del bien vendido.

95. Los Estados permiten también variantes en cuanto al alcance de los pactos de retención de la titularidad. En ocasiones dichas variantes versan sobre la obligación garantizada y en ocasiones sobre el bien objeto de la retención de su titularidad. Por ejemplo, en una retención de la titularidad con pacto de “cuenta corriente” o de “pago global”, el vendedor retendrá la titularidad de los bienes así vendidos hasta que el comprador haya satisfecho todas sus obligaciones de pago contraídas con el vendedor, aun cuando dichas obligaciones sean fruto de la venta de otros bienes. En lo que se conoce como un pacto “extendible” de retención de la titularidad, cabrá extender el derecho de retención del vendedor a los créditos por cobrar u otro producto reportado por la venta del bien originariamente vendido. Ahora bien, esta variante es muy poco frecuente. Incluso en Estados que permiten los pactos de retención extensible de la titularidad, el derecho de retención sobre el producto del bien vendido quedará extinguido cuando ese producto sea mezclado con los productos de otras ventas. Lo normal es que la retención de la titularidad no sea extensible al producto reportado por la venta del bien vendido, al igual que en la gran mayoría de los Estados la retención de la titularidad sólo será aplicable al bien vendido mientras que éste conserve su identidad. Por ello, el derecho quedará extinguido una vez que dicho bien haya sido incorporado a otros bienes en el curso de algún proceso de fabricación o haya perdido su identidad por alguna otra causa.

96. Otra fórmula distinta del pacto de retención de la titularidad, pero que permite obtener el mismo resultado, consiste en combinar un contrato de arrendamiento con una opción de compra en favor del arrendatario a un precio ficticio. Con arreglo a dicho pacto, sólo cabrá ejercitar la opción de compra una vez que el arrendatario haya pagado la mayor parte del precio teórico de compra a través del pago regular del alquiler estipulado (véase el ejemplo que figura en la Introducción, párrafo 26). En algunos casos, en los que la duración del arrendamiento corresponda a la vida útil del equipo arrendado, dicho arrendamiento funciona como un pacto de retención de la titularidad de dicho equipo, aun cuando no esté prevista la opción de compra. Estas variantes cumplen todas ellas la función de habilitar al prestatario para obtener crédito garantizado para la adquisición de equipo o de existencias industriales (véase el capítulo IX, relativo a la financiación de adquisiciones). Para facilitar su comprensión, el término “venta” deberá entenderse en los siguientes párrafos, al menos respecto de todo arrendamiento con fines de garantía, como referido asimismo a “arrendamiento”, el término “vendedor” como referido también a “arrendador” y el término “comprador” como referido a “arrendatario”.

97. El denominado pacto de retención de la titularidad cumple una función de garantía particularmente bien adaptada al interés de un vendedor que desee garantizar el crédito que haya otorgado. En muchos países, esta clase de crédito suele ser otorgada por proveedores que desean prescindir de la financiación bancaria habitual, y goza de una prelación preferente por razón de su interés económico para las empresas de los pequeños y medianos proveedores de bienes corporales. En otros países, ciertos bancos, que financian con regularidad adquisiciones de las empresas, han desarrollado prácticas similares basadas

en este mecanismo de retención de la titularidad. Por ejemplo, cabe que el vendedor venda los bienes corporales así financiados a un banco que le abonará su precio en efectivo, mientras que el banco revenderá dichos bienes a crédito a su destinatario final bajo la cobertura de un pacto de retención de la titularidad; cabe asimismo que un comprador abone el precio en efectivo al vendedor con dinero obtenido de un préstamo y transfiera la titularidad del bien comprado al banco en garantía del préstamo obtenido. En dichos Estados se suele otorgar a esta forma de financiación, y a su modalidad específica de garantía, un privilegio especial en forma de una prelación superior a la de otras garantías reales concurrentes sobre el bien corporal así vendido, privilegio que será aplicable con tal de que se hayan satisfecho ciertos requisitos formales.

98. Por razón del origen de un pacto de retención de la titularidad como mera cláusula de un contrato de venta o de arrendamiento, muchos Estados (particularmente los que atribuyen a la transferencia de la titularidad para fines de garantía la condición de una garantía real ordinaria) siguen considerando al denominado pacto de retención de la titularidad como una cuasi garantía real. Como resultado de esta tipificación, en esos Estados dicho dispositivo estará exento de ciertas reglas generales aplicables a las garantías reales, particularmente en lo concerniente a la constitución de la garantía y a la oponibilidad a terceros, así como en cuanto a su prelación y la vía ejecutoria aplicable. Otra ventaja de este dispositivo de garantía es que cabe pactarlo sin demasiado gasto, dado que muchos Estados no exigen, para su validez, que se cumpla el requisito de la publicidad.

99. Los pactos o cláusulas de retención de la titularidad tienen también ciertos inconvenientes. La posición del comprador y de sus acreedores se ve, sin duda, debilitada, por lo que en ausencia de publicidad todo tercero interesado tendrá que fiarse de la sinceridad del comprador a este respecto o tendrá que dedicar tiempo y dinero para tratar de obtener información fidedigna de otras fuentes. Otra desventaja pudiera ser la de que el pacto de retención de la titularidad impida, o al menos dificulte, el pleno aprovechamiento del valor del bien comprado por el comprador para otorgar una garantía real de prelación inferior a otro acreedor. Otra desventaja pudiera ser la de que los acreedores ordinarios del comprador no podrán o tendrán dificultad en realizar el valor monetario del bien así comprado sin el consentimiento de su vendedor. Por dichas razones, la ley de algunos Estados trata a los pactos de retención de la titularidad como si fueran una garantía real ordinaria, mientras que la ley de otros Estados los trata como garantías reales en algunos aspectos pero no en todos (por ejemplo, se les exige el requisito de la publicidad pero se les reconoce una prelación especial). En algunos países, los pactos de retención de la titularidad no son en general oponibles a terceros o no lo serán si el pacto recae sobre ciertas categorías de bienes, en particular las existencias, atendiendo a la teoría de que la retención de la titularidad por el vendedor es incompatible con la facultad reconocida al comprador en dichos casos de disponer de sus existencias en el curso normal de su negocio.

100. El legislador dispone de varias opciones al respecto. La primera sería la de preservar el rasgo esencial de la retención de la titularidad como dispositivo fundado en la propiedad del bien transferido. Con arreglo a este enfoque, la retención de la titularidad no estaría supeditada al requisito de publicidad ni a requisito formal alguno. Otra opción, ligeramente distinta, es la de preservar dicho rasgo especial, pero limitándolo a su función de garantía del pago del precio de compra del bien vendido, con exclusión de todo otro crédito, y restringiendo su alcance al bien vendido, sin que quepa extenderlo al producto de su venta u otros productos derivados. Una tercera opción sería la de integrar los pactos de retención de la titularidad en el régimen común de las garantías reales. En dicho caso, la concertación, oponibilidad a terceros, prelación y ejecución de un pacto de retención de

la titularidad, aun en un supuesto de insolvencia del comprador, se regirían por las mismas reglas que las garantías reales. Con arreglo a este enfoque, por las antedichas razones, cabría otorgar al vendedor ciertas ventajas (tales como reconocerle su prelación a partir de la fecha de celebración del contrato de compraventa en el que figura una cláusula de retención de la titularidad, o a partir de la entrega de las mercancías). Una cuarta opción es la de preservar la índole propia de esta operación garantizada, pero sin reconocerle privilegios especiales en orden a su creación, oponibilidad a terceros, prelación ni ejecución. Todas estas opciones se examinarán detalladamente en el capítulo IX, relativo a la financiación de adquisiciones.

iv) Enfoque funcional, integrado y global de las operaciones garantizadas

101. A lo largo del siglo XX, la demanda de crédito por parte de las empresas se vio a menudo frustrada por la falta de un marco jurídico adecuado que permitiera que el prestatario otorgara una garantía real al prestamista o a otros financieros. En ciertos lugares, la ley prohíbe explícitamente que se constituyan garantías reales sobre ciertas categorías de bienes, en otros no se dispone de un dispositivo jurídico adecuado, mientras que en otros, los interesados han conseguido negociar algún dispositivo jurídico al servicio de sus intereses, pero cuyo empleo resulta complicado, ineficiente y costoso. Esas dificultades inspiraron el desarrollo de la mayoría de los dispositivos examinados, dando lugar a prácticas contractuales e innovaciones legales que hacían posible la prenda ficticia, así como a la creación de figuras jurídicas especiales que resolvieron los problemas con que tropezaban ciertos sectores de la economía. Estimularon asimismo el desarrollo de diversas prácticas de transferencia de la titularidad y fueron la causa de una amplia utilización del denominado pacto de retención de la titularidad, así como de las diversas variantes de dicho pacto que fueron mejorando su eficiencia como dispositivo para la garantía del cumplimiento de una obligación.

102. A la vista de la complejidad, ineficiencia y lagunas de las prácticas especiales desarrolladas gracias al enfoque pragmático seguido al adaptar la normativa legal existente a la satisfacción de las necesidades financieras del mundo comercial, a mediados del siglo XX algunos Estados decidieron reformular su régimen legal aplicable a las garantías reales sobre bienes muebles. A resultas de esta labor de reflexión se formuló el concepto de una única garantía real funcional, integrada y global, constituible sobre bienes muebles de cualquier índole. Este enfoque de las operaciones garantizadas se inspiró en la observación de que los diversos tipos de garantía real no posesoria, la prenda posesoria tradicional, y las diversas variantes de dispositivos de retención o de transferencia de la titularidad se basaban todos ellos en unos cuantos principios funcionalmente idénticos destinados a lograr el mismo resultado económico.

103. La nota dominante del nuevo enfoque adoptado respecto de las operaciones garantizadas era la de que el régimen aplicable debe prevalecer sobre la forma de la garantía. No fue una casualidad que esta idea se desarrollara inicialmente en Estados federales, como los Estados Unidos de América y el Canadá, donde el comercio interestatal o interprovincial se veía obstaculizado por la existencia de regímenes particulares muy diversos, en cada estado o provincia de la Unión, para el otorgamiento de una garantía. El Código de Comercio Uniforme de los Estados Unidos, que fue el modelo para la promulgación de leyes idénticas en los 50 estados de la Unión (incluido el estado de Luisiana, en donde coexiste el *common law* y un derecho común de tradición romanista), sirvió para crear una garantía real única y global sobre los bienes muebles, unificando las diversas figuras de la

garantía real posesoria y de la no posesoria sobre bienes muebles corporales y sobre bienes inmateriales, así como los diversos pactos de transferencia o de retención de la titularidad, que coexistían en virtud de leyes locales y del *common law* tradicional. Esta idea se difundió al Canadá (incluida la provincia de Quebec, de tradición romanista, en este caso con leves modificaciones), Nueva Zelandia, la India y diversos otros Estados (muchos de ellos países de tradición romanista de Europa central y oriental). La Ley Modelo Interamericana de Garantías Mobiliarias de la OEA ha seguido este mismo enfoque en muchos aspectos. La Ley Modelo sobre las Operaciones Garantizadas del BERD sigue también un enfoque similar al constituir una garantía real especial que puede utilizarse junto con otros dispositivos de garantía (tales como el arrendamiento financiero) y que tipifica la retención de la titularidad como garantía real.

104. En su calidad de régimen que permite otorgar crédito garantizado a las empresas y a los consumidores, dicha garantía real única, funcional, integrada y global tiene ventajas muy notables.

105. En primer lugar, permite fusionar en un solo texto todas las leyes especiales (a menudo numerosas) relativas a las garantías reales no posesorias, dotando así a su régimen de transparencia, coherencia e integridad. En segundo lugar, cabrá refundir también, en dicho texto, el régimen de las garantías reales posesorias, especialmente el de la prenda posesoria, adaptándolo así a las necesidades actuales. En tercer lugar, los dispositivos de titularidad, tales como la retención y la transferencia de la titularidad para fines de garantía, podrán ser integrados en este sistema global en términos que no sólo amparen al vendedor, sino que permitan también que el comprador se valga del valor que vaya adquiriendo en los bienes que esté comprando para obtener crédito financiero adicional. En cuarto lugar, cabrá regular también todo pacto que cumpla una función de garantía, como pudiera ser el arrendamiento financiero, la venta con reventa o la venta con arrendamiento de retorno, en términos que minimicen la eventualidad de conflictos o confusiones acerca de la prelación de las garantías de los distintos acreedores en estas operaciones financieras. En quinto lugar, dicho enfoque fomenta la competencia entre las entidades crediticias al establecer condiciones de igualdad entre vendedores, arrendadores y prestamistas.

106. Además, con arreglo a este enfoque todo acreedor que prevea conceder un préstamo garantizado no tendrá que investigar los diferentes requisitos de los diversos dispositivos de garantía disponibles, evaluando la incidencia de sus ventajas y desventajas respectivas. Paralelamente, la tarea que habrán de asumir los acreedores del otorgante o su representante de la insolvencia, en un supuesto de insolvencia, al tener que determinar sus derechos (y deberes) frente al acreedor garantizado, será inferior en la medida en que se haya de examinar la situación a la luz de un único régimen global de las garantías reales. Simplificar la labor de unos y otros no sólo reducirá el precio de la garantía real otorgada, sino también las costas de ejecutarla, lo que reducirá, a su vez, el costo global del crédito garantizado.

107. En casos transfronterizos, se facilitaría el reconocimiento de la garantía real creada en un Estado si el Estado adonde se trasladen los bienes gravados reconoce también dicha forma global de la garantía real. Un régimen unitario aceptará además con mayor facilidad la validez de una amplia gama de garantías reales extranjeras, ya sean de índole especial o igualmente global. Es probable que esta circunstancia fomente el comercio transfronterizo.

108. Este enfoque funcional, integrado y global, tiene, no obstante, algunas desventajas. En primer lugar, tal vez obligue a tipificar algunas operaciones (por ejemplo, la

retención o la transferencia de la titularidad) como dispositivos de garantía ordinarios, al menos para los fines del régimen de las operaciones garantizadas. En países donde no se haya admitido aún esta relatividad de la titularidad sobre los bienes muebles, será preciso impartir programas formativos, destinados a abogados y comerciantes, para ayudarles a comprender el funcionamiento práctico de este enfoque. Además, este enfoque obligaría a renovar la lógica jurídica que inspiraba el régimen legal de las garantías reales de un gran número de países. Por ejemplo, en muchos países, la garantía real estaba catalogada como una excepción a la regla general de la igualdad entre todos los acreedores, por lo que se interpretaba en términos restrictivos. Además, una garantía real suele estar concebida como un derecho especial sobre bienes determinados, destinado a garantizar cierta obligación contraída por determinado deudor frente a determinado acreedor. El enfoque funcional, integrado y global parte del supuesto de que dichos límites tradicionales serán desplazados por un principio general que facilitará la difusión del crédito garantizado. Por último, este enfoque funcional, integrado y global presupone que el nuevo régimen será promulgado por medio de una única ley. Ello tal vez obligue a algunos Estados a modificar el ámbito de aplicación de su código civil o de comercio y de sus leyes especiales en este campo.

109. Cabría reducir o eliminar muchas de esas desventajas obrando con acierto al promulgar un nuevo régimen funcional, integrado y global de las garantías reales. Por ejemplo, cabría lograr las principales ventajas, evitando muchas de las desventajas, mediante: *a)* una reforma global del régimen legal de las garantías reales y de los dispositivos de titularidad utilizados para fines de garantía, así como de la cesión de créditos por cobrar y del arrendamiento financiero, y *b)* la promulgación de leyes especiales que regulen ciertas prácticas contractuales desarrolladas para colmar lagunas legales. Con ello, no se pretende desconocer el esfuerzo requerido para lograr un régimen coherente, transparente y eficiente que establezca un clima de competitividad genuina, en función del precio u otros factores, entre todos los proveedores de crédito, pero si la reforma legislativa se hace de una vez y de manera coordinada, las ventajas obtenidas compensarán ampliamente las dificultades y los gastos de la reforma.

v) Enfoque de la Guía

110. Por las diversas razones aducidas en la presente sección y en la sección C de la Introducción, la *Guía* recomienda que los Estados adopten el enfoque funcional, integrado y global de las operaciones garantizadas (véase la recomendación 8, primera frase). Al introducir un régimen funcional, integrado y global de las garantías, cabe adoptar dos enfoques distintos. Con arreglo al primero, se seguirían utilizando los nombres de los dispositivos actuales de garantía, tales como la prenda, la carga flotante, la transferencia y la retención de la titularidad para fines de garantía. Ahora bien, la creación de cada una de esas garantías y sus efectos se regirían por un sólo régimen funcional, integrado y global, aun cuando cada garantía siguiera estando sujeta, para otros fines (por ejemplo, fiscales o de contabilidad), a otras reglas. Este enfoque mantendría la diversidad conceptual de cada dispositivo y pacto contractual utilizable para fines de garantía, pero establecería un régimen común para su constitución, oponibilidad, prelación y ejecución. Con arreglo a un enfoque ligeramente distinto, se abolirían todas las figuras jurídicas que cumplen una función de garantía y se fusionarían todas las operaciones y prácticas financieras garantizadas en una única noción uniforme de la garantía real. Se dispondría así de un único régimen aplicable a todas las operaciones garantizadas, al disponerse igualmente de un único dispositivo de garantía real. Uno u otro de estos dos enfoques ha sido el adoptado

por aquellos Estados que han promulgado recientemente un régimen legal funcional, integrado y global de las garantías reales, y tanto el uno como el otro han permitido lograr los objetivos clave señalados en la *Guía*.

111. La *Guía* recomienda que los Estados adopten a título general, con la única salvedad de la financiación de adquisiciones, el segundo de estos enfoques al promulgar un régimen funcional integrado y global de las garantías reales (véase la recomendación 8, segunda frase). Con arreglo a este enfoque, toda operación garantizada, cualquiera que sea su nombre, sería catalogada como garantía real y se registraría por un mismo marco regulatorio. Ahora bien, la *Guía* recomienda, respecto de la financiación de adquisiciones únicamente, que se ofrezca a los Estados la posibilidad de adoptar cualquiera de los dos enfoques descritos en el párrafo anterior. Es decir, se dejaría al arbitrio de cada Estado la adopción de un régimen de la financiación de adquisiciones tipificado como unitario o como no unitario (véase la recomendación 9). Con arreglo al enfoque unitario, serían aplicables a todas las operaciones de financiación de adquisiciones unos mismos principios básicos conformes a los enunciados en la recomendación 8 (véase la recomendación 9 a)). Con arreglo al enfoque no unitario, la ley retendría y regularía por separado dos dispositivos para la financiación de adquisiciones designados cada uno de ellos por su propio nombre. Toda operación para la financiación de adquisiciones, que no sea una venta con retención de la titularidad o un arrendamiento financiero, sería catalogada como una garantía real del pago del precio de una adquisición a la que sería aplicable el régimen general de las operaciones de financiación de adquisiciones (véase recomendación 9 b) i)). Además, se reconocería el derecho de propiedad que retiene un arrendador financiero o un vendedor con retención de la titularidad, pero se ajustaría el régimen especial aplicable a cada una de estas dos operaciones a fin de obtener un resultado funcionalmente equivalente al de una garantía real del pago del precio de una adquisición (véase la recomendación 9 b) ii)).

112. En principio, es posible que el enfoque unitario de la financiación de adquisiciones sea el más fácil de introducir, dado que ni habría de ser adaptado a otras leyes ni hacer remisión alguna a ellas. Dicho enfoque sería, por ello, el más transparente, dado que todas las reglas esenciales figurarían en una única ley. Ahora bien, la *Guía* reconoce que puede ser particularmente difícil para algunos Estados adoptar el enfoque unitario, por lo que se ha previsto que, en dicho caso, el Estado podrá optar por un enfoque no unitario de la financiación de adquisiciones (véase su examen más en detalle en el capítulo IX, relativo a la financiación de adquisiciones).

4. *Otras dos ideas rectoras comunes a todos los capítulos de la Guía*

113. En las anteriores secciones del presente capítulo se han desarrollado dos ideas rectoras al servicio de una competitividad auténtica entre los proveedores de crédito. En primer lugar, la idea de que un régimen, que sea de alcance global y aplicable a todo tipo de operaciones destinadas a garantizar el cumplimiento de una obligación, hará posible que el crédito financiero sea negociable, por todos los interesados, en condiciones de igualdad. En principio, no se confiere ventaja especial alguna en función de la categoría del deudor o del acreedor. En segundo lugar, la ventaja de dotar al régimen de un enfoque funcional, integrado y global radica en que reduce el costo de la operación al eliminar la necesidad de tener que negociar una operación distinta en función únicamente de diferencias formales, según la índole del deudor o del bien gravado, y al facilitar una vía sencilla y uniforme para hacer oponible la garantía y dotarla de la prelación que le corresponda.

114. La presente sección examina dos otras ideas rectoras que deben inspirar a todo régimen moderno de las operaciones garantizadas. Una de ellas es el principio de la autonomía contractual de las partes, por el que se recuerda que toda garantía real nace de un acuerdo entre un otorgante y un acreedor garantizado. La otra se basa en el reconocimiento de la creciente importancia de la tecnología moderna para el desarrollo de prácticas jurídicas eficaces y eficientes. Si bien ninguna de estas ideas señala un objetivo único, las dos imparten orientación general para todo Estado que desee renovar el régimen legal de sus operaciones garantizadas. Las dos inspiran, a su vez, cierto número de recomendaciones que aparecen en diversos capítulos de la *Guía* (recomendaciones 94 y 54, apartado j)). Por dicho motivo, estas dos ideas rectoras complementan las ideas anteriormente desarrolladas de la amplitud del ámbito de aplicación del nuevo régimen y de la funcionalidad e integridad del enfoque adoptado en el nuevo régimen de las garantías reales.

a) *Autonomía contractual de las partes*

115. En la economía moderna, los deudores y acreedores persiguen metas muy diversas. Para facilitar su logro, el régimen de las operaciones garantizadas da amplio margen al principio de la autonomía contractual. La idea principal es que las partes gocen de la máxima libertad contractual para negociar pactos de garantía que respondan fielmente a sus necesidades. Por ello, procede reducir el alcance de las reglas imperativas al mínimo requerido para asegurar la transparencia y predecibilidad de los derechos y la equidad de la vía ejecutoria.

116. Dado que los pactos de garantía confieren al acreedor un derecho de propiedad sobre bienes de su deudor, pueden tener también efectos muy importantes para terceros. Por dicho motivo, un régimen moderno de las operaciones garantizadas debe prever claramente que toda cláusula contractual que se aparte de lo dispuesto en alguna regla de carácter no imperativo será únicamente vinculante para las partes que la negociaron y no afectará a los derechos de terceros, salvo en la medida en que lo permitan los principios generales del derecho contractual general.

117. Si bien es cierto que la autonomía contractual otorga un notable poder a los proveedores de crédito o financieros y puede afectar a derechos de otros acreedores, dicha autonomía se otorga teniendo en cuenta la expectativa de que dará margen para que el acreedor garantizado y el otorgante de la garantía estructuren su operación conforme mejor convenga a sus objetivos y facilitará el acceso del otorgante al crédito financiero garantizado. No obstante, muchos Estados se muestran reacios a extender sin límites el alcance del principio de la autonomía contractual, por lo que tratan de restringirlo enumerando taxativamente los tipos de operaciones negociables por las partes y regulando atentamente no sólo las condiciones para la creación y ejecución de la garantía pactada, sino también los términos que cabrá estipular en un acuerdo de garantía. Otros Estados han adoptado, no obstante, la postura de que puede facultarse a las partes para estipular al margen de toda regla del régimen legal de las operaciones garantizadas que no refleje algún interés primordial del orden público del derecho interno aplicable.

118. Este último enfoque es más coherente con el objetivo global de instaurar un régimen eficiente y eficaz de las operaciones garantizadas, al dejar más margen a las partes para diseñar dichas operaciones al servicio de sus necesidades de crédito financiero garantizado. Esta gran flexibilidad es la mejor manera de promover la concesión de crédito garantizado. La *Guía* hace suyo este enfoque al recomendar a los Estados que adopten el principio de la autonomía contractual como premisa básica de su régimen de las

operaciones garantizadas, a reserva de ciertos límites puntuales señalados en las recomendaciones de los capítulos subsiguientes de la *Guía* (véase la recomendación 10, así como el capítulo VI, relativo a los derechos y las obligaciones de las partes en un acuerdo de garantía).

b) *Utilización de la tecnología electrónica moderna*

119. Un régimen moderno de las operaciones garantizadas no sólo se inspira en una concepción moderna de este tipo de operaciones, sino que facilita el recurso a las técnicas más modernas al reglamentar la práctica comercial. La *Guía* toma nota de dichas prácticas y técnicas en tres sectores.

120. En primer lugar, la *Guía* adopta la postura de que los Estados deberían facilitar el recurso a la vía electrónica. En este punto, obrando en consonancia con lo dispuesto en los párrafos 2 y 3 del artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales⁶ y en los artículos 6 y 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico⁷, la *Guía* recomienda que se faculte a los comerciantes para negociar por vía electrónica. La idea esencial de esta política es la de que el régimen de las operaciones garantizadas no debe constituir un obstáculo para el desarrollo de estas prácticas comerciales modernas al impedir que los comerciantes satisfagan los requisitos exigibles para la validez de un escrito o de una firma mediante el recurso a algún método electrónico adecuado (véanse las recomendaciones 11 y 12 de la *Guía*; véanse también los párrafos 143 a 165 de la nota explicativa de la secretaría de la CNUDMI relativa a la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales⁸ y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico junto con su *Guía* para la incorporación al derecho interno, 1996, así como con el artículo adicional 5 bis aprobado en 1998, párrafos 47 a 61).

121. En segundo lugar, la *Guía* toma nota del rápido desarrollo de la normativa legal aplicable a los títulos negociables en formato electrónico. No obstante, dada la dificultad de crear un equivalente electrónico de la negociabilidad de un título consignado sobre papel, las recomendaciones de la *Guía* versan únicamente sobre los títulos consignados sobre papel. Ello no debe interpretarse como si la *Guía* fuera contraria a la búsqueda de un equivalente electrónico de los títulos o documentos negociables, sino en el sentido de que la *Guía* ha previsto que todo Estado contratante que desee resolver esta cuestión podrá lograrlo de alguna manera que sea compatible con las recomendaciones de la *Guía*, pero deberá hacerlo diseñando sus propias reglas especiales para dicho fin (la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales tampoco ha previsto un equivalente electrónico de la negociabilidad de un documento sobre soporte de papel)⁹.

122. En tercer lugar, conforme se observa en los apartados *c)*, *e)* y *f)* de la recomendación 1, la *Guía* parte de tres nociones básicas concernientes a la oponibilidad a terceros de las garantías reales. La *Guía* propugna que se recurra a la garantía real no posesoria constituida sobre bienes tanto corporales como inmateriales. Además, la *Guía* recomienda que los requisitos formales exigibles para la validez de la garantía real entre las partes

⁶Véase la publicación de las Naciones Unidas, Núm. de venta: S.07.V.2.

⁷Ibíd., Núm. de venta: S.99.V.4.

⁸Ibíd., Núm. de venta: S.07.V.2.

⁹Ibíd., Nota explicativa, párr. 7.

sean sencillos, complementándolos con algún requisito adicional simple destinado a dotar de transparencia a la garantía creada a fin de hacerla oponible a terceros. Por otro lado, la *Guía* recomienda el establecimiento de un registro general de las garantías reales y la inscripción en dicho registro de un aviso de cada garantía ya existente o que se vaya a constituir como método general para hacerla oponible a terceros (véase la recomendación 32). Si bien la *Guía* admite que dicho registro pueda llevarse sobre papel, no deja de recomendar que, en lo posible, se utilice la tecnología moderna para establecer un registro electrónico (véase la recomendación 54 j)). El capítulo IV, relativo al sistema registral, examina más en detalle el establecimiento de un registro informatizado y su funcionamiento.

B. Recomendaciones 2 a 12

Finalidad

Las disposiciones relativas al ámbito de aplicación tienen por objeto establecer un régimen global único de las operaciones garantizadas. En ellas se especifican las garantías reales y demás derechos a los que el régimen será aplicable. Las disposiciones relativas a los criterios básicos aplicables a las garantías reales tienen por objeto hacer que dicho régimen:

- a) Sea aplicable a toda garantía contractualmente pactada sobre bienes muebles gravados en garantía del pago u otro cumplimiento de una obligación (“enfoque funcional”); y
- b) Prevea una aplicación adecuada del enfoque funcional a fin de que todo proveedor de crédito garantizado sea tratado con arreglo a reglas que permitan obtener un resultado funcionalmente equivalente.

Ámbito de aplicación

2. A reserva de las recomendaciones 3 a 7¹⁰, el régimen debería ser aplicable a toda garantía constituida por pacto contractual sobre bienes muebles en garantía del pago u otro cumplimiento de una obligación, cualquiera que sea la forma de la operación, la categoría del bien gravado, la condición del otorgante o del acreedor garantizado o la índole de la obligación garantizada. Por ello, debería ser aplicable a:

- a) Las garantías constituidas sobre todo tipo de bienes muebles corporales o inmateriales y actuales o futuros, así como sobre existencias, bienes de equipo y otros bienes corporales, créditos por cobrar contractuales y no contractuales, derechos contractuales no monetarios, títulos negociables, documentos negociables, derechos al cobro de fondos acreditados en una cuenta bancaria, derechos a recibir el producto del cobro de una promesa independiente y derechos de propiedad intelectual;
- b) Las garantías creadas o adquiridas por toda persona física o jurídica, incluidos los consumidores, pero sin menoscabar derecho alguno que dimana de la legislación protectora del consumidor;
- c) Las garantías del cumplimiento de cualquier tipo de obligación, actual o futura, determinada o determinable, incluida toda obligación de monto fluctuante o descrita en términos genéricos; y
- d) Todo derecho real contractualmente pactado en garantía del pago u otro cumplimiento de una obligación, las transferencias de la titularidad de bienes corporales o las cesiones de créditos por cobrar para fines de garantía, así como las diversas formas de acuerdos con retención de la titularidad y el arrendamiento financiero.

¹⁰Cuando en una recomendación se hace referencia a otra recomendación que figura en otro capítulo distinto, dicha referencia incluye el número y el título del capítulo en que figura dicha recomendación. Cuando no se hace tal mención, debe entenderse que las recomendaciones a que se haga referencia figuran en el mismo capítulo que la recomendación inicialmente tratada.

El régimen debería ser también aplicable a las garantías que recaigan sobre el producto reportado por un bien gravado.

Transferencia pura y simple de créditos por cobrar

3. El régimen debería ser aplicable a la transferencia pura y simple de créditos por cobrar aun cuando dicha transferencia no se haga a título de garantía del pago u otro cumplimiento de una obligación. Esta recomendación se hace a reserva de la excepción prevista en la recomendación 167 (capítulo VIII relativo a la ejecución de una garantía real).

Limitaciones del alcance

4. No obstante la recomendación 2, el régimen no debería ser aplicable a:

a) Aeronaves, material rodante ferroviario, objetos espaciales, buques y demás categorías de equipo móvil en la medida en que dichos bienes sean objeto del derecho interno o de un acuerdo internacional en el que sea parte el Estado que promulgue una ley basada en estas recomendaciones (denominado en adelante “el Estado” o “este Estado”) y en la medida en que los asuntos previstos en el presente régimen sean objeto de dicha norma de derecho interno o internacional;

b) La propiedad intelectual en la medida en que el presente régimen sea incompatible con el derecho interno o algún acuerdo internacional, en el que sea parte este Estado, en materia de propiedad intelectual;

c) Valores bursátiles;

d) Derechos de cobro nacidos de contratos financieros que se rijan por acuerdos de liquidación por saldos netos, salvo todo crédito por cobrar debido una vez saldadas todas las operaciones pendientes; y

e) Todo derecho de cobro nacido en virtud o a raíz de una operación con divisas.

5. El régimen no debería ser aplicable a los bienes inmuebles. Ahora bien, cabe que ciertos bienes inmuebles se vean afectados por las recomendaciones 21, 25 (capítulo II, relativo a la creación de una garantía real), 43, 48 (capítulo III, relativo a su oponibilidad a terceros), 87, 88 (capítulo V, relativo a la prelación de una garantía real) 164, 165 (capítulo VIII, relativo a la vía ejecutoria) 184, 195 y 196 (capítulo IX, relativo a la financiación de adquisiciones).

6. El régimen debería prever que si, con arreglo a la ley aplicable, una garantía constituida sobre un bien excluido (por ejemplo, un inmueble) pasa a recaer, a título de producto del bien gravado, sobre un bien al que sea aplicable el presente régimen (por ejemplo, un crédito por cobrar), el presente régimen será aplicable a la garantía que haya pasado a recaer sobre dicho producto salvo en la medida en que sea aplicable dicha otra ley.

7. El régimen no debería prever ninguna otra limitación del ámbito de su aplicación. Toda otra limitación que se introduzca deberá ser indicada en el régimen en términos claros y precisos.

Enfoque funcional

8. El régimen debería adoptar un enfoque funcional, que sea aplicable a toda garantía constituida sobre bienes muebles por vía contractual, por la que se garantice el pago u otro cumplimiento de una obligación, cualquiera que sea la forma de la operación o la terminología utilizada por las partes (incluido el derecho de un cesionario en virtud de una transferencia de la titularidad sobre un bien corporal para fines de garantía o su derecho en virtud de una cesión de créditos por cobrar para fines de garantía, así como el derecho del vendedor o del arrendador financiero en virtud de alguna de las formas de acuerdos con retención de la titularidad o del arrendamiento financiero). Salvo respecto de los dispositivos de financiación de adquisiciones, debe adoptarse dicho enfoque funcional de tal modo que todas las garantías reales del cumplimiento de una obligación sean catalogadas por igual y sometidas a un juego común de reglas.

9. Respecto de la financiación de adquisiciones, cabría adoptar el enfoque funcional por alguno de los dos modos siguientes:

- a) Catalogando como garantía real del pago de una adquisición todo derecho real constituido sobre un bien mueble en garantía del pago u otro cumplimiento de una obligación y quedando dicha garantía sujeta a un juego común de reglas (“enfoque unitario”); o
- b) Clasificando (con arreglo al denominado “enfoque no unitario”):
 - i) como garantía real del pago del precio de una adquisición todo derecho real constituido sobre un bien mueble en garantía del pago u otro cumplimiento de una obligación que no sea el derecho retenido por el vendedor con arreglo a un pacto de retención de la titularidad o el derecho retenido por el arrendador en un arrendamiento financiero; y
 - ii) como derecho de propiedad todo derecho de un vendedor en virtud de un pacto de retención de la titularidad o de un arrendador en virtud de un arrendamiento financiero, pero declarando aplicable a dicho derecho un juego de reglas que haga que funcione como un equivalente funcional de la garantía real del pago de una adquisición, consiguiéndose así que todo comerciante o entidad comercial que financie una adquisición sea tratado por igual.

Autonomía contractual de las partes

10. El régimen debería prever que, con las salvedades previstas en las recomendaciones 14, 15 (capítulo II, relativo a la constitución de una garantía real), 111 y 112 (capítulo VI, relativo a los derechos y obligaciones de las partes en un acuerdo de garantía), 132 a 136 (capítulo VIII, relativo a la vía ejecutoria), 178 a 186 (capítulo XI, relativo a la financiación de adquisiciones, opción A: enfoque unitario), 187 a 202 (capítulo IX, relativo a la financiación de adquisiciones, opción B: enfoque no unitario), 203 a 215 y 217 a 227 (capítulo X, relativo a los conflictos de leyes), el acreedor garantizado y el otorgante o deudor podrán pactar en su contrato al margen del presente régimen en lo concerniente a sus respectivos derechos y obligaciones. Todo pacto estipulado al margen del presente régimen no deberá menoscabar los derechos de persona alguna que no sea parte en dicho pacto¹¹.

Comunicaciones electrónicas

11. El régimen debería prever que, cuando sea exigible que una comunicación o un contrato conste por escrito, o se asigne algún efecto a la ausencia de un escrito, ese requisito quedará satisfecho por una comunicación electrónica si la información que contiene es accesible para su ulterior consulta.

12. El régimen debería disponer que, cuando la ley requiera que una comunicación o un contrato sea firmado por una persona, o asigne algún efecto a la ausencia de una firma, ese requisito se dará por cumplido respecto de una comunicación electrónica:

- a) Si cabe utilizar un método que identifique a esa persona y que indique cuál es su voluntad respecto de la información consignada en la comunicación electrónica; y
- b) Si el método empleado:
 - i) es tan fiable como proceda para los fines para los que se creó o transmitió la comunicación electrónica, atendidas todas las circunstancias del caso, inclusive todo acuerdo aplicable; o
 - ii) ha cumplido fiablemente en la práctica, por sí solo o con el respaldo de otras pruebas, las funciones descritas en el apartado a)¹².

¹¹ Véase el artículo 6 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos.

¹² Respecto de las recomendaciones 11 y 12, véanse los párrafos 2 y 3 del artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales.

II. Constitución de una garantía real (validez entre las partes)

A. Observaciones generales

1. Introducción

1. Por garantía real se entenderá en la presente *Guía* un derecho real (por oposición a un derecho personal) sobre bienes muebles (por oposición a bienes inmuebles) nacido de un pacto contractual (por oposición a dimanante de la ley o de una sentencia judicial) entre el otorgante y el acreedor garantizado. Dicho derecho se crea en garantía del cumplimiento de una obligación debida al acreedor por el otorgante de la garantía o alguna otra persona. La garantía se tendrá por “constituida” una vez que se hayan adoptado todas las medidas requeridas para su validez frente al otorgante. Ahora bien, los ordenamientos difieren en cuanto a la eficacia jurídica que asignan al gravamen así constituido, y suelen adoptar uno de los tres siguientes enfoques.

2. Conforme al primero, una garantía real debidamente constituida sobre un bien no sólo será válida frente a su otorgante, sino que será automáticamente oponible a todo tercero que invoque algún derecho sobre el bien gravado (lo que suele denominarse efecto *erga omnes* de los derechos reales). Dado que la razón de ser de la garantía real es la de facultar al acreedor garantizado para vender el bien gravado y cobrar lo que se le adeuda con cargo al producto de esa venta haciendo valer su prelación frente a acreedores concurrentes, en el marco de este primer enfoque no se hace distinción alguna entre la validez de la garantía real entre las partes y su oponibilidad a terceros.

3. Conforme al segundo enfoque, la garantía real sólo será válida y exigible frente al otorgante, por lo que para dotarla de validez frente a terceros que invoquen algún derecho sobre el bien gravado hará falta algún acto adicional, como pudiera ser su inscripción en el registro general de las garantías reales o la entrega del bien gravado al acreedor garantizado. Dicha validez frente a todos de la garantía real se designa en la *Guía* por el término de “oponibilidad a terceros”. El acto adicional requerido suele servir también como punto de referencia para determinar la prelación de la garantía real frente a todo reclamante concurrente. Este enfoque parte del reconocimiento de que la ley exige menos requisitos formales para reconocer la validez entre las partes de una obligación contractual que para constituir un derecho real. En otras palabras, conforme al segundo enfoque bastará con un pacto contractual de garantía para que la garantía sobre el bien gravado sea válida entre las partes en dicho pacto, pero no bastará para hacer oponibles los elementos de propiedad de la garantía real frente a terceros, es decir frente a otros acreedores garantizados o frente a un acreedor judicial, ni frente al representante de la insolvencia del otorgante o algún cesionario ulterior del bien gravado. Este enfoque parte además del supuesto de que la validez entre las partes no debe estar sujeta a aviso o inscripción alguna, lo que complicaría una técnica informal que cumple una función de garantía pero que está basada en una mera operación de venta o de arrendamiento (como sería el caso de la venta con retención de la titularidad o del arrendamiento financiero).

4. El derecho interno de unos cuantos Estados está inspirado en un tercer enfoque, que combina elementos de los dos primeros. Con arreglo a este enfoque híbrido, la garantía real será oponible frente a todos a raíz de su constitución, excepto frente a otros acreedores garantizados. Es decir, no será preciso efectuar ningún acto adicional para hacerla oponible a cualquier tercero, que no sea otro acreedor garantizado por una garantía que goce de prelación anterior. Todo comprador, arrendatario, licenciataria, acreedor judicial o representante de la insolvencia adquirirá su derecho respecto del bien gravado supeditado a la garantía real, salvo que sea aplicable alguna otra norma legal, como pudiera ser una regla general protectora del derecho adquirido por el comprador de un bien que sea vendido en el curso normal del negocio del vendedor. Ahora bien, a fin de salvaguardar el derecho del otorgante para valerse de sus bienes con miras a negociar algún crédito financiero adicional, estos ordenamientos suelen prever que la garantía real no será oponible a otro acreedor garantizado, salvo que se efectúe algún acto adicional como pudiera ser la entrega del bien gravado o la inscripción de la garantía en un registro general de las garantías reales. Es decir, se han previsto ciertas reglas especiales de la oponibilidad a terceros a fin de amparar los derechos de todo reclamante concurrente que alegue alguna garantía ulterior sobre el bien gravado. Este enfoque suele dar resultados parecidos a los del segundo enfoque, aunque a veces se prevé alguna ligera variante respecto de los derechos de los acreedores judiciales o del representante de la insolvencia del otorgante.

5. La *Guía* se pronuncia en favor del segundo de estos tres enfoques, por las razones que se dan a continuación. Se estima preferible el segundo al tercer enfoque por no hacerse en él distinción alguna entre las diversas categorías de reclamantes concurrentes. La *Guía* desea que se establezca un régimen global de las garantías reales inspirado en principios que permitan resolver todos los conflictos que puedan darse entre reclamantes concurrentes. El hecho de exigir alguna medida de publicidad adicional, para hacer la garantía oponible a cierta categoría de reclamantes, complica la tarea de resolver estos conflictos, ya que no se dispondrá de una base común para hacer que la garantía sea oponible a todo reclamante de cualquier categoría.

6. Al confrontar el primer enfoque con el segundo, este último enfoque se estima, a su vez, preferible al primero por permitir que el legislador reduzca a un mínimo las formalidades exigibles para la constitución de una garantía real. De no hacerse distinción alguna entre la validez de la garantía entre las partes y su oponibilidad a terceros, el legislador se sentirá obligado a imponer requisitos contractuales a las partes, destinados a amparar a todo tercero interesado, que serán más exigentes que los exigibles para la validez de un pacto de garantía entre las partes. De lo contrario, en todo Estado en donde no se exija algún requisito adicional para que la garantía sea oponible a terceros, todo tercero interesado, en particular todo eventual acreedor garantizado, no dispondría de una vía eficiente para averiguar el margen aún gravable del valor de los bienes ofrecidos por el otorgante en garantía.

7. La *Guía* recomienda un enfoque que distinga entre los requisitos exigibles para que la garantía sea válida entre las partes contractuales y todo requisito adicional requerido para hacer que la garantía sea oponible *erga omnes*. El principal objetivo de este enfoque es facilitar la constitución de una garantía real sobre un bien, sin dejar de amparar al mismo tiempo a todo tercero que tenga un derecho sobre dicho bien, como pudiera ser un comprador, arrendatario o licenciataria del bien gravado, o algún otro acreedor garantizado o judicial o el representante de la insolvencia del otorgante, facilitándoles un medio fiable y poco costoso para averiguar si el otorgante ha gravado ya ese bien.

8. El presente capítulo se ocupa de lo relativo a la constitución de una garantía real por pacto contractual, así como de su validez o exigibilidad entre las partes que la hayan pactado. La validez u oponibilidad de la garantía real frente a terceros será examinada en el capítulo III. El orden de prelación entre acreedores con garantías que recaigan sobre los mismos bienes será examinado en el capítulo V. Lo relativo a la oponibilidad de una garantía real en caso de insolvencia del otorgante será examinado en el capítulo XII.

9. En la sección A del presente capítulo se describen los principios generales aplicables a la constitución de una garantía real. En las subsecciones A.2 a A.4 se examinan las condiciones generales requeridas para la creación de una garantía real válida, el momento en el que la garantía pasará a ser válida o exigible entre las partes, los rasgos esenciales de todo acuerdo de garantía y algunos de los requisitos de forma usuales. En las subsecciones A.5 a A.7 se examina más en detalle la identificación de las partes en un pacto de garantía, la descripción de los bienes gravables y los tipos de obligación que cabrá respaldar con la cobertura de una garantía real. Las subsecciones A.8 a A.13 examinan ciertos aspectos generales de la constitución de una garantía en lo concerniente a su extensión eventual al producto del bien gravado, así como a los bienes accesorios del bien gravado y los bienes mezclados en una masa o producto ulterior.

10. En la sección B se examina el establecimiento de la validez o exigibilidad de la garantía entre el otorgante y el acreedor garantizado respecto de determinadas categorías de bienes. La subsección B.1 examina el importante supuesto de una garantía real constituida sobre créditos por cobrar y la subsección B.2 examina lo relativo a la cesión de un crédito por cobrar nacido de un contrato subyacente que da lugar al crédito por cobrar. La subsección B.3 examina la constitución de una garantía sobre un crédito que esté a su vez garantizado por algún derecho personal o real sobre otros bienes. En las subsecciones B.4 a B.6 se enuncian los principios rectores de la constitución de una garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria, sobre el derecho a percibir el producto de una promesa independiente, sobre un documento negociable y sobre los bienes que sean objeto de un documento negociable.

11. El capítulo concluye en la sección C, con una serie de recomendaciones acerca de los requisitos exigibles para la constitución de una garantía real que sea válida o exigible entre el otorgante y su acreedor garantizado.

2. Constitución de una garantía real (validez entre las partes)

12. Una vez que el legislador haya decidido cómo desea enfocar la cuestión de la validez, deberá decidir las condiciones exigibles para que una garantía real sea válida entre las partes que la hayan pactado. Las cuestiones a resolver dimanarán de los rasgos estructurales básicos de una garantía en cuanto derecho real creado mediante pacto contractual en cobertura del cumplimiento de una obligación.

13. De esta noción de la garantía real, como derecho nacido de un pacto contractual, se desprende que los Estados habrán de resolver cinco cuestiones principales. En primer lugar, habrá que determinar los elementos esenciales de un acuerdo de garantía. En segundo lugar, habrá que determinar la forma del acuerdo de garantía. En tercer lugar, habrá que determinar quién podrá otorgar una garantía real y si procede que se imponga alguna limitación especial, no aplicable a un contrato ordinario, a la capacidad de determinadas personas para constituir una garantía real, y se deberá determinar quién podrá ser beneficiario de tal garantía y, en particular, si toda persona con capacidad contractual

podrá ser, sin más, beneficiaria de una garantía real. En cuarto lugar, se deberá determinar cuáles son los bienes gravables por una garantía real y, en particular, si existen ciertas categorías de bienes personales o empresariales que no deben ser gravables, y si será gravable una categoría entera de los bienes del otorgante. En quinto lugar, se deberá determinar cuáles son las obligaciones garantizables por una garantía real y, en particular, si cabrá garantizar de este modo una obligación futura o indeterminada. Estas cuestiones se analizan en las secciones A.3 a A.7 *infra*.

14. Algunos Estados deberán resolver otras cuestiones al regular la constitución de una garantía real y su validez o exigibilidad entre el garante y su acreedor garantizado. Se deberán definir, en particular, las medidas precisas que habrán de adoptarse para constituir una garantía y determinar la fecha de su creación. Luego se habrá de resolver la cuestión de su validez entre las partes que la hayan pactado, es decir, cuál será el momento y cuáles los requisitos que habrán de cumplirse para que la garantía real sea exigible o deje de ser exigible entre las partes respecto de los bienes. Lo normal es que estas dos preguntas tengan una misma respuesta. Tan pronto como se hayan adoptado todas las medidas requeridas para constituir una garantía real, esa garantía pasará a ser exigible entre las partes. Ahora bien, cabe que una garantía real debidamente constituida pierda su validez entre las partes. En dicho supuesto, es importante determinar el momento exacto en el que la garantía deja de ser exigible entre las partes. Dado que estas dos facetas de la cuestión no dependen del contenido del acuerdo de garantía, se tratarán en primer lugar en los párrafos 15 a 25 *infra*.

a) *Acuerdo por el que se crea una garantía real*

15. En la mayoría de los ordenamientos, se exige para la constitución de una garantía real sobre bienes muebles que se concierte un acuerdo o pacto contractual entre el otorgante y el acreedor garantizado (el acuerdo de garantía) por el que se pacte dicha garantía (véase la recomendación 13). Dicho acuerdo de garantía puede cumplir diversas funciones, entre las que cabe citar las siguientes: *a*) servir de fundamento jurídico de la garantía otorgada; *b*) establecer el vínculo entre la garantía real y la obligación garantizada; *c*) regular la relación entre el otorgante y el acreedor garantizado (véanse los derechos y obligaciones de las partes en un acuerdo de garantía en el capítulo VI), y *d*) minimizar el riesgo de controversias sobre los términos de lo pactado entre el otorgante y el acreedor garantizado, particularmente en lo concerniente al incumplimiento o a la vía ejecutoria (véase el capítulo VIII, relativo a la ejecución de una garantía real).

16. Si bien el acuerdo de garantía puede ser concertado por separado, lo normal es que sea concertado en forma de un pacto incorporado a un contrato financiero o a otro contrato subyacente similar pactado entre el otorgante y el acreedor garantizado, que pudiera ser un préstamo o una compraventa de mercancías a crédito. En muchos ordenamientos el acuerdo así concertado bastará para crear la garantía real. En otros hará falta, sin embargo, algún acto adicional para que la garantía sea válida (como pudiera ser la entrega en posesión del bien gravado al acreedor garantizado o la inscripción de una notificación de la garantía real en el registro general de garantías reales). La índole de dicho acto puede ser distinta de un Estado a otro, y en el interior de un mismo Estado, según cuál sea el tipo de la garantía real creada o la índole del bien gravado. A fin de cumplir estos objetivos, el acuerdo de garantía debe redactarse en un idioma que sea comprensible para el otorgante. Numerosos Estados exigen que los acuerdos de garantía se redacten en sus idiomas oficiales, que pueden no ser comprensibles para el otorgante. Otros Estados dejan esta cuestión

a la autonomía de las partes. La *Guía* no contiene ninguna recomendación específica sobre el idioma en que debe redactarse el acuerdo de garantía, aunque recomienda con respecto a la notificación de una garantía real y a las notificaciones en caso de ejecuciones extrajudiciales que, como principio general, las notificaciones se redacten en un idioma que pueda esperarse razonablemente que será comprendido por sus destinatarios (véanse el capítulo IV, sobre el sistema de registro, párrafos 44 a 46, y el capítulo VIII, sobre la ejecución de una garantía real, párrafos 47 y 69).

17. Ciertos pactos relativos a la titularidad de un bien mueble pueden servir para fines de garantía. Cabe citar, por ejemplo, todo pacto por el que un vendedor retenga la titularidad o propiedad del bien vendido, o por el que un deudor transfiera la titularidad de un bien, para fines de garantía, así como la cesión de créditos por cobrar para fines de garantía, los acuerdos de venta con arrendamiento de retorno y el arrendamiento financiero.

18. En los ordenamientos que han adoptado un régimen funcional, integrado y global de las operaciones garantizadas, todo dispositivo basado en la titularidad que sirva para fines de garantía deberá ser creado, por lo general, del mismo modo que cualquier otra garantía real (véase el capítulo I, sobre el ámbito de aplicación, párrafos 101 a 114). En esos ordenamientos dichos dispositivos suelen ser sustituidos por una garantía real unitaria o, si se siguen empleando los dispositivos de garantía basados en la titularidad, los requisitos exigibles para su constitución suelen ser los mismos que los aplicables a una garantía real ordinaria.

19. En otros ordenamientos, los dispositivos basados en la titularidad son la vía habitual para la creación de garantías reales no posesorias. En esos Estados, dichos dispositivos suelen regirse por la normativa aplicable a la operación subyacente por la que la titularidad pasa de una persona a otra (por ejemplo, una venta, una permuta o un arrendamiento con opción de compra). A veces, el régimen aplicable a dicha operación estará complementado, por razón de la función de garantía incorporada a la misma, por alguna regla de origen legal o dimanante de la práctica jurisprudencial. Los regímenes que preservan la especificidad de los dispositivos basados en la titularidad difieren notablemente, en sus pormenores, de un Estado a otro. En algunos países, tan sólo la retención de la titularidad es objeto de un régimen especial, mientras que la transferencia al prestamista de la titularidad de un bien del prestatario y la cesión de créditos para fines de garantía se rigen por las reglas generales aplicables a las garantías reales. En otros ordenamientos, algunos dispositivos de transferencia de la titularidad, tales como la venta con pacto de retroventa, se rigen también por un régimen especial, al igual que los dispositivos de retención de la titularidad.

20. La normativa aplicable a los dispositivos de retención de la titularidad suele ser un buen indicador de la función que se asigna a los dispositivos de garantía basados en la titularidad. Los ordenamientos en los que dichos dispositivos no son tratados como garantías reales suelen asignar particular importancia a la función de garantía que cumple la retención de la titularidad, aun cuando los requisitos exigibles para la concertación de acuerdos de retención de la titularidad pueden ser muy distintos. Es decir, en esos países se recurre ampliamente a la retención de la titularidad que es oponible a terceros. Pero en otros la retención de la titularidad desempeña, en cambio, una función insignificante y no suele ser eficaz como mecanismo de titularidad, o al menos no será oponible al representante de la insolvencia del comprador de un bien sujeto a dicho pacto. Un rasgo común de muchos ordenamientos es el de que sólo reconocen como dispositivo de titularidad auténtico al mero pacto de retención de la titularidad, mientras que un

pacto de retención de la titularidad con una cláusula de cobertura global (es decir, que permita que el vendedor retenga su titularidad sobre el bien vendido por toda deuda pendiente del comprador de dicho bien, aun cuando la deuda impagada no corresponda a la venta del bien sujeto a dicho pacto), o un pacto con una cláusula que extienda su alcance a todo producto del bien vendido (es decir, extendible a todo producto financiero o de otra índole reportado por el bien vendido) sería, en cambio, tratado como una garantía auténtica. Otro rasgo común de muchos ordenamientos es la regla de que únicamente el vendedor podrá retener la titularidad del bien vendido, lo que supone que todo tercero financiero de la venta sólo podrá beneficiarse del pacto de retención de la titularidad obteniendo del vendedor la cesión de la suma abonable por el comprador a título de precio del bien así vendido.

21. El fundamento jurídico de la retención de la titularidad por el vendedor y los requisitos para la creación de dicha forma de garantía varían mucho de un ordenamiento a otro. En la mayoría de estos ordenamientos, el derecho del vendedor dimana de un pacto especial insertado a dicho fin en el contrato de venta. Sin embargo, en unos cuantos ordenamientos se presumirá que el vendedor retiene la titularidad del bien en toda venta a crédito, por lo que no será preciso indicar explícitamente en cada contrato que el vendedor retiene la titularidad del bien. Algunos ordenamientos permiten que las partes pacten incluso verbalmente la retención de la titularidad o que la pacten por simple remisión a las condiciones generales de venta impresas en una factura o documento de entrega. Otros ordenamientos tal vez exijan, en cambio, un pacto escrito y debidamente fechado, o incluso su inscripción registral.

22. Los ordenamientos suelen también diferir notablemente en la terminología empleada y en los requisitos exigibles para una transferencia de la titularidad para fines de garantía. Por ejemplo, se les llama, a veces, transferencias fiduciarias de la titularidad para fines de garantía, ventas con derecho a restitución o a venta de retorno y los acuerdos de venta y arrendamiento de retorno con o sin opción de compra. No todos los ordenamientos reconocen plena validez a la transferencia de la titularidad para fines de garantía. En algunos de ellos, la transferencia de la titularidad para fines de garantía no será oponible a terceros, mientras que en otros a veces ni siquiera se considerará válida entre el cedente y el cesionario. En algunos países, la transferencia de la titularidad para fines de garantía es no sólo válida sino oponible, pero suele ser poco utilizada por estar ya reconocida en dichos países la garantía real no posesoria. En la mayoría de los países que reconocen la transferencia de la titularidad para fines de garantía, se les aplica las mismas reglas en cuanto a su creación que a las demás operaciones garantizadas, al menos si se desea hacerlas oponibles al representante de la insolvencia del cedente. Así, por ejemplo, una venta sujeta a reivindicación o una venta con derecho a retroventa se regirán por lo general por unas mismas reglas en cuanto a la forma y el contenido del acuerdo de garantía.

23. Muchos ordenamientos reconocen también el empleo para fines de garantía de ciertas formas de arrendamiento. Las operaciones más corrientes son las compras a plazos y los arrendamientos financieros utilizados para la financiación de adquisiciones, y los acuerdos de venta y arrendamiento de retorno utilizados al servicio de un préstamo financiero garantizado. Algunos ordenamientos tratan estos acuerdos como dispositivos de garantía y les aplican los mismos requisitos en cuanto a su creación y validez entre las partes que los exigibles para las garantías reales, mientras que otros los tratan como pactos contractuales de los que nacen derechos personales, por lo que suelen exigir para su creación los requisitos normalmente aplicables para la creación de un derecho contractual de la misma índole.

b) *Fecha de validez de una garantía real*

24. La segunda cuestión que se ha de resolver al decidir los requisitos básicos para la creación de una garantía real es la determinación de la fecha de validez entre las partes de la garantía real creada. En muchos Estados, al ser la garantía real fruto de un acuerdo entre las partes, será válida entre dichas partes tan pronto como concluyan su acuerdo entre ellas. Las partes podrán aplazar la validez de la garantía real a una fecha ulterior, pero esta práctica no es frecuente. En todo caso, no podrán pactar entre ellas una fecha de validez anterior a la fecha en que cierren su pacto.

25. También será necesario determinar la fecha en la que la garantía real surtirá efecto sobre el bien gravado. Se ha de hacer aquí una distinción entre los bienes actuales del otorgante y sus bienes futuros (es decir, los bienes que el otorgante tenga previsto producir o adquirir una vez cerrado el pacto constitutivo de la garantía). Cuando el acuerdo de garantía prevea una garantía constituida sobre bienes que sean propiedad del otorgante, o que éste esté facultado para gravar, en el momento en que las partes cierren su pacto, la garantía así creada será válida respecto de dichos bienes entre el otorgante y el acreedor garantizado desde la fecha en que hayan cerrado su trato, salvo que convengan en aplazar su validez respecto de algunos o de todos los bienes contemplados en el acuerdo pactado. Si el pacto de garantía contempla, en cambio, una garantía real sobre bienes que el otorgante prevé que pasarán a ser suyos o que podrá gravar en el futuro, la garantía así creada será válida entre las partes, respecto de dichos bienes futuros, únicamente desde el momento en que el otorgante adquiera la propiedad de esos bienes o el derecho a gravarlos. Una vez más, las partes podrán aplazar la validez de la garantía hasta una fecha ulterior a la fecha de adquisición de dichos bienes (véanse la recomendación 13 y los párrafos 51 a 55 *infra*).

3. *Elementos esenciales de un acuerdo de garantía*

26. Los elementos esenciales que deberá reunir un acuerdo de garantía para ser exigible entre el otorgante y el acreedor garantizado varían de un ordenamiento a otro, aun cuando algunos de ellos son comunes a la mayoría de los ordenamientos. Por ejemplo, suele exigirse que el pacto de garantía: *a*) identifique a las partes; *b*) describa la obligación que vaya a ser garantizada; *c*) describa los bienes gravados, y *d*) exprese claramente la intención de las partes de crear una garantía real. Se exige también a veces que el acuerdo indique la cuantía máxima reclamable por concepto de garantía sobre el producto de una venta ejecutoria del bien gravado.

27. Si bien se han de dar los datos precisos para identificar al otorgante y al acreedor garantizado, los datos requeridos para identificar la obligación garantizada y el bien gravado varían de un Estado a otro. Algunos Estados exigen que se especifique en detalle todo bien gravado por la garantía real. Dicha especificidad dará seguridad a la garantía, pero le restará flexibilidad respecto de ciertas operaciones financieras importantes en las que varíe el número de las obligaciones garantizadas o la cuantía de los bienes gravados, particularmente si la garantía recae sobre bienes futuros (como sucedería en el crédito renovable o rotatorio basado en la cuantía y el valor variable de las existencias o de los créditos por cobrar de una empresa en cada momento). En todo caso, lo exija o no la ley aplicable, la identificación de las partes y la descripción de la obligación garantizada y del bien gravado son los datos mínimos que deben figurar en todo acuerdo de garantía, que de no estar claros en su texto, o poderse deducir por otros medios, darían lugar a controversias acerca de su alcance.

28. En algunos Estados, el acuerdo de garantía deberá pormenorizar ciertas otras cuestiones concernientes a la relación entre el otorgante y el acreedor garantizado. Cabe citar al respecto el deber de diligencia que incumbe a la parte en cuya posesión obre el bien gravado y la exactitud exigible de lo declarado acerca del bien o los bienes gravados, o del derecho del otorgante a disponer de dichos bienes y acerca de cuál será su deber respecto de todo producto reportado por la enajenación del bien gravado. En otros Estados no será, en cambio, obligatorio especificar dichos datos, que, de no estar pactados en el acuerdo de garantía, se regirán por alguna regla de derecho supletorio que defina conforme proceda la relación entre las partes (véase el capítulo VI, relativo a los derechos y obligaciones de las partes en un acuerdo de garantía, y el capítulo VIII, sobre las cuestiones relativas a la ejecución de una garantía real).

29. Muchos regímenes modernos de las operaciones garantizadas no imponen demasiados requisitos acerca del contenido obligatorio de un acuerdo de garantía para que sea exigible entre las partes, sino que siguen el parecer de que la mejor manera de facilitar el crédito garantizado es la de dejar amplio margen a los interesados para negociar su acuerdo. Deben, sin duda, exigirse ciertos datos mínimos para que el acuerdo de garantía sea válido entre las partes. A reserva de lo dicho al respecto en las subsecciones A.5 a A.7 del presente capítulo, la *Guía* recomienda que se tenga por válido entre las partes todo pacto por el que éstas confirmen su intención de crear una garantía real, designen al otorgante y al acreedor garantizado y describan la obligación garantizada y los bienes gravados (véase la recomendación 14).

4. *Forma de un acuerdo de garantía*

30. Los ordenamientos jurídicos adoptan también distintas posturas respecto de los requisitos de forma para la validez de un acuerdo de garantía y acerca de la función asignable a dichos requisitos. En particular, algunos ordenamientos no exigen que el acuerdo esté consignado por escrito, mientras que otros lo exigen. En algunos países bastará con un escrito sencillo, sin necesidad de firma, mientras que otros exigirán que dicho escrito vaya firmado. En algunos Estados, el acuerdo deberá estar formalizado por un notario o su equivalente. Por lo general, el requisito de la forma escrita cumple la función de dar aviso a las partes de la exigibilidad jurídica de su pacto y dejar constancia del mismo, mientras que, si el escrito ha de estar además autenticado, dicho requisito impedirá que se antedate su texto. La forma escrita puede cumplir además otras funciones, que no sea la de su exigibilidad entre las partes, ya que en muchos Estados puede ser un requisito para hacer la garantía oponible a terceros y dotarla de prelación frente a todo reclamante ulterior concurrente. En muchos de estos Estados, la forma escrita puede ser requerida para obtener posesión del bien gravado o para hacer valer la garantía en caso de ser objeto el bien gravado de una medida ejecutoria, a raíz o no de un procedimiento de insolvencia.

31. En algunos Estados se exige que la fecha de toda garantía real no posesoria sea certificada por la autoridad competente, exceptuándose de dicha regla el préstamo de pequeñas sumas, que podrá ser refrendado por testigos. La certificación exigida impedirá que se antedate el documento, pero hará que la operación resulte más lenta y costosa. Algunas leyes exigen que el pacto de garantía sea autenticado, o su fecha certificada, respecto de ciertos tipos de garantía real no posesoria (véanse, por ejemplo los artículos 65, 70, 94 y 101 de la *Uniform Act Organizing Securities* de la Organización para la Armonización del Derecho Mercantil en África). Algunos de estos países exigen que se certifique la

fecha, en ausencia de una inscripción registral, pero si se exige dicha inscripción, no se exigirá que se certifique además la fecha.

32. Muchos Estados que, para ahorrar tiempo y gastos, limitan en lo posible los requisitos formales, exigen un mero escrito (por ejemplo, una factura con las condiciones generales de la garantía), dado que se estima que dicho escrito bastará por sí solo, o junto con la conducta observada por las partes, para dar a conocer la intención del otorgante de otorgar una garantía real. Conforme a su objetivo clave de simplificar el proceso constitutivo de la garantía, se recomienda en la *Guía* este criterio (véanse las recomendaciones 1 c) y 15). Por escrito se entenderá también toda comunicación que conste sobre soporte electrónico (véase la recomendación 11).

33. Muchos Estados que suelen exigir que el acuerdo de garantía se celebre o quede consignado en un escrito omiten dicho requisito si el pacto va complementado por la transmisión de la posesión efectiva del bien gravado al acreedor garantizado. En este caso, se admite que el pacto de garantía sea verbal. En la *Guía* se recomienda este enfoque (véase la recomendación 15). Ahora bien, si se constituye una garantía por un pacto verbal con transmisión de la posesión y el acreedor garantizado consiente ulteriormente en renunciar a dicha posesión, se habrá de consignar dicho pacto por escrito para que la garantía real subsista, a raíz de la devolución del bien gravado al otorgante (sobre las repercusiones de esta cuestión en la oponibilidad a terceros, véase el capítulo III, sobre la oponibilidad de una garantía real a terceros, párrafos 120 a 122, 157 y 158).

5. Las partes en un acuerdo de garantía

34. Por acuerdo de garantía se entenderá un pacto entre el otorgante de una garantía y su acreedor garantizado. Dado que una garantía real puede dar lugar a que el acreedor garantizado ejecute dicha garantía haciendo embargar y vender el bien gravado, la mayoría de los Estados equiparan la creación de una garantía real a un acto de disposición. Por dicho motivo, se exige del otorgante que goce de la capacidad jurídica requerida para enajenar el bien que vaya a gravar. Ello significa que en el caso de una persona natural, será plenamente aplicable toda norma protectora de una persona menor de edad o con alguna otra discapacidad jurídica, y que, en el caso de una empresa, se habrá de respetar toda regla restrictiva de la capacidad dispositiva de sus órganos rectores consignada en el estatuto social de la empresa.

35. Algunos Estados imponen además restricciones al poder de ciertas personas para constituir ciertos tipos de garantía real, que suelen referirse a la categoría del bien gravable o al tipo de garantía constituable sobre dicho bien. La *Guía* adopta la postura de que salvo toda limitación general que la ley imponga a la capacidad de disposición del otorgante respecto de ciertos bienes, no debe limitarse en modo alguno la capacidad del otorgante para gravar sus bienes muebles (véase la recomendación 2 b)).

36. En la mayoría de los casos, el otorgante de una garantía será también el deudor de la obligación garantizada, pero tal vez no siempre sea así. Muchos Estados permiten que un tercero grave alguno de sus bienes en garantía de un deudor. Por ejemplo, un progenitor podrá gravar algún bien suyo en garantía de una obligación de su hijo o, como sucede a menudo, una empresa matriz podrá gravar un bien suyo en garantía de la obligación de su filial. En dichos casos sería un tercero, y no el deudor de la obligación garantizada, el otorgante de la garantía que deberá gozar de la capacidad requerida para constituirarla. En otras palabras, cabe que un deudor esté capacitado para contraer la obligación, pero que no lo

esté para gravar el bien otorgado en garantía. Además, pese a que un deudor esté capacitado para gravar sus propios bienes, puede que el tercero que se ofrezca a otorgar una garantía sobre sus propios bienes no lo esté, por lo que la garantía ofrecida no podrá ser creada.

37. Respecto de quién podrá ser acreedor garantizado, se han seguido diversos criterios. Algunos Estados consideran que una garantía real es una forma excepcional de la fianza, por lo que la limitan a ciertas categorías de acreedores. Por ejemplo, se permitirá que un banco adquiera, en ciertos casos, una garantía real, pero no se permitirá que otros acreedores la adquieran (uniones crediticias, compañías de seguros, fondos de pensiones y prestamistas privados). En otros Estados ciertos tipos de garantía real están reservados a ciertos tipos de acreedores (por ejemplo, prestamistas, arrendadores o expedidores de carga). La práctica más reciente ha optado por establecer regímenes de garantía que ofrezcan la igualdad de condiciones a todo tipo de acreedores. Permitir que toda entidad financiera o crediticia tome bienes en garantía en igualdad de condiciones con las demás promueve una auténtica competencia comercial basada en el precio del crédito ofrecido y reduce los gastos del otorgante. Además, en muchas operaciones complejas de crédito otorgado por varios prestamistas (por ejemplo, préstamos sindicados), el acreedor que figure en el acuerdo de garantía tal vez no sea el único prestamista, o ni siquiera un prestamista, sino un tercero que desempeñe funciones de agente o fiduciario en nombre de todos los prestamistas. Conforme a su objetivo de facilitar el crédito garantizado, la *Guía* sigue el criterio de que no deberían restringirse en modo alguno las categorías de acreedores que podrán beneficiarse de la cobertura ofrecida por una garantía real. Por ejemplo, debería darse a todo banco, compañía de seguros, fondo de pensiones y demás prestamistas internos o extranjeros, igualdad de condiciones, por lo que ninguna forma de garantía debería estar limitada a cierta categoría de acreedores (por ejemplo, un vendedor o un arrendador del bien gravado), excluyéndose de dicha garantía a otras categorías de acreedores (por ejemplo, el prestamista) (véase la recomendación 2 b)).

6. Obligaciones garantizadas por un acuerdo de garantía

38. Una garantía real es una institución accesoria y dependiente de la obligación garantizada. Ello significa que la validez y las condiciones del acuerdo de garantía están en función de la validez y de las condiciones del acuerdo constitutivo de la obligación garantizada. Por ejemplo, especialmente en un crédito rotatorio o renovable, la garantía real que lo respalde será accesoria en el sentido de que, pese a que puede garantizar futuros adelantos del crédito y el pago de obligaciones fluctuantes, no será ejecutorio en tanto no se haya otorgado algún adelanto del crédito. Además, una vez concedido el préstamo, la garantía sólo será ejecutoria respecto de la suma efectivamente prestada o adelantada en el momento de ejercitarse la garantía.

39. En algunos ordenamientos, sólo cabrá constituir una garantía no posesoria respecto de determinado tipo de obligación descrita por ley (tal como préstamos para la compra de un automóvil o préstamos a agricultores). En todo Estado que tenga un régimen general aplicable a la garantía real, tanto posesoria como no posesoria, no existirá límite alguno. Dicho enfoque global permitirá difundir mejor las ventajas de la financiación garantizada (es decir, su disponibilidad a menor precio) en provecho de una amplia gama de operaciones. Dicho enfoque asegurará además la igualdad de trato para todo tipo de deudores y de acreedores garantizados. En la medida en que se estime necesario, por algún motivo socioeconómico, instituir algún régimen especial, deberá dotarse a dicho régimen de la

claridad y transparencia debidas y deberá quedar circunscrito a una gama bien definida de operaciones.

40. Los ordenamientos que no han previsto ciertas formas de garantía real para ciertos tipos de obligación tampoco suelen limitar los tipos de obligación que cabrá garantizar con una garantía real. Más aún, salvo que se haya previsto un régimen especial para ciertas formas de garantías (por ejemplo, para la prenda entregada en garantía al prestamista), la ley no suele dar lista alguna de los tipos de obligación que cabría garantizar. Dada la rapidez con la que se crean nuevos tipos de obligación crediticia, toda lista que se diera quedaría pronto desfasada. Ahora bien, sí es corriente que la ley dé una lista indicativa en donde suelen figurar todas las obligaciones de pago nacidas de un préstamo o de la venta de bienes, así como de la compra a crédito de existencias y de equipo industrial.

41. Los ordenamientos jurídicos adoptan distintos criterios acerca de si cabrá crear una garantía real en respaldo de obligaciones tanto condicionales como incondicionales. En muchos Estados son garantizables todas las obligaciones condicionales, pero en otros Estados sólo serán válidas las garantías constituidas en favor de obligaciones que hayan pasado a estar condicionadas ulteriormente. Los ordenamientos también difieren acerca de si la obligación garantizada habrá de ser determinada, o si cabrá que sea meramente determinable. Por último, los Estados adoptan criterios diferentes acerca de si cabrá concertar un acuerdo de garantía para garantizar obligaciones futuras. Existen también divergencias acerca de la definición de una obligación futura, ya que para algunos ordenamientos se entiende por obligación futura la obligación que nace de un contrato que las partes aún no han pactado, mientras que otros ordenamientos tratan como obligaciones futuras a toda obligación ya pactada en un contrato, pero que no fuera aún debida al concertarse el pacto de garantía (por ejemplo, por no haberse adelantado aún el préstamo al prestatario o porque consiste en un acuerdo de préstamos rotatorios o renovables).

42. La distinción entre obligaciones actuales y futuras es importante en aquellos ordenamientos en los que una obligación futura no será garantizable o sólo podrá serlo hasta cierto importe máximo, o en los que la obligación futura no será garantizable si es indeterminada (por ejemplo, si el acuerdo de garantía cubre el riesgo de incumplimiento de “toda obligación actual y futura de cualquier índole que pueda surgir entre las partes”). En aquellos ordenamientos que limiten la facultad de otorgar garantías reales en respaldo o cobertura de obligaciones futuras, el deudor puede no estar en condiciones de valerse de ciertas operaciones, tal como el crédito renovable o rotatorio o el préstamo a plazo modulable. En cambio, en aquellos ordenamientos que no impiden que se garanticen obligaciones futuras bastará con un solo acuerdo de garantía para garantizar las obligaciones tanto actuales como futuras. A resultas de ello, no será preciso crear una garantía nueva o modificar la ya existente cada vez que se desee prorrogar o ampliar un crédito garantizado ya abierto, lo que probablemente mejorará la disponibilidad de crédito financiero a menor precio. Debe observarse que aun cuando sea posible crear una garantía real para garantizar una obligación futura, dicha garantía real no será ejecutable hasta que la obligación garantizada nazca y no se cumpla.

43. Varían bastante los requisitos exigibles respecto de la manera en que habrá de consignarse el tipo y el monto de la obligación garantizada en un acuerdo de garantía. En algunos ordenamientos, será necesario que las partes describan en términos precisos la obligación garantizada. A veces también es necesario fijar el límite de la cuantía gravable al respecto, o incluso para ir reduciendo el importe garantizado de la operación al irse reduciendo el saldo pendiente de la misma. Se presume que dicha descripción y límite

redundará en provecho del otorgante, amparándole del riesgo de un endeudamiento excesivo. Además, el fijar una cuantía máxima recuperable por la ejecución de la garantía real permitirá que el otorgante informe con plena seguridad a otros acreedores acerca del margen aún libre de todo gravamen del que podrá disponer sobre sus bienes ya gravados. Ello permitiría que el otorgante aproveche el margen aún disponible sobre sus bienes gravados. Ahora bien, dicho requisito tal vez haga que el acreedor inicial limite el crédito ofrecido o fije el monto garantizado de su crédito por encima de la suma efectivamente prestada al otorgante. Si ello sucede así, el otorgante se vería privado del valor sobrante de sus bienes gravados para obtener crédito adicional de su primer acreedor o para obtener crédito de otros acreedores.

44. En el pasado, la mayoría de las operaciones de préstamo resultaban en el desembolso por el prestamista de una suma abonable al prestatario de una sola vez. Dichas operaciones no se verían afectadas por la posibilidad que se ofrece en muchos ordenamientos al otorgante de ir reduciendo el monto de la garantía real otorgada a medida que vaya reembolsando el préstamo mediante pagos sucesivos. Ahora bien, las operaciones financieras modernas no suelen ser de esa índole. En su lugar, se suelen prever adelantos sucesivos del crédito abierto que serán abonables a medida que el otorgante los necesite (por ejemplo un crédito renovable abierto a una empresa para la compra de sus existencias). Dicha financiación podrá ser llevada en una cuenta corriente cuyo saldo vaya fluctuando a diario. Si la cuantía abonable de la garantía otorgada fuera reducida a medida que el otorgante vaya reembolsando el crédito abierto, el prestamista se abstendría de efectuar nuevos adelantos salvo que se le otorgue una cobertura adicional. El resultado restaría eficiencia al crédito al elevar los gastos y el tiempo requeridos para ir negociando la garantía de todo nuevo adelanto del crédito requerido por el otorgante para su negocio. Por dicho motivo, toda ley que exija que un pacto de garantía indique la cuantía máxima garantizada no deberá exigir a la vez que dicha cuantía sea reducida a medida que se vayan efectuando los pagos.

45. Por último, algunos ordenamientos tratan de controlar el endeudamiento imponiendo límites sobre la cuantía por la que cabrá gravar un bien, calculados en función de una fórmula. Por ejemplo, cabría fijar la cuantía máxima en términos porcentuales a partir de la suma del préstamo adelantado al otorgante (como pudiera ser un 125 por ciento del monto inicial del crédito o del importe máximo del crédito abierto a la empresa, o del monto debido por la empresa en un momento dado). Estos límites legales previos de la cuantía garantizable son sin duda arbitrarios y no son adaptables a las necesidades de crédito de una empresa. Además, en el caso de obligaciones fluctuantes, sería necesario adaptar continuamente los límites fijados a las variaciones de la suma debida por el otorgante al acreedor garantizado. Estas críticas no serían, en cambio, aplicables en casos en los que las partes en un acuerdo de garantía negocian libremente la cuantía máxima cubierta por el bien gravado, permaneciendo dicha cuantía invariable aun cuando la suma debida en virtud de la obligación garantizada fluctúe o disminuya.

46. Por todas las razones indicadas, muchos ordenamientos (incluso los que exigen que se fije la cuantía máxima recuperable con cargo a los bienes gravados) no exigen una descripción precisa de la obligación garantizada, dejando así autonomía a las partes para negociar la suma garantizada. En dichos ordenamientos, cabrá garantizar una obligación tanto actual como futura, condicional o incondicional y determinada o determinable con arreglo a lo pactado en el acuerdo de garantía y a la luz del expediente que lleven las partes del crédito abierto, que podrá ser consultado cuando sea preciso (por ejemplo, al ejercitar el acreedor garantizado su garantía). En dicho caso, la obligación garantizada podrá ser

fija o fluctuante y podrá abarcar toda suma debida por el deudor al acreedor garantizado. Dado el objetivo de facilitar la apertura de crédito garantizado, la *Guía* recomienda esta visión amplia de la obligación garantizable (véase la recomendación 16).

47. Los Estados adoptan también distintos criterios acerca de si debe consignarse en el propio acuerdo de garantía el monto efectivo de la obligación garantizada (incluido todo interés abonable u otros gastos derivados del crédito) y acerca de si dicho monto debe expresarse en términos monetarios o en alguna moneda en particular. Por ejemplo, algunos Estados exigen que el acuerdo de garantía indique no sólo el tipo de obligación garantizada, sino también su cuantía (es decir, el monto efectivo del crédito abierto). Otros Estados sólo exigen que se indique el tipo de obligación y hacen remisión para los pormenores al acuerdo de crédito o préstamo. Algunos Estados exigen además que el monto de la obligación se exprese en cierta moneda (por ejemplo, en euros o en dólares), mientras que otras permiten que las partes expresen el valor del monto reembolsable como estimen oportuno (por ejemplo, en onzas de oro). A comienzos del siglo XXI, son muchos los Estados que no imponen restricción alguna respecto de la moneda en que habrá de expresarse el monto de la obligación garantizada, remitiendo a dicho respecto al régimen general de las obligaciones.

48. En caso de incumplimiento (o de insolvencia) del deudor y de venta ejecutoria del bien gravado, el producto de dicha venta tal vez sea abonable en una moneda (por ejemplo, dólares de los EE.UU.) distinta de la moneda (por ejemplo, euros) en la que se haya expresado el importe garantizado de la obligación. En dicho caso, será preciso convertir la moneda del producto de la venta a fin de que dicho producto y la obligación garantizada pasen a estar expresados en una sola moneda. No obstante, el tipo de cambio suele dejarse al arbitrio de lo estipulado en el contrato del que haya nacido la obligación garantizada o de la ley aplicable (por ejemplo, a falta de estipulación contractual al respecto, será aplicable el tipo de cambio vigente en el lugar donde se ejecute la garantía o donde se haya iniciado el procedimiento de insolvencia).

7. Bienes que son objeto de un acuerdo de garantía

49. Un punto esencial que habrá de dilucidar todo acuerdo de garantía será el de identificar los bienes gravados por la garantía otorgada. El legislador habrá de decidirse acerca de cuatro cuestiones al señalar el modo de identificar los bienes gravados por la garantía real. La primera será la de determinar si la garantía podrá gravar bienes aún inexistentes o que no hayan pasado aún a ser propiedad del otorgante. La segunda será la de decidir si debe prohibirse gravar ciertas categorías de bienes. La tercera será la de determinar cómo habrán de describirse los bienes gravados (si bastará con una descripción general o si se exigirá una descripción individual de cada bien). Por último, la ley deberá decidir si se permitirá o no a un otorgante constituir una garantía sobre todos los bienes de una empresa (es decir, se trata de una garantía real que en muchos Estados se denomina una “hipoteca sobre la empresa” o una “carga flotante”).

50. Antes de examinar estas cuatro cuestiones, debe recordarse que todos los Estados parten del supuesto de que cuando las partes en un acuerdo de garantía señalan el bien que quedará gravado por la garantía real, su intención al obrar así es la de que el derecho de que disponga el otorgante sobre el bien gravado quede plenamente sujeto a la garantía. Así, por ejemplo, si el gravamen constituido recae sobre un elemento del equipo industrial de una empresa del otorgante, quedará íntegramente gravada la propiedad del otorgante sobre el bien gravado. Si el valor del bien gravado se eleva a lo largo de la vida de la garantía, dicho

bien seguirá estando gravado en su totalidad por el importe de la suma pendiente de pago de la obligación garantizada. Conforme al principio de la autonomía contractual (véase la recomendación 10), las partes podrán siempre pactar en su acuerdo que el bien quedará tan sólo parcialmente gravado (por ejemplo, hasta un 50 por ciento indiviso de su valor global) o por una cuantía limitada (por ejemplo, el valor que tenía el bien gravado al otorgarse la garantía). Ahora bien, salvo pacto explícito en contrario, la garantía real gravará en su totalidad el bien gravado, el derecho del otorgante sobre dicho bien y el valor íntegro del bien gravado en el momento en que se haya de ejecutar la garantía real.

a) *Bienes futuros*

51. En la mayoría de los ordenamientos, el otorgante de la garantía deberá ser el propietario de los bienes gravados o deberá gozar de algún otro derecho de propiedad sobre los mismos (por ejemplo, un derecho de uso). Por ello, no cabrá concertar un acuerdo de garantía en tanto que el otorgante no posea algún derecho real sobre los bienes que pretenda gravar. Esta norma general suscita inmediatamente la cuestión de si mediante el acuerdo de garantía se podrán gravar: *a*) bienes sobre los que el otorgante posee únicamente un derecho contractual (por ejemplo, en muchos ordenamientos el arrendatario no posee derecho de propiedad alguno sobre el bien arrendado), y *b*) bienes futuros (a saber, bienes que el otorgante va adquiriendo o bienes que se derivan de la concertación de un acuerdo de garantía).

52. Al abordar estas cuestiones, debe recordarse que la mayoría de los ordenamientos parten del principio de que el otorgante no podrá otorgar al acreedor garantizado más derechos que los que el otorgante posea o pueda adquirir en el futuro (*nemo dat quod non habet*). Ello significa que, si el otorgante posee tan sólo un derecho contractual de uso sobre un bien, toda garantía que otorgue sólo podrá gravar su derecho contractual de uso. Así, por ejemplo, un arrendatario sólo podrá constituir una garantía sobre su derecho en cuanto arrendatario, en virtud del contrato de arrendamiento, sin que la garantía así creada pueda gravar el bien arrendado en sí. Conforme a las reglas legalmente aplicables a la descripción de un bien gravado que figure en el acuerdo de garantía, esto significa que el acuerdo de garantía deberá identificar el bien gravado en cuanto derecho contractual del otorgante, en su calidad de arrendatario, sobre el bien arrendado, pero no en cuanto derecho constituido sobre el propio bien. Ello supondrá igualmente que si el otorgante posee un derecho real limitado sobre el bien gravado (por ejemplo, un usufructo) dicho derecho será objeto único del gravamen.

53. Los ordenamientos tropiezan, cada vez más, con la cuestión de si el acuerdo de garantía podrá recaer sobre bienes futuros. En algunos ordenamientos no cabrá gravar bien futuro alguno. Ello se debe en parte a que se respetan ciertas nociones técnicas del régimen de la propiedad (por ejemplo, la de que lo que no existe no podrá ser ni transferido ni gravado) y, en parte, al temor de que permitir actos de disposición de gran alcance sobre bienes futuros puede dar lugar a un endeudamiento excesivo de la empresa y a una dependencia excesiva del otorgante respecto de un solo acreedor, impidiéndole recurrir a otras fuentes de crédito garantizado. También se expresa el temor de que dichas garantías sobre bienes futuros reduzcan en exceso las probabilidades de que los acreedores ordinarios del otorgante obtengan el resarcimiento de sus créditos. Ahora bien, no procede utilizar nociones técnicas del régimen de la propiedad para poner obstáculos al imperativo práctico de una empresa que sienta la necesidad de valerse de sus bienes futuros para obtener crédito. Además, las empresas saben cómo deben proteger sus intereses, al

otorgar garantías, por lo que no necesitan de límites legales a la transferibilidad de sus derechos sobre bienes futuros. Al permitir que una empresa grave sus bienes futuros se le está ofreciendo la posibilidad de obtener crédito garantizado, no negociable con sus bienes actuales, que tal vez le permita reforzar la marcha de su negocio en provecho de todos sus acreedores, incluidos sus acreedores ordinarios. En la medida en que proceda amparar a ciertos otorgantes del riesgo de gravar en exceso sus bienes futuros, procedería que dicho amparo fuera previsto en el marco de algún otro régimen legal, como pudiera ser una ley protectora del consumidor.

54. En otros ordenamientos sí será, en cambio, posible pactar una garantía que recaiga sobre un bien futuro. En dicho caso, la garantía quedará creada a partir del momento en que haya sido pactada por las partes, pero no pasará a gravar efectivamente el bien ofrecido en garantía hasta que el otorgante pase a ser el propietario del bien gravado o hasta que el bien gravado adquiera existencia real. La Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos adopta este criterio (véase el artículo 8, párr. 2, y el artículo 2 a)). Permitir que se graven bienes futuros en garantía de un crédito financiero puede ser importante, por ejemplo, para garantizar los créditos adelantados en el marco de un crédito renovable garantizado por una masa rotatoria de bienes. Entre los bienes así gravables cabe citar las existencias de una empresa, que por su índole hayan de ser vendidas y sustituidas, y los créditos por cobrar, que vayan siendo sustituidos, a raíz de su cobro, por otros nuevos. La principal ventaja de esta técnica es que permite que un único acuerdo de garantía recaiga sobre una masa rotatoria o renovable de bienes que correspondan a la descrita en el acuerdo de garantía. De lo contrario, se habría de modificar el acuerdo de garantía, o concertar otro nuevo, cada vez que se renueve la masa de bienes gravados, lo que elevaría los gastos de la operación de garantía y reduciría el crédito ofrecido, particularmente, en el supuesto de créditos renovables.

55. La *Guía* recomienda que un acuerdo de garantía puede recaer sobre bienes futuros. Cuando el acuerdo de garantía prevea la constitución de una garantía sobre bienes respecto de los que el otorgante tenga algún derecho o esté facultado para gravar en el momento de concertarse el acuerdo de garantía, la garantía quedará creada sobre dichos bienes en ese mismo momento. Cuando el acuerdo de garantía prevea, en cambio, la constitución de una garantía sobre bienes respecto de los que el otorgante prevea que adquirirá algún derecho o estará en condiciones de gravarlos en el futuro, la garantía real quedará creada tan sólo si el otorgante adquiere ese derecho o el poder de gravar los bienes, y en el momento en que los adquiera (véanse las recomendaciones 13 y 17).

b) *Bienes excluidos*

56. En algunos ordenamientos, se han promulgado leyes especiales para ciertos tipos de garantía real que limitan los tipos de bienes que pueden servir de garantía o la cuantía del valor de un bien que pueda constituirse en garantía. Como ejemplo de un límite justificable por razones de orden público de derecho interno cabe citar la prohibición de gravar bienes destinados a prestaciones sociales (por ejemplo, salarios y pensiones de los empleados). En otros ordenamientos, se han previsto límites en cuanto a los fines para los que ciertas categorías de otorgantes podrán constituir una garantía sobre sus bienes. Por ejemplo, el otorgante no podrá gravar artículos de su hogar, salvo que el gravamen haya sido constituido en garantía del pago del precio de dichos bienes. Cabe también que la ley limite la capacidad de ciertos otorgantes para crear ciertos tipos de garantía real. Por ejemplo, en algunos ordenamientos está prohibido que una persona, que no sea propietaria

de un negocio en marcha, otorgue una garantía real no posesoria, por lo que dicha persona privada sólo podría otorgar garantías posesorias como, por ejemplo, la prenda. De igual modo, un no comerciante pudiera no estar facultado para otorgar una garantía sobre un bien futuro o sobre toda una categoría de bienes. Es decir, a los particulares sólo se les autorizaría a otorgar garantías sobre bienes ya existentes y que hayan sido descritos por separado.

57. Todas estas limitaciones, que suelen tener por objeto amparar al otorgante, pueden también suponer que el otorgante se vea en la imposibilidad de aprovechar todo el valor de sus bienes para obtener crédito. Por ello, se deben ponderar cuidadosamente los aspectos positivos y negativos de dichos límites. Algunos ordenamientos tratan de conciliarlos recurriendo a leyes especiales (como la legislación protectora del consumidor) para establecer límites apropiados en función de otros criterios. Este enfoque tiene la ventaja de que cada Estado podrá diseñar los límites adecuados en función de las necesidades auténticas de determinados otorgantes que se estime que deben ser amparados.

c) *Identificación de los bienes gravados en el acuerdo de garantía*

58. La ley exige, en algunos países, que todo bien gravado sea expresamente identificado en el acuerdo de garantía. Si bien dicho requisito tiene por objeto amparar al otorgante del riesgo de gravar en exceso sus bienes, también limitará en muchos casos la disponibilidad de crédito garantizado. Por ejemplo, dicha identificación pudiera no ser deseable o incluso posible en el caso de un gravamen sobre las existencias o, en muchos casos, sobre los créditos por cobrar de una empresa. Para resolver esta dificultad, la ley de muchos países ha previsto que las partes puedan describir los bienes gravados en términos genéricos. Dichas leyes trasladan el requisito habitual de la identificación precisa del bien gravado, desde el bien considerado como cosa aparte al bien considerado como conjunto o masa de bienes suficientemente identificable como tal.

59. Estas descripciones de los bienes por categorías pueden ser muy diversas. Por ejemplo, cabe que las partes estipulen que la garantía creada gravará “todas las existencias”, “todas las existencias en el almacén número 2”, “todos los balandros y canoas”, “todas las impresoras”, o “todos los créditos por cobrar”. El criterio identificador no será necesariamente ni la categoría del bien (equipo, existencias, créditos por cobrar) ni el alcance o la amplitud de la categoría designada (“todos los bienes ubicados en ABC” o “todos los balandros y canoas” como categoría específica contrapuesta a “embarcaciones”). Los ordenamientos que permiten una descripción genérica del bien gravado suelen, no obstante, exigir que la descripción sea lo bastante precisa para que todo interesado pueda razonablemente identificar, en cualquier momento, los bienes gravados por un acuerdo de garantía.

60. En algunos ordenamientos, cabrá identificar el bien gravado con una descripción formulada en términos sumamente genéricos, como pudiera ser “todos los bienes” o “todos los bienes presentes y futuros”. Ello permitirá, sin duda, reducir la complejidad y los gastos de constituir tal garantía, al permitir que las partes describan los bienes gravados en el lenguaje más sencillo posible. Conforme se observó, muchos ordenamientos que permiten que se identifique el objeto de la garantía por referencia a una categoría de bienes no permiten dicha identificación general si el otorgante es un consumidor o un pequeño comerciante individual. La *Guía* recomienda que en el acuerdo de garantía se describan los bienes gravados de tal manera que puedan identificarse razonablemente (véanse las recomendaciones 14 *d*) y 17). Ello significa que, a reserva de que la identificación que se

exija de los bienes gravados sea lo bastante clara y de que se respete todo límite impuesto por razones de orden público del derecho interno destinadas a amparar al consumidor, las descripciones de bienes tanto presentes como futuros serán suficientes.

d) *Garantía constituida sobre todos los bienes de un otorgante*

61. Conforme se mencionó, algunos ordenamientos no permiten que el otorgante constituya un gravamen sobre bienes descritos en términos genéricos, pero otros muchos ordenamientos sí lo permiten. No obstante, incluso en algunos ordenamientos que permiten identificar al bien gravado por categorías de bienes y que la categoría designada englobe a los bienes presentes y futuros de la misma, no se permite a menudo que el otorgante constituya una garantía sobre todos sus bienes (por medio de una descripción muy general, como por ejemplo, “todos los bienes presentes y futuros”). En otros ordenamientos, sí se permite que el otorgante constituya un gravamen sobre todos sus bienes, pero únicamente hasta cierto porcentaje de su valor total. Dichas limitaciones, que tienen por objeto amparar en cierto modo al otorgante y a sus acreedores ordinarios, suelen acabar limitando el crédito financiero negociable por el deudor y elevando su precio.

62. En cambio, algunos ordenamientos no imponen límite alguno al alcance de una garantía real. Se permite que los otorgantes constituyan una garantía sobre todos sus bienes, tanto corporales como inmateriales, muebles e inmuebles (aun cuando las garantías constituidas sobre inmuebles se rijan por un régimen especial) y actuales y futuros. Los rasgos esenciales de una garantía constituida sobre todos los bienes son, en primer lugar, que gravará todos los bienes de un otorgante en virtud de un único acuerdo de garantía y, en segundo lugar, que se dejará que el otorgante disponga de algunos de sus bienes gravados (por ejemplo, sus existencias) en el curso normal de su negocio (haciéndose automáticamente extensiva la garantía real al producto de los bienes enajenados). Los ordenamientos adoptan diversos criterios para regular estas dos facetas de una garantía constituida sobre todos los bienes.

63. En muchos ordenamientos, los requisitos esenciales, tanto de contenido como de forma, para la creación de una garantía que grave todos los bienes pueden ser más onerosos que los exigibles para constituir una garantía ordinaria. En otros ordenamientos, con tal de que el acuerdo no grave ningún bien inmueble, los requisitos para la creación de dicha garantía serán idénticos a los exigibles para una garantía normal constituida sobre bienes muebles. De gravarse también algún inmueble, será necesario que el acuerdo respete los requisitos de contenido y de forma exigibles para la constitución de un gravamen sobre un inmueble. En cuanto al derecho retenido por el otorgante a enajenar algunos bienes gravados a pesar de la garantía real, la mayoría de los ordenamientos prevén que el otorgante podrá gozar de dicho derecho con la autorización de su acreedor garantizado. Algunas leyes prevén que, en dichos casos, la garantía real habrá dejado de gravar el bien así enajenado, mientras que otras prevén que dicho bien seguiría estando gravado por la garantía real. Ahora bien, en algunos ordenamientos, todo acto de enajenación de un bien gravado por el otorgante, incluso con la autorización del acreedor, se tiene por irreconciliable con la noción misma de la garantía real. A fin de simplificar la creación de una garantía sobre todos los bienes de una empresa, en casos en los que el acreedor esté financiando el negocio en marcha de la empresa, la *Guía* recomienda que se permita la constitución de un gravamen sobre todos los bienes mediante un único acuerdo o pacto de garantía consignado en un solo documento (véase la recomendación 17).

i) *La denominada hipoteca sobre la empresa*

64. El concepto de una “garantía real sobre todos los bienes”, que recomienda la *Guía*, no es nuevo. La idea de una garantía constituida sobre todos los bienes existe, en algunos Estados, desde hace ya tiempo en forma de la denominada “hipoteca sobre la empresa”. Al igual que una garantía constituida sobre todos los bienes, la hipoteca sobre la empresa puede gravar todos los bienes de una empresa (incluidos a veces sus inmuebles). Podrá recaer, por ejemplo, sobre los ingresos en metálico de la empresa, sus existencias y bienes de equipo y sus bienes futuros. Todo acuerdo de garantía constitutivo de una hipoteca sobre la empresa suele prever que quedarán exentos de la hipoteca así constituida aquellas existencias actuales de la empresa que hayan de ser enajenadas en el curso normal de su negocio. La principal ventaja de una hipoteca sobre la empresa es que permitirá que una empresa de gran valor, en cuanto negocio en marcha, obtenga más crédito a menor precio.

65. Un rasgo interesante de algunas formas de la hipoteca sobre la empresa es que, al ejercitar el acreedor garantizado u otro acreedor una acción por la vía ejecutoria, cabrá pedir el nombramiento de un administrador o síndico de la empresa. Ello permitirá tal vez eludir una liquidación de la empresa, facilitando así su reorganización en provecho de todos los acreedores, de los empleados de la empresa y de la economía en general. Se ha observado, no obstante, que el administrador así nombrado tiende a obrar en favor de los intereses del acreedor garantizado. Cabría mitigar este problema si se exige que el administrador sea nombrado por algún tribunal u otra autoridad, o bajo su supervisión. Cabría extender este rasgo ejecutorio de la hipoteca sobre la empresa a otras garantías reales sobre todos los bienes. En otras palabras, cabría prever en el régimen de las operaciones garantizadas el nombramiento de un administrador del patrimonio del otorgante mediante un pacto entre el otorgante y su acreedor garantizado o por decisión del foro competente. El administrador se encargaría en dicho caso de hacer valer la garantía real al margen de la insolvencia, si la empresa no se ha declarado insolvente o en el marco del régimen de la insolvencia si la empresa se ha declarado insolvente.

66. Sin embargo, la hipoteca sobre la empresa puede tener ciertos inconvenientes en la práctica. Uno de ellos consiste en que el acreedor garantizado será ya o se convertirá pronto en el principal acreedor de la empresa o incluso en su único proveedor de crédito financiero. A fin de responder a este problema, algunos Estados han impuesto límites al alcance de la hipoteca sobre la empresa, preservando un porcentaje del valor de la empresa para sus acreedores ordinarios en caso de insolvencia. Dichos límites (que se conocen con frecuencia como reservas para acreedores ordinarios) pueden afectar negativamente a la disponibilidad de crédito al reducir de hecho los bienes que cabrá ofrecer en garantía para obtener el crédito. Otra desventaja eventual de la hipoteca sobre la empresa es que, en la práctica, el titular de la hipoteca puede abstenerse de supervisar debidamente el negocio de la empresa o desentenderse de su reorganización eventual si estima que su hipoteca está ampliamente cubierta por los bienes de la empresa. A fin de contrarrestar la posición excesivamente fuerte del titular de la hipoteca, cabrá otorgar a la empresa deudora el derecho a reclamar su liberación de toda garantía manifiestamente excesiva.

ii) *Cargas fijas y flotantes*

67. En otros Estados, la garantía constituida sobre todos los bienes adopta la forma de una combinación de una carga o gravamen fijo y otro flotante. Se otorga al acreedor garantizado una “carga fija” sobre los bienes (por ejemplo, las existencias) de los que el otorgante no puede disponer sin el consentimiento del acreedor garantizado. Por otro

lado, a este último se le atribuye una “carga flotante” sobre los bienes de los que el otorgante puede disponer (por ejemplo, sus existencias) en el curso normal de su negocio. A raíz del incumplimiento del deudor dichos actos de disposición quedarán prohibidos al convertirse la carga flotante en una carga fija. Cabe gravar prácticamente todos los bienes de una empresa con cargas flotantes y cargas fijas. La importancia de esta distinción radica en que la carga flotante suele estar supeditada a ciertos créditos prioritarios de otros acreedores o a la sustracción de cierta cuota de la masa deudora en favor de los acreedores ordinarios, mientras que la carga fija no lo está.

iii) Valor excedentario de la garantía

68. El valor excesivo del bien o de los bienes gravados en cobertura de una operación financiera guarda cierta relación, pero sin dejar de ser distinto, con las inquietudes suscitadas por la garantía constituida sobre todos los bienes de una empresa. El problema de la cobertura excesiva del bien gravado en garantía de una obligación surge a raíz de la constitución de un gravamen sobre bienes cuyo valor exceda notablemente del valor de la obligación garantizada. Si bien el acreedor garantizado no podrá reclamar una cuantía superior al monto de la obligación garantizada, junto con los intereses y gastos (y tal vez daños y perjuicios, en caso de incumplimiento), el valor excedentario del bien o de los bienes gravados en cobertura de dicha obligación puede crear problemas. Dicho exceso puede suponer que los bienes del otorgante queden de tal modo gravados que le será difícil o incluso imposible (al menos en ausencia de un pacto de subordinación entre acreedores) al otorgante obtener otro crédito garantizado de otro acreedor que le conceda una garantía real de prelación inferior sobre los mismos bienes gravados. Además, de haberse gravado todos los bienes del otorgante, es probable que las expectativas de resarcimiento de los acreedores ordinarios del otorgante se vean frustradas o al menos gravemente dificultadas, salvo que el saldo que quede después de satisfacer todas las obligaciones garantizadas sea claramente identificable.

69. La jurisprudencia ha previsto diversas soluciones para resolver este problema. Una de ellas consiste en declarar nula toda garantía real que grave el valor de un bien en la medida en que su cobertura exceda en demasía del valor de la obligación garantizada, calculado junto con sus intereses, gastos y daños eventuales. Otra solución es la de facultar al otorgante para reclamar la liberación del valor gravado en exceso del valor de la obligación garantizada. Una tercera solución consistiría en solicitar al acreedor garantizado que negocie de buena fe con el otorgante, a petición de éste, la liberación de una parte del valor gravado en exceso del valor de la obligación garantizada. Esta solución funcionaría en la práctica, si resultara viable calcular el margen de cobertura comercial que deba darse al acreedor garantizado, lo que pudiera no ser fácil en muchos casos. Si bien es cierto que las garantías excesivas pueden constituir un grave problema, la búsqueda de una respuesta adecuada varía de un Estado a otro, habiéndosele encontrado a veces la solución en alguna otra norma legal que sea por lo demás aplicable. Por dicho motivo, la *Guía* no recomienda que se faculte a los tribunales para declarar nula una garantía real o reducir el alcance de una garantía real mediante una declaración judicial de valor de los bienes gravados superior a la obligación garantizada.

iv) Conclusión

70. Si la ley aplicable permite, conforme recomienda la *Guía* (véase la recomendación 17), la creación de garantías reales no posesorias sobre todos los bienes presentes

y futuros de un otorgante, permitiendo además que el otorgante disponga, en el curso normal de su negocio, de algunos de sus bienes gravados, tal vez no se necesiten algunos de los dispositivos de garantía especiales ideados por los Estados para que una empresa pueda obtener crédito financiero bajo la cobertura de una garantía constituida sobre la empresa en su conjunto. La razón de la importancia para muchos ordenamientos de la denominada “hipoteca sobre la empresa” y del “gravamen o carga fija y flotante” dimana de que dichos dispositivos cumplen una función en la financiación de ciertas empresas que no está al alcance de los dispositivos de garantía real ordinarios. Ahora bien, la necesidad de dichos dispositivos será notablemente inferior, o incluso superflua, en aquellos ordenamientos que hayan adoptado un enfoque funcional, integrado y global de la garantía real sin desplazamiento y que permitan además que el otorgante grave, en el marco de un único pacto, todos sus bienes presentes y futuros. Si bien la *Guía* no recomienda que los Estados prescindan de la hipoteca sobre la empresa o de la carga fija y flotante, sí recomienda que adopten la figura de la garantía real constituible sobre todos los bienes de la empresa, que cumple con eficiencia la función que se suele asignar a esos otros dispositivos tradicionales (véase la recomendación 17).

e) *Responsabilidad del acreedor garantizado por toda pérdida o daño causado por un bien gravado*

71. Si bien la cuestión de la pérdida o daño imputable a un bien gravado (de resultas de algún incumplimiento contractual o de un hecho ilícito) no es objeto del régimen de las operaciones garantizadas, sí es importante preverle una solución por razón de su posible efecto sobre la disponibilidad o el precio del crédito financiero negociado. De particular importancia es la cuestión de la responsabilidad por los daños ambientales imputables a bienes gravados, dado que las consecuencias monetarias y el perjuicio ocasionado a la reputación del acreedor garantizado pueden ser muy superiores al valor de los bienes gravados. En algunos regímenes se exime expresamente al acreedor garantizado de toda responsabilidad al respecto, mientras que otros regímenes limitan su responsabilidad en determinados supuestos (por ejemplo, cuando el bien gravado no esté en poder o bajo el control del acreedor garantizado). De no existir alguna norma que exima o limite, en dichos casos, la responsabilidad del acreedor, el riesgo de conceder crédito financiero pudiera resultar excesivo para el acreedor garantizado. Más aún, aun cuando ese riesgo sea asegurable, el seguro será probablemente elevado, por lo que elevará notablemente el costo financiero del crédito. Al promulgar un régimen de las operaciones garantizadas, todo Estado deberá tratar de conciliar las ventajas e inconvenientes de la solución dada a este problema a fin de evitar que reduzca la disponibilidad de crédito financiero o eleve su precio.

8. *Constitución de una garantía real sobre el producto*

a) *Alcance de una garantía real sobre el producto*

72. Un ordenamiento jurídico que regule las garantías reales debe resolver dos cuestiones distintas con respecto al producto. La primera sólo se plantea si el otorgante enajena efectivamente el bien gravado con la garantía real. La cuestión es si el acreedor garantizado retiene la garantía real si en la operación que genera el producto el otorgante transfiere el bien gravado a otra persona (o, en otras palabras, si el acreedor garantizado tiene derecho a “seguir” el bien gravado hasta el propio beneficiario de la enajenación).

En sentido estricto, esta cuestión no se refiere al producto, sino más bien al alcance de la eficacia frente a terceros de una garantía real. La *Guía* recomienda que las garantías reales sigan siendo en general oponibles frente a los beneficiarios de la enajenación a quienes el otorgante entrega el bien gravado (véanse las recomendaciones 31 y 79, y el capítulo III, sobre la oponibilidad de una garantía real a terceros, párrafos 15 a 18, así como el capítulo V, sobre la prelación de una garantía real, párrafos 60 a 89).

73. La segunda cuestión que debe abordar un régimen de las operaciones garantizadas es la de los derechos del acreedor garantizado con respecto al producto de la enajenación de los bienes gravados. Algunos ordenamientos jurídicos no reconocen a los acreedores garantizados un derecho automático sobre el producto, con independencia de que éste consista en frutos civiles y naturales o ingresos, productos de la manufactura o resultados de una enajenación. El acuerdo de garantía tiene que hacer extensiva la garantía real a todos estos productos expresamente. Otros ordenamientos jurídicos reconocen al acreedor garantizado un derecho sobre los frutos civiles y naturales o los ingresos, pero sólo si el acreedor garantizado tiene la posesión efectiva del bien gravado inicialmente. Todavía hay otros ordenamientos jurídicos que reconocen un derecho automático sobre todos los frutos civiles y naturales o los ingresos y los productos de fabricación, pero no sobre el producto de una enajenación. El motivo es que la garantía real del acreedor se establece sobre el bien gravado inicialmente y el acreedor garantizado está protegido adecuadamente si puede ejercer un derecho de seguimiento. Un número reducido de ordenamientos jurídicos adopta esta posición general, pero establece que si el acreedor garantizado pierde su derecho de seguimiento del bien gravado hasta el propio beneficiario de la enajenación, por aplicación del concepto de subrogación real, la garantía real perdida puede ser transferida al producto de la enajenación (por ejemplo, en muchos ordenamientos jurídicos el comprador de un bien mueble en el curso ordinario de los negocios del vendedor puede adquirir bienes gravados libres de cualquier garantía real). Por último, muchos ordenamientos jurídicos prevén que la garantía real se transfiera automáticamente a los productos de cualquier tipo, incluido el producto del producto, aun en caso de que el acreedor garantizado pueda seguir reclamando una garantía real sobre el bien gravado inicialmente que fue vendido.

74. La justificación de la existencia de una garantía real sobre el producto se supone que radica en que no es más que una extrapolación de las expectativas de las partes. En primer lugar, el acreedor garantizado normalmente espera disponer de una garantía real no sólo sobre el bien en sí mismo, sino sobre todo lo que el bien produzca o genere, en particular los frutos civiles y naturales o los ingresos. En segundo lugar, el acreedor garantizado normalmente espera que el otorgante no enajene un bien gravado sin la autorización del acreedor garantizado. Si el acreedor garantizado no recibe un derecho sobre el producto, la enajenación sin autorización del bien gravado inicialmente puede anular o reducir drásticamente su posibilidad de servirse de estos activos como garantía de la deuda. Tal resultado puede darse aun en caso de que la garantía real sobre los bienes gravados inicialmente sobreviva a pesar de la enajenación de éstos a un tercero. El motivo es que la transferencia sin autorización de los bienes gravados es probable que dificulte su localización. Estas cuestiones merecen un análisis más a fondo.

75. En primer lugar, si consideramos el ejemplo clásico del producto de una enajenación, veremos que si el derecho del acreedor garantizado sobre el producto se considera un derecho de propiedad este acreedor garantizado no sufrirá ninguna pérdida a causa de una enajenación o un hecho semejante, dado que un derecho de propiedad produce efectos frente a terceros. Por otra parte, la concesión al acreedor garantizado de un derecho

de propiedad sobre el producto podría frustrar las expectativas legítimas de las partes que hayan obtenido derechos reales sobre dicho producto como bienes originariamente gravados. No obstante, en los ordenamientos jurídicos en que la constitución de una garantía se diferencia de su oponibilidad a terceros, este resultado sólo será posible si el acreedor que tiene un derecho de propiedad sobre el producto puede mantener su prelación sobre los acreedores que tienen un derecho sobre dichos bienes como bienes originariamente gravados. En estos ordenamientos, por lo tanto, los financiadores potenciales están previamente advertidos de la posible existencia de una garantía real sobre bienes de su prestatario potencial (inclusive sobre el producto de tales bienes) y pueden adoptar las medidas necesarias para identificar y localizar el producto, y pueden obtener, en su caso, acuerdos de subordinación o de otro tipo entre acreedores.

76. Un análisis ligeramente diferente será necesario cuando el producto de que se trata no es el producto de una enajenación, sino que consiste en frutos civiles y naturales o ingresos, o productos de fabricación. En este último caso, las partes esperarán normalmente que las materias primas se utilicen en un proceso de fabricación. Por consiguiente, la cuestión normativa sería establecer si un Estado debe adoptar una regla en virtud de la cual los acuerdos de garantía tengan que disponer expresamente que la garantía no se constituye únicamente sobre las materias primas, sino también sobre todo producto que se elabore a partir de ellas. Como alternativa cabe asumir que, como las materias primas se transforman normalmente en productos fabricados, éstos deben estar comprendidos automáticamente en la garantía real, salvo que el acuerdo de garantía establezca lo contrario. La mayoría de los Estados no requieren a las partes que especifiquen que la garantía real abarca los productos fabricados a partir de las materias primas, siempre que pueda determinarse claramente que el producto proviene de dichas materias primas.

77. Muchos ordenamientos jurídicos requieren a las partes que especifiquen en el acuerdo de garantía si los frutos naturales están regulados en él. En cambio, otros ordenamientos disponen que los frutos naturales quedan comprendidos automáticamente, salvo que las partes dispongan otra cosa. De conformidad con la orientación general de la presente *Guía* de formular recomendaciones que estén en consonancia con la práctica habitual de las partes en las operaciones de financiación, el enfoque adoptado es el de considerar que los frutos naturales son productos y, por consiguiente, quedan automáticamente comprendidos como producto en la garantía real sobre los bienes originariamente gravados (véase el término “producto”, que comprende los frutos naturales, Introducción, sección B, terminología e interpretación).

78. Por último, en lo que se refiere a los frutos civiles o a los ingresos, por razones de eficiencia económica normalmente se supone que una garantía real sobre el derecho al cobro de un capital (por ejemplo, un título negociable o un crédito por cobrar) debe abarcar también el derecho a los intereses pagaderos. Ello se debe a que los pagos sobre tales títulos o créditos por cobrar son muchas veces pagos mixtos de capital (principal) e intereses. Sólo en el caso de que fuera fácil distinguir entre el pago del capital y el pago de los intereses, y cuando las partes hayan convenido que la garantía real sobre la cuantía del capital no se hará extensiva a los intereses generados, la ley debe permitir que los intereses se disocien de la obligación inicial. Cuando los ingresos procedan del arrendamiento del bien originariamente gravado, o de la concesión de una licencia sobre éste, la conclusión será la misma. Las partes esperan que determinados tipos de bienes sean utilizados para obtener ingresos y que es probable que el valor de los bienes se deprecie en ese proceso. Permitir que la garantía real abarque los pagos del arrendamiento es lógico ya que, desde un punto de vista económico, representan el ingreso que el otorgante recibe como

compensación de la depreciación del bien gravado inicialmente. Una vez más, dado que la *Guía* está concebida para formular recomendaciones que reflejen la práctica normal de las partes en las operaciones de financiación, en ella se recomienda que los frutos civiles o los ingresos gocen de la misma consideración que el producto y, por consiguiente, queden automáticamente comprendidos en la garantía real sobre los bienes originariamente gravados (véase la recomendación 19).

b) *Constitución de una garantía real sobre el producto*

79. El análisis de los párrafos inmediatamente anteriores muestra que hay motivos prácticos que explican por qué muchos ordenamientos jurídicos hacen extensivas las garantías reales sobre bienes gravados a diversos tipos de producto (inclusive al producto del producto) mediante reglas aplicables en ausencia de un acuerdo con una estipulación en contrario. En otros ordenamientos jurídicos donde no existe el derecho automático sobre el producto, ya sea el producto de una enajenación o una o más categorías de frutos civiles y naturales o los ingresos o los productos fabricados, normalmente se permite que las partes especifiquen que las garantías reales que constituyan abarquen todo tipo de bienes como bienes originariamente gravados. En tales ordenamientos, las partes pueden disponer libremente, por ejemplo, que se constituya una garantía real sobre prácticamente la totalidad de los bienes del otorgante (dinero en efectivo, existencias, créditos por cobrar, títulos negociables, valores bursátiles y propiedad intelectual). De este modo, el propio producto pasa a ser un bien originariamente gravado y queda comprendido en la garantía real del acreedor, aunque ninguna regla jurídica prevea el reconocimiento automático de un derecho sobre el producto. En un reducido número de estos ordenamientos jurídicos las partes pueden hacer extensivas también al producto, mediante acuerdo, ciertas garantías reales basadas en la titularidad (por ejemplo, los derechos de retención de la titularidad).

80. Independientemente de que el derecho sobre el producto derive automáticamente del derecho sobre los bienes originariamente gravados, o de que tal derecho deba mencionarse explícitamente en el acuerdo de garantía, no se imponen más trámites suplementarios a las partes que pretendan ejercer un derecho sobre alguna de estas formas de producto. El único requisito, en el segundo caso, es que el acuerdo de garantía especifique que se adquiere un derecho sobre el producto e indique los tipos de producto que quedarán incluidos en la misma garantía real, mientras que en el primero es suficiente identificar claramente los bienes originariamente gravados.

81. Aun en caso de que la garantía real se haga extensiva automáticamente al producto, las partes pueden estipular en el acuerdo de garantía que ésta no abarca determinados tipos de producto o todos ellos en general. El principal motivo para que se establezca por ley la ampliación automática de la garantía real para abarcar el producto es que se respetan así las expectativas habituales de las partes. Conforme a su objetivo general de facilitar el crédito garantizado, la presente *Guía* adopta la posición de que el régimen de operaciones garantizadas debe contener normas que reduzcan al mínimo la necesidad de que las partes establezcan expresamente el resultado que normalmente se desea. El principio de autonomía de las partes (véase la recomendación 10) protege suficientemente a las que quieren limitar la garantía real a los bienes originariamente gravados. Por consiguiente, la *Guía* recomienda que una garantía real sobre bienes gravados se haga automáticamente extensiva a su producto identificable sin necesidad de que las partes lo dispongan en sus acuerdos de garantía (véase la recomendación 19).

c) *Alcance de una garantía real sobre el producto*

82. Cuando la garantía real se hace extensiva automáticamente al producto, resulta necesario determinar en qué medida se puede ejecutar esa garantía real sobre el producto. En caso de que el producto tenga la forma de frutos civiles y naturales o ingresos, el producto es un bien gravado adicional y lo lógico es que la garantía real se pueda ejecutar sobre él aun en caso de que el resultado sea que el acreedor garantizado pueda reclamar la existencia de una garantía real sobre bienes que tienen un valor total mayor que el bien originariamente gravado.

83. En algunos Estados, sin embargo, se plantean algunos problemas normativos adicionales cuando el producto es el resultado de la enajenación de los bienes originariamente gravados por el otorgante u otra persona que los tenga bajo su posesión. Los enfoques posibles son tres. Algunos Estados establecen que el acreedor garantizado tiene que optar por ejercer sus derechos sobre los bienes originariamente gravados o sobre el producto. La *Guía* no adopta esta posición porque el derecho al producto tiene por objetivo proteger al acreedor garantizado frente al deterioro físico o a la pérdida de valor del bien originariamente gravado por su enajenación.

84. Otros Estados establecen que la garantía real pueda ejecutarse hasta el límite del valor del bien originariamente gravado en el momento de la enajenación. Por ejemplo, si el bien valía 1.000 euros cuando se vendió, pero el resultado vale 1.500 euros, la garantía real automática sobre el producto se limita a 1.000 euros. Al mismo tiempo, siguiendo con el mismo ejemplo, si el acreedor obtiene 400 euros de la venta del bien originariamente gravado sólo podrá reclamar un máximo de 600 euros con cargo al resultado. El fundamento normativo de este planteamiento es que el reconocimiento de un derecho sobre el producto tiene por objetivo proteger al acreedor garantizado frente al deterioro físico o a la pérdida de valor del bien originariamente gravado a causa de su enajenación y no ofrecer al acreedor garantizado una ganancia inesperada a expensas de los demás acreedores. Cuando las partes deseen poder resarcirse con el resultado hasta que se cubra la totalidad de la obligación pendiente, podrán hacerlo incluyendo el tipo de bien recibido como producto en la descripción del bien originariamente gravado en el acuerdo de garantía (y al inscribir una notificación en el registro, si la oponibilidad a terceros se obtiene mediante el registro).

85. Todavía hay otros Estados que prevén que el acreedor garantizado pueda ejecutar su garantía real sobre el bien originariamente gravado y sobre el producto de su enajenación hasta el límite del valor de la obligación pendiente, aun en caso de que la suma obtenida sea mayor que el valor de los bienes originariamente gravados en el momento de su enajenación. La explicación de este planteamiento es que el reconocimiento de que el derecho sobre el producto se limita únicamente al valor de las obligaciones pendientes no hace más que reflejar la intención normal de las partes, es decir, que se da por supuesto, una vez reconocido un derecho automático sobre el producto, que el producto de la enajenación no consiste simplemente en unos bienes que sustituyen el valor del bien originariamente gravado cuando éste fue enajenado por el otorgante, sino que son en cierto sentido bienes adicionales gravados. Salvo que las partes establezcan otra cosa en el acuerdo de garantía, por consiguiente, el acreedor garantizado debe tener la posibilidad de ejecutar su garantía real tanto sobre los bienes originariamente gravados como sobre el producto hasta obtener una suma cuyo único límite será el monto de la obligación pendiente en el momento de la ejecución. La *Guía* no establece ningún límite a la garantía real sobre el producto salvo el que representa el monto de la obligación garantizada.

9. Productos mezclados

86. Cuando los bienes que constituyen el producto de bienes gravados no se mantienen separados de otros bienes del otorgante, se plantea la cuestión de si se mantiene la garantía real sobre el producto. La respuesta a esta pregunta suele depender de si los bienes que constituyen el producto son identificables. El producto en forma de bien corporal que se mantiene junto con otros bienes del otorgante puede identificarse como producto de cualquier manera que resulte suficiente para determinar que ese bien corporal es un producto. A este respecto, muchos Estados disponen que el mismo principio que rige la preservación del derecho del acreedor garantizado sobre los bienes originariamente gravados que se hayan mezclado debería aplicarse también a los bienes corporales que constituyen un producto mezclado.

87. Dos ejemplos servirán de ilustración de este punto. Primero, consideremos el caso de un otorgante que recibe una remesa de madera de construcción como resultado de la venta de unos muebles ya fabricados. Esta madera se mezcla con otra madera y otros materiales para obtener unos muebles acabados (un producto fabricado). A continuación, consideremos el caso de un otorgante que recibe una determinada cantidad de gasolina a cambio del petróleo crudo que se ha vendido, y la gasolina se mezcla en un depósito con otra cantidad de gasolina propiedad del otorgante. En ambos casos, la garantía real debe mantenerse sobre el producto mezclado, es decir, el acreedor garantizado debe estar en condiciones de reclamar una garantía real sobre la parte del valor de los muebles o del valor de la gasolina que se encuentre en el depósito. Mientras el acreedor garantizado pueda demostrar que esa cantidad de madera o de gasolina fue recibida como producto, no deben exigirse medidas adicionales para constituir (o preservar) la garantía real sobre este producto corporal mezclado (véanse los párrafos 90 a 92 *infra*).

88. En cambio, si el bien que constituye el producto es inmaterial (por ejemplo, un crédito por cobrar o un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria) y no se mantiene separado de los demás bienes de la misma índole del otorgante, ese bien inmaterial podrá identificarse como producto siempre que pueda asociarse a los bienes originariamente gravados. Por ejemplo, si el acreedor garantizado puede demostrar que se ha depositado una determinada cantidad de dinero en efectivo como producto de la enajenación de bienes gravados, podrá presentar una demanda sobre el producto. La dificultad radica en que continuamente entra y sale dinero de las cuentas bancarias, y resulta difícil saber qué porcentaje del dinero se ha originado efectivamente como producto.

89. Muchos Estados disponen de reglas bastante complicadas, elaboradas en el contexto de la práctica bancaria, para determinar con qué criterios pueden localizarse fondos depositados en una cuenta bancaria. Entre los ejemplos de reglas de localización cabe citar: a) “*first-in, first-out*” (“FIFO”) (“primero en entrar, primero en salir”), que da por sentado que los primeros fondos que pasan a formar parte de una masa mezclada son los primeros fondos que se retiran de dicha masa; b) “*last-in, first-out*” (“LIFO”) (“último en entrar, primero en salir”), que da por sentado que los últimos bienes que pasan a formar parte de una masa mezclada son los primeros bienes que se retiran de dicha masa, y c) la “regla del saldo intermedio más bajo” (“LIBR”), que da por sentado, en la medida de lo posible, que los bienes retirados de la masa mezclada no son producto de bienes gravados. Muchos Estados protegen la garantía real disponiendo que el producto identificable consistirá en todos los fondos depositados como producto, siempre que el saldo de la cuenta sea superior al importe depositado como producto. En virtud de esta regla, cuando la cuantía total que quede en la cuenta sea inferior al importe total del producto depositado en la cuenta,

el producto identificable se determinará tomando el saldo intermedio más bajo y agregándole toda nueva suma de dinero en forma de producto que se haya ingresado en el fondo desde que se registrara el saldo más bajo. Al igual que en el caso del producto de bienes corporales mezclados, la *Guía* adopta la posición de que, mientras pueda localizarse la fuente del producto inmaterial, no es preciso que las partes adopten nuevas medidas a fin de constituir (o de preservar) la garantía real sobre este producto inmaterial mezclado (véase la recomendación 20).

10. *Bienes corporales mezclados en una masa*

90. A lo largo de la historia, los regímenes de las operaciones garantizadas no han afrontado el problema del mantenimiento de la identificación de los bienes gravados. Dado que las garantías reales sólo podían constituirse sobre bienes identificados individualmente, raras veces se planteaba la mezcla de bienes fungibles. No obstante, hoy día muchos ordenamientos jurídicos permiten a las partes constituir una garantía real sobre una categoría general de bienes (habitualmente fungibles). Por ejemplo, la garantía puede constituirse sobre bienes con la siguiente descripción: “todas mis existencias actuales de pantalones”; otra posibilidad sería que un vendedor constituyera una garantía sobre todos los pantalones que venda a un determinado adquirente. En los dos casos, puede ocurrir que bienes sujetos a la garantía real estén mezclados de tal modo que resulte imposible identificarlos disociándolos de los demás bienes de la misma índole que no estén sujetos a la garantía real.

91. Existen dos vías posibles para determinar las consecuencias que la mezcla de bienes corporales en una masa tiene sobre las garantías reales constituidas sobre los bienes con anterioridad a la mezcla. Algunos ordenamientos jurídicos disponen que, una vez que los bienes están mezclados, ya no es posible identificarlos, por lo que el acreedor pierde su garantía real. Este enfoque impone al acreedor garantizado la carga de impedir la mezcla asegurándose de que el otorgante mantiene los bienes gravados separados de otros bienes de naturaleza similar. En cambio, otros ordenamientos jurídicos prevén que la garantía real sobreviva y pueda ejecutarse sobre los bienes mezclados en la misma proporción que representaba el bien gravado de la cantidad total de los bienes mezclados. Según este criterio, si un acreedor garantizado tiene una garantía real sobre una cantidad de petróleo valorada en 100.000 euros, y ésta se mezcla en el mismo depósito con otra cantidad de petróleo valorada en 50.000 euros, se considera que la garantía real gravará dos terceras partes del petróleo que quede en el depósito en el momento en que sea necesario ejecutar la garantía.

92. Dado que la presente *Guía* adopta el principio general de que deben protegerse las garantías reales en la medida de lo posible, la *Guía* recomienda que se adopte el segundo enfoque, lo que significa que se preserva la garantía real sobre los bienes mezclados en la misma proporción que tenían dentro de la masa los bienes gravados y los bienes no gravados por la garantía. En otras palabras, una vez constituida una garantía real sobre los bienes gravados, no es necesario adoptar ninguna otra medida para preservar esa garantía real, si el bien gravado llegara finalmente a mezclarse con bienes de la misma índole que no están sujetos a la garantía real (véase la recomendación 22).

11. *Bienes corporales mezclados en un producto*

93. Los bienes corporales frecuentemente se manipulan para obtener un producto. Cuando un bien corporal es manipulado de este modo, se plantea la cuestión de si puede

asociarse una garantía real sobre las materias primas con el producto. Anteriormente se ha abordado ya la cuestión de los “productos de fabricación”. Sin embargo, la fabricación supone muchas veces la combinación de varios bienes para obtener un producto nuevo. Por consiguiente, cuando bienes corporales se mezclan o combinan con otros bienes corporales de tal modo que pierden su respectiva identidad dentro de un producto, es preciso determinar las condiciones en que puede reclamarse una garantía real sobre el bien inicial frente al producto resultante. Por ejemplo, puede darse el caso de que se constituya una garantía real sobre harina destinada a transformarse en pan.

94. Como en el caso de los bienes corporales mezclados en una masa, los diversos ordenamientos jurídicos adoptan dos criterios básicos. En algunos de ellos, una vez que el bien mezclado (es decir, la harina) pierde su identidad como tal, la garantía real queda extinguida. Si las partes desean que la garantía real pase a gravar el producto (es decir, el pan), es necesario que prevean en su acuerdo de garantía que la garantía real inicial grava tanto la harina como cualquier producto en que pueda transformarse. Otros ordenamientos jurídicos establecen que la garantía real pasa automáticamente a gravar el producto fabricado siempre que pueda determinarse que el producto deriva de las materias primas sujetas a la garantía real. No obstante, con objeto de impedir que el acreedor garantizado obtenga un beneficio si el producto resultante tiene un valor superior al de las materias primas aportadas, estos ordenamientos jurídicos establecen que el valor máximo que puede reclamarse en virtud de la garantía real se limite normalmente al valor del bien originariamente gravado inmediatamente antes de pasar a formar parte del producto.

95. Dado que la expectativa normal de las partes es que las materias primas sufran un proceso de elaboración, la presente *Guía* adopta la postura de que no debería ser necesario que el acuerdo de garantía disponga que la garantía real pasará a gravar el producto elaborado. En cierto sentido, el producto resultante viene a sustituir en la garantía real constituida la materia prima que ya no existe (véase la recomendación 22).

12. Constitución o continuidad de una garantía real sobre un bien incorporado

96. Un bien mueble puede ser incorporado a otro bien mueble o a una propiedad inmobiliaria sin que por ello pierda su identidad, tras lo cual se convierte en un bien incorporado. En este caso, es necesario determinar las consecuencias de caracterizar un bien como un bien incorporado en relación con: *a*) la capacidad de un otorgante de constituir una garantía real sobre el bien incorporado, y *b*) el hecho de si queda preservada la garantía real a la que el bien mueble inicial estaba sujeto antes de su incorporación al otro bien.

97. En algunos ordenamientos jurídicos no es posible constituir una garantía real sobre un bien incorporado cuando éste ya ha sido incorporado a un bien mueble o a una propiedad inmobiliaria. Para que la garantía real sea eficaz, tiene que haber sido constituida antes de la incorporación. En estos ordenamientos jurídicos, una garantía real sobre un bien mueble puede seguir vigente aunque éste se incorpore a un bien mueble o a una propiedad inmobiliaria, independientemente de lo que cueste o lo difícil que sea separar el bien incorporado del bien mueble o de la propiedad inmobiliaria a la que fue incorporado y sin importar si el bien incorporado se ha convertido en parte integral del bien mueble o la propiedad inmobiliaria. Es decir, aunque el bien incorporado pueda constituir una parte importante del bien mueble en un caso, o se considere propiedad inmobiliaria mientras siga estando incorporado a la propiedad inmobiliaria en el otro caso, estos ordenamientos jurídicos protegen la continuidad de la garantía real sobre el bien incorporado.

98. En otros ordenamientos jurídicos no sólo se mantiene la garantía real sobre el bien mueble o la propiedad inmobiliaria después de la incorporación del bien originariamente gravado, sino que es posible constituir una garantía real sobre un bien que ya ha sido incorporado, tanto si es a un bien mueble como si es a una propiedad inmobiliaria. Para estos ordenamientos jurídicos, el costo o la dificultad de la separación del bien incorporado tampoco es pertinente para determinar si puede constituirse una garantía real. En ambos casos, la cuestión de si el bien incorporado puede separarse fácilmente, y sin daños, del bien mueble o la propiedad inmobiliaria a los que esté incorporado es un factor pertinente para determinar el grado de prelación entre reclamantes concurrentes, pero no es pertinente para resolver la cuestión de si puede constituirse la garantía real. Además, en estos ordenamientos jurídicos normalmente es posible que el otorgante constituya un gravamen sobre un bien incorporado a un bien inmueble en virtud de la legislación que rige los gravámenes sobre bienes inmuebles, o constituya una garantía real sobre dicho bien incorporado en virtud de la legislación que rige las garantías reales sobre bienes muebles.

99. Dado que el objetivo de la *Guía* es facilitar la constitución de garantías reales, en ella se recomienda la segunda de las posiciones anteriormente descritas. Las garantías reales constituidas antes de la incorporación del bien originariamente gravado pueden tener continuidad después de la incorporación de ese bien, y también pueden constituirse sobre bienes incorporados aun después de que se haya producido esa incorporación. La cuestión clave es determinar si deben adoptarse medidas suplementarias para asegurar la continuidad de una garantía real después de la incorporación del bien originariamente gravado a otro bien, o para constituir una garantía real sobre un bien que ya ha sido incorporado a otro bien, aparte de las que sean necesarias para constituir una garantía real ordinaria. Dado que la *Guía* distingue entre constitución (eficacia entre las partes), oponibilidad a terceros y prelación, adopta la posición de que no se requieren medidas suplementarias para la continuidad o para la constitución de una garantía real sobre un bien incorporado, sea a un bien mueble o sea a una propiedad inmobiliaria (véase la recomendación 21; por lo que respecta a las cuestiones de prelación, véase el capítulo V, párrafos 110 a 116).

13. *Constitución o continuidad de una garantía real sobre una masa o producto*

100. Como se ha señalado, un bien corporal puede mezclarse con uno o más bienes corporales de tal modo que todos ellos pierdan su identidad. En tal caso, se plantea la cuestión de si se mantiene la garantía real a la que el bien corporal inicial estaba sujeto antes de la mezcla. La posición general de la mayoría de los ordenamientos jurídicos es que la garantía real se mantiene sobre la masa o el producto resultante después de la mezcla, suponiendo que puedan identificarse al menos algunos de los bienes mezclados como bienes originariamente gravados. La garantía real sobre el bien inicialmente separado se convierte en una garantía real sobre el producto o la masa.

101. Sin embargo, y a diferencia de lo que ocurre con el enfoque general adoptado para la constitución de garantías reales sobre bienes incorporados, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos no pueden constituirse garantías reales sobre bienes corporales después de que hayan sido mezclados para constituir una masa o producto. Esto significa que, aunque siempre pueda considerarse que un bien incorporado tiene al menos en teoría una identidad separada, tal consideración no es posible si el bien ha sido ya mezclado. Cuando el petróleo se mezcla en un depósito, o cuando con la harina se elabora pan, la identidad separada del bien originariamente gravado desaparece. Por esta razón, no es

posible en general constituir una garantía real separada sobre bienes corporales que ya han sido mezclados en una masa o en un producto.

102. La *Guía* sigue el enfoque que adoptan la mayoría de los ordenamientos jurídicos y no contempla la posibilidad de que puedan constituirse garantías reales separadas sobre bienes corporales que ya han sido mezclados en una masa o en un producto. De nuevo se plantea, sin embargo, la cuestión fundamental de si es necesario adoptar medidas suplementarias para preservar la eficacia de una garantía real entre las partes cuando los bienes originariamente gravados se mezclen posteriormente para constituir una masa o producto. Por las mismas razones normativas que recomiendan la continuidad de una garantía real sobre un producto incorporado sin necesidad de ninguna medida adicional, la *Guía* recomienda que no se exijan medidas suplementarias en caso de mezcla (véase la recomendación 22).

B. Observaciones específicamente relacionadas con los bienes

1. *Eficacia de una cesión global de créditos por cobrar y de una cesión de un crédito futuro por cobrar, una fracción de un derecho, o un derecho indiviso sobre un crédito por cobrar*

103. Los créditos por cobrar de una empresa se utilizan ampliamente como un bien con el que asegurar el cumplimiento de una obligación. La constitución de una garantía real sobre créditos por cobrar se conoce por lo común como una cesión, aunque en algunos Estados sigue distinguiéndose entre la pignoración de créditos por cobrar, por un lado, y su cesión, por otro. Dado el carácter idéntico de la capacidad del cesionario y del acreedor pignoraticio de exigir el pago de un crédito por cobrar, se está manifestando una tendencia a someter la cesión a las mismas disposiciones, tanto si se trata de una transferencia pura y simple de un crédito por cobrar, de una transferencia de un crédito por cobrar con fines de garantía o de una garantía real sobre un crédito por cobrar. Estas normas similares regulan la constitución de la garantía real, la oponibilidad a terceros y la prelación, aunque la ejecución de una transferencia pura y simple de un crédito por cobrar siga sometida en cierta medida a disposiciones distintas. Esta tendencia se justifica principalmente por el hecho de que resulta frecuentemente muy difícil para los terceros determinar la naturaleza de una cesión y por la necesidad de que todos los tipos de operaciones de financiación que supongan la cesión de créditos por cobrar estén regulados por las mismas reglas de oponibilidad a terceros y de prelación. Esta tendencia se ha plasmado en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos (véase el artículo 2), y es la posición que recomienda la *Guía* (véase la recomendación 3).

104. No obstante, los ordenamientos jurídicos difieren en los requisitos concretos que establecen para hacer eficaz una cesión. Algunos ordenamientos jurídicos exigen una prueba escrita de la cesión o una notificación efectiva al deudor del crédito por cobrar. Otros ordenamientos sólo prescriben el requisito de la forma escrita para que la cesión sea eficaz entre el cedente y el cesionario. El cumplimiento de otras formalidades, como el registro o la notificación al deudor del crédito por cobrar, sólo se exige para hacer oponible la cesión frente a terceros o para autorizar al cesionario a cobrar el crédito por pagar. La *Guía* adopta la posición de que un crédito por cobrar es igual a cualquier otro bien y, por consiguiente, las formalidades concretas que han de cumplirse para constituir una garantía real sobre un crédito por cobrar no deben diferir de las exigibles cuando se trata de bienes corporales.

105. Los ordenamientos jurídicos difieren asimismo en lo que respecta a la eficacia de las cesiones de créditos futuros por cobrar y de los créditos no identificados específicamente, y también de las cesiones de fracciones de derechos y derechos indivisos sobre créditos por cobrar. No obstante, actualmente se tiende a dar validez a todo tipo de cesiones, siempre que los créditos por cobrar (o las fracciones o los derechos) puedan identificarse como el objeto de la cesión, y a reconocer eficacia a la cesión de créditos futuros por cobrar sin necesidad de una nueva cesión de cada crédito por cobrar futuro (véase el artículo 8 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos). El motivo de esta conclusión es que si el cedente y el cesionario están de acuerdo sobre el contenido del crédito por cobrar cedido no es necesario imponer más formalidades para reconocer la eficacia de la cesión entre ellos. Éste es el enfoque recomendado en la *Guía* (véase la recomendación 23), que es conforme con la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos.

2. Eficacia de una cesión de créditos por cobrar efectuada a pesar de la existencia de una cláusula de intransferibilidad

106. En algunos ordenamientos jurídicos se reconoce la eficacia de las restricciones contractuales a las cesiones de créditos por cobrar a fin de proteger los intereses de la parte en cuyo favor se convenga la restricción (es decir, el cedente o el deudor del crédito por cobrar). En otros ordenamientos jurídicos no se reconoce la eficacia de las restricciones contractuales a las cesiones de créditos por cobrar a fin de preservar la libertad de disposición del cedente (u otorgante) y los derechos del cesionario (o acreedor garantizado), en particular si el cesionario no tiene constancia de la restricción contractual. Todavía hay otros ordenamientos jurídicos que sólo reconocen una eficacia limitada a las restricciones contractuales de las cesiones de créditos por cobrar (en las relaciones entre las partes contractuales).

107. La Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos adopta este último enfoque para apoyar la transferibilidad de los créditos por cobrar. El motivo de esta posición es que facilita la obtención de crédito financiero sobre la base de los créditos por cobrar, lo que a su vez es probable que aumente la capacidad del cedente de dar crédito al deudor del crédito por cobrar. Los límites que se establezcan cuando haya deudores concretos de créditos por cobrar que necesiten protección en casos particulares (por ejemplo, determinados tipos de deudores de créditos al consumo), o si hay motivos de orden público que impidan esa transferibilidad (por ejemplo, limitaciones de las cesiones de salarios, pensiones o prestaciones sociales), deberían establecerse en leyes de otra índole (y no se ofrecen en el régimen recomendado en la *Guía*; véase la recomendación 18).

108. De conformidad con el párrafo 1 del artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos, una cesión es eficaz a pesar de toda restricción contractual de la cesión convenida entre el cedente (el “otorgante”, según la terminología de la *Guía*) y el deudor (el “deudor del crédito por cobrar”, según la terminología de la *Guía*). Sin embargo, el efecto de esta disposición se ve limitado de dos maneras. En primer lugar, su aplicación sólo se extiende a los créditos comerciales definidos de forma amplia (véase el párrafo 3 del artículo 9 de la Convención). Dicha disposición no se aplica a los denominados “créditos financieros por cobrar”, porque si el deudor del crédito por cobrar es una institución financiera, una invalidación siquiera parcial de una cláusula de intransferibilidad podría influir en las obligaciones que dicha institución financiera tiene frente a terceros. Semejante resultado traería probablemente consigo consecuencias

negativas en importantes prácticas financieras, como las relacionadas con la cesión de créditos por cobrar derivados de garantías o contratos financieros, o motivados por éstos (que están excluidos del ámbito de la *Guía*; véase la recomendación 4 c) a e)).

109. La segunda limitación a la norma que establece el párrafo 2 del artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos es que, si dicha restricción contractual es válida con arreglo al derecho aplicable al margen del ámbito de la Convención, el artículo 9 no la invalida entre el cedente y el deudor del crédito por cobrar. El otorgante podrá reclamar al cedente daños y perjuicios por incumplimiento del contrato si tal reclamación está prevista en el derecho aplicable al margen de la Convención, pero no podrá presentar esta reclamación contra el cesionario a modo de compensación (véase el párrafo 3 del artículo 18). Además, el mero conocimiento de la existencia de la restricción por parte del cesionario (“acreedor garantizado” en la terminología de la *Guía*) no basta para resolver o anular el contrato del que derive el crédito por cobrar cedido (véase el párrafo 2 del artículo 9).

110. Este criterio promueve las operaciones de financiación con créditos por cobrar, ya que libera al cesionario (es decir, al acreedor garantizado) de la carga de tener que examinar los contratos que dieron nacimiento a los créditos por cobrar cedidos, a fin de averiguar si la cesión de éstos está prohibida o condicionada. La *Guía* recomienda para estos asuntos el mismo enfoque que adopta la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos (véase la recomendación 24).

3. *Constitución de una garantía real sobre un derecho personal o real que respalde un crédito por cobrar, un título negociable o cualquier otro bien inmaterial*

111. Si un otorgante constituye una garantía real sobre un crédito por cobrar, un título negociable o cualquier otro bien inmaterial en beneficio de un acreedor garantizado, se plantea la cuestión de si el acreedor garantizado tiene también, automáticamente y sin necesidad de otras medidas por parte del otorgante o del propio acreedor garantizado, el beneficio de algún derecho personal (por ejemplo, una garantía) o real (por ejemplo, una garantía real sobre otro bien mueble o una hipoteca sobre un bien inmueble) que respalden el pago del crédito por cobrar, del título negociable o de otro bien inmaterial.

112. En la mayoría de los ordenamientos jurídicos, la constitución de la garantía real sobre el crédito por cobrar, el título negociable u otro bien inmaterial dará también automáticamente al acreedor garantizado el pleno beneficio de todo el conjunto de derechos que tenga el otorgante sobre el crédito por cobrar, el título negociable o el bien inmaterial. Así pues, si la obligación de pagar el crédito por cobrar, el título negociable u otro bien inmaterial está a su vez respaldada por una garantía real sobre un bien del deudor, el acreedor garantizado debe también beneficiarse de los derechos del otorgante con respecto a la garantía real constituida sobre el bien del deudor (véase la recomendación 25 a)).

113. La regla descrita en el párrafo anterior se aplica con independencia de que el otorgante esté limitado por un acuerdo con el deudor del crédito por cobrar o con el deudor del título negociable o de otro bien inmaterial, que le impida constituir una garantía real sobre el crédito por cobrar, el título negociable u otro bien inmaterial o sobre el derecho personal o real que garantice el pago u otro cumplimiento, según sea el caso, del crédito por cobrar, del título negociable o de otro bien inmaterial (véase la recomendación 25 d)). Sin embargo, nada de lo establecido en esa disposición influye en la responsabilidad del otorgante por el incumplimiento de ese acuerdo, con la salvedad de que la otra parte en el

acuerdo que dio origen al crédito por cobrar, el título negociable u otro bien inmaterial, o al derecho personal o de propiedad que los respalde, no podrá impugnar su cumplimiento por el mero hecho de ese incumplimiento (véase la recomendación 25 e)).

114. Sin embargo, dado que los derechos del acreedor garantizado con respecto al derecho personal o real dimanar de los derechos del otorgante, los derechos del acreedor garantizado con respecto a ese derecho personal o real no pueden ser superiores a los derechos que tenga el otorgante al respecto.

115. Cuando el crédito por cobrar, el título negociable u otro bien inmaterial estén garantizados por una promesa independiente, la garantía real del acreedor garantizado no se hace extensiva al derecho de cobro en virtud de la promesa independiente, sino que abarca únicamente el producto de esa promesa independiente (véase la recomendación 25 b)). Ello está en consonancia con el principio de la *Guía* conforme al cual el beneficiario de una promesa independiente no puede transferir el derecho a cobrar sin el consentimiento del garante/emisor, del confirmante o de otra persona designada.

116. Hay varias razones de orden práctico que respaldan la recomendación de que el acreedor garantizado tenga una garantía real sobre el derecho a percibir el producto de una promesa independiente. En primer lugar, ello hace sencillamente innecesario que el acreedor garantizado adopte determinadas medidas suplementarias cuando documente su préstamo con el otorgante. Ello se debe a que, aun cuando en la *Guía* se distinguiera entre un derecho accesorio y un derecho independiente (distinción que se hace también en la legislación de varios Estados), tal distinción no impediría al acreedor garantizado obtener una garantía real sobre el derecho a percibir producto de una promesa independiente. El acreedor garantizado tan sólo tendría que adoptar medidas formales para incorporar a su acuerdo de garantía con el otorgante la constitución expresa de una garantía real sobre el derecho a percibir producto de una promesa independiente. Al eliminarse la necesidad de tal formalismo se promueve el objetivo de la *Guía* de reducir los costos del crédito y de incrementar la oferta de crédito reduciendo el costo de las operaciones.

117. En segundo lugar, la regla de la constitución automática de una garantía real sobre el derecho a percibir el producto de una promesa independiente tendría sentido en la práctica al estar en consonancia con las expectativas normales de las partes. Un acreedor garantizado que considere bienes gravados los créditos por cobrar del otorgante esperará normalmente disponer de una garantía real sobre el pago, con independencia del modo en que de hecho se paguen los créditos adeudados (por ejemplo, ya sea pagando directamente los deudores los créditos por cobrar, o gracias al cobro de una promesa independiente que garantice uno o más de los créditos por cobrar), como producto que es de los créditos por cobrar. De hecho, es posible que en algunos casos esté dispuesto un acreedor garantizado a otorgar crédito a un determinado prestatario a un tipo de interés inferior si tiene constancia de que su garantía real sobre los créditos por cobrar adeudados a su prestatario incluye una garantía real sobre el derecho a percibir el producto de una promesa independiente. Una regla que se ajuste a las expectativas normales de las partes evitará sorpresas injustas y dará mayor certeza y seguridad a los Estados que promulguen las recomendaciones de la *Guía*. El mayor grado de certeza hará que los proveedores de crédito tengan más confianza a la hora de otorgar crédito financiero y, en consecuencia, se facilitará el cumplimiento del objetivo de la *Guía* de incrementar la oferta de crédito garantizado (véase la recomendación 1 a)).

118. En tercer lugar, la recomendación no afecta en modo alguno a los derechos del garante/emisor, del confirmante ni de cualquier otra persona designada en la promesa

independiente. Ni el garante/emisor ni el confirmante ni cualquier otra persona designada están obligados a aceptar una solicitud de cobro de una persona que no sea el beneficiario de la promesa independiente o a pagar a nadie que no sea ese beneficiario, salvo que el garante/emisor, el confirmante o la persona designada hayan dado su consentimiento.

119. La *Guía* matiza la recomendación anterior en varios aspectos importantes. En primer lugar, no afecta a un derecho sobre un bien inmueble que sea transferible, conforme a una legislación distinta del régimen de las operaciones garantizadas, con independencia del crédito por cobrar, del título negociable o de otro bien inmaterial que garantice. De este modo se protege el proceder admitido en algunos Estados que permite a un propietario de bienes inmuebles constituir una garantía (hipoteca) sobre ellos, aun cuando en el momento de su constitución la garantía no respalde ninguna obligación. El propietario puede entonces transferir esa garantía a un acreedor, que puede a su vez transferirla a otro acreedor. Al igual que una promesa independiente, la garantía sobre bienes inmuebles es un derecho de por sí, que no depende de ninguna obligación.

120. La segunda matización consiste en que, conforme a la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos, la recomendación es únicamente aplicable a determinados tipos de créditos por cobrar, de títulos negociables o de otros bienes inmateriales (véase la recomendación 25 f)), como los créditos comerciales por cobrar (por ejemplo, los créditos por cobrar que evidencien la venta de bienes y la prestación de servicios).

121. La tercera matización es que la recomendación no afecta a ninguna obligación del otorgante frente al deudor de los créditos por cobrar o a la parte obligada por un título negociable u otro bien inmaterial (véase la recomendación 25 g)).

122. Por último, la recomendación no afecta a ningún requisito establecido en una legislación que no sea el régimen de las operaciones garantizadas que haga referencia a la forma o a la inscripción en un registro de la constitución de una garantía real sobre algún bien que respalde el pago o cumplimiento, según el caso, de un crédito por cobrar, un título negociable u otro bien inmaterial, pero únicamente en la medida en que no se menoscabe la creación automática del beneficio de tal garantía real (véase la recomendación 25 h)).

4. Constitución de una garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria

123. Los fondos acreditados en una cuenta bancaria constituyen una forma particular de crédito por cobrar exigible por el titular de la cuenta. El banco es el deudor del crédito por cobrar, cuyo valor fluctúa en función de la suma acreditada en la cuenta. El crédito por cobrar se suele describir como un derecho a recibir el pago de los fondos acreditados en la cuenta. Con sujeción a las limitaciones a la retirada de fondos que puedan estipularse en el acuerdo de apertura de la cuenta, los fondos acreditados en la cuenta se han de pagar a su titular cuando éste lo solicite. En la mayoría de los acuerdos de apertura de cuentas bancarias se establece que el titular no puede ceder el derecho a recibir el pago ni constituir una garantía real sobre ese derecho al pago. Por sus objetivos y su forma, estas limitaciones se parecen mucho a las restricciones contractuales a la cesión de créditos por cobrar.

124. Como antes se indicó (véanse los párrafos 106 a 110), algunos ordenamientos jurídicos reconocen la plena eficacia de estas restricciones contractuales. Otros no reconocen eficacia a estas restricciones o se la reconocen sólo limitada. La posición recomendada en la *Guía* es que la cesión de un crédito por cobrar tenga eficacia entre el cedente y el cesionario aun a pesar de que haya un acuerdo que limite el derecho del cedente a ceder

el crédito por cobrar (véase la recomendación 24 a)). Por las mismas razones normativas, el enfoque de la *Guía* es que una garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria que se haya constituido adecuadamente tendrá eficacia aun a pesar de que haya un acuerdo que tenga por objetivo limitar el derecho del titular de la cuenta a constituir una garantía real (véase la recomendación 26).

125. Aunque la garantía real tenga eficacia entre el titular de la cuenta y el acreedor garantizado, eso no significa, sin embargo, que el acreedor garantizado adquiera automáticamente algún derecho que pueda ejercer contra el banco. La naturaleza especial de las operaciones bancarias exige que haya una norma que proteja en general a los bancos frente a la posibilidad de verse obligados a realizar el pago de los fondos a una persona distinta del titular de la cuenta, o a cumplir cualquier otra obligación (como facilitar información sobre la cuenta) que pueda derivar del acuerdo de garantía. Sólo si el banco ha aceptado expresamente el acuerdo de garantía podrá ser obligado a pagar los fondos acreditados en la cuenta del acreedor garantizado. De conformidad con este criterio normativo general de respetar las prácticas especializadas de los sectores de las finanzas y la banca, la *Guía* recomienda también este enfoque para definir las obligaciones del banco frente a un acreedor garantizado (véase la recomendación 26).

5. *Constitución de una garantía real sobre un derecho a recibir el producto de una promesa independiente*

126. El sector de las cartas de crédito y las promesas independientes, lo mismo que el bancario, constituye una parte muy especializada del derecho mercantil moderno, y cuenta con normas y prácticas bien establecidas. Gran parte de estas leyes y prácticas es o bien transnacional o bien común a la mayoría de los Estados. Por ejemplo, un principio generalmente aceptado que se aplica a las promesas independientes es que el derecho a solicitar el pago (“cobro”) de la promesa no se puede transferir sin el consentimiento del garante/emisor, del confirmante o de la persona designada en la promesa independiente (véanse, por ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente¹, las Reglas y Usos Uniformes relativos a los Créditos Documentarios, las Reglas sobre Prácticas Internacionales en materia de Cartas de Crédito Contingente y las Reglas Uniformes relativas a las garantías pagaderas a su reclamación). Dada la amplia aceptación de este principio, la *Guía* recomienda su adopción (véase la recomendación 27).

127. No obstante, en la *Guía* también se hace una distinción entre el derecho a cobrar en virtud de una promesa independiente y el derecho a percibir el producto de un cobro efectuado de una promesa independiente. Como en el caso de las restricciones a la cesión de créditos por cobrar y el derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria, la *Guía* considera que el beneficiario de una promesa independiente puede constituir una garantía real sobre sus derechos. Aunque el derecho de cobro de una promesa no sea transferible en sí mismo según las leyes y las prácticas pertinentes, o no se pueda oponer al emisor una supuesta transferencia del derecho al cobro, la *Guía* adopta el criterio de que nada de lo que disponga la legislación o de lo que constituya la práctica que rija las promesas independientes impedirá al beneficiario de una promesa independiente constituir una garantía real sobre su derecho a percibir el producto de la promesa. Por consiguiente, incluye una recomendación a tal efecto (véase la recomendación 27).

¹Publicación de las Naciones Unidas, Núm. de venta: S.97.V.12

6. *Constitución de una garantía real sobre un documento negociable o un bien corporal que sea objeto de un documento negociable*

128. Cuando se haya emitido un documento negociable, como un conocimiento de embarque o un resguardo de almacén, referente a bienes corporales y ese documento esté pendiente, constituye un título sobre los bienes corporales identificados en él. Por consiguiente, el título sobre los bienes identificados puede traspasarse por medio de una transferencia del documento negociable. A partir de este principio de que el documento representa el bien, la consecuencia es que la constitución de una garantía real sobre el documento negociable representa también la constitución de una garantía real sobre los propios bienes corporales, siempre que la garantía real sobre el documento se constituya mientras los bienes estén representados por el documento (véase la recomendación 28). A tal efecto, los bienes están representados por el documento si están en posesión del emisor del documento o de un agente que actúe en representación del emisor del documento en el momento en que se constituyó la garantía real. Aparte del requisito de posesión por el emisor, no hay otros requisitos que deban cumplirse para constituir una garantía real sobre un documento negociable que tenga eficacia entre las partes, aparte de los antes considerados (véanse los párrafos 12 a 33 *supra*).

C. Recomendaciones 13 a 28

Finalidad

La finalidad de las disposiciones del régimen relativas a la constitución de una garantía real es especificar los requisitos que deben cumplirse para que una garantía real tenga validez entre las partes.

1. Recomendaciones generales*

Constitución de una garantía real

13. El régimen debería disponer que una garantía real sobre un bien se constituye mediante un acuerdo entre el otorgante y el acreedor garantizado. Si se trata de un bien respecto del cual el otorgante tiene derechos, o la facultad de gravarlo, en el momento de concertarse el acuerdo, la garantía real quedará constituida en el momento de celebrarse dicho acuerdo. Si se trata de un bien respecto del cual el otorgante adquiere derechos, o la facultad de gravarlo, con posterioridad al acuerdo, la garantía real sobre dicho bien quedará constituida cuando el otorgante adquiera derechos sobre dicho bien, o la facultad de gravarlo.

Contenido mínimo de un acuerdo de garantía

14. El régimen debería especificar que todo acuerdo de garantía deberá:
- a) Reflejar la intención de las partes de constituir una garantía real;
 - b) Especificar la identidad del acreedor garantizado y del otorgante;
 - c) Describir la obligación garantizada;
 - d) Describir los bienes gravados de forma suficiente para poder identificarlos; y
 - e) Indicar la suma monetaria máxima que puede exigirse en virtud de la garantía real, si el Estado determina que tal indicación sería útil para facilitar los préstamos subordinados.

*Las recomendaciones generales son aplicables a las garantías reales constituidas sobre todos los tipos de bienes abarcados por la *Guía*, con las modificaciones que supongan las recomendaciones específicamente relacionadas con los bienes.

Forma del acuerdo de garantía

15. El régimen debería disponer que el acuerdo de garantía podrá concertarse verbalmente si el acreedor que garantiza tiene la posesión del bien gravado. De lo contrario, el acuerdo deberá concertarse por escrito o deberá quedar alguna constancia escrita del mismo que, por sí misma y juntamente con la conducta de las partes, ponga de manifiesto la intención del otorgante de constituir una garantía real.

Obligaciones respaldadas por una garantía real

16. El régimen debería disponer que una garantía real podrá respaldar cualquier tipo de obligaciones, presentes o futuras, determinadas o por determinar, condicionales o incondicionales, fijas o fluctuantes.

Bienes que pueden ser objeto de una garantía real

17. El régimen debería disponer que se podrá gravar con una garantía real cualquier clase de bienes, inclusive las fracciones de bienes y los derechos indivisos sobre los mismos. Una garantía real podrá gravar bienes que, en el momento en que se concierte el acuerdo, no existan aún o no sean aún propiedad del otorgante ni gravables por él mismo. La garantía constituida podrá gravar también todos los bienes del otorgante. Toda excepción al respecto deberá ser de alcance limitado y deberá estar descrita en el régimen en términos claros y precisos.

18. El régimen debería prever que, a reserva de lo dispuesto en las recomendaciones 23 a 25, su normativa no anula lo dispuesto en cualquier otro régimen por lo demás aplicable que limite la constitución o la ejecución de una garantía real sobre determinada categoría de bienes, o su transferibilidad.

Aplicabilidad de una garantía real al producto del bien gravado

19. El régimen debería disponer que, salvo acuerdo en contrario de las partes en un acuerdo de garantía, la garantía real constituida sobre el bien gravado se hará extensiva a todo producto identificable del mismo (y también al producto de dicho producto).

Productos mezclados

20. El régimen debería disponer que, cuando el producto del bien gravado, que esté en forma de dinero o de fondos acreditados en una cuenta bancaria, se haya entremezclado con otros bienes del mismo tipo, de forma que el producto deje de ser identificable, el monto a que ascienda el producto inmediatamente antes de ser mezclado será tenido por producto identificable con posterioridad a la mezcla. Ahora bien, si en algún momento posterior a la mezcla el monto total de los bienes entremezclados pasa a ser inferior al importe del producto que se mezcló, se tendrá por producto identificable dicho monto total de los bienes, en el momento en el que pasó a ser inferior, más el monto de todo producto posteriormente mezclado con los bienes.

Constitución de una garantía real sobre un accesorio fijo y continuación de sus efectos

21. El régimen debería disponer que podrá constituirse una garantía real sobre un bien corporal que, en el momento de ser gravado, sea un bien incorporado a otro, o que la garantía seguirá gravando un bien corporal que ulteriormente pase a ser un bien incorporado a otro bien. Cabrá constituir una garantía real sobre un bien incorporado a un inmueble tanto con arreglo al presente régimen como en virtud del régimen legal de la propiedad inmobiliaria.

Vigencia de una garantía real extensible a una masa o un producto

22. El régimen debería disponer que una garantía real constituida sobre bienes corporales antes de ser entremezclados en una masa o un producto seguirá gravando tal masa o producto

resultante de la mezcla. El importe cubierto por una garantía real subsistente sobre dicha masa o producto quedará limitado al valor que tuvieran esos bienes gravados justo antes de pasar a formar parte de la masa o del producto.

2. Recomendaciones específicamente relacionadas con los bienes

Validez de una cesión global de un crédito por cobrar y de una cesión de un crédito futuro, una fracción de un crédito o un derecho indiviso sobre el mismo

23. El régimen debería disponer que:

a) Toda cesión de un crédito contractual por cobrar que no esté explícitamente identificado, o de un crédito futuro, una fracción de un crédito o un derecho indiviso sobre un crédito por cobrar será exigible entre el cedente y el cesionario y oponible al deudor de todo crédito cedido, siempre que, en el momento de efectuarse la cesión o, en el caso de un crédito futuro en el momento en que nazca, pueda determinarse que ese crédito corresponde a dicha cesión; y

b) De no haberse estipulado otra cosa, toda cesión de uno o más créditos futuros surtirá efecto sin que se requiera un nuevo acto de cesión para ceder cada uno de los créditos por cobrar².

Validez de una cesión de créditos por cobrar efectuada pese a la existencia de un pacto o cláusula de intransferibilidad

24. El régimen debería disponer que:

a) Una cesión de un crédito por cobrar surtirá efecto entre el cedente y el cesionario, así como frente al deudor del crédito cedido, pese a todo pacto concertado entre el cedente inicial o todo cedente subsiguiente y el deudor del crédito o cualquier cesionario subsiguiente del crédito por el que se limite de algún modo el derecho del cedente a ceder sus créditos por cobrar;

b) Nada de lo dispuesto en la presente recomendación menoscabará en modo alguno la obligación o la responsabilidad que pueda tener el cedente por el incumplimiento de lo estipulado en el pacto mencionado en el apartado a) de la presente recomendación, pero la otra parte en dicho pacto no podrá impugnar el contrato originario ni el contrato de cesión únicamente por razón del incumplimiento del pacto en ellos estipulado. Toda persona que no sea parte en un pacto o cláusula de intransferibilidad no incurrirá en responsabilidad alguna por el mero hecho de haber tenido conocimiento de dicho pacto;

c) La presente recomendación será únicamente aplicable a la cesión de créditos por cobrar:

- i) nacidos de un contrato originario que sea un contrato para el suministro o el arrendamiento de bienes o para la prestación de servicios que no sean de carácter financiero, o que sea un contrato de obras o para la venta o el arrendamiento de un inmueble;
- ii) nacidos de un contrato originario para la venta, el arrendamiento o la licencia de derechos de propiedad industrial o intelectual, o de información patentada;
- iii) que representen una obligación de pago de operaciones efectuadas con una tarjeta de crédito; o
- iv) adeudados al cedente por concepto del saldo neto final compensatorio de los pagos efectuados en el marco de un acuerdo de compensación global concertado entre más de dos partes interesadas.

²Sobre las recomendaciones 23 a 25, véanse los artículos 8 a 10 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos.

Constitución de una garantía real sobre otro derecho personal o real que respalde un crédito por cobrar, un título negociable u otro bien inmaterial

25. El régimen debería disponer que:

a) El acreedor garantizado, que tenga una garantía real sobre un crédito por cobrar, un título negociable o algún otro bien inmaterial al que sea aplicable el presente régimen, se beneficiará de todo derecho personal o real por el que se garantice automáticamente el pago u otra forma de cumplimiento de dicho crédito por cobrar, título negociable o bien inmaterial, sin necesidad de acto adicional alguno del otorgante o del acreedor garantizado;

b) Si tal derecho personal o real es una promesa independiente, la garantía real se hará automáticamente extensiva al derecho a percibir el producto de dicha promesa, pero no al derecho al cobro de la misma;

c) La presente recomendación no afectará al derecho sobre un bien inmueble que, con arreglo a la ley que le sea aplicable al margen del presente régimen, puede transferirse independientemente del crédito por cobrar, del título negociable o de otro bien inmaterial que garantice;

d) Todo acreedor garantizado que posea una garantía real sobre un crédito por cobrar, un título negociable o cualquier otro bien inmaterial al que sea aplicable el presente régimen pasará a ser el beneficiario de cualquier derecho personal o real que garantice el pago, o alguna otra forma de cumplimiento de dicho crédito por cobrar, un título negociable u otro bien inmaterial, pese a todo pacto que pueda existir entre el otorgante y el deudor del crédito, o la parte obligada por el crédito por cobrar, u otro bien inmaterial que limite de algún modo el derecho del otorgante a constituir una garantía real sobre el crédito, un título negociable u otro bien inmaterial, o sobre cualquier derecho real o personal por el que se garantice el pago u otra forma de cumplimiento del crédito por cobrar, el título negociable u otro bien inmaterial;

e) Nada de lo dispuesto en la presente recomendación menoscabará en modo alguno la obligación o la responsabilidad del otorgante por el incumplimiento del pacto mencionado en el apartado d) de la presente recomendación, pero la otra parte en dicho pacto no podrá impugnar el contrato del que nazca el crédito por cobrar, el título negociable u otro bien inmaterial, ni el acuerdo de garantía constitutivo de la garantía real o personal, por el mero hecho del incumplimiento de dicho pacto. Ninguna persona que no sea parte en el mencionado pacto podrá ser tenida por responsable por el mero hecho de haber tenido conocimiento del pacto;

f) Los párrafos d) y e) de la presente recomendación serán únicamente aplicables a las garantías constituidas sobre créditos por cobrar, títulos negociables u otros bienes inmateriales:

- i) dimanantes de un contrato originario que sea un contrato para el suministro o el arrendamiento de bienes o para la prestación de servicios que no sean de carácter financiero, o que sea un contrato de obras o para la venta o el arrendamiento de un inmueble;
- ii) dimanantes de un contrato originario para la venta, el arrendamiento o la concesión de una licencia de derechos de propiedad industrial o intelectual o de información patentada;
- iii) que representen una obligación de pago de operaciones efectuadas con una tarjeta de crédito; o
- iv) adeudados al cedente por concepto del saldo neto final compensatorio de los pagos efectuados en el marco de un acuerdo de liquidación global entre más de dos partes interesadas;

g) La regla enunciada en el párrafo a) de la presente recomendación no afectará a deber alguno asumido por el otorgante frente al deudor del crédito o de la parte obligada por el título negociable u otro bien inmaterial; y

h) A reserva de que no se reste validez a los efectos automáticos reconocidos en el párrafo a) de esta recomendación y en la recomendación 48, la presente recomendación no afectará a ningún requisito impuesto por otra ley aplicable, al margen del presente régimen, relativo a la forma o a la inscripción de una garantía real constituida sobre cualquier bien, para respaldar el pago u otra forma de cumplimiento de un crédito por cobrar, un título negociable u otro bien inmaterial al que no sea aplicable el presente régimen.

Constitución de una garantía real sobre un derecho al cobro de fondos acreditados en una cuenta bancaria

26. El régimen debería disponer que una garantía real sobre un derecho al cobro de fondos acreditados en una cuenta bancaria será válida pese a todo acuerdo entre el otorgante y el banco depositario por el que se limite de algún modo el derecho del otorgante a constituir dicha garantía real. Ahora bien, el banco depositario no estará obligado a reconocer al acreedor garantizado ni se impondrá por lo demás a dicho banco ninguna obligación respecto de la garantía real sin el consentimiento del banco³.

Constitución de una garantía real sobre un derecho a percibir el producto de una promesa independiente

27. El régimen debería disponer que el beneficiario de una promesa independiente podrá constituir una garantía real sobre el derecho a percibir el producto de una promesa independiente, aun cuando el derecho a cobrar tal promesa no sea en sí transferible con arreglo a la ley y la práctica comercial por la que se rijan las promesas independientes. La constitución de una garantía real sobre un derecho a percibir el producto de una promesa independiente no transfiere el derecho al cobro de esa promesa independiente.

Hacer extensiva una garantía real sobre un documento negociable a los bienes corporales englobados por el documento negociable

28. El régimen debería disponer que toda garantía real constituida sobre un documento negociable se hará extensiva a los bienes que se hayan incorporado a dicho documento, siempre que la persona que emitió el documento esté en posesión directa o indirecta de los bienes, en el momento en que sea constituida la garantía real sobre el documento.

³Sobre los derechos y obligaciones del banco depositario, véanse las recomendaciones 125 y 126 (capítulo VII, referente a los derechos y obligaciones de los terceros deudores).

III. Oponibilidad de una garantía real a terceros

A. Observaciones generales

1. Introducción

1. En el capítulo II de la presente *Guía* se abordan los requisitos para la constitución de una garantía real, es decir, su eficacia entre el acreedor garantizado y el otorgante. En algunos Estados, una garantía real constituida sobre bienes muebles es exigible entre las partes y oponible a terceros tan pronto como se concluye el acuerdo de garantía, sin necesidad de que el acreedor garantizado (o cualquier otra persona) adopte una medida adicional. Ahora bien, otros Estados exigen que se adopte una medida adicional para que la garantía real sea oponible a terceros. Esa medida tiene por finalidad establecer alguna forma de notificación pública de la existencia efectiva o posible de una garantía real constituida sobre un bien. Son ejemplos de tal medida la transferencia de la posesión de los bienes gravados al acreedor garantizado (como en el caso de la prenda clásica con desplazamiento) o la inscripción de una notificación en un registro público. Este tipo de requisitos de publicidad contribuyen de distintas maneras a la eficacia, la certeza y la previsibilidad de todo régimen legal de las operaciones garantizadas. En primer lugar, proporcionan a los posibles acreedores garantizados pruebas objetivas de que los bienes del otorgante ya están gravados. En segundo lugar, como ponen sobre aviso a los acreedores del otorgante, los eventuales compradores y otros terceros de la existencia de la garantía real, no se requieren normas especiales para proteger a los terceros de los perjuicios que pueden causar las garantías reales encubiertas (“secretas”) sobre los bienes del otorgante. En tercer lugar, establecen un hecho temporal definido que puede servir fácilmente para determinar el orden de prelación de un acreedor garantizado frente a todo reclamante concurrente.

2. En la sección A.2 del presente capítulo se examinan algunas cuestiones de política fundamentales concernientes a la distinción entre la constitución de una garantía real y la oponibilidad a terceros. También se aborda la distinción conceptual primordial entre la oponibilidad a terceros y la prelación. En las secciones A.3 a A.5 del capítulo se estudian en detalle los tres principales métodos para lograr la oponibilidad a terceros (es decir, la inscripción de una notificación de una garantía real en el registro general de garantías reales, la posesión y la inscripción en un registro especial por bienes). En las secciones A.6 a A.8 se consideran los supuestos en que una garantía real que se haya hecho oponible a terceros sigue siéndolo con respecto a los bienes no sujetos inicialmente a la garantía real (producto reportado por el bien gravado, accesorios fijos, masas de bienes o productos acabados que resulten de dicho bien). En las secciones A.9 y A.10 se abordan otras cuestiones relativas a la continuidad, por ejemplo, los casos en que el bien o el otorgante se traslada de lugar o en que expira la oponibilidad a terceros.

3. En la parte B del presente capítulo se analizan diversos métodos de obtener la oponibilidad a terceros en relación con ciertos tipos de bienes. En la sección B.1 se consideran las importantes situaciones en que un acreedor garantizado adquiere el beneficio de los

derechos conexos que garanticen el pago de un crédito por cobrar, de un título negociable o de algún otro bien inmaterial. En la sección B.2 se estudia la oponibilidad a terceros de una garantía real sobre el derecho al cobro de fondos acreditados en una cuenta bancaria. En la sección B.3 se evalúa la forma de lograr la oponibilidad a terceros cuando una garantía real grava el derecho al producto de una promesa independiente. Por último, en la sección B.4 se aborda la oponibilidad a terceros de una garantía real constituida sobre un documento negociable o sobre las mercancías incorporadas a dicho documento.

4. El capítulo termina en la sección C, con una serie de recomendaciones relativas a los métodos para lograr la oponibilidad a terceros y las consecuencias jurídicas que se derivan de la aplicación de esos métodos.

2. Cuestiones de política fundamentales

5. Los Estados pueden optar por varias posibilidades de política fundamentales cuando promulgan un régimen para regular la oponibilidad de una garantía real a terceros, entre las que se encuentran las siguientes. En primer lugar, tienen que decidir si una garantía real que es eficaz entre las partes también será automáticamente oponible a terceros, o si será necesario adoptar una medida adicional para que una garantía real sea oponible a terceros. En segundo lugar, suponiendo que se considere necesaria la adopción de una medida adicional, deberán determinar qué otras personas (por ejemplo, los acreedores garantizados y ordinarios, los adquirentes ulteriores y los representantes de la insolvencia) se considerarán terceros a los efectos de las normas que rijan la oponibilidad a terceros. En tercer lugar, los Estados deben determinar la relación entre la oponibilidad de una garantía real a terceros y la prelación que se dará a dicha garantía real. Y en cuarto lugar, los Estados deben determinar los tipos de medidas adicionales que deberían ser suficientes para que una garantía real llegue a ser oponible a terceros. Estas cuestiones se abordan una tras otra en la presente sección.

a) *Distinción entre la constitución de una garantía real y la oponibilidad a terceros*

6. Algunos de los Estados que exigen una medida adicional para dar publicidad a una garantía real no sólo la consideran requisito previo para la oponibilidad a terceros, sino también para la constitución de la garantía real propiamente dicha. La idea en este caso es que, como uno de los objetivos fundamentales de la obtención de una garantía real es obtener derechos que puedan ejecutarse frente al otorgante y frente a terceros, la distinción entre la exigibilidad entre las partes y la oponibilidad a terceros carece de utilidad. En otros Estados se exige esta medida adicional únicamente con el fin de lograr que la garantía real sea inmediatamente oponible a terceros. Entre las partes, la garantía real es inmediatamente exigible a partir del momento en que concierten un acuerdo de garantía y, en el caso de bienes futuros, a partir del momento en que el otorgante adquiera derechos sobre el bien gravado o el poder de gravarlo. En este caso, la idea es que, como el requisito de que se adopte una medida adicional tiene por única finalidad equilibrar los derechos del acreedor garantizado y los de los terceros, no hay razón alguna para que sea condición previa en lo que respecta al derecho de ese acreedor garantizado a hacer valer sus derechos sobre los bienes gravados frente al otorgante (en relación con un tercer régimen híbrido, véase el capítulo II, sobre la constitución de una garantía real, párrafos 4 y 8 *infra*).

7. De acuerdo con el criterio adoptado en casi todos los Estados que han modernizado su régimen legal de las operaciones garantizadas y a fin de promover un crédito garantizado que sea eficiente, en la *Guía* se recomienda el segundo criterio. En consecuencia, una vez cumplidas las condiciones para la constitución de una garantía real (enunciadas en el capítulo II), la garantía real será exigible por el acreedor garantizado frente al otorgante de la garantía (*inter partes*; véase la recomendación 30). Sin embargo, para que la garantía real afecte a los derechos de terceros (*erga omnes*) deben cumplirse también los requisitos establecidos para obtener la oponibilidad a terceros que se exponen en el presente capítulo (véase la recomendación 29).

8. En los Estados que en su normativa no hacen ninguna distinción entre los efectos *inter partes* y *erga omnes* de los derechos de propiedad, la adopción de este criterio puede causar algunas preocupaciones conceptuales. Sin embargo, de no hacerse esa distinción se puede minar la eficiencia del régimen de las operaciones garantizadas. Por un lado, si la medida adicional necesaria para conseguir la oponibilidad a terceros se exige también para constituir una garantía real, ello añadiría otra formalidad al proceso de constitución de una garantía real, sin ninguna ventaja compensatoria para los otorgantes, los acreedores garantizados y los terceros. Por otro lado, de no ser necesaria ninguna medida adicional, se constituiría una garantía real secreta (véase el capítulo II, sobre la constitución de una garantía real, párrafos 1 a 3). Otra posibilidad consistiría en considerar una garantía real oponible a todas las partes en el momento de constituirse, con la excepción de otros acreedores garantizados. Esta otra posibilidad suele dar lugar al mismo resultado que el segundo de los dos criterios mencionados anteriormente, con algunas variantes en cuanto a los derechos de los acreedores judiciales y del representante de la insolvencia del otorgante (véase el capítulo II, sobre la constitución de una garantía real, párrafos 4 y 9 a 14 *infra*).

b) *Significado del término “terceros”*

9. Los Estados adoptan enfoques muy diferentes en lo tocante a las categorías de terceros a los cuales no es oponible una garantía real, a menos que se adopte la medida adicional prevista. En algunos Estados, una garantía real, sea cual fuere su situación, no es oponible a terceros hasta que se tome dicha medida. Otros Estados adoptan un enfoque más limitado, conforme al cual se considera que una garantía real es plenamente oponible a terceros cuando se constituye frente a determinadas categorías de terceros (véase el capítulo II, sobre la constitución de una garantía real, párrafos 3 y 4).

10. En algunos Estados, una garantía real es exigible cuando se constituye no sólo entre el otorgante y el acreedor garantizado, sino también frente a los acreedores ordinarios del otorgante y el representante de la insolvencia (estas referencias a un representante de la insolvencia se refieren a un representante de la insolvencia que se designaría en el futuro si el otorgante se declarase insolvente). Este enfoque se basa en la hipótesis de que la notificación de una garantía real sólo debería importar a los terceros que adquieren una garantía real o han comprado un bien gravado o dado de otro modo una contraprestación fiándose directamente de que el otorgante tiene la propiedad del bien aparentemente libre de todo gravamen. Se presume que los acreedores ordinarios del otorgante y sus representantes (como el representante de la insolvencia) no se fían de la existencia o ausencia de garantías reales sobre los bienes del otorgante, ya que el mismo hecho de otorgar crédito sin garantía alguna entraña una aceptación, con conocimiento de causa del riesgo, de subordinación a todo acreedor garantizado que posteriormente adquiriera una garantía real sobre los bienes del otorgante.

11. Con todo, hay varias razones para que se exija la medida adicional necesaria para la oponibilidad a terceros, incluso en el caso de los acreedores ordinarios de un otorgante y el representante de la insolvencia. En primer lugar, aunque los acreedores garantizados adopten su decisión de otorgar un préstamo basándose en la próspera situación financiera general del otorgante, la existencia o ausencia de garantías reales puede ser uno de los factores que sirven de fundamento para la evaluación correspondiente y también puede ser utilizada por los organismos de información sobre solvencia crediticia a cuyos servicios pueden recurrir los acreedores ordinarios. En segundo lugar, el requisito de la debida inscripción en un registro público, o de la adopción de alguna medida adicional equivalente, reducirá el riesgo de que una presunta garantía real comporte un acuerdo colusorio entre un otorgante insolvente y un acreedor privilegiado para invalidar los créditos de otros acreedores ordinarios. En tercer lugar, ello permite a los acreedores judiciales determinar, antes de iniciar una acción costosa para ejecutar la garantía real, si los bienes del otorgante pueden ya estar gravados de tal forma que resulte infructuosa la acción ejecutoria. En cuarto lugar, reduce el costo del procedimiento de insolvencia al proporcionar al representante de la insolvencia un medio fácil de averiguar qué bienes del otorgante insolvente pueden estar gravados. Todas estas razones, conjuntamente, constituyen un incentivo importante para que los acreedores garantizados se aseguren de que sus garantías reales sean plenamente oponibles a terceros en el momento oportuno.

12. Otros Estados admiten una excepción a los requisitos habituales de oponibilidad a terceros. En estos Estados, aun cuando el acreedor garantizado previo no haya adoptado las medidas necesarias para lograr que su garantía real sea plenamente oponible a terceros, su garantía real puede ser oponible frente a acreedores garantizados o compradores subsiguientes que adquieran derechos sobre un bien gravado conociendo de hecho la constitución previa de una garantía real. Hay motivos para considerar que esa salvedad no es del todo apropiada para un régimen eficaz de las operaciones garantizadas. Un objetivo fundamental de todo régimen eficiente es proporcionar *a priori* (es decir, antes de la conclusión del acuerdo de garantía o de un acuerdo de compra) certidumbre en cuanto al orden de prelación de los derechos concurrentes sobre los bienes gravados. Una norma de oponibilidad a terceros que dependa de una investigación o un pleito *ex post facto* en relación con hechos específicos es incompatible con tal objetivo. Además, la demostración de que la otra parte tiene conocimiento de la existencia de un acuerdo de garantía y el alcance exacto de tal conocimiento plantean difíciles cuestiones probatorias. Además, el mero conocimiento de la existencia de un acuerdo de garantía previo no implica mala fe por parte de un acreedor garantizado o de un comprador subsiguiente. Si el acreedor garantizado previo no ha adoptado las medidas necesarias para lograr que su garantía real sea plenamente oponible a terceros, el acreedor garantizado o el comprador subsiguiente puede suponer razonablemente que ha consentido implícitamente en correr el riesgo de que sus derechos no sean oponibles a terceros.

13. Algunos Estados también se niegan a amparar a un donatario subsiguiente de un bien gravado basándose en la teoría de que, entre un acreedor garantizado que, por definición, ha dado una contraprestación por su garantía real, y un donatario que no lo haya hecho, debería ampararse al acreedor garantizado, aunque no haya tomado las medidas necesarias para obtener la oponibilidad a terceros. Por motivos parecidos a los que se dan en el párrafo precedente, esa limitación no es del todo apropiada para un régimen eficiente de las operaciones garantizadas. La determinación de la situación de un cesionario de un bien gravado constituye un aliciente para entablar un pleito *ex post facto*, lo cual es

contrario a los objetivos de lograr certidumbre y previsibilidad *a priori*. Además, incluso si no se impugna la situación del donatario, éste puede muy bien haber modificado su posición confiando en que el bien no está gravado (por ejemplo, mediante la constitución de una garantía real en favor de otro acreedor).

14. En aras de lograr la eficiencia, transparencia y previsibilidad del régimen de las operaciones garantizadas, en la *Guía* se recomienda el primer criterio mencionado antes (véase la recomendación 29). Hasta que no se cumplan las condiciones para que la garantía real tenga validez frente a terceros, no será oponible a los derechos interpuestos sobre los bienes gravados que hayan sido adquiridos por terceros, independientemente del tipo de terceros de que se trate. Si en el Estado promulgante no hay una ley en vigor en virtud de la cual se considere como terceros a los acreedores ordinarios de un otorgante o al representante de la insolvencia, el régimen de las operaciones garantizadas debe dejar claro que el incumplimiento de los requisitos de oponibilidad a terceros también hará que la garantía real no pueda hacerse valer frente a esas categorías de reclamantes.

c) *Relación entre oponibilidad a terceros y orden de prelación*

15. Las normas sobre la eficacia frente a terceros tienen consecuencias para la prelación, en el sentido de que toda garantía real que no se haya hecho oponible a terceros no puede hacerse valer frente a los derechos de un reclamante concurrente con respecto a los mismos bienes gravados. Ahora bien, la consecución de la eficacia frente a terceros no siempre basta para asegurar un orden de prelación absoluto frente a reclamantes concurrentes. Como se explica de forma más detallada en el capítulo V, el orden de prelación depende de la naturaleza y la situación de los derechos con que concurra la garantía real. Por ejemplo, si dos o más garantías reales se han hecho oponibles a terceros, será necesario establecer una norma sobre el orden de prelación para clasificar las propias garantías reales concurrentes.

16. Como regla general, la *Guía* considera que un acreedor garantizado que ha cumplido los requisitos de la oponibilidad a terceros con respecto a su garantía real sobre un bien gravado en particular tiene un “derecho de seguimiento” sobre el bien gravado. Esto significa que la garantía real seguirá siendo oponible a los terceros a los que el otorgante transmita los derechos sobre el bien gravado (véanse la recomendación 31 y el párrafo 89 *infra*; véase también el capítulo II, sobre la constitución de una garantía real, párrafos 72 a 89).

17. Sin embargo, como se describe en el capítulo V, relativo a la prelación de una garantía real, la *Guía* reconoce determinadas excepciones al principio del “derecho de seguimiento”. Por ejemplo, cuando la transmisión de un bien gravado se produce en el curso ordinario de los negocios del otorgante, un comprador, arrendatario o licenciataria del bien gravado adquirirá por lo general sus derechos sobre el bien gravado libres de toda garantía real, aun cuando la garantía sea oponible a terceros por otros motivos (véanse las recomendaciones 31 y 79 a 81; véanse también el párrafo 89 *infra* y el capítulo V, sobre la prelación de una garantía real, párrafos 60 a 89).

18. En resumen, aunque la oponibilidad a terceros y el orden de prelación son conceptos distintos, es fundamental tener en cuenta las normas de prelación enunciadas en el capítulo V al evaluar el grado de protección frente a terceros que ofrece el cumplimiento de los diversos métodos para lograr la oponibilidad a terceros identificados en este capítulo. De acuerdo con el concepto general de oponibilidad a terceros recomendado en

este capítulo, el concepto de prelación que figura en el capítulo V de la *Guía* también es amplio. Así pues, el capítulo V no sólo contiene normas de clasificación de reclamaciones concurrentes por el grado de prelación de los acreedores garantizados y de los acreedores ordinarios sobre los bienes del otorgante, sino también examina excepciones al “derecho de seguimiento” del acreedor garantizado en caso de conflicto entre un acreedor garantizado y un cesionario, arrendatario o licenciataria concurrente de un bien gravado. En esta última situación, la cuestión de “prelación” pertinente no es una cuestión de clasificación por el grado de prelación, sino la cuestión de si el cesionario adquiere la titularidad del bien gravado, el arrendatario adquiere un derecho a poseer el bien arrendado o el licenciataria adquiere un derecho a utilizar el bien objeto de la licencia, en cada caso libre de una garantía real que de otro modo es oponible a terceros.

d) *Visión general de los métodos para lograr la oponibilidad a terceros*

19. Antes, la mayoría de los Estados imponían una prohibición general de las garantías reales sin desplazamiento sobre bienes muebles. Siendo así, la clásica prenda era el único mecanismo de garantía existente, transfiriéndose la posesión de los bienes pignorados al acreedor garantizado, lo que servía a la vez para constituir la prenda y para dar a los terceros una notificación implícita de que el otorgante no detentaba la titularidad no garantizada sobre los bienes en cuestión. Sin embargo, a medida que se desarrolló la economía se vieron más claramente los límites que comportaba la prenda. En primer lugar, normalmente un otorgante necesita seguir estando en posesión de los bienes de su empresa para poder seguir funcionando. En segundo lugar, la clásica prenda no puede cubrir los bienes futuros debido a la imposibilidad práctica de transferir la posesión de los bienes futuros al constituirse una prenda. En tercer lugar, la prenda clásica no puede cubrir los bienes inmateriales, ya que requieren la transferencia de la posesión de los bienes pignorados y los bienes inmateriales no son susceptibles de ser poseídos físicamente (véase el capítulo I, relativo al ámbito de aplicación, párrafos 57 y 58). En consecuencia, era preciso desarrollar algún tipo de garantía real no consistente en la posesión. Los Estados respondieron a esta demanda de distintas maneras (véase el capítulo I, relativo al ámbito de aplicación, párrafos 62 a 100).

20. Algunos Estados permiten que las partes utilicen el instrumento de una venta por el otorgante de sus bienes muebles al acreedor garantizado (sin transferir la posesión), con sujeción al derecho del otorgante a reivindicar el título de los bienes previo pago del crédito representado por el precio de venta. Conforme a este criterio, el acuerdo de compraventa (de garantía) basta para la constitución de una garantía y para obtener su oponibilidad a terceros. Si bien este criterio tiene la ventaja aparente de ser sencillo, produce importantes riesgos jurídicos. Los terceros, incluidos los eventuales acreedores garantizados, no tienen ningún medio objetivo de verificar si los bienes en posesión de una persona son objeto de una garantía real. Además, debido al carácter secreto de este instrumento, los Estados que adoptan este criterio suelen considerar necesario proteger los derechos de los terceros que tratan con bienes en posesión del otorgante sin tener conocimiento de la transferencia previa de la titularidad (garantía real) en favor de un acreedor garantizado. Como estos riesgos jurídicos reducen la certidumbre y previsibilidad de las garantías reales, pueden tener un correspondiente impacto negativo en el costo del crédito garantizado y en el acceso a éste.

21. Otros Estados han respondido a la necesidad práctica de financiación garantizada sin desplazamiento autorizando las prendas artificiales, en cuyo caso basta con la simple

posesión sobrentendida o simbólica por parte del acreedor. Por ejemplo, conforme a este criterio, el otorgante puede declarar que toma posesión de los bienes gravados en beneficio del acreedor garantizado. Este criterio da lugar a los mismos riesgos jurídicos indicados en el párrafo precedente. Otros Estados han reformado su legislación para reconocer nuevas formas de garantías reales sin desplazamiento, sin resolver pese a ello de forma exhaustiva la cuestión de la publicidad. En vez de ello, tratan de contener los perjuicios que podrían sufrir los derechos de terceros imponiendo diversas condiciones previas costosas y que llevan tiempo con objeto de limitar el alcance de estos nuevos instrumentos a bienes concretos. Entre éstos puede haber, por ejemplo, un requisito de que el documento por el que se concede la garantía se registre ante notario y sólo pueda consultarse allí.

22. De otro modo y a veces además de los criterios mencionados, algunos Estados han adaptado el concepto de la inscripción pública de las garantías reales, tomado del contexto de los bienes inmuebles, como forma de lograr la oponibilidad a terceros de las garantías reales sobre bienes muebles. Como ya se ha dicho, la gran ventaja de un registro público es que de este modo el acreedor garantizado tiene una fuente objetiva de información para saber si los bienes de una persona ya están gravados. Además, como un registro público alerta a los demás acreedores del otorgante y a los compradores de los bienes del otorgante de la posible existencia de una garantía real y de cualquier otro derecho que deba inscribirse, no hacen falta normas especiales que protejan a los terceros del riesgo que plantean los derechos secretos sobre los bienes de una persona. Esta característica, a su vez, realza la certeza y la previsibilidad de las garantías reales.

23. Si bien hay distintos tipos de régimen de inscripción en distintos Estados, un criterio por el que optan frecuentemente los Estados que han adoptado una estrategia amplia de reforma consiste en establecer un registro general de garantías reales para todos los bienes muebles. Por las razones que se analizan a fondo en la próxima sección, éste es el criterio que se recomienda en la presente *Guía* (véase la recomendación 32).

24. Incluso en los Estados que han optado por un registro general de garantías reales, puede haber otros métodos de lograr la oponibilidad a terceros, según el carácter de los bienes gravados. Por ejemplo, casi todos estos Estados siguen reconociendo que una garantía real sobre bienes materiales puede hacerse efectiva contra terceros transfiriendo la posesión de los bienes al acreedor garantizado. En algunos de esos Estados, la transferencia de la posesión sigue constituyendo una garantía real distinta, que se denomina “prenda”, mientras que en otros se considera que el acuerdo de las partes crea la garantía real y la transferencia de posesión se considera simplemente como otro método distinto del registro para lograr la oponibilidad a terceros. Este último enfoque es el que recomienda la *Guía* (véase la recomendación 34).

25. Algunos Estados también han adoptado, como posibilidad distinta de la posesión o el registro público, normas especializadas relativas al “control” de bienes gravados que se aplican a la oponibilidad a terceros de una garantía real sobre determinados tipos de bienes, en particular la garantía frente al derecho al cobro de fondos acreditados en una cuenta bancaria y el derecho a recibir el producto de una promesa independiente. Además, en la mayoría de estos Estados, toda garantía real constituida sobre un accesorio fijo de un bien inmueble puede hacerse oponible a terceros mediante su inscripción en el registro de la propiedad inmobiliaria, como posibilidad distinta de la inscripción en el registro general de garantías reales o además de ello. Por último, en virtud de otra normativa legal, en muchos Estados toda garantía real constituida sobre ciertos tipos de bienes muebles de alto valor puede inscribirse en un registro de la propiedad (por ejemplo, el registro de buques) o anotarse en un certificado de titularidad (por ejemplo, en el caso de un automóvil).

26. En algunos Estados se establece también un régimen distinto para los créditos por cobrar, en el sentido de que se puede obtener la oponibilidad a terceros de una garantía real constituida sobre un crédito por cobrar mediante una notificación al deudor de dicho crédito de la existencia de la garantía real. Sin embargo, este criterio no concuerda con las prácticas modernas de financiación. Por lo general, un cedente no querrá alertar a sus clientes (los deudores de los créditos por cobrar) de la existencia de una garantía real sobre esos créditos, porque de hacerlo podrían plantearse cuestiones respecto de la situación financiera del otorgante en la mente de sus clientes. Incluso cuando los créditos por cobrar se ceden pura y simplemente, con frecuencia el cesionario deseará dejar su cobro en manos del cedente. En todo caso, la oponibilidad a terceros notificada a los deudores de créditos por cobrar no puede desempeñar la función de un registro, ya que los terceros deberán basarse en las declaraciones del cedente relativas a la identidad de los distintos deudores. A la luz de estos aspectos prácticos, este método de lograr la oponibilidad a terceros se está aboliendo. Entre los Estados que han optado por un registro general de garantías reales, la notificación del deudor de un crédito por cobrar se trata invariablemente como una simple técnica de cobro o ejecución, y no como un método de lograr la oponibilidad a terceros. En estos Estados se considera que la inscripción registral brinda a los cesionarios, incluidos los acreedores garantizados, un medio más eficiente de evaluar el riesgo en materia de prelación al comienzo de la operación, sobre todo cuando la cesión abarca todos los créditos por cobrar presentes y futuros del otorgante. De no ser así, los cesionarios correrían el riesgo de una pérdida de prelación basada en la decisión de un cesionario concurrente de notificar al deudor el crédito por cobrar.

27. En la mayoría de los Estados, estos otros métodos para lograr la oponibilidad a terceros no son exclusivos. Por ejemplo, como ya se ha dicho, la mayoría de esos Estados establecen que, cuando una garantía real pueda hacerse oponible a terceros mediante la transferencia de la posesión del bien al acreedor garantizado, también puede hacerse oponible a terceros mediante una inscripción registral. De ello se deduce que, cuando una misma garantía real abarca distintos tipos de bienes, la mayoría de los Estados establecen que podrá recurrirse a distintos métodos para diferentes bienes (véase la recomendación 36). La única excepción a este principio de no exclusividad reconocido en la *Guía* se debe al carácter especial que tienen las operaciones con cartas de crédito (en la *Guía* se utiliza la expresión “promesa independiente”; véanse los párrafos 149 a 153 *infra* y la recomendación 35). Dicho esto, en muchos Estados en que se ha instituido la inscripción registral de las garantías reales, en la práctica la inscripción puede ser un método exclusivo de lograr la oponibilidad a terceros de las garantías reales sobre tipos de bienes concretos, en el sentido de que no hay ningún otro método para lograr la oponibilidad a terceros en el caso de ese tipo de bien (por ejemplo, los créditos por cobrar).

28. Pese al principio de que es preciso adoptar una medida adicional para lograr la oponibilidad a terceros de una garantía real, algunos Estados establecen que, en varios casos excepcionales, una garantía real es automáticamente oponible a terceros sin necesidad de que el acreedor garantizado haga una inscripción registral de la garantía, tome posesión del bien o adopte cualquier otra medida con objeto de dar publicidad. Un ejemplo que reconocen algunos Estados, y que se analiza a fondo más entrado el presente capítulo, es una garantía real en favor de un banco depositario sobre el derecho del otorgante al pago de los fondos acreditados en su cuenta bancaria (véanse los párrafos 138 a 148 *infra*). Sin embargo, por regla general, en casi todos los Estados, una garantía real suele pasar a ser oponible a terceros solamente si ello se hace utilizando un método que tenga por finalidad suministrar información pública.

3. *Inscripción en un registro general de garantías reales*

a) *Generalidades*

29. Aun cuando la inscripción en un registro público es un método bien aceptado de lograr la oponibilidad a terceros, los sistemas de registro difieren mucho. En muchos Estados, los requisitos para la inscripción registral han ido aumentando durante un largo período de tiempo, lo cual ha dado lugar a un mosaico de sistemas carentes de coordinación dentro del mismo Estado y organizados con arreglo a diversos criterios. Algunos de estos sistemas pueden estructurarse por referencia al tipo de operación (por ejemplo, retención de la titularidad y registros de las operaciones de arrendamiento con opción a compra). Otros sistemas pueden organizarse por referencia a la condición jurídica del otorgante (por ejemplo, una sociedad anónima o una empresa comercial) o en función de la identidad del acreedor garantizado (por ejemplo, un banco). Hay una tercera categoría de sistemas que pueden estar configurados por referencia al tipo de bienes gravados (por ejemplo, bienes de equipo o créditos por cobrar).

30. Los Estados también adoptan diferentes enfoques con respecto al proceso de inscripción registral y, en particular, la cuestión de los documentos que deben presentar las partes que quieren inscribirse. Algunos Estados exigen que se inscriba en el registro un resumen exhaustivo de los derechos enunciados en el acuerdo de garantía. Otros Estados van aún más lejos y requieren la inscripción registral de toda la documentación que dé constancia de la garantía, junto con certificados o atestaciones oficiales que demuestren la identidad de los participantes y la autenticidad de sus firmas y su capacidad jurídica.

31. Especialmente en la última parte del siglo XX, un número cada vez mayor de Estados empezaron a establecer nuevos registros, a reorganizar considerablemente los existentes o incluso a reemplazarlos. Cuando se dispersaron y fragmentaron los sistemas existentes, los Estados los sustituyeron por un registro general centralizado que abarcaba todas las garantías reales constituidas sobre bienes muebles, independientemente de la identidad de las partes, la índole de los bienes gravados o la forma de la operación en que tenía su origen la garantía real. De la misma manera, los Estados que establecieron un registro de garantías reales sobre bienes muebles por primera vez optaron invariablemente por un registro general centralizado.

32. Esos Estados que reformaron sus registros de esta forma, también modificaron sustancialmente el proceso de inscripción registral. El objetivo que se perseguía era pasar de la inscripción de una mera notificación que sólo contenía un mínimo de detalles acerca de la garantía real a la que se refería al sistema más engorroso de inscribir la documentación relativa a la garantía o un resumen certificado de ella. Dicho de otro modo, en estos sistemas el acuerdo de garantía del que nace el derecho real no se inscribe en el registro, ni el sistema verifica su existencia o su contenido. Los registros de este tipo suelen denominarse basados en la inscripción de notificaciones, a diferencia de los basados en la inscripción de la documentación.

33. Para muchos Estados, la adopción de un registro basado en la inscripción de notificaciones representa una importante desviación respecto de la noción generalmente aceptada de inscripción registral de las garantías reales. Incluso en los Estados en que la documentación completa relativa a la garantía real no se inscribe en el registro, la idea de un registro basado en la documentación suele ser que el registro proporcione a todo aquel que lo consulte pruebas reales o por lo menos pruebas basadas en presunciones acerca de la existencia y el alcance de la garantía real mencionada en la inscripción. En cambio, en

un sistema de inscripción registral basado en la notificación, la inscripción sólo notifica que el acreedor garantizado puede tener una garantía real sobre los bienes descritos en la notificación; como se estudia a fondo en el capítulo IV, relativo al registro, la inscripción registral puede producirse antes de la conclusión de un acuerdo de garantía y de que el otorgante adquiriera una garantía sobre los bienes gravados descritos en la notificación del registro (véase el capítulo IV, relativo al registro, párrafos 98 a 101).

34. Un sistema de inscripción registral basado en la notificación, combinado con un registro central amplio e informatizado, simplifica considerablemente el proceso de inscripción registral de los acreedores garantizados y ofrece un sistema de registro y búsqueda altamente eficiente y económico. Por estas razones en la presente *Guía* se recomienda que los Estados establezcan sistemas de registro público que: *a*) estén centralizados, tengan carácter general y abarquen todas las garantías reales, y *b*) que sólo exijan la inscripción registral de una notificación en la que figuran los detalles básicos de la garantía real a la que se refiere la notificación. Si bien el diseño y los detalles del funcionamiento del sistema se examinan a fondo en el capítulo IV de la presente *Guía* (véase el capítulo IV, relativo al sistema de registro, párrafos 7 a 46), en este capítulo se respalda la idea de que la inscripción de una notificación de constitución de una garantía real en el registro pertinente debería establecerse como método general de obtener la oponibilidad a terceros para la mayoría de tipos de bienes muebles (véase la recomendación 32).

b) La inscripción registral es independiente de la constitución de la garantía real

35. Como se ha indicado en los párrafos precedentes, en un sistema de inscripción registral basado en la notificación del tipo que se recomienda en la presente *Guía*, la inscripción registral se efectúa inscribiendo una simple notificación que sólo contiene los detalles básicos acerca de la garantía real a que se refiere la notificación. El acuerdo de garantía al que se refiere la notificación no está inscrito en un registro y tampoco se dan a conocer su existencia y contenido al sistema de registro ni son verificados por éste. De ello se desprende que la inscripción registral no es prueba fehaciente de la constitución de la garantía real ni es necesaria para la constitución de la garantía real (véase la recomendación 33).

36. Según este enfoque, el hecho de que una garantía real haya sido efectivamente constituida no puede determinarse mediante una consulta del registro. Su existencia depende de que se demuestre (mediante un examen de pruebas y documentación ajenas al fichero del registro) que las partes han cumplido los requisitos independientes para la constitución de una garantía real (véanse las recomendaciones 13 a 15). Análogamente, el alcance de los bienes gravados depende en cierta medida de la descripción que figure en el acuerdo de garantía y no en la notificación que se inscriba en el registro. Por ejemplo, si la descripción contenida en el acuerdo de garantía abarca una gama menos amplia de bienes que la indicada en la descripción hecha en dicha notificación, gozará de primacía la descripción que figure en el acuerdo. Únicamente cuando la descripción de los bienes gravados contenida en la notificación inscrita sea de alcance inferior a la hecha en el acuerdo de garantía, el grado de la oponibilidad a terceros dependerá de la descripción que se haga en la notificación escrita.

c) La inscripción registral es insuficiente para obtener la oponibilidad a terceros de una garantía real sin la constitución de ésta

37. Una consecuencia importante de un sistema de registro basado en la notificación del tipo que se recomienda en la presente *Guía* es que la inscripción registral no garantiza la

existencia efectiva de una garantía real. Dicho de otro modo, y a diferencia de los enfoques tradicionales de la inscripción aplicados en muchos Estados, la inscripción de una notificación no demuestra ni siquiera de forma presunta la existencia de tal garantía. Esto significa que la inscripción registral no se traduce de por sí en la oponibilidad a terceros de la garantía que se describa en la notificación. Esa condición solamente se adquiere siempre y cuando se cumplan también los requisitos establecidos para la constitución de una garantía real (véanse las recomendaciones 29 y 32).

38. Esta forma de enfocar la inscripción registral aumenta considerablemente la flexibilidad y la eficiencia del régimen de las operaciones garantizadas. En primer lugar, si bien la constitución de una garantía real es requisito previo para la oponibilidad a terceros, no es necesario que preceda a la inscripción registral. Como ya se ha explicado (véase el párrafo 33 *supra*), toda notificación de la constitución de una garantía real puede inscribirse antes o después de la conclusión del acuerdo de garantía, incluso antes de que exista una garantía real sobre los bienes descritos en la notificación (como en el caso de que el acuerdo de garantía abarque bienes futuros).

39. Aunque a menudo las diferencias en el orden en que se constituye una garantía real y se inscribe una notificación registral de esa garantía no entrañan grandes consecuencias, no siempre es así. El momento de la constitución de la garantía es importante si un tercero adquiere derechos de garantía sobre los bienes que se describen en una notificación inscrita en un registro (por ejemplo, mediante donación o venta, o de resultas de un procedimiento de insolvencia o un proceso ejecutorio judicial) después de tener lugar la inscripción. Si los requisitos para la constitución ya se han cumplido cuando un tercero adquiere derechos de garantía sobre bienes gravados, la garantía real será oponible a terceros y su prelación quedará determinada por las normas enunciadas en el capítulo V. Ahora bien, si las condiciones para la constitución de la garantía todavía no se han cumplido, el tercero adquirirá el bien libre de la garantía real constituida posteriormente, pese a que se haya consultado el registro y se tenga conocimiento de la notificación inscrita por el acreedor garantizado. Hasta que hayan tenido lugar la constitución y la inscripción registral de la garantía real, no se obtendrá la oponibilidad a terceros.

40. El principio de que la oponibilidad a terceros nace en el momento en que se producen la constitución y la inscripción registral de la garantía, y no simplemente en el momento de la inscripción registral, es objeto de un importante matiz en relación con las cuestiones de prelación. Por norma general, a fin de promover la certidumbre y la transparencia entre los acreedores garantizados, la prelación entre garantías reales concurrentes quedará determinada por el orden temporal de su inscripción, y no por el momento de su constitución (véase la recomendación 76). En otras palabras, entre dos acreedores garantizados, uno de los cuales haya sido el primero en inscribir la garantía real, pero la haya constituido después de que el otro acreedor haya constituido su garantía real e inscrito una notificación al respecto (es decir, haya obtenido la oponibilidad a terceros), tendrá prelación la primera inscripción registral que se haya hecho.

d) *Ampliación del alcance del registro general de garantías reales para que abarque otras operaciones*

41. El establecimiento de un registro general de garantías reales del tipo que se contempla en la presente *Guía* permite a quienes lo consulten descubrir las posibles garantías reales sobre los bienes de un otorgante y tomar medidas para proteger sus derechos. Algunos Estados que han adoptado este tipo de registro han concluido que, aun cuando la finalidad

primordial del registro es servir de depositario de información sobre las posibles garantías reales, puede ser útil ampliar su alcance para hacer constar información acerca de otros tipos de derechos reales sobre bienes muebles sin desplazamiento.

42. La idea de utilizar un registro general de garantías reales para fines distintos de la inscripción de notificaciones acerca de garantías reales no es nueva. Los Estados que han establecido registros especiales para inscribir garantías de derechos al pago de una suma (por ejemplo, créditos comerciales por cobrar) a veces también prevén la cesión pura y simple del derecho.

43. La mayoría de los Estados que han adoptado un registro general de garantías reales imponen a la cesión de una transferencia pura y simple de créditos por cobrar los mismos requisitos de inscripción registral y las mismas normas de prelación aplicables a una garantía real constituida sobre créditos por cobrar. El fundamento de esto es que hay poca diferencia práctica, desde la perspectiva de las necesidades de publicidad de los terceros, entre una cesión pura y simple y una cesión en garantía, por lo que las normas aplicables a ambos tipos de operaciones deberían ser las mismas. Éste es el enfoque que se recomienda en la presente *Guía* (véase la recomendación 32).

44. Algunos Estados que han adoptado un registro general de garantías reales también imponen como condición previa a la oponibilidad a terceros la inscripción de las operaciones que transfieren la posesión, aunque no la propiedad, de los bienes muebles materiales. Las dos situaciones más comunes corresponden a los arrendamientos de una duración significativa (por ejemplo, un año o más) y las expediciones comerciales en que el destinatario de las mercancías tiene en su poder existencias en calidad de agente para su venta en nombre del propietario. La razón fundamental de este enfoque es que, en ausencia de una inscripción registral, los terceros que tratan los bienes tangibles en posesión de una empresa comercial carecen de medios objetivos de determinar si esos bienes pertenecen a la empresa o a un gerente o consignador. En los Estados que optan por este criterio, la prelación de derechos del cedente o consignador frente a terceros suele ser objeto de las mismas normas que las aplicables al titular de una garantía real del pago de una adquisición (véanse el capítulo V, sobre la prelación de una garantía real, y el capítulo IX, relativo a la financiación de adquisiciones). La extensión de los requisitos de inscripción registral para la constitución de garantías reales a los contratos de arrendamiento verdadero se refleja a nivel internacional en el Convenio relativo a las garantías reales internacionales sobre bienes de equipo móvil, que amplía el ámbito de aplicación del registro internacional previsto en el Convenio más allá de las garantías reales y los arrendamientos financieros para incluir los acuerdos de arrendamiento simple.

45. Con respecto a los bienes inmuebles, muchos Estados conocen desde hace mucho la noción de una pignoración judicial, en virtud de la cual todo acreedor respaldado por una sentencia declaratoria puede inscribir la sentencia haciendo constar una suma de dinero contra los bienes inmuebles de un deudor judicial, y constituir con ello un gravamen sobre dichos bienes. Algunos de los Estados que han optado por un registro general de garantías reales también prevén la inscripción de una notificación de toda sentencia, lo que constituye el equivalente de una garantía real sobre los bienes muebles del deudor judicial en favor del acreedor judicial. Este enfoque puede promover indirectamente la liquidación voluntaria de la deuda a que se refiere la sentencia, ya que los terceros se mostrarán reacios a adquirir u obtener una garantía real constituida sobre los bienes del deudor judicial hasta que se haya liquidado la deuda judicial y se haya cancelado la inscripción de la notificación en el registro. La posibilidad de que un Estado promulgante adopte este enfoque

se tiene en cuenta en la presente *Guía* en la recomendación relativa al orden de prelación entre un acreedor garantizado y un acreedor judicial (véase la recomendación 84).

46. Algunos de los Estados que adoptan este enfoque prevén que la garantía real en favor de un acreedor judicial deje de ser efectiva en cuanto se incoen procedimientos de insolvencia contra el otorgante, bien sea automáticamente o a instancia del representante de la insolvencia, en un plazo determinado a contar desde el momento de la inscripción por parte del acreedor judicial. En otros Estados, el representante de la insolvencia tiene derecho a reclamar la garantía real del acreedor judicial inscrita en beneficio de todos los acreedores ordinarios (que suelen ser objeto de un privilegio especial en favor del acreedor judicial inscrito a fin de indemnizarlo por los gastos en que haya incurrido y los esfuerzos que haya desplegado). La finalidad de estos enfoques es asegurar que los derechos inscritos del acreedor judicial no entren en conflicto con las reglas en materia de insolvencia que exigen igualdad de tratamiento de los acreedores ordinarios del deudor. El segundo enfoque tiene por finalidad lograr este objetivo permitiendo, al mismo tiempo, que el representante de la insolvencia haga valer una prelación para beneficio de todos los acreedores ordinarios frente a los acreedores garantizados sobre los que el acreedor judicial inscrito tenía prelación antes de la insolvencia. La *Guía* no formula ninguna recomendación acerca de este extremo, ya que se trata de una cuestión que corresponde al ámbito del régimen de la insolvencia y no al del que regula las operaciones garantizadas.

4. Posesión

a) Generalidades

47. En casi todos los Estados, la transferencia de la posesión de bienes corporales al acreedor garantizado (la prenda clásica con desplazamiento) se considera suficiente tanto como prueba fehaciente de la constitución de una garantía real como para hacerla oponible a terceros. En lo que respecta a la constitución de la garantía, esto se basa en la teoría de que la transferencia de la posesión demuestra el consentimiento implícito del otorgante a la constitución de la garantía real y al alcance de los bienes gravados por ella. En lo que concierne a la oponibilidad a terceros, la transferencia de la posesión no da publicidad en forma positiva a la existencia de una garantía real, ya que la posesión por el concesionario también puede darse en el caso de un acuerdo que no sea un acuerdo de garantía (como un arrendamiento simple —*operating lease*— o un simple depósito). No obstante, la transferencia de la posesión sí elimina el riesgo de que el hecho de que los bienes sigan estando en posesión del otorgante haga pensar erróneamente a los terceros que el otorgante detenta la titularidad de los bienes libre de todo gravamen.

48. En algunos Estados la inscripción de una notificación de una garantía real en un registro general de garantías reales sustituye a la posesión y se convierte en el único método de oponibilidad a terceros de las garantías reales sobre bienes muebles (como suele hacerse con los bienes inmuebles). Se aducen tres fundamentos interrelacionados para defender este criterio. La primera razón fundamental es que la posesión menoscaba la fiabilidad de la inscripción en el registro como fuente general de información acerca de la posible existencia de garantías reales sobre los bienes del otorgante. Por lo tanto, los posibles acreedores garantizados o compradores no pueden fiarse de que una consulta en el registro dé resultados negativos para llegar a la conclusión de que el bien en cuestión está libre de todo gravamen. Por el contrario, también deben verificar que ese bien permanezca en posesión del otorgante. La segunda razón fundamental se refiere a

las dificultades probatorias. Mientras que el registro establece un momento objetivo para la oponibilidad a terceros de una garantía real a efectos de determinar su prelación, la transferencia de la posesión requiere la presentación de pruebas potencialmente impugnables del momento en que efectivamente se produjo la transferencia física de la posesión. La tercera razón fundamental es que esa posesión por parte del acreedor puede inducir erróneamente a terceros a creer que el acreedor mantiene un bien libre de todo gravamen sobre el que puede otorgar una garantía real. Es decir, una transferencia de la posesión al acreedor no supone por sí misma ninguna garantía de que el acreedor que goce de la posesión tenga derecho a gravar el bien.

49. Pese a estas inquietudes, la mayoría de los Estados que han establecido un registro general de garantías reales también mantienen la transferencia de la posesión como método alternativo de obtener la oponibilidad a terceros de las garantías reales sobre ciertos tipos de bienes. Hay varios motivos para ello. La suficiencia de la posesión para obtener la validez de una garantía real frente a terceros está bien consolidada en la práctica comercial. Además, la transferencia de la posesión como método para obtener la oponibilidad a terceros tendría que seguir siendo válida, en todo caso por lo que toca a los documentos y los títulos negociables, a fin de preservar su negociabilidad y la prelación conexas. Por otra parte, en cuanto a la intrusión en la exhaustividad del fichero del registro, todo acreedor garantizado o comprador eventual querrá verificar por lo general si los bienes en cuestión existen efectivamente (ya que no hay un registro general para la titularidad de los bienes muebles), por lo que tendrá que verificar si siguen estando en posesión del otorgante. No es probable que los problemas probatorios en relación con el momento de la transferencia planteen dificultades en la práctica. Por su propio interés, un acreedor garantizado prudente se cerciorará de que está bien documentado el momento en que adquirió la posesión del bien. Por último, dada la índole de la actividad comercial del acreedor garantizado (prestamista, por ejemplo), no es probable generalmente que los terceros sean inducidos a error en cuanto a si el acreedor está en posesión del bien en calidad de titular del mismo o en calidad de acreedor garantizado (acreedor prendario).

50. En los Estados que aceptan tanto la inscripción registral como la posesión por el acreedor como métodos para obtener la oponibilidad a terceros de una garantía real, como cuestión práctica el alcance de los dos métodos no es igual. En primer lugar, la transferencia de la posesión sólo es posible si el bien en cuestión puede ser efectivamente poseído (es decir, es un bien corporal). En segundo lugar, la transferencia de la posesión del bien sólo es viable cuando el otorgante está dispuesto a prescindir de la utilización continua de los bienes gravados. No es factible si el otorgante tiene que conservar esos bienes para prestar servicios, fabricar productos o para obtener ingresos de cualquier otra forma.

51. Por esas razones, una vez que se dispone de un sistema de inscripción registral de notificaciones general y eficiente, la gran mayoría de los acreedores garantizados tenderá a preferir la inscripción a la posesión como método para obtener la oponibilidad a terceros de una garantía real. Las dos principales excepciones se refieren a las operaciones sobre bienes específicos y a las que implican por lo común una financiación a corto plazo. Así, por ejemplo, cuando la posesión confiere una ventaja en materia de prelación, como en el caso de los títulos y documentos negociables, los acreedores garantizados tomarán posesión de ellos incluso si ya tuvieran inscrita una garantía real en el registro (véanse las recomendaciones 101 y 109). Además, cuando el acreedor garantizado se dedica al negocio de adquirir garantías reales con desplazamiento (como en el caso de una casa de empeño), es raro que también inscriba su garantía real en el registro. Dado que: *a*) en la mayoría de los Estados la prenda con desplazamiento es bien conocida y comprendida;

b) se puede lograr una actuación eficiente al aceptar la posesión del bien como método para obtener la oponibilidad a terceros, y c) el menoscabo de la integridad del registro no es un elemento significativo, en la presente *Guía* se respalda la inscripción registral de una notificación y la transferencia de la posesión al acreedor garantizado como métodos alternativos de obtener la oponibilidad a terceros de una garantía real sobre un bien corporal (véase la recomendación 37).

b) *La posesión presumible es insuficiente*

52. La posesión continuada por el otorgante, o por cualquier persona estrechamente vinculada con él, no sería normalmente una señal suficiente para los terceros de que la titularidad del otorgante puede estar sujeta a gravamen; de ahí el principio ya antiguo de que la prenda clásica requiere la transferencia efectiva de la posesión de los bienes gravados del otorgante (deudor prendario) al acreedor garantizado (acreedor prendario). Sin embargo, como ya se ha indicado en el presente capítulo (véase el párrafo 21 *supra*), con el transcurso del tiempo los Estados hicieron menos estrictas las reglas acerca de lo que podría constituir la posesión por el acreedor. En algunos Estados, la posesión presuntiva (por ejemplo, en el marco de un acuerdo por el que se nombre al otorgante agente del acreedor garantizado) pasó a considerarse suficiente para constituir la posesión y para obtener la oponibilidad a terceros de una garantía real sobre bienes corporales. En otros Estados, pasó a aceptarse la posesión simbólica, como cuando un otorgante pone un aviso sobre un objeto, o lo fija a la puerta de un establecimiento, en el que se indique que el objeto, o el contenido del establecimiento, ha sido objeto de una prenda en favor del acreedor garantizado. Estos hechos solían ser consecuencia de los intentos de los Estados de responder a la demanda comercial de garantías reales sin desplazamiento, al no contar con un mecanismo de carácter más general para constituir una garantía real sin desplazamiento sobre bienes muebles oponible a terceros. Con todo, muchos Estados que hoy día no permiten la constitución de garantías reales sin desplazamiento mantienen un requisito estricto que exige que para que la posesión por el acreedor sea efectiva debe ser pública, continua e inequívoca (para un examen de la posesión como condición para constituir una garantía real con desplazamiento, véase el capítulo II, sobre la constitución de una garantía real, párrafo 33).

53. Los Estados que han establecido un registro general de garantías reales y que siguen permitiendo la posesión del bien por el acreedor como método alternativo de oponibilidad a terceros suelen adoptar el enfoque estricto de la posesión. La posesión del bien por el acreedor exige que el otorgante renuncie efectivamente a la custodia física de los bienes gravados. Dicho de otro modo, como la existencia de un registro de garantías reales hace posible que se otorguen garantías reales, no es necesario reducir el alcance del concepto de posesión para facilitar la constitución de garantías reales sin desplazamiento. Éste es también el enfoque recomendado en la *Guía* y el fundamento aducido en ella al respecto (véanse la Introducción, sección B, Terminología e interpretación, la definición de “posesión” y las recomendaciones 15 y 32).

c) *Posección por un tercero*

54. Casi todos los Estados adoptan la posición de que una transferencia de la posesión no tiene por qué comportar la custodia del bien por el acreedor garantizado para posibilitar la oponibilidad a terceros. La posesión por un agente o un representante del acreedor garantizado es equivalente a la posesión por el acreedor garantizado, a condición de que

un observador objetivo no llegue a la conclusión de que esos bienes siguen obrando en posesión del otorgante. Hay diversas razones prácticas para que sea preferible la posesión por un tercero.

55. En algunos casos, el acreedor garantizado no tiene la capacidad para salvaguardar debidamente los bienes gravados. Por ello, un depositario que actúe en nombre del acreedor garantizado tomará posesión normalmente de los bienes en nombre de él. Esto puede resultar útil, por ejemplo, en los casos en que los bienes son diamantes, oro, plata u otros metales preciosos que es preferible dejar bajo la custodia de una empresa de seguridad.

56. Los bienes gravados pueden ya obrar en poder de un tercero porteador o depositario. En tal caso, una forma de oponibilidad a terceros basada en la posesión del bien gravado puede consistir en que el tercero emita un recibo en nombre del acreedor garantizado o convenga en custodiar los bienes gravados en nombre de éste; los actos del tercero confirman que está en posesión de los bienes en nombre de dicho acreedor garantizado.

57. Alternativamente, si el tercero porteador o el depositario emite un recibo en forma de documento o título negociable, esto significará que el porteador o el depositario está obligado a entregar los bienes abarcados por el documento a la persona que a la sazón esté en posesión de él. Como se estudia en el presente capítulo (véanse los párrafos 154 a 158 *infra*), la entrega del documento, con todo endoso necesario, al acreedor garantizado brinda pues un medio alternativo de obtener la oponibilidad a terceros de una garantía real constituida sobre los bienes que abarque ese documento.

58. La posibilidad de que la posesión por el acreedor garantizado del bien gravado pueda ejercerse mediante la custodia del bien involucrado por un agente o representante del acreedor aumenta la eficiencia y eficacia de las garantías reales con desplazamiento, al permitir a los acreedores delegar la responsabilidad de la custodia sin perjuicio de los derechos de terceros. Por tales razones, en la presente *Guía* se confirma que la posesión del bien por el acreedor podrá lograrse mediante su custodia por terceros (véanse la Introducción, sección B, Terminología e interpretación, la definición de “posesión” y las recomendaciones 15 y 32).

59. En algunos Estados el concepto de la posesión por un tercero se amplía para obviar la necesidad de trasladar físicamente los bienes gravados desde los locales del otorgante. Por ejemplo, en los acuerdos de “almacenamiento *in situ*”, un representante del acreedor garantizado (por lo general, un empleado del otorgante que se convierte en agente por cuenta de la empresa de almacenamiento *in situ*) toma posesión física de los bienes gravados en los locales del otorgante (por ejemplo, colocándolos en una sala del almacén que puede cerrarse con llave, la cual sólo obrará en poder del representante). Toda entrega de los bienes ubicados en el almacén *in situ* al otorgante requerirá el consentimiento del acreedor garantizado a través de su representante.

60. Los acuerdos de almacenamiento *in situ* son muy comunes en los Estados en que la prenda con desplazamiento es la única vía disponible para constituir una garantía real sobre bienes muebles. En los Estados que ofrecen la alternativa de un registro público, un acreedor garantizado puede seguir utilizando el almacenamiento *in situ* como método práctico de vigilancia de los bienes gravados. Sin embargo, por lo general también inscribirá una notificación de su garantía real para asegurar una certidumbre efectiva con respecto a la oponibilidad de la garantía real a terceros incluso si el acuerdo de almacenamiento *in situ* es impugnado con éxito por implicar una transferencia de posesión ficticia en lugar de efectiva.

d) *Inaplicabilidad del concepto de posesión a los bienes inmateriales*

61. El concepto de la posesión como posible método para alcanzar la oponibilidad a terceros se fundamenta en la idea de que la custodia física de un bien es un acto transparente. Éste es el motivo por el que los Estados que autorizan la constitución de garantías reales mediante la conclusión de acuerdos de prenda exigen que los bienes gravados sean bienes corporales. Se excluyen los bienes inmateriales porque no es físicamente posible tomar posesión de un bien de esta índole. Muy a menudo, un acreedor trata de obtener una garantía real sobre los créditos por cobrar del otorgante, pero no puede lograr la oponibilidad a terceros de su garantía real sobre dichos créditos mediante la posesión. Únicamente si los créditos por cobrar se incorporan a un título negociable puede la posesión por el acreedor constituir una forma de lograr esa oponibilidad a terceros de su garantía real sobre los créditos por cobrar al hacerse con la custodia física del título negociable. Por el contrario, si un acreedor garantizado se hace con la custodia física de un certificado de depósito u otro título que simplemente pruebe que existe una deuda, pero que no es negociable en virtud del régimen que regula los títulos negociables, en principio, la custodia no constituiría un método de obtener la oponibilidad a terceros de la garantía real sobre los créditos por cobrar documentados en dicho certificado o título. Análogamente, si un otorgante trata de constituir una garantía real sobre su derecho como arrendatario de un bien de equipo, no podría obtener la oponibilidad a terceros de dicha garantía real entregando el bien (que no posee), ni podría obtener la oponibilidad a terceros de una garantía real sobre su derecho como arrendatario transfiriendo el contrato de arrendamiento al acreedor garantizado, porque el contrato de arrendamiento no es un documento de titularidad (véanse los párrafos 154 a 158 *infra*, relativos a las normas especiales aplicables a la posesión de documentos de titularidad).

e) *Suficiencia de la posesión para fines de ejecución*

62. No todos los acreedores garantizados tratarán inmediatamente de obtener la oponibilidad de una garantía real a terceros en el momento en que se constituya ésta. Por la razón que fuere, no podrán ni inscribir una notificación en el registro general de las garantías reales ni obtener posesión de los bienes gravados. En tal caso, es necesario determinar las condiciones en que la posesión subsiguiente por el acreedor constituirá un método para lograr dicha oponibilidad.

63. Pueden darse dos tipos de situaciones: un acreedor garantizado puede adquirir la posesión antes o después de que el otorgante incumpla su obligación de pagar la obligación garantizada o de satisfacer ésta de otra forma. En el primer caso (posesión antes del incumplimiento), todos los Estados permiten que el acreedor obtenga la oponibilidad a terceros mediante la posesión simplemente tomando el bien gravado de manos del otorgante. La posesión se puede obtener bien sea porque el otorgante entrega el bien gravado voluntariamente o porque el acreedor ha obtenido una orden judicial para tomar posesión del bien (fuera del marco del proceso ejecutorio de la garantía real) sobre la base de que la posesión era una condición del acuerdo de garantía.

64. En el segundo caso (posesión después del incumplimiento), los Estados adoptan enfoques diferentes. En algunos, una garantía real no se hace oponible a terceros mediante la posesión, cuando ésta se deriva de la aprehensión por el acreedor garantizado de los bienes gravados a raíz de un incumplimiento de su obligación por el otorgante. Este enfoque tiene un fundamento conceptual y normativo a la vez. Desde el punto de vista conceptual,

la renuncia voluntaria de la posesión por el otorgante en favor del acreedor garantizado al comienzo de la operación garantizada entraña el reconocimiento por ambas partes de que es menester amparar de esa forma los derechos del acreedor frente a terceros. La aprehensión para fines de ejecución de una garantía real suele comportar la toma involuntaria del bien gravado de manos del otorgante como consecuencia del incumplimiento de su obligación. Además, incluso cuando el otorgante entrega voluntariamente el bien, lo hace frente a la amenaza coercitiva de un recurso a la vía ejecutoria. El fundamento normativo radica en que la aprehensión para fines de ejecución la utilizará habitualmente un acreedor garantizado que no haya inscrito una notificación de su garantía real o haya inscrito una notificación defectuosa. Sobre todo en el contexto de la competencia con el representante de la insolvencia del otorgante, preocupa que el reconocimiento de una aprehensión de los bienes gravados como acto suficiente para obtener la oponibilidad a terceros pueda premiar la conducta imprudente, alentar la acción precipitada por vía ejecutoria o entrañar difíciles cuestiones probatorias en cuanto a si la aprehensión ocurrió antes o después de la apertura del procedimiento de insolvencia.

65. En cambio, en otros Estados no se consideran pertinentes ni el motivo ni el contexto de la posesión por el acreedor para determinar sus consecuencias jurídicas. En estos Estados, la posesión por el acreedor garantizado trae consigo la oponibilidad a terceros incluso cuando el acreedor garantizado obtiene posesión mediante la aprehensión para fines de ejecución de los bienes gravados. Este enfoque se basa en la teoría de que la función de la posesión es garantizar que los terceros no sufran perjuicios por la falsa impresión de riqueza que se pueda inferir del hecho de que el otorgante siga estando en posesión de los bienes sobre los que no tiene la propiedad libre de gravámenes. La posesión por el acreedor garantizado sirve para lograr ese objetivo, independientemente del motivo para tomar posesión o de las circunstancias en que se obtenga la posesión.

66. Como ya se ha dicho, el principal contexto en que se plantea esta cuestión normativa implica una competencia de prelación entre el acreedor garantizado y el representante de la insolvencia del otorgante. Por consiguiente, la presente *Guía* no contiene ninguna recomendación específica sobre este aspecto, sino que se remite al régimen de la insolvencia de un Estado (véase la *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia*, segunda parte, capítulo V, párrafos 57, 62 a 65 y 67 a 71).

5. *Inscripción en un registro especial o anotación en un certificado de titularidad*

a) *Generalidades*

67. Los dos principales enfoques de obtener la oponibilidad a terceros que acaban de examinarse (inscripción en un registro general de garantías reales y posesión de los bienes por el acreedor) presuponen que el objetivo fundamental es poner sobre aviso a los terceros de la posible existencia de una garantía real. Incluso en los Estados que ya han establecido registros fragmentarios de garantías reales, como registros en que la estructura orgánica se centra en el tipo de operación (por ejemplo, registros de las prendas comerciales), la condición jurídica del otorgante (por ejemplo, registros de sociedades), el tipo de acreedor garantizado (por ejemplo, un banco) o el tipo de bienes gravados (por ejemplo, registros de bienes de equipo o de créditos por cobrar), la prioridad básica del registro serán las garantías reales. Únicamente a título de excepción se pueden efectuar inscripciones en estos registros que no se refieran, ni se pretenda que lo hagan, a las garantías reales (por

ejemplo, la cesión pura y simple de créditos por cobrar, los arrendamientos a largo plazo y las expediciones comerciales).

68. Sin embargo, en muchos Estados existen desde hace mucho otras formas de dar publicidad a los derechos reales. En algunas ocasiones puede establecerse un registro especial para determinados bienes, a fin de inscribir todas las operaciones relacionadas con esa categoría de bienes. El modelo para esos tipos de registro es el registro normal de la propiedad inmobiliaria, en que, con frecuencia, la titularidad, los gravámenes, las servidumbres públicas e incluso los avisos formales acerca de un litigio inminente pueden ser objeto de inscripción. Entre los registros especiales para bienes muebles que son comunes cabe mencionar los registros para tipos específicos de bienes, como buques, aeronaves y algunos tipos de propiedad intelectual como las patentes, las marcas comerciales y los derechos de autor. Los Estados también han establecido sistemas que identifican ciertas clases de bienes muebles mediante un certificado de titularidad y diversas operaciones referentes a esos bienes (a menudo inclusive garantías reales) que pueden anotarse directamente en dicho certificado. Esos mecanismos han demostrado su utilidad con el tiempo, de modo que, incluso en los Estados que han establecido un registro general de garantías reales, se suelen mantener como métodos alternativos a la inscripción y posesión por el acreedor para obtener la oponibilidad a terceros.

b) *Inscripción en un registro especial*

69. Las normas sustantivas y de procedimiento que rigen la inscripción en un registro especial se expondrán por lo general en la ley por la que se establece el registro y en todo reglamento conexo. Una característica general de los registros especiales es que se basan en bienes (por ejemplo, un registro de buques, de aeronaves, de patentes o de marcas comerciales), por lo que se pueden utilizar para inscribir derechos sobre determinados tipos de bien. Otra característica es que los registros especiales son ante todo registros de la propiedad. Como la inscripción en el registro de una transferencia no autorizada puede perjudicar los derechos del beneficiario de la transferencia o del acreedor garantizado que confía en el fichero de un registro de la propiedad, en el caso de una transferencia de la propiedad, normalmente esos registros especiales exigen que se presenten pruebas de la documentación justificativa de la transferencia. Según las normas específicas aplicables, las pruebas que se exigen pueden ir de la inscripción de toda la documentación relativa a la transacción o de un resumen de ésta a la inscripción de una notificación. Además, las consecuencias jurídicas de la inscripción registral de una garantía real en un registro especial pueden diferir, variando de la constitución de la garantía o la oponibilidad a terceros a efectos probatorios, declaratorios o reglamentarios. Así pues, puede que un registro especial no sólo sirva para dar publicidad a los derechos y hacerlos oponibles a terceros, sino también para funciones importantes de mayor alcance que no puede cumplir un registro general de garantías reales. Por ejemplo, los registros de buques y aeronaves son dos casos, que gozan de amplio reconocimiento, en que un registro especial funciona para atender los problemas planteados por la reglamentación internacional sobre la seguridad y las preocupaciones nacionales de la seguridad del Estado, además de facilitar las operaciones comerciales.

70. En los casos en que existen registros especiales de titularidad de los bienes, ante todo los Estados deben determinar si las garantías reales sobre bienes específicos pueden inscribirse en esos registros. Muchos Estados no lo permiten y los acreedores deben recurrir a inscribir los acuerdos como las transferencias de titularidad condicionales, como

forma de dar publicidad a una garantía real. Como ya se ha explicado (véase el capítulo I, sobre el ámbito de aplicación, párrafos 110 a 112), la *Guía* no es partidaria de mantener este tipo de instrumentos de titularidad como medio de conceder una garantía real. En consecuencia, en la *Guía* se parte del supuesto de que cuando un Estado lleva un registro especial, permitirá que se inscriba en él una notificación de garantía real como medio de obtener la oponibilidad de esa garantía real a terceros (véanse el inciso iii) del apartado a) de la recomendación 34 y el apartado a) de la recomendación 38).

71. Los Estados que llevan registros especiales deben determinar si la inscripción en el registro especial de que se trate será el único método para obtener la oponibilidad a terceros de las garantías reales constituidas sobre los bienes abarcados por esa inscripción. La práctica varía, incluso entre registros del mismo Estado. Algunos Estados permiten la inscripción de una notificación de una garantía real sobre ciertos tipos de bienes en un registro especial como forma de obtener la oponibilidad a terceros y consideran que esa inscripción es el único método de oponibilidad a terceros. El acreedor garantizado no puede reclamar frente a terceros ningún derecho real sobre el bien de que se trate si no se inscribe en el registro especial una notificación u otro documento acerca de esos derechos. Otros Estados adoptan una posición menos absoluta y permiten métodos alternativos para obtener la oponibilidad a terceros de las garantías reales constituidas sobre bienes inscritos en el registro especial. El fundamento que se aduce en esos Estados es que, a excepción de los reclamantes concurrentes que tratan de proteger sus derechos mediante la inscripción de una notificación en el registro especial y que se han fiado del registro con consecuencias perjudiciales, no hay razón alguna para que la oponibilidad a terceros contra los demás reclamantes no pueda obtenerse utilizando cualquiera de los demás métodos de que se disponga en general, incluida la inscripción en un registro general de garantías reales o, cuando sea posible, mediante la transferencia de la posesión de los bienes gravados. Éste es el enfoque recomendado en la *Guía* (véanse las recomendaciones 32 y 34).

72. Sin embargo, en dichos Estados, cuando la garantía real se ha hecho valer frente a terceros mediante uno de esos otros métodos, su prelación quedará subordinada a los derechos de los acreedores garantizados y los cesionarios de los bienes gravados concurrentes que inscriban sus garantías en el registro especial. Así pues, entre una garantía real inscrita en el registro general de garantías reales y una inscrita en el registro especial, la primera quedará subordinada a la segunda, independientemente del momento respectivo en que se haya efectuado la inscripción en ambos registros. Con todo, si se permite obtener la oponibilidad a terceros mediante una inscripción en el registro general de garantías reales, un acreedor garantizado podrá obtener una garantía real sobre todos los bienes muebles del otorgante o sobre algunas categorías genéricas de bienes, para protegerse frente al representante de la insolvencia del otorgante o a los acreedores judiciales mediante una sola inscripción en el registro general de garantías reales.

73. Según este enfoque, la inscripción en el registro especial sólo es necesaria si el acreedor garantizado concluye que el riesgo de un otorgamiento no autorizado de una garantía real a un acreedor garantizado concurrente, o una cesión a un cesionario que la inscriba en el registro especial, es lo suficientemente grande para justificar la labor requerida para efectuar una inscripción adicional en el registro especial. En vista del limitado número de tales registros especiales y de las categorías de bienes que abarcan, si se da prelación a los derechos inscritos en el registro especial no se compromete en forma significativa la eficiencia e integridad del registro general de las garantías reales. Por estos motivos, en la *Guía* se recomienda que, cuando se lleven registros especiales, la oponibilidad a terceros pueda no obstante obtenerse mediante otros métodos tales como la inscripción

en el registro general o la posesión de los bienes por el acreedor, a condición de amparar la prelación superior de quienes hayan hecho inscripciones en el registro especial (véanse las recomendaciones 38, 77 y 78).

74. Aunque en la *Guía* no se hace ninguna recomendación con respecto a la ley que rige los registros especiales, los motivos de eficiencia para adoptar una inscripción registral basada en una notificación para la oponibilidad a terceros de las garantías reales en principio se aplican por igual a los registros especiales. Así pues, los Estados que lleven registros de este tipo quizás deseen considerar la posibilidad de reformar su legislación de registros especiales para permitir la inscripción de una notificación de una garantía real como método de obtener la oponibilidad a terceros de la garantía real, incorporando a esa ley todas las demás características del sistema de inscripción registral basado en una notificación (véase el capítulo IV, sobre la prelación de una garantía real en general y, en particular, la sección A.10; véase también la recomendación 38).

c) *Coordinación de las inscripciones en un registro especial y en un registro general de garantías reales*

75. La *Guía* parte del supuesto de que cuando, en virtud de otra ley, las notificaciones o documentos relativos a las garantías reales sobre ciertos tipos de bienes puedan inscribirse en un registro especial, la oponibilidad a terceros de las garantías reales sobre esos bienes podrá obtenerse mediante la inscripción en un registro especial o en un registro general de garantías reales (véase la recomendación 38). Aun así, en la *Guía* no se recomienda la inscripción de notificaciones o documentos relativos a las garantías reales sobre ciertos tipos de bienes en un registro especial cuando, en virtud de otra ley, esto no es posible. Tampoco se recomienda la doble inscripción de notificaciones o documentos relativos a las garantías reales sobre ciertos tipos de bienes en todos los casos.

76. Un acreedor garantizado puede tener que inscribir una notificación de su garantía real en el registro general de garantías reales o una notificación o un documento en el correspondiente registro especial, según desee o no asegurar la prelación frente a todos los reclamantes concurrentes. En algunos casos, bastará con que un acreedor garantizado se inscriba en el registro general de garantías reales (por ejemplo, cuando no es probable que haya otros acreedores garantizados que confíen en una garantía inscrita en un registro especial). En otros casos, será preciso que el acreedor garantizado se inscriba en un registro especial (por ejemplo, cuando es probable que haya otros acreedores garantizados que confíen en una garantía inscrita en un registro especial u otros terceros, como infractores de derechos de propiedad intelectual). En otros casos aún, interesará al acreedor garantizado inscribir una notificación de su garantía real en ambos registros. Éste será a menudo el caso cuando la garantía real inicial grava todos los bienes del otorgante y algunos de éstos son bienes cuyas garantías reales sólo han sido objeto de inscripción en un registro especial.

77. En tales casos, en vez de exigir al acreedor garantizado que se inscriba en ambos tipos de registro, puede ser conveniente establecer un sistema en que las garantías reales inscritas en el registro general de garantías reales se transmitan automáticamente para su inscripción en el registro especial y viceversa. De este modo, quienes quieran inscribirse sólo tendrán que hacerlo una vez en el registro general de garantías reales o en el registro especial correspondiente. Y quienes quieran consultar el registro sólo tendrán que hacerlo en el registro especial, porque su consulta revelará no sólo las garantías reales, sino también otras garantías. Sin embargo, este enfoque requerirá la coordinación de los sistemas

de inscripción registral y creará una carga adicional para los registros y para quienes se inscriban en ellos. Como los registros especiales se basan en bienes, para que una notificación de una garantía real inscrita en el registro general de garantías reales pueda inscribirse en algún registro especial, quien efectúe la inscripción tendrá que describir específicamente los correspondientes bienes en la notificación. Por ejemplo, quien efectúe la inscripción tendrá que especificar expresamente que una notificación que abarca “todos los bienes materiales” incluye los bienes materiales específicos (por ejemplo, buques o aeronaves) objeto de la inscripción en el registro especial, y tendrá que describir esos bienes materiales de la forma exigida para la inscripción en el registro especial. Del mismo modo, si la notificación inicial abarcaba “todos los bienes”, el acreedor garantizado tendría que especificar las patentes o marcas comerciales concretas que habrán de gravarse en términos que permitan la inscripción en el registro de patentes o marcas comerciales (según sea el caso) si desea que su garantía real sobre los derechos de propiedad intelectual quede inscrita en el registro especial de patentes o marcas comerciales.

78. Además, para que un sistema de transmisión de notificaciones del registro de garantías reales a un registro especial funcione, el registro especial tendrá que aceptar notificaciones de las garantías reales. Para facilitar las consultas de las garantías reales sobre bienes de personas, el registro especial, además del clásico índice basado en los bienes, tendrá que tener un índice basado en los deudores. Más aun, el personal del registro tendrá que comprobar la información que figure en la notificación e incorporarla al sistema del otro registro. Ese requisito quizá se considere incompatible con el principio (que se aborda a fondo en el capítulo IV de la *Guía*, relativo al sistema de registro, párrafos 13 y 16) de que, en aras de la eficiencia y de frenar los costos, el control por el personal del registro no debería ser condición previa para la inscripción en el registro general de garantías reales. Por consiguiente, debería considerarse la posibilidad de permitir la transmisión electrónica de las notificaciones sin intervención alguna del personal del registro. De otro modo, podría dejarse en manos del acreedor asegurado efectuar la inscripción registral en el sistema separado. Esto no supondría una carga excesiva si los requisitos para la inscripción registral en el otro sistema se ajustan a fin de tener en cuenta un sencillo proceso de inscripción registral basado en las notificaciones.

79. Se plantearían dificultades parecidas si hubiera que transmitir al registro general de garantías reales una notificación u otro documento relativo a una garantía real inscrita en un registro especial. Además, la información inscrita en el registro especial tendría que incorporarse al registro general de garantías reales en un formato aceptable para ese registro; esta carga podría imponerse al personal del registro o a quienes efectuaran la inscripción registral. Además, el registro general de garantías reales tendría que llevar, además del clásico índice basado en los deudores, un índice basado en los bienes para facilitar las consultas por nombre del deudor y por descripción de los bienes.

80. Una alternativa a un sistema que permita la transmisión de las notificaciones de un registro a otro podría ser un sistema que cuente con una vía común de entrada al registro general de garantías reales y a los diversos registros especiales. Esa vía de entrada común permitiría a quienes efectuaran la inscripción registral inscribir simultáneamente la inscripción en ambos registros. Habría que tomar varias medidas para asegurar la eficiencia y eficacia de una vía común de entrada.

81. En primer lugar, sería preciso que el registro especial aceptara las inscripciones de las garantías reales mediante una simple notificación del tipo aceptable en el registro general de garantías reales. En segundo lugar, quienes efectuaran la inscripción registral

tendrían que incluir en la notificación el nombre del otorgante (a efectos del registro general de garantías reales) y una descripción del bien específico de forma tal que la notificación pudiera inscribirse en el registro especial. En muchos casos, como los que entrañan descripciones de categorías de bienes, esta descripción específica tendría que ser mucho más detallada de lo que se exige para una notificación inscrita en el registro general de garantías reales. En tercer lugar, una vía común de entrada sólo sería eficiente si también fuera posible efectuar consultas en ambos registros presentando una única solicitud. Es decir, una persona que consultara el registro desearía saber si un bien específico que entrara en una categoría de bienes a los que se aplicara una garantía real inscrita en el registro general de garantías reales había sido también objeto de una inscripción específica en el registro especial. Si bien es posible que la persona que efectuara la consulta supiera el nombre del otorgante, por lo que se refiere a la categoría de bienes (por ejemplo, un buque o una patente) podría no saber el identificador concreto del bien en el registro especial. Por consiguiente, para que la vía común de entrada funcionara eficientemente a efectos de consultas, sería preciso llevar un índice por otorgantes y un índice por bienes y asegurarse de que hubiera referencias cruzadas.

82. Si bien en la *Guía* se contempla que los Estados tal vez deseen modernizar sus diversos registros especiales (véase el capítulo IV, relativo al registro en general y, en particular, la sección A.10), no se formula una recomendación específica sobre la forma en que los Estados deben asegurar la coordinación más eficaz de las inscripciones registrales que se realicen en el registro general de garantías reales y en cualquier registro especial de bienes muebles.

d) *Anotación en un certificado de titularidad*

83. Aunque la mayoría de los Estados tienen registros de la propiedad y transferencia de la propiedad de vehículos automotores y bienes análogos, esos sistemas de registro no suelen ser tratados como fuente probatoria de tal propiedad a los efectos de las operaciones comerciales. Su finalidad primordial es más bien de carácter regulador, a saber, permitir a las autoridades seguir el rastro de la propiedad si se produce un accidente o una violación de normas penales o de seguridad, y asignar las responsabilidades y obligaciones imperativas en materia de seguro. Como estos sistemas de registro no sirven de mecanismo para hacer oponibles los derechos del propietario frente a terceros, el público no los puede consultar.

84. En el marco de esos regímenes de inscripción en un registro de los vehículos automotores, se suele expedir al propietario un certificado de inscripción. Toda venta del vehículo requiere invariablemente que el antiguo certificado se devuelva a la autoridad reguladora competente, la cual expide un nuevo certificado a nombre del nuevo propietario. En algunos Estados, el certificado de inscripción de la titularidad se presenta como base para la publicidad de las garantías reales constituidas sobre el bien mencionado en el certificado de inscripción. En esos Estados, la anotación de la garantía real en el anverso del certificado se considera suficiente para obtener la oponibilidad a terceros de la garantía real mencionada en él.

85. En los Estados en que ya existe este tipo de sistema de anotación en un certificado, y en que el sistema parece funcionar bien en la práctica, puede haber escasos motivos para abolir el sistema cuando se establezca un régimen modernizado de las garantías reales. Aun así, será necesario abordar la interrelación entre el sistema existente y los demás métodos de obtener la oponibilidad a terceros permitidos en el marco del nuevo régimen.

Por lo común, la anotación de la garantía real en el certificado de titularidad es un método suficiente para obtener la oponibilidad a terceros de una garantía real sobre un bien corporal sujeto a ese sistema. La inscripción en el registro general de garantías reales y la adquisición de la posesión por el acreedor son otros dos métodos posibles a ese respecto. Sin embargo, si se utiliza cualquiera de estos métodos, la prelación de la garantía real a la que se refiere suele estar subordinada a los derechos de un comprador o un acreedor garantizado concurrente que haya confiado en el sistema de anotación en un certificado.

86. Dado que estos sistemas de anotación en un certificado se refieren a una serie de bienes muy limitados y son bien comprendidos por los Estados que los han adoptado, la constitución de un derecho de prelación superior al de los que utilizan un sistema de anotación del certificado no compromete en forma significativa la eficiencia del registro general de garantías reales. Al igual que en el caso del enfoque adoptado para la inscripción en un registro especial de la propiedad, este enfoque tiene por finalidad preservar la fiabilidad e integridad del sistema de certificados de titularidad, al tiempo que aumenta la flexibilidad y la eficiencia del régimen general de las operaciones garantizadas. Por estas razones, en la *Guía* se recomienda que pueda oponerse una garantía real frente a terceros mediante una simple anotación en el certificado de titularidad y que la prelación de una garantía real inscrita únicamente en el registro general de garantías reales quede subordinada a los derechos del reclamante concurrente que haya anotado sus derechos en el certificado de titularidad (véanse las recomendaciones 38, 77 y 78).

6. *Oponibilidad automática a terceros de una garantía real constituida sobre el producto de un bien gravado*

87. Los bienes gravados pueden venderse y revenderse durante el período en que el crédito garantizado siga sin reembolsarse pero no implique incumplimiento de pago. Tanto si la venta está autorizada (como suele suceder con las existencias) como si no lo está (como suele ser el caso de los bienes de equipo) por el acreedor garantizado en el acuerdo de garantía o en otro acuerdo, la venta u otro tipo de disposición de los bienes gravados dará normalmente origen a un producto, sea en forma de dinero en efectivo, de títulos negociables, de créditos por cobrar o de otros bienes recibidos a cambio, sea alguna combinación de todos los elementos citados. En algunos Estados, una garantía real sobre cualquier producto (inclusive el producto de un producto) dimanante de los bienes originariamente gravados queda automáticamente constituida tan pronto como se origine el producto, a condición de que siga siendo identificable. Como se indica en el capítulo II (véase el capítulo II, sobre la constitución de una garantía real, párrafos 72 a 85), éste es el enfoque recomendado en la presente *Guía* respecto del producto de los bienes gravados (véase la recomendación 19). Sin embargo, no es ésta la única cuestión que es preciso abordar. También es necesario determinar si el acreedor garantizado debería hacer una inscripción registral o tomar alguna otra medida para lograr que la garantía real sobre el producto sea oponible a terceros.

88. Aun cuando las notificaciones inscritas en un registro general de garantías reales están organizadas e indizadas por referencia al nombre o a otro dato que identifique al otorgante, la notificación inscrita debe contener también una descripción de los bienes gravados (véanse las recomendaciones 57 y 63). Así pues, es necesario ante todo poner de relieve la situación en que la garantía real constituida sobre los bienes originariamente gravados se hizo oponible a terceros mediante la inscripción de una notificación que abarque los bienes futuros y en que el producto es de un tipo que corresponde a la descripción

contenida en la notificación inscrita. Por ejemplo, si en esta notificación se describen los bienes gravados como “todos los bienes corporales presentes y futuros” y el otorgante vende un tractor agrícola y utiliza el producto de la venta para adquirir una máquina de ordeñar, la descripción en la notificación inscrita incluirá la máquina de ordeñar como bien originariamente gravado en forma de un bien corporal futuro. Como la inscripción puede hacerse antes de que el otorgante adquiera derechos sobre los bienes descritos en la notificación inscrita, la inscripción original basta para hacer oponible a terceros la garantía real constituida posteriormente sobre la máquina de ordeñar cuando el otorgante adquiere derechos sobre ella. En consecuencia, los Estados que establecen la existencia de un derecho automático sobre el producto también prevén la oponibilidad automática a terceros en tales casos. Éste es el resultado que se recomienda en la presente *Guía* (véase la recomendación 39).

89. Se plantean cuestiones más difíciles cuando la garantía real sobre los bienes originariamente gravados se hace oponible a terceros mediante la inscripción de una notificación en la que no se describen los bienes recibidos a título de producto, o por un método que sea insuficiente para obtener la oponibilidad a terceros si el producto es un bien originariamente gravado. Se plantearía el primer tipo de situación, tomando el ejemplo expuesto más arriba, si en la notificación inscrita se describen los bienes originariamente gravados como “todos los bienes de equipo presentes y futuros”; esta descripción no abarcaría la máquina de ordeñar. En cuanto al segundo tipo de situación, si el bien originariamente gravado es el derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria hecho oponible a terceros por medio del control, y el otorgante retira fondos sin autorización a fin de comprar una máquina de ordeñar, el método de la oponibilidad a terceros aplicado en el caso de los bienes originariamente gravados no sería suficiente en el caso del producto.

90. Estos ejemplos dan lugar a consideraciones concurrentes en materia de políticas. Si se hace oponible a terceros la garantía real constituida sobre el producto se menoscabará la política subyacente de los requisitos exigidos para tal oponibilidad, ya que no se pondrá sobre aviso a los terceros acerca de la posible existencia de esa garantía real sobre el producto. Después de todo, un comprador eventual de una máquina de ordeñar al otorgante no se dará necesariamente cuenta de que la notificación inscrita de una garantía real constituida sobre bienes de equipo (es decir, los bienes originariamente gravados) abarca también la máquina de ordeñar como producto (es decir, el producto de los bienes originariamente gravados). En cambio, el exigir al acreedor garantizado que tome medidas inmediatas para lograr que la garantía real sobre el producto sea oponible a terceros puede imponer una carga excesiva en materia de seguimiento y vigilancia y entrañar un riesgo en lo concerniente a la prelación. Con frecuencia, el producto se habrá originado como consecuencia de operaciones no autorizadas realizadas por el otorgante con los bienes originariamente gravados. En tales casos, el acreedor garantizado no tendrá normalmente conocimiento de la enajenación no autorizada del bien hasta bastante después de que se haya producido. Si la enajenación no estuviera de hecho autorizada, el acreedor garantizado tendría en general el derecho a seguir el bien originariamente gravado hasta el propio beneficiario de la enajenación, y, por consiguiente, no sufriría ningún perjuicio. Sin embargo, tal vez no sea siempre posible, después de la enajenación, ubicar el bien o ese beneficiario. Además, en algunos casos, la cuantía del producto recibido podría de hecho ser mayor que el valor de los bienes cuando sea necesario ejecutar la garantía real. Así pues, si bien el acreedor garantizado no puede recibir más de lo que se le adeuda, puede estar plenamente asegurado si puede confiar en el valor del producto e insuficientemente asegurado si puede confiar únicamente en el valor de los bienes originariamente gravados.

91. Al tratar de lograr un equilibrio razonable entre estas políticas concurrentes, los Estados que prevén un derecho automático del acreedor sobre el producto que sea identificable, habitualmente tratan la garantía real constituida sobre el producto no abarcado por el método de la oponibilidad a terceros utilizado para los bienes originariamente gravados como oponible automáticamente a terceros, bien de forma permanente, bien por un cierto período de tiempo. El grado y la duración de esta oponibilidad a terceros automática dependen de la naturaleza de los bienes originariamente gravados y de la índole del producto.

92. Se prevé por lo general la oponibilidad permanente a terceros en el caso de una garantía real constituida sobre un producto identificable que adopte la forma de dinero, créditos por cobrar, títulos negociables y derechos al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria. Este enfoque se basa en la idea de que la ausencia de un acto independiente de oponibilidad a terceros en relación con esas categorías de productos no comporta ningún riesgo significativo de que los terceros se fíen de tal hecho con resultados perjudiciales.

93. En el supuesto de que el producto adopte la forma de dinero y títulos negociables, los beneficiarios de la transferencia o los acreedores garantizados subsiguientes que adquieren la posesión del producto no se ven perjudicados por la ausencia de un acto independiente de oponibilidad a terceros porque suelen adquirir estos tipos de bienes, en todo caso, con la garantía real libre de todo gravamen. El beneficiario de una transferencia de fondos de una cuenta bancaria suele adquirir los fondos libres de toda garantía real, de manera que la ausencia de publicidad tampoco perjudica sus derechos. Por lo que respecta a los cesionarios (incluidos los acreedores garantizados) de un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria, se parte del supuesto de que los reclamantes concurrentes saben que corren el riesgo de que sus créditos queden subordinados (o incluso de perder la garantía real cuando se retire dinero de la cuenta en circunstancias que hagan que ya no sea identificable), a menos que se protejan adquiriendo el control de la cuenta bancaria. La *Guía* contiene recomendaciones relativas a las consecuencias para la prelación a que darán lugar los principios que recoge el capítulo V (véanse el capítulo V, relativo a la prelación de una garantía real, párrafos 154 a 164, y las recomendaciones 101 a 106).

94. En vista de estas consideraciones, los Estados que reconocen un derecho automático de garantía sobre el producto suelen hacer extensiva permanentemente la oponibilidad a terceros al producto en forma de dinero, créditos por cobrar, títulos negociables y derechos al pago de los fondos acreditados en una cuenta bancaria, a condición de que la garantía real sobre los bienes originariamente gravados sea oponible a terceros cuando se origine el producto. Éste es también el resultado que se recomienda en la presente *Guía* (véase la recomendación 39).

95. En el caso de otros tipos de producto, se aplica un conjunto diferente de políticas. Para volver a los ejemplos citados anteriormente, supongamos que la garantía real inicial se hizo oponible a terceros mediante la inscripción de una notificación en la que se describen los bienes gravados como “todos los bienes de equipo presentes y futuros” y más adelante el otorgante cambia un tractor por una máquina de ordeñar. O supongamos que los bienes originariamente gravados son un derecho al cobro de fondos acreditados en una cuenta bancaria oponible frente a terceros por el control y el otorgante retira los fondos sin autorización para adquirir una máquina de ordeñar. Puede muy bien que las operaciones que den origen al producto no estén autorizadas y que el acreedor garantizado no se entere rápidamente de la enajenación. En cambio, a diferencia de los tipos

de bienes mencionados en el párrafo precedente, los terceros pueden fácilmente resultar perjudicados al reconocerse la oponibilidad permanente frente a terceros de la garantía real constituida automáticamente sobre la máquina de ordeñar. Sin protección explícita, los terceros tomarían la máquina de ordeñar objeto de esa garantía real, incluso si el método de oponibilidad a terceros utilizado para los bienes originariamente gravados no les pusiera sobre aviso acerca de la garantía real constituida automáticamente sobre la máquina de ordeñar como producto.

96. A fin de evitar menoscabar excesivamente los derechos de los terceros, casi todos los Estados que reconocen una garantía real automática sobre el producto del tipo mencionado en el párrafo precedente limitan su oponibilidad automática a terceros a un breve plazo después de que se origine el producto. Para obtener una oponibilidad a terceros de carácter permanente, el acreedor garantizado deberá inscribir una notificación en el registro o, si no, adoptar medidas positivas para hacer oponible a terceros la garantía real antes de la expiración de ese plazo. Por norma general, el intervalo de tiempo es relativamente breve, pero no tanto que prive a un acreedor garantizado razonablemente prudente de la posibilidad de adoptar medidas para preservar la oponibilidad a terceros de su garantía real (un plazo de 20 a 30 días suele considerarse aceptable). La *Guía* adopta esta noción de un breve plazo de oponibilidad automática a terceros, dentro del cual el acreedor garantizado deberá tomar medidas positivas para obtener la oponibilidad a terceros de su garantía real sobre el producto, si éste es de un tipo que difiere de los bienes originariamente gravados, y no es dinero, ni créditos por cobrar, ni títulos negociables, ni derechos al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria (véase la recomendación 40).

7. *Oponibilidad a terceros de una garantía real sobre un accesorio fijo*

a) *Generalidades*

97. Todo bien gravado por una garantía real que se haya hecho oponible a terceros puede incorporarse o puede pasar a estar incorporado más adelante a otro bien mueble o inmueble. Por ejemplo, un motor que ya es objeto de una garantía real puede quedar incorporado a un vehículo, o una caldera de calefacción objeto de una garantía real puede ser incorporada a un edificio ulteriormente. En muchos Estados, en cuanto un bien gravado por una garantía real pasa a incorporarse a otro bien mueble o inmueble, se pone término automáticamente a la garantía real. Este enfoque se basa en preocupaciones normativas acerca del amparo de la posición de los compradores y otros terceros que adquieren posteriormente derechos sobre el bien al cual se incorpora el bien gravado. En los casos en que el bien originariamente gravado pasa a estar incorporado en un bien inmueble, existe además la preocupación normativa de que su ulterior desprendimiento o remoción en el contexto de la ejecución de la garantía real pueda causar daños excesivos al bien inmueble.

98. Los Estados que han adoptado un amplio sistema de registro de los bienes muebles suelen permitir que la garantía real sobre un bien sobreviva al accesorio fijo de otro bien, por lo menos entre las partes. Sin embargo, a fin de abordar los derechos respectivos del acreedor garantizado y de los terceros, esos regímenes también prevén una serie completa de reglas en materia de oponibilidad a terceros y de prelación. Éste es el enfoque general adoptado en la presente *Guía*. Así pues, en el capítulo II, sobre la constitución de una garantía real, se confirma que puede constituirse una garantía real sobre un bien corporal que ya sea un accesorio fijo preexistente, o que pase a serlo posteriormente (véase la

recomendación 21). En el presente capítulo se aborda la cuestión de la oponibilidad a terceros, mientras que el capítulo V trata de la prelación. En cuanto a la preocupación normativa adicional que se da en el caso de los accesorios fijos sobre bienes inmuebles cuyo desprendimiento ulterior puede causar daños excesivos a los bienes inmuebles, se aborda como cuestión relacionada con la ejecución de una garantía real (véase el capítulo VIII, relativo a la ejecución de una garantía real, párrafos 85 a 89).

b) *Accesorios fijos de bienes muebles*

99. Puede constituirse una garantía real sobre un bien corporal, bien sea antes o después de que pase a ser un accesorio fijo (véase la recomendación 21). Si la garantía real sobre el bien corporal se constituye antes o después de que el bien pase a ser un accesorio fijo, se aplicarán los requisitos generales exigidos para la oponibilidad a terceros. En ambos casos, no se otorga ningún tratamiento especial a los accesorios fijos.

100. La aplicación de este principio a las garantías reales constituidas después de que los bienes gravados pasen a ser accesorios fijos significa que si la garantía real sobre un bien mueble se hace oponible a terceros mediante su inscripción registral antes de la incorporación de un accesorio fijo al mismo, seguirá siendo oponible después de la incorporación sin necesidad de adoptar ninguna medida adicional (véase la recomendación 41). Ello se debe a que, a diferencia de la situación en que el bien originariamente gravado es reemplazado por el producto, los accesorios fijos retienen su identidad diferenciada después de ser incorporados a otro bien y suele haber pocas posibilidades de confusión. En consecuencia, es razonable suponer que un tercero que consulte el registro para determinar si se han constituido garantías reales sobre el bien al cual está incorporado el accesorio fijo (por ejemplo, un automóvil) comprenderá que toda notificación inscrita en la que se describa el accesorio (por ejemplo, los neumáticos de automóvil) podrá referirse a los neumáticos instalados en el automóvil en el que esté interesado el tercero.

101. Teóricamente, una garantía real constituida sobre un accesorio fijo también seguirá siendo oponible a terceros si la garantía real se hubiera hecho oponible con anterioridad a la incorporación del accesorio fijo mediante una transferencia de la posesión (bien sea al acreedor garantizado o a un tercero que sea agente de éste), y no mediante la inscripción en el registro general de garantías reales. Sin embargo, y como cuestión práctica, la oponibilidad a terceros cesará habitualmente al incorporar el accesorio fijo, ya que el acreedor garantizado tendrá normalmente que renunciar a su posesión para que pueda producirse la incorporación del accesorio. En consecuencia, los terceros que traten con el bien después de esa incorporación adquirirán la garantía real libre de todo gravamen, a menos que el acreedor garantizado preserve su situación haciendo una inscripción en el registro general de garantías reales antes de renunciar a la posesión o antes de que nazcan los derechos de terceros. En cambio, en el caso poco habitual de que el acreedor garantizado ya esté en posesión del bien mueble al que se incorpore el accesorio fijo, la oponibilidad a terceros quedará salvaguardada.

c) *Accesorios fijos de bienes inmuebles*

102. Si un bien gravado está incorporado como accesorio fijo a un bien inmueble, las consideraciones normativas son más complejas. Ello se debe a que cualesquiera derechos que representen un gravamen sobre el bien inmueble se inscribirán normalmente en el registro de la propiedad inmobiliaria. En cuanto a las partes, en el capítulo II de la

presente *Guía* se recomienda que se permita constituir una garantía real sobre un accesorio fijo de un bien inmueble con arreglo a los principios expuestos en detalle en la *Guía* para la constitución de una garantía real, o conforme al régimen legal para la constitución de un accesorio fijo incorporado a un bien inmueble (véase la recomendación 21). En consonancia con esta idea, la garantía real constituida de este modo podrá hacerse oponible a terceros mediante su inscripción en el registro general de garantías reales o mediante inscripción en el registro de la propiedad inmobiliaria (véase la recomendación 43).

103. Sin embargo, la selección de uno de estos dos métodos para obtener la oponibilidad a terceros tiene consecuencias con respecto a la prelación. Con objeto de preservar la fiabilidad e integridad del registro de la propiedad inmobiliaria, casi todos los Estados que cuentan con ambos tipos de registros prevén que un acreedor garantizado o un comprador que haga la inscripción en el registro de la propiedad inmobiliaria tendrá prelación frente a todo acreedor garantizado que haga la inscripción únicamente en el registro general de garantías reales. En consecuencia, la inscripción en el registro de la propiedad inmobiliaria es necesaria para lograr la máxima protección frente a terceros. Éste es el enfoque que se recomienda en la presente *Guía* (véase la recomendación 87).

104. Este planteamiento sólo es viable si la inscripción de una garantía real constituida sobre un accesorio fijo en el registro de la propiedad inmobiliaria puede hacerse con facilidad y en forma eficiente. En muchos sistemas de registro de la propiedad inmobiliaria se exige la presentación de una documentación completa de la garantía o se imponen otras formalidades, por ejemplo, prueba de un certificado notarial, para inscribir los gravámenes sobre los bienes inmuebles. En este caso, la normativa legal que regule la inscripción en el registro de la propiedad agraria puede tener que ser revisada para autorizar a los acreedores garantizados a proceder a la inscripción de una garantía real sobre un accesorio fijo en el registro de bienes inmuebles mediante la presentación de una mera notificación del mismo tipo que el utilizado para la inscripción en el registro general de garantías reales. De otro modo, el costo y los gastos que comporta la plena protección de su situación en materia de prelación al inscribir la garantía real en el registro de la propiedad inmobiliaria puede disuadir a los acreedores garantizados de conceder crédito garantizado que entrañe accesorios fijos de bienes inmuebles.

d) *Accesorios fijos de bienes sujetos a inscripción en un registro especial o a un sistema de certificados de titularidad*

105. En los Estados que tienen registros de la propiedad especiales o sistemas de certificados de titularidad, los tipos de bienes sujetos a inscripción en ellos incluyen bienes a los que normalmente están incorporados otros bienes corporales (como un motor en una aeronave). Lógicamente, el enfoque adoptado respecto de una garantía real constituida sobre un bien corporal que esté incorporado a un bien inmueble debería hacerse extensivo al caso de los accesorios fijos incorporados a los bienes sujetos a inscripción en un registro especial de la propiedad, o a un sistema de certificados de titularidad. Conforme a este enfoque, una garantía real sobre el accesorio fijo podrá ser oponible a terceros, por un lado, mediante la inscripción en el registro general de garantías reales (o si el acreedor toma posesión, aunque esto será poco habitual) o, por otro lado, mediante la inscripción en el registro especial o una anotación en el certificado de titularidad (véase la recomendación 42).

106. Como en el caso de los accesorios fijos de bienes inmuebles, a fin de proteger la integridad y fiabilidad de los sistemas de registro especial, la inscripción en un registro

especial o la anotación en el certificado de titularidad es necesaria para lograr la máxima protección de los derechos de terceros. Es decir, un acreedor garantizado o un comprador que recurra al sistema de registro especial tendrá prelación sobre todo otro acreedor garantizado que obtenga la oponibilidad a terceros mediante la inscripción de una notificación en el registro general de garantías reales o mediante otro método (véase la recomendación 89).

107. El enfoque que se adopta en la presente *Guía* respecto de la oponibilidad a terceros de las garantías reales sobre accesorios fijos de bienes corporales, sujetos a inscripción en un registro especial o a sistemas de certificados de titularidad, es idéntico a la forma en que se enfoca la oponibilidad a terceros de las garantías reales inicialmente constituidas sobre esos bienes (véanse las recomendaciones 38, 77 y 78). También por este motivo, las observaciones en cuanto a la forma de obtener una coordinación eficiente y eficaz de las inscripciones en el registro general de garantías reales y en todo sistema especial de inscripción registral o sistema de certificados de titularidad son igualmente aplicables en el caso de los accesorios fijos (véanse los párrafos 75 a 86 *supra*).

8. *Oponibilidad a terceros automática de una garantía real sobre una masa de bienes o un producto*

108. Por las razones expuestas anteriormente (véase el capítulo II, sobre la constitución de una garantía real, párrafos 90 a 95 y 100 a 102), en la presente *Guía* se recomienda que una garantía real constituida sobre bienes corporales que más tarde se transformen o mezclen subsista automáticamente sobre el producto o la mezcla resultante (véase la recomendación 22). Sin embargo, esta recomendación no precisa si la garantía real sobre el producto o la masa es oponible a terceros. Suponiendo que la garantía real se hiciera oponible a terceros antes de la transformación o la operación de mezcla, la cuestión de política es si la garantía real que subsiste en el producto o la masa debe considerarse automáticamente oponible a terceros.

109. En el caso más corriente, la garantía real sobre los bienes originariamente gravados se habrá hecho oponible a terceros mediante inscripción en el registro general de garantías reales (pues éste es el único método práctico de que se dispone para las garantías reales sobre las existencias que están en forma de materias primas, caso en que el otorgante debe retener la posesión de las existencias para su utilización en su negocio). Por consiguiente, los Estados tienen que decidir si esta inscripción registral inicial es suficiente para lograr la oponibilidad a terceros de la garantía real sobre el producto o la masa derivados de la transformación o la mezcla de los bienes originariamente gravados.

110. Como ya se ha indicado, aunque las notificaciones inscritas en un registro general de garantías reales se organizan con referencia a la identidad del otorgante, la notificación inscrita contiene una descripción de los bienes gravados (véanse las recomendaciones 57 y 63). Lo mismo que en el caso relacionado con la oponibilidad a terceros de las garantías reales sobre el producto de la enajenación de bienes gravados, hay que hacer una distinción basada en el alcance de la descripción de los bienes originariamente gravados en la notificación inscrita.

111. Se considera primero la situación en que el aviso consignado en el registro describe los bienes gravados de manera que abarca el producto o la masa resultante. Por ejemplo, es posible que en un aviso inscrito en el registro se describan los bienes gravados como “todo el trigo presente y futuro de un determinado tipo o calidad” y que el trigo del

otorgante se mezcle después con otro del mismo tipo o calidad. Otro ejemplo sería el caso de una garantía real que se constituyera sobre una resina con la que después se fabrique madera prensada, y en el aviso inscrito en el registro se describieran los bienes gravados como “todas las materias primas y productos acabados presentes y futuros”. En ambos casos, un tercero que consulte el registro será advertido adecuadamente por la descripción de los bienes gravados de la posible existencia de una garantía real sobre la masa mezclada o el producto fabricado. En consecuencia, no puede haber objeción de política al considerar que la inscripción original en el registro es suficiente para dar oponibilidad frente a terceros a la garantía real subsistente sobre el producto o la masa futuros. Por esta razón, la gran mayoría de los Estados que han adoptado un régimen moderno de garantías reales adoptan la posición de que, cuando una garantía real se hace oponible a terceros por un método que bastaría para dar oponibilidad frente a terceros a un producto o una masa resultante de los bienes originariamente gravados, la garantía real sobre el producto o la masa es automáticamente oponible a terceros (véase la recomendación 44).

112. Las consideraciones acerca de la política adecuada presentan más dificultad cuando el aviso inscrito en el registro describe los bienes gravados en términos que no abarcan la masa mezclada ni el producto. Por ejemplo, es posible que el acreedor garantizado haya inscrito en el registro un aviso en el que se describa el bien gravado como trigo de un cierto tipo o calidad, y que el trigo se mezcle después con una cantidad mucho mayor de trigo de un tipo o una calidad diferente. Un tercero que consulte el registro tal vez no pueda percatarse que el trigo de un tipo o calidad mezclado con trigo de un tipo o calidad diferente incluye el bien originariamente gravado. La situación es aún más complicada cuando el acreedor garantizado inscribe en el registro un aviso en que se describe el bien gravado como “resina” y ésta se elabora después transformándola en madera prensada. En este caso, puede ser que un tercero que consulte el registro para cerciorarse de si existe alguna otra garantía real constituida sobre la madera prensada del otorgante no se dé cuenta de que un aviso referente a una garantía real sobre la resina se aplica también a la madera prensada fabricada con esa resina.

113. Esta segunda situación especialmente da lugar a consideraciones de política contrapuestas. Dar oponibilidad automática frente a terceros a la garantía real sobre la madera prensada puede tener efectos negativos para la política adoptada en cuanto a requisitos de oponibilidad a terceros, pues el aviso inscrito en el registro no advierte necesariamente a los terceros que lo consulten de la existencia de la garantía real. Ahora bien, exigir que un acreedor garantizado incluya también en su notificación registral una descripción del producto o la masa resultantes puede disuadir de la financiación basada en la garantía de las materias primas del otorgante o traducirse en la inserción de notificaciones que contengan descripciones excesivamente generales (como en el ejemplo dado antes en que la notificación se refiere a “materias primas”, aunque la garantía real se limita a la resina), perjudicando así las oportunidades de acceso del otorgante a crédito garantizado de otras fuentes.

114. Los Estados adoptan criterios diferentes para resolver estas situaciones de políticas en contradicción. Algunos de ellos consideran que la garantía real es automáticamente oponible a terceros sin necesidad de ningún otro trámite. Este planteamiento se basa en la teoría de que, en la práctica, es mínimo el riesgo de que la confianza de terceros tenga efectos perjudiciales. Los acreedores garantizados sucesivos conocerán suficientemente las actividades fabriles del otorgante para comprender que un aviso registral referente a una garantía real en que sólo se describen los bienes componentes abarca también todo producto acabado elaborado a partir de esos bienes. En general, los compradores sucesivos

estarán protegidos, pues el producto acabado o la masa mezclada constituirán por norma general las existencias vendidas en el curso normal del negocio del otorgante y que un comprador recibe en todo caso libres de garantía real.

115. Otros Estados consideran la garantía real automáticamente oponible sólo a otros acreedores garantizados. Si el concurrente es alguien que no sea otro acreedor garantizado (por ejemplo, un comprador distinto del que interviene en el curso ordinario de los negocios, un acreedor judicial o un representante de la insolvencia), la garantía real no es oponible a menos que se inscriba en el registro, antes de que nazcan otros derechos, un aviso en que se describa el bien gravado en términos que incluyan el producto o la masa. Este criterio se funda en la teoría de que, a diferencia de los acreedores garantizados del otorgante, los reclamantes de esta otra categoría serán más probablemente inducidos a error por una descripción en un aviso registral que se refiera sólo a las materias primas y no al producto al que están incorporadas.

116. En la *Guía* se recomienda el primero de estos dos criterios reseñados. Es decir, se recomienda que, si la garantía real sobre el bien componente es oponible a terceros, la garantía real sobre el producto resultante sea automáticamente oponible a terceros sin necesidad de medida adicional alguna por parte del acreedor garantizado (véase la recomendación 44). Esta opción se basa en dos consideraciones. Primero, en la práctica, el producto o la masa mezclada formarán casi siempre parte de las existencias que entonces se venden a un comprador en el curso ordinario de los negocios, y el comprador tomará estas existencias libres de toda garantía real en todo caso (véase la recomendación 79). En segundo lugar, los acreedores ordinarios no se orientan por lo general a las existencias del otorgante con la finalidad de ejecutar sus sentencias, pues es más probable que el otorgante pueda satisfacer sus reclamaciones si tiene la posibilidad de seguir vendiendo las existencias en el curso ordinario de sus negocios.

9. *Subsistencia de la oponibilidad a terceros de una garantía real después de un cambio de la ubicación del bien o del otorgante*

117. La posibilidad de un cambio de ubicación es algo consustancial a los bienes muebles. Las personas y las empresas también son móviles y pueden cambiar de ubicación. Como se explica en el capítulo X, relativo al conflicto de leyes (véanse los párrafos 73 a 78), la ley aplicable a la oponibilidad de las garantías reales a terceros se determina en función de la ubicación actual de los bienes gravados o del otorgante, según la naturaleza de los bienes gravados (véanse las recomendaciones 203, 208, 219 y 220). La utilización de la ubicación actual (a diferencia de la ubicación en el momento en que se constituyó la garantía real) se basa en la teoría de que no se puede contar con que los terceros que hagan negocios con los bienes gravados o con el otorgante realicen una investigación retrospectiva sobre si los bienes gravados o el otorgante estaban ubicados anteriormente en un Estado diferente. Ahora bien, este planteamiento puede dar origen a considerables riesgos para los acreedores garantizados. La oponibilidad a terceros se extingue tan pronto como cambia la ubicación de los bienes o del otorgante (según el factor de conexión pertinente en la ley aplicable), a no ser que la garantía real se haga de nuevo oponible con arreglo a la ley vigente en la nueva ubicación. Si bien el acreedor garantizado puede protegerse si conoce anticipadamente el cambio de ubicación, por regla general esto no es así.

118. Con ánimo de llegar a un equilibrio entre los derechos de los acreedores garantizados y los terceros en tal situación, algunos Estados estipulan un plazo de oponibilidad automática transitoria a terceros tras una reubicación de los bienes gravados o del

otorgante, según cuál sea el factor de conexión pertinente para la garantía real en cuestión. Conforme a este criterio, una garantía real que se hizo oponible a terceros conforme a la ley del lugar de la ubicación anterior se considera automáticamente oponible a terceros durante un breve período de gracia tras la reubicación conforme a la ley del Estado al que se transportaron los bienes o al que se trasladó el otorgante. Si la garantía real se hace oponible a terceros conforme a la ley del lugar de la nueva ubicación antes de que venza este período, sigue siendo oponible a los terceros que adquieran derechos sobre los bienes gravados después de la reubicación. Esto es así incluso si los derechos contrapuestos de los terceros se adquirieron antes de que la garantía real se hiciera oponible a terceros con arreglo a la ley del lugar de la nueva ubicación, a condición de que la oponibilidad a terceros se obtuviera antes de que venciera ese período de gracia. Ahora bien, algunos Estados protegen a los compradores en esta situación, basándose en la teoría de que los compradores no siempre tienen la perspicacia o los recursos necesarios para investigar la ubicación anterior del bien comprado o para darse cuenta de que puede estar sujeto a una garantía real inscrita en un registro en otro Estado. A la inversa, si no se obtiene la oponibilidad a terceros de conformidad con la ley del lugar de la nueva ubicación antes de que venza el período de gracia especificado, la garantía real no será oponible a los terceros que adquirieron derechos durante el período de gracia y después, hasta el momento en que la garantía real se haga oponible a terceros conforme a la ley del lugar de la nueva ubicación.

119. En la *Guía* se adopta este criterio (véase la recomendación 45) partiendo de la teoría de que ofrece un equilibrio razonable para compaginar los derechos de los acreedores garantizados y los de los terceros que negocien con los bienes o con el otorgante después de la reubicación. Por una parte, se da al acreedor garantizado un plazo razonable para adoptar medidas de protección de sus derechos. Por otra, con un plazo claramente delimitado, se da a un tercero que adquiera derechos sobre el bien gravado tras el cambio de lugar la posibilidad de adoptar medidas protectoras eficaces, como denegar un préstamo o el desembolso de un crédito o modificar el precio de compra hasta que venza el breve plazo de oponibilidad automática a terceros, pues el tercero puede confiar en que actúa libre de toda garantía real que no se haya hecho oponible de otro modo a otros terceros antes de vencer el plazo.

10. *Subsistencia y lapso de la oponibilidad a terceros*

120. Como ya se ha indicado, la gran mayoría de los Estados que han adoptado un sistema de registro general de garantías reales como método para conseguir la oponibilidad a terceros también admiten otros métodos para lograrla (como la posesión por el acreedor, el control respecto de los derechos al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria, la inscripción en un registro especial o la anotación en un certificado de titularidad). A veces, un acreedor garantizado consigue la oponibilidad a terceros de un determinado tipo de bien gravado recurriendo a más de un método al mismo tiempo. Además, a veces, un acreedor puede cambiar de método para conseguir la oponibilidad a terceros (por ejemplo, un acreedor garantizado que haya tomado posesión puede hacer inscribir después un aviso de la garantía en el registro general de garantías reales). Casi todos los Estados que reconocen distintos métodos de obtener la oponibilidad a terceros prevén que la subsistencia de la oponibilidad a terceros se mantiene, pese a un cambio del método para lograrla, siempre que no haya habido ninguna interrupción de la misma por lo menos conforme a un método.

121. Como ya se ha indicado, el fundamento normativo de los requisitos de oponibilidad a terceros consiste en permitir que los eventuales acreedores garantizados y otros terceros puedan determinar con relativa facilidad si los bienes sobre los que se proponen adquirir derechos ya están gravados por una garantía real. Cuando se permiten diferentes métodos para obtener la oponibilidad a terceros, este fundamento normativo se satisface independientemente del método por el que opte el acreedor. De ahí que siempre que no haya ningún momento en que la garantía real no sea oponible a terceros, el acreedor garantizado debería poder cambiar el método de lograr la oponibilidad a terceros sin interrumpir la oponibilidad de su garantía real a terceros. Éste es el criterio que se recomienda en la presente *Guía* (véase la recomendación 46). No obstante, un cambio de método puede tener consecuencias para el orden de prelación. Por ejemplo, si un acreedor primero inscribe una garantía real sobre un accesorio fijo en el registro de la propiedad inmobiliaria y a continuación inscribe un aviso acerca de ella en el registro general de garantías reales, y después de eso cancela la inscripción en el registro de la propiedad inmobiliaria, la garantía real seguirá siendo oponible a terceros, pero perderá la prelación preferente que adquiere con la inscripción en el registro de la propiedad inmobiliaria. Estas consecuencias para la prelación de un cambio en el método de obtener la oponibilidad a terceros se estudian en el capítulo V, sobre la prelación de una garantía real (véanse los párrafos 132 a 134).

122. A la inversa, puede haber situaciones en que la oponibilidad a terceros se pierda. Cabe considerar el caso en que los requisitos de oponibilidad a terceros conforme a un método dejen de cumplirse y el acreedor garantizado no logre la oponibilidad por otro método admisible antes del momento en que se pierda la adquirida conforme al primer método. Por ejemplo, la inscripción en el registro puede expirar o ser cancelada o bien el acreedor garantizado puede ceder la posesión del bien gravado, o tal vez ya no se den las circunstancias que se tradujeron en la oponibilidad automática a terceros, pero el acreedor garantizado no haya tomado medidas para lograr la oponibilidad a terceros recurriendo a otro método antes de que se perdiera la oponibilidad original a terceros.

123. Los Estados siguen criterios diferentes en cuanto al efecto del restablecimiento de la oponibilidad a terceros después de un lapso. Algunos Estados consideran que el lapso tiene consecuencias irreparables para la subsistencia de la oponibilidad a terceros y que todo restablecimiento de la misma sólo puede surtir efecto a partir del momento del restablecimiento en adelante. La política seguida es evitar que se exija a los terceros que tengan que acudir a la documentación del registro para determinar si existió una garantía real en algún momento. Otros Estados estipulan un período de gracia en el que se puede restablecer la inscripción expirada. En estos Estados, si la oponibilidad a terceros se restablece antes de que venza el período de gracia, se considerará que ha subsistido y se mantendrá la prelación inicial del acreedor garantizado, salvo frente a los reclamantes concurrentes que adquirieron derechos sobre los bienes gravados durante el período transcurrido entre el lapso y el restablecimiento. La política seguida en este caso es dar a un acreedor garantizado, que tal vez haya perdido por inadvertencia esa oponibilidad a terceros, la oportunidad de corregir su error, siempre que ningún tercero resulte perjudicado como consecuencia de ello. En una tercera categoría de Estados, el restablecimiento de la oponibilidad a terceros en cualquier momento después del lapso mantiene la subsistencia de la oponibilidad, una vez más, con sujeción a los derechos de los reclamantes concurrentes intervinientes.

124. Para decidir cuál de estos tres criterios procede adoptar, es conveniente analizar las consecuencias generales que probablemente tenga el hecho de no preservar la

subsistencia de la oponibilidad a terceros. Hay dos situaciones de especial relevancia. La primera se da cuando un tercero (por ejemplo, un comprador o el representante de la insolvencia o bien un acreedor judicial) adquiere derechos sobre los bienes gravados tras un lapso en la oponibilidad a terceros y antes de su restablecimiento. Puesto que la garantía real no era oponible a terceros en el momento en que ese tercero adquirió sus derechos, un comprador adquirirá los bienes gravados libres de la garantía real, si bien los derechos de un representante de la insolvencia y de un acreedor judicial tendrán prelación sobre la garantía real. Cualquiera de los dos enfoques analizados se traducirá en este resultado.

125. El segundo caso de interés se da cuando la garantía real, antes del lapso, tenía prelación sobre una garantía real concurrente. Por regla general, la prelación entre garantías reales concurrentes se basa en el orden temporal de la inscripción o de la oponibilidad a terceros (véase la recomendación 76). Según el primer enfoque, si hay un lapso en la oponibilidad a terceros, la prelación rige sólo desde el momento en que se restablece tal oponibilidad. La garantía real caída en lapso quedará subordinada a una garantía real concurrente que se inscriba en el registro o se haga oponible a terceros antes del período de caída en lapso o durante él. De acuerdo con los criterios segundo y tercero, como se considera que el restablecimiento de la oponibilidad a terceros se remonta al momento inicial de la oponibilidad a terceros, la garantía real vuelve a adquirir la prelación que tenía antes del lapso sobre las garantías reales concurrentes, pero (como se ha indicado en el párrafo precedente) no frente a las garantías reales oponibles a terceros durante el período transcurrido entre el lapso y el restablecimiento.

126. En el análisis que figura en el párrafo precedente se considera que la inscripción en el registro es algo distinto de la oponibilidad a terceros. La razón es que, a diferencia de otras modalidades de oponibilidad a terceros, la inscripción registral puede ser anterior a la constitución de la garantía real. Incluso en el caso de que no se hayan satisfecho los requisitos para su constitución, la garantía real prima sobre las garantías reales concurrentes desde el momento de la inscripción y no desde el momento posterior de la constitución. Como resultado de ello, lo importante es el momento del lapso en la inscripción y no el momento de la constitución de la garantía real.

127. Hay buenas razones de política que avalan estos tres criterios. No obstante, los criterios segundo y tercero pueden complicar la evaluación de la prelación en las situaciones en que el titular de una garantía real cuya oponibilidad a terceros ha caído en lapso vuelva a tener prelación sobre un acreedor garantizado concurrente anterior al lapso al restablecer la oponibilidad a terceros, pero que durante el período del lapso haya aparecido un tercer acreedor garantizado concurrente. Esto puede dar lugar a un litigio circular en relación con la prelación. Por ejemplo, si bien la garantía real cuya oponibilidad a terceros cae en lapso tiene prelación sobre la garantía real anterior al lapso, está subordinada a la tercera garantía real interviniente, que a su vez tiene prelación sobre la garantía real que ha caído en lapso. La única diferencia entre los criterios segundo y tercero es que el segundo trata de limitar las posibilidades de que se produzca esta complicación limitando el plazo para el restablecimiento de la oponibilidad a terceros. Además, la adopción de cualquiera de estos dos criterios requiere que el fichero del registro esté configurado para permitir la reactivación de la inscripción inicial o una referencia a ella a fin de asegurar la transparencia. Para evitar estas complicaciones y a fin de proporcionar un régimen claro y eficiente de inscripción y prelación, en la presente *Guía* se recomienda el primer criterio. Si cae en lapso una inscripción registral, o si hay un lapso en la oponibilidad a terceros porque los requisitos de un método de oponibilidad a terceros han dejado de cumplirse antes de

ser sustituido por otro método, en ambos casos es posible volver a efectuar la inscripción registral o restablecer la oponibilidad a terceros, pero sólo surtirá efecto a partir de ese momento (véase la recomendación 47).

B. Observaciones relativas a ciertos bienes

1. *Oponibilidad de una garantía constituida sobre un derecho personal o real que garantice el pago de un crédito por cobrar, de un título negociable o de cualquier otro bien material*

128. Con mucha frecuencia, los créditos por cobrar, los títulos negociables y otros bienes inmateriales son garantizados por una fianza personal o una garantía real. Por ejemplo, un otorgante que haga negocios de venta de bienes a crédito puede tener una garantía real sobre esos bienes como medio de asegurar el cumplimiento de las obligaciones de pago de los compradores. Cuando el otorgante es también un prestamista, es posible que las obligaciones de pago de sus clientes estén respaldadas por una garantía adicional, como por ejemplo una fianza personal de un tercero.

129. En la mayoría de los Estados, los derechos accesorios personales o reales se subordinan automáticamente a la obligación que garantizan. Es decir, si el acreedor de un crédito por cobrar o el tenedor de un título negociable respaldado por una garantía real o una fianza personal cede a un tercero el crédito por cobrar o el título negociable, el cesionario adquirirá el beneficio de esos derechos accesorios además del derecho al pago de la obligación que garantizan. Esta consecuencia se deriva de los principios generales del derecho de obligaciones vigente en la mayoría de los Estados y es el enfoque que se recomienda en la presente *Guía* (véase la recomendación 25).

130. La idea de que los derechos accesorios reales y las garantías personales se subordinan automáticamente a los créditos por cobrar, los títulos negociables o cualquier otra obligación principal en general también se aplica a las garantías reales otorgadas sobre el crédito por cobrar o el título negociable. Es decir, un acreedor garantizado que obtiene una garantía real sobre una obligación de pago adquiere automáticamente el beneficio, frente al otorgante, de cualesquiera derechos accesorios que tenga el otorgante frente a terceros tan pronto como se constituya la garantía real sobre la obligación de pago. Sin embargo, en este caso se trata de saber si, en el supuesto de que la garantía real sobre el bien por cobrar o el título negociable se haya hecho oponible a terceros, la oponibilidad a terceros deberá hacerse automáticamente extensiva a los derechos accesorios sin que el otorgante o el acreedor garantizado tengan que tomar ninguna otra medida. Casi todos los Estados adoptan este enfoque partiendo de la teoría de que no perjudica a terceros, porque puede darse por supuesto que saben que los derechos accesorios son parte integrante del bien principal gravado. En consecuencia, éste es el enfoque que se recomienda en la presente *Guía* (véase la recomendación 48).

131. El derecho del acreedor garantizado a hacer valer una garantía real accesoria frente a terceros también depende de que la garantía real accesoria sea oponible a terceros y de que el otorgante pueda ejecutarla en ese momento. Por ejemplo, si el otorgante no tomó las medidas necesarias para que una garantía real sobre bienes corporales que garantiza una obligación de pago fuera oponible a terceros, un acreedor garantizado que adquiriera una garantía real sobre la obligación sólo obtendrá en la misma medida un derecho limitado sobre la garantía real accesoria.

a) *Promesas independientes*

132. Ahora bien, existen otras consideraciones de política cuando el derecho personal o real que garantiza el cumplimiento de la obligación principal es una promesa independiente. Los Estados adoptan criterios diferentes en tal caso.

133. En algunos Estados, estos derechos se subordinan a la obligación de pago cuyo cumplimiento garantizan sólo si son transferibles y si la transferencia se efectúa en un acto jurídico por separado. Este enfoque se basa en la hipótesis de que, si bien las partes cuentan con que los derechos accesorios se transmitan automáticamente con las obligaciones cuyo cumplimiento garantizan, el hecho mismo de la autonomía de una promesa independiente significa que normalmente las partes adoptarán la perspectiva contraria. En otros Estados, incluso las garantías independientes y otros derechos se subordinan automáticamente a la obligación que garantizan sin necesidad de más medidas. Este criterio se basa en la hipótesis de que el acreedor garantizado pedirá normalmente al otorgante la transferencia de todos los derechos que garanticen su crédito por cobrar y que la simplificación del logro de este resultado ahorrará tiempo y gastos, y tendrá por tanto efectos beneficiosos en la disponibilidad y el costo del crédito.

134. Este segundo criterio se basa también en la hipótesis de que, posiblemente, los derechos de los terceros deudores en el caso de derechos independientes (como una promesa independiente) estén protegidos por normas aparte. Por ejemplo, en el caso de una garantía real sobre el producto de un derecho a pago dimanante de una promesa independiente, la oponibilidad a terceros es automáticamente extensible al derecho a recibir el producto conforme a la promesa independiente, pero no es extensiva al derecho al cobro (es decir, el derecho a pedir o exigir al deudor que efectúe el pago), que es un derecho independiente (véase la recomendación 25 b)). Como consecuencia de ello, el deudor en virtud de una promesa independiente goza de protección frente a la posibilidad de que se le exija pagar a un tercero (el acreedor garantizado) y, por lo tanto, no hay razón para no hacer automáticamente extensiva la oponibilidad a terceros de los derechos del acreedor garantizado a cualesquier derechos que aquél pueda reclamar con respecto a la promesa independiente. Por estos motivos, este segundo criterio es el que se recomienda en la presente *Guía* (véase la recomendación 48).

b) *Créditos respaldados por un gravamen sobre bienes inmuebles*

135. Las situaciones en que el pago de un crédito está garantizado por un gravamen sobre un bien inmueble (es decir, una hipoteca, una pignoración u otro gravamen equivalente sobre un bien inmueble) plantean otras consideraciones de política. Como ya se ha visto (véase el párrafo 130 *supra*), la norma general en casi todos los Estados, y la que se recomienda en la presente *Guía*, es que si una garantía real se ha hecho oponible frente a terceros, la oponibilidad a terceros se hace automáticamente extensiva a toda garantía real accesoria que garantice el pago de la obligación principal sin necesidad de tomar ninguna otra medida. Sin embargo, en algunos Estados, la legislación sobre bienes inmuebles exige que la garantía real sea notificada al otorgante del gravamen sobre un bien inmueble para que el acreedor con garantía sobre el crédito por cobrar pueda beneficiarse de dicho gravamen. Como un acreedor garantizado no puede beneficiarse de derechos mayores que los que tiene el cedente del crédito, la necesidad de esta limitación es dudosa, por lo que en la presente *Guía* no se recomienda.

136. En otros Estados, una garantía real sobre un crédito garantizado por una hipoteca u otro gravamen sobre un bien inmueble sólo puede hacerse oponible a terceros mediante

la inscripción en el registro catastral. Este criterio se basa en la teoría de que los terceros interesados en adquirir el beneficio de un gravamen sobre un bien inmueble normalmente esperarían que cualesquiera gravámenes concurrentes estuvieran inscritos en el registro catastral, a diferencia de un registro general de garantías reales para bienes muebles (en particular porque es poco común y en muchos Estados es legalmente imposible ceder el crédito por cobrar garantizado por un gravamen sobre un bien inmueble independientemente de dicho gravamen). En una tercera categoría de Estados, la garantía real sobre el crédito por cobrar puede hacerse oponible a terceros en virtud del régimen de las garantías aplicable a los bienes muebles, pero la garantía real queda subordinada al derecho de un acreedor garantizado que la inscribe en el registro de la propiedad inmobiliaria. Si bien en la presente *Guía* se recomienda que se haga automáticamente extensiva la oponibilidad a terceros de la garantía real sobre el crédito por cobrar al gravamen sobre un bien inmueble que garantiza su pago (véase la recomendación 48), también se reconoce que hay consideraciones de política superiores en materia del régimen de la propiedad inmobiliaria que pueden hacer que los Estados se inclinen por estos otros criterios.

137. Como ya se ha dicho, en algunos Estados un acreedor garantizado puede transferir un gravamen sobre bienes inmuebles por separado de la obligación principal cuyo cumplimiento asegura ese gravamen. Los Estados que permiten la constitución de esos tipos de gravamen independiente sobre un bien inmueble lo hacen sobre todo para facilitar la transferencia de esos gravámenes. A menudo, las prácticas financieras especializadas propias de esos gravámenes independientes son objeto de especificación minuciosa en el régimen de tierras de un Estado; a veces, no es así y son resultado de prácticas contractuales judicialmente reconocidas. En cualquiera de los casos, las consideraciones de política relativas a la posibilidad de crear dicho gravamen independiente y los efectos de esos mecanismos de garantía guardan estrecha relación con el régimen de tierras de un Estado. Por tal motivo, en la *Guía* se recomienda no hacer automáticamente extensiva la oponibilidad a terceros a los derechos que garanticen el pago del crédito por cobrar o del título negociable, cuando el derecho en cuestión se califique de gravamen independiente sobre un bien inmobiliario (véase la recomendación 48).

2. *Oponibilidad a terceros de una garantía real sobre el derecho al pago de los fondos acreditados en una cuenta bancaria*

138. Los fondos acreditados en una cuenta bancaria son un activo de importancia creciente que los otorgantes pueden ofrecer como garantía de un crédito. El activo sobre el que se otorga la garantía no es, en realidad, la cuenta bancaria en sí, sino el derecho del otorgante a exigir el cumplimiento de la obligación del banco de pagar el valor de los fondos acreditados en la cuenta bancaria del otorgante (véase el capítulo II, relativo a la constitución de una garantía real, párrafo 123).

139. Los Estados adoptan criterios diferentes en cuanto a los requisitos para la oponibilidad a terceros de una garantía real sobre este tipo de bien. Entre los Estados que no han establecido un registro general de garantías reales, la mayoría de ellos aplican simplemente las normas generales para el logro de la oponibilidad a terceros de las garantías reales sobre créditos por cobrar. A veces, esto significa la inscripción en un registro especial de una notificación relativa a la cesión, o la constitución de garantías reales sobre créditos por cobrar, aunque a veces el acreedor garantizado también estará obligado a notificar por escrito la garantía real al titular de la cuenta bancaria.

140. Entre los Estados que han creado un registro general de garantías reales, algunos clasifican un derecho al pago de los fondos acreditados en una cuenta bancaria de la misma manera que cualquier otro crédito por cobrar. Como se ha indicado antes, por lo general en esos Estados la inscripción registral es el único método prácticamente disponible para obtener la oponibilidad a terceros de un crédito por cobrar. En consecuencia, en esos Estados, la oponibilidad a terceros de una garantía real sobre un derecho al pago de los fondos acreditados en una cuenta bancaria del otorgante puede lograrse sólo mediante la inscripción en el registro general de garantías reales.

141. Otros Estados que tienen registros generales de garantías reales han formulado una serie especial de normas de oponibilidad a terceros basadas en el “control” por parte del acreedor garantizado del derecho a recibir el pago de los fondos acreditados en una cuenta bancaria. Si el acreedor garantizado es el banco depositario, el control y la oponibilidad a terceros son automáticos. Otros acreedores garantizados pueden obtener el control de dos maneras. Una consiste en que el acreedor garantizado pase a sustituir al otorgante como cliente del banco de la cuenta. Si bien esto constituye el equivalente funcional de la clásica prenda con desplazamiento de la posesión, es poco práctico para un otorgante que necesita tener libre acceso a sus cuentas en el curso ordinario de sus negocios. Por consiguiente, la otra variante, denominada “acuerdo de control”, es el método más utilizado en la práctica. En este caso, el control se logra mediante un acuerdo entre el otorgante, el acreedor garantizado y el banco. Como en el caso del control automático por parte del banco depositario, un acuerdo de control no tiene necesariamente como consecuencia el bloqueo de los fondos, salvo que así se haya establecido en el acuerdo de control. A menudo en el acuerdo de control se establecerá que solamente se bloquee el acceso del otorgante a los fondos cuando se produzca un incumplimiento por parte del otorgante respecto del acreedor garantizado y éste dé instrucciones al banco depositario para que bloquee dicho acceso. No obstante, en esta situación, la oponibilidad a terceros mediante el control se podrá conseguir aun cuando el otorgante siga teniendo libertad para girar contra la cuenta hasta que el acreedor garantizado notifique al banco lo contrario.

142. Conforme a estos dos planteamientos generales (inscripción registral o control) adoptados por los Estados con registros generales de garantías reales, un beneficiario de una transferencia de fondos de la cuenta bancaria promovida por el otorgante adquiere los fondos libres de la garantía real. Sin embargo, los dos enfoques tienen consecuencias muy diferentes en cuanto a la prelación. Con arreglo al primero, la prelación suele depender del orden de inscripción de las garantías reales en el registro. Cuando el banco depositario es también un acreedor garantizado no goza de una prelación de rango especial como acreedor garantizado (aunque normalmente está facultado por otras normas legales para compensar toda reclamación que formule contra el otorgante con cargo a un requerimiento de pago por parte de un acreedor garantizado con mayor grado de prelación, lo cual normalmente significa que el banco tiene una prelación de facto). Con arreglo al segundo enfoque, un banco depositario que goce de control automático tiene prelación frente a otros acreedores garantizados, excepto frente a un acreedor que logre el control sustituyendo al otorgante como cliente del banco en la cuenta.

143. El primer enfoque tiene la ventaja de la claridad y la sencillez, mientras que el segundo requiere la elaboración de una serie bastante compleja de normas especializadas sobre la constitución, la oponibilidad a terceros y la prelación. El primer enfoque asegura la transparencia mediante la inscripción registral pública, mientras que conforme al segundo el banco depositario no está obligado a divulgar si ha adquirido una garantía

real a favor suyo o si ha concertado un acuerdo de control con otro acreedor garantizado. El primer enfoque no favorece al banco depositario cuando ejerce sus derechos como un acreedor garantizado, mientras que conforme al segundo el banco depositario por lo general tiene prelación sobre otros acreedores garantizados. Además, conforme al primer enfoque el otorgante está en libertad para constituir una garantía real en favor de otro acreedor, mientras que conforme al segundo enfoque el banco depositario no está obligado a concertar un acuerdo de control incluso si así se lo pide el otorgante. Por último, la inscripción pública, conforme al primer enfoque, puede ser más rentable y llevar menos tiempo que las negociaciones tripartitas necesarias para negociar y concertar un acuerdo de control conforme a lo previsto en el segundo enfoque.

144. Sin embargo, en algunos aspectos, el segundo enfoque tiene más en cuenta las inquietudes bancarias prácticas. El control automático en favor del banco depositario es análogo a las situaciones regidas por las disposiciones legales sobre compensación, que permiten al banco depositario deducir de los fondos acreditados en la cuenta del cliente, y por tanto adeudados al otorgante, las cantidades que el cliente adeude al banco a consecuencia de un desembolso de crédito al cliente. Sin embargo, el derecho de compensación del banco en el caso de préstamos futuros queda por lo general invalidado una vez que el banco recibe notificación de que se ha constituido una garantía real (o cesión pura y simple) en favor de un tercero. Esto puede crear dificultades a los bancos depositarios y a sus clientes comerciales, que a menudo han de estar en condiciones de obrar con gran rapidez en operaciones financieras que afecten a sus cuentas bancarias. La necesidad de cerciorarse de no haber recibido ninguna notificación de cesión pura y simple o garantía real a un tercero antes de seguir las instrucciones del cliente puede ser un obstáculo para la eficiencia de esas operaciones. Asimismo, las incertidumbres en cuanto al momento preciso del recibo de la notificación y el desembolso de crédito por el banco pueden dar lugar a litigios entre un tercero, que sea acreedor garantizado o cesionario, y el banco. El concepto de control automático, combinado con la prelación concedida al banco depositario, elimina esta fuente de riesgo e incertidumbre.

145. El segundo enfoque relativo al control tampoco parece tener efectos perjudiciales para el otorgante. En primer lugar, el otorgante ha de dar su consentimiento para la constitución de una garantía real en favor del banco depositario. Es de suponer que no lo dará si el banco no es una fuente de financiamiento. Además, las normas de prelación asociadas al control pueden modificarse mediante un acuerdo de subordinación en las situaciones en que fuera más conveniente velar por que la prelación más elevada corresponda a otro acreedor garantizado. En un clima de competitividad bancaria, los bancos no negarán de manera poco razonable su consentimiento para la subordinación (o para la concertación de un acuerdo de control), pues el otorgante siempre podrá trasladar su cuenta a otra entidad.

146. Si bien el concepto de control, como la inscripción en un registro general de garantías reales, no es un método transparente de obtener la oponibilidad a terceros, esta falta de transparencia, por lo general, no sitúa a los terceros en una posición mucho más desventajosa que la que ya tengan. Como se ha indicado, por lo general, el banco depositario tiene, conforme a otras normas legales, derecho a compensar cualquier obligación que el otorgante le deba satisfacer con preferencia a los derechos de los demás acreedores de dicho otorgante, bien sean garantizados u ordinarios. Puesto que la compensación no es una garantía real, no está sujeta a ningún requisito de inscripción registral pública, y el banco tampoco está obligado a dar a conocer a terceros sus derechos de compensación. En consecuencia, los acreedores situados en los Estados que adopten el primer enfoque

no pueden confiar en una consulta transparente del registro, pues el banco siempre tiene la posibilidad de alegar su posición preferente conforme a su derecho de compensación; los beneficiarios de las transferencias de fondos hechas con cargo a la cuenta siguiendo las instrucciones del otorgante tampoco resultan perjudicados pues, como se ha señalado, por lo general los reciben libres de garantía conforme a los dos planteamientos.

147. Los Estados que han adoptado el concepto de control suelen prever que es el método exclusivo de lograr la oponibilidad a terceros en este caso. No obstante, se trata de una limitación de la flexibilidad innecesaria, ya que las consideraciones de práctica bancaria implícitas en la mencionada asunción del control pueden satisfacerse dando al acreedor garantizado prelación en materia de control sobre todo acreedor garantizado que inscriba su garantía en el registro, independientemente del orden respectivo en que se produzcan el control y la inscripción registral. Si bien conforme a este planteamiento la inscripción registral es un método menos efectivo de lograr la oponibilidad a terceros, la posibilidad de proceder a una inscripción registral aún aseguraría que la garantía real sea oponible a los acreedores judiciales de un otorgante y al representante de la insolvencia, ya que la prelación especial dada al acreedor garantizado con control podrá exigirse sólo frente a otros acreedores garantizados y no frente a todos los reclamantes concurrentes.

148. Como el planteamiento que permite a los acreedores garantizados, en particular a los bancos depositarios, lograr la oponibilidad frente a terceros de una garantía real obteniendo el control se ajusta por lo general a las necesidades prácticas de los bancos y de sus clientes comerciales, en la presente *Guía* se recomienda que, además de la inscripción en el registro general de garantías reales, se acepte el control como método privilegiado de lograr la oponibilidad a terceros de una garantía real sobre el derecho al pago de los fondos acreditados en una cuenta bancaria (véase la recomendación 49).

3. *Oponibilidad a terceros de una garantía real constituida sobre el derecho a recibir el producto de una promesa independiente*

149. Como se ha explicado anteriormente (véase el capítulo II, sobre la constitución de una garantía real, párrafos 126 y 127), en muchos Estados es posible constituir una garantía real sobre el derecho a recibir el producto de una promesa independiente, pero no sobre el derecho al cobro de la promesa independiente. Ese es el enfoque que se recomienda en la *Guía* (véase la recomendación 27). En cambio, otros Estados ni siquiera admiten la constitución de una garantía real sobre el derecho a recibir el producto de una promesa independiente. Sin embargo, incluso en aquellos Estados que adoptan la postura recomendada en la *Guía*, el carácter particular del bien gravado (el derecho a recibir el producto) hace que se adopten métodos distintos para lograr la oponibilidad a terceros de dicha garantía real.

150. En algunos Estados, esa garantía real puede hacerse oponible de más de una manera. Por ejemplo, el acreedor garantizado puede inscribir un aviso en el registro general de garantías reales. Cabe también que, en Estados que admiten que se ejerza cierto control, el acreedor garantizado obtenga el control mediante un acuerdo o automáticamente. Sin embargo, en determinados casos, el acreedor garantizado no podrá hacerla oponible a terceros por posesión, pues el bien gravado (el derecho a recibir el producto de una promesa independiente) no es corporal (aunque el producto pasa a ser bienes corporales una vez que se haya pagado).

151. En otros Estados, el control es el único método reconocido para hacer oponible a terceros una garantía real constituida sobre el derecho a recibir el producto de una promesa independiente. El control, y por tanto la oponibilidad a terceros, existe automáticamente si el acreedor garantizado es el emisor de la promesa o la persona designada para efectuar el pago. Si el acreedor garantizado es un tercero, el método del control exige que el emisor u otra persona designada reconozcan el derecho del acreedor garantizado a recibir el producto una vez que el beneficiario reclame debidamente el cobro. Según este método, un acreedor garantizado sólo podrá obtener el control, y en consecuencia la oponibilidad a terceros, si el emisor de la promesa consiente en pagar al acreedor garantizado toda suma cuyo cobro sea debidamente reclamado. Existen dos motivos para estar a favor del requisito de que el emisor consienta en efectuar dicho pago. En primer lugar, el consentimiento del emisor es necesario para evitar que se obligue al emisor de la promesa a tratar con un tercero. En segundo lugar, ello permite al emisor asegurarse de que la petición de pago o cobro de la promesa se está haciendo debidamente y que el beneficiario ha aceptado el derecho del acreedor a recibir el producto de la promesa.

152. Como se ha señalado (véase el párrafo 150 *supra*), la naturaleza misma del derecho a recibir el producto de una promesa independiente hace imposible que la garantía real sobre el derecho a recibir el producto se haga oponible a terceros al tomar posesión del título que pruebe la existencia del derecho a recibir el producto. No obstante, ello no impide a un acreedor garantizado tomar posesión física de dicho título (la promesa independiente). Si bien la posesión del título no hará que la garantía real sea oponible a terceros, sí amparará en cierto grado al acreedor garantizado cuando las condiciones de tal promesa independiente exijan la presentación material del título al emisor para efectuar su cobro. Como el cobro no podrá hacerse efectivo sin la cooperación del acreedor garantizado, un acreedor garantizado que esté en posesión del título podrá exigir al beneficiario de la promesa que obtenga del emisor el reconocimiento de su garantía. Ese reconocimiento daría al acreedor garantizado el control del cobro antes de ceder la posesión del título.

153. La práctica que se siga en materia de cartas de crédito y de garantías independientes influirá considerablemente en la manera en que una garantía real podrá hacerse oponible a terceros en general y en especial frente al emisor o la persona designada. Se debe proteger al emisor de la promesa contra su responsabilidad eventual en el caso de que haya pagado a un acreedor garantizado sin que el cobro se haya reclamado debidamente, o cuando las condiciones estipuladas en el acuerdo de garantía impidan al acreedor garantizado reclamar el pago una vez que se haya efectuado el cobro debidamente. Por esos motivos, en la *Guía* se recomienda que la obtención del control sea el único método por el que un acreedor garantizado pueda obtener la oponibilidad a terceros de su garantía constituida sobre el derecho a recibir el producto de una promesa independiente (véase la recomendación 50).

4. *Oponibilidad a terceros de una garantía real sobre un documento negociable o sobre un bien corporal que sea objeto de un documento negociable*

154. La característica esencial de un título negociable (como por ejemplo, un conocimiento de embarque) es que representa los bienes corporales incorporados al mismo. Dicho título, cuando está debidamente endosado, permite que su tenedor reclame la posesión de esos bienes contra la entrega del título. Por ese motivo, en la mayoría de los

Estados, se suele considerar que la constitución de una garantía real sobre un título negociable constituye en realidad dicho gravamen sobre los propios bienes corporales incorporados al título negociable. De ello se desprende que, si la garantía real sobre el título negociable es oponible a terceros, el acreedor garantizado dispondrá de una garantía real sobre los bienes incorporados al título igualmente oponible a terceros durante el período en que dichos bienes sigan incorporados al título (véase la recomendación 52).

155. El carácter corporal reconocido al título negociable significa que, cuando en un Estado exista un registro general de las garantías reales, toda garantía constituida sobre dicho título podrá hacerse oponible a terceros ya sea por inscripción en el registro general de las garantías reales o por la entrega del título al acreedor garantizado durante el período en que los bienes estén incorporados al título (véase la recomendación 51).

156. Para facilitar la constitución de garantías reales sobre bienes incorporados a títulos negociables, la *Guía* recomienda que se pueda hacer oponible a terceros una garantía real sobre esos bienes, ya sea por inscripción en el registro general de las garantías reales o por la entrega del título, mientras dichos bienes estén incorporados al título (véanse las recomendaciones 51 y 52).

157. En la práctica, es posible que un acreedor garantizado tenga que renunciar a la posesión del título para que el otorgante pueda negociar con los bienes en el curso de su negocio. Ello supondrá normalmente que cesará su oponibilidad a terceros, salvo que el acreedor garantizado la haya hecho también oponible por inscripción registral. En algunos Estados se da al acreedor garantizado un breve plazo de oponibilidad automática a terceros (por ejemplo 15 ó 20 días) a partir de la fecha en que se ceda la posesión del título para que el otorgante pueda vender, intercambiar, cargar o descargar o realizar cualquier otro acto de disposición de las mercancías incorporadas al título negociable. Esta oponibilidad temporal automática a terceros de la garantía no se condiciona a que el acreedor garantizado recupere la oponibilidad de la misma antes de que venza el plazo. En consecuencia, la garantía real será oponible a los derechos de terceros que nazcan durante ese breve plazo (pero no después), aun cuando dicha garantía no se haga oponible a terceros por algún otro método antes de expirar el plazo. Esta solución cuadra bien con la corta duración típica de las operaciones financieras basadas en bienes representados por un título negociable, que suelen estar al servicio de la financiación de una venta internacional de mercancías entre un fabricante o productor originario situado en un Estado y un vendedor al por mayor situado en otro Estado. En el curso normal de su negocio, el acreedor garantizado habrá recibido el pago de su préstamo antes de vencer el plazo y no recuperará nunca la posesión del título negociable. Éste es el enfoque que se recomienda en la *Guía* (véase la recomendación 53).

158. No obstante, debe señalarse que para que exista en esos Estados esa oponibilidad automática a terceros, tiene que estar cerrado el acuerdo de garantía (es decir, la garantía real ha de ser efectiva o válida entre las partes). Cabe considerar el caso en que se haya constituido una garantía real sobre un documento negociable por acuerdo verbal y se haya efectuado la entrega de la posesión del título al acreedor garantizado, en el que la entrega de la posesión no sea meramente un método para lograr la oponibilidad a terceros, sino un elemento esencial para la constitución de dicha garantía real por acuerdo verbal. Ahora bien, cuando la garantía no se haya constituido por entrega de la posesión, será necesario perfeccionarla mediante algún documento escrito. Por consiguiente, si el acreedor garantizado cede temporalmente la posesión de dicho escrito, su garantía no gozará de oponibilidad automática a terceros salvo que exista un escrito que pruebe adecuadamente que la

garantía real sigue existiendo entre las partes (véanse el capítulo II, sobre la constitución de una garantía real, párrafos 30 a 33, y la recomendación 15).

C. Recomendaciones 29 a 53

Finalidad

La finalidad de las disposiciones relativas a la oponibilidad de una garantía real a terceros es sentar las bases para establecer un orden de prelación previsible, equitativo y eficiente por el siguiente método:

a) exigir, como requisito previo para que una garantía real sea oponible a terceros, que dicha garantía sea inscrita en un registro, salvo que la política comercial aconseje hacer alguna excepción o prever algún método alternativo; y

b) establecer un marco jurídico que permita crear y llevar un registro público sencillo, económico y eficiente para la inscripción de todo aviso concerniente a una garantía real.

1. Recomendaciones generales

Oponibilidad de una garantía real a terceros

29. El régimen debería disponer que una garantía real sólo será oponible a terceros si se ha constituido válidamente y se ha seguido alguno de los métodos previstos en las recomendaciones 32, 34 ó 35 para hacerla oponible a terceros.

Validez frente al otorgante de una garantía real no oponible a terceros

30. El régimen debería disponer que toda garantía real válidamente constituida será exigible por su titular frente al otorgante de la garantía, aun cuando esa garantía no sea oponible a terceros.

Oponibilidad a terceros a raíz de una transferencia del bien gravado

31. El régimen debería disponer que una garantía constituida sobre cierto bien, que sea oponible a terceros en el momento de efectuarse la transferencia de algún derecho, distinto de una garantía real, sobre el bien gravado, seguirá gravando dicho bien, a reserva de lo dispuesto en las recomendaciones 79 a 81 (capítulo V, relativo a la prelación de una garantía real) y seguirá siendo oponible a terceros, a reserva de lo que por lo demás disponga la recomendación 65.

Método general para obtener la oponibilidad a terceros: inscripción registral

32. El régimen debería disponer que una garantía real será oponible a terceros si se inscribe un aviso de esa garantía en el registro general de las garantías reales mencionado en las recomendaciones 54 a 75 (capítulo IV, relativo al sistema de registro).

33. El régimen debería disponer que la inscripción registral del aviso de una garantía real ni crea dicha garantía ni es necesaria para constituir la.

Otros métodos y excepciones a la vía registral para obtener la oponibilidad

34. El régimen debería disponer que:

a) cabrá también hacer que una garantía real sea oponible a terceros por alguno de los siguientes métodos:

i) si se trata de bienes corporales, mediante la entrega del bien gravado al acreedor garantizado, conforme a lo previsto en la recomendación 37;

- ii) si se trata de bienes muebles, las garantías sobre los cuales estén sujetas a inscripción en un registro especial o a un sistema de certificados de titularidad, mediante la inscripción en el registro especial o una anotación en el certificado de titularidad, conforme a lo previsto en la recomendación 38;
 - iii) si se trata de un bien incorporado como accesorio fijo a otro bien mueble, las garantías sobre el cual estén sujetas a inscripción en un registro especial o a un sistema de certificados de titularidad, mediante la inscripción en el registro especial o una anotación en el certificado de titularidad, conforme a lo previsto en la recomendación 42;
 - iv) si se trata de un bien incorporado como accesorio fijo de un inmueble, mediante su inscripción como tal en el registro de la propiedad inmobiliaria, conforme a lo previsto en la recomendación 43;
 - v) si se trata de un derecho al cobro de los fondos acreditados en una cuenta bancaria, confiriendo al acreedor garantizado el control de dicha cuenta, conforme a lo previsto en la recomendación 49; y
 - vi) si se trata de bienes corporales incorporados a un título negociable, mediante entrega del título al acreedor garantizado, conforme a lo previsto en las recomendaciones 51 a 53;
- b) una garantía real será automáticamente oponible a terceros:
- i) si se trata del producto reportado por el bien originariamente gravado, siempre que la garantía real sobre dicho bien sea oponible a terceros, conforme a lo previsto en las recomendaciones 39 y 40;
 - ii) si se trata de un bien incorporado como accesorio de otro bien mueble, siempre que la garantía constituida sobre el bien incorporado fuera oponible a terceros antes de pasar a ser un accesorio fijo del otro, conforme a lo previsto en la recomendación 41;
 - iii) si se trata de una masa de bienes o de un producto, siempre que la garantía constituida sobre los bienes originarios fuera oponible a terceros antes de ser mezclados o procesados para pasar a formar parte de la masa o del producto, conforme a lo previsto en la recomendación 44; y
 - iv) si se trata de bienes muebles, en caso de trasladarse el otorgante o de ser trasladados esos bienes al territorio de este Estado, conforme a lo previsto en la recomendación 45; y
- c) toda garantía constituida sobre un derecho personal o real que garantice el pago o alguna otra forma de cumplimiento de un crédito por cobrar, un título negociable o algún otro bien inmaterial, será oponible a terceros, conforme a lo previsto en la recomendación 48.

Método para hacer oponible una garantía constituida sobre el derecho a percibir el producto de una promesa independiente

35. El régimen debería disponer que, a reserva de lo dispuesto en la recomendación 48, sólo podrá hacerse oponible a terceros una garantía constituida sobre el derecho a percibir el producto de una promesa independiente confiriendo al acreedor garantizado el control del cobro de dicho producto, conforme a lo previsto en la recomendación 50.

Diversidad de métodos para obtener la oponibilidad según la categoría del bien gravado

36. El régimen debería prever que cabrá obtener la oponibilidad de la garantía por diversos métodos según cual sea la categoría del bien gravado, con independencia de si esos bienes fueron o no gravados en virtud de un mismo acuerdo de garantía.

Oponibilidad de una garantía real sobre un bien corporal por posesión del bien gravado

37. El régimen debería disponer que cabrá hacer oponible a terceros una garantía real sobre un bien corporal mediante su inscripción en un registro, conforme a lo previsto en la recomendación 32, o mediante entrega del bien gravado al acreedor garantizado.

Oponibilidad de una garantía sobre un bien mueble que haya de inscribirse en un registro especial o anotarse en un certificado de titularidad

38. El régimen debería disponer que una garantía sobre un bien mueble que haya de inscribirse en un registro especial o anotarse en un certificado de titularidad, con arreglo a la ley por lo demás aplicable, podrá hacerse oponible a terceros por inscripción registral ordinaria, conforme a lo previsto en la recomendación 32, o mediante:

- a) su inscripción en el registro especial; o
- b) su anotación en el certificado de titularidad.

Oponibilidad automática de una garantía real sobre el producto de un bien gravado

39. El régimen debería disponer que, si una garantía real sobre un bien gravado es oponible a terceros, la garantía sobre cualquier producto reportado por el bien gravado (inclusive sobre el producto que reporte dicho producto) será automáticamente oponible a terceros al nacer ese producto, con tal de que el producto haya sido descrito en términos genéricos en un aviso debidamente inscrito o siempre que el producto consista en dinero, créditos por cobrar, títulos negociables o el derecho al cobro de fondos acreditados en una cuenta bancaria.

40. El régimen debería disponer que, si el producto no fue descrito en un aviso debidamente inscrito, conforme a lo previsto en la recomendación 39, o no consiste en dinero, créditos por cobrar, títulos negociables o el derecho al cobro de fondos acreditados en una cuenta bancaria, la garantía real sobre el producto seguirá siendo oponible a terceros durante [un breve plazo que se habrá de indicar] días a partir del nacimiento del producto. Si la garantía real sobre ese producto se hace oponible a terceros por alguno de los métodos mencionados en las recomendaciones 32 ó 34 antes de haber expirado dicho plazo, dicha garantía seguirá siendo, en adelante, oponible a terceros.

Oponibilidad automática de una garantía real sobre un accesorio fijo

41. El régimen debería disponer que, si una garantía real sobre un bien corporal es oponible a terceros al ser incorporado dicho bien a otro, en forma de accesorio fijo, dicha garantía seguirá siendo oponible sobre el bien así incorporado sin necesidad de adoptar otras medidas.

Oponibilidad de una garantía real sobre un accesorio fijo de un bien sujeto a inscripción en un registro especial o a anotación en un certificado de titularidad

42. El régimen debería disponer que una garantía sobre un bien incorporado como accesorio fijo a otro bien mueble que, con arreglo a la ley que le sea aplicable, esté sujeto a inscripción en un registro especial o que haya de ser anotado en un certificado de titularidad, podrá hacerse automáticamente oponible, conforme a lo previsto en la recomendación 41, o por:

- a) inscripción en dicho registro especial; o
- b) anotación en el certificado de titularidad del bien principal.

Oponibilidad de una garantía real sobre un accesorio fijo de un bien inmueble

43. El régimen debería disponer que una garantía real sobre un accesorio fijo de un inmueble pasará a ser automáticamente oponible a terceros conforme a lo previsto en la recomendación 41 o mediante su inscripción en el registro de la propiedad inmobiliaria.

Oponibilidad automática de una garantía sobre una masa de bienes o sobre un producto

44. El régimen debería disponer que, si una garantía real sobre un bien corporal sigue siendo oponible a terceros en el momento en que pase a formar parte de una masa de bienes o de un producto, dicha garantía seguirá siendo oponible a terceros, conforme a lo previsto en la recomendación 22 (capítulo IV, relativo a la constitución de una garantía real), sin necesidad de que se adopten otras medidas.

Oponibilidad a raíz de un traslado al territorio de este Estado

45. El régimen debería disponer que, si una garantía constituida sobre cierto bien gravado es oponible a terceros con arreglo a la ley del Estado donde se encuentre el otorgante de la garantía o dicho bien (según cuál de los dos determine el régimen aplicable a la luz de las reglas sobre conflictos de leyes), y si se traslada dicho otorgante o dicho bien al territorio de este Estado, la garantía real seguirá siendo oponible a terceros a tenor de la ley de este Estado, durante [indicar aquí un breve plazo] días a partir de dicho traslado. De cumplirse, dentro de dicho plazo, los requisitos, que exija la ley de este Estado, para que una garantía sea oponible a terceros, dicha garantía seguirá siendo oponible a terceros, con arreglo a la ley de este Estado, al expirar dicho plazo. A efectos de toda regla de este Estado por la que la fecha de inscripción de la garantía o de cumplimiento de algún otro requisito para la obtención de su oponibilidad sea tenida en cuenta para la determinación de la prelación, esa fecha será la fecha de inscripción o la fecha en que se obtuvo la oponibilidad de la garantía con arreglo a la ley del Estado donde se encontraban los bienes del otorgante, con anterioridad a su traslado al territorio de este Estado.

Oponibilidad de una garantía a raíz de algún cambio en el método para obtenerla

46. El régimen debería disponer que la garantía real seguirá siendo oponible a terceros pese a todo cambio en el método por el que se haya de obtener esa oponibilidad, siempre que no haya habido ninguna interrupción de dicha oponibilidad.

Ruptura de la oponibilidad de una garantía e inscripción por adelantado de la misma

47. El régimen debería disponer que, si una garantía perdió su oponibilidad durante cierto tiempo, cabrá restablecer la oponibilidad de dicha garantía. De ser ese el caso, la oponibilidad recuperada surtirá efecto desde la fecha en que se restableció. De modo similar, si una inscripción previa a la constitución de una garantía, conforme a lo previsto en la recomendación 67, expira, conforme a lo previsto en la recomendación 69 (capítulo IV, relativo al sistema de registro), dicha inscripción podrá ser renovada. En tal caso, la inscripción renovada surtirá efecto a partir del momento en que se ha inscriba en el registro el nuevo aviso concerniente a la garantía real.

2. Recomendaciones relativas a ciertos bienes*Oponibilidad de una garantía real constituida sobre un derecho personal o real que garantice el pago de un crédito por cobrar, de un título negociable o de algún otro bien inmaterial*

48. El régimen debería disponer que, si una garantía real sobre un crédito por cobrar, un título negociable o algún otro bien inmaterial al que sea aplicable el presente régimen es oponible a terceros, dicha oponibilidad será extensiva a todo derecho personal o real que garantice el pago u otra forma de cumplimiento de dicho crédito por cobrar, título negociable u otro bien inmaterial, sin necesidad de medida adicional alguna ni del otorgante ni del acreedor garantizado. Si el derecho de garantía personal o real es una promesa independiente, su oponibilidad será automáticamente extensiva al producto de la promesa independiente (pero, conforme a lo previsto en la recomendación 25 b) del capítulo II, relativo a la constitución de una garantía real, la garantía real no será extensiva al derecho al cobro de una promesa independiente). La presente recomendación no afectará a derecho alguno sobre un inmueble que con arreglo a la ley que le sea

aplicable sea transferible por separado del crédito por cobrar, del título negociable o de todo otro bien inmaterial que dicho derecho garantice.

Oponibilidad de una garantía real sobre el derecho al pago de los fondos acreditados en una cuenta bancaria

49. El régimen debería prever que una garantía real sobre un derecho al pago de los fondos acreditados en una cuenta bancaria podrá hacerse oponible a terceros por inscripción registral, conforme a lo previsto en la recomendación 32, o confiriendo al acreedor garantizado el control del derecho al pago de los fondos acreditados en la cuenta bancaria.

Oponibilidad de una garantía real sobre el derecho a percibir el producto de una promesa independiente

50. El régimen debería disponer que, a reserva de lo dispuesto en la recomendación 48, sólo cabrá hacer oponible una garantía real sobre un derecho a percibir el producto de una promesa independiente confiriendo al acreedor garantizado el control del derecho a recibir el producto de dicha promesa independiente.

Oponibilidad de una garantía real sobre un documento negociable o un bien corporal que sea objeto de un documento negociable

51. El régimen debería disponer que cabrá hacer oponible a terceros una garantía constituida sobre un título negociable por inscripción registral, conforme a lo previsto en la recomendación 32, o por entrega del título al acreedor garantizado.

52. El régimen debería disponer que, si una garantía real sobre un título negociable es oponible a terceros, la garantía correspondiente sobre el bien que dicho título lleve incorporado será igualmente oponible a terceros. Durante todo el período en que un título negociable lleve incorporado algún bien, el acreedor garantizado podrá hacer oponible a terceros su garantía real sobre dicho bien obteniendo la posesión del título.

53. El régimen debería disponer que toda garantía constituida sobre un título negociable, que hizo oponible a terceros al hacerse entrega del título al acreedor garantizado, seguirá siendo oponible a terceros durante [indicar aquí un breve plazo] días a partir de la fecha en la que se restituya el título negociable al otorgante o a alguna otra persona para proceder a la venta o el intercambio definitivo de las mercancías, o a su carga o descarga de un buque o a todo otro acto de disposición de los bienes o mercancías incorporados al título negociable.

IV. El sistema de registro

A. Observaciones generales

1. Introducción

1. El fomento de la certeza y de la transparencia de las garantías reales sobre bienes corporales es un elemento fundamental de todo régimen moderno de las operaciones garantizadas. No hay factor más primordial que el establecimiento de un sistema registral basado en las notificaciones (véase la recomendación 1 f)). Por esta razón, se ha dedicado un capítulo entero de la *Guía* al diseño óptimo, a la organización y a los detalles de funcionamiento de tal sistema registral. Históricamente, la posesión física fue el mecanismo básico para la constitución de garantías reales sobre bienes corporales. No obstante, con el transcurso del tiempo los Estados han ido elaborando otros mecanismos para la constitución y el registro de esos derechos. Algunos Estados recurrieron al mantenimiento de registros por el sector privado, como por ejemplo, por conducto de la oficina de un notario, mientras que otros elaboraron sistemas públicos de registro de la propiedad de bienes específicos. Al ir en aumento el número de operaciones que comportaban una separación de la propiedad, por un lado, y la posesión de bienes muebles, por otro (como los arrendamientos, los préstamos y las ventas con reserva de la titularidad) y ampliarse las empresas que generaron y utilizaron bienes inmateriales, los Estados se vieron obligados a idear otros mecanismos de registro para hacer públicas las garantías reales sobre bienes muebles.

2. El diseño y las características operativas de un sistema de registro dependerán en gran parte de los fines que los Estados persigan al establecerlo. No hay uniformidad alguna entre los Estados en cuanto a los fines que quieren lograrse por medio de un sistema de registro. Algunos Estados pueden, por ejemplo, tratar de dejar constancia de la propiedad efectiva sobre las categorías de bienes muebles de carácter suficientemente duradero y de suficiente valor para justificar la inversión que implica el establecimiento y la explotación de un sistema registral. Otros Estados establecen registros de un alcance más restringido para fines de carácter más limitado, por ejemplo, registros para garantías generales exclusivamente, dejando que la titularidad se establezca mediante pruebas no consignadas en registro público.

3. El registro general de las garantías reales que se recomienda en la *Guía* es un registro que se centra en la inscripción de información sobre garantías reales existentes o potenciales constituidas sobre bienes muebles. Como tal, el sistema de inscripción tiene tres finalidades principales. La primera es brindar a los acreedores garantizados un método general para lograr la eficacia frente a terceros de las garantías reales constituidas sobre todos los tipos de bienes muebles, excepto sobre el derecho a percibir el producto de una promesa independiente. En segundo lugar, la inscripción proporciona a los terceros una fuente objetiva de información para determinar si los bienes que obran en posesión de un otorgante pueden estar sujetos a una garantía real. En tercer lugar, la inscripción registral contribuye a la determinación eficiente y justa del orden de prelación mediante el estable-

cimiento de una referencia temporal objetivamente verificable para aplicar las normas en materia de prelación basadas en el momento de la inscripción.

4. Si bien la inscripción de una notificación en el registro general de garantías reales es el método principal que se recomienda en la *Guía* para lograr la oponibilidad de una garantía real a terceros, la inscripción en sí no trae consigo la oponibilidad a terceros y tampoco constituye un requisito para la constitución de una garantía real (véanse las recomendaciones 13, 14 y 33). Tal como se explica en el capítulo III, relativo a la oponibilidad de una garantía real a terceros (véanse los párrafos 35 y 36), la garantía real sólo adquiere eficacia frente a terceros una vez que se ha procedido a la inscripción y que se han cumplido los requisitos para la constitución de la garantía. No obstante, conviene señalar que, conforme a las recomendaciones del presente capítulo, la inscripción de una notificación en el registro general de garantías reales puede efectuarse antes de que se concierte un acuerdo de garantía o de que se constituya una garantía real (véase la recomendación 67).

5. La inscripción no entraña lo que se conoce como la “notificación implícita” de la garantía real mencionada en la notificación. La doctrina de la notificación implícita sólo es pertinente en un régimen legal de prelación que permita a un tercero que desconozca la existencia de una garantía real adquirir el bien gravado libre de dicha garantía real. Sin embargo, en virtud del régimen de prelación basado en la inscripción registral que se describe en el capítulo V de la *Guía*, el conocimiento por parte de un reclamante concurrente de la existencia de una garantía real previa no tiene incidencia alguna en la determinación del orden de prelación (véase la recomendación 93).

6. Los rasgos específicos de un registro general moderno de las garantías reales se examinan en las diversas secciones del presente capítulo. Concretamente, en la sección A.2 se abordan varias consideraciones relativas a la estructura y funcionamiento de tal registro. En las secciones A.3 y A.4 se analizan las cuestiones relacionadas con la seguridad, integridad y fiabilidad del fichero del registro. En la sección A.5 se examina el contenido requerido de las notificaciones que podrán inscribirse en el registro. En las secciones A.6 a A.9 se analizan varios detalles relativos a la inscripción anticipada, al plazo de validez, a la enmienda y a la cancelación de la inscripción registral. En la sección A.10 se estudia brevemente el tema de los registros especiales. El capítulo IV concluye en la sección B con una serie de recomendaciones concretas acerca de la concepción y el funcionamiento del sistema de un registro general de garantías reales encaminadas a asegurar que los procesos de inscripción y consulta sean sencillos, eficientes y fácilmente accesibles. La cuestión del Estado en que la inscripción debería hacerse en el caso de las operaciones con un componente transfronterizo se trata en el capítulo X, relativo al conflicto de leyes.

2. Marco funcional del registro

a) Generalidades

7. La mayoría de los Estados no tienen un registro general centralizado para las garantías reales sobre todos los tipos de bienes muebles. Por lo tanto, la creación de un sistema de registro general para las garantías reales constituidas sobre bienes muebles puede suponer un cambio significativo. Algunos Estados tienen registros de la propiedad de bienes específicos y de los gravámenes que pesan sobre ellos, como los registros de buques, aeronaves o vehículos motorizados. Otros Estados cuentan con múltiples registros de la propiedad de bienes que se basan en la categoría del bien, el tipo de otorgante o el tipo de

acreedor. Muchos Estados exigen la inscripción registral de los documentos específicos acreditativos de la constitución de la garantía real o que dichos documentos se adjunten a toda solicitud de inscripción.

8. El registro general de garantías reales que se recomienda en la *Guía* es muy distinto de los ejemplos de registros existentes que acaban de señalarse. En primer lugar, conforme a lo recomendado, habría que establecer un único registro central en el que se inscribieran todas las garantías reales constituidas sobre todos los tipos de bienes muebles. En segundo lugar, la inscripción se efectuaría presentando una simple notificación en la que se indicaran sólo los detalles más importantes del acuerdo de garantía; el solicitante de la inscripción no estaría obligado a presentar la documentación pertinente sobre la garantía ni a probar de algún otro modo su existencia. Con este tipo de registro se pretende, por tanto, paliar la ineficiencia, los gastos y los retrasos causados por la diversidad de enfoques y la multiplicidad de registros.

b) *Educación pública y formación*

9. La novedad que representa para muchos Estados el establecimiento de un registro general de las garantías reales radica en que los Estados deben adoptar medidas para asegurar que las comunidades empresarial y jurídica conozcan la existencia y la función sustantiva que desempeña la inscripción registral, y que estén debidamente informadas al respecto, mucho antes de la entrada en vigor de la legislación en la materia. Es igualmente indispensable cerciorarse de que los posibles clientes del registro reciban un asesoramiento claro y preciso acerca de los aspectos logísticos prácticos de los procesos de inscripción y consulta, por ejemplo, mediante la difusión de directrices y manuales (presentados, idóneamente, tanto en forma impresa como electrónica) y la celebración de sesiones de información personal y de formación. Aunque la autoridad gubernamental competente tomará normalmente la iniciativa en la organización de actividades apropiadas de educación pública y orientación, es también posible recurrir a los conocimientos especializados de las comunidades jurídica y empresarial. Estas iniciativas no tienen por qué ser muy gravosas, habida cuenta de que en los Estados que ya han introducido reformas similares se dispone de modelos de ejecución y de material ya publicado sobre la materia.

c) *El concepto de inscripción de notificaciones en un registro*

10. Como ya se ha indicado (véanse los párrafos 7 y 8 *supra*), en el transcurso de los años, los Estados han desarrollado distintos tipos de sistemas de registro para bienes muebles. Uno de los más comunes puede describirse como sistema de registro de la propiedad. Este tipo de registro prevé la inscripción de la propiedad de bienes y a veces de los gravámenes y otras operaciones que afectan la titularidad sobre determinados bienes muebles, como, por ejemplo, los buques. Un registro de la propiedad funciona como una fuente de información positiva sobre el estado actual de la propiedad de bienes concretos. Para proteger la integridad de la inscripción de la titularidad, el autor de la inscripción deberá por lo general inscribir los documentos acreditativos de la transferencia efectiva del título de propiedad o de la garantía, o bien un resumen notarial o certificado de esos documentos después de haberlos presentado para que los examine el encargado del registro.

11. Varios Estados han instaurado lo que cabría denominar un sistema de inscripción de documentos para garantías reales que, aunque no deja constancia de la inscripción de la

propiedad de bienes muebles, sirve como prueba presuntiva de la existencia de determinados mecanismos de garantía. A menudo, los Estados tienen múltiples registros de este tipo, según el bien, el otorgante o el acreedor de que se trate, o según el tipo de mecanismo de garantía utilizado. Sin embargo, a veces los Estados han unificado los registros documentarios de las garantías reales. Independientemente de que los registros sean múltiples o de que haya uno solo, la documentación acreditativa de la garantía se presenta al encargado del registro, el cual la verifica y expide después un certificado de inscripción que constituye al menos una prueba presuntiva (si no concluyente) de la existencia de la garantía real.

12. En contraste con esos sistemas, el registro general de garantías reales recomendado en la *Guía* se basa en el concepto de la inscripción de notificaciones. En un sistema de inscripción de notificaciones, no se exige inscribir la documentación acreditativa de la garantía real ni tampoco presentarla para que la examine el encargado del registro. La inscripción registral se efectúa simplemente depositando una mera notificación que sólo contendrá los datos básicos sobre la garantía real a que se refiera: *a)* la identidad de las partes; *b)* una descripción de los bienes gravados, y *c)* según sea la política de cada Estado, la cuantía máxima por la que se otorga la garantía y la duración solicitada de la inscripción (véase la recomendación 57).

13. Ese sistema de inscripción de una mera notificación de la garantía tiene muchas ventajas. Simplifica mucho el proceso de inscripción y reduce al mínimo la labor administrativa y de archivo del registro. Además, los solicitantes de inscripciones ya no están sujetos a demoras ni a los gastos que entraña la obligación de presentar pruebas de la existencia de la documentación acreditativa de la garantía. Por otra parte, el registro ya no precisa dependencias para almacenar esa documentación y no tiene que contratar personal para examinarla, con lo que disminuye enormemente el riesgo de errores por parte del registro y de la consiguiente responsabilidad. Además, como las notificaciones sólo deben contener detalles básicos, resulta mucho más fácil consignar esos datos electrónicamente en el registro, en vez de incorporar la notificación a un sistema sobre papel, lo cual genera más gastos y requiere más tiempo. Por último, la inscripción de notificaciones, y no de documentos, es suficiente, habida cuenta de las consecuencias jurídicas de la inscripción registral, es decir, la oponibilidad a terceros, más que la constitución de una garantía real (véase el capítulo II, sobre la constitución de una garantía real, párrs. 2 a 7, así como el capítulo III, sobre la oponibilidad de una garantía real a terceros, párrafos 6 a 8).

14. Los sistemas registrales basados en el concepto de la inscripción de una mera notificación de la garantía están regulados en un número cada vez mayor de ordenamientos jurídicos, y han suscitado también un notable apoyo internacional (véanse la Ley modelo sobre operaciones garantizadas del Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo, la Ley Modelo Interamericana de Garantías Mobiliarias, de la Organización de los Estados Americanos, la *Guía* sobre los registros de bienes muebles del Banco Asiático de Desarrollo, el Convenio relativo a las garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil y los protocolos conexos, y el anexo de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional)¹. Ante tal evolución, la presente *Guía* se recomienda a los Estados que adopten este modelo de registro general de las garantías reales (véase la recomendación 54).

¹ Véase la Introducción, notas 3 a 9.

d) *Requisitos previos para efectuar una inscripción registral*

15. Las formalidades y los requisitos previos para la inscripción registral varían de un Estado a otro. En muchos Estados, la notificación que se inscribe en el registro tiene por objeto constituir una prueba concluyente o presuntiva de la existencia de una garantía real. Cuando ello es así, el encargado del registro o algún otro funcionario público tiene que examinar detenidamente el contenido del acuerdo de garantía y confirmar la exactitud y los efectos de los datos consignados en la notificación inscrita.

16. Como ya se ha señalado (véase el párrafo 13 *supra*), en un registro general de garantías reales basado en la inscripción de notificaciones, no hay necesidad de ninguna verificación ni examen oficiales de la documentación sobre la garantía. Ese sistema registral tampoco requiere el examen o la aprobación previos del contenido de la notificación inscrita. La adición de un requisito que previera la aprobación oficial de la inscripción sería incompatible con la clase de proceso de inscripción rápido y de bajo costo necesario para promover el crédito garantizado. La idea básica a este respecto es permitir la inscripción sin ninguna formalidad ulterior (por ejemplo, atestación, declaración jurada o autenticación notarial de los documentos) mientras se paguen los derechos de inscripción requeridos y se llenen las casillas de información correspondientes, sea cual fuere su contenido (véase la recomendación 54 c)).

17. Como la inscripción registral de una notificación de una garantía real es importante para un acreedor garantizado en relación con la oponibilidad a terceros y el grado de prelación de su garantía real, el autor de la inscripción será normalmente el acreedor garantizado o la persona designada por éste. Sin embargo, dado que en un sistema registral basado en notificaciones se elimina todo requisito de examen oficial de la documentación sobre la garantía para poder efectuar una inscripción, no suele haber restricciones sobre las personas autorizadas a efectuar tal inscripción (salvo si es necesario a efectos de la seguridad del sistema de determinación de la identidad; véase el párrafo 48 *infra*). Por la misma razón, no es necesario demostrar el consentimiento del otorgante en el momento de la inscripción ni tampoco que tal consentimiento forme parte de la información que se inscriba. Si bien en muchos Estados se exige que el otorgante consienta en la inscripción, se considera habitualmente que la mera existencia del acuerdo de garantía es prueba suficiente del consentimiento del otorgante a que se haga la inscripción inmediata, tanto si el acuerdo se celebra antes de la inscripción como si ello ocurre después de dicha inscripción (véase la recomendación 54 d)).

e) *Acceso a documentación oficiosa sobre la garantía*

18. Con la inscripción en un sistema basado en notificaciones se pretende avisar a los terceros de la posible existencia de tal garantía, a fin de que adopten medidas para protegerse frente a ese riesgo. No obstante, la notificación inscrita en el registro no contiene toda la información necesaria para que un tercero pueda determinar si existe realmente una garantía real y, de ser así, en qué situación se encuentra o cuáles son las cláusulas del acuerdo de garantía. Por lo tanto, un tercero tendrá que solicitar al otorgante o al acreedor garantizado acceso a la documentación acreditativa de la garantía en el fichero del registro, que no figure en el registro. Por ejemplo, un comprador o acreedor garantizado potencial puede negarse a llevar adelante una operación de financiación de adquisiciones a menos que se cancele una inscripción preexistente o que el acreedor garantizado cuyo

nombre figure en la inscripción registrada se comprometa a subordinar su derecho al del comprador o acreedor garantizado potencial.

19. Algunos Estados imponen a los acreedores garantizados la obligación de responder a las solicitudes de información presentadas por terceros acerca de la situación, en un determinado momento, de una garantía real mencionada en una notificación inscrita, inclusive sobre el importe existente, en un momento dado de la obligación garantizada aún pendiente de pago. Este requisito suele imponerse a fin de ayudar a los acreedores ordinarios (incluidos los acreedores judiciales) a determinar si una garantía real existe verdaderamente y, de ser así, a comprobar si el superávit del valor de los bienes del otorgante es suficiente para justificar los gastos que pueda entrañar una acción judicial de ejecución o un intento de embargar y vender dichos bienes. El derecho a solicitar esta información suele hacerse extensivo a todos los acreedores existentes, así como a las personas que reclamen un derecho real (por ejemplo, de propiedad o de copropiedad) sobre los bienes descritos en una notificación inscrita. El motivo de este requisito es que se supone que el otorgante no estará siempre dispuesto a proporcionar voluntariamente esta información a los acreedores existentes o a las personas que impugnen sus derechos sobre los bienes gravados. Otros Estados no prevén este requisito, pero obligan a los deudores judiciales a prestar declaración bajo juramento acerca de sus bienes y del alcance de los eventuales gravámenes que pesan sobre ellos. Dado que se trata en gran medida de una cuestión regulada por la legislación de cada Estado sobre las relaciones entre deudores y acreedores, en la *Guía* no se adopta ninguna posición acerca de si debe obligarse a los acreedores garantizados a responder a las solicitudes de información formuladas por terceros.

f) *Protección de los otorgantes frente a toda inscripción registral no autorizada*

20. Como los requisitos previos para la inscripción registral en estos sistemas son mínimos, existe el riesgo de que se hagan inscripciones en relación con una garantía real que no exista o ya no surta efectos. Si ello ocurre, se facilita normalmente al otorgante la posibilidad de utilizar un procedimiento administrativo sumario para obligar a que se cancele toda inscripción registral no autorizada o que haya expirado. Algunos Estados sienten preocupación por el posible fraude y uso indebido de estos tipos de sistemas de inscripción registral de notificaciones en los que las inscripciones pueden hacerse con un mínimo de formalidades. Para paliar el problema, algunos Estados imponen sanciones administrativas a los autores de inscripciones o cancelaciones no autorizadas. Sin embargo, el tipo de salvaguardias que introduzca un Estado, y su alcance, dependen de la decisión que adopte dicho Estado ante tal riesgo, tras la realización de un análisis de costos y beneficios acerca de la complejidad y los gastos adicionales que es probable que toda prohibición de esa índole traiga consigo. En la *Guía* se recomienda este mismo enfoque (véanse las recomendaciones 55 c) y 72 b)).

g) *Fichero del registro centralizado y unificado*

21. En algunos Estados, los sistemas de registro están descentralizados y son múltiples. Por ejemplo, sucede con frecuencia que las oficinas del registro de la propiedad agraria estén organizadas por regiones, provincias o distritos. Además, en muchos Estados, hay múltiples registros para la inscripción de garantías reales sobre bienes muebles, en función del tipo de bien (por ejemplo, aeronaves, buques, bienes de equipo, créditos por cobrar o existencias), del otorgante (por ejemplo, una persona física o jurídica) o de la naturaleza

de la garantía real (por ejemplo, una combinación de una carga fija y otra flotante, una hipoteca sobre empresas, una operación de retención de la titularidad o una pignoración sin desplazamiento). Con la excepción de los registros de titularidad sobre bienes, concretamente sobre bienes móviles como buques y aeronaves, estos registros múltiples tendían a crearse a resultas del reconocimiento, caso por caso, de distintos mecanismos de garantías sin desplazamiento sobre bienes muebles.

22. Cuando los Estados adoptan finalmente un concepto funcional de una garantía real sobre bienes muebles, existe un fuerte incentivo, a la vez, para centralizar y unificar o fusionar el sistema de registro. Dicho de otro modo, cuando las normas sustantivas que rigen las garantías reales se refunden en un régimen regulador uniforme, resulta posible y más eficiente fusionar todas las inscripciones registrales en un único fichero de registro, independientemente del tipo de bien, de la naturaleza del otorgante como persona física o jurídica, o del carácter de la garantía real. Además, incluso entre los Estados que mantienen una diversidad formal de derechos reales en garantía de la financiación de adquisiciones (lo que en la presente *Guía* se denomina un enfoque no unitario de la financiación de adquisiciones; véase el capítulo IX, sobre la financiación de adquisiciones), sigue siendo posible y eficiente prever la inscripción registral de todos estos derechos en el registro general de las garantías reales.

23. Lo idóneo sería que el fichero se llevara en cada país en forma electrónica en una única base de datos centralizada. En los Estados en que se llevan ficheros regionales o de distrito, es necesario prever reglas complejas para determinar el lugar apropiado de la inscripción a fin de hacer frente a las consecuencias de un traslado de los bienes o de un cambio de ubicación del otorgante. Aun cuando es posible imaginar la integración de múltiples registros descentralizados, los objetivos de eficiencia, accesibilidad y transparencia del sistema de inscripción se logran de forma más completa mediante la fusión y centralización de un registro en forma electrónica del tipo recomendado en la presente *Guía* (véase la recomendación 54 e)).

24. La creación de una base de datos de registros centralizados puede hacer que los Estados sientan inquietud por el problema del acceso a ella en pie de igualdad por parte de los usuarios que residen en lugares remotos. Sin embargo, la moderna tecnología de las comunicaciones respalda la rápida transmisión de las notificaciones que se presenten al registro central por conducto de una de sus sucursales. En otras palabras, si se establece un fichero en forma electrónica, es posible utilizar las oficinas locales como puntos de acceso al registro que se lleva centralmente. Ésta es una importante ventaja que tienen los registros electrónicos. Además, los registros electrónicos permiten establecer mecanismos para el acceso informático al fichero. Mientras haya protocolos apropiados para la inscripción registral y la consulta, ello significa que se podrá tener acceso al registro desde cualquier lugar en que se disponga de conexión con Internet u otros sistemas electrónicos. Por último, incluso si el registro se lleva en forma electrónica, sigue siendo posible permitir la inscripción registral consignada sobre papel. En tales casos, sólo es necesario que el personal del registro transcriba la información presentada sobre papel en el fichero informatizado. Sin embargo, esa transcripción manual de los datos puede aumentar el riesgo de error y la responsabilidad del registro. Asimismo, hará aumentar inevitablemente el costo de las inscripciones, pues el registro precisará personal para efectuar las transcripciones. Así pues, en la concepción del registro habría que procurar que quienes deseen inscribir notificaciones tengan la responsabilidad de introducirlas directamente por vía electrónica de conformidad con la plantilla prevista a efectos de inscripción. Éste es el enfoque recomendado en la *Guía* (véase la recomendación 54 e) a j)).

h) Acceso público

25. Uno de los objetivos fundamentales de todo sistema de registro es aumentar la certidumbre en cuanto a los derechos de propiedad. Un registro que funcione debidamente permite a los terceros interesados, inclusive a los acreedores actuales y futuros, así como a los compradores de bienes gravados, determinar si se ha constituido una garantía real sobre los bienes de una persona. Con esta información, los terceros pueden adoptar medidas para protegerse frente al riesgo que ello represente para la prelación de sus posibles derechos, o frente a los efectos que esa garantía real pueda tener sobre sus derechos existentes.

26. Para lograr ese objetivo, el fichero de un registro debe ser normalmente accesible al público. Los Estados tienen distintas concepciones acerca del equilibrio que debe establecerse entre el acceso público por los terceros interesados y la protección de la confidencialidad de la relación de un otorgante y un acreedor garantizado. Las opciones normativas giran en torno a dos cuestiones, a saber: *a*) si deben imponerse restricciones a quien tenga derecho a consultar el registro, y *b*) qué criterios pueden aplicarse para poder consultarlo. Estas dos cuestiones se examinan sucesivamente a continuación.

i) Derecho a consultar el registro

27. En unos cuantos Estados, el acceso al fichero del registro para consultarlo está limitado a las personas que pueden demostrar una razón “legítima” para hacerlo. Lo que constituye una razón legítima varía mucho de un Estado a otro y, algunas veces, los criterios están definidos dentro de límites tan restringidos que puede quedar en entredicho la libre competencia para obtener crédito. Además, la imposición de criterios para tener acceso al registro implica que alguien deberá juzgar para determinar la “legitimidad” de la consulta, requisito de procedimiento que restará agilidad al proceso e incrementará el costo administrativo de la realización de una consulta.

28. En los Estados que han creado un registro general de garantías reales basado en la inscripción de notificaciones, no se impone ningún tipo de restricción al acceso del público a tal registro. La autorización de un acceso público sin límites no pone en peligro la confidencialidad de la relación entre un otorgante y un acreedor garantizado. La confidencialidad se garantiza porque en la notificación inscrita sólo se consigna información limitada sobre los asuntos del otorgante. Dicho de otro modo, en la notificación presentada al registro sólo se indican habitualmente los nombres de las partes (o el nombre de un representante del acreedor garantizado), una descripción de los bienes gravados y la duración de la inscripción (y, en algunos casos, la cantidad máxima del gravamen de la garantía real sobre el bien, aunque no la suma del caso). Dado que en la *Guía* se recomienda la adopción de un registro general de garantías reales basado en notificaciones, se recomienda asimismo que, a fin de evitar gastos y retrasos innecesarios, las partes que deseen consultar el registro no tengan que demostrar que tienen un “motivo legítimo” para hacerlo ni deban justificar su deseo de alguna otra forma (véase la recomendación 54 *f*) a *g*)).

ii) Consulta por referencia al otorgante o al acreedor garantizado

29. Como se explica en la siguiente subsección, la función jurídica de un registro general de garantías reales exige que el fichero se organice de modo tal que puedan realizarse búsquedas indicando el nombre del acreedor garantizado, y no el del otorgante. No obstante,

en la práctica, la cantidad de notificaciones inscritas por un determinado acreedor garantizado, y su contenido, tienen un valor potencial de mercado para las empresas deseosas de comercializar productos financieros relacionados con el mercado y otros productos e interesadas en conocer las listas de clientes de dicho acreedor. Así pues, algunos Estados, para incrementar sus ingresos, permiten que se hagan búsquedas en el fichero del registro sobre la base de la identidad del acreedor garantizado y también de la del otorgante; sin embargo, la mayoría de los Estados no lo autorizan. En esos Estados se considera que, dado que la capacidad para extraer y vender este tipo de información no se ajusta a la función del registro, la autorización de búsquedas basadas en el nombre del acreedor garantizado podría violar las expectativas comerciales de confidencialidad y mermar la confianza pública en el sistema. Por estas mismas razones, la *Guía* recomienda que el único criterio de búsqueda públicamente disponible sea el nombre u otro dato de identificación del otorgante (véase la recomendación 54 h)). No obstante, es posible que los Estados, para fines administrativos internos (y no para consultas públicas), deseen establecer la funcionalidad de la consulta técnica basada en el nombre del acreedor garantizado porque facilita el procesamiento de las enmiendas de múltiples notificaciones inscritas en los casos en que el acreedor garantizado modifica el nombre de su empresa.

30. En aras de la eficiencia, algunos Estados permiten explícitamente a quien haga una inscripción indicar en la notificación inscrita el nombre del acreedor garantizado, mencionando un fideicomisario, agente u otro representante de aquél. Este enfoque facilita, por ejemplo, los acuerdos de préstamo concedido por un consorcio, ya que en ellos sólo se identifica como acreedor garantizado al banco principal o a su nominatario. Ello es sin perjuicio de los derechos de terceros, mientras la persona a la que se identifique como acreedor garantizado en la notificación esté de hecho autorizada a actuar en nombre del acreedor garantizado efectivo en cualquier comunicación o controversia relacionada con la garantía real a la que se refiera la inscripción registral. En definitiva, el motivo fundamental para exigir que en una notificación inscrita se mencione el nombre del acreedor garantizado es que las personas que consulten el registro averigüen con quién deben ponerse en contacto para obtener más información sobre las eventuales garantías reales que graven los bienes especificados del otorgante. Este enfoque tiene, por lo demás, la ventaja de tomar también en cuenta el problema de la protección de la información comercial confidencial de los acreedores garantizados. Dado que facilita la financiación garantizada sin perjudicar al otorgante ni a los terceros, éste es el enfoque recomendado en la *Guía* (véase la recomendación 57 a)).

i) *Indización por referencia al nombre del otorgante o a los bienes*

31. El interés primordial de un reclamante concurrente es determinar si algún bien concreto de un otorgante está gravado. Por este motivo, teóricamente, los registros podrían organizarse de forma que las personas que desearan consultarlos pudieran tener acceso a esa información, ya sea por referencia al nombre o a otro dato identificador del otorgante o al propio bien. Tradicionalmente, los registros de la propiedad agraria están organizados e indizados por referencia al bien (parcela o terreno), y no al propietario. Por consiguiente, los gravámenes sobre tierras están también indizados por referencia al bien, más que por referencia al otorgante. Del mismo modo, como ya se ha señalado, en algunos Estados también existen registros especiales de bienes muebles (por ejemplo, buques, aeronaves y, a veces, vehículos de motor) en los que constan la titularidad, así como las garantías reales y otros gravámenes. Estos registros también suelen estar organizados sobre la base de un

sistema de indización de bienes. No obstante, cuando se trata de registros encaminados a hacer constar sólo las garantías reales constituidas sobre bienes muebles, las inscripciones se ingresan, indizan y consultan únicamente por referencia a la identidad del otorgante de la garantía real, y no por referencia al bien.

32. La indización basada en el nombre del otorgante goza de tanta popularidad, en el contexto de los registros generales de garantías reales, porque simplifica mucho el proceso de inscripción. El acreedor garantizado podrá lograr la oponibilidad a terceros de una garantía real constituida incluso sobre todos los bienes muebles existentes y futuros de un otorgante mediante una sola inscripción. El acreedor garantizado no necesitará actualizar la inscripción cada vez que el otorgante adquiera un nuevo bien, mientras éste corresponda a la descripción que figure en la notificación correspondiente. Por lo tanto, la *Guía* recomienda que el principal mecanismo de indización de las notificaciones inscritas en el registro general de las garantías reales sea la identidad del otorgante (véase la recomendación 54 h)).

33. Sin embargo, la indización basada en el nombre del otorgante tiene un importante inconveniente. Si los bienes gravados pasan a ser objeto de cesiones sucesivas no autorizadas, los eventuales acreedores garantizados y compradores no podrán protegerse efectuando una consulta con indicación del nombre del propietario aparente inmediato de los bienes. Al estar el sistema indizado por referencia al nombre del otorgante, la consulta no revelará ninguna garantía real otorgada por alguno de los aparentes propietarios anteriores. Este problema puede ilustrarse con un ejemplo. El otorgante A puede vender, sin la autorización o el conocimiento del acreedor garantizado B, bienes que estén gravados por una garantía real a un comprador C que, a su vez, puede proponer a D la venta de los bienes o el otorgamiento de una garantía real sobre ellos. Suponiendo que D ignore que C adquirió los bienes del otorgante inicial, D consultará el registro utilizando únicamente el nombre de C. Como la notificación estará indizada en función del nombre del otorgante inicial (A), la búsqueda de D no revelará la garantía real inscrita. Por consiguiente, en un sistema registral indizado por referencia al nombre del otorgante, todo posible acreedor garantizado o comprador, a fin de obtener información exhaustiva sobre las garantías reales que puedan gravar los bienes de una persona, deberá obtener información de fuentes distintas del registro público para así determinar la cadena de propietarios de esos bienes.

34. A fin de evitar este problema, algunos Estados organizan sus registros generales de garantías reales previendo una indización y consultas suplementarias basadas en los bienes cuando se trata de bienes de alto valor y duraderos para los que exista un mercado de reventa y para cada uno de los cuales exista un dato de identificación universal y fiable de tipo numérico o de otra índole que pueda utilizarse como criterio de referencia en una consulta. En la mayoría de los casos, estos índices suplementarios basados en los bienes se aplican a los vehículos de motor, donde las inscripciones están también indizadas en función del número de serie del fabricante.

35. No obstante, la identificación mediante el número de serie tiene también sus inconvenientes, ya que impone a los acreedores garantizados una carga adicional de inscripción y un determinado riesgo; además, limita la posibilidad de lograr la oponibilidad a terceros en el caso de los bienes futuros o de los bienes agrupados, como las existencias. Cuando el bien gravado constituye un bien de equipo de capital o un bien de consumo que esté en manos del otorgante, tanto éste como el acreedor garantizado suelen tratarlo como un bien aparte. Así pues, el requisito administrativo de tener que hacer constar también, en la notificación inscrita, un dato numérico concreto de identificación no supondrá una carga

onerosa. En cambio, si los bienes gravados están en manos del otorgante, que los conserva como existencias con el fin de venderlas o arrendarlas, el requisito de consignar en la inscripción una descripción con un número de serie impondría a los acreedores garantizados una carga inviable, puesto que tendrían que inscribir enmiendas para registrar el número de serie de cada nuevo artículo de las existencias que fuera adquiriendo el otorgante. En cualquier caso, la identificación de las existencias con un número de serie es de ordinario innecesaria para proteger a los compradores y a los arrendatarios. En la mayoría de los casos, adquirirán los bienes gravados en el curso ordinario de los negocios del vendedor, en cuyo caso la adquisición de los bienes no estará sujeta al gravamen de ninguna garantía real constituida por el vendedor o por cualquier propietario inmediatamente anterior a éste (véanse las recomendaciones 80 a 82). Por estas razones, los Estados que prevén un espacio para llenar con la indicación del número de serie a efectos de inscripción en el registro general de garantías reales suelen limitar el requisito imperativo de indicación del número de serie a los casos en que los bienes identificados con números de serie no se conservan a título de existencias (véanse también los párrafos 85 y 115 *infra*).

36. Además, como ya se ha señalado, desde la perspectiva de los costos y beneficios, debería limitarse el alcance de la inscripción del número de serie a los bienes con un valor relativamente alto y duraderos para los que exista un mercado de reventa, ya que éstas son las únicas categorías de bienes gravados en que el temor a causar perjuicios a partes remotas puede plantear problemas en la práctica. Para que la inscripción y las consultas del registro basadas en los bienes resulten viables para estos tipos de bienes, es preciso también que sea un tipo de bienes para los cuales exista un dato de identificación numérico o de carácter similar que sea singular, fiable y universalmente reconocido.

j) *Derechos de inscripción y de consulta*

37. La lógica fundamental de un sistema de registro general de las garantías reales es aumentar la transparencia y la certeza con respecto a las garantías reales sobre bienes inmuebles. Por este motivo, los sistemas de registro modernos están concebidos de manera que alienten a las partes a utilizar el sistema para efectuar inscripciones y consultas. Por consiguiente, es de importancia clave que los derechos de inscripción o de consulta se fijen a un nivel que facilite el acceso al registro, al tiempo que permita al sistema recuperar sus gastos de capital y funcionamiento en un plazo razonable. Unos derechos excesivos destinados a incrementar los ingresos, y no a respaldar los costos del sistema, equivaldrán a un impuesto (desembolsado en última instancia por los prestatarios) que desalentará el acceso al sistema y su utilización. En consecuencia, en la *Guía* se recomienda que los derechos que se cobren por utilizar el registro no sean superiores a lo requerido para que el sistema pueda autofinanciarse (véase la recomendación 54 *i*)).

k) *Métodos de acceso al registro*

38. Tradicionalmente, el fichero de inscripción tenía que llevarse en soporte de papel. Sin embargo, el advenimiento de la técnica de archivo digital ha facilitado el establecimiento de bases de datos informáticas, lo cual ha hecho disminuir enormemente la labor administrativa y de archivo de datos en el registro.

39. Un fichero informatizado supone muchas ventajas frente a un sistema basado en documentos sobre papel. La ventaja más evidente radica en que los archivos ocupan menos espacio y son más fáciles de consultar. Además, la mayoría de los sistemas modernos

autorizan la presentación electrónica de las inscripciones registrales y la presentación y obtención electrónicas de las solicitudes de consulta, así como de sus resultados, con lo cual se facilita al cliente el acceso directo al sistema. Además, la mayor parte de los sistemas modernos permiten el acceso electrónico directo con miras a enmendar o cancelar una inscripción. Este acceso directo por parte de los clientes reduce notablemente los costos de explotación y mantenimiento del sistema; también incrementa la eficiencia del proceso de inscripción poniendo el control directo del momento de la inscripción en manos de quien la efectúe. En particular, el acceso electrónico directo elimina el lapso que media entre la presentación de una notificación al encargado del registro y la introducción efectiva en la base de datos de la información consignada en esa notificación.

40. En algunos Estados que tienen registros generales de garantías reales, el acceso electrónico (ya sea desde los locales de un cliente o desde una oficina local del registro) es la única posibilidad existente de acceso, tanto para efectuar inscripciones como para proceder a consultas. Como los datos que han de inscribirse se presentan en forma electrónica, no se genera en ningún caso un fichero consignado sobre papel. Un sistema totalmente electrónico de este tipo hace que la responsabilidad de una anotación e inscripción exacta de los datos recaiga directamente en los autores de la inscripción. A consecuencia de ello, los gastos de personal y de funcionamiento del registro se reducen al mínimo y se elimina el riesgo de que el personal del registro cometa un error al transcribir documentos. Otros Estados prevén las inscripciones y consultas electrónicas, pero al mismo tiempo ofrecen también a los clientes la opción de presentar sobre papel una solicitud de inscripción o de consulta y de hacerlo personalmente, por fax o verbalmente por teléfono. Aun así, en esos Estados la presentación electrónica es de lejos el método más frecuente para la presentación de datos y se utiliza en la práctica para la inmensa mayoría de las inscripciones registrales.

41. La *Guía* recomienda que, en la medida de lo posible, los Estados creen un registro general de las garantías reales que esté informatizado y que permita el acceso directo a él por parte de la clientela interesada en efectuar inscripciones (véase la recomendación 54 j)). No obstante, habida cuenta de las consideraciones prácticas inherentes al establecimiento de un fichero electrónico, la *Guía* recomienda también que se proporcione a la clientela del registro la posibilidad de optar entre dos o más vías o puntos de acceso, al menos en las primeras etapas de la puesta en marcha del registro, a fin de dar seguridad a los usuarios que no estén familiarizados con el sistema. Por último, y con miras a facilitar la utilización, la *Guía* recomienda que se organice el registro de tal modo que los usuarios puedan recurrir a múltiples vías de acceso para presentar notificaciones por vía electrónica y sobre papel, o verbalmente, así como para las solicitudes de consultas (véase la recomendación 54 k)).

1) *Horario de servicio*

42. Reconociendo la importancia del acceso del público al registro, la mayoría de los Estados prevén que el horario de funcionamiento de sus registros sea fiable y regular, coordinando las horas de apertura con las necesidades de sus clientes. Atendiendo a esas necesidades, puede ser necesario que el registro esté abierto al público antes del horario normal de oficina y que permanezca abierto hasta después de que concluya dicho horario. Si el sistema apoya el acceso electrónico directo, los días y horas de funcionamiento no son una cuestión de interés práctico. El registro puede ser accesible de manera continua, las 24 horas del día y siete días por semana. Por esta razón, la *Guía* recomienda que el

registro se diseñe de forma que sea accesible sin solución de continuidad, salvo que se cierre durante breves períodos para realizar alguna operación habitual prevista de mantenimiento (véase la recomendación 54 l)).

m) *Utilización óptima de la tecnología electrónica*

43. Ya se han descrito los beneficios que reporta un registro general de las garantías reales que respalde el fichero de un registro informatizado y el acceso electrónico directo. Sin embargo, el grado posible de informatización puede variar entre los Estados según la cuantía del capital inicial disponible, el acceso a los conocimientos especializados apropiados, el nivel de conocimientos informáticos de los posibles usuarios, la fiabilidad de la infraestructura de comunicación nacional y la probabilidad de que los ingresos previstos sean suficientes para amortizar los gastos de capital de la construcción en un plazo razonable. Tal vez no todos los Estados puedan pasar inmediatamente a un registro plenamente informatizado. No obstante, aun en los casos en que sigan utilizando registros con soporte de papel, el objetivo global es el mismo, a saber, que el proceso de inscripción registral y consulta sea, en la medida de lo posible, sencillo, transparente, eficiente, económico y accesible. De conformidad con su enfoque general de la utilización de la tecnología electrónica (véanse las recomendaciones 11 y 12), la *Guía* recomienda que los Estados implanten, tan pronto como sea posible, un registro general de garantías reales que esté informatizado y que permita el acceso electrónico directo (véase la recomendación 54 j)).

n) *Idioma del registro*

44. Como ya se ha señalado, en todo registro moderno de las garantías reales se consiguen únicamente las notificaciones relativas a los acuerdos de garantía. No se registra el acuerdo de garantía propiamente dicho ni el resumen de su contenido. Por consiguiente, el idioma en que se redacte el acuerdo de garantía no influirá directamente en el idioma de los ficheros del registro (en relación con el idioma en que se redacte el acuerdo de garantía, véase el capítulo II, sobre la constitución de una garantía real, párrafo 16; en relación con el idioma en que se redacten las notificaciones en el contexto de una ejecución, véase el capítulo VIII, relativo a la ejecución de una garantía real, párrafos 47 y 70). Habida cuenta de que los registros generales de garantías reales modernos están organizados e indizados de manera que faciliten las búsquedas en que se utilice como referencia el nombre del otorgante u otro dato que lo identifique, los ficheros del registro estarán redactados en el idioma del registro. Esto significa que, si bien el acuerdo de garantía puede constar en el idioma convenido por las partes, la información sobre el nombre del otorgante u otros datos de identificación que consten en el fichero del registro figurarán escritos en el idioma del registro. La única excepción a esta regla se daría en el caso de que el nombre oficial de un otorgante, por ejemplo, el de una empresa comercial extranjera, figurara ya en un idioma extranjero. A menos que alguna otra ley disponga que las empresas deben tener una denominación oficial en el idioma nacional, en tal caso el fichero de registro contendrá información en un idioma extranjero. Cuando no se exija tal requisito, pueden surgir otras dificultades, por ejemplo, cuando el nombre oficial del otorgante esté escrito en un alfabeto distinto del idioma del registro. En tales casos, los Estados deberán prever reglas que permitan transcribir el dato de identificación del otorgante convirtiéndolo en un nombre o denominación redactados en un alfabeto que permita realizar consultas o búsquedas.

45. Cabe hacer consideraciones similares en lo que respecta al idioma en que se describan los bienes gravados. Con frecuencia, los registros generales de garantías reales

modernos están informatizados. Se permite a las partes llenar un recuadro o casilla en que den una descripción genérica de los bienes gravados, pero habitualmente tienen también que dar una explicación descriptiva a fin de identificar con suficiente claridad los bienes gravados. También en este caso la función del registro (consistente en proporcionar a quienes deseen efectuar una consulta acceso a la información que les permita determinar qué bienes del otorgante están efectivamente gravados por una garantía real) favorece la exigencia de que la descripción de esos bienes figure en el idioma del registro.

46. Son varios los Estados que tienen más de un idioma oficial. En tales Estados, los registros suelen concebirse de modo que puedan efectuarse inscripciones en todos los idiomas oficiales pertinentes. A fin de que todas las personas que efectúen búsquedas tengan acceso a la información, algunos Estados exigen a las partes que hagan sus inscripciones en todos los idiomas oficiales. Otros Estados permiten que la inscripción se efectúe en un solo idioma, pero el administrador del registro está obligado a preparar y a registrar copias duplicadas en todos los idiomas oficiales. Ambos enfoques resultan costosos y se prestan a errores, por ejemplo en los datos de identificación del otorgante, o a diferencias entre las versiones en distintos idiomas de la descripción de los bienes gravados. Así pues, en muchos Estados que tienen varios idiomas oficiales y en que puede utilizarse cualquiera de ellos para inscribir una garantía real, sólo es preciso efectuar la inscripción en un idioma. No obstante, en esos Estados la información sobre las inscripciones y los resultados de las consultas figuran en todos los idiomas oficiales del registro. En la *Guía* no se formula recomendación alguna sobre el idioma en que se redactan las notificaciones, quedando esta materia pendiente de regulación por otra ley. Los Estados tendrán que considerar las maneras de regular esta materia a fin de velar por que quepa razonablemente prever que el otorgante y los terceros comprendan el texto de la notificación.

3. Seguridad e integridad del fichero del registro

a) Responsabilidad del Estado en lo concerniente al sistema

47. En el curso de los años, los Estados han adoptado distintos enfoques de la gestión y del funcionamiento de los sistemas registrales. En algunos Estados, el servicio es prestado por un departamento gubernamental o por una corporación de propiedad estatal. En otros Estados, esta responsabilidad se delega a un cuerpo profesional concreto, como a los notarios. También hay Estados en que la realización de las operaciones cotidianas se encomienda a una entidad privada, especialmente cuando ésta pueda prestar el servicio de manera más económica. Sin embargo, con la única excepción de los Estados en que no existe ningún mecanismo público de inscripción registral y en que esa función es desempeñada por oficinas de registro oficiosas y administradas por empresas privadas, el Estado conserva en cualquier caso la responsabilidad de asegurar que el registro funcione con arreglo al marco jurídico establecido. Éste es el enfoque recomendado en la *Guía* (véase la recomendación 55 a)).

b) Constancia de la identidad del autor de la inscripción registral

48. Algunos Estados exigen a quienes deseen efectuar una inscripción que aporten una prueba de su identidad. Este requisito obedece principalmente a la necesidad de garantizar que el fichero se utilice para fines legítimos. Su inconveniente radica en que probablemente hace aumentar el tiempo requerido para la inscripción y el costo de ésta. En otros Estados, aun cuando el registro puede requerir al autor de la inscripción que haga

constar su identidad, no exige la verificación de ésta como requisito para inscribir una notificación (salvo cuando sea necesario a efectos de la tramitación del pago de los costos de la inscripción). En los Estados que temen las inscripciones no autorizadas, dolosas o de mala fe, el registro puede tener que requerir al menos una prueba mínima de identidad (sobre los derechos del otorgante a obligar a que se proceda a las cancelaciones o enmiendas pertinentes de inscripciones, véase la recomendación 72). Este requisito no entraña necesariamente una carga administrativa excesiva si el procedimiento de identificación está integrado en el proceso del pago. Además, como la mayoría de los autores de inscripciones ya habrán recurrido al registro con anterioridad, se les puede asignar un código permanente y seguro de acceso cuando se abra la cuenta correspondiente en el registro, obviando así la necesidad de repetir el procedimiento de identificación cada vez que se proceda a una nueva inscripción. Éste es el enfoque recomendado en la *Guía* (véanse las recomendaciones 54 d) y 55 b)).

c) *Derecho del otorgante a que se le facilite una copia de la notificación inscrita*

49. Como una notificación inscrita da cuenta de que el otorgante puede haber constituido una garantía real sobre sus bienes o se propone hacerlo y, por lo tanto, puede perjudicarlo a la hora de obtener más crédito garantizado, en la mayoría de los Estados se prevé que todo otorgante cuyo nombre figure en una notificación inscrita tendrá derecho a recibir una copia de la inscripción registral, o de toda enmienda de la notificación hecha por el acreedor garantizado. Esto permite al otorgante verificar la exactitud de los datos que figuran en la notificación y, en el caso de una inscripción inexacta, no autorizada o de carácter doloso, también ejercitar su derecho a exigir la enmienda o cancelación de la inscripción (véanse las recomendaciones 72 y 74).

50. Los Estados regulan de modo diferente la cuestión de quién estará obligado a enviar al otorgante una copia de la notificación inscrita. A fin de garantizar una protección óptima frente al riesgo de inscripciones registrales no autorizadas, algunos Estados hacen recaer esta responsabilidad en el propio sistema de registro. De esta forma, cuando la inscripción es fraudulenta, el presunto otorgante descubrirá el fraude, lo cual no es probable que ocurra si la obligación de enviar dicha copia se impone al presunto acreedor garantizado. Sin embargo, esta ventaja debe sopesarse teniendo en cuenta los costos y riesgos adicionales que esa carga impondrá al sistema de registro. En ausencia de pruebas de que las inscripciones no autorizadas puedan representar una amenaza grave y sustancial para la integridad del sistema en un determinado Estado, el análisis de los costos y beneficios respalda el criterio de imponer la obligación al acreedor garantizado.

51. Además, dado que en la mayoría de los casos las inscripciones se realizan de buena fe y son exactas, la obligación de que el acreedor garantizado remita una copia de la notificación inscrita al otorgante no tiene por qué ser un requisito para la validez de la inscripción y podría incluso complicar o retrasar tal validez. Ello se debe a que el hecho de no enviar una notificación al otorgante no afectará en modo alguno a los derechos de los terceros que consulten el registro. Por esta razón, la mayoría de los Estados disponen que el incumplimiento de dicha obligación por parte del acreedor garantizado sólo dará lugar a sanciones administrativas nominales y a la indemnización del otorgante por los daños y perjuicios que haya podido sufrir. Habida cuenta del criterio general de la *Guía* consistente en mantener los costos administrativos del registro al nivel más bajo posible, se recomienda en ella que la responsabilidad de proporcionar al otorgante una copia de la notificación sea impuesta al acreedor garantizado (véase la recomendación 55 c)).

d) *Derecho del acreedor garantizado a recibir una copia de todo cambio en la inscripción registral*

52. En la mayoría de los Estados que disponen de un registro general de garantías reales moderno, toda notificación inscrita en el registro puede ser cancelada o enmendada en cualquier momento por el acreedor garantizado, al igual que cualquier otro tipo de inscripción (véase la recomendación 73). Además, la mayoría de los Estados permiten al otorgante que cancele o modifique una inscripción mediante un procedimiento judicial o administrativo sumario (véase la recomendación 72 b)). Para que el acreedor garantizado pueda comprobar la legitimidad de la cancelación o de la enmienda, el registro está normalmente obligado a enviar prontamente una copia de toda enmienda de la notificación inscrita a la persona que figure en ella como acreedor garantizado. Ello no debería comportar costos o riesgos excesivos para el sistema de registro, ya que se puede acordar un método eficaz de comunicación electrónica (por ejemplo, el correo electrónico) cuando se abra inicialmente la cuenta del acreedor garantizado en el registro. Además, si el sistema funciona por vía electrónica, puede programarse para que envíe automáticamente una copia de toda enmienda de la inscripción registral a una cuenta de correo electrónico especificada, sin que sea necesaria la intervención de ninguna persona. Éste es el enfoque recomendado en la *Guía* (véase la recomendación 55 d)).

e) *Pronta confirmación de la inscripción registral*

53. A todas las partes les conviene recibir con prontitud la confirmación de que una inscripción ha quedado debidamente registrada. Por ejemplo, antes de adelantar fondos en virtud de un acuerdo de garantía, todo acreedor garantizado deseará habitualmente recibir garantías de que su notificación se ha consignado en el fichero del registro y de que la información ha quedado registrada con exactitud. Además, a fin de asegurar su grado de prelación frente a otros posibles acreedores garantizados, muchas veces este acreedor inscribirá una notificación referente a un acuerdo de garantía aún no celebrado con el otorgante. En consecuencia, los registros electrónicos modernos están concebidos para que la persona que realice una inscripción registral obtenga constancia impresa o electrónica de la inscripción tan pronto como se introduzcan los datos correspondientes. En un registro de documentos sobre papel, transcurrirá inevitablemente cierto tiempo entre la presentación de la notificación y la confirmación de que ha sido consignada en el fichero, pero debe hacerse todo lo posible para reducir al mínimo la demora. Éste es el enfoque recomendado en la *Guía* (véase la recomendación 55 e)).

f) *Integridad y conservación de los datos*

54. Todo sistema de registro, tanto si funciona con documentos sobre papel como por vía electrónica, corre el riesgo de quedar destruido a raíz de alguna eventualidad. Normalmente, es sumamente difícil reconstruir un registro basado en documentos sobre papel si el fichero físico sufre daños o queda destruido (por ejemplo, por una inundación o un incendio). Pocos Estados disponen de los recursos necesarios para mantener archivados documentos duplicados en otro lugar. Además, como estas copias deben archivarse e indexarse manualmente, existe siempre un riesgo de error humano. Sin embargo, cuando un registro cuyas inscripciones estén consignadas sobre papel se archiva electrónicamente, o cuando el registro funciona totalmente por vía electrónica, es mucho más fácil garantizar la conservación de los datos del registro. Los Estados que tienen un registro electrónico

suelen mantener una copia de seguridad de los datos inscritos en el registro en un servidor independiente ubicado en otro lugar. Normalmente, esta copia de seguridad se actualiza todas las noches mediante un procedimiento separado, a fin de que pueda reconstruirse en caso de una avería o de destrucción física del sistema. Para asegurar la preservación de la integridad del registro de una forma que resulte económica, en la *Guía* se recomienda que todo registro electrónico cuente sistemáticamente con copias de seguridad (véase la recomendación 55 f)).

4. Responsabilidad por la pérdida o el daño

55. Como ya se ha indicado (véase el párrafo 47 *supra*), el sistema de registro general de las garantías reales es administrado por el sector público, en el sentido de que, aunque su mantenimiento pueda adjudicarse por contrata a una entidad del sector privado, la responsabilidad de la supervisión incumbe en última instancia al encargado del registro nombrado por el Estado y a funcionarios públicos que actúen bajo su supervisión. Por este motivo, la mayoría de los Estados han dictado normas detalladas que regulan las condiciones con arreglo a las cuales asumen la responsabilidad legal de la pérdida o el daño causado por errores del personal o del sistema, así como el alcance de la responsabilidad que el Estado está dispuesto a asumir. En teoría, sea cual sea el tipo de registro que se establezca, los errores del personal o del sistema podrían ocasionar una pérdida en las tres situaciones que se examinan a continuación.

56. La primera situación es la que se plantea cuando se alega que un empleado o un representante del registro ha proporcionado verbalmente información o asesoramiento incorrectos o que podrían inducir a error. Algunos Estados excluyen por completo que puedan ser responsables en tal situación. En los Estados que permiten las vías de recurso contra el registro, suele darse una orientación sobre la pauta de diligencia requerida. En algunos Estados, hay que demostrar que la conducta del empleado cumple el criterio de la responsabilidad impuesto por el régimen general de las obligaciones. Otros Estados fijan un criterio más estricto y exigen que la persona a la que presuntamente se indujo a error demuestre que hubo mala fe.

57. El segundo motivo posible de responsabilidad es el de la pérdida provocada por un error u omisión en la información inscrita en el fichero del registro. Todo error que se cometa en la presentación de la información será responsabilidad de los autores de las inscripciones. El único error posible por parte del registro es el del caso en que la información presentada a efectos de inscripción sea transcrita incorrectamente en la base de datos del registro. En tal supuesto, la cuestión fundamental que debe determinarse es la de quién es responsable de la consignación, en la base de datos, de la información presentada para efectuar una inscripción.

58. Cuando el autor de una inscripción presente inicialmente los datos pertinentes al personal del registro (ya sea por fax, mediante un escrito o por teléfono), será preciso que dicho personal consigne tal información en la base de datos, con lo cual será responsable de toda inexactitud que se produzca en el proceso de transcripción. En tal supuesto, los regímenes que regulan los registros suelen prever una vía de recurso por la pérdida o el daño que pueda causar el hecho de que el personal del registro no introduzca la información pertinente en la base de datos del registro, o de que no la haga constar con la debida exactitud.

59. No obstante, si la notificación se presenta por vía electrónica, los sistemas modernos suelen prever un formulario electrónico normalizado que permite consignar automáticamente en la base de datos del registro la información proporcionada por quien proceda a una inscripción (a reserva únicamente de los cambios de edición electrónicos en las casillas que deban llenarse obligatoriamente), sin que el personal del registro deba proceder a un examen, intervenir o adoptar alguna otra medida. En estos sistemas, la responsabilidad de todo error recae en el autor de la inscripción, pues tales errores figuran en los datos presentados y deben imputarse necesariamente al autor de tal inscripción. Aun cuando quepa la posibilidad de que la causa del problema sea un mal funcionamiento del sistema, los Estados suelen excluir toda responsabilidad en caso de que presuntamente el sistema no realice la inscripción o no la efectúe correctamente. La ausencia de documentación sobre papel (o de una versión en fax o de constancia escrita de una presentación verbal) de la notificación inscrita hace que resulte imposible demostrar si, conforme a lo alegado, el sistema no ha funcionado debidamente.

60. Si un funcionario del registro transcribe con inexactitud la información presentada a efectos de una inscripción, la persona que normalmente tendrá derecho a una indemnización será el tercero que haya sufrido una pérdida por haberse fiado de la información engañosa consignada en la notificación inscrita. La situación es distinta si el error estriba en que el personal del registro no ha introducido en absoluto en el sistema la información especificada en la notificación consignada sobre papel. En la *Guía* se recomienda que la inscripción registral sólo se considere válida una vez que la información para la inscripción se haya introducido en la base de datos, de modo que pueda ser encontrada por los terceros que hagan una búsqueda en el fichero del registro (véase la recomendación 70). De ello se deduce que cuando una parte interesada presente una inscripción al personal del registro y éste no llegue a introducirla en el sistema, dicha notificación no será nunca legalmente válida y la persona que sufra una pérdida consiguiente será el acreedor garantizado cuya garantía real nunca llegó a hacerse jurídicamente oponible a terceros.

61. La tercera situación que puede generar responsabilidad es aquella en que el registro responde a una búsqueda con un resultado que no refleja exactamente la información consignada en su base de datos. En tal supuesto, algunos Estados reconocen la responsabilidad por la pérdida causada a raíz de un error u omisión en el resultado de una búsqueda imputable a una equivocación del personal del registro. Con todo, las cuestiones en materia probatoria excluyen toda responsabilidad cuando el reclamante aduce que hay algún error en el resultado de una consulta visto por vía electrónica o impreso en los propios locales del cliente.

62. No todos los Estados aceptan una responsabilidad sin paliativos por los errores cometidos por el personal del registro. Algunos Estados invocan el principio de la inmunidad soberana para impedir que el registro incurra en cualquier tipo de responsabilidad. Otros Estados aceptan la responsabilidad, pero fijan un límite máximo para posibles indemnizaciones. Los Estados que aceptan la responsabilidad suelen fijar asimismo limitaciones de procedimiento, por ejemplo, exigiendo a los reclamantes que sigan directrices explícitas para presentar y fundamentar una reclamación e imponiendo un período de prescripción, transcurrido el cual ya no es posible reclamar.

63. Algunos Estados han establecido fondos especiales de compensación a fin de indemnizar a quienes hayan sufrido una pérdida cuando se demuestre la responsabilidad del registro. En los países en que se establecen fondos especiales de esta índole para proteger el registro, suelen incrementarse ligeramente los costos de inscripción y el importe de este

recargo se ingresa en el fondo destinado a abonar las indemnizaciones por responsabilidad cuando prosperan las demandas. Cuando el registro suscribe un plan privado de seguros para cubrir esas pérdidas, el pequeño recargo que se agrega a los costos de inscripción se utiliza para abonar la prima del seguro.

64. La *Guía* no pretende hacer distinciones entre los distintos enfoques antes expuestos sino que trata el tema como una cuestión normativa que cada Estado puede regular a su manera. Lo esencial es que, sea cual fuere el enfoque que se adopte, los Estados promulgantes deberían prever normas claras que regularan la atribución de responsabilidad por las pérdidas o daños causados por un error en la administración o el funcionamiento del registro (véase la recomendación 56).

5. Contenido obligatorio de la notificación inscrita

65. El sistema de registro general de garantías reales que se recomienda en la *Guía* se basa en el concepto de la inscripción de notificaciones. Los Estados que han adoptado este sistema exigen siempre que en la notificación inscrita se indique la siguiente información básica: *a)* el nombre u otro dato de identificación del otorgante y la dirección de éste; *b)* el nombre u otro dato de identificación del acreedor garantizado y su dirección, y *c)* una descripción de los bienes gravados (véase la recomendación 57). En los Estados que no imponen una duración concreta de la inscripción conforme a una prescripción legal ya establecida, se exige también de la parte que proceda a una inscripción que especifique la duración deseada de la inscripción de la notificación. Además, algunos Estados exigen que el autor de una inscripción fije la suma monetaria máxima realizable al ejecutar la garantía real de que trate la notificación (sobre ambas cuestiones, véase la recomendación 57). A continuación se analizan exhaustivamente todos estos requisitos de contenido.

a) Información sobre el otorgante

i) Consecuencias que puede tener un error en los datos de identificación del otorgante para la validez de una inscripción

66. En un registro general de garantías reales moderno, las notificaciones se clasifican en índices y se buscan por referencia al nombre o a otro dato de identificación del otorgante (véase la recomendación 54 *h*). Por consiguiente, la mención del dato de identificación del otorgante en la notificación es un requisito esencial para la validez de una inscripción. Las repercusiones que puede tener un error en el dato de identificación del otorgante sobre la eficacia jurídica de una notificación inscrita dependen de la lógica organizativa de cada sistema de registro. Algunos ficheros electrónicos se programan de modo tal que la persona que efectúe una búsqueda sólo pueda obtener información en los casos en que el dato de identificación que haya indicado coincida exactamente con algún dato de identificación que figure en la base de datos. En tales sistemas, cualquier error puede hacer que las personas que busquen información utilizando el dato de identificación correcto del otorgante no tengan acceso a la notificación pertinente. Por este motivo, la presunta inscripción será nula y, por ello, la garantía real no será eficaz frente a terceros.

67. Algunos Estados han establecido un algoritmo de búsqueda más complejo. En esos sistemas los ficheros del registro se organizan y se indizan de forma que la persona que haga una búsqueda indicando el dato de identificación correcto pueda consultar las notificaciones en las que el dato de identificación del otorgante sea muy parecido al dato de

identificación correcto, aunque no totalmente idéntico. Del mismo modo, si indicara un dato de identificación incorrecto, podría ver también información correspondiente a un dato de identificación correcto que fuera similar pero no idéntico. En los Estados que han adoptado este algoritmo de búsqueda más complejo, se preserva la validez de algunas inscripciones que de otro modo serían defectuosas, a pesar del error, siempre que en una búsqueda en que se indique el dato de identificación correcto pueda verse la notificación inscrita, aunque la coincidencia no sea total. Éste es el enfoque recomendado en la *Guía* (véase la recomendación 58). No obstante, este tipo de sistema sólo funciona si la lógica de la búsqueda se concibe cuidadosamente a fin de limitar el número de resultados aproximados que puedan obtenerse en la consulta del registro. Si las partes interesadas que indiquen el dato de identificación correcto obtienen en su búsqueda un resultado que les ofrece un número excesivo de notificaciones con contenidos aproximados, la carga resultante del error inicial del autor de la inscripción se traspasaría injustamente a la persona que hiciera la búsqueda, la cual tendría entonces que realizar un gran número de averiguaciones suplementarias para determinar cuál de esos resultados aproximados se refiere al otorgante objeto de la búsqueda, si hay realmente uno que se refiera a él.

ii) *Dato de identificación correcto de las personas físicas*

68. Como todo error de que adolezca el dato de identificación del otorgante puede invalidar una inscripción registral, los Estados suelen esforzarse en establecer normas jurídicas precisas acerca de lo que constituye un dato de identificación correcto. El nombre del otorgante es el criterio más común. Sin embargo, un Estado puede no tener una norma universal que regule lo que constituye el nombre legal correcto de una persona física, y el nombre que utilice en sus negocios cotidianos o en la vida social podrá diferir del que figure en los documentos oficiales relativos al otorgante. Además, puede haberse producido un cambio del nombre después del nacimiento a consecuencia de una modificación del estado civil o por alguna otra decisión voluntaria. En consecuencia, el reglamento o las normas administrativas que rijan el funcionamiento del registro deben normalmente proporcionar una orientación explícita en cuanto a las fuentes documentales oficiales del nombre del otorgante en las que puedan basarse el autor de la inscripción registral o la persona que consulte el registro.

69. El tipo de documentos que se considerarán fehacientes para este fin depende de la disponibilidad y fiabilidad de los documentos oficiales expedidos por cada Estado. Para ayudar a los otorgantes que no posean un documento oficial de primer orden y a aquellos que no sean residentes o nacionales de un determinado Estado, los Estados suelen establecer una jerarquía de otras posibles referencias.

70. No existe ninguna fórmula universal para establecer esa jerarquía, ya que ello dependerá en gran medida de los recursos de que disponga cada Estado para proporcionar datos de identificación fiables de las personas físicas, así como información sobre los usos de cada país en lo que se refiere a los nombres. Dicho esto, el modo en que los Estados podrían aplicar el enfoque recomendado en la *Guía* se ilustra en los siguientes apartados (véase la recomendación 59):

a) Si el otorgante nació en el Estado promulgante y su nacimiento fue inscrito en el registro civil, el nombre del otorgante será el que figure en su certificado de nacimiento;

b) Si el otorgante nació en el Estado promulgante pero su nacimiento no fue inscrito en el registro civil, su nombre será:

- i) El que conste en el pasaporte que le haya expedido el gobierno del Estado promulgante;
 - ii) Si el otorgante carece de pasaporte, el nombre que figure en una tarjeta de identidad válida, o, en su defecto, en una tarjeta actual de la seguridad social que le haya expedido el gobierno del Estado promulgante;
 - iii) Si el otorgante no tiene actualmente un pasaporte ni una tarjeta nacional de identidad ni una tarjeta de seguridad social, el nombre que figure en el pasaporte que le expida el gobierno del Estado donde resida habitualmente;
- c) Si el otorgante no nació en el Estado promulgante pero es ciudadano de éste, su nombre será el que figure en su certificado de nacionalidad;
- d) Si el otorgante no nació en el Estado promulgante y no es ciudadano de él, el nombre del otorgante será:
- i) El nombre que conste en un visado en vigor que le haya expedido el gobierno del Estado promulgante;
 - ii) Si el otorgante no tiene un visado en vigor, el nombre que figure en un pasaporte válido que le haya expedido el gobierno del Estado en el que habitualmente resida;
 - iii) Si el otorgante no tiene un visado en vigor ni un pasaporte válido, el nombre que figure en el certificado de nacimiento o en un documento equivalente que haya emitido el organismo del gobierno encargado de la inscripción de nacimientos en el Estado en que nació el otorgante;
- e) En cualquier supuesto que no entre en el ámbito de las reglas que anteceden, el nombre del otorgante será el que figure en un permiso para conducir vehículos motorizados, en el certificado de inscripción de un vehículo o en otro documento oficial que le haya expedido el Estado promulgante; y
- f) Si el nombre del otorgante determinado por las reglas enunciadas ha cambiado conforme a la ley del Estado en que habitualmente reside, inclusive a raíz de la celebración de un matrimonio, el nombre del otorgante será el nuevo nombre legal si el cambio de nombre se ha producido cuando se haya constituido la garantía.

71. Si una consulta del registro pone de manifiesto que más de un otorgante lleva el mismo nombre, la dirección del otorgante resolverá con frecuencia la cuestión de la identidad para las personas que efectúen una búsqueda en el registro. En un Estado en el que un determinado nombre sea muy común, tal vez sea útil exigir información suplementaria como, por ejemplo, la fecha de nacimiento del otorgante. Si un Estado ha adoptado un dato identificador numérico para sus ciudadanos, también podrá utilizarse ese dato, con sujeción a los criterios normativos en materia de respeto de la vida privada y de seguridad, y a reserva de que se prescriba otro dato de identificación para los otorgantes que no sean nacionales de ese Estado. En la *Guía* se recomienda que si un Estado requiere datos de identificación adicionales o suplementarios, el régimen legal debería explicar las consecuencias que tendrá para la validez jurídica de la inscripción registral el hecho de que no todos ellos se indiquen correctamente (véase la recomendación 59).

iii) Dato de identificación correcto de las personas jurídicas

72. En el caso de una empresa o persona jurídica otorgante, el dato de identificación a los efectos de una inscripción y consulta eficaces es normalmente el nombre que aparece en la escritura de constitución o en los estatutos de la entidad. Por lo común, ese nombre se puede verificar consultando el registro mercantil o de entidades comerciales que lleva cada Estado. No es probable que surjan problemas en relación con algún dato identificador común, ya que, en general, los registros mercantiles o de sociedades no aceptan la atribución de un mismo nombre comercial a distintas entidades. Si la información de la inscripción y del registro de las garantías reales es archivada en forma electrónica, tal vez se pueda facilitar una vía común de entrada a ambas bases de datos a fin de simplificar el proceso de verificación. En la *Guía* se recomienda este enfoque (véase la recomendación 60).

iv) Distinción entre personas físicas y personas jurídicas

73. El autor de una inscripción registral deberá normalmente indicar si el otorgante es una “persona individual” o “persona física”, por un lado, o una “persona jurídica”, por otro. Aunque puede variar la terminología, la línea divisoria básica es la misma. Una designación precisa es indispensable, dado que las dos categorías de otorgantes suelen anotarse en distintas casillas o libros del fichero del registro que pueden consultarse. Una consulta en el fichero de personas jurídicas no revelará ninguna garantía real inscrita con el nombre de un otorgante que sea una persona física, y lo mismo sucederá a la inversa. Es especialmente importante asegurar la exactitud cuando, por ejemplo, una persona llamada “John Smith” lleva una empresa denominada “John Smith, S.A.”. Para averiguar la identidad del otorgante de una garantía real sobre los bienes de esa empresa, sólo se obtendrá información si se indica, como dato de identificación, “John Smith, S.A.”.

74. Normalmente, los Estados también asegurarán que las normas en que se especifiquen los datos de identificación del otorgante ofrezcan una orientación clara para los casos en que personas físicas lleven empresas con otro nombre o con socios y que carezcan de personalidad jurídica. Por ejemplo, si una persona física (como “John Smith”) lleva la empresa “Smith’s Plumbing” sin haberla constituido en sociedad, el único dato de identificación correcto del otorgante de la garantía será “John Smith”. No obstante, los Estados ofrecen también muchas veces a los autores de inscripciones la opción de inscribir en la notificación el nombre de la empresa como otorgante, con la reserva de que el nombre legal correcto es el del propietario y de que toda notificación carecerá de validez si sólo se registra el nombre de la empresa.

v) Efecto de un cambio del dato de identificación del otorgante sobre la validez de la inscripción

75. El nombre u otro dato de identificación del otorgante puede cambiar después de la inscripción, por ejemplo, a raíz de un cambio legal del nombre por parte de un otorgante que sea una persona física o de una fusión o acto similar en virtud del cual un otorgante que sea una persona jurídica siga llevando una empresa pero con un nombre diferente. Estos cambios subsiguientes del nombre del otorgante o de otros datos de identificación aplicables plantean problemas a la hora de averiguar notificaciones anteriormente inscritas. El dato de identificación del otorgante es el principal criterio de búsqueda y si en

una consulta se indica como referencia el nuevo dato de identificación del otorgante, el registro no dará información sobre una garantía real que se haya inscrito con el antiguo nombre. Por consiguiente, a fin de proteger a los terceros que sólo conozcan el nuevo nombre del otorgante, algunos Estados exigen al acreedor garantizado que modifique la notificación inscrita para revelar, antes de que expire un determinado plazo, el nuevo dato de identificación del otorgante. Si no lo hace, la inscripción no perderá su validez. No obstante, la prelación de la garantía real quedará subordinada a los derechos de los acreedores garantizados, compradores, arrendatarios y licenciatarios que adquieran derechos sobre los bienes gravados, o en relación con ellos, después del cambio del dato de identificación pero antes de que se inscriba la notificación de enmienda. Sin embargo, un acreedor garantizado conservará el grado de prelación que tenía frente a estas categorías de reclamantes concurrentes si los derechos de éstos nacieron antes del cambio de nombre. Este enfoque refleja la finalidad del requisito de revelación, consistente en proteger a las partes que, de otro modo, pudieran resultar perjudicadas al confiar en un resultado “limpio” de una búsqueda efectuada dando como referencia el nuevo nombre del otorgante.

76. Normalmente, el otorgante está obligado, ya sea en virtud del acuerdo de garantía o por ley, a informar al acreedor garantizado de toda modificación de su nombre u otro dato legal de identificación. En algunos Estados, el período de gracia concedido al acreedor garantizado para modificar la notificación sólo empieza a partir del momento en que el acreedor garantizado recibe información sobre el cambio del dato de identificación del otorgante. En otros Estados, en cambio, el período de gracia empieza en el momento en el que se produce el cambio de nombre. Si no se procede a enmendar la notificación antes de que expire el período de gracia, se pierde el grado de prelación frente a los reclamantes concurrentes del caso, independientemente de si el acreedor garantizado descubre o no el cambio antes de la expiración del plazo. Éste es el enfoque que se recomienda en la *Guía*, por estimarse que garantiza un equilibrio adecuado entre los derechos del acreedor garantizado y los de los terceros que efectúan búsquedas en el registro, teniendo en cuenta que probablemente el acreedor garantizado tendrá conocimiento del cambio de nombre en cualquier caso al realizar sus actividades habituales de supervisión (véase la recomendación 61).

77. Conforme al enfoque recomendado, si no se procede a la inscripción de una modificación tras el cambio de nombre, los acreedores garantizados sólo corren el riesgo de perder el grado de prelación cuando el reclamante concurrente sea un comprador, un acreedor garantizado, un arrendatario o un licenciatario. El hecho de no enmendar la notificación no afecta a la oponibilidad de la garantía real a terceros lograda con la inscripción inicial frente a los acreedores judiciales o al representante de la insolvencia del otorgante. Ello se debe a que los acreedores ordinarios no son acreedores con los que se cuente, en el sentido de que, para que decidan otorgar crédito, es indispensable que el resultado de su búsqueda en el registro sea negativo. Por consiguiente, en la *Guía* se considera que, al ponderar el equilibrio entre los derechos del acreedor garantizado frente a los intereses de los terceros, debe favorecerse al acreedor garantizado.

vi) *Efecto de una cesión del bien gravado sobre la validez de la inscripción*

78. Al igual que ocurre cuando se produce un cambio en el nombre o en el dato de identificación del otorgante inicial, después de una cesión de los bienes gravados por parte del otorgante, toda consulta que realicen terceros utilizando el nombre del cesionario en relación con los bienes gravados que obren en posesión de ese cesionario no revelará

ninguna garantía real constituida por el cedente. En tal situación, algunos Estados adoptan el enfoque recomendado en la *Guía* en relación con el cambio de nombre del otorgante, que se ha descrito en la sección anterior. Conforme a ese enfoque, el acreedor garantizado deberá inscribir una enmienda, en el plazo especificado después de efectuada la cesión, en la que indique al cesionario como nuevo otorgante, a fin de conservar su prelación frente a los acreedores garantizados y los compradores que adquieran derechos sobre los bienes gravados después de la cesión. Si la enmienda no se inscribe durante dicho plazo, la eficacia frente a terceros adquirida con la inscripción inicial no resultará afectada. No obstante, el acreedor garantizado quedará subordinado a los acreedores garantizados y compradores interpuestos cuyos derechos nazcan después de la cesión y antes de la inscripción de la enmienda.

79. Al igual que en el caso del cambio de nombre, otros Estados consideran que el período de gracia para la inscripción de la enmienda sólo debería empezar una vez que el acreedor garantizado tuviera efectivamente conocimiento de la cesión del bien gravado por el otorgante. Este enfoque se basa en la idea de que es improbable que un acreedor garantizado llegue a tener conocimiento de una cesión no autorizada del bien gravado por parte del otorgante hasta mucho tiempo después de que ello ocurra, dado que, a diferencia de la situación que se da con el cambio de nombre, el otorgante se esforzará probablemente por ocultar su actividad no autorizada al acreedor garantizado. Hay también Estados a juicio de los cuales el grado de prelación de un acreedor garantizado no debe verse en ningún caso perjudicado por una cesión no autorizada que realice un otorgante en violación del acuerdo de garantía y, por consiguiente, la decisión del acreedor garantizado de inscribir una enmienda para revelar el nombre del cesionario como nuevo otorgante debería ser estrictamente voluntaria. Estos dos últimos enfoques reflejan, en distinto grado, la opinión de que cuando se produzcan cesiones no autorizadas, los derechos de los acreedores garantizados deben primar sobre los intereses que tengan los reclamantes concurrentes en poder confiar en el resultado de una búsqueda “limpia” en el registro hecha utilizando el nombre de la persona que esté en posesión de los bienes gravados.

80. En la *Guía* no se formula ninguna recomendación concreta sobre este punto; tan sólo se pone de relieve la necesidad de que los Estados promulgantes regulen explícitamente la cuestión (véase la recomendación 62). Se estimó que el enfoque adecuado consistiría en dejar que cada Estado decidiera en función de su propio mercado de crédito, teniendo en cuenta el riesgo que considere que exista en el país de que el otorgante actúe indebidamente efectuando una cesión no autorizada de los bienes gravados.

b) *Dato de identificación del acreedor garantizado*

81. Los Estados que han adoptado el sistema de registro general de garantías reales (o, de hecho, cualquier tipo de registro) exigen siempre que en la notificación escrita se especifique el nombre u otro factor de identificación del acreedor garantizado y su dirección (o los datos correspondientes de su representante o de la persona que haya designado; véase la recomendación 57 a)). Sin embargo, dado que estos datos nunca constituyen un criterio de búsqueda, los errores de inscripción no entrañan, para los terceros que efectúen consultas en el registro, el mismo riesgo de ser inducidos a error que en el caso de los errores en la consignación de los datos de identificación del otorgante. Por otra parte, la introducción exacta de los datos sigue teniendo importancia, ya que permite a los terceros interesados que efectúen una consulta buscar más información, por ejemplo, sobre si existe de hecho una garantía real que grave los bienes del otorgante, así como los detalles actuales sobre

la relación crediticia. La consignación exacta de los datos constituye también una prueba presuntiva de que el acreedor garantizado que posteriormente reclame un grado de prelación basado en la notificación es efectivamente la persona con derecho a hacerlo. En consecuencia, en la *Guía* se recomienda que una declaración incorrecta efectuada por el autor de la inscripción en lo que respecta al dato de identificación o a la dirección del acreedor garantizado no invalide una notificación inscrita, a menos que pueda inducir a grave error a cualquier tercero razonable que proceda a una búsqueda (véase la recomendación 64).

c) *Descripción de los bienes consignados en la notificación*

82. En teoría, en un sistema de registro basado en la inscripción de notificaciones no existe la necesidad absoluta de que en la inscripción se describan los bienes gravados, ya que la mera notificación indizada bajo el nombre u otro dato de identificación del otorgante bastará para dar aviso a un tercero de la posible existencia de una garantía real que se haya constituido sobre uno o varios bienes del otorgante. Sin embargo, la ausencia de toda descripción en la notificación podría limitar la capacidad del otorgante para vender bienes que aún no estén gravados o constituir una garantía real sobre ellos. Los posibles compradores y acreedores garantizados exigirán alguna forma de protección (por ejemplo, una renuncia del acreedor garantizado) antes de concertar operaciones relacionadas con cualquiera de los bienes del otorgante. Si en el registro no figura ninguna descripción disminuirá también el valor de la información facilitada a los representantes de la insolvencia y a los acreedores judiciales. Por estos motivos, la *Guía* recomienda que la notificación inscrita vaya acompañada de una descripción de los bienes gravados (véase la recomendación 57 b)).

83. Aunque se exija una descripción de los bienes gravados, en los sistemas registrales modernos no es preciso efectuar una descripción específica artículo por artículo. Las necesidades de información de las partes que consulten el registro quedarán suficientemente satisfechas mediante una descripción general (por ejemplo, “todos los bienes corporales” o “todos los créditos por cobrar”) e incluso mediante una descripción que abarque todos los bienes (por ejemplo, “todos los bienes muebles presentes y futuros”). En efecto, la posibilidad de efectuar sólo una descripción general es necesaria para asegurar la inscripción eficaz de toda garantía real constituida sobre bienes futuros y sobre los tipos renovables de bienes, como las existencias o los créditos por cobrar. En esas mismas consideraciones se basan las recomendaciones de la *Guía* referentes a los requisitos de descripción para los acuerdos de garantía. Así, la *Guía* recomienda que toda descripción de un bien gravado que figure en una notificación y que cumpla los requisitos para las descripciones de acuerdos de garantía, a saber, toda descripción que permita razonablemente la identificación de un bien gravado (véase la recomendación 14 d)) sea también suficiente para una notificación inscrita (véase la recomendación 63). El enfoque recomendado también hace aumentar la eficiencia del proceso de inscripción, pues permite que los acreedores garantizados trasladen simplemente la descripción del acuerdo de garantía a la notificación inscrita (y viceversa).

84. A diferencia del nombre o de otro dato de identificación del otorgante, la descripción de los bienes gravados que acompaña a una notificación inscrita no es un criterio de búsqueda. En consecuencia, el nivel de exactitud exigido en la descripción no es tan alto como en el caso del dato de identificación de un otorgante. Dado que la finalidad de la notificación es poner sobre aviso a los terceros que consulten el registro acerca de la posibilidad de que una garantía real pueda estar constituida sobre determinados bienes,

la cuestión fundamental radica en que si, a pesar del error, las partes que efectuaran la consulta entenderían que la descripción engloba al bien pertinente. De acuerdo con este criterio y en consonancia con el enfoque generalmente adoptado por los Estados que disponen de un registro general de garantías reales, la *Guía* recomienda que una declaración incorrecta efectuada por el autor de la inscripción al describir un bien gravado no invalide una notificación inscrita, a menos que induzca a grave error a toda persona razonable que consulte el registro (véase la recomendación 65). La expresión “persona razonable que consulte el registro” indica que el criterio debe ser objetivo, es decir, que lo fundamental es determinar si la persona que consulte la descripción sería inducida a error, y es innecesario que un reclamante concurrente que impugne la descripción demuestre que fue efectivamente inducido a error. De adoptarse un enfoque subjetivo, se daría pie a litigios y se podría propiciar cierta negligencia al registrar las descripciones.

85. Una situación en que incluso un error aparentemente leve en la descripción podría, no obstante, dejar sin validez una inscripción sería cuando un Estado decidiera introducir un criterio suplementario de búsqueda específicamente relacionado con los bienes que fuera aplicable a tipos limitados de bienes gravados y que se basara en un único dato de identificación numérico (véanse los párrafos 34 y 35 *supra* y el párrafo 115 *infra*). Dado que en esta situación el dato de identificación del bien representa un criterio de búsqueda o de consulta del registro, es esencial para la suficiencia de la notificación inscrita introducir el dato de identificación de forma que permita a los terceros que efectúen una consulta basada en el dato de identificación correcto encontrar dicha notificación.

86. Cuando un error sea suficiente para hacer aplicable el criterio de invalidez por “inducción grave a error”, se recomienda en la *Guía* que la invalidez sólo afecte a los bienes insuficientemente descritos y no a la totalidad de la notificación. Es decir, si en la notificación figuran bienes que están debidamente descritos, la inscripción debería conservar su validez con respecto a dichos bienes, dado que la deficiencia no induce a error a las personas razonables que efectúen consultas respecto de tales bienes (véase la recomendación 62).

d) *Duración y prórroga de la inscripción de una notificación*

87. La duración de las operaciones de financiación garantizada puede variar de forma considerable. Por ello, es preciso determinar con flexibilidad la duración de las notificaciones inscritas correspondientes a estas operaciones. La flexibilidad requerida al respecto puede lograrse de dos maneras. La primera consiste en permitir que los autores de las inscripciones determinen ellos mismos la duración deseada de la inscripción registral, reservándose el derecho a inscribir prórrogas cuando proceda. La segunda consiste en que el propio registro establezca una duración universal (por ejemplo, de cinco años), que también se complemente con el derecho a inscribir prórrogas que después surtirán efecto automáticamente por plazos adicionales equivalentes. En ambos casos, la prórroga de la inscripción se lleva a cabo presentando al registro una notificación de enmienda antes de que expire el plazo de validez de la notificación.

88. En el caso de los acuerdos de financiación a mediano y largo plazo, el primer enfoque reduce el riesgo de que un acreedor garantizado pierda su prelación por haber olvidado inscribir a tiempo una prórroga. En los acuerdos de financiación a corto plazo, el segundo enfoque reduce el riesgo para el otorgante de que el acreedor garantizado haga inscribir un plazo exagerado por un exceso de cautela. A fin de alentar a quien corresponda a cancelar a tiempo una inscripción en los registros que adoptan el segundo enfoque, un

Estado podrá optar por no cobrar ningún derecho de inscripción de una notificación de cancelación. Además, para desalentar la práctica de elegir plazos excesivos para la validez de la inscripción, los derechos pueden basarse en una tarifa que vaya en aumento en función de la duración del plazo de validez de la inscripción que se fije. Hay también Estados que adoptan una posición intermedia, consistente en que los autores de inscripciones puedan determinar el plazo de validez de la inscripción y puedan prorrogar el plazo inicialmente fijado, imponiéndose, para cada inscripción o prórroga, un límite temporal máximo (por ejemplo, de diez años). En la *Guía* se recomienda que las partes puedan optar por ambas modalidades para establecer el plazo de validez de la inscripción (véase la recomendación 69).

89. Los Estados que adopten el enfoque de elegir ellos mismos el plazo deben prever las consecuencias que puede tener, para la validez de una notificación inscrita, una declaración incorrecta del autor de una inscripción respecto del plazo de duración de la misma. En la *Guía* se recomienda que, a raíz del error, no quede invalidada la notificación inscrita, aunque debe tenerse presente la importante necesidad de proteger a los terceros que hayan confiado en la declaración incorrecta (véase la recomendación 66). Al abordar la cuestión de la confianza de un tercero, es preciso distinguir dos situaciones.

90. La primera situación se da cuando el autor de la inscripción fija un plazo más breve del que realmente pretendía determinar. En tal caso, la inscripción caducará al vencer el plazo especificado y la garantía real dejará de ser oponible a terceros. Si bien el acreedor garantizado puede restablecer la eficacia frente a terceros, la oponibilidad a terceros sólo empezará a partir de ese momento (véase la recomendación 47).

91. La segunda situación que debe tenerse en cuenta es aquella en que el acreedor garantizado especifica un plazo más largo del que realmente pretende fijar. Esta situación no parece plantear problemas para la protección de los terceros. Si la garantía real consignada en la notificación ha quedado de hecho extinguida (por ejemplo, por haberse pagado la obligación garantizada), la oponibilidad a terceros deja de existir en cualquier caso. Si, por otra parte, la obligación garantizada aún está pendiente de pago, resulta difícil ver cómo pueden verse perjudicados los terceros al confiar en la declaración incorrecta, ya que la notificación inscrita los mantiene avisados de la existencia de la garantía real y pueden adoptar medidas para protegerse frente a ese riesgo. En tal caso, el error del acreedor garantizado le favorece a él mismo. Sin embargo, habida cuenta de que los terceros no resultan perjudicados, no hay necesidad de penalizar al acreedor garantizado en esta situación.

e) *Importe máximo de las obligaciones garantizadas*

92. Los Estados discrepan acerca de si en la notificación debe revelarse el importe monetario realizable al ejecutarse la garantía real consignada en la notificación. Ningún Estado que disponga de un régimen moderno de inscripción registral exige que se especifique la cuantía efectiva de la obligación garantizada, dado que con ello se impediría la constitución de garantías reales para respaldar obligaciones futuras o indeterminadas (véase la recomendación 16).

93. No obstante, algunos Estados exigen que en la notificación inscrita figure una declaración sobre la cantidad máxima realizable al ejecutarse la garantía real de que trate la notificación (véanse el capítulo II, sobre la constitución de una garantía real, párrafos 43 a 47, y la recomendación 14 e)). Este enfoque tiene por objeto facilitar el acceso del

otorgante a financiación garantizada de otros acreedores en situaciones en que el valor de los bienes gravados por la garantía real anteriormente inscrita exceda del importe máximo indicado en la notificación. El enfoque se basa en la suposición de que el valor residual del bien gravado permitirá al otorgante obtener crédito de otras fuentes, si bien ese crédito estará respaldado por una garantía real que gozará de un grado de prelación inferior al de la garantía real que respalde el crédito inicialmente otorgado. El enfoque se basa también en la hipótesis de que el otorgante dispondrá de suficiente poder de negociación para asegurar que el acreedor garantizado que se haya inscrito en primer lugar no especifique una suma máxima exagerada. En los Estados que siguen ese enfoque, la prelación de la garantía real a la que se refiere la notificación sobre garantías reales subsiguientes se limita a la suma máxima enunciada en la notificación.

94. En otros Estados no es obligatorio indicar una cuantía máxima en la notificación inscrita. El acreedor garantizado que se haya inscrito en primer lugar goza de prelación con respecto a todos los pagos futuros que efectúe en beneficio del otorgante sin ningún límite cuantitativo, siempre y cuando, conforme al primer enfoque, el acuerdo de garantía existente o un futuro acuerdo de garantía disponga explícitamente que es aplicable a obligaciones futuras. Conforme a este enfoque, un acreedor garantizado que se haya inscrito posteriormente no estará dispuesto a otorgar crédito sobre la base del valor residual que tengan en un determinado momento los bienes gravados, ya que el acreedor garantizado que se haya inscrito antes que nadie conservará su prelación para todo crédito que ulteriormente otorgue en función de dicho valor residual. En los Estados que adoptan este enfoque, el problema radica en que el requisito de que se indique una cuantía máxima en la inscripción: *a*) limitaría la suma del crédito otorgable por el acreedor garantizado inicial, o *b*) resultaría ineficaz en la práctica, dado que el acreedor garantizado inicial pedirá simplemente al otorgante que dé su consentimiento a una cuantía máxima incrementada que cubra todos los posibles créditos que se concedan en el futuro. Este enfoque se basa en la siguiente hipótesis: *a*) el primer acreedor garantizado constituye la fuente óptima de financiación a largo plazo o será quien con mayor probabilidad otorgue crédito, especialmente a pequeñas empresas o a empresas nacientes, si sabe que será él quien tendrá más prelación para cubrir las necesidades de fondos que pueda tener el otorgante en el futuro; *b*) el otorgante no dispondrá de suficiente poder de negociación para exigir al acreedor garantizado inscrito en primer lugar que especifique una cuantía máxima realista en la notificación inscrita, y *c*) un acreedor subsiguiente al que el otorgante solicite fondos estará en condiciones de negociar un acuerdo de subordinación con el acreedor garantizado que se haya inscrito en primer lugar respecto del crédito otorgado sobre la base del exceso de valor que tenga en un determinado momento el bien gravado.

95. En la *Guía* se reconoce que ambos enfoques tienen ventajas y se recomienda a los Estados que regulen la cuestión del modo que mejor se ajuste a las prácticas de financiación eficaces de cada Estado y, en particular, del modo más acorde con las hipótesis sobre el mercado crediticio en que se basa cada enfoque (véase la recomendación 57 *d*)).

96. Los Estados que impongan el requisito de especificar una cuantía máxima en la notificación inscrita deberán tener en cuenta las consecuencias de todo error que pueda cometer el autor de una inscripción al registrar esa cuantía. A este respecto, de conformidad con el enfoque seguido en los Estados que ya han adoptado este requisito, la *Guía* recomienda que una notificación inscrita que contenga una especificación incorrecta no pierda su validez, a menos que induzca a error a los terceros (véase la recomendación 66). En este caso, el criterio de si la equivocación puede inducir gravemente a error es subjetivo; es decir, todo tercero que impugne la notificación alegando dicha equivocación deberá demostrar

que por esta razón fue realmente inducido a error. En este caso, el criterio subjetivo es adecuado, ya que la finalidad del requisito de que se especifique la cuantía máxima es asegurar que el otorgante pueda solicitar más crédito sobre la base del valor residual de los bienes que ya estén gravados por una garantía real sin que el tercero que financia el crédito deba preocuparse por la posibilidad de que el valor de su garantía quede mermado por una suma posteriormente adelantada por el acreedor garantizado que se haya inscrito en primer lugar.

97. A la hora de determinar el tipo de error en la especificación de la cuantía máxima que puede causar perjuicio a los terceros que confíen en ese dato, cabría distinguir dos situaciones. La primera de ellas se daría cuando la suma consignada en la notificación fuera superior a la cuantía máxima efectivamente convenida en el acuerdo de garantía. En ese supuesto, es improbable que un tercero pueda resultar perjudicado, ya que normalmente basará su decisión de adelantar fondos en la cuantía especificada en la notificación inscrita. Además, en esta situación el otorgante puede obligar al acreedor garantizado que se haya inscrito en primer lugar a enmendar la notificación para corregir la cuantía, a fin de poder obtener crédito respaldado por el verdadero valor del derecho sobre el bien del otorgante libre de todo gravamen. La segunda situación es la que puede darse cuando la cantidad especificada en la notificación es inferior a la suma convenida en el acuerdo de garantía. En este supuesto es muy probable que un tercero que vaya a conceder crédito sea inducido a error. En consecuencia, si un acreedor garantizado subsiguiente inscribe una garantía real y otorga crédito, normalmente el acreedor garantizado que se haya inscrito en primer lugar sólo podrá ejecutar su garantía real frente al tercero hasta un valor equivalente a la suma especificada en la notificación inscrita.

6. *Inscripción anticipada y una sola inscripción para múltiples garantías reales*

98. Como ya se ha observado, en un registro basado en la inscripción de notificaciones, la notificación que se inscriba es independiente del acuerdo de garantía y no es preciso que el autor de una inscripción presente la documentación pertinente sobre la garantía o que aporte otras pruebas sobre la garantía real a la que se refiera la inscripción a fin de inscribir una notificación. Así pues, la inscripción de la notificación elimina todo obstáculo práctico para poder hacer una inscripción anticipada de la concertación de un acuerdo de garantía o, cuando se requiera realizar un acto adicional para constituir una garantía real (como el traspaso de la posesión de los bienes al acreedor garantizado), para poder constituir una garantía real (es decir, efectuar una “inscripción anticipada”). Por consiguiente, entre los Estados que han adoptado el sistema de la inscripción de notificaciones, muchos permiten que una inscripción se efectúe antes o después de concertarse el acuerdo de garantía. Dado que un sistema basado en la inscripción de notificaciones obvia toda necesidad práctica de una relación entre, por un lado, la inscripción registral y, por otro, el acuerdo de garantía, los Estados que adoptan este enfoque suelen disponer también que basta una única notificación para lograr la oponibilidad a terceros de las garantías reales constituidas sobre los bienes que se describan en la notificación, independientemente de que se constituyan en virtud de un único acuerdo, o de múltiples acuerdos no relacionados entre sí entre las mismas partes, incluso si se conciertan en fechas diferentes.

99. La inscripción anticipada supone varias ventajas importantes. En primer lugar, facilita el acceso del otorgante a crédito, ya que permite a un acreedor garantizado, con el que el otorgante esté negociando un acuerdo de garantía, fijar su grado de prelación frente al

de otros acreedores garantizados de conformidad con la regla general de prelación basada en el criterio del primero que se inscriba sin tener que preocuparse por el orden cronológico de inscripción ni por la firma formal del acuerdo de garantía. Por ejemplo, con una inscripción anticipada se evita el riesgo de que el acreedor garantizado B obtenga prelación al inscribirse antes de la firma de un acuerdo de garantía entre el otorgante y el acreedor garantizado A, pero después de que el acreedor garantizado A se inscriba. Asimismo, se evita el riesgo de que una inscripción carezca de validez cuando el acuerdo de garantía pertinente adolezca de deficiencias técnicas en el momento de la inscripción, pero sea posteriormente rectificado. Además, la inscripción anticipada promueve la flexibilidad de la relación crediticia entre las partes, dado que les permite ajustar las estipulaciones de lo acordado en materia de garantía y celebrar nuevos acuerdos de garantía que engloben los mismos bienes gravados en función de cómo evolucionen las necesidades de crédito del otorgante y sin necesidad de inscribir nuevas notificaciones.

100. Entre los Estados que han instaurado un registro general de garantías reales, la práctica habitual consiste también en permitir que se inscriba la notificación antes de que nazca la garantía real mencionada en la notificación. Dado que sólo puede constituirse una garantía real sobre un determinado bien cuando el otorgante sea el propietario de dicho bien o tenga derechos sobre él, la inscripción anticipada de la constitución de una garantía real da cabida a una inscripción eficiente de garantías reales sobre bienes futuros. Cualquier otra normativa requeriría que se procediera a inscribir una nueva notificación cada vez que el otorgante adquiriera un nuevo bien, con lo cual resultaría administrativamente imposible otorgar crédito sobre la base de la garantía o de bienes futuros, como pudieran ser existencias o créditos por cobrar.

101. Por todas las razones expuestas, la *Guía* recomienda que la inscripción de una notificación sea válida a efectos de lograr la oponibilidad a terceros, independientemente de si dicha inscripción se efectúe antes o después de la concertación del acuerdo de garantía inicial o de la constitución de garantías reales realizada sobre la base de dicho acuerdo o de cualquier otro acuerdo de garantía que pueda celebrarse entre las mismas partes y en relación con los bienes gravados descritos en la notificación (véanse las recomendaciones 67 y 68).

7. *Momento en que surtirá efecto la inscripción de una notificación o una enmienda*

102. En general, la prelación entre garantías reales concurrentes que se hayan hecho oponibles a terceros exclusivamente por inscripción de una notificación en el registro dependerá del orden cronológico de su inscripción (véase la recomendación 76 a)). De ello se deduce que la fecha en la que una inscripción pase a ser jurídicamente válida es fundamental para determinar la prelación entre garantías reales concurrentes. Si la garantía real ya está constituida, la fecha en que surta efectos jurídicos la inscripción registral puede también revestir una importancia clave para la solución de los conflictos de prelación entre un acreedor garantizado y un comprador o arrendatario del bien gravado o los acreedores ordinarios y el representante de la insolvencia del otorgante.

103. En un sistema registral que permita la presentación al registro de notificaciones consignadas sobre papel (inclusive enviadas por fax) o de notificaciones telefónicas (a diferencia de un sistema que exija la entrega directa por vía electrónica por parte de los autores de la inscripción, o como variante de las notificaciones sobre papel), se producirá inevitablemente alguna demora entre el momento en que se reciba la notificación en la

oficina del registro y el momento en que la información consignada en la notificación sea anotada por el personal de registro en el fichero, a fin de que pueda ser consultada por terceros. Este lapso plantea la cuestión del momento a partir del cual podría considerarse que la inscripción tiene validez jurídica: o bien el momento en que la notificación se reciba en la oficina del registro, o bien el momento a partir del cual la información consignada en la notificación pasa a ser accesible al público a efectos de consultas o búsquedas.

104. Para resolver este problema, muchos ordenamientos jurídicos hacen recaer el riesgo que, en cuanto a la prelación, entraña el mencionado lapso en el acreedor garantizado, y no en los terceros que consulten el registro. En esos Estados, el razonamiento consiste en que el momento efectivo de la inscripción registral debería ser concomitante con la capacidad de los que consulten el fichero para encontrar la notificación. La fiabilidad del registro quedaría en entredicho si los terceros quedaran vinculados por una notificación que no pudiera consultarse públicamente. Esos Estados consideran también que un acreedor garantizado está en mejores condiciones para adoptar medidas de protección que los terceros (puede, por ejemplo, suspender la concesión del crédito hasta que se pueda consultar la notificación). En cualquier caso, la concepción y el funcionamiento de un registro moderno de garantías reales deberían garantizar procedimientos de inscripción registral rápidos y eficientes que redujeran al mínimo las demoras. En un sistema completamente electrónico que no exija la intervención del personal del registro, la introducción de la notificación y su disponibilidad para los que deseen buscarla es prácticamente simultánea, con lo cual ya no se plantea el problema del intervalo que media entre la presentación de una notificación y la capacidad para encontrarla al consultar el registro.

105. Por estos motivos, en la *Guía* se considera que el momento válido de la inscripción es el momento en que los terceros pueden encontrar la notificación al consultar el registro (véase la recomendación 70).

8. Autorización para efectuar una inscripción

106. En muchos Estados, la inscripción de una notificación será inválida salvo que haya sido efectuada por el otorgante (hecho poco frecuente) o con el consentimiento de éste. Sin embargo, esos Estados suelen disponer que el acreedor garantizado no precisa obtener la autorización escrita del otorgante en el momento de la inscripción, o con anterioridad, ni aportar al registro la prueba de que ha obtenido su consentimiento. El presente enfoque se justifica por el hecho de que al permitirse que se dé la autorización antes o después de la inscripción se elimina una importante fuente de posibles demoras y gastos en el proceso de inscripción, y se evita el riesgo de que se produzcan errores técnicos que puedan socavar la eficacia de la garantía real frente a terceros que se obtenga mediante la inscripción (véase la recomendación 54 d)). Además, no es preciso obtener por separado el consentimiento escrito del otorgante, pues se considerará que las partes han dado implícitamente su autorización al concertar el acuerdo de garantía. Conforme al análisis que figura en la sección siguiente del presente capítulo, cuando las partes no llegan a concertar un acuerdo de garantía, los regímenes modernos permiten al otorgante solicitar la cancelación de la inscripción mediante un procedimiento judicial o administrativo sumario al tiempo que otras normas legales pueden imponer sanciones a los autores de inscripciones fraudulentas. Por consiguiente, en la práctica el resultado es muy similar al que se produce en los Estados que no exigen explícitamente una autorización escrita formal del otorgante (por estimar que el acuerdo de garantía es una manifestación del consentimiento). En la *Guía* se recomienda este enfoque (véase la recomendación 71).

9. Cancelación o enmienda de una notificación inscrita

a) Cancelación o enmienda obligatorias

107. Por razones de seguridad, en muchos ordenamientos jurídicos se faculta únicamente al acreedor garantizado (o a su representante autorizado) para cancelar o enmendar una inscripción registral. Sin embargo, una inscripción que de hecho no represente ninguna garantía real existente o potencial puede mermar la capacidad de la persona que figure como otorgante en la notificación para vender los bienes descritos en la notificación o para constituir una garantía real sobre ellos. Por lo tanto, es indispensable asegurar que toda notificación inscrita sea cancelada o enmendada con prontitud si: *a)* no existe un acuerdo de garantía ni se prevé su concertación; *b)* si la garantía real se ha extinguido a raíz del cumplimiento pleno y definitivo de la obligación garantizada, o *c)* si una notificación inscrita contiene información no autorizada por el otorgante (por ejemplo, la descripción del bien consignada en la notificación puede ser excesivamente amplia y abarcar artículos o tipos de bienes que no se pretende que sean objeto de un acuerdo de garantía efectivo o previsto entre las partes).

108. A fin de proteger a los otorgantes en esas circunstancias, en varios ordenamientos jurídicos se prevé que el otorgante tendrá derecho a enviar una demanda escrita al acreedor garantizado en la que solicite la supresión o la enmienda de la inscripción de modo que refleje el estado real de la relación entre dichas partes. El acreedor garantizado está obligado a inscribir una notificación de cancelación o enmienda, según el caso, una vez transcurrido un determinado plazo (por ejemplo, de 20 ó 30 días) tras la recepción de la demanda. Si el acreedor garantizado no cumple lo solicitado, el otorgante tiene derecho a obligar a que se cancele o enmiende la notificación mediante un procedimiento administrativo (o, con menor frecuencia, judicial) sumario (véanse las recomendaciones 72 y 74). En la *Guía* se recomienda este enfoque. En esos Estados, a menos que el acreedor garantizado obtenga un mandato judicial en sentido contrario, el incumplimiento dará derecho al otorgante a exigir al encargado del registro que inscriba la cancelación o la enmienda mediante la presentación de pruebas de que se formuló la demanda y que no fue atendida, y notificarlo después al acreedor garantizado. En algunos de esos ordenamientos jurídicos se confiere incluso al otorgante el derecho a cancelar o enmendar unilateralmente la inscripción, aunque también prevén la responsabilidad por daños y perjuicios de todo otorgante que haya ejercido ese derecho pero sin seguir los procedimientos requeridos para demandas.

b) Supresión y archivo de las notificaciones canceladas

109. Cuando una notificación inscrita haya expirado o se haya cancelado, los sistemas registrales suelen estar programados de modo tal que la notificación queda rápidamente borrada de los ficheros del registro que pueden consultarse públicamente. No obstante, la información recogida en la notificación cancelada o que haya expirado y el dato de su cancelación o expiración serán archivados, para su consulta en caso de necesidad. La consulta podría ser necesaria, por ejemplo, cuando hubiera que determinar la prelación de la garantía real inscrita en un momento determinado. En la *Guía* se recomienda este enfoque para suprimir y archivar las notificaciones canceladas (véase la recomendación 74).

c) Enmiendas

110. Como ya se ha indicado (véanse los párrafos 75 a 77), es preciso que los acreedores garantizados inscriban una enmienda para hacer constar todo cambio subsiguiente de

la identificación del otorgante para poder mantener su prelación frente a los acreedores garantizados y los compradores que tengan algún interés en los bienes gravados tras la modificación. En cambio, si bien la mayoría de los Estados permiten al acreedor garantizado enmendar la notificación inscrita para revelar un cambio de su dato de identificación, la notificación inscrita conserva su validez legal aun cuando no se efectúe la enmienda. Ello obedece a que, a diferencia del dato de identificación del otorgante, el dato de identificación del acreedor garantizado no es un criterio de búsqueda. Así pues, un cambio del dato de identificación del acreedor garantizado no perjudica la capacidad de los terceros que consulten el registro para encontrar en él la notificación.

111. A pesar de que sea facultativo, normalmente un acreedor garantizado prudente procederá a inscribir una enmienda en la que haga constar el cambio de su dato de identificación consignado en la notificación inicialmente inscrita. Si el cambio supone una nueva identificación o dirección y el acreedor garantizado no procede a la enmienda, correrá el riesgo de no recibir las notificaciones enviadas por terceros en relación con la garantía real expuesta en la notificación inscrita. Cuando el cambio subsiguiente sea fruto de una cesión de la obligación garantizada inicial, el hecho de que el nuevo acreedor garantizado no vele por la inscripción de la enmienda supondrá que el acreedor garantizado inicial conservará la facultad legal para modificar el estado del fichero. En la *Guía* se recomienda este enfoque (véase la recomendación 75).

112. La situación es distinta cuando la garantía real no se inscribe o no se hace oponible de otro modo a terceros en el momento de la cesión de la obligación garantizada y de la garantía real del caso a un nuevo acreedor garantizado. En este caso, el cesionario tendrá que inscribir una notificación para asegurar la eficacia de la garantía real frente a terceros. No hay motivo alguno para no indicar en la notificación al cesionario como acreedor garantizado. Dicho de otro modo, no es necesario que el autor de la inscripción efectúe primero la inscripción en nombre del acreedor garantizado inicial.

113. Si las necesidades de financiación del otorgante cambiaran después de la concertación del acuerdo de garantía inicial, el otorgante podrá avenirse a constituir una garantía real sobre bienes adicionales. En aras de la flexibilidad, el registro puede permitir una enmienda de la descripción que figure en la notificación inscrita para agregar los bienes recientemente gravados, en lugar de exigir la inscripción de una nueva notificación. Ahora bien, la enmienda sólo tendrá validez con respecto a estos nuevos bienes gravados a partir de la fecha en que se inscriba, con la consecuencia de que no podrá perjudicar los derechos adquiridos por terceros sobre los bienes adicionales antes de la inscripción de la enmienda.

114. La situación es diferente cuando la enmienda refleje la existencia de nuevos bienes en la forma de producto de los bienes gravados iniciales. Si la enmienda se efectúa antes de la expiración del plazo previsto de eficacia automática temporal frente a terceros, la garantía real constituida sobre el producto de dichos bienes será oponible a terceros a partir de la fecha de inscripción de la notificación inicial (véase el capítulo III, sobre la oponibilidad de una garantía real a terceros, párrafos 92 y 93).

115. Si la descripción de los bienes en la inscripción inicial abarca los bienes futuros, no suele ser necesario enmendar la inscripción. En cambio, si el sistema adopta la norma de una inscripción suplementaria de los bienes futuros con número de serie (véanse los párrafos 34, 35 y 85 *supra*), será necesario enmendar la inscripción a fin de consignar en ella los nuevos números de serie y para que así la garantía real sea oponible a terceros.

116. Cuando un acreedor garantizado convenga en subordinar una garantía real inscrita respecto del derecho de otro acreedor, no debería requerirse en principio la inscripción

de una enmienda que dejara constancia de la subordinación para que la inscripción continuara siendo válida. Dado que la subordinación sólo afectará la relación entre las partes pertinentes en lo que respecta a su prelación, este enfoque no irá en detrimento de los derechos de los terceros.

10. Registros especiales

117. Cuando se inscriban garantías reales en registros especiales, cabrá tener presentes muchas de las consideraciones expuestas en el presente capítulo en relación con los registros de carácter general. No obstante, habida cuenta de que los objetivos, la organización y la administración de los registros especiales varían de un Estado a otro y, a veces, de un registro a otro, en la *Guía* no se formula ninguna recomendación formal acerca del modo en que esos registros deben concebirse y deben funcionar. Aun así, los Estados tal vez deseen aprovechar el establecimiento o la reforma de un registro general de garantías reales para reformar también sus registros especiales con objeto de lograr que funcionen con un nivel equivalente de modernidad y eficiencia, por ejemplo, convirtiéndolos en registros basados en la inscripción de notificaciones para dar constancia de la existencia de garantías reales (véase el capítulo III, sobre la oponibilidad de una garantía real a terceros, párrafos 75 a 82).

B. Recomendaciones 54 a 75

Finalidad

Las disposiciones relativas al sistema registral tienen por objeto promover el establecimiento de un registro general de las garantías reales y regular su funcionamiento. La finalidad del sistema registral es ofrecer a las partes interesadas:

- a) Un método por el que una garantía real existente o futura sobre bienes existentes o futuros del otorgante pueda hacerse oponible a terceros;
- b) Parámetros eficientes sobre un orden de prelación basados en el momento de la inscripción de una notificación sobre una garantía real; y
- c) Una fuente objetiva de información para los terceros que tengan algún tipo de interés en los bienes del otorgante (como sería el caso de eventuales acreedores garantizados y compradores, acreedores judiciales o el representante de la insolvencia del otorgante) para determinar si esos bienes están o no gravados por una garantía real.

Para lograrlo, convendría que el sistema registral se concibiera de modo tal que los procesos de inscripción y consulta fueran sencillos, rápidos y poco costosos, facilitando así la tarea de todo usuario eventual y del público en general.

Marco funcional de inscripción y consulta

54. El régimen debería garantizar lo siguiente:

- a) Que haya directrices claras y concisas para la inscripción y consulta que sean de fácil accesibilidad y que se difunda ampliamente la información sobre la existencia y función del registro;
- b) Que la inscripción sea válida mediante la anotación de un aviso o notificación en que se consignen los datos indicados en la recomendación 57, en vez de requerir que se presente el original o una copia del acuerdo de garantía o de algún otro documento;

c) Que sea obligatorio para el registro aceptar toda notificación presentada por algún medio de comunicación autorizado (por ejemplo, consignado sobre papel o por vía electrónica), salvo que la notificación:

- i) No vaya acompañada de la tasa de inscripción exigible;
- ii) No identifique suficientemente al otorgante para poder clasificarlo en un índice del registro (indización); o
- iii) No dé ciertos datos exigibles con arreglo a la recomendación 57;

d) Que el secretario del registro no pueda exigir que se verifique más en detalle la identidad de la persona que lleva a cabo la inscripción ni la autenticidad del poder de inscripción de la notificación, ni tampoco investigar más a fondo el contenido de la notificación;

e) Que el registro lleve un fichero centralizado que contenga todas las notificaciones de garantías reales inscritas de conformidad con el presente régimen;

f) Que la información inscrita en el fichero del registro pueda ser consultada por el público;

g) Que todo usuario pueda consultar el registro sin necesidad de justificar su consulta;

h) Que las notificaciones estén indizadas y puedan ser consultadas por referencia al dato de identificación del otorgante;

i) Que los derechos de inscripción y de consulta, de exigirse alguno, no sean superiores a lo requerido para cubrir los gastos del registro;

j) Que, de ser posible, el sistema de inscripción sea electrónico, velando en particular por:

- i) Archivar las notificaciones en forma electrónica en una base de datos informatizada;
- ii) Dar acceso inmediato a todo autor de una inscripción o de una consulta del fichero del registro por alguna vía electrónica o similar, como Internet o el intercambio electrónico de datos;
- iii) Programar el sistema con miras a minimizar el riesgo de introducción de datos incompletos o que no sean pertinentes; y
- iv) Programar el sistema con miras a facilitar la obtención rápida y completa de los datos buscados al efectuarse una consulta y minimizar las consecuencias prácticas de todo posible error humano;

k) Que el autor de la inscripción pueda elegir entre dos o más vías o puntos de acceso al registro; y

l) Que, en caso de que sea electrónico, el registro funcione de modo continuo, salvo que se cierre para alguna operación prevista de mantenimiento y, en caso de que no sea electrónico, sea accesible durante un horario fiable y regular que sea compatible con las necesidades de los posibles usuarios.

Seguridad e integridad del registro

55. A fin de salvaguardar la seguridad e integridad del registro, el régimen debería disponer que su marco jurídico y funcional cumpla con los siguientes requisitos:

a) Si bien cabrá delegar en alguna entidad privada la gestión cotidiana del registro, el Estado deberá hacerse responsable de que funcione con arreglo al marco legal establecido;

b) Se deberá exigir y anotar en el registro la identidad del autor de la inscripción²;

²En lo que respecta a la verificación de la identidad del autor de la inscripción, véase la recomendación 54 d).

c) El autor de la inscripción deberá enviar una copia de la notificación al otorgante mencionado en ella. El incumplimiento de este requisito por el acreedor garantizado dará únicamente lugar a sanciones menores y al resarcimiento de todo daño probado que haya resultado de dicho incumplimiento;

d) El registro deberá estar obligado a enviar prontamente una copia de todo cambio de la notificación inscrita a la persona que en dicha notificación conste como acreedor garantizado;

e) El autor de la inscripción deberá poder obtener una copia de la misma tan pronto como los datos hayan sido inscritos en el registro; y

f) Deberán mantenerse múltiples ejemplares de los datos inscritos a fin de que la inscripción pueda ser reconstituida en caso de pérdida o daño.

Responsabilidad en caso de pérdida o daño

56. El régimen debería prever la asignación de la responsabilidad por toda pérdida o daño que sea debido a error en la gestión o el funcionamiento del sistema de registro o de consulta. Cuando el sistema esté concebido de modo tal que los interesados puedan efectuar inscripciones y consultas directas sin necesidad de intervención alguna del personal del registro, la responsabilidad del registro debería limitarse al supuesto de una deficiencia en el funcionamiento del sistema.

Contenido obligatorio de la notificación

57. El régimen debería disponer que la notificación deberá contener únicamente los siguientes datos:

a) El dato de identificación del otorgante, que se ajuste a lo previsto en las recomendaciones 58 a 60, así como la identidad del acreedor garantizado o de su representante, y sus direcciones;

b) Una descripción del bien gravado objeto de la notificación, que sea conforme a lo prescrito en la recomendación 63;

c) La duración de la inscripción conforme a lo prescrito en la recomendación 69; y

d) Una declaración de la cuantía monetaria máxima realizable al ejecutar la garantía, cuando la autoridad competente determine que una indicación en la notificación de esa cuantía máxima facilitará la negociación de préstamos subordinados.

Suficiencia del dato de identificación del otorgante

58. El régimen debería disponer que la notificación sólo surtirá efecto si facilita el dato correcto para identificar al otorgante o, de haberse producido algún error, si cabe encontrar la notificación efectuando una búsqueda en el fichero del registro en la que se dé como referencia el dato de identificación correcto.

59. El régimen debería disponer que, si el otorgante es una persona física, el dato de identificación del otorgante requerido para la validez de la inscripción será el nombre del otorgante conforme aparezca en el documento oficial prescrito para dicho fin. Siempre que sea necesario para identificar debidamente al otorgante, deberá exigirse algún dato suplementario, como su fecha de nacimiento o el número de su tarjeta de identidad.

60. El régimen debería disponer que, si el otorgante es una persona jurídica, el dato de identificación requerido para la validez de la inscripción será el nombre que aparezca en la escritura constitutiva de dicha persona jurídica.

Efecto de algún cambio en el dato de identificación del otorgante sobre la validez de la inscripción

61. El régimen debería disponer que si, estando ya inscrita la notificación, el dato de identificación del otorgante utilizado en ella sufre algún cambio, y si a resultas de ello ese dato no satisface ya lo prescrito en las recomendaciones 58 a 60, el acreedor garantizado podrá enmendar la notificación inscrita haciendo constar el nuevo dato de identificación que cumpla con lo prescrito. Si el acreedor garantizado no hace inscribir la enmienda antes de que transcurran [indíquese un breve plazo] [...] días después del cambio, la garantía real no será oponible:

a) Al titular de una garantía real concurrente respecto de la cual se haya inscrito la correspondiente notificación o que se haya hecho de algún otro modo oponible a terceros después del cambio del dato de identificación del otorgante, pero antes de haberse inscrito dicha enmienda; ni

b) A una persona que compre, arriende o ponga bajo licencia el bien gravado después del cambio del dato de identificación del otorgante, pero antes de haberse inscrito la enmienda.

Efecto de una cesión del bien gravado sobre la validez de la inscripción

62. El régimen debería regular las consecuencias que la cesión de un bien gravado puede tener en la validez de la inscripción.

Suficiencia de la descripción del bien que sea objeto de una notificación

63. El régimen debería disponer que la descripción dada de un bien gravado en una notificación será tenida por suficiente si cumple los requisitos previstos en la recomendación 14 d) (capítulo II, sobre la constitución de una garantía real).

Consecuencias de una indicación incorrecta o de una descripción insuficiente

64. El régimen debería disponer que la indicación incorrecta, por parte del autor de una inscripción, del dato de identificación o de la dirección del acreedor garantizado, o una descripción del bien gravado que se ajuste a lo requerido en la recomendación 63, no invalidarán una notificación inscrita, a menos que tal indicación o descripción puedan inducir a grave error a toda persona razonable que consulte el registro.

65. El régimen debería disponer que una descripción de determinados bienes gravados que esté en consonancia con lo requerido en la recomendación 63 no invalidará una notificación inscrita con respecto a otros bienes que sí estén suficientemente descritos.

66. El régimen debería disponer que si la notificación contiene una indicación incorrecta sobre la duración de la inscripción o, en su caso, sobre la cuantía máxima garantizada, la notificación no quedará invalidada. Debería protegerse a los terceros que hayan confiado en la veracidad de indicaciones incorrectas.

Momento en que puede inscribirse una notificación

67. El régimen debería disponer que cabrá inscribir una notificación concerniente a una garantía real antes o después de:

a) La constitución de dicha garantía real; o

b) La concertación del acuerdo constitutivo de la garantía.

Suficiencia de una única notificación respecto de diversas garantías reales nacidas de más de un acuerdo concertado entre las mismas partes

68. El régimen debería disponer que bastará con hacer inscribir una única notificación para dotar de oponibilidad a una o más garantías reales, independientemente de que estén ya

constituidas en el momento de la inscripción o de que se constituyan ulteriormente, y de que nazcan de uno o más acuerdos de garantía concertados entre las mismas partes.

Duración y prórroga de la inscripción de una notificación

69. El régimen debería o bien especificar la duración de la validez de la notificación inscrita o permitir que el autor de una inscripción especifique en la notificación dicha duración al efectuar su inscripción y la prorrogue en cualquier momento antes de su vencimiento. En ambos casos, el acreedor garantizado debería estar facultado para prorrogar la validez de la inscripción notificando al registro una enmienda en cualquier momento antes de que expire la validez de la notificación. Si el propio régimen especifica la duración de la validez de la inscripción, toda prórroga solicitada al inscribir la notificación de enmienda deberá ser de duración igual a la del plazo de validez inicial. De autorizar el régimen que el autor de la inscripción especifique la duración de su validez, la duración de toda prórroga debería ser la especificada en la notificación de enmienda.

Momento en que surtirá efecto la inscripción de una notificación o de una enmienda

70. El régimen debería disponer que la inscripción de una notificación inicial o de una enmienda surtirá efecto a partir del momento en que la información consignada en la notificación o en la enmienda sea inscrita en el fichero del registro, de modo que pueda ser encontrada por toda persona que lo consulte.

Autorización para efectuar una inscripción

71. El régimen debería disponer que la inscripción de una notificación no será válida a menos que el otorgante la haya autorizado por escrito. Esa autorización podrá darse antes o después de la inscripción. Un acuerdo escrito constitutivo de la garantía será suficiente para autorizar la inscripción. La validez de una inscripción no dependerá de la identidad de su autor.

Cancelación o enmienda de una notificación

72. El régimen debería prever que, de no haberse concertado acuerdo alguno constitutivo de una garantía, de haberse extinguido la garantía real por pago íntegro o por haberse cumplido de algún otro modo la operación garantizada, o de no estar autorizada por el otorgante la notificación inscrita:

a) El acreedor garantizado estará obligado a presentar en el registro un aviso de cancelación o de enmienda, según proceda, de la notificación inscrita antes de que transcurran [indíquese un breve plazo] [...] días después de que el acreedor garantizado haya recibido la solicitud escrita pertinente del otorgante;

b) El otorgante tendrá derecho a exigir la cancelación o la enmienda debida de la notificación inscrita por alguna vía sumaria judicial o administrativa;

c) El otorgante tendrá derecho a exigir la cancelación o la debida enmienda de la notificación, conforme a lo previsto en el apartado b), incluso antes de haber expirado el plazo previsto en el apartado a), siempre y cuando se disponga de algún dispositivo adecuado para amparar al acreedor garantizado.

73. El régimen debería disponer que el acreedor garantizado estará facultado para presentar en cualquier momento en el registro un aviso de cancelación o de enmienda, según proceda, de la notificación inscrita.

74. El régimen debería disponer que, en un breve plazo tras la expiración de la validez de la notificación inscrita, conforme a lo previsto en la recomendación 69, o a raíz de su cancelación, conforme a lo previsto en la recomendación 72 ó 73, los datos de información consignados en dicha notificación deberán ser retirados del fichero del registro al que el público tenga acceso.

Ahora bien, la información recogida en la notificación cancelada, enmendada o que haya expirado, y el dato de su cancelación, enmienda o expiración deberá ser archivado a fin de que, si es necesario, pueda ser consultado.

75. El régimen debería disponer que, de haberse efectuado una cesión de la obligación garantizada, cabrá enmendar la notificación para dar a conocer el nombre del nuevo acreedor garantizado. No obstante, una notificación no enmendada seguirá siendo válida.

V. Prelación de una garantía real

A. Observaciones generales

1. *Introducción*

1. El concepto de prelación es el eje de todo régimen eficaz de las operaciones garantizadas. Es el mecanismo principal con el que los Estados resuelven los conflictos de garantías sobre los bienes del otorgante entre acreedores concurrentes. Ese concepto se refleja en un conjunto de principios y normas que determinan si un acreedor garantizado puede obtener el beneficio económico de su garantía real sobre un bien gravado con preferencia a los demás acreedores concurrentes cuyas garantías sobre ese bien dimanen del mismo otorgante.

2. La lógica y los límites del concepto de prelación se entenderán mejor con el trasfondo del régimen general de las relaciones entre deudores y acreedores en un ordenamiento jurídico. En algunos de ellos, el régimen de deudores y acreedores no se ocupa directamente de la relación entre los distintos acreedores del deudor; se ocupa únicamente de la relación entre el deudor y un determinado acreedor. En caso de incumplimiento, el acreedor puede obtener una sentencia judicial contra su deudor y conseguir sencillamente el embargo y la venta de los bienes de ese deudor (si el otorgante es otra persona distinta del otorgante) para pagar la suma que deba según determine el tribunal. Con arreglo al régimen general de las relaciones entre deudores y acreedores en esos ordenamientos, el concepto de prelación (es decir, el mecanismo para determinar cuál de los reclamantes, en caso de haber dos o más, puede obtener primero el beneficio económico de su derecho sobre un bien) sólo es pertinente cuando un reclamante concurrente impugna el derecho de un acreedor garantizado a ejecutar su garantía real sobre uno o varios de los bienes del deudor. Esto podría ocurrir, por ejemplo, si un acreedor embarga bienes que se encuentren en una dependencia del deudor y que en verdad pertenezcan a un tercero.

3. Sin embargo, en la mayoría de los ordenamientos, el régimen de deudores y acreedores es más amplio y regula también más expresamente las relaciones entre todos los acreedores de un deudor. En esos ordenamientos, tales relaciones se rigen habitualmente por dos principios generales. En primer lugar, la ley establece normalmente que todos los bienes de un deudor pueden embargarse y venderse para cumplir una obligación confirmada mediante sentencias favorables a alguno de los acreedores (los activos de un deudor son la “prenda común” de sus acreedores). Sin embargo, si otros acreedores han obtenido también una sentencia adversa al deudor y se suman al embargo, el producto de la venta se utilizará para pagar las deudas con todos los acreedores que se han sumado a ese procedimiento. En segundo lugar, si la venta de los bienes no reporta dinero suficiente para pagarles a todos íntegramente, las deudas se satisfacen proporcionalmente y se prorratea entre los acreedores el producto de esa venta proporcionalmente a la cuantía respectiva de sus créditos.

4. Aunque los dos principios señalados en el párrafo anterior forman parte del ordenamiento de numerosos Estados, el régimen de deudores y acreedores en esos Estados ha evolucionado e incorpora también otros principios. Lo más importante es que en esos

Estados algunos acreedores puedan obtener preferencia sobre otros. Dicho de otro modo, los dos principios básicos rigen todas las relaciones entre deudores y acreedores únicamente si uno o más de los acreedores no ha contratado con su deudor una prelación.

5. Hay varias formas en que los acreedores pueden contratar un derecho preferente. Por ejemplo, en muchos ordenamientos los vendedores utilizan mecanismos, como la retención de la titularidad, para impedir que determinados bienes pasen a formar parte de la prenda común a disposición de todos los acreedores. De manera análoga, en muchos ordenamientos los prestamistas pueden utilizar un mecanismo, como la venta con derecho de redención, para retirar algunos bienes del deudor del fondo común. De este modo, esos acreedores pueden tener más probabilidades de cobrar el importe íntegro de todas las obligaciones contraídas frente a ellos, porque no tienen que seguir compartiendo con acreedores concurrentes el valor económico de los bienes sujetos a esos mecanismos. Además, en la mayoría de los ordenamientos se autoriza a algunos acreedores a obtener un derecho preferente en el reparto de los ingresos obtenidos de una venta realizada para satisfacer su crédito. Esta prelación puede derivar de una disposición legal (como la prelación que se atribuye con frecuencia a los reparadores de los bienes, a los vendedores de bienes a quienes no se les haya pagado y a las autoridades fiscales), o celebrando un contrato de garantía legal sobre bienes concretos del deudor. En estos casos, el derecho de algunos acreedores a cobrar con prelación a otros incrementa directamente la probabilidad de que perciban el pago íntegro de sus créditos, porque sólo se pagará a los acreedores concurrentes una vez que se hayan satisfecho íntegramente las deudas con los acreedores preferentes. Uno de los objetivos fundamentales de las reglas sobre prelación es revisar los principios básicos y las consecuencias de la concesión de prelación a determinados acreedores frente a los acreedores concurrentes.

6. Los ordenamientos adoptan enfoques generales distintos para establecer un régimen de prelación. En algunos se asigna a este concepto un significado bastante limitado, en el sentido de que se utiliza únicamente cuando concurren acreedores que han obtenido preferencia quebrantando el principio de igualdad entre los acreedores. En esos Estados, la prelación no se refiere a cuestiones de titularidad. Los conflictos con otros acreedores cuyos créditos no supongan la reclamación de derechos sobre uno o más de los bienes de propiedad del deudor (en particular, con los vendedores que hayan retenido la titularidad y los posteriores compradores de bienes del deudor) no se consideran normalmente conflictos de prelación. Esos conflictos se resuelven, ante todo, determinando si el derecho de titularidad sobre el bien corresponde al acreedor o al deudor (por remisión a los principios generales del derecho de propiedad, como el de que ninguna persona puede transferir a otra más derechos de los que tiene: *nemo dat quod non habet*). Además, en esos ordenamientos las cuestiones de prelación se plantean únicamente cuando un acreedor pretende ejecutar su crédito sobre los bienes del deudor; el concepto de prelación no tiene ninguna trascendencia antes de ese momento.

7. En otros ordenamientos, el término prelación tiene un alcance más amplio, en el sentido de que se utiliza para referirse a la concurrencia entre todos los acreedores que tengan un derecho de propiedad sobre los bienes del deudor, inclusive los que se hallen en posesión de dicho deudor, y que éste sólo tenga derecho a utilizarlos, incluso si todavía no es su propietario (los bienes aparentes del deudor). Por ejemplo, en esos ordenamientos el conflicto entre un vendedor que haya retenido la titularidad de un bien, un tercero a quien el deudor ha vendido presuntamente ese bien y un acreedor por sentencia judicial de ese tercero que tenga derecho sobre el bien se puede considerar un conflicto de prelación. Además, en esos ordenamientos el concepto de prelación rige la relación entre los

acreedores concurrentes antes incluso de que el deudor haya incumplido sus obligaciones. De este modo, la concurrencia entre el beneficiario de la transferencia de un crédito (como por ejemplo, un crédito por cobrar) y un acreedor que pretenda cobrar ese crédito se considera un conflicto de prelación, aunque el deudor aún no haya incumplido sus obligaciones frente al acreedor que pretenda cobrarla. De modo similar, si dos acreedores garantizados han estipulado en un contrato con un otorgante la obtención de la posesión de un bien gravado en el momento en que se exija antes del incumplimiento, la concurrencia entre ellos es una cuestión de prelación, incluso en el caso de que el deudor aún no se halle en situación de incumplimiento respecto de dichos acreedores y del otorgante.

8. En algunos Estados se adopta un concepto todavía más amplio de la prelación, en el sentido de que en dichos Estados se considera que los conflictos de prelación entre acreedores y reclamantes cuyos derechos no se deriven del mismo deudor son conflictos de prelación que corresponden al ámbito de aplicación del régimen de las operaciones garantizadas. Por ejemplo, el otorgante A constituye una garantía real en favor del acreedor M y arrienda el bien gravado al arrendatario X, antes de venderlo al comprador B. Este último otorga a continuación una garantía real sobre ese bien al acreedor N y arrienda el bien gravado al arrendatario Y. Aunque sus garantías son otorgadas por dos deudores diferentes (A y B), la concurrencia entre M, N, X e Y se considera un conflicto de prelación. En otros ordenamientos, en cambio, sólo se plantea un conflicto de prelación cuando los acreedores concurrentes reclaman sus derechos al mismo otorgante. Cuando dos otorgantes distintos han constituido garantías sobre el mismo bien, esos ordenamientos aplican otra legislación, como la del régimen legal básico de la propiedad o el de la compraventa, para establecer los principios (como el de *nemo dat quod non habet*) por los que se regirán los derechos concurrentes de las dos categorías de acreedores (los de A, por una parte, y los de B, por la otra).

9. En el capítulo I, relativo al ámbito de aplicación, los enfoques básicos de las garantías reales y otros temas generales comunes a todos los capítulos de la *Guía*, se recomienda que los ordenamientos adopten, como marco general de referencia, un criterio plenamente integrado y amplio para abordar las operaciones garantizadas. Salvo en el caso de la financiación de adquisiciones, para el que se adopta un enfoque no unitario (véase la recomendación 9), tanto si el acreedor pretende obtener una preferencia celebrando un contrato para desvirtuar el principio de la prenda común o el principio de la igualdad entre los acreedores, se considerará que el acuerdo da lugar a una garantía real, y los derechos de los acreedores concurrentes se determinarán en el marco de conflictos de prelación (véase la recomendación 8). Sin embargo, como los Estados pueden regular de distintas maneras las cuestiones básicas del régimen de la propiedad, la *Guía* no se refiere a la concurrencia entre acreedores cuyos derechos no dimanen del mismo otorgante. Estas cuestiones se resuelven con arreglo a otras leyes del ordenamiento de que se trate. Así pues, en el presente capítulo y en toda la *Guía*, el término “prelación” abarca únicamente los conflictos, surgidos ya sea antes del incumplimiento o en el momento de la ejecución, entre un acreedor garantizado y cualquier otro acreedor cuyos derechos se deriven del mismo otorgante (véase, por ejemplo, la recomendación 76).

10. En la sección A.2 de este capítulo se examinan los criterios generales que han de aplicarse para establecer unas reglas de prelación, y en la sección A.3 los distintos métodos que pueden utilizarse para determinar la prelación. A continuación se examinan en el capítulo las reglas básicas de prelación que deben formar parte de un régimen eficaz de operaciones garantizadas. En la sección A.4 se examina la relación entre distintos acreedores concurrentes y en la sección A.5 se aborda el alcance y la interpretación de las

reglas de prelación. En la sección B se examinan las reglas especiales de prelación aplicables únicamente a determinadas categorías concretas de bienes. El capítulo concluye con la sección C, que contiene una serie de recomendaciones.

2. Alcance de la prelación

a) Tipos de conflictos de prelación

11. Antes de examinar la razón por la que es tan importante el concepto de prelación (véanse los párrafos 16 a 19 *infra*), se examinarán las distintas situaciones en que se plantean problemas de prelación, a fin de explicar el contexto. Normalmente, esas cuestiones se plantean en tres contextos principales, en todos los cuales se presupone que por lo menos uno de los acreedores concurrentes es un acreedor garantizado (esto es, el titular de una garantía real contractual).

12. Con la mayor frecuencia, las cuestiones de prelación se plantean en el momento de ejecutar una garantía real, por ejemplo, cuando el otorgante de una garantía real sobre un bien gravado incumple la obligación garantizada y el valor de ese bien gravado no basta para satisfacer las obligaciones contraídas con el acreedor que ejecuta su garantía ni con los demás acreedores concurrentes que reclamen un derecho sobre ese bien. En tal situación, el régimen de las operaciones garantizadas debe determinar la forma en que se distribuirá entre ellos el valor económico del bien. Muchas veces, el acreedor concurrente será otro acreedor garantizado del otorgante. Un ejemplo característico es el del otorgante que concede una garantía real sobre el mismo bien a dos prestamistas diferentes. Sin embargo, en otros casos el acreedor concurrente podrá ser el titular de otro tipo de derecho de propiedad, como un derecho creado por imperio de la ley (por ejemplo, un acreedor preferente), o un acreedor ordinario del otorgante que haya obtenido una sentencia ejecutiva contra éste y adopte las medidas necesarias para ejecutarla contra bienes gravados por la garantía real.

13. También se plantea una cuestión de prelación si un tercero reclama un crédito sobre un bien gravado, pues en caso de tener éxito obtendrá un título libre de todo gravamen sobre el bien, es decir, libre de cualquier garantía real y de toda otra reclamación concurrente sobre el bien, o un derecho a utilizar el bien en virtud de un acuerdo de arrendamiento o de licencia. Un ejemplo característico es el del otorgante que constituye una garantía real en favor de un prestamista, pero conserva la posesión del bien, vendiendo el bien gravado a continuación a un tercero. En esta situación, el régimen de las operaciones garantizadas ha de determinar si el comprador del bien adquiere un título libre de la garantía real constituida en favor del prestamista. Otro ejemplo es el del otorgante que constituye una garantía real sobre un bien en favor de un prestamista y a continuación arrienda ese bien a un tercero o concede a éste una licencia sobre el bien. En ese caso, el régimen de las operaciones garantizadas ha de determinar si el arrendatario financiero o el licenciataria del bien gravado pueden disfrutar de sus derechos sin que les afecte la garantía real del prestamista. También cabe citar como ejemplo el caso del representante que intervenga en el procedimiento de insolvencia del otorgante y que reclame los bienes gravados por una garantía real del acreedor a fin de incluirlos en la masa de la insolvencia.

14. En el tercer contexto en que se plantean conflictos de prelación no se presupone que haya comenzado un procedimiento de ejecución ni que otro acreedor haya invocado su derecho a obtener un título claro sobre el bien gravado. El otorgante podrá, por ejemplo, constituir dos garantías reales sobre un crédito por cobrar y acceder también a que cada

acreedor garantizado sobre ese crédito, descontando mensualmente la cantidad adeudada en virtud de la obligación garantizada de los pagos recibidos y remitiendo el saldo (si lo hubiere) al otorgante. Incluso si este último no se halla en situación de incumplimiento, se deberá determinar cuál de los acreedores garantizados tendrá derecho a cobrar el crédito exigible. Podría plantearse un conflicto análogo en el caso en que el otorgante confiriera a dos acreedores garantizados el derecho de posesión del bien gravado si lo exigieran durante la vigencia del acuerdo de garantía. En ambos casos, los derechos respectivos de los dos acreedores se determinarán conforme a las normas de prelación del régimen de las operaciones garantizadas.

15. Es importante observar que en todos los casos arriba señalados, la mayoría de los Estados adopta el criterio de que la prelación sólo constituye un problema si las garantías reales de que se trate en el conflicto respectivo son oponibles a terceros (en cuanto a la distinción entre la eficacia entre las partes y la oponibilidad a terceros, véase el capítulo II, sobre la constitución de una garantía real, párrafos 1 a 7). Sin embargo, en algunos ordenamientos se considera que determinadas garantías influyen en el orden de prelación, aunque no sean totalmente oponibles a terceros. Por ejemplo, en esos ordenamientos puede haber reglas de prelación especiales únicamente aplicables a los conflictos entre dos o más acreedores garantizados que todavía no hayan hecho oponibles sus derechos a terceros. Sin embargo, en los ordenamientos que establezcan una distinción clara entre las garantías oponibles a terceros y las que no lo son, estas últimas tendrán el mismo rango tanto en las relaciones entre sí como frente a los derechos de los acreedores ordinarios no garantizados. Es decir, no tendrán prelación alguna respecto de otras garantías. Además, en esos ordenamientos, los acreedores concurrentes que tengan una condición preferente en virtud de otra ley (por ejemplo, los prestadores de servicios de reparación y otros acreedores que se beneficien de una preferencia legislativa), o que hayan adquirido titularidad sobre bienes del otorgante, tendrán siempre prelación sobre una garantía real que no haya adquirido eficacia frente a terceros. Por último, cabe señalar que incluso si una garantía real no es oponible a terceros y no incide en la prelación, siempre será, no obstante, eficaz y ejecutable frente al otorgante. El enfoque consistente en no prever consecuencias para terceros en el caso de las garantías reales que no se hayan hecho oponibles a terceros es el enfoque que se recomienda en la *Guía* (véase la recomendación 30).

b) *Importancia de las reglas de prelación*

16. Por diversos motivos, se reconoce ampliamente que para promover la oferta de financiación garantizada se necesitan reglas eficaces de prelación.

17. En primer lugar, la cuestión más determinante para un acreedor que se proponga otorgar un crédito respaldado por determinados bienes es el grado de prelación que tendrá su garantía real en caso de que pretenda ejecutarla en el marco del procedimiento de insolvencia del otorgante o al margen de dicho procedimiento. Más concretamente, la cuestión es cuánto podrá esperar razonablemente obtener el acreedor garantizado de la venta de los bienes gravados. Esta cuestión reviste especial importancia cuando esos bienes gravados vayan a ser la única o principal fuente de la que el acreedor podrá obtener el reembolso de su crédito. Si el acreedor no está seguro de la prelación de su garantía real futura en el momento en que estudie la concesión del crédito, confiará menos en esos bienes gravados como garantía del reembolso. Esa incertidumbre respecto de la cantidad que podrá obtener de la venta de los bienes puede inducir al acreedor a incrementar el costo del crédito (por ejemplo, cobrando intereses más elevados) o a reducir el monto del crédito (por ejemplo,

adelantando un porcentaje menor del valor de los bienes gravados). En algunos casos, esa duda podrá hacer incluso que el acreedor se niegue a conceder crédito alguno.

18. Para reducir al mínimo esa incertidumbre, es importante que los regímenes de las operaciones garantizadas prevean normas claras de prelación que permitan predecir los resultados previsibles en caso de concurrencia entre acreedores sobre los bienes gravados. Además, como las garantías reales carecerán prácticamente de valor para los acreedores garantizados de no ser ejecutables en un procedimiento de insolvencia del otorgante, es importante que esos resultados se respeten en la mayor medida posible en el régimen de la insolvencia del Estado de que se trate (véase el capítulo XII, sobre la repercusión de la insolvencia en una garantía real, párrafos 13 y 59 a 63). Ello es especialmente importante porque, en muchos casos, el incumplimiento frente a un acreedor garantizado puede concurrir con el incumplimiento frente a otros acreedores, lo que puede significar la apertura de un procedimiento de insolvencia.

19. La existencia de normas de prelación bien concebidas puede tener también repercusión positiva en la oferta de crédito garantizado. Muchos bancos y otras instituciones financieras estarán dispuestos a otorgar crédito a cambio de una garantía real subordinada a una o más garantías reales de rango superior en poder de otros acreedores garantizados, siempre que estimen que el valor residual de los bienes del otorgante (una vez cumplidas las demás obligaciones garantizadas) será suficiente para cubrir el importe del préstamo respaldado por su garantía real, y mientras puedan confirmar claramente el grado de prelación exacto de su garantía real. Ello presupone que el posible acreedor futuro pueda determinar la cantidad máxima amparada en las garantías reales de rango superior, ya sea poniéndose en contacto con los titulares de las demás garantías reales o, si el ordenamiento exige una declaración pública de la cuantía máxima de la garantía real con que se grava un bien, consultando la notificación inscrita en el registro general de garantías reales (véase el párrafo 139 *infra* y la recomendación 98). Cuando el posible acreedor garantizado no pueda cerciorarse de que existe un valor residual suficiente para fundamentar la concesión del nuevo crédito solicitado, podrá también garantizarse un valor suficiente negociando un acuerdo de subordinación con uno o más de los acreedores garantizados de rango superior. En ese acuerdo, estos últimos subordinarían sus garantías reales sobre determinados bienes a la nueva garantía real propuesta o accederían a limitar la cuantía de su crédito garantizado de rango superior cuyo pago exigirían a un monto fijo (véanse los párrafos 128 a 131 *infra*, y la recomendación 94). Los acreedores garantizados de rango superior podrán aceptar la subordinación de sus garantías reales o limitar el monto de sus créditos garantizados de rango superior si creen que la nueva ampliación del crédito propuesta ayudará al otorgante de la garantía en sus negocios, aumentando así la probabilidad de que se satisfagan los créditos de rango superior. Estos ejemplos ilustran la razón por la cual unas reglas de prelación claras y bien concebidas facilitan la constitución de múltiples garantías reales sobre los mismos bienes y, de este modo, permiten al otorgante aprovechar al máximo el valor de sus bienes para obtener crédito.

3. Criterios para establecer reglas de prelación

20. Los Estados tienen varias opciones normativas básicas para formular reglas de prelación. En primer lugar, deben determinar el alcance del régimen correspondiente. La primera cuestión es si se debe abarcar únicamente la concurrencia entre varios acreedores de obligaciones personales o también la concurrencia entre todas las personas que reclamen un derecho sobre los bienes o los bienes aparentes del otorgante. Por las razones

antes señaladas (véanse los párrafos 1 a 9 *supra*), en la *Guía* se adopta la postura de que el régimen de prelación debe abarcar la concurrencia de todos los acreedores potenciales cuyos derechos dimanen del mismo otorgante.

21. A continuación, los Estados deben decidir la forma en que se organizarán y redactarán estas reglas de prelación. Los enfoques posibles son varios, aunque reflejan en general las posibles tendencias en la redacción de tales normas.

22. Uno de los enfoques consistiría en establecer reglas de prelación que constituyeran un conjunto de principios generales que los tribunales deberían interpretar y aplicar para resolver conflictos concretos. Si un Estado lo adopta, especialmente combinándolo con la promulgación de un nuevo régimen de las operaciones garantizadas, del tipo plenamente integrado que recomienda la *Guía*, impondrá a los tribunales la labor sumamente onerosa de definir la aplicación detallada de esos principios generales. Los jueces no sólo tendrán que dominar rápidamente la lógica intrínseca del nuevo régimen, sino que habrán también de verificar y asimilar una gran diversidad de prácticas de mercado a fin de establecer reglas concretas que sean previsibles y eficaces. Además, puede transcurrir bastante tiempo antes de que se dicte un número suficiente de decisiones judiciales sobre una gama lo bastante amplia de cuestiones para que haya certeza real sobre la forma en que se llevarán a la práctica los principios de prelación.

23. Otro enfoque consiste en establecer un gran número de reglas detalladas de prelación destinadas a regular todas las posibles e imaginables situaciones en que intervengan acreedores concurrentes. Este enfoque detallado podrá en ocasiones crear confusión entre los abogados y jueces que no estén familiarizados con la lógica general que reflejan esas reglas. Además, en los ordenamientos en que ya existen regímenes de prelación basados en principios amplios que parten de la necesidad de determinar primero la propiedad de los bienes objeto de las reclamaciones concurrentes, un sistema general de reglas concretas puede resultar desconocido, así como innecesariamente complejo y difícil de aplicar eficazmente por abogados y jueces.

24. Un tercer enfoque consistiría en formular y organizar reglas de prelación que constituyeran un conjunto coherente, de manera que hubiese primero una serie de principios más generales seguidos por aplicaciones concretas de estos principios en situaciones que se produjeran con frecuencia. Ese enfoque podría aportar tanto claridad como un alto grado de certeza en cualquier conflicto concreto de prelación.

25. Para elegir uno u otro de estos tres enfoques, el Estado debe tener presentes los objetivos generales que se propone lograr al reformar su legislación conforme a lo recomendado en la *Guía*. Cabe recordar que el objetivo de ésta es presentar un régimen de las operaciones garantizadas en que se prevea la constitución de derechos de garantía sin desplazamiento de la posesión sobre muy diversos bienes corporales e inmateriales que en muchos Estados no se han podido gravar anteriormente o no se han podido gravar con más de una garantía real al mismo tiempo (véase la recomendación 2 *a*). Además, en la *Guía* se recomienda que esos bienes estén sujetos a más de una garantía real, cuestión que también es nueva en muchos ordenamientos (véase el apartado *b*) del párrafo en que se enuncia la finalidad de las recomendaciones sobre prelación, al final del presente capítulo). Además, en la *Guía* se adopta un enfoque plenamente integrado de las operaciones que, con independencia de su denominación, tengan por objeto garantizar el cumplimiento de una obligación (véase la recomendación 8). Por último, en la *Guía* se reconocen diversos métodos mediante los cuales las garantías reales pueden hacerse oponibles a terceros (véanse las recomendaciones 32 y 34 a 36). Por todas estas razones,

en la *Guía* se recomienda que, a fin de cumplir óptimamente los objetivos de reformar el régimen de las operaciones garantizadas, los ordenamientos adopten el tercer enfoque al formular sus reglas de prelación.

26. Ateniéndose a esta lógica, a todo régimen moderno de las operaciones garantizadas debería incorporarse una serie de reglas de prelación detalladas y precisas que: *a)* se basaran en principios generales expresados y entendidos con claridad; *b)* tuvieran un alcance amplio; *c)* abarcaran una amplia gama de obligaciones garantizadas actuales y futuras; *d)* fueran aplicables a todos los tipos de bienes gravables, en particular a los bienes futuros y al producto, y *e)* previeran formas de solucionar los conflictos de prelación entre una gran diversidad de acreedores concurrentes. Ese enfoque de las reglas de prelación alentaría a futuros prestamistas a otorgar créditos garantizados, pues les daría mucha seguridad de que podrán predecir la forma en que se resolverán los posibles conflictos de prelación. En las secciones restantes de este capítulo se detallan las cuestiones que deben abordarse en estas reglas detalladas y cómo deben formularse.

4. *Distintas bases para determinar la prelación*

27. En un régimen moderno de las operaciones garantizadas, las reglas de prelación tienen por objeto regular las situaciones en que se planteen conflictos entre los derechos del titular de una garantía real y los de uno o varios terceros. Una regla básica es el principio general de que una garantía real no puede tener prelación sobre el derecho de un tercero, a menos que esa garantía real sea “oponible” a ese tercero. Tal es el criterio que se recomienda en la *Guía*. Únicamente en esos casos puede plantearse un problema de prelación. Por consiguiente, las reglas de prelación recomendadas en la *Guía* guardan una estrecha relación con los distintos métodos mediante los cuales una garantía real puede adquirir eficacia frente a terceros.

28. Como ya se ha señalado (véase el capítulo III, sobre la oponibilidad de una garantía real a terceros, párrafos 6 a 8 y párrafos 22 a 28), la oponibilidad a terceros puede lograrse cuando se ha constituido una garantía real, dependiendo del tipo de bien que se está gravando, y se ha adoptado además alguna de las siguientes medidas: *a)* la inscripción de una notificación en un registro general de garantías reales; *b)* la toma de posesión del bien gravado por el acreedor garantizado; *c)* la celebración de un acuerdo sobre el control del bien gravado; *d)* la inscripción de la garantía real en un registro especial o su anotación en un certificado de titularidad, y *e)* la notificación a un tercero deudor. Además en la *Guía* se prevé que, en algunos casos, la oponibilidad a terceros de una garantía real sea automática al constituirse esa garantía real.

a) *Principios fundamentales*

29. Antes de examinar en detalle la forma en que se aplican diversos principios de prelación a los derechos de distintos acreedores concurrentes, será útil exponer en términos generales las opciones normativas de que disponen los Estados para elaborar reglas de prelación. En la mayoría de ellos las reglas de prelación se organizan conjugando dos principios. El primero es el de que la prelación debe determinarse con criterios estrictamente cronológicos. El segundo principio radica en que la prelación debe determinarse en función de las características particulares de la reclamación que se presente. Aunque estos principios parecen relativamente sencillos, deben llevarse a la práctica con especial atención.

30. Habitualmente, si en un ordenamiento se adopta como base el orden de inscripción para determinar la prelación, la regla fundamental que se anuncia es que el orden de prelación de los créditos está en función de la fecha en que pasan a ser oponibles a terceros (*prior tempore, potior jure*). Sin embargo, dicho ordenamiento puede también admitir excepciones a esta regla. En algunas situaciones, podrá darse mayor prelación al crédito nacido en último lugar. En algunos Estados esta regla existe, por ejemplo, con respecto a la financiación proporcionada a un deudor durante su procedimiento de insolvencia (financiación posterior a la apertura). De este modo, incluso si en algunos Estados la prelación se rige por el orden de oponibilidad, es necesario especificar si la norma relativa al orden de prelación se basa en la regla de la primera garantía oponible o de la última.

31. Si en los ordenamientos se decide fijar la prelación en función de diversas características del crédito, se plantea una diversidad de posibilidades aun mayor. La cuestión es si la prelación deberá basarse en: *a*) un orden determinado por la legislación y centrado en el carácter del crédito (por ejemplo, un préstamo a plazo, una línea de crédito o un crédito que tiene por origen un acto ilícito); *b*) el tipo de reclamante (por ejemplo, un vendedor, un técnico o un municipio); *c*) la cuantía de la obligación exigible (pequeña, mediana, elevada); *d*) el porcentaje de la obligación pendiente (por ejemplo, menos del 25 por ciento, entre el 25 y el 50 por ciento o más del 50 por ciento), o *e*) la forma en que se logra la oponibilidad a terceros (por ejemplo, la inscripción en el registro general de garantías reales, la posesión, la inscripción en un registro especial o el control del bien gravado). Dicho de otra manera, cuando los Estados determinan la prelación conforme a estos criterios subjetivos, el mecanismo para establecer su orden se hace complejo, y se pierde en gran medida la eficiencia de un régimen de las operaciones garantizadas fundado en normas de precedencia temporal.

32. Las distintas bases para determinar la prelación se examinan atendiendo a dos objetivos: *a*) establecer un contexto básico en el que exponer brevemente la forma en que estos distintos principios generales pueden aplicarse según el método por el que se haya logrado la oponibilidad a terceros, y *b*) indicar que en los ordenamientos se establecen siempre reglas de prelación que suponen algún tipo de combinación de normas basadas en criterios cronológicos y otras basadas en la naturaleza del crédito, incluso si el método para lograr la oponibilidad a terceros (en particular, la inscripción) parece prestarse para la adopción de una regla de prelación absoluta fundada en la precedencia cronológica.

b) *Aplicación de estas políticas a distintos métodos para obtener la oponibilidad a terceros*

33. Como ya se ha explicado (véase el capítulo III, sobre la oponibilidad de una garantía real a terceros, párrafo 23, y el capítulo IV, sobre el sistema de registro, párrafo 3), la manera más eficaz de dar a los acreedores los medios para determinar con gran certeza su grado de prelación en el momento de otorgar un crédito es que dicha prelación dependa de que se recurra a un registro público. En la mayoría de los Estados que disponen de un sistema fiable de inscripción registral de las notificaciones de garantías reales, se sigue el principio general consistente en dar prelación a la garantía consignada en la primera notificación inscrita.

34. Sin embargo, la norma de la primera inscripción no puede ser absoluta. En los regímenes modernos de las operaciones garantizadas existen excepciones específicas a esta norma. En algunos ordenamientos se establece que una garantía real puede ser oponible a terceros desde su constitución, sin necesidad de inscribirla mediante una notificación en

un registro. Esta excepción afecta la mayoría de las veces a garantías reales sobre bienes de consumo. En estos casos, la prelación de la garantía real se determina en función del momento de su constitución (véase el párrafo 38 *infra*). Además, en algunos ordenamientos se prevé un período de gracia durante el cual algunos tipos de garantía real pueden inscribirse en un registro con efecto retroactivo (véase, en general, el párrafo 50 *infra* y el capítulo IX, sobre la financiación de adquisiciones, párrafos 108 a 111). Por último, muchos Estados han establecido una excepción a la regla de prelación basada en la precedencia de la fecha de inscripción en el caso de las garantías reales que se hayan hecho oponibles a terceros por un método distinto de la inscripción de una notificación en el registro general de garantías reales (véanse los párrafos 35 a 37 *infra*).

35. En los casos en que la oponibilidad a terceros pueda lograrse en virtud de la posesión por el acreedor garantizado, los Estados adoptan además, por lo general, una regla cronológica para determinar el grado de prelación. Gozará de prelación quien antes obtenga la posesión (véanse los párrafos 51 a 53 *infra*). Sin embargo, en el caso de ciertos bienes, como los títulos negociables, en muchos ordenamientos se dispone que una garantía real que se haga oponible a terceros mediante la posesión gozará por regla general de prelación respecto de una garantía real que haya adquirido eficacia frente a terceros por cualquier otra vía, incluida la inscripción de una notificación, e incluso cuando esa inscripción se haya realizado primero (véanse los párrafos 154 a 156 *infra*).

36. Cuando la oponibilidad a terceros puede lograrse por medio del control, suele darse prelación a los acreedores que hayan obtenido el control del bien gravado en detrimento de los acreedores garantizados que hayan logrado la oponibilidad a terceros por cualquier otra vía, con independencia de que el control se haya obtenido antes o después de que los derechos de los acreedores concurrentes sobre el bien se hayan hecho oponibles a terceros por un método distinto (véase el párrafo 158 *infra*). Sin embargo, en los ordenamientos en que se dispone que el control es el único método para lograr la oponibilidad a terceros, no es necesario elaborar reglas de prelación suplementarias, porque no puede plantearse ningún conflicto entre las garantías reales cuya oponibilidad a terceros se base en el control y aquellas cuya oponibilidad a terceros se logre por cualquier otra vía (véanse los párrafos 165 y 166 *infra*).

37. Cuando la oponibilidad a terceros puede lograrse mediante la inscripción en un registro especial de la propiedad en el caso de ciertos tipos de bienes, o mediante la anotación en un certificado de titularidad, en la mayoría de los ordenamientos se dispone que la prelación de esas garantías dependerá del orden en que se inscribieron o anotaron. En esos ordenamientos se suele disponer también que toda garantía inscrita en el registro especial o anotada en un certificado de titularidad tendrá prelación respecto de una garantía real oponible a terceros por cualquier otro método (véanse los párrafos 56 y 57 *infra*).

38. En los Estados en que se hayan adoptado sistemas de inscripción, la oponibilidad a terceros de las garantías reales constituidas sobre determinados tipos de bienes, como los de consumo, es a veces automática. En esos ordenamientos, la prelación de una garantía real normalmente se determina comparando el momento en que se haya constituido con el momento en que se haya inscrito una notificación de una garantía real concurrente en el registro general de garantías reales, o con el momento en que esa garantía real concurrente se haya hecho oponible a terceros por otro método.

39. En el caso de las garantías reales constituidas sobre créditos por cobrar u otros derechos de pago, los Estados normalmente establecen que la prelación se determinará en función de la fecha en que se haya inscrito una notificación en el registro general de garantías

reales o, si se utiliza otro método para hacer oponible a terceros esas garantías, en función de la fecha en que sea efectiva esa oponibilidad. Sin embargo, en otros ordenamientos la oponibilidad de una garantía real sobre un crédito por cobrar y la prelación entre acreedores concurrentes con garantías reales sobre un crédito por cobrar se basan en el momento en que se notifica al deudor del crédito por cobrar la existencia de la garantía real, o incluso en el momento de la constitución de esa garantía real. El método general para lograr la oponibilidad a terceros recomendado en la *Guía* se aplica también a las garantías reales sobre créditos por cobrar (véanse la recomendación 32 y el capítulo III, relativo a la oponibilidad de una garantía real a terceros, párrafos 29 a 46). Así pues, la prelación de las garantías reales sobre créditos por cobrar se determina según el orden de inscripción de las notificaciones correspondientes a esas garantías (véase la sección A.5 *infra*).

40. En muchos Estados, determinados créditos, por ejemplo, los impuestos y las contribuciones a los programas de seguridad social y a los sueldos de los empleados, reciben prelación debido únicamente a su carácter, con independencia de la fecha en que se hayan constituido o hecho oponibles a terceros. En esos casos, los ordenamientos establecen un orden de prelación, que será el aplicable a cualquier conflicto entre acreedores. En ocasiones, esas garantías también requieren inscripción, pero no siempre. Sea como fuere, la prelación se determina en función del rango establecido legislativamente, y no en función del momento en que la garantía real se haya constituido o se haya hecho oponible a terceros (véanse los párrafos 90 a 93 *infra*).

41. El examen anterior de la forma en que se aplican los criterios para determinar la prelación a los distintos métodos para lograr la oponibilidad a terceros revela que, en cada caso, el régimen adoptado en la mayoría de los ordenamientos supone una mezcla de principios de prelación basados en la precedencia cronológica y de otros basados ya sea en el carácter concreto del derecho de un acreedor o en el método específico para lograr la oponibilidad a terceros. En la sección siguiente se examinará en detalle la aplicación de estos principios a distintos conflictos de prelación entre acreedores concurrentes.

5. *Reglas para determinar la prelación entre acreedores concurrentes*

42. Los principios generales antes examinados constituyen la estructura básica de todo régimen de prelación en lo referente: *a)* a los distintos medios posibles para organizar un sistema de prelación, y *b)* al alcance de la prelación de la garantía real, en particular en lo que atañe a las obligaciones futuras, a los bienes futuros y al producto. A continuación se examinan las reglas concretas de prelación por las que se deben regir los derechos de los acreedores concurrentes. Estas reglas se aplicarán a los conflictos de prelación en que estén en juego todos los tipos de bienes, incluidos los corporales, como los bienes de equipo, las existencias y los créditos por cobrar.

a) *Orden de prelación entre acreedores garantizados y ordinarios*

43. Por regla general, los Estados disponen en sus ordenamientos que todas las garantías reales que sean oponibles a terceros gozarán de prelación sobre los derechos de los acreedores ordinarios. Generalmente se considera necesario reconocer a los acreedores garantizados esta prelación para facilitar la oferta de crédito garantizado. Los acreedores ordinarios pueden adoptar otras medidas para proteger sus derechos, como cobrar una prima que compense su mayor riesgo, controlar la situación del crédito o exigir al deudor el pago de intereses por las sumas adeudadas tras el vencimiento del plazo. Además, el

crédito garantizado puede permitir al otorgante incrementar su capital de explotación. A menudo, los pagos efectuados recurriendo a un crédito garantizado para financiar el capital de explotación son el mecanismo principal que utilizará una empresa para saldar las deudas con sus acreedores ordinarios que actúen en el curso regular de sus negocios.

44. En muchos regímenes, la prelación asignada a los acreedores garantizados sobre los acreedores ordinarios es absoluta. Sin embargo, en algunos Estados los acreedores judiciales se benefician de una excepción. El titular de un crédito no garantizado puede adquirir un derecho sobre los bienes del deudor si obtiene una sentencia o una orden judicial provisional contra el deudor. Al inscribir la sentencia en el registro general de garantías reales, el acreedor judicial podrá conseguir que su crédito no garantizado pase a ser un crédito garantizado cuyo grado de prelación estará sujeto a las reglas ordinarias del régimen de prelación. Otros ordenamientos van más lejos y establecen que si un acreedor no garantizado ha adoptado las medidas requeridas por la ley aplicable para obtener una sentencia o una orden judicial provisional, el derecho de propiedad que reclame podrá tener finalmente prelación sobre ciertos créditos de un acreedor garantizado anterior (véanse los párrafos 94 a 102 *infra*).

b) *Orden de prelación entre garantías reales concurrentes sobre los mismos bienes gravados*

45. Uno de los rasgos fundamentales de todo régimen moderno de las operaciones garantizadas es su eficacia a la hora de resolver los conflictos de prelación entre garantías reales concurrentes sobre los mismos bienes gravados. Este tipo de conflictos puede afectar a garantías reales que se hayan hecho oponibles a terceros mediante la inscripción de una notificación en el registro general de garantías reales, a garantías reales que hayan adquirido eficacia frente a terceros por otro método, o a una combinación de garantías reales que se hayan hecho oponibles a terceros mediante la inscripción registral y por otro método. Con escasas excepciones (véanse los párrafos 54 a 59 *infra*), los ordenamientos establecen que, en todas las distintas situaciones que a continuación se examinan, la prelación se determina por el orden en que se efectúe la inscripción. Además, los Estados casi siempre establecen que la oponibilidad a terceros es el criterio básico para fijar el momento a partir del cual una garantía real puede competir con otras a efectos de prelación. En los siguientes párrafos se explica en detalle la forma en que se aplica este principio fundamental en situaciones concretas.

i) *Orden de prelación entre garantías reales que sean oponibles a terceros a raíz de la inscripción de una notificación en el registro general de garantías reales*

46. En muchos Estados que disponen de un registro general de garantías reales, la prelación entre las garantías que se hayan hecho oponibles a terceros mediante la inscripción de una notificación se rige por el orden en que se haya logrado esa oponibilidad. Esto es, aun cuando dichos Estados permitan inscribir la notificación de una garantía real antes de que ésta se constituya efectivamente (por ejemplo, en el caso de una garantía real constituida exclusivamente sobre bienes muebles futuros), la prelación se establecerá en función de la fecha en que el otorgante adquiera derechos sobre el bien y en que la garantía pase así a ser oponible a terceros. Este enfoque tiene un gran inconveniente para las prácticas modernas de financiación comercial, pues exigiría a quienes consultaran el registro que determinarían la fecha en que se adquirió efectivamente cada uno de los bienes consignados en la notificación inscrita (como en el caso de las existencias o los bienes de equipo). Como

consecuencia de ello, la mayoría de los Estados cuyos regímenes han adoptado la inscripción de una notificación en un registro general de garantías reales como método para lograr la oponibilidad adoptan un criterio diferente, lo que constituye una excepción importante al principio básico de establecer la prelación en función de la fecha en que se logre la oponibilidad a terceros. En esos regímenes se dispone que la prelación entre las garantías reales que se han hecho oponibles a terceros mediante la inscripción de una notificación se regirá por el orden en que se haya efectuado cada inscripción, independientemente del orden en que se hayan hecho oponibles las garantías e incluso de que en el momento de la inscripción no se hayan cumplido uno o varios de los requisitos para la oponibilidad. Las excepciones que se reconocen a este principio son muy limitadas (véase el párrafo 59 *infra*).

47. El siguiente ejemplo permite ilustrar este enfoque: un otorgante solicita un préstamo al banco A, que estará respaldado por una garantía real sobre todos sus bienes de equipo actuales y futuros (garantía que puede hacerse oponible a terceros mediante la inscripción de una notificación en el registro general de garantías reales). El día 1, el banco A consulta el registro, pudiendo comprobar que no se han inscrito otras notificaciones de garantías reales de otros acreedores sobre los bienes de equipo del otorgante. El día 2, el banco A concierta con el otorgante un acuerdo de garantía por el que se compromete a otorgar el préstamo garantizado que el otorgante ha solicitado. El mismo día 2, el banco A inscribe una notificación de la garantía real en el registro general, pero no hace efectivo el préstamo al otorgante hasta el día 5. Por consiguiente, la garantía real del banco A quedó constituida y se hizo oponible a terceros el día 2 (es decir, el momento en que se cumplieron todos los requisitos de constitución y oponibilidad). Sin embargo, si el día 3 el otorgante celebra un acuerdo de garantía con el banco B, por el que éste concede un préstamo al otorgante respaldado por una garantía real sobre los bienes de equipo actuales y futuros del otorgante y ese mismo día (el día 3), el banco B inscribe una notificación de su garantía real en el registro general y concede el préstamo al otorgante, la consecuencia será que la garantía real del banco B quedó constituida y se hizo oponible a terceros el día 3. Según el criterio de prelación basado en la fecha de inscripción que se ha descrito en párrafos anteriores, la garantía real del banco A tendría prelación sobre la garantía real del banco B.

48. Las razones principales de la excepción por la prelación basada en la fecha de inscripción al principio general de establecer la prelación según la fecha en que se produce la oponibilidad a terceros son la necesidad de: *a*) fomentar la pronta inscripción de la notificación (que sirve de aviso a otros posibles acreedores de que los bienes del otorgante ya pueden estar gravados por una garantía real); *b*) facilitar la concesión de crédito garantizado mediante bienes futuros estableciendo una sola fecha para determinar la prelación, y *c*) dar certeza a los acreedores garantizados al permitirles determinar la prelación de sus garantías reales frente a los derechos de otros acreedores garantizados antes de conceder el crédito. En el ejemplo anterior, cuando el banco A consulta el registro el día 2 después de haber inscrito su notificación, y comprueba que no hay otras notificaciones que afecten al bien gravado pertinente, puede desembolsar su préstamo el día 5 con la certeza de que su garantía real tendrá prelación frente a toda otra garantía sobre el bien gravado que se haga oponible a terceros en el futuro, ya que la prelación de su garantía real se remontará al momento en que fue inscrita. Al dar al banco A ese alto grado de seguridad, el criterio del orden de prelación basado en la fecha de inscripción puede constituir un factor importante para promover la financiación garantizada. Del mismo modo, si el banco B consulta el registro, sabrá inmediatamente que tendrá una posición subordinada en caso de que el banco A haga efectivo el préstamo y podrá ajustar en consecuencia las condiciones del crédito que concederá.

49. Como se señala en el párrafo anterior, no se dará la misma seguridad si se aplica el otro criterio seguido en algunos ordenamientos, según el cual la prelación corresponde a la primera garantía real que se haga oponible a terceros. Siempre se correría el riesgo de que otra garantía real pudiera hacerse oponible a terceros, y por consiguiente tener prelación, después de que el banco A o el banco B consultara el registro, pero antes de que concertara un acuerdo de garantía e hiciera efectivo el préstamo. Este riesgo existiría por breve que fuera el intervalo entre ambas acciones. Por esta razón, en la *Guía* se recomienda que en esos casos la prelación entre acreedores concurrentes se determine según la fecha de inscripción de la notificación en el registro y no en función de la fecha en que se haya constituido la garantía real o en que haya pasado a ser oponible a terceros (véase la recomendación 76 a)).

50. Por último, cuando la prelación se basa en la regla de la fecha de inscripción, ésta pierde, sin embargo, cierta eficacia en muchos Estados al tener que ajustarse a los denominados “períodos de gracia” para la inscripción en el registro. Esos períodos de gracia permiten la retroactividad de la oponibilidad a terceros de una garantía real si la inscripción se efectúa en un breve plazo tras la constitución de la garantía real. En esos casos, la prelación se determinará según la fecha de constitución de la garantía real y no sobre la base de la fecha de inscripción. Conforme a ello, una garantía real que se constituya antes, pero se inscriba después, tendrá prelación sobre una garantía real que se constituya después pero se inscriba antes, siempre que la notificación relativa a la garantía real anterior se inscriba en el registro durante el período de gracia establecido. Por consiguiente, hasta que expire ese período de gracia, la fecha de inscripción no será un criterio fiable del grado de prelación de un acreedor. Para no reducir la certeza que da la regla de prelación basada en la fecha de inscripción, en general los Estados limitan la aplicación de períodos de gracia a casos especiales, como el de la financiación de adquisiciones (véase, en general, el capítulo IX, relativo a la financiación de adquisiciones, párrafos 108 a 111).

ii) Orden de prelación entre garantías reales que se han hecho oponibles a terceros por métodos distintos de la inscripción de una notificación en el registro general de garantías reales

51. Cuando se trate de un conflicto de prelación entre garantías reales que se hayan hecho oponibles a terceros por métodos que no sean la inscripción de una notificación en el registro general de garantías reales, los ordenamientos normalmente confieren la prelación a la primera garantía real que se haya hecho oponible a terceros. Estos otros métodos son la posesión, la inscripción en un registro especial, la anotación en un certificado de titularidad, el control y la oponibilidad automática a terceros. Como en muchos Estados se adoptan reglas de prelación específicas para regular las situaciones en que la oponibilidad a terceros se haya logrado mediante la inscripción en un registro especial, la anotación en un certificado de titularidad y el control, las circunstancias principales en que se aplica efectivamente este criterio en virtud de reglas generales son aquellas en que la oponibilidad a terceros dimana de la posesión.

52. Tratándose de garantías reales que sean oponibles a terceros mediante la posesión, normalmente no se requiere una regla basada en la “fecha de posesión”, análoga a la basada en la “fecha de inscripción” antes señalada, ya que normalmente un acreedor garantizado obtendrá la posesión del bien gravado en el momento en que conceda el crédito y no antes. Sin embargo, según algunos Estados, el acreedor puede determinar su posesión a través de un tercero que actúe en nombre del acreedor garantizado. De ser éste el caso, un acreedor

garantizado podrá determinar la posesión de este modo a través de ese mismo tercero. Aunque se podría determinar su prelación relativa por el orden en que hubieran establecido su posesión a través de ese tercero, ello podría crear incertidumbre si la garantía real aún no se ha constituido. Por esta razón, cuando la oponibilidad a terceros se logre mediante la posesión, los regímenes suelen disponer que la fecha correspondiente para determinar el orden de prelación es aquella en que se concrete la oponibilidad a terceros (esto es, la constitución más la posesión). Se llegaría a un resultado análogo en los casos de oponibilidad a terceros automática. La prelación dependería de la fecha en que se obtuviera la oponibilidad a terceros, aunque si ésta fuera automática, sería la misma fecha en que la garantía real se hiciera oponible entre las partes (es decir, la fecha de su constitución).

53. Este criterio puede ilustrarse con el caso de un conflicto entre una garantía real sobre un determinado bien gravado que se hiciera oponible a terceros mediante la posesión y otra garantía real sobre el mismo bien que fuera automáticamente oponible al constituirse. En este ejemplo, y en contraposición al principio aplicable a las garantías reales que adquieren eficacia frente a terceros mediante la inscripción de una notificación en el registro general de garantías reales, sería necesario determinar las fechas respectivas en que se lograra la posesión o la oponibilidad automática a terceros. Como se indicó, éste es el enfoque general de la prelación que se adopta en la mayoría de los regímenes en esta situación, concretamente para determinar la prelación de los acreedores concurrentes en función de la fecha en que la garantía real se haya hecho oponible a terceros. Es también el criterio recomendado en la *Guía* (véase la recomendación 76 b)).

iii) Orden de prelación entre las garantías reales que se hayan hecho oponibles a terceros mediante la inscripción de una notificación en el registro general de garantías reales y las garantías que hayan adquirido eficacia frente a terceros por otros métodos

54. Algunas garantías reales pueden hacerse oponibles a terceros de varias maneras. Por ello, es preciso que los Estados prevean también el caso en que el conflicto de prelación se plantee entre una garantía real hecha oponible a terceros mediante la inscripción de una notificación en el registro general de garantías reales y una garantía real hecha oponible a terceros por otras vías. Como ya se ha señalado, los Estados otorgan normalmente prelación a la primera garantía real que se haya hecho oponible a terceros. Pero si en los regímenes se ha introducido una excepción para los casos en que haya inscripción en un registro general de garantías reales de modo que la prelación dependa de la fecha de inscripción y no de la de la oponibilidad a terceros (que es el enfoque recomendado en la *Guía*), también suelen disponer que se dará prelación a la primera garantía real que se inscriba o que se haga oponible a terceros por otro método, según lo que ocurra antes. Este criterio representa una prolongación lógica de la regla basada en la fecha de inscripción, utilizándose el registro como base para que los acreedores garantizados sepan con suma certeza la prelación de que gozarán sus garantías reales. Como la notificación puede inscribirse antes de que se constituya la garantía real (lo que no se contempla en el caso de la oponibilidad a terceros lograda mediante la posesión, ni resulta lógicamente posible en el caso de la oponibilidad a terceros automática desde su constitución), este enfoque fomenta también la utilización del registro para dar a las garantías reales eficacia frente a terceros. Como la utilización generalizada del registro ofrece una fecha objetivamente determinable para fijar la prelación y permite así lograr el resultado más eficaz cuando la oponibilidad a terceros se haya logrado por otras vías, la *Guía* recomienda este enfoque (véase la recomendación 76 c)).

iv) *Excepciones al principio de la prelación en virtud del orden de inscripción de las notificaciones de los acreedores garantizados concurrentes*

55. Los ejemplos expuestos de la forma en que se aplica el principio de prelación según el orden de inscripción en diversas situaciones en que las garantías reales se hayan hecho oponibles a terceros por métodos diferentes están, de cualquier modo, sujetos a contadas excepciones. Éstas son de dos tipos. Algunas reflejan reglas de prelación especiales aplicables a determinados métodos de obtención de la oponibilidad a terceros. Otras reflejan reglas especiales concebidas para tipos concretos de operaciones o de bienes gravados. De los diversos medios para lograr la oponibilidad a terceros que ya se han descrito, tres de ellos (la inscripción en un registro especial, la anotación en un certificado de titularidad y el control) dan frecuentemente lugar a reglas especiales de prelación.

a. *Inscripción en un registro especial o anotación en un certificado de titularidad*

56. En muchos ordenamientos, la garantía real o un derecho de otra índole (como el derecho del comprador o del arrendatario de un bien gravado) pueden inscribirse en un registro especial o hacerse constar en un certificado de titularidad. La mayoría de estos ordenamientos dispone que la prelación de esos derechos depende del orden en que se hayan inscrito o anotado. Esto significa que una garantía real inscrita o anotada tiene prelación sobre las garantías reales que se inscriban o anoten después. Para proteger la integridad de esos registros especiales o sistemas de anotación, la *Guía* recomienda un enfoque similar (véase la recomendación 77 b)).

57. Si existe un registro especial, es preciso determinar también la prelación entre un derecho inscrito en un registro especial o anotado en un certificado de titularidad, por una parte, y un derecho inscrito en el registro general de garantías reales o que se haya hecho oponible a terceros mediante la posesión u otro medio, por otra. En la mayoría de esos Estados se dispone que una garantía real u otro derecho inscrito en un registro especial o anotado en un certificado de titularidad tendrá prelación sobre una garantía real inscrita en un registro general o que se haya hecho oponible a terceros por un método distinto de la inscripción en un registro especial o de la anotación en un certificado de titularidad, con independencia de cuál de estos hechos se haya producido primero. De este modo, por ejemplo, conforme a esos sistemas si el acreedor garantizado A inscribe una notificación en el registro general de garantías reales u obtiene la posesión de un bien gravado, y luego el acreedor garantizado B inscribe una garantía real en el registro especial o hace una anotación en el certificado de titularidad, el acreedor garantizado B tendrá prelación respecto del acreedor garantizado A. Una vez más, a fin de proteger la integridad de esos registros y sistemas de anotación, la *Guía* recomienda un criterio similar (véase la recomendación 77 a)).

b. *Acuerdos de control*

58. Normalmente se establece una segunda excepción en los regímenes que permiten que la oponibilidad de las garantías reales sobre determinados tipos de bienes inmateriales se logre mediante el control de éstos. En esos regímenes se establece que si un acreedor obtiene la oponibilidad a terceros de una garantía real mediante el control del bien, esa garantía tendrá prelación prescindiendo de si otros acreedores respaldados por una garantía real sobre ese mismo bien gravado han inscrito anteriormente una notificación en el registro general de garantías reales o de si han logrado la oponibilidad a terceros por

otras vías (véanse los párrafos 158 y 166 *infra*). Habida cuenta del carácter especial de las garantías reales sobre derechos de cobro, la *Guía* recomienda que se adopte un criterio similar (véanse las recomendaciones 103 y 107).

c. *Otras excepciones a la regla de prelación basada en el orden de inscripción*

59. Además de las situaciones en que la oponibilidad a terceros se logra por métodos especiales, muchos Estados prevén, en sus regímenes, excepciones a la regla del orden de inscripción en el caso de algunos tipos de operaciones o de bienes gravados cuando la oponibilidad a terceros se haya obtenido mediante la inscripción registral o la posesión. Las situaciones más comunes son las que plantean los siguientes tipos de operaciones o bienes: a) operaciones destinadas a la financiación de adquisiciones (la *Guía* aborda estas operaciones en el capítulo IX, relativo a la financiación de adquisiciones (véanse las recomendaciones 178 a 185 y 191 a 199)); b) las operaciones garantizadas en que se trate de garantías reales sobre títulos o documentos negociables o dinero, cuya oponibilidad pueda obtenerse mediante la posesión (véanse los párrafos 154 a 156, 164 y 167 a 169 *infra*, y las recomendaciones 101, 102, 106, 108 y 109); c) las operaciones garantizadas en que se trate de garantías reales sobre accesorios fijos (véanse los párrafos 110 a 116 *infra*, y las recomendaciones 87 y 89), y d) las operaciones garantizadas en que se trate de garantías reales sobre una masa de bienes o un producto (véanse los párrafos 117 a 124 *infra* y las recomendaciones 90 a 92).

c) *Orden de prelación de los derechos de los cesionarios, arrendatarios y licenciatarios de bienes gravados*

i) *Observaciones generales*

60. Cuando exista una garantía real sobre unos bienes corporales (y no sobre títulos o documentos negociables) y el otorgante de esa garantía cede o arrienda los bienes o concede una licencia sobre ellos, interesa al cesionario, al arrendatario o al licenciatario recibir ese bien libre de todo gravamen, mientras que el acreedor garantizado querrá mantener su garantía real sobre los bienes frente al cesionario, arrendatario o licenciatario (con determinadas excepciones; véanse los párrafos 65 a 88 *infra*). Es importante que en las reglas de prelación se tengan presentes los intereses de cada una de las partes y que se establezca un equilibrio adecuado entre ellos. Si la garantía real de un acreedor garantizado sobre determinados bienes peligrara cada vez que el otorgante los cediera, los arrendara o concediera una licencia sobre ellos, su valor como garantía se vería notablemente mermado y se desincentivaría la oferta de crédito garantizado por su valor.

61. En la mayoría de los regímenes, se parte del principio general de que todo beneficiario de la transferencia de un bien gravado (incluido el comprador, el permutador, el donatario, el legatario y otros cesionarios similares) o todo arrendatario o licenciatario de dicho bien gravado adquiere sus derechos sobre el bien quedando éstos sujetos a una garantía real anterior que sea oponible a terceros. Se dice que la garantía real abarca un derecho a seguir los bienes hasta el cesionario, arrendatario o licenciatario (véase el capítulo III, sobre la oponibilidad de una garantía real a terceros, párrafos 15 a 18, y la recomendación 31; véase también la recomendación 79). Dicho de otra manera, el acreedor garantizado puede seguir el bien cuando éste pase a manos del comprador o de otro cesionario, de un arrendatario o de un licenciatario. De ello se desprende, por lo tanto, que otros terceros cuyos derechos se deriven del comprador o de otro cesionario, de un

arrendatario o de un licenciatario en general adquirirán sus derechos en tales casos con sujeción a la garantía real existente (véanse los párrafos 84 a 88 *infra*). A continuación se examinan las excepciones a este principio general que afectan a cada uno de estos tipos de operaciones.

ii) *Derechos de los compradores*

62. Como ya se ha señalado anteriormente (véase el capítulo II, sobre la constitución de una garantía real, párrafos 72 a 89, y el capítulo III, relativo a la oponibilidad de una garantía real a terceros, párrafos 15 a 18 y 87 a 96), cuando un bien gravado se vende, el acreedor garantizado conserva su garantía real sobre el bien gravado original y obtiene además una garantía real sobre el producto de la venta (que puede consistir en dinero en efectivo, créditos por cobrar o incluso otros bienes, si se trata de operaciones de trueque e intercambio). En tales casos se plantea la cuestión de si la garantía real sobre el producto debe sustituir a la garantía real sobre el bien gravado, de forma que el comprador pueda ejercer sus derechos libres de la garantía real.

63. A veces se aduce que la garantía real debe extinguirse cuando se produce una venta, basándose en la premisa de que el acreedor garantizado no se ve perjudicado por la venta de los bienes exentos de su garantía real, pues retiene un derecho de garantía sobre el producto de la venta. Ahora bien, es posible que de esta forma no resulte necesariamente protegido el acreedor garantizado, puesto que el producto frecuentemente no es tan valioso para el acreedor como el bien gravado original. En muchos casos, el producto podrá tener un valor escaso o nulo para el acreedor como garantía (por ejemplo, un crédito que no pueda cobrarse porque el deudor está en situación financiera precaria). En otros casos, puede resultar difícil o imposible al acreedor identificar el producto de la venta, lo que haría ilusoria una reclamación del mismo. Además, existe el riesgo de que, aunque el producto de la venta sea valioso para el acreedor garantizado, el vendedor que lo recibe lo disperse dejando sin nada al acreedor. Por último, también puede suceder que otro acreedor haya aceptado una garantía real sobre el producto de la venta como bien gravado original y que haya obtenido prelación con respecto al producto. Existe una posibilidad cierta de que esta situación se dé en el caso de los créditos por cobrar, en que no es infrecuente que un acreedor obtenga fondos para financiar sus existencias de un prestamista y fondos para financiar créditos por cobrar de otro prestamista distinto.

64. Aunque los Estados hayan adoptado, en sus regímenes, diferentes criterios para compaginar los intereses de los acreedores garantizados con los de las personas que compran bienes gravados a los otorgantes de una garantía que están en posesión del bien, en la mayoría de ellos se establece que la garantía real pervive a pesar de la transferencia, aunque el acreedor garantizado pueda también reclamar un derecho sobre el producto. Esto no significa que el acreedor garantizado vaya a cobrar dos veces. Como la garantía real asegura el cumplimiento de una obligación, el acreedor garantizado que reclame su derecho sobre los bienes y sobre el producto de su venta no puede reclamar o percibir más de lo que se le adeuda. En la *Guía* se recomienda que, por principio general, el acreedor garantizado debe retener su garantía real sobre el bien gravado original y también una garantía real sobre el producto de su venta o transferencia de otro tipo (véanse las recomendaciones 19, 31, 39, 40 y 79).

65. Con todo, la mayoría de los Estados reconoce dos excepciones al principio general de que la garantía real sobre un bien continúa gravando ese bien después de su enajenación, y la *Guía* lo hace igualmente. La primera excepción hace referencia a las situaciones

en las que el acreedor garantizado autoriza expresamente la venta del bien libre de la garantía real (véase la recomendación 80 a)). Un acreedor garantizado puede autorizar esa venta, por ejemplo, porque considera que el producto es suficiente para garantizar el pago de la obligación garantizada o porque el otorgante da al acreedor garantizado otros bienes como garantía que cubran la pérdida del bien vendido. Debe observarse, sin embargo, que esta excepción no es aplicable en caso de que el acreedor garantizado autorice la venta pero no autorice al otorgante de la garantía a vender el bien libre de ella. En esta situación, el comprador generalmente adquiere su título sobre el bien, pero sujeto a la garantía real.

66. La segunda excepción se refiere a situaciones de las que se infiere que el acreedor garantizado ha autorizado la venta de los bienes libres de la garantía real, ya sea porque los bienes gravados son de tal naturaleza que la parte garantizada prevé que se venderán exentos de la garantía real o porque todas las partes afectadas tienen interés en que se vendan libres de dicha garantía real. Los ordenamientos han reflejado esta segunda excepción en diferentes disposiciones que se exponen en los párrafos siguientes.

a. *El criterio del curso ordinario de los negocios*

67. Un criterio que siguen muchos ordenamientos es disponer que toda venta de bienes gravados asimilables a existencias que efectúe el otorgante en el curso ordinario de sus negocios entrañará la extinción automática de toda garantía real que el acreedor garantizado tenga sobre dichos bienes, sin que el comprador, el vendedor ni el acreedor garantizado deban realizar ningún otro acto. El corolario de esta norma es que la excepción no se aplicará cuando la venta de existencias no se realice en el curso ordinario de los negocios del otorgante, o cuando la venta se relacione con un bien no asimilable a existencias; la venta no extingue la garantía real sobre el bien gravado y, en caso de incumplimiento por el otorgante, el acreedor garantizado podrá ejecutar su garantía sobre los bienes gravados en poder del comprador (salvo que el acreedor garantizado haya consentido que se haga la venta exenta de la garantía real). Cuando el acuerdo de constitución de la garantía real así lo estipule, la venta del bien gravado constituirá en sí un acto de incumplimiento que autorizará al acreedor garantizado a ejecutar sin más su garantía real; de lo contrario, el acreedor garantizado no podrá hacerlo hasta que se produzca el incumplimiento.

68. De acuerdo con este criterio, se deberán cumplir dos requisitos para que el bien gravado se pueda vender exento de la garantía real. El primero es que el negocio del vendedor del bien sea precisamente la venta de bienes de ese tipo; o sea que el bien gravado no puede ser un bien que el vendedor no suela vender. Además, la venta no podrá celebrarse de manera diferente a la que de ordinario sigue el vendedor, como la venta fuera de los canales corrientes de distribución (por ejemplo, si el vendedor normalmente vende sólo a minoristas y la venta de que se trate se ha hecho a un mayorista). El segundo requisito es que el comprador no deberá tener conocimiento de que la venta viola los derechos de que goza un acreedor garantizado en virtud de un acuerdo de garantía. Así ocurriría, por ejemplo, si el comprador tuviera conocimiento de que la venta estaba prohibida por lo estipulado en el acuerdo de garantía. En cambio, el simple conocimiento por parte del comprador de que el bien estaba gravado con una garantía real sería insuficiente.

69. El criterio del “curso ordinario de los negocios” ofrece la ventaja de que responde a la expectativa comercial de que el otorgante venderá sus existencias de bienes corporales (y, de hecho, deberá venderlas para mantener la viabilidad financiera de su empresa) y de que el comprador de los bienes corporales los adquirirá libres de toda garantía real existente. Sin esa excepción al principio de que la garantía real continúa siendo aplicable al

bien cuando pasa a manos del comprador, la capacidad del otorgante de vender sus existencias en el curso ordinario de sus negocios quedaría restringida sobremanera, puesto que los compradores se verían obligados a investigar si hay reclamaciones que pudieran pesar sobre el bien corporal antes de adquirirlo. Ello acarrearía gastos considerables y obstaculizaría en gran medida operaciones que forman parte del curso ordinario de los negocios.

70. Ese criterio permite además determinar de forma sencilla y clara si las existencias se venden o no libres de toda garantía real. Por ejemplo, la venta de bienes de equipo por parte de un concesionario del ramo a un fabricante que los habrá de utilizar en su fábrica es evidentemente una venta de existencias que forma parte del curso ordinario de los negocios del concesionario, y el comprador recibirá los bienes automáticamente libres de toda garantía real constituida sobre ellos en favor de los acreedores del concesionario. Ese resultado concuerda con las expectativas de todas las partes y el comprador tendrá, desde luego, derecho a suponer que tanto el vendedor como cualquiera de sus acreedores garantizados esperarán que la venta se efectúe a fin de generar ingresos para el vendedor. En cambio, no cabría considerar que la venta global de un gran número de máquinas a otro concesionario constituye una operación efectuada en el curso ordinario de los negocios del concesionario. Igualmente, tampoco cabe considerar que la venta de una máquina impresora vieja por el director de una imprenta se ha realizado en el curso ordinario de los negocios de dicha empresa. En la mayoría de los casos, será evidente para el comprador, o fácil de comprobar por éste, si la venta se realiza o no en el curso ordinario de los negocios del vendedor. Por estos motivos, el criterio del curso ordinario de los negocios es el que la *Guía* recomienda adoptar (véase la recomendación 81 a)).

71. Cuando se trate de ventas que sean evidentemente ajenas al curso ordinario de los negocios del otorgante, o cuando el comprador tenga la más mínima duda, si el acreedor está obligado a inscribir su garantía real en el correspondiente registro general, el comprador podrá resguardarse verificando en el registro si los bienes que adquiere están o no gravados con una garantía real y, en caso afirmativo, pedir al acreedor garantizado que levante ese gravamen.

72. Algunos ordenamientos permiten que los compradores de bienes gravados los adquieran libres de la garantía real incluso si la operación no se realiza en el curso ordinario de los negocios del vendedor, cuando se trata de bienes de bajo costo. El motivo aducido es que en esos ordenamientos el régimen de las operaciones garantizadas no permite la inscripción de una garantía real sobre un bien de bajo costo o que el costo de las inscripciones es elevado en comparación con el costo del bien gravado, y no sería justo imponer esa carga financiera al comprador. Cabe argumentar, en cambio, que es poco probable que el acreedor garantizado trate de ejecutar su garantía sobre el bien que pasa a poder del comprador, si tiene efectivamente poco valor. Además, la determinación de los bienes que merecen ser eximidos por su bajo costo se traduciría en categorizaciones arbitrarias y que tendrían que modificarse constantemente para adecuarlas a las fluctuaciones de precios debidas a la inflación y a otros factores. Por eso, la *Guía* no prevé una excepción suplementaria en favor de los bienes de bajo costo.

73. Un posible inconveniente de la aplicación del criterio del curso ordinario de los negocios, en particular en el comercio internacional, se plantea en las raras situaciones en que tal vez un comprador no distinga con claridad qué actividades forman parte del curso ordinario de los negocios del vendedor. Con todo, cabe observar que, en una relación normal entre comprador y vendedor, es muy probable que el comprador conozca el tipo

de negocios que realiza el vendedor y, en tal caso, la aplicación del criterio del curso ordinario de los negocios respondería a las expectativas legítimas de las partes. En la práctica, por ello, el número de casos en que se plantea esa confusión es escaso. En síntesis, las ventajas de la aplicación del criterio del curso ordinario de los negocios son superiores a los inconvenientes. Ese criterio favorece el comercio y permite a los acreedores garantizados y a los compradores proteger sus intereses respectivos de forma eficaz y rentable sin socavar el fomento de la financiación garantizada.

b. *El criterio de la buena fe*

74. En los ordenamientos de muchos Estados se ha optado por un criterio diferente para determinar si el comprador de bienes gravados adquiere la titularidad de esos bienes libre de la garantía real constituida por el vendedor. En estos ordenamientos, el comprador de los bienes corporales los adquiere exentos de toda garantía real si lo hace de buena fe (sin tener en cuenta si la venta formaba parte o no del curso ordinario de los negocios del vendedor). A estos efectos, los ordenamientos formulan de distintas maneras la definición del concepto de “buena fe”. Por ejemplo, en algunos de ellos el comprador tiene el deber de investigar si los bienes están sometidos a una garantía real, aunque en otros no lo tiene.

75. Un argumento en favor de la aplicación de ese criterio es que el concepto de buena fe se conoce en todos los ordenamientos y se ha aplicado extensamente tanto a nivel nacional como internacional. Otro argumento es que debe presumirse que todo comprador actúa de buena fe, a menos que se demuestre lo contrario. Un tercer argumento a favor de ese criterio es que libera al comprador de la necesidad de dedicar tiempo y dinero a consultar el registro. Aun así, el problema que plantea este enfoque es que se centra en un criterio subjetivo relacionado con el conocimiento y las intenciones del comprador (lo que plantea complejos problemas de prueba), y no en las expectativas comerciales de las partes interesadas.

c. *Enfoque basado en el plazo de prescripción*

76. En algunos ordenamientos se adopta un tercer criterio para determinar si una garantía real podrá hacerse oponible a un comprador o a otro cesionario del otorgante. En esos ordenamientos, la garantía real que grava el bien vendido dejará de gravarlo si esa garantía respalda un crédito otorgado tras el vencimiento de un determinado plazo (por ejemplo, de seis meses) a partir del momento en que la garantía se hizo oponible a terceros o en que se inscribió. Conforme a este régimen, no es preciso que el cesionario actúe de buena fe, ni siquiera debe adquirir el bien en el curso ordinario de los negocios del vendedor. El criterio para extinguir la garantía real sería sencillamente cronológico. Aunque conforme a él parece determinarse una fecha objetiva, su aplicación requiere que todos los compradores, incluidos los que actúen en el curso ordinario de los negocios del vendedor o de buena fe, determinen no sólo si existe una garantía real, sino también la fecha en que se otorgó el crédito respaldado por esa garantía real. Este enfoque plantea cuestiones de prueba y otros problemas prácticos muy complejos, y además no se ajusta a las expectativas normales de los compradores y vendedores de bienes corporales.

iii) *Derechos de los arrendatarios*

77. A veces surgen conflictos de prelación entre el titular de una garantía real constituida sobre un bien corporal por el propietario o por el arrendador financiero del bien, por una

parte, y el arrendatario financiero de ese bien, por otra. En este caso, no se trata de si el arrendatario obtiene efectivamente el bien exento de la garantía real, en el sentido de que se suspende dicha garantía. Más bien, se trata de determinar si la garantía real no afecta al derecho del arrendatario a utilizar el bien arrendado conforme a las condiciones previstas en el contrato de arrendamiento. La cuestión principal radica en si procede que, cuando el titular de una garantía real otorgada por el propietario o por el arrendador decida ejecutarla, el arrendatario puede seguir utilizando pese a ello el bien, mientras siga pagando el arrendamiento y respetando las demás cláusulas del contrato. Se aplica también aquí el principio general referente a los compradores, que se examinó con anterioridad (véanse los párrafos 62 a 66 *supra*). El bien está, en principio, gravado por la garantía real y, en consecuencia, el acreedor garantizado podrá ejecutar esa garantía en caso de incumplimiento por parte del otorgante-propietario o del otorgante-arrendador, aunque ello signifique que el arrendatario tenga que dejar de utilizar el bien conforme a lo estipulado en el contrato de arrendamiento.

78. Como en el caso de los compradores de bienes corporales gravados por una garantía real preexistente, muchos ordenamientos reconocen dos excepciones a ese principio general. En ninguna de ellas deja de existir la garantía real. Sin embargo, durante el período del arrendamiento el derecho del acreedor garantizado se limita a los derechos del arrendador-otorgante sobre el bien y el arrendatario podrá continuar utilizando ininterrumpidamente el bien conforme a lo estipulado en el contrato de arrendamiento.

79. La primera excepción se produce cuando el acreedor garantizado ha autorizado al otorgante a celebrar el contrato de arrendamiento sin que se vea afectada la garantía real. Como en el caso de las ventas de bienes corporales, si un acreedor garantizado ha autorizado el arrendamiento, carece de trascendencia que el arrendatario tenga conocimiento de la existencia de la garantía real. La *Guía* recomienda esta excepción (véase la recomendación 80 *b*). La segunda excepción se refiere a las situaciones en que el arrendador del bien corporal tiene como negocio arrendar ese tipo de bienes, en que el arrendamiento se concierta en el curso ordinario de los negocios del arrendador y en que el arrendatario no tiene conocimiento efectivo de que el arrendamiento viola los derechos que tiene el acreedor garantizado en virtud del acuerdo de garantía. Ese conocimiento existiría, por ejemplo, si el arrendatario supiera que el acuerdo de garantía por el que se constituyó la garantía real correspondiente prohibía expresamente al otorgante arrendar el bien. Sin embargo, el mero conocimiento de la existencia de la garantía real, demostrada porque el arrendatario haya visto la notificación inscrita en el sistema de registro de garantías o por otro motivo, no bastaría para frustrar los derechos del arrendatario. Esta excepción se basa en consideraciones normativas similares a las que explicaban la excepción análoga aplicable a las ventas de bienes corporales en el curso ordinario de los negocios del vendedor, y es el enfoque que la *Guía* recomienda adoptar (véanse la recomendación 81 *b*) y los párrafos 67 a 73 *supra*).

iv) Derechos de los licenciatarios

80. Las cuestiones ya examinadas se plantean también en el caso de la concesión de licencias sobre bienes inmateriales que estén gravados por una garantía real constituida por el licenciante, aplicándose también a esa concesión de licencias sobre bienes inmateriales el principio general que rige la venta o el arrendamiento de bienes corporales (véase la recomendación 79). En consecuencia, si una garantía real sobre un bien inmaterial es oponible a terceros, esa garantía seguirá gravando el bien que pase a manos del

licenciataria, a menos que resulte aplicable una de las excepciones señaladas a continuación (véanse las recomendaciones 80 y 81).

81. La primera excepción que se reconoce en la mayoría de los Estados tiene dos aspectos en que se sigue la regla aplicable a las ventas y arrendamientos de bienes corporales. Como ocurre con los arrendamientos, si el acreedor garantizado ha autorizado la licencia, el licenciataria recibirá el bien objeto de la licencia exento de la garantía real y el hecho de que tenga conocimiento de ello no será pertinente. La *Guía* recomienda que se adopte esta excepción (véase la recomendación 80 *b*)).

82. La segunda excepción (análoga igualmente a las excepciones referentes a la venta y el arrendamiento de bienes corporales) se aplica a situaciones relacionadas con la concesión de licencias no exclusivas sobre bienes inmateriales cuando los negocios del otorgante de la licencia consisten en la concesión de licencias no exclusivas sobre este tipo de bienes, cuando la licencia se concierta en el curso ordinario de esos negocios y cuando el licenciataria no tiene conocimiento de que con la licencia se violan los derechos que tiene el acreedor garantizado en virtud del acuerdo de garantía (véase la recomendación 81 *c*)). Al igual que en las ventas y arrendamientos de bienes corporales, se suele reconocer que habrá tal conocimiento, por ejemplo, cuando el licenciataria sepa que el acuerdo por el que nazca la garantía real prohíbe expresamente al otorgante conceder una licencia sobre tales bienes. Sin embargo, el mero conocimiento de la existencia de la garantía real, demostrado, por ejemplo, por una notificación inscrita en el sistema de registro de garantías, no bastaría para frustrar los derechos del licenciataria. Un ejemplo característico sería el de la concesión de una licencia no exclusiva al consumidor de un programa informático de gran demanda. Si así se estipula en el acuerdo de garantía, la concesión de la licencia en sí constituirá un acto de incumplimiento a raíz del cual el acreedor garantizado podrá ejecutar su garantía real y exigir al licenciataria el pago de regalías; de lo contrario, el acreedor garantizado no podrá hacerlo hasta que se produzca el incumplimiento. Sin embargo, el hecho de que la licencia no exclusiva constituya un incumplimiento no afectará a la validez de la licencia mientras se cumplan las condiciones previstas en el apartado *c*) de la recomendación 81 (en particular, el desconocimiento por parte del licenciataria no exclusivo de que la concesión de la licencia viola el acuerdo de garantía entre el licenciante y su acreedor garantizado).

83. Es importante señalar que esta segunda excepción se refiere únicamente a las licencias no exclusivas sobre bienes inmateriales (es decir, las licencias de una propiedad intelectual de las que el licenciataria no sea el titular exclusivo), como en el caso de programas informáticos de distribución masiva. Cuando la actividad de un otorgante sea la concesión de licencias sobre bienes inmateriales, normalmente el acreedor garantizado que goce de una garantía real sobre los bienes esperará a que su otorgante conceda licencias no exclusivas sobre dichos bienes a fin de generar ingresos. Además, no es razonable esperar que el licenciataria sin derechos exclusivos consulte el registro general de garantías reales para determinar si existen garantías reales sobre los bienes licenciados. En cambio, en el caso de una licencia exclusiva sobre bienes inmateriales, en virtud de la cual se conceda al licenciataria el derecho exclusivo a utilizar esos bienes en todo el mundo, o incluso en un territorio concreto, suele tratarse de una operación negociada. Con frecuencia, tal operación no entra en el curso ordinario de los negocios del otorgante de la licencia, aunque también puede darse el caso de que sí se realice en tales condiciones, si la actividad de aquél consiste en negociar licencias exclusivas, como suele ser el caso, por ejemplo, en la industria cinematográfica. Tratándose de una licencia exclusiva, cabe razonablemente esperar que el licenciataria consulte el registro general de garantías reales para determinar

si el bien que es objeto de la licencia está gravado por una garantía real constituida por el licenciante, y para obtener una renuncia o subordinación de la prelación si se comprueba que tal garantía real existe.

v) *Derechos de los compradores, arrendatarios y licenciatarios lejanos*

84. Todo régimen eficaz de las operaciones garantizadas debe resolver también diversas situaciones en que el cesionario, el arrendatario o el licenciatario de un bien gravado más de una vez lo venda, transfiera o arriende dicho bien o conceda licencia sobre él. El primer tipo de situación se refiere a las transferencias que constituyen ventas no efectuadas en el curso ordinario de los negocios del vendedor, realizadas de buena fe o en un plazo determinado (véanse los párrafos 67 a 76 *supra*). En algunos ordenamientos, si el otorgante de una garantía real vende un bien gravado a un comprador (el primer comprador), que a su vez vende el bien a un segundo comprador (el comprador lejano), éste obtiene el bien gravado libre de la garantía real constituida por el otorgante. Ese criterio se adopta en dichos ordenamientos porque puede ser difícil para un comprador lejano averiguar la existencia de una garantía real otorgada por un antiguo propietario de los bienes gravados antes de la primera compra. En muchos casos, los compradores remotos desconocen la identidad del propietario anterior, por lo que no pueden averiguar su nombre.

85. Sin embargo, el problema de este enfoque es que resta fiabilidad a una garantía real dada por el otorgante debido a la posibilidad de que el bien gravado se venda, sin el conocimiento del acreedor garantizado, a un primer comprador y, posteriormente, a otro comprador, ya sea sin mala fe o con el claro propósito de dejar sin efecto la garantía real. Por esa razón, en otros regímenes se establece que los derechos del comprador lejano dependerán de los derechos del vendedor al que haya comprado el bien gravado (esto es, de si las ventas se realizaron en el curso ordinario de los negocios del vendedor, o de buena fe, o en un plazo determinado). De este modo, por ejemplo, si el comprador lejano compra a un vendedor que a su vez haya comprado el bien sujeto a la garantía real, adquirirá asimismo el bien sujeto a la garantía real. A la inversa, en estos ordenamientos, si el comprador lejano compra a un vendedor el bien gravado que éste ha adquirido libre de la garantía real, ese comprador lejano obtendrá el bien exento de la garantía real.

86. Se plantea un segundo tipo de situación cuando la garantía real sobre el bien gravado subsiste después de la venta al primer comprador pero éste lo revende, en el curso ordinario de sus negocios, al comprador lejano (o lo hace de buena fe o en un determinado plazo). En estos casos, es preciso determinar qué garantías reales se ven afectadas por el principio del curso ordinario de los negocios. Es posible seguir dos criterios. En algunos ordenamientos se dispone que la venta en el curso ordinario de los negocios (o la venta de buena fe o en un determinado plazo) permitirá al comprador lejano adquirir el bien exento únicamente de las garantías reales otorgadas por el primer comprador. En otros Estados el comprador lejano puede adquirir el bien libre de toda garantía real, inclusive de las otorgadas por el vendedor inicial.

87. Para promover el criterio basado en el curso ordinario de los negocios, la *Guía* recomienda que si el comprador de bienes gravados los obtiene libres de la garantía real otorgada por su vendedor, el comprador lejano también los adquirirá exentos de esa garantía real (véase la recomendación 82). Si el vendedor recibe los bienes sujetos a la garantía real, de ordinario el comprador lejano también los adquirirá sujetos a esa garantía (a contrario). Sin embargo, para liberar al comprador lejano de la necesidad de averiguar el historial del bien cuando éste se haya adquirido en el curso ordinario de los negocios

del vendedor inicial, la *Guía* acepta que, en esos casos, el comprador lejano lo recibirá exento de toda garantía real que lo grave, inclusive de las garantías reales que haya podido otorgar el vendedor inicial. Esto se deriva de la lectura de la recomendación 79, que admite excepciones, junto con la recomendación 81 a), que no se limita a las garantías reales otorgadas por el vendedor inmediato del bien gravado. Con el requisito de que una persona (inclusive un consumidor) que, al comprar un bien gravado en el curso ordinario de los negocios, deba verificar toda la cadena de titulares se impondría un obstáculo al comercio. El financiador lejano goza, en cualquier caso, de derechos ilimitados sobre el producto, mientras que el comprador final normalmente no dispone de recursos ni de tiempo para investigar toda la cadena de titulares, y compra a un concesionario (y no a un particular), precisamente para no tener que verificar toda esa cadena.

88. Se aplican consideraciones análogas cuando se trata de una serie de arrendamientos y subarrendamientos. Así, por ejemplo, en las situaciones en que se considere que los derechos del arrendatario de bienes corporales no se ven afectados por una garantía real constituida sobre esos bienes por el arrendador, se suele estimar también conveniente que los derechos de un posible subarrendatario tampoco resulten afectados. Por último, como en el caso de las ventas y arrendamientos de bienes gravados, existen razones de peso para asegurarse de que, cuando el régimen aplicable considere que la garantía real constituida por el licenciatario original no afecta a la licencia en sí, el sublicenciatario no se vea tampoco afectado por la garantía. Para mantener la coherencia del enfoque en lo que respecta a las operaciones realizadas en el curso ordinario de los negocios, la *Guía* recomienda que el subarrendatario o el sublicenciatario reciban el bien libre de garantía real en todos los casos en que el arrendatario o el licenciatario inicial lo hayan recibido exento de esa garantía (véase la recomendación 82).

vi) *Derechos de los donatarios y otros beneficiarios de transferencias gratuitas*

89. La situación del receptor de un bien gravado a título de regalo (normalmente un donatario, pero también un legatario) es algo distinta de la de un comprador u otro beneficiario de una transferencia que hayan dado valor a cambio. Como el beneficiario de una transferencia gratuita no aporta nada, no hay prueba objetiva alguna de que ese cesionario se haya visto perjudicado por creer que el otorgante tenía la propiedad de los bienes sin gravámenes. Por ello, de surgir un conflicto de prelación entre el donatario de un bien y el titular de una garantía real sobre el bien donado que haya sido otorgada por el donante, hay razones de peso para dar prelación al acreedor garantizado, aun en el supuesto de que la garantía real no sea, por lo demás, oponible a terceros. Un segundo argumento a favor de este enfoque es que si un bien gravado pasa a ser regalado, no hay producto que el acreedor garantizado pueda considerar sustitutivo del bien gravado. Aunque algunos ordenamientos han adoptado este enfoque, la mayoría respeta la regla general de que sólo tendrán prelación sobre otros acreedores las garantías reales que sean oponibles a terceros. Esto significa que la garantía real que sea oponible seguirá afectando al bien que esté en manos del cesionario (véase la recomendación 79) y sólo se preverán excepciones para los cesionarios que hayan pagado un precio, como los compradores y otras personas que adquieran derechos del otorgante por un precio, como los arrendatarios o los licenciatarios (véanse las recomendaciones 80 a 82). Si se aplica esta regla, el donatario nunca podrá ser un cesionario del bien en el curso ordinario de los negocios, y recibirá el bien gravado sujeto a la garantía real, a menos que esa garantía no se haya hecho oponible a terceros.

d) *Orden de prelación de los créditos preferentes*

90. Con el fin de lograr objetivos generales de interés social, en muchos Estados ciertos créditos no garantizados se asimilan a créditos preferentes y se les da prelación sobre otros créditos ordinarios tanto en el marco del procedimiento de insolvencia como al margen de él. En algunos casos obtienen también prelación sobre créditos garantizados, incluso los que se hayan hecho oponibles a terceros mediante su inscripción o de otra manera antes de que nacieran los créditos no garantizados. Por ejemplo, las deudas fiscales con el Estado y salariales con los empleados gozan de prelación, en algunos ordenamientos, sobre las garantías reales ya existentes. Como los objetivos sociales varían de un país a otro, varía también en gran medida la naturaleza precisa de esos créditos y el grado de prelación que se les otorga. Además, en muchos ordenamientos se exige que al menos algunos de esos créditos estén inscritos en un registro para que sean oponibles a terceros, mientras que en otros Estados no existe tal requisito. En los ordenamientos que no exigen la inscripción registral, normalmente no se da al crédito preferente el derecho a seguir el bien. En consecuencia, no puede invocarse contra los beneficiarios de transferencias (inclusive de transferencias gratuitas) del bien gravado por el crédito preferente.

91. La razón aducida a favor de estos créditos preferentes es que están al servicio de un objetivo social. Los eventuales inconvenientes dependen, en gran medida, de si se exige su inscripción en el registro. Si no se exige esa inscripción, resultará normalmente difícil o imposible a los posibles acreedores determinar si existen créditos de este tipo, lo que probablemente hará aumentar la incertidumbre y, por consiguiente, desalentará la oferta de crédito garantizado. Esta desventaja concreta no se dará si los créditos tienen que ser inscritos en el registro. No obstante, incluso los créditos preferentes inscritos pueden influir negativamente en la oferta de crédito garantizado y en su precio si se les otorga prelación respecto de garantías reales inscritas con anterioridad. Ello se debe a que, como estos créditos reducen el valor económico del bien para el acreedor garantizado, los acreedores tenderán a traspasar la carga financiera de su crédito al otorgante de la garantía incrementando el tipo de interés o deduciendo del préstamo ofrecido el importe estimado de los créditos preferentes.

92. A fin de no desalentar la concesión de créditos garantizados, en muchos ordenamientos se ha reducido recientemente el número de créditos preferentes a los que se concede prelación sobre las garantías reales ya constituidas. La tendencia de la legislación moderna es reconocer tales créditos únicamente si no se dispone de ningún otro medio eficaz para cumplir el objetivo social previsto. Por ejemplo, en algunos Estados los ingresos fiscales se protegen ofreciendo incentivos a los directores de empresa para que resuelvan los problemas financieros con rapidez so pena de incurrir en responsabilidad personal, mientras que las deudas salariales están protegidas por un fondo público. Además, muchos ordenamientos procuran limitar también el impacto de los créditos preferentes sobre la oferta de crédito garantizado imponiendo un límite ya sea a la suma que deberá pagarse al acreedor preferente o al porcentaje de la suma obtenida tras la ejecución de la deuda que se destinará a pagarle.

93. Si se opta por admitir los créditos preferentes, la ley que los rijan ha de ser lo bastante clara y transparente para permitir al acreedor calcular por adelantado su importe eventual a fin de protegerse. En algunos ordenamientos se ha logrado esa claridad y transparencia enumerando todos los créditos preferentes en una única ley o en un anexo de dicha ley, o exigiendo que se inscriban en un registro público y dándoles prelación únicamente sobre las garantías reales que se inscriban después. Si se opta por este segundo planteamiento,

sin embargo, los créditos preferentes pierden en gran parte su razón de ser. Ello obedece a que algunos de esos créditos nacen inmediatamente antes de que se inicie un procedimiento de insolvencia y, por consiguiente, es improbable que se conceda un crédito garantizado después de la inscripción en el registro de los créditos preferentes (salvo que exista la necesidad de financiación garantizada posterior a la apertura de un procedimiento). La *Guía* trata de mantener un equilibrio con respecto a estos créditos preferentes, y no recomienda su inscripción en el registro, aunque sería posible efectuarla, recomendando, en cambio, que la legislación limite tanto los tipos de esos créditos, así como sus importes y que, en la medida en que se reconozcan, se describan en las disposiciones pertinentes de manera suficientemente clara y concreta, de forma que los posibles acreedores garantizados tengan elementos para decidir si conceden o no crédito al otorgante (véase la recomendación 83).

e) *Orden de prelación de los derechos de los acreedores judiciales*

94. En los regímenes contemporáneos de las operaciones garantizadas, la regla general es que la garantía real que es oponible a terceros goza de prelación sobre los derechos de un acreedor no garantizado. Sin embargo, algunos ordenamientos establecen que el titular de un crédito no garantizado puede obtener un derecho sobre los bienes de un deudor si obtiene una sentencia u orden judicial provisional contra el deudor y si inscribe la sentencia u orden judicial provisional en el registro general de garantías reales, convirtiendo así el crédito no garantizado en un crédito garantizado cuyo grado de prelación se determina conforme a las reglas ordinarias de prelación. Algunos de estos ordenamientos van más lejos y disponen que si un acreedor no garantizado ha adoptado las medidas necesarias en virtud de la legislación aplicable para obtener una sentencia u orden judicial provisional, los derechos de propiedad que así consiga pueden efectivamente tener prelación sobre otras reclamaciones de acreedores garantizados anteriores. La legislación distingue a estos acreedores ordinarios de otros acreedores ordinarios por su diligencia en hacer todo lo que esté a su alcance, a veces con un costo considerable, para hacer valer su crédito frente al deudor. Para facilitar la comprensión, conviene señalar que, en el siguiente análisis, el término “sentencia” se entiende referido tanto a sentencias como a órdenes judiciales provisionales, y el concepto de “acreedor judicial” remite a los acreedores que hayan obtenido una sentencia o una orden judicial provisional contra el deudor.

95. Ese resultado no es injusto para los demás acreedores ordinarios, ya que a éstos les asistían los mismos derechos a recurrir a los tribunales con el mismo fin pero no se tomaron el tiempo ni realizaron los gastos necesarios para ejercer tales derechos. Sin embargo, para que los acreedores judiciales no gocen de facultades excesivas, especialmente en los ordenamientos jurídicos en los que un único acreedor puede poner en marcha un procedimiento de insolvencia, algunos regímenes de la insolvencia prevén que el representante de la insolvencia pueda anular toda garantía real derivada de una sentencia judicial que se dicte en un plazo especificado antes de la apertura del procedimiento de insolvencia, en cuyo caso el derecho real del acreedor judicial sobre un bien se extinguirá o no será reconocido en el procedimiento de insolvencia del deudor.

96. Los regímenes modernos de las operaciones garantizadas suelen hacer frente a este tipo de conflicto de prelación estableciendo un equilibrio entre los intereses del acreedor judicial y los del acreedor garantizado. Por una parte, interesa al acreedor judicial saber en un momento determinado si los bienes del otorgante conservan un valor suficiente no gravado que justifique que se siga ejecutando la sentencia. Por otra parte, hay también

razones normativas de peso para proteger los derechos del acreedor garantizado, puesto que éste invocó expresamente su garantía real para otorgar el crédito.

97. En muchos ordenamientos se procura lograr ese equilibrio dando en general prelación a la garantía real sobre el derecho real que otro acreedor adquiriera por sentencia judicial sobre los bienes gravados, siempre que la garantía real sea oponible a terceros antes de que nazca el derecho pertinente del acreedor judicial. Este principio general es el que se ha adoptado en la *Guía* (véase la recomendación 84).

98. Los ordenamientos que tratan de proteger los derechos de los acreedores judiciales establecen normalmente una excepción y dos limitaciones al principio general expuesto. Por lo común, se establece una excepción a los derechos de los acreedores judiciales en caso de que se constituya una garantía real para financiar adquisiciones sobre bienes gravados que no sean existencias ni bienes de consumo. Se da prelación a la garantía real para la financiación de adquisiciones, aun cuando no sea oponible a terceros en el momento en que el acreedor judicial adquiere derechos sobre los bienes gravados, siempre y cuando dicha garantía real se haya hecho oponible a terceros durante el período de gracia previsto para ese tipo de garantías. Un resultado contrario crearía un riesgo inaceptable para los proveedores de fondos destinados a adquisiciones que ya hubieran otorgado el crédito antes de que el acreedor judicial adquiriera el derecho sobre los bienes y, por consiguiente, desalentaría la financiación de adquisiciones (véase la recomendación 183).

99. Las dos limitaciones impuestas a la regla arriba mencionada son las que restringen el grado de prelación de una garantía real (es decir, el importe del crédito al que se otorga prelación) sobre los derechos del acreedor judicial. La primera limitación obedece a la necesidad de proteger a los acreedores garantizados existentes del riesgo de otorgar crédito suplementario basándose en el valor de bienes sujetos a derechos conferidos por sentencia judicial. Debería preverse un mecanismo para advertir a los acreedores de la existencia de ese tipo de derechos. En muchos ordenamientos en que existe un sistema registral, se exige para ello la inscripción de una notificación de los derechos conferidos por vía judicial. A falta de sistema registral, o si las sentencias judiciales pertinentes no están sujetas a inscripción, puede exigirse al acreedor judicial que comunique a los acreedores garantizados la existencia del fallo. Además, la legislación podrá disponer que la prelación del acreedor garantizado existente se prolongue durante cierto tiempo (por ejemplo, entre 45 y 60 días) tras la inscripción del derecho adquirido por vía judicial (o tras la notificación al acreedor del derecho del acreedor judicial sobre los bienes gravados), a fin de que el acreedor pueda tomar las medidas del caso para proteger adecuadamente sus derechos. Cuanto menor sea el tiempo de que un acreedor garantizado disponga para responder a la imposición de derechos por vía judicial y cuanto menos se den a conocer públicamente esos derechos, tanto más incidirá negativamente su posible existencia sobre la cuantía y el costo del crédito, especialmente en el marco de operaciones de crédito rotatorio o renovable en que se prevea otorgar crédito en diversos momentos tras celebrarse el acuerdo de concesión de crédito (véase, por ejemplo, la Introducción, párrafo 30).

100. Con respecto a una garantía real para la que se haya inscrito una notificación, la *Guía* recomienda que se notifique al acreedor garantizado la existencia del derecho del acreedor judicial, y que la prelación de toda garantía real se limite al crédito otorgado por el acreedor garantizado por un período limitado (por ejemplo, de 30 a 60 días) o anterior a él, después de haber recibido la notificación (véase la recomendación 84 a)). Aunque esta limitación impone al acreedor judicial la obligación de notificar al acreedor garantizado, ésta no suele ser una carga desmedida para el primero y libera al segundo de la obligación

de consultar frecuentemente el registro para comprobar si hay sentencias contra el otorgante, lo cual representaría una carga mucho más onerosa y costosa. La existencia del período de gracia se justifica porque impide que, tratándose de un crédito rotatorio o de otro servicio crediticio que prevea prórrogas futuras de la financiación, el acreedor garantizado tenga que suspender de inmediato los préstamos u otros créditos, circunstancia que podría ocasionar dificultades al otorgante o incluso forzarlo a incoar un procedimiento de insolvencia.

101. La segunda limitación se refiere a los compromisos de otorgar créditos futuros. La prelación de una garantía real puede hacerse extensiva al crédito otorgado incluso después de que se notifiquen al acreedor garantizado los derechos del acreedor judicial, siempre que, antes de dicha notificación, se haya contraído el compromiso irrevocable de otorgar crédito por una cantidad fija o que se pueda determinar con arreglo a una fórmula especificada.

102. El fundamento de esta regla es que no sería justo privar a un acreedor garantizado, que se haya comprometido irrevocablemente a otorgar crédito, de la prelación de la que se hubiera fiado en el momento de contraer ese compromiso. La razón aducida en contra es que, de acuerdo con las condiciones de muchos créditos, la existencia de una sentencia judicial constituiría un incumplimiento que daría derecho al acreedor garantizado a dejar de conceder créditos. Sin embargo, el hecho de proceder así puede no constituir una protección suficiente para el acreedor garantizado y puede perjudicar también a las otras partes. Por ejemplo, la pérdida repentina de crédito provocada por la sentencia bien podría obligar al otorgante a entablar un procedimiento de insolvencia, lo que podría no sólo ocasionar pérdidas al acreedor garantizado y a los demás acreedores, sino que también podría acabar con el negocio del otorgante. La *Guía* resuelve este conflicto de prelación pronunciándose a favor de la continuación del pago de los desembolsos de un compromiso irrevocable, para permitir al otorgante mantener a flote su empresa (véase la recomendación 84 b)).

f) *Orden de prelación de los derechos de los prestadores de servicios relacionados con un bien gravado*

103. En muchos Estados, los acreedores que han prestado servicios que están relacionados con bienes corporales gravados o que hayan añadido valor a esos bienes, por ejemplo, mediante su almacenamiento, reparación o transporte, gozan de derechos reales sobre tales bienes. Algunos ordenamientos permiten que esos derechos lleguen a ser derechos de propiedad que permitan al prestador de servicios ejecutarlos como si se tratara de una garantía real. En otros ordenamientos, son sólo el derecho a negarse a entregar los bienes al propietario, a un acreedor garantizado del propietario o a cualquier otra persona que solicite su entrega. Con independencia del carácter de los derechos de los prestadores de servicios, en esos Estados esos derechos sólo pueden invocarse mientras los bienes gravados estén todavía en posesión de los prestadores de servicios.

104. Ese tratamiento dado a los prestadores de servicios tiene la ventaja de inducirlos a seguir prestándolos y de facilitar el mantenimiento y la conservación de los bienes gravados. En la mayoría de los ordenamientos la prelación asignada a los prestadores de servicios es superior a la prelación de otras garantías reales que puedan invocarse sobre bienes que estén en su posesión. En particular, este derecho tiene un rango superior al de las demás garantías reales sobre los bienes, con independencia de las fechas respectivas en que ambos derechos se hicieron oponibles a terceros. La justificación de esa regla

de prelación es que los prestadores de servicios no son financieros profesionales y no deben estar obligados a consultar el registro para comprobar si existen garantías reales concurrentes antes de prestar sus servicios. Además, la regla facilita que se presten servicios como el almacenamiento, la reparación y otras mejoras, que normalmente benefician tanto a los acreedores garantizados como a los otorgantes.

105. Por otra parte, se plantea la cuestión de si conviene limitar la prelación dada a los proveedores de servicios a cierta cantidad o de si sólo debe reconocerse en determinadas circunstancias. Uno de los criterios posibles consiste en limitar la prelación a una cantidad (por ejemplo, un mes de alquiler en el caso de los propietarios de viviendas) y reconocer la prelación de ese derecho sobre garantías reales preexistentes sólo cuando se agregue al bien un valor que beneficie directamente a los titulares de esas garantías. Este criterio tendría la ventaja de que no limitaría indebidamente los derechos de los acreedores garantizados. Sin embargo, tendría el inconveniente de que no quedarían protegidos los proveedores de servicios que no agregaran valor a los bienes o que no pudieran demostrar tal incremento de valor (por ejemplo, en el caso de servicios de almacenamiento). Además, sería necesario determinar el importe del valor que esos prestadores de servicios hubieran agregado a los bienes. Este requisito podría hacer aumentar los costos y dar lugar a litigios.

106. Otro criterio seguido es el consistente en limitar la prelación de los prestadores de servicios al valor razonable de los servicios prestados. Con ese enfoque se mantendría un equilibrio justo y eficiente entre los intereses en conflicto, a la vez que se garantizaría una protección suficiente de los prestadores de servicios y se obviarían las dificultades que entrañaría la demostración del valor relativo de los bienes gravados antes y después de que se prestaran los servicios. Como el valor razonable de los servicios se basa en un cálculo que puede verificarse haciendo comparaciones y de manera pública, este criterio reduce también al mínimo los gastos que supone la reclamación del crédito. Por este motivo, éste es el enfoque cuya adopción recomienda la *Guía* (véase la recomendación 85).

g) *Orden de prelación de los derechos de reclamación de un proveedor*

107. En algunos Estados se dispone que un proveedor que venda bienes corporales a un comprador que obtenga crédito sin garantía tendrá legalmente derecho, en caso de incumplimiento del comprador o incapacidad general para pagar sus deudas, a reclamar al comprador la devolución de esos bienes en un plazo determinado. Este derecho se denomina habitualmente “derecho de reclamación” y el plazo se denomina “plazo de reclamación”. Este derecho de reclamación puede ejercerse a raíz o no de una insolvencia. Si se ha iniciado un procedimiento de insolvencia contra el comprador, el régimen de la insolvencia aplicable determinará si los reclamantes de la devolución de los bienes verán suspendidos o afectados sus derechos de otro modo (véanse las recomendaciones 39 a 51 de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia).

108. Una cuestión importante es la de determinar si un derecho de reclamación sobre un determinado bien corporal deberá tener prelación respecto de una garantía real preexistente sobre el mismo bien, tanto en el marco de un procedimiento de insolvencia como al margen de él. Dicho de otra manera, se trata de determinar si, cuando los bienes del comprador (incluidos los que se pretende reclamar) están gravados con garantías reales, los bienes reclamados deben devolverse al vendedor libres de tal gravamen. En algunos ordenamientos, la reclamación tiene efecto retroactivo, con lo cual el vendedor queda en la misma situación en que estaba antes de la venta (es decir, en posesión de bienes que no estaban gravados por garantías reales en favor de los acreedores del comprador). Esto significa que

el derecho de reclamación se considera dimanante de los principios generales del régimen de compraventa, cuyo objetivo expreso es proteger a los pequeños vendedores cuando el comprador incumpla sus obligaciones correlativas. Sin embargo, en otros ordenamientos los bienes continúan sujetos a las garantías reales preexistentes, siempre y cuando se hayan hecho oponible a terceros antes de que el proveedor ejerza su derecho de reclamación. La razón de este enfoque estriba en que, para otorgar el crédito, los titulares de esas garantías reales probablemente contaron con la existencia de los bienes reclamados. Además, si se diera prelación a los derechos de reclamación en este caso, los financiadores de la adquisición de existencias reaccionarían muchas veces reduciendo el importe del crédito concedido al otorgante “reservándose” frente a posibles derechos de reclamación.

109. En los Estados que han promulgado un régimen moderno de las operaciones garantizadas del tipo previsto en la *Guía*, el vendedor puede protegerse obteniendo una garantía real del pago de la adquisición de los bienes y, por consiguiente, el objetivo de reconocer derechos de reclamación normalmente puede lograrse en gran medida por otros medios. En consecuencia, la *Guía* recomienda que no se conceda prelación a los derechos de reclamación sobre una garantía real concurrente, salvo si se han ejercido antes de que la garantía real se haya hecho oponible a terceros (véase la recomendación 86).

h) *Orden de prelación de una garantía real sobre un bien incorporado*

110. Los bienes corporales pueden muchas veces convertirse en accesorios fijos incorporados a otros bienes corporales (ya sean muebles, como en el caso de los neumáticos de los vehículos de motor, o inmuebles, como los candelabros o las calderas de los edificios). En esos casos, es frecuente que se planteen conflictos entre las garantías reales constituidas sobre el bien incorporado y las constituidas sobre el bien al que vaya incorporado el primero. Entran en juego diversas consideraciones normativas para determinar la prelación relativa de esas garantías reales cuando se trata de bienes incorporados a una propiedad inmobiliaria o a bienes muebles.

i) *Orden de prelación de una garantía real sobre un accesorio fijo de un bien inmueble*

111. En la medida en que el régimen de las operaciones garantizadas permita la constitución de garantías reales sobre accesorios fijos de bienes inmuebles (como recomienda la *Guía*; véase la recomendación 21), deberá incluir normas que regulen la prelación relativa del titular de una garantía real sobre un accesorio fijo de un bien inmueble respecto de los titulares de derechos sobre el bien inmueble de que se trate. Una consideración fundamental de esas reglas de prelación es evitar la perturbación innecesaria de principios establecidos del régimen legal de la propiedad inmobiliaria.

112. Esas reglas de prelación tendrán que abordar varios tipos de conflictos de prelación. El primero se da entre una garantía real sobre un bien incorporado fijo (o cualquier otro derecho sobre ese bien, por ejemplo, el de un comprador o de un arrendatario) que se haya constituido y hecho oponible a terceros conforme al régimen legal de la propiedad inmobiliaria, por una parte, y otra garantía real sobre el bien incorporado que sea oponible a terceros en virtud del régimen de las operaciones garantizadas con bienes muebles, por otra. En tal caso, por deferencia con el régimen de la propiedad inmobiliaria, la mayoría de los ordenamientos reconocen la prelación de la garantía constituida y hecha oponible a terceros conforme a ese régimen. A fin de preservar la fiabilidad del registro

de la propiedad inmobiliaria, ésta es también la postura adoptada en la *Guía* (véase la recomendación 87).

113. El segundo conflicto de prelación puede surgir cuando una garantía real sobre un bien gravado que sea un bien incorporado a un inmueble en el momento en que esa garantía real se haga oponible a terceros o que pase a serlo posteriormente y se haga oponible a terceros mediante la inscripción en el registro de la propiedad inmobiliaria. Se trata de determinar la prelación entre la garantía real sobre el bien incorporado y la garantía real (u otro derecho, como el de un comprador o arrendador) sobre el bien inmueble pertinente. En estos casos, en la mayoría de los ordenamientos se adopta el criterio de que la prelación se determinará en función de la fecha de inscripción en el registro de la propiedad inmobiliaria. Una vez más, este enfoque se justifica por la conveniencia de mantener la fiabilidad del registro de la propiedad inmobiliaria, y en él se ha basado también la postura adoptada en la *Guía* (véase la recomendación 88).

114. Puede plantearse un tercer tipo de conflicto de prelación entre una garantía real para adquisiciones que se constituya sobre un bien gravado que se convierta en bien incorporado a un bien inmueble y un gravamen sobre ese bien inmueble. Para promover la financiación de la adquisición de bienes incorporados, en muchos ordenamientos se dispone que tendrá prelación la garantía real para adquisiciones, a condición de que se inscriba en el registro de la propiedad inmobiliaria en un plazo breve (por ejemplo, de 20 a 30 días) posterior al momento en que el bien gravado se convierta en un bien incorporado. Por la misma razón, la *Guía* recomienda que se dé prelación a la garantía real para adquisiciones constituida sobre el bien gravado que se convierte luego en bien incorporado (véase la recomendación 184; en virtud de la recomendación 195, regirá el mismo principio en los casos en que el financiador de adquisiciones, conforme al régimen no unitario, tenga un derecho de retención del título o un derecho de arrendamiento financiero).

ii) Orden de prelación de una garantía real sobre un bien incorporado a un bien mueble

115. Las garantías reales sobre bienes que pasen a ser bienes incorporados a bienes muebles pueden originar varios tipos de conflictos de prelación. Uno de ellos es el que puede surgir entre dos o más garantías reales sobre bienes que posteriormente se conviertan en bienes incorporados a otro bien mueble. También puede plantearse un conflicto de prelación entre una garantía real sobre un bien que posteriormente se convierta en bien incorporado a un bien mueble y una garantía real sobre el bien mueble al que se incorporó el primero, si ambas se han inscrito en el registro general de garantías reales. En cada uno de estos casos, la prelación podrá determinarse conforme a la regla general de prelación, pues la transformación del bien en bien incorporado no es un factor importante para determinar la prelación. La *Guía* recomienda este enfoque. En estos casos, la prelación deberá determinarse según el orden de inscripción en el registro o en función del momento en que se logre la oponibilidad a terceros (véase la recomendación 76), salvo en el caso en que la garantía real sobre el bien incorporado sea una garantía real del pago de la adquisición (véase el capítulo IX, relativo a la financiación de adquisiciones).

116. Sin embargo, es preciso adoptar normas de prelación especiales para regular tres situaciones que se plantean en los casos en que la garantía real se haya hecho oponible a terceros mediante su inscripción en el registro especial o su anotación en un certificado de titularidad. En estos casos puede plantearse un tipo inicial de conflicto de prelación entre una garantía real sobre un bien que pase a ser posteriormente un bien incorporado,

que se haya hecho oponible a terceros mediante su inscripción en un registro especial o su anotación en un certificado de titularidad, y una garantía real sobre el bien mueble mismo que se haya inscrito en el registro general de garantías reales. En esta situación, los Estados suelen otorgar prelación al derecho más antiguo, por deferencia con las normas de preservación de la integridad de los registros especiales y los sistemas de certificación de la titularidad. La *Guía* recomienda este enfoque (véase la recomendación 77 a)). Puede plantearse un segundo tipo de conflicto de prelación entre dos garantías reales sobre bienes que posteriormente pasen a ser bienes incorporados a uno o varios bienes muebles, cuando ambas garantías se hayan hecho oponibles a terceros mediante su inscripción en un registro especial o su anotación en un certificado de titularidad. Un tercer conflicto de prelación es el que puede surgir entre una garantía real sobre un bien transformado en bien incorporado y una garantía real sobre el bien mueble al que se haya incorporado el primero, si ambas garantías se han hecho oponibles a terceros mediante su inscripción en un registro especial o su anotación en un certificado de titularidad. En estos dos últimos casos, la mayoría de los ordenamientos dispone que la prelación se determinará en función del momento en que se efectuó la inscripción o la anotación. Una vez más, para mantener la integridad de estos registros, la *Guía* opta por recomendar tal enfoque (véanse la recomendación 77 b) y la recomendación 89).

- i) *Orden de prelación de una garantía real sobre una masa de bienes o sobre un producto derivada de una garantía real sobre bienes elaborados o mezclados*

117. Muchos tipos de bienes corporales se destinan a la fabricación o a su transformación o mezcla con otros bienes corporales de la misma índole. Ello da origen a tres posibles tipos de conflictos de prelación que requieren normas especiales. Se trata de los siguientes: a) los conflictos entre garantías reales constituidas sobre bienes corporales de la misma índole que pasen a formar parte de una sola masa de bienes o de un solo producto (por ejemplo, azúcar y azúcar, aceite y aceite, trigo y trigo); b) los conflictos entre garantías reales sobre bienes corporales distintos que pasen a formar parte de una masa o un producto (por ejemplo, azúcar y harina, fibra de vidrio y resina de poliéster, tejido y tinta), y c) los conflictos entre una garantía real constituida originalmente sobre bienes corporales separados y una garantía real sobre la masa de bienes o el producto resultante (por ejemplo, azúcar y tarta, fibra de vidrio y muebles, tejido y pantalones). A continuación se examinan estos posibles conflictos. Sin embargo, es importante señalar que en muchos casos la garantía real no sólo gravará las materias primas que acaben mezclándose para formar un producto o una fracción del bien fungible que se mezcla para formar una masa de bienes. La garantía también gravará, como bien futuro (véase la recomendación 17), el producto manufacturado y la totalidad de la masa como bien gravado original. En estos casos, la prelación de la garantía real sobre una fracción de la masa o del producto se hará extensiva a la totalidad de la masa o del producto y se aplicará la regla de prelación básica (recomendación 76).

- i) *Orden de prelación de las garantías reales sobre bienes corporales de la misma índole que pasan a formar parte de una sola masa de bienes o de un solo producto*

118. Los Estados normalmente establecen que las garantías reales sin desplazamiento de la posesión sobre bienes corporales de la misma índole que a continuación se mezclan

subsisten en la masa así formada o en el producto y tienen la misma prelación entre ellas que tenían antes de ser mezclados los bienes. La razón de esta regla es que el acto de incorporar esos bienes corporales a una masa o un producto no debe afectar en modo alguno a los derechos respectivos de los acreedores con garantías reales concurrentes sobre los bienes corporales originalmente separados. Entre ellos, deben encontrarse en idéntica situación. Por ejemplo, si el acreedor garantizado A tiene una garantía real de primer orden sobre una cantidad de petróleo por valor de 100.000 euros y el acreedor garantizado B tiene una garantía real de segundo orden sobre esa misma cantidad de petróleo, cuando ese petróleo se mezcle con otras cantidades de petróleo la prelación de los acreedores garantizados A y B deberá seguir siendo la misma. Un resultado similar se obtendría en el caso de unas garantías reales concurrentes sobre la harina que se combina con otros ingredientes para fabricar tartas. La *Guía* recomienda también que se respete este principio (véase la recomendación 90). Desde luego, en estos casos, para mantener la equidad entre los acreedores garantizados como grupo y otros acreedores garantizados que puedan tener garantías reales sobre otros bienes que contribuyan a la masa o al producto, la suma total disponible para satisfacer las demandas de los acreedores garantizados no puede ser superior al valor que tenían los bienes corporales gravados por sus garantías reales concurrentes inmediatamente antes de pasar a formar parte de la masa de bienes o del producto (véase la recomendación 22).

ii) Orden de prelación de las garantías reales sobre distintos bienes corporales que pasan a formar parte de una masa de bienes

119. El segundo tipo de conflicto de prelación se plantea entre garantías reales sobre bienes corporales distintos que pasen a formar parte de una masa de bienes. Los Estados han adoptado distintos criterios para resolver esta cuestión, que dependen de la forma en que definan el alcance de los derechos de un acreedor garantizado sobre la masa. Como se señaló, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos se dispone que la garantía real podrá reclamarse sobre los bienes mezclados en la misma proporción que el bien gravado representaba la cantidad total de los bienes mezclados. Según ese criterio, si una cantidad de petróleo gravado con un valor de 100.000 euros se mezcla en el mismo depósito con otra cantidad de petróleo cuyo valor es de 50.000 euros, se considerará que el acreedor garantizado dispone de una garantía real sobre dos terceras partes del petróleo que quede en el depósito en el momento en que sea necesario ejecutar la garantía real. Como la *Guía* adopta el principio general de que las garantías reales deben protegerse en el mayor grado posible, recomienda este enfoque. La prelación de la garantía real anterior a su mezcla debe subsistir en los bienes mezclados en la misma proporción en que los bienes gravados y los bienes no gravados por la garantía real contribuyan a la masa de bienes (véase la recomendación 91).

iii) Orden de prelación de las garantías reales sobre distintos bienes corporales que pasan a formar parte de un producto

120. Si las garantías reales sobre bienes corporales distintos que pasan a formar parte de un producto siguen gravando ese producto, se trata de determinar el valor relativo de las garantías que puede reclamar cada acreedor. Los Estados han adoptado muchos enfoques distintos para resolver esta cuestión, según la forma en que definen el alcance de los derechos de un acreedor garantizado sobre el producto. La *Guía* recomienda que se reconozca a los acreedores garantizados el derecho a repartirse el valor máximo total de sus

garantías reales sobre el producto, de forma proporcional al valor de los bienes gravados con sus respectivas garantías inmediatamente antes del proceso de su elaboración o de su incorporación al valor total de los componentes en ese momento (véase la recomendación 22). Utilizando el ejemplo de la tarta, si en el momento de mezclarse los bienes el valor del azúcar es 2 y el de la harina 5, en tanto que el valor de la tarta preparada es 8, los acreedores recibirán 2 y 5, respectivamente, pero ninguno de ellos recibirá más que la cuantía de su obligación garantizada. A la inversa, si en el momento de mezclarse los bienes el valor del azúcar es 2 y el de la harina 5, pero el valor de la tarta es 6, los acreedores recibirán $2/7$ y $5/7$ de 6, respectivamente. Cada acreedor sufrirá en esta situación una pérdida proporcional.

121. De ello se desprende que en este tipo de casos, cada acreedor puede reclamar la prelación de su crédito anterior a la elaboración del producto final sobre la parte que represente el valor del componente objeto de la garantía. Ello significa que si la cuantía de un crédito garantizado es inferior al valor del componente y existe otro crédito garantizado cuya cuantía es superior al valor de su componente, el segundo acreedor garantizado no podrá reclamar un derecho de prelación sobre el exceso de valor atribuible al bien gravado por la primera garantía real. Como se ha señalado en el párrafo 117 *supra*, para evitar estos límites muchos acreedores garantizados describen en los acuerdos de garantía los bienes gravados de forma que incluyan no sólo los componentes, sino también la masa o el producto que se elabora con esos componentes. Sin embargo, en los casos en que el acuerdo de garantía no abarca los bienes futuros, los Estados suelen adoptar la fórmula de la valoración relativa antes descrita para determinar cuáles son los derechos de los acreedores garantizados que tienen garantías reales sobre distintos componentes de una masa o de un producto. Tal es también el enfoque recomendado en la *Guía* (véase la recomendación 91).

iv) Orden de prelación entre una garantía real constituida originariamente sobre bienes corporales separados y una garantía real constituida sobre la masa de bienes o el producto

122. Otro tipo de conflicto que los ordenamientos tienen que resolver es el que se plantea entre las garantías reales sobre bienes corporales que pasan a formar parte de una masa de bienes o de un producto y las garantías reales constituidas sobre la propia masa o el producto. Por lo general, en sus regímenes, los Estados adoptan el criterio de que estos conflictos se rigen por las reglas ordinarias de prelación. Por ejemplo, si el acreedor garantizado A tiene una garantía real sobre una cantidad de azúcar y esta garantía se notificó al registro el 1.º de enero, y el acreedor garantizado B tiene una garantía real sobre las tartas actuales y futuras que se notificó al registro el 1.º de febrero, el acreedor garantizado A tendrá prelación, pero con la salvedad, enunciada en la recomendación 22, de que su garantía real se limitará al valor de los bienes inmediatamente antes de que entren a formar parte de la masa o del producto. A la inversa, si el acreedor garantizado A tiene una garantía real sobre una cantidad de azúcar y esta garantía se inscribió en el registro el 1.º de febrero, mientras que el acreedor garantizado B tiene una garantía real sobre las tartas presentes y futuras, inscrita en el registro el 1.º de enero, gozará de prelación el acreedor garantizado B.

123. Sin embargo, se hace una excepción a este principio si el acreedor garantizado que tiene una garantía sobre un componente es un financiador de adquisiciones (véase el capítulo IX, relativo a la financiación de adquisiciones). En esos casos, y de acuerdo con el

régimen general de la financiación de adquisiciones, los Estados suelen dar prelación a las garantías reales constituidas para financiar adquisiciones frente a todas las demás garantías sobre la masa de bienes o el producto que abarquen los bienes futuros. Para mantener la coherencia de un régimen que promueva la oferta de crédito para la financiación de la compra de bienes corporales, la *Guía* recomienda también adoptar este principio (véase la recomendación 92).

v) *Incidencia de la inflación en la aplicación de estos principios*

124. En las diversas situaciones examinadas en esta subsección, el valor de la garantía real sobre un bien que se mezcla para formar una masa o un producto queda limitado de tres maneras. En primer lugar, conforme a los principios generales del régimen de las operaciones garantizadas, no podrá reclamarse una cuantía superior a lo que se adeuda en virtud del acuerdo de crédito garantizado. En segundo lugar, no podrá reclamarse por un porcentaje del valor total del producto mezclado o de la masa de bienes mayor que sea superior al porcentaje que haya aportado el bien gravado al valor del producto o de la masa de bienes. Y en tercer lugar, no podrá reclamarse una cantidad superior al valor que tenía el bien gravado en el momento en que se incorporó a la masa o al producto. Sin embargo, existe una posible excepción a esta regla en caso de inflación. Por ejemplo, una garantía real sobre petróleo podrá aplicarse parcialmente para respaldar una obligación de 100.000 euros, y el valor del petróleo inmediatamente antes de la mezcla podrá ser de 80.000 euros, mientras que el porcentaje del bien gravado en el todo mezclado podrá ser de un 33 por ciento. Si el petróleo mezclado se vende gradualmente de manera que quede sólo el 50 por ciento de la cantidad total, conforme a los principios expuestos, el valor máximo de la garantía real sería del 50 por ciento de los 80.000 euros (es decir, 40.000 euros). Sin embargo, si entretanto el precio del petróleo se ha triplicado, el acreedor garantizado tendría derecho a reclamar todo valor superior que, a causa de la inflación, tuviera el petróleo, siempre que no superara el 33 por ciento del valor de todo el petróleo mezclado. Así pues, en este caso el valor máximo de la garantía real sería de 100.000 euros y no de 120.000 euros (40.000 euros por 3).

6. *Alcance e interpretación de las reglas de prelación*

a) *Intrascendencia del conocimiento de la existencia de la garantía real*

125. Una de las características fundamentales de un régimen moderno de las operaciones garantizadas es que, con independencia del método escogido para determinar la prelación, ésta se fijará remitiéndose a hechos objetivos (como la inscripción de una notificación, la posesión, un acuerdo de control o una anotación en el certificado de titularidad). Para que el sistema de prelación aporte certeza, estos hechos objetivos deben ser el único medio para determinar la prelación. Por eso, en la mayoría de los Estados que han modernizado su régimen de las garantías reales el orden de prelación de éstas, que se establece en función de, por ejemplo, la fecha de inscripción de una notificación en el registro o de la posesión del bien por el acreedor, se respeta aunque un acreedor posterior y otro acreedor concurrente hayan adquirido sus derechos conociendo la existencia de una garantía real que no estaba en aquel momento inscrita en el registro ni era oponible de otro modo a terceros.

126. La justificación de esta regla se basa en la premisa de que resulta con frecuencia difícil demostrar que una persona conocía un hecho concreto en un momento determinado.

Este hecho tiene especial incidencia si se trata de una sociedad u otra persona jurídica con numerosos empleados. Las reglas de prelación que dependen de un conocimiento subjetivo propician complicados procedimientos de solución de controversias, reduciendo de este modo la certeza sobre el rango de prelación de los acreedores garantizados, así como la eficacia y eficiencia del sistema. Aunque pueda parecer inapropiado reconocer la prelación de un acreedor que sabe que el otorgante ya ha constituido una garantía real, basar la prelación en el orden en que se produce un hecho públicamente verificable mediante el cual el acreedor hace oponibles a terceros sus derechos crea certidumbre en las relaciones entre los potenciales acreedores concurrentes. Esta consideración sirve de fundamento para la recomendación de la *Guía* de que se considere intrascendente el mero conocimiento de la existencia de una garantía real para determinar la prelación (véase la recomendación 93).

127. Dicho esto, es importante distinguir el mero conocimiento de la existencia de una garantía real del conocimiento de que una operación concreta infringe los derechos de un acreedor garantizado. Por ejemplo, el conocimiento por un comprador de la existencia de una garantía real inscrita o no inscrita en el registro no alterará el régimen de prelación establecido para las garantías reales de las que se ha inscrito una notificación en el registro sobre la base del hecho objetivo de la inscripción de una notificación. En cambio, si el comprador sabe también que el bien que adquiere se vende en contravención de las condiciones concretas de un acuerdo de garantía (por ejemplo, en contra de la prohibición de que el otorgante venda los bienes gravados), este hecho puede tener importantes consecuencias jurídicas (véase el párrafo 68 *supra*, acerca de la adquisición del título sobre el bien condicionada a las garantías reales existentes; véanse también las recomendaciones 81, 102 *b*), 105 y 106). Asimismo, toda venta fraudulenta podrá tener otras consecuencias jurídicas, además de las que prevea el régimen de las operaciones garantizadas.

b) *La autonomía contractual respecto de la prelación: subordinación*

128. Los regímenes de prelación de la mayoría de los Estados contienen normas que son aplicables salvo si las partes afectadas las han modificado expresamente. Dicho de otra manera, la mayoría de los ordenamientos prevén que el acreedor garantizado pueda en cualquier momento subordinar, por decisión unilateral o mediante acuerdo, su garantía real a la de un demandante concurrente, actual o futuro. Por ejemplo, el prestamista A, titular de una garantía real de máxima prelación sobre todos los bienes presentes y futuros del otorgante, puede acceder a que éste constituya una garantía real con prelación absoluta sobre determinado bien (como un elemento de un bien de equipo) a favor del prestamista B con el fin de aprovechar su valor para que el otorgante conceda al prestamista B financiación adicional basándose en el valor del bien. El reconocimiento de la validez de la subordinación de garantías reales refleja un principio bien arraigado (véase, por ejemplo, el artículo 25 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional). Habida cuenta del reconocimiento generalizado de la utilidad de los acuerdos de subordinación, la *Guía* recomienda que sean permitidos (véase la recomendación 94).

129. Sin embargo, la subordinación no puede afectar a los derechos de los demandantes concurrentes sin su consentimiento. Así, por ejemplo, un acuerdo de subordinación no puede influir negativamente en la prelación de un acreedor garantizado que no sea parte en el acuerdo. Ello significa que, si el régimen exige que los acreedores indiquen en la notificación inscrita en el registro el importe máximo por el que se haya otorgado la garantía real (véase la recomendación 57 *d*)), la subordinación se limitará al valor indicado de la

garantía real de mayor prelación. De este modo, por ejemplo, si el prestamista A ha limitado su garantía real a 100.000 euros, el prestamista B tiene una garantía de 50.000 euros y el prestamista C, de 200.000 euros, un acuerdo de subordinación del prestamista A en favor del prestamista C no puede dar lugar a que el prestamista C reclame un importe superior a 100.000 euros por prelación sobre la garantía del prestamista B.

130. La finalidad de un acuerdo de subordinación es permitir que los acreedores garantizados acuerden entre ellos el orden de prelación más eficiente entre sus derechos sobre los bienes gravados. Para obtener el máximo beneficio de este orden consensuado, es fundamental que la prelación concedida mediante un acuerdo de subordinación siga siendo aplicable en un procedimiento de insolvencia contra el otorgante. Algunos Estados prevén ya una disposición de este tipo en su régimen de la insolvencia. En otros Estados, puede ser necesario modificar el régimen de la insolvencia con objeto de facultar a los tribunales para ordenar la ejecución de un acuerdo de subordinación y a los representantes de la insolvencia para resolver conflictos de prelación entre partes en un acuerdo de subordinación sin incurrir en responsabilidad (véanse el capítulo XII, relativo a los efectos de la insolvencia en una garantía real, párrafo 63, y la recomendación 240).

131. La subordinación de las garantías reales y de otros derechos de propiedad sobre bienes gravados no significa la subordinación de los pagos previos al incumplimiento. Esta cuestión entra en el ámbito del derecho general de las obligaciones. Normalmente, antes del incumplimiento y mientras el otorgante siga devolviendo el préstamo u otros créditos recibidos, el acreedor garantizado no tiene derecho a hacer valer su garantía real y la prelación no constituye un problema. Así pues, mientras no se cometa un fraude o no haya acuerdo en contrario entre el otorgante y el acreedor garantizado, nada impide al primero efectuar pagos para satisfacer obligaciones respaldadas por garantías reales subordinadas.

c) *Efectos de la continuidad en la oponibilidad a terceros sobre la prelación*

132. En los ordenamientos en que la oponibilidad a terceros de una garantía real puede lograrse mediante más de un método (por ejemplo, automáticamente o por inscripción, posesión, control o anotación en un certificado de titularidad), se plantea la cuestión de si un acreedor garantizado que haya establecido inicialmente la prelación de su garantía real basándose en uno de esos métodos puede adoptar otro método sin perder la prelación original. Algunos Estados no permiten que los acreedores cambien el método por el que hayan logrado la oponibilidad a terceros. Por consiguiente, en estos ordenamientos un acreedor que haya hecho tal cambio no podrá conservar la prelación. Por ejemplo, si un acreedor inscribe una notificación en el registro general de garantías reales el día 1, obtiene la posesión del bien gravado el día 10 y cancela la inscripción el día 20, a partir de ese momento la fecha pertinente para determinar la prelación en esos ordenamientos será el día 10, y no el día 1.

133. En otros Estados se permite mantener la prelación incluso después de haberse cambiado el método para lograr la oponibilidad. El mantenimiento de la prelación dependerá de la forma en que se integren los distintos métodos para obtener la oponibilidad. En los ordenamientos que permiten cambiar el método para lograr la oponibilidad, regirá el principio de que una garantía real no perderá su prelación si no ha dejado en ningún momento de ser oponible a terceros. Por ejemplo, si una garantía real sobre un bien se hace oponible a terceros inicialmente mediante la posesión y si el acreedor garantizado inscribe posteriormente una notificación en el registro general de garantías reales y

devuelve la posesión al otorgante, la garantía real seguirá siendo oponible a terceros y la prelación se remontará al momento en que se obtuvo inicialmente la posesión (siempre que la inscripción preceda a la entrega de la posesión por el acreedor). No obstante, si el acreedor garantizado inscribe la notificación después de haber entregado la posesión del bien, la prelación de la garantía real sólo será válida a partir del momento en que el acreedor garantizado haya inscrito la notificación en el registro. Las reglas que establecen la continuidad de la prelación revisten especial importancia en los casos en que la oponibilidad a terceros se estableció inicialmente mediante la posesión, puesto que el otorgante no requería la utilización del bien gravado, aunque existen casos en que, en un momento posterior durante la vigencia del acuerdo de crédito, el otorgante necesita utilizar el bien en sus negocios y éste se le restituye. En consonancia con las recomendaciones de la *Guía* sobre la continuidad de la oponibilidad a terceros (véanse las recomendaciones 46 y 47), en la *Guía* se recomienda que, para aplicar las reglas de prelación temporal recomendadas en ella, se mantenga la prelación aunque cambie el método por el que se determine (véanse las recomendaciones 95 y 96).

134. Conviene señalar que la regla mencionada sólo se aplica a las situaciones en que se invoquen reglas temporales para determinar la prelación y no a aquellas en que se apliquen reglas no temporales. En este último caso, el cambio de método para lograr la oponibilidad a terceros influirá en la prelación de una garantía real incluso cuando no haya discontinuidad en esa oponibilidad. Por ejemplo, si el tenedor de un título negociable inscribe en el registro la notificación de una garantía real sobre ese título antes de entregar su posesión, esa inscripción no bastará para mantener la prelación especial que se deriva de la posesión del título. En caso de que un segundo acreedor garantizado inscriba una notificación antes de que el acreedor garantizado que entregue la posesión haya registrado la suya, el segundo tendrá prelación a causa de su inscripción anterior (véase la recomendación 101). Del mismo modo, si un acreedor garantizado que tenga el control de un derecho al cobro de fondos acreditados en una cuenta bancaria inscribe una notificación de su garantía real y acto seguido entrega el control, perderá la prelación especial derivada del control. Si otro acreedor garantizado ha inscrito una notificación en el registro general de garantías reales antes de asumir inicialmente el control, una vez entregado dicho control ese otro acreedor garantizado tendrá prelación a causa de su inscripción anterior (véase la recomendación 103).

d) *Alcance de la prelación: obligaciones condicionales y futuras*

135. En anteriores capítulos se abordó el hecho de que, en los regímenes modernos de las operaciones garantizadas, está permitido respaldar con una garantía real no sólo el cumplimiento de obligaciones existentes en el momento en que se constituyó dicha garantía, sino también el de obligaciones futuras y condicionales (véanse el capítulo I, sobre el ámbito de aplicación de la *Guía*, párrafo 12, y el capítulo II sobre la constitución de una garantía real, párrafos 41 y 42; véase también la recomendación 16). La mayoría de los ordenamientos establece que la garantía real inicial abarca la suma principal y los intereses que se hayan estipulado en el acuerdo, así como los honorarios y gastos que pueda suponer la reclamación del pago.

136. En cuanto a las situaciones en que los prestamistas otorgan en el futuro créditos suplementarios en virtud de acuerdos de crédito existentes (denominados en ocasiones “adelantos futuros”) y a aquellas en que se trata de obligaciones condicionales y futuras, los ordenamientos adoptan distintos criterios para su regulación. En algunos

ordenamientos se asigna la misma prelación a las garantías reales con las que se respalda el cumplimiento de obligaciones futuras y condicionales que la que las garantías reales tenían con respecto a la obligación garantizada original, siempre que las obligaciones condicionales y futuras sean determinables en cuanto a su tipo y cuantía. Por ejemplo, en el acuerdo cabe estipular expresamente que sólo estarán garantizadas las obligaciones futuras correspondientes a un crédito hasta un importe máximo de 100.000 euros. En otros regímenes, la garantía real puede hacerse extensiva a todas las obligaciones monetarias y no monetarias contraídas con el acreedor garantizado, independientemente del tipo de obligación y de su cuantía, siempre que ello se haga constar en el acuerdo. En esos ordenamientos, las garantías reales por las que se asegure el pago de obligaciones condicionales y futuras en virtud del acuerdo de garantía tendrán la misma prelación que la garantía real tiene con respecto a la obligación garantizada original.

137. La consecuencia práctica de este último enfoque es que un acreedor garantizado, al comprometerse a otorgar crédito, tendrá la seguridad de que la prelación de su garantía real será extensiva no sólo al crédito que conceda en el momento de celebrarse el acuerdo de garantía, sino también a: *a*) las obligaciones que nazcan posteriormente en virtud de lo estipulado en el acuerdo de garantía (por ejemplo, los adelantos futuros en virtud de un acuerdo de crédito renovable), y *b*) las obligaciones condicionales que se conviertan posteriormente en obligaciones efectivas cuando se cumple una condición (por ejemplo, las obligaciones que pasan a ser pagaderas al acreedor garantizado en virtud de una garantía). Por ejemplo, en caso de que exista un crédito renovable por el que el prestamista haya convenido el día 1 en adelantar fondos de vez en cuando al otorgante durante todo el año de vigencia del crédito, respaldados por la garantía real sobre los bienes del otorgante, la garantía real de todos los adelantos desembolsados tendrá la misma prelación, con independencia de que se hayan hecho el día 1, el día 35 o el día 265.

138. Cuando se trate de un crédito concedido para que el otorgante de la garantía real compre a plazos bienes corporales o servicios, este método implica que se considerará que todo ese crédito nació en el momento de celebrarse el contrato de compra de esos bienes corporales o servicios, y no por partes cada vez que se efectuara una entrega. Una justificación de este criterio es que resulta ser el más rentable, ya que libera al acreedor garantizado de la necesidad de determinar la prelación de cada crédito que conceda, lo que normalmente supone realizar nuevas consultas del registro para cerciorarse de que no hay nuevas inscripciones de acreedores, ejecutar otros acuerdos y realizar inscripciones del importe de cada adelanto desembolsado después de constituirse la garantía real. Como los gastos que suponen estos trámites suplementarios se traspasan sistemáticamente al otorgante de forma directa o se cobran incrementando los tipos de interés, su eliminación puede reducir el costo del crédito para el otorgante. Otra justificación de este enfoque estriba en que reduce al mínimo el riesgo para el otorgante de que la garantía real, por la que se respalde el pago del crédito otorgado posteriormente en virtud del acuerdo de garantía, quede sin efecto si el acreedor garantizado determina que esa garantía real no tendrá la misma prelación que la que tenía con respecto al desembolso inicial del crédito. Por estas razones, la *Guía* recomienda que se mantenga la prelación inicial de una garantía real que respalde una obligación actual para cualesquiera obligaciones futuras que pueda respaldar esa garantía real (véase la recomendación 97).

139. No obstante, todas estas reglas de prelación están sujetas a dos posibles limitaciones. La primera consiste en que, como se ha señalado, en algunos ordenamientos en que la prelación de una garantía real se hace extensiva a futuras obligaciones, esa prelación se limitará a la cuantía máxima consignada en la notificación inscrita en un registro público

respecto de la garantía real. Este enfoque se justifica por la posibilidad de promover la financiación subordinada al alentar a posibles acreedores subordinados a otorgar crédito basándose en el valor residual de los bienes gravados (por ejemplo, el valor de los bienes gravados que supere el importe máximo respaldado por la garantía real de mayor prelación que se indique en la notificación inscrita), siempre que el posible acreedor pueda cerciorarse de que existe un valor residual suficiente (véase la recomendación 98). En otros Estados no se sigue este criterio, pues se estima que puede llevar a los acreedores garantizados a inflar el importe indicado en la notificación inscrita y especificar una suma mayor que la prevista en el momento de celebrar el acuerdo de garantía a fin de poder hacer frente a la concesión, en el futuro, de créditos imprevistos (véase el capítulo IV, relativo al sistema de registro, párrafos 92 a 97; véase también la recomendación 57 d)).

140. En segundo lugar, la *Guía* reconoce que, en algunas circunstancias, el acreedor garantizado no debería poder reclamar la prelación de su garantía real con respecto a obligaciones futuras frente a otro acreedor que haya obtenido una sentencia o una orden judicial provisional contra el otorgante y haya adoptado medidas para ejecutar la sentencia respecto de los bienes gravados (véanse las recomendaciones 84 y 97).

e) *Aplicación de las reglas de prelación a una garantía real sobre bienes futuros*

141. Como ya se ha analizado detenidamente en el capítulo II, relativo a la constitución de una garantía real (véase el capítulo II, relativo a la constitución de una garantía real, párrafos 51 a 55), en algunos ordenamientos es posible constituir una garantía real sobre los bienes que el otorgante pueda adquirir en el futuro (como, por ejemplo, existencias) o que puedan surgir en el futuro (como créditos por cobrar o productos que se fabricarán en el futuro). Los bienes de la primera categoría se denominan en ocasiones “bienes adquiridos ulteriormente”, y los de la segunda, “bienes futuros”. En la *Guía*, el concepto de “bienes futuros” se utiliza para referirse a ambas categorías de bienes. En los Estados cuyo régimen permite constituir garantías reales sobre bienes futuros, asumiendo que la descripción de esos bienes basta para identificarlos, la garantía real sobre ellos nacerá automáticamente en ese momento, sin que se requiera ningún otro trámite en el momento en que esos bienes surjan o sean adquiridos por el otorgante. Gracias a ello se reducen al mínimo los gastos de constitución de la garantía real y se satisfacen las expectativas de las partes. Ello resulta especialmente importante en el caso de las existencias que una empresa adquiera continuamente para revender, así como de los créditos por cobrar que se van cobrando y que nacen constantemente y del equipo que la empresa del otorgante renueva periódicamente en el curso ordinario de sus negocios.

142. El reconocimiento de la constitución automática de una garantía real sobre bienes futuros plantea la cuestión de si la prelación de tal garantía surte efecto a partir de la fecha en que se inscriba la garantía o pase a ser oponible a terceros, o desde el momento en que nazcan los bienes o el otorgante los adquiera. En los distintos ordenamientos esta cuestión se resuelve de diversas maneras. En algunos de ellos se hace una distinción en función del tipo de acreedor concurrente que aspire a la prelación. En esos ordenamientos la prelación se determina, frente a los demás acreedores con garantías reales contractuales, por la fecha de inscripción u oponibilidad de la garantía real y, frente a los demás acreedores concurrentes, por la fecha en que nazca el bien o en que éste sea adquirido por el otorgante. En otros ordenamientos, la prelación de una garantía real sobre todos los bienes futuros frente a los demás acreedores concurrentes se determina por la fecha en que se haya establecido inicialmente esa prelación.

143. En general se reconoce que el segundo de estos criterios es el más útil y eficaz para promover la oferta de crédito garantizado. De este modo, los regímenes modernos de las operaciones garantizadas especifican normalmente que, en tales casos, la prelación de una garantía real será extensiva a todos los bienes gravados que se incluyeron en la notificación inscrita, con independencia de que existan o sean adquiridos por el otorgante antes del momento de la inscripción, en dicho momento o posteriormente. Éste es el enfoque adoptado en la *Guía* (véase la recomendación 99).

f) *Aplicación de las reglas de prelación a una garantía real sobre el producto*

144. Si el acreedor tiene una garantía real sobre el producto, habrá que dirimir la cuestión del grado de prelación de que gozará esa garantía frente a los derechos de los acreedores concurrentes. Entre los acreedores que compitan por el producto figurarán normalmente acreedores que tengan garantías reales sobre el producto, como producto de otros bienes, y acreedores que tengan garantías reales sobre el producto, como bienes originariamente gravados (los bienes que constituyen el producto para un acreedor garantizado pueden constituir bienes originariamente gravados para otro acreedor garantizado).

145. Por ejemplo, el acreedor A puede tener una garantía real sobre todos los créditos por cobrar del otorgante en virtud de su garantía real sobre todas las existencias presentes y futuras de ese otorgante y sobre el producto de la venta o de cualquier otro acto de enajenación de tales existencias; el acreedor B puede tener una garantía real sobre todos los créditos por cobrar presentes y futuros del otorgante como bienes originariamente gravados. Si el otorgante vende posteriormente a un comprador que dispone de crédito las existencias constituidas en garantía del acreedor A, ambos acreedores gozarán de una garantía real sobre los créditos por cobrar nacidos de dicha venta: el acreedor A tendrá una garantía real sobre los créditos por cobrar a título de producto de la venta de las existencias gravadas, y el acreedor B tendrá una garantía real sobre los créditos por cobrar como bienes originariamente gravados.

146. En los ordenamientos que reconocen las garantías reales sobre el producto, las reglas de prelación pueden variar en función del tipo de acreedores concurrentes y del tipo de bienes que dieron origen al producto. En los conflictos de prelación entre titulares de garantías reales concurrentes, el orden de prelación de las garantías reales sobre el producto de los bienes originariamente gravados podrá deducirse de las reglas de prelación aplicables a las garantías sobre los bienes originariamente gravados. Así pues, el momento en que una garantía real sobre un bien gravado se haga oponible a terceros o se inscriba en el registro general de garantías reales será también el momento en que sea oponible a terceros o en que se inscriba, respectivamente, la garantía real sobre el producto de la venta de esos bienes gravados.

147. En el caso de una concurrencia entre garantías reales sobre los bienes a título de producto y garantías reales sobre esos bienes como bienes originariamente gravados, en algunos regímenes distinguen entre el producto en forma de créditos por cobrar y el producto en forma de bienes corporales. En estos Estados se hace también normalmente una distinción entre el producto derivado de la venta de existencias y el producto dimanante de la venta de bienes de equipo. En virtud de la regla general, una garantía real sobre créditos por cobrar generados por la venta de existencias como bienes originariamente gravados tendrá prelación sobre una garantía real sobre esos créditos por cobrar como producto de la venta de existencias, prescindiendo de las fechas respectivas en que sus garantías reales se hicieron oponibles a terceros.

148. En otros ordenamientos no se hacen distinciones basadas en la forma del producto ni en la naturaleza de los bienes. Se sigue la regla de que la primera garantía real sobre bienes concretos que se inscriba en un registro gozará de prelación sobre las garantías de los acreedores concurrentes. Por ejemplo, si la fecha de inscripción en el registro de la garantía real sobre los bienes cuya venta haya generado el producto es anterior a la de la inscripción en el registro de la garantía real sobre el producto como bien originariamente gravado, tendrá prelación, incluso con respecto al producto, la garantía real sobre los bienes que hayan dado origen a ese producto. En cambio, si se inscribió una notificación de la garantía sobre el producto como bien originariamente gravado antes de que el acreedor concurrente hubiera inscrito su garantía con respecto a los bienes que dieron origen al producto, la prelación corresponderá a la garantía real sobre el producto como bien originariamente gravado. Éste es el criterio recomendado en la *Guía* (véase la recomendación 100).

149. En los casos en que el orden de inscripción en el registro general de garantías reales no determine el orden de prelación de las garantías concurrentes sobre los bienes originariamente gravados (como ocurriría, por ejemplo, con las garantías reales para financiar adquisiciones, que gozan de una prelación especial), habrá que determinar en función del caso la regla de prelación aplicable al producto (véase el capítulo IX, sobre la financiación de adquisiciones, párrafos 158 a 172; véanse también las recomendaciones 185, 198 y 199). También sería necesario determinar dicha regla por separado si las reglas de prelación correspondientes a determinados tipos de bienes o a algunos métodos para lograr la oponibilidad a terceros se desvían del enfoque temporal. Por ejemplo, la *Guía* indica que toda garantía real sobre un bien sujeto a inscripción en un registro especial que se inscriba en dicho registro tendrá prelación sobre otra garantía real que se haya inscrito antes en el registro general de garantías reales (véase la recomendación 77). Sin embargo, esta prelación especial se refiere únicamente a los bienes originariamente gravados, y no al producto, salvo si éste también estuviera sujeto a inscripción en el registro especial. Esta situación podría darse, por ejemplo, si parte del producto de la enajenación de un automóvil consistiera en otro automóvil recibido a cambio. A la inversa, si el producto consistiera en créditos por cobrar, se aplicarían las reglas de prelación ordinarias previstas para los créditos por cobrar (es decir, las que dan prelación al primero en inscribirse en el registro general de garantías reales).

150. En todas las situaciones que se examinarán a continuación en la sección B, es importante señalar que la prelación especial se refiere únicamente al bien específico (al título negociable, a un derecho al cobro de fondos acreditados en una cuenta bancaria o al derecho a recibir el producto de una promesa independiente). En todos estos casos, si el producto se genera de la misma forma que los bienes originariamente gravados, seguirían aplicándose las reglas de prelación especiales; pero si el producto adquiere una forma diferente, la prelación de los derechos concurrentes se determinará según las reglas aplicables al tipo de bien que constituya el producto.

B. Observaciones específicamente relacionadas con los bienes

151. En los párrafos anteriores se han analizado los conflictos de prelación que se plantean generalmente con respecto a los bienes corporales. El principio de “prelación basada en la fecha de inscripción” es un punto de partida eficaz para determinar la prelación.

152. Sin embargo, como se ha indicado, en ciertos casos convendría ajustar este principio. Algunos de los ajustes afectan a otros acreedores garantizados (por ejemplo, a los titulares de garantías reales sobre bienes incorporados o sobre masas de productos o productos elaborados). Otros afectan a los acreedores concurrentes que no estén respaldados por una garantía (por ejemplo, los cesionarios, arrendatarios y licenciatarios y los representantes de la insolvencia).

153. Además de los ajustes citados para tener en cuenta la diversidad de las obligaciones respaldadas por garantías y la diversidad de los acreedores concurrentes, los regímenes modernos de las operaciones garantizadas prevén también varias reglas de prelación especiales que afectan a tipos de bienes particulares y que se derivan de los métodos concretos que pueden utilizarse para lograr la oponibilidad a terceros de las garantías sobre dichos tipos de bienes. En esta sección se examinan las cuestiones de prelación que plantean estos tipos de bienes.

1. Orden de prelación de una garantía real sobre un título negociable

154. En muchos ordenamientos se han adoptado reglas de prelación especiales para regir las garantías reales sobre títulos negociables, como los cheques, las letras de cambio y los pagarés. Esas reglas reflejan la importancia que se da al concepto de negociabilidad en esos Estados.

155. Como ya se ha examinado (véase el capítulo III, sobre la oponibilidad de una garantía real a terceros, párrafos 47 a 51), en muchos ordenamientos las garantías reales sobre títulos negociables se pueden hacer oponibles mediante su inscripción en el registro general de garantías reales o mediante el traspaso de la posesión del título (véase la recomendación 37). En esos Estados, es frecuente que la garantía real que adquiera su oponibilidad mediante el traspaso de la posesión del título tenga prelación sobre la garantía real que se haga oponible mediante la inscripción, independientemente del momento en que ésta se efectúe. El fundamento de esta regla radica en que resuelve el conflicto de prelación manteniendo intacta la negociabilidad de los títulos negociables. Para mantener la coherencia de la legislación que rija los títulos negociables, la *Guía* recomienda que se adopte este principio de prelación (véase la recomendación 101).

156. Por la misma razón, esos ordenamientos a menudo dan prelación a un comprador o a otro cesionario (de una operación contractual), si esa persona cumple los requisitos de tenedor protegido del título con arreglo a la legislación que rija los títulos negociables, o bien toma posesión del título y da una contrapartida a título oneroso, de buena fe y sin tener conocimiento de que la transferencia viola los derechos del acreedor garantizado. A ese respecto, conviene señalar que el conocimiento de la existencia de una garantía real por parte de un cesionario de un título no significa de por sí que el cesionario no haya actuado de buena fe. Para ello, es preciso que el comprador sepa que la transmisión libre de garantías reales del bien está prohibida por el acuerdo de constitución de la garantía. También en este caso la *Guía* adopta una regla de prelación que respeta los principios antes expuestos del régimen de los títulos negociables (véase la recomendación 102).

2. Orden de prelación de una garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria

157. Normalmente un régimen de prelación amplio aborda una serie de conflictos de prelación, concretamente los relativos a las garantías reales sobre los derechos al cobro de

fondos acreditados en una cuenta bancaria. En algunos ordenamientos se considera que el derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria es equiparable a un crédito por cobrar. En estos ordenamientos no se prevé ninguna norma especial que rijan la constitución o la oponibilidad de las garantías reales sobre un derecho al pago. En cambio, en otros ordenamientos, la oponibilidad se puede lograr también mediante el control. En estos casos, los ordenamientos han de determinar también las consecuencias que tendrá para la prelación el hecho de que la oponibilidad se haya logrado por ese método. Pueden plantearse varios tipos de conflictos de prelación.

158. Uno de los tipos de conflictos de prelación es el que se da entre una garantía real que sea oponible a terceros mediante el control del bien gravado y otra que lo sea por un método diferente. En tal situación, en muchos de los ordenamientos que han incorporado el concepto de control goza de prelación la garantía real que se hace oponible en virtud de este control, puesto que así se facilitan las operaciones financieras que se basan en el derecho al cobro de fondos acreditados en una cuenta bancaria, y los acreedores garantizados no tienen necesidad de consultar el registro general de garantías reales. Ése es también el criterio adoptado en la *Guía* (véase la recomendación 103, primera frase).

159. Un segundo tipo de conflicto de prelación es el que se da entre dos garantías reales, cada una de las cuales haya pasado a ser oponible mediante el control del bien gravado. En tal caso, la solución lógica, que normalmente adoptan los Estados que reconocen los acuerdos de control, consiste en dar prelación a la garantía real que primero se haya hecho oponible mediante ese control (es decir, en el orden en que se celebraron los respectivos acuerdos de control). En la práctica, este tipo de conflicto no se presenta a menudo, ya que es poco probable que un banco depositario concierte a sabiendas más de un acuerdo de control respecto de la misma cuenta bancaria cuando no exista entre ambos acreedores garantizados un acuerdo sobre la forma en que se determinará la prelación. No obstante, el conflicto es teóricamente posible y en la *Guía* se opta, por consiguiente, por recomendar que en estos casos se aplique el principio normal de “prelación basada en la fecha de inscripción” (véase la recomendación 103, segunda frase).

160. Un tercer tipo de conflicto de prelación se produce cuando uno de los acreedores garantizados es el propio banco depositario. En tal situación, hay razones de peso para dar prelación al banco depositario, debido a que, en cualquier caso, el banco depositario tenderá a ganar en tales situaciones en razón del derecho de compensación que normalmente le corresponde en virtud de legislación distinta del régimen de las operaciones garantizadas (salvo si ha renunciado expresamente a él) y, por tanto, una regla de prelación que favorezca al banco en esas circunstancias permitirá que el conflicto se resuelva en el ámbito del régimen de prelación sin necesidad de recurrir a otras disposiciones. En la *Guía* se recomienda la adopción de este principio (véase la recomendación 103, tercera frase).

161. Los ordenamientos que aplican esta regla especial de prelación prevén con frecuencia una excepción en caso de que el conflicto de prelación se dé entre el banco depositario y un acreedor garantizado que obtenga el control de la cuenta bancaria al convertirse en cliente del banco depositario, y esos ordenamientos adoptan en general una regla que da prelación al cliente. Ese criterio se basa en que, al aceptar al acreedor garantizado concurrente como su cliente, se debe considerar que el banco depositario traspasa su derecho al acuerdo de depósito que celebra con dicho cliente. Asimismo, el banco depositario perdería a menudo su derecho de compensación en tales situaciones porque no habría reciprocidad entre el banco depositario y el otorgante, ni por tanto derecho de

compensación, dado que la cuenta bancaria no figura a nombre del otorgante (véase la recomendación 103, tercera frase).

162. Un cuarto tipo de conflicto es el que se da entre la garantía real sobre un derecho al cobro de fondos acreditados en una cuenta bancaria y los derechos de compensación que el banco depositario pueda tener frente al otorgante-cliente. Para no debilitar la relación entre el banco y el cliente, las disposiciones legales sobre compensación generalmente dan prelación a los derechos de compensación del banco depositario. En algunos ordenamientos se ha incorporado expresamente al régimen de las operaciones garantizadas este concepto de prelación. Ésta es también la posición recomendada por la *Guía* (véase la recomendación 104).

163. El quinto tipo de conflicto de prelación es el que puede plantearse entre una garantía real sobre el derecho al cobro de fondos acreditados en una cuenta bancaria y el derecho del beneficiario de una transferencia de fondos de la cuenta bancaria iniciada por el otorgante. La expresión “transferencia de fondos” tiene la finalidad de abarcar diversos tipos de transferencia, inclusive los cheques y los medios electrónicos. En esas situaciones, existen razones de mucho peso de quienes propugnan la libre negociabilidad de fondos que aconsejan la adopción de una regla que dé prelación al beneficiario de la transferencia, siempre que éste no sepa que esa transferencia infringe los derechos que el acuerdo de garantía confiere al acreedor garantizado. Por otra parte, si el beneficiario de la transferencia sabe que la transferencia viola el acuerdo de garantía, aceptará los fondos con el gravamen de la garantía real. Ésta es la recomendación de la *Guía*, sujeta a la advertencia de que con ella no se pretende influir negativamente en los derechos que tengan los beneficiarios de transferencias de fondos de cuentas bancarias en virtud de reglas de derecho distintas del régimen de las operaciones garantizadas (véase la recomendación 105).

3. *Orden de prelación de una garantía real sobre una suma monetaria*

164. Para lograr la máxima negociabilidad del dinero, en muchos Estados se permite que el beneficiario de una transferencia de una suma monetaria disponga de ella sin estar sujeto a las reclamaciones de otras personas, inclusive de los titulares de garantías reales sobre dicha suma. Como en el caso de los beneficiarios de transferencias de fondos de una cuenta bancaria, la única excepción a esta regla de prelación se da cuando el beneficiario sabe que la transferencia de la suma monetaria viola el acuerdo de garantía entre el titular de la cuenta y el acreedor garantizado (por ejemplo, si el beneficiario ha entrado en colusión con el titular de la cuenta bancaria para privar al acreedor garantizado de sus derechos). Como en otras situaciones similares en que se produce una transferencia de fondos de una cuenta bancaria, el mero conocimiento de la existencia de la garantía real no deja sin efecto los derechos del beneficiario de la transferencia. Una vez más, de acuerdo con la práctica generalmente aceptada con respecto al dinero, la *Guía* recomienda que se adopte este principio de prelación (véase la recomendación 106).

4. *Orden de prelación de una garantía real sobre el producto de una promesa independiente*

165. El régimen de las promesas independientes se ha desarrollado en gran medida a través de las prácticas del sector que opera con cartas de crédito y garantías bancarias. Como ya se ha indicado (véase el capítulo III, relativo a la oponibilidad de una garantía

real a terceros, párrafos 149 a 153), una garantía real sobre un derecho a cobrar el producto de una promesa independiente sólo puede hacerse oponible a terceros mediante el control. Como en este contexto el método habitual para lograr el control es obteniendo una aceptación, en el caso de varios posibles pagadores (por ejemplo, el garante-emisor, el confirmante y varias personas designadas), el control sólo se logrará frente a cada uno de los garantes-emisores, confirmantes o personas designadas que hayan dado su aceptación. Por ello, la regla de prelación se centra normalmente en la persona que sea el pagador.

166. Normalmente, en el caso supuesto poco frecuente de que se planteara un conflicto de prelación entre el titular de una garantía real sobre un derecho a percibir el producto de una promesa independiente que se haya hecho oponible a terceros mediante el control y una garantía real que se haya hecho oponible a terceros porque garantiza el pago de un crédito por cobrar, un título negociable u otro bien inmaterial, la primera tendrá prelación (véanse las recomendaciones 48 y 107). Como en el caso de las cuentas bancarias, esta regla se basa en la necesidad de facilitar las operaciones que afecten a promesas independientes liberando a las partes de la necesidad de consultar el registro general de garantías reales para comprobar si el crédito por cobrar respaldado por la promesa independiente está sujeto a otra garantía real, promoviéndose de este modo la confianza en las promesas independientes. A efectos prácticos, este tipo concreto de conflicto de prelación es bastante raro, ya que en la mayoría de los casos el beneficiario del crédito por cobrar lo será también de la promesa independiente. En cualquier caso, de acuerdo con el principio general de prelación basada en la fecha de inscripción, entre dos garantías reales que se hayan hecho oponibles a terceros a través de un control establecido mediante la aceptación, la prelación corresponde a la primera garantía real que sea aceptada por el pagador. Esta conclusión obedece en gran medida a la práctica, pues se trata de una regla especial necesaria para mantener bajos los gastos de las promesas independientes. Como estas promesas constituyen una rama muy especializada del derecho mercantil, que se ha desarrollado principalmente a través de la práctica, la *Guía* recomienda que las reglas de prelación que se adopten se atengan a estos principios (véase la recomendación 107).

5. *Orden de prelación de una garantía real sobre un documento negociable o un bien corporal que sea objeto de un documento negociable*

167. Los regímenes modernos de las operaciones garantizadas suelen prever normas que regulan por lo menos dos conflictos de prelación relacionados con los documentos negociables (como los resguardos de almacén o los conocimientos de embarque negociables). El primero es el conflicto entre el titular de una garantía real sobre un documento negociable o sobre los bienes corporales abarcados por éste, por una parte, y la persona con la que se haya negociado debidamente el documento, por otra. A fin de preservar la negociabilidad de estos documentos a través del régimen de las operaciones no garantizadas, en la mayoría de los ordenamientos se prevé que la garantía real sobre el documento negociable y sobre los bienes corporales que sean objeto de éste se subordinará a los derechos de rango superior que haya adquirido el cesionario del documento en virtud del régimen de los documentos negociables. Por la misma razón, ése es el criterio recomendado en la *Guía* (véase la recomendación 108).

168. El segundo tipo de conflicto puede darse entre el titular de una garantía real sobre los bienes corporales objeto del documento negociable que se derive de la garantía real sobre el propio documento negociable, y el titular de una garantía real sobre esos mismos bienes que se derive de otra operación (por ejemplo, la constitución de una garantía real

directa sobre los bienes). Este tipo de conflicto se puede plantear si la garantía real directa sobre los bienes corporales se hizo oponible a terceros mientras esos bienes estaban sujetos al documento negociable, o si la garantía real directa sobre los bienes corporales se hizo oponible a terceros antes de que dichos bienes quedaran sujetos al documento negociable. En ambos casos, la prelación se suele atribuir a la garantía real sobre el documento negociable. Esta regla de prelación promueve la fiabilidad de los documentos negociables como instrumento comercial, especialmente en lo que respecta a los conocimientos de embarque emitidos en el marco de ventas internacionales. Por tanto, ése es el enfoque recomendado en la *Guía* (véase la recomendación 109).

169. Sin embargo, cabe establecer una excepción a esta regla en el caso concreto de los bienes corporales que son objeto del documento negociable y que no sean existencias. Los acreedores normalmente esperan que las existencias se expidan y que se emita un conocimiento de embarque o un resguardo de almacén y, por consiguiente, pueden prever que durante un breve período los bienes directamente gravados por su garantía real estarán abarcados por ese resguardo de almacén o conocimiento de embarque. En cambio, esto no es habitual, por ejemplo, si se trata de bienes de equipo. Por tanto, la regla que atribuye prelación absoluta a una garantía real sobre documentos negociables tiene menos importancia en el caso de los bienes que no sean existencias, y es posible que se justifique una excepción. Así pues, la regla es inaplicable si los bienes corporales no son existencias y si la garantía real directa (es decir, la garantía real del acreedor garantizado que no esté en posesión del documento negociable) se hizo oponible a terceros antes de: *a*) el momento en que el bien quedó cubierto por el documento negociable, o, de ser anterior, *b*) el momento en que el otorgante de la garantía real y el acreedor garantizado en posesión del documento negociable llegaron al acuerdo de que el bien quedara sujeto al documento negociable, siempre que lo fuera durante un breve período especificado (de, por ejemplo, 30 días) a partir de la fecha del acuerdo. En este caso concreto, se aplicaría la regla normal de prelación basada en la fecha de inscripción y tendría prelación el primer acreedor que hiciera oponible a terceros su garantía sobre los bienes corporales (ya sea directamente o a través de la constitución de una garantía real sobre un documento negociable en el que consten esos bienes). Esta excepción brinda cierta protección a los titulares de garantías reales sobre bienes corporales que no sean existencias en caso de que el otorgante, sin notificarlo a esos titulares y sin su autorización, haga que los bienes queden abarcados por un documento negociable. Por estos motivos, la *Guía* recomienda también que se adopte esta excepción (véase la recomendación 109, segunda frase).

C. Recomendaciones 76 a 109

Finalidad

Las disposiciones del régimen en materia de prelación de una garantía real tienen por objeto:

- a*) Prever reglas para determinar la prelación de una garantía real respecto de los derechos de acreedores concurrentes de manera previsible, equitativa y eficiente; y
- b*) Facilitar las operaciones que dejen al otorgante margen para constituir más de una garantía real sobre el mismo bien, aprovechando así todo el valor que tengan sus bienes para obtener crédito.

1. Recomendaciones generales

Orden de prelación entre garantías reales constituidas por el mismo otorgante sobre los mismos bienes gravados

76. El régimen debería disponer que la prelación entre garantías reales concurrentes constituidas por el mismo otorgante sobre los mismos bienes gravados se determinará de la manera siguiente:

a) Entre garantías reales oponibles a terceros por inscripción de una notificación, la prelación estará determinada por el orden temporal de su inscripción, cualquiera que sea la fecha de constitución de la garantía real;

b) Entre garantías reales oponibles a terceros por algún otro método que no sea su inscripción, la prelación será determinada por el orden temporal de su oponibilidad a terceros; y

c) Entre una garantía real que se haya hecho oponible a terceros por inscripción y una garantía real oponible a terceros por algún otro método, la prelación será determinada (cualquiera que sea la fecha de constitución) por el orden temporal de su inscripción o por la fecha de su oponibilidad a terceros, de ser ésta anterior.

Esta recomendación está sujeta a las reglas previstas en las recomendaciones 77, 78 y 87 a 109, y en las recomendaciones 178 a 185 (capítulo IX, relativo a la financiación de adquisiciones, opción A: enfoque unitario).

Orden de prelación de una garantía real inscrita en un registro especial o anotada en un certificado de titularidad

77. El régimen debería disponer que la garantía constituida sobre un bien que pase a ser oponible a terceros por inscripción en un registro especial o por anotación en un certificado de titularidad, conforme a lo previsto en la recomendación 38 (capítulo III, relativo a la oponibilidad de una garantía real), gozará de prelación sobre:

a) Toda garantía real sobre el mismo bien que haya sido inscrita en un registro general de las garantías reales o que se haya hecho oponible a terceros por algún método que no sea la inscripción en un registro especial o la anotación en un certificado de titularidad, cualquiera que sea la fecha de su oponibilidad; y

b) Toda garantía real constituida sobre un mismo bien que sea subsiguientemente inscrita en el registro especial o anotada en un certificado de titularidad.

78. El régimen debería disponer que, si el bien gravado por una garantía real es transferido, arrendado o licenciado y, en el momento de la transferencia, del arrendamiento o de la concesión de la licencia, la garantía real es oponible a terceros por inscripción en un registro especial o por anotación en un certificado de titularidad, conforme a lo previsto en la recomendación 38 (capítulo III, relativo a la oponibilidad a terceros de una garantía real), el cesionario, el arrendatario o el licenciatario del bien gravado adquirirá dicho bien sujeto a la garantía real, a reserva de lo previsto en las recomendaciones 80 a 82. Ahora bien, si dicha garantía real no se hizo oponible a terceros por inscripción en un registro especial o por anotación en un certificado de titularidad, el cesionario, el arrendatario o el licenciatario adquirirán sus derechos libres de dicho gravamen.

Orden de prelación de los derechos del cesionario, del arrendatario o del licenciatario de un bien gravado

79. El régimen debería disponer que, si se transfiere, arrienda o licencia un bien gravado y una garantía sobre ese bien es oponible a terceros en el momento de efectuarse la transferencia, el arrendamiento o el otorgamiento de la licencia, el cesionario, el arrendatario o el licenciatario adquirirá sus derechos sujetos a la garantía real sobre dicho bien, a reserva de lo dispuesto en las recomendaciones 78 y 80 a 82.

80. El régimen debería disponer que:

a) Un bien gravado dejará de estarlo si el otorgante lo vendió o dispuso de él de algún otro modo, con la autorización del acreedor garantizado de que dicha venta u otro acto de disposición del bien gravado podía efectuarse libre de todo gravamen; y

b) Los derechos que adquiera el arrendatario o el licenciatario de un bien gravado no se verán afectados por una garantía real si el acreedor garantizado autorizó al otorgante para arrendar u otorgar una licencia sobre ese bien libre de todo gravamen.

81. El régimen debería disponer que:

a) Un comprador de bienes corporales (distintos de los títulos negociables o los documentos negociables) vendidos en el curso ordinario de los negocios del vendedor, sin que dicho comprador tenga conocimiento de que esa venta se hace en violación de los derechos de un acreedor garantizado a raíz de un acuerdo de garantía, adquirirá los bienes libres de todo gravamen;

b) Los derechos del arrendatario de un bien corporal (distintos de los títulos negociables o de los documentos negociables) arrendado en el curso ordinario de los negocios del arrendador, sin que el arrendatario tenga conocimiento de que ese arrendamiento se hace en violación de algún derecho de un acreedor garantizado a raíz de un acuerdo de garantía, no se verán afectados por la garantía real sobre el bien; y

c) Los derechos del licenciatario de una licencia no exclusiva de bienes inmateriales licenciados en el curso ordinario de los negocios del licenciante, sin que el licenciatario tenga conocimiento de que esa licencia se otorga en violación de algún derecho de un acreedor garantizado a raíz de un acuerdo de garantía, no se verán afectados por la garantía real sobre el bien.

82. El régimen debería disponer que cuando un cesionario adquiera un derecho sobre un bien gravado libre de todo gravamen, toda persona que adquiera de él un derecho sobre dicho bien, lo adquirirá también libre de todo gravamen. Cuando los derechos de un arrendatario o de un licenciatario no se vean afectados por una garantía real, los derechos de todo subarrendatario o de todo sublicenciatario no se verán tampoco afectados por dicha garantía real.

Orden de prelación de los créditos privilegiados

83. El régimen debería prever que se limiten tanto el tipo como el monto de los créditos privilegiados nacidos por imperio de la ley que gocen de prelación sobre las garantías reales y que, en la medida en que existan dichos créditos, sean descritos en el régimen en términos a la vez claros y concisos.

Orden de prelación de los derechos de los acreedores judiciales

84. El régimen debería prever que una garantía real gozará de prelación frente a los derechos de un acreedor ordinario, salvo que el acreedor ordinario haya obtenido, con arreglo a la ley, una sentencia o una medida cautelar contra el otorgante y haya adoptado toda medida requerida para adquirir derechos sobre el bien gravado a raíz de dicha sentencia o medida cautelar, antes de que la garantía real fuera oponible a terceros. La prelación de la garantía real será también aplicable al crédito otorgado por el acreedor garantizado:

a) Antes de la expiración de un plazo de [un breve plazo que se indicará] días antes de que el acreedor ordinario hubiera dado aviso de que había adoptado las medidas necesarias para adquirir derechos sobre el bien gravado; o

b) A raíz de un compromiso irrevocable, contraído por el acreedor garantizado, de otorgar crédito (por una cuantía fija o por una cuantía que se haya de fijar con arreglo a una fórmula prescrita), siempre que dicho compromiso haya sido asumido por el acreedor garantizado antes de que el acreedor ordinario le diera aviso de que había adoptado las medidas necesarias para adquirir derechos sobre el bien gravado.

Esta recomendación está sujeta a la excepción prevista en la recomendación 183 (capítulo IX, relativo a la financiación de adquisiciones, opción A: enfoque unitario).

Orden de prelación de los derechos de personas que presten algún servicio con respecto al bien gravado

85. El régimen debería disponer que si la ley aplicable al margen del presente régimen confiere un derecho equivalente a una garantía real al acreedor que haya prestado servicios respecto de un bien gravado (por ejemplo, reparándolo, almacenándolo o transportándolo), esos derechos estarán limitados al bien que esté en posesión de ese acreedor hasta un valor razonable de los servicios prestados y gozarán de prelación sobre toda garantía real sobre el bien que haya pasado a ser oponible a terceros por alguno de los métodos mencionados en las recomendaciones 32 ó 34 (capítulo III, relativo a la oponibilidad a terceros de una garantía real).

Orden de prelación de todo derecho reivindicatorio reconocido al proveedor

86. El régimen debería disponer que si la ley por lo demás aplicable reconoce al proveedor de bienes corporales un derecho reivindicatorio sobre los mismos, ese derecho estará subordinado a toda garantía real que se haya hecho oponible a terceros antes de que el proveedor lo ejerciera.

Orden de prelación de una garantía real sobre un bien incorporado fijo de un inmueble

87. El régimen debería disponer que una garantía real o cualquier otro derecho (como pudiera ser el derecho de un comprador o arrendatario) sobre un bien incorporado fijo de un inmueble que haya sido creado y hecho oponible a terceros con arreglo al régimen de la propiedad inmobiliaria, conforme a lo previsto en las recomendaciones 21 (capítulo II, relativo a la constitución de una garantía real) y 43 (capítulo III, relativo a la oponibilidad a terceros de una garantía real), gozará de prelación frente a una garantía real sobre dicho bien incorporado que se haya hecho oponible a terceros por alguno de los métodos mencionados en las recomendaciones 32 ó 34 (capítulo III, relativo a la oponibilidad a terceros de una garantía real).

88. El régimen debería disponer que una garantía real sobre un bien corporal que sea un bien incorporado fijo de un inmueble al hacerse oponible la garantía a terceros o que haya pasado a ser un bien incorporado fijo de un inmueble subsiguientemente y se haya hecho oponible a terceros por inscripción en el registro de la propiedad inmobiliaria, conforme a lo previsto en la recomendación 43 (capítulo III, relativo a la oponibilidad a terceros de una garantía real), gozará de prelación frente a toda garantía real o cualquier otro derecho (como pudiera ser el derecho de un comprador o de un arrendatario) sobre el bien inmueble conexo que sea inscrito posteriormente en dicho registro.

Orden de prelación de una garantía real sobre un bien incorporado a bienes muebles

89. El régimen debería disponer que una garantía real o cualquier otro derecho (como pudiera ser el derecho de un comprador o de un arrendatario) sobre un bien incorporado a un bien mueble que se haga oponible a terceros por inscripción en un registro especial o por anotación en un certificado de titularidad con arreglo a la recomendación 42 (capítulo III, relativo a la oponibilidad de una garantía real a terceros), gozará de prelación sobre toda garantía real o cualquier otro derecho sobre el bien mueble conexo que subsiguientemente sea inscrito en el registro especial o anotado en el certificado de titularidad.

Orden de prelación de una garantía real sobre una masa de bienes o sobre un producto

90. El régimen debería disponer que, cuando dos o más garantías reales constituidas sobre un mismo bien corporal conserven su validez sobre una masa de bienes o sobre un producto, conforme a lo previsto en la recomendación 22 (capítulo II, relativo a la constitución de una

garantía real), esas garantías reales gozarán entre sí de la misma prelación que tuvieran sobre el bien gravado inmediatamente antes de que ese bien pasara a formar parte de la masa de bienes o del producto.

91. El régimen debería disponer que, si unas garantías reales constituidas sobre distintos bienes corporales conservan su validez sobre la masa de bienes o sobre el producto del que esos bienes pasen a formar parte, y si cada garantía real es oponible a terceros, esos acreedores garantizados tendrán derecho a compartir el valor agregado máximo exigible por concepto de sus garantías reales sobre la masa o el producto resultante con arreglo a la relación que existiera entre el valor de sus respectivas garantías reales. Para los fines de esta fórmula, el valor máximo de una garantía real será su valor con arreglo a la recomendación 22 (capítulo II, relativo a la constitución de una garantía real) o el valor efectivamente garantizado por concepto de esa garantía, de ser éste inferior.

92. El régimen debería disponer que una garantía real sobre bienes corporales originariamente separados que siga siendo válida sobre la masa de bienes o el producto del que los bienes gravados hayan pasado a formar parte y que sea oponible a terceros, gozará de prelación frente a una garantía real otorgada por el mismo otorgante sobre la masa de bienes o el producto.

Intrascendencia del conocimiento de la existencia de una garantía real

93. El régimen debería disponer que el conocimiento por parte del reclamante concurrente de la existencia de una garantía real no afectará al orden de prelación¹.

Subordinación

94. El régimen debería disponer que un reclamante concurrente que goce de prelación podrá renunciar en cualquier momento a su prelación por un acto unilateral o por acuerdo en favor de algún reclamante concurrente existente o futuro.

Repercusión de la continuidad de la oponibilidad a terceros sobre el orden de prelación

95. El régimen debería disponer que, a efectos de la recomendación 76, la prelación de una garantía real no se verá afectada por algún cambio en el método por el que se haga oponible a terceros, siempre y cuando no deje en ningún momento de ser oponible a terceros.

96. El régimen debería disponer que, si una garantía real se ha inscrito o se ha hecho oponible a terceros, pero después dejó de estar inscrita o de ser oponible a terceros durante cierto período, la prelación de esa garantía real datará, en adelante, de la fecha en que sea subsiguientemente inscrita o hecha oponible a terceros, de ser esta fecha anterior.

Orden de prelación de una garantía real que respalde obligaciones presentes y futuras

97. El régimen debería disponer que, a reserva de lo dispuesto en la recomendación 84, la prelación de una garantía real se hará extensiva a todas las obligaciones garantizadas, independientemente del momento en que hayan nacido.

Alcance de la prelación

98. El régimen debería disponer que si un Estado aplica el apartado *d*) de la recomendación 57 (la recomendación 57 *d*)) (capítulo IV, relativo al sistema de registro), la prelación de la garantía real se limitará al importe máximo indicado en el aviso de inscripción.

¹Respecto de la incidencia que pueda tener el hecho de saber que una operación viola los derechos de un acreedor garantizado, véanse las recomendaciones 81, 102 *b*), 105 y 106.

Aplicación de las reglas de prelación a una garantía real sobre bienes futuros

99. El régimen debería disponer que, para los fines de los apartados a) y c) de la recomendación 76, la prelación de una garantía real se hará extensiva a todos los bienes gravados incluidos en la notificación de inscripción, con independencia de si esos bienes están ya adquiridos por el otorgante o de si su existencia data de la propia fecha de inscripción o de antes o después de esa fecha.

Aplicación de las reglas de prelación a una garantía real sobre el producto

100. El régimen debería disponer que, para los fines de la recomendación 76, el momento en que una garantía real sobre un bien gravado pase a ser oponible a terceros o el momento en que se inscriba la notificación de esa garantía será también el momento aplicable a la oponibilidad a terceros o a la inscripción de la garantía real subsistente sobre el producto del bien gravado.

2. Recomendaciones específicamente relacionadas con ciertos bienes*Orden de prelación de una garantía real sobre un título negociable*

101. El régimen debería disponer que una garantía real sobre un título negociable que se haga oponible a terceros por posesión del título, conforme a lo previsto en la recomendación 37 (capítulo III, relativo a la oponibilidad a terceros de una garantía real), gozará de prelación sobre toda garantía real constituida sobre dicho título negociable que se haga oponible a terceros por cualquier otro método.

102. El régimen debería disponer que una garantía real sobre un título negociable que se haga oponible a terceros por un método distinto de la posesión del título estará subordinada al derecho adquirido (mediante un acuerdo) por un acreedor garantizado, un comprador o algún otro cesionario que:

a) Goce de la condición de tenedor protegido con arreglo al régimen legal aplicable a los títulos negociables; o

b) Tome posesión del título negociable a raíz de alguna contraprestación efectuada de buena fe y sin conocimiento de que la entrega de ese título se hace en violación de una garantía real adquirida por el acreedor garantizado con arreglo a un acuerdo de garantía.

Orden de prelación de una garantía real sobre el derecho al cobro de los fondos acreditados en una cuenta bancaria

103. El régimen debería disponer que una garantía real constituida sobre el derecho al cobro de los fondos acreditados en una cuenta bancaria que sea oponible a terceros mediante control de la cuenta, conforme a lo previsto en la recomendación 49 (capítulo III, relativo a la oponibilidad a terceros de una garantía real), gozará de prelación sobre toda garantía real concurrente que se haga oponible a terceros por cualquier otro método. Si el banco depositario concierta un acuerdo de control con más de un acreedor garantizado, la prelación entre esos acreedores vendrá determinada por la fecha del respectivo acuerdo de control. En caso de que el propio banco depositario sea el acreedor garantizado, su garantía real gozará de prelación frente a toda otra garantía real (aun cuando dicha garantía se haga oponible a terceros por un acuerdo de control con el banco depositario o aun cuando la garantía real del banco depositario se haya constituido posteriormente) que no sea una garantía real de un acreedor garantizado que haya adquirido control pasando a ser tenedor de la cuenta.

104. El régimen debería disponer que todo derecho real de un banco depositario, que sea válido con arreglo a otro régimen, a compensar las obligaciones que le sean debidas al banco depositario por el otorgante con el derecho del otorgante al cobro de los fondos acreditados en una cuenta bancaria, gozará de prelación frente a toda garantía real sobre el derecho al cobro de los fondos acreditados en una cuenta bancaria, con excepción de una garantía real de un

acreedor garantizado que no sea el acreedor que haya adquirido un derecho de control pasando a ser tenedor de la cuenta.

105. El régimen debería disponer que cuando un otorgante transfiera fondos desde una cuenta bancaria, el cesionario de esos fondos los adquiere libres de toda garantía real sobre el cobro de los fondos acreditados en esa cuenta bancaria, salvo que el cesionario obrara a sabiendas de que esa transferencia violaba el derecho de un acreedor garantizado por un acuerdo de garantía. La presente recomendación no aminorará derecho alguno que algún otro régimen reconozca al beneficiario de una transferencia de fondos provenientes de una cuenta bancaria.

Orden de prelación de una garantía real constituida sobre una suma monetaria

106. El régimen debería prever que una persona que esté en posesión de una suma monetaria que sea objeto de una garantía real adquirirá la posesión de esa suma monetaria libre de ese gravamen, salvo que esa persona obrara a sabiendas de que esa transferencia se hacía en violación de los derechos del acreedor garantizado con arreglo al acuerdo de garantía. La presente recomendación no menoscaba los derechos de quienes, en virtud de otro régimen, estén en posesión de dinero.

Orden de prelación de una garantía real sobre el producto de una promesa independiente

107. El régimen debería prever que una garantía real sobre el producto de una promesa independiente que se haya hecho oponible a terceros mediante control gozará de prelación frente a una garantía real que se haya hecho oponible a terceros con arreglo a lo previsto en la recomendación 48 (capítulo III, relativo a la oponibilidad a terceros de una garantía real). Si el control se obtuvo por el reconocimiento otorgado por la persona indicada y esa persona otorgó reconocimientos contradictorios a más de un acreedor garantizado, la prelación entre esos acreedores garantizados se determinará por el orden en que esos acreedores obtuvieron ese reconocimiento.

Orden de prelación de una garantía real sobre un documento negociable o un bien corporal que sea objeto de un documento negociable

108. El régimen debería disponer que una garantía real sobre un documento negociable y sobre los bienes corporales que sean objeto de dicho documento estará subordinada a todo derecho de rango superior conferido por la ley que rijan los documentos negociables a la persona a la que ese documento negociable haya sido transferido.

109. El régimen debería disponer que una garantía real sobre un bien corporal que haya pasado a ser oponible a terceros en virtud de la posesión de un documento negociable tendrá prelación frente a una garantía real concurrente que haya pasado a ser oponible a terceros por algún otro método. Esta regla no se aplica a una garantía real sobre bienes distintos de las existencias cuando la garantía real del acreedor garantizado que no está en posesión del documento negociable haya pasado a ser oponible a terceros con anterioridad al momento en que:

- a) El bien haya pasado a ser objeto del documento negociable; y
- b) El otorgante y el acreedor garantizado que tenga la posesión del documento negociable hayan celebrado un acuerdo en que se estipule que el bien pasará a ser objeto del documento negociable, siempre que ello se produzca dentro de [un breve período que se indicará] días a contar de la fecha del acuerdo.

VI. Derechos y obligaciones de las partes en un acuerdo de garantía

A. Observaciones generales

1. Introducción

1. En todo acuerdo de garantía se consigna lo acordado entre el otorgante y el acreedor garantizado. Al tratarse de un contrato, el acuerdo de garantía está sujeto al derecho general de los contratos y las obligaciones en cuestiones como la formación, la interpretación, los efectos, el incumplimiento, la nulidad y la ejecución de contratos. No obstante, en vista de los objetos y propósitos específicos de los acuerdos de garantía, los Estados promulgan normalmente reglas especiales suplementarias para regir la formación y los efectos de dichos acuerdos. Esas reglas suelen prever, por ejemplo, un régimen relativamente amplio aplicable a los efectos de un acuerdo de garantía para los terceros, al tiempo que dejan que la mayoría de los efectos *inter partes* sean determinados por vía contractual por el otorgante y el acreedor garantizado en virtud del principio de la autonomía contractual de las partes (véase la recomendación 10).

2. El contenido fundamental de un acuerdo de garantía variará en función de las necesidades y los deseos de las partes. Generalmente, las cláusulas de los acuerdos de garantía abordan tres temas principales. En primer lugar, se insertan en el acuerdo algunas disposiciones porque forman parte de los requisitos imperativos para constituir una garantía real. Por ejemplo, las reglas relativas a la descripción de los bienes gravados y a la obligación garantizada podrían entrar en esta categoría. En el capítulo II, sobre la constitución de una garantía real, la *Guía* recomienda que los requisitos formales exigidos para la constitución de una garantía real oponible entre las partes sean mínimos y de fácil cumplimiento (véanse las recomendaciones 13 a 15).

3. En segundo lugar, un acuerdo de garantía contendrá también, de ordinario, varias cláusulas en las que se especificarán los derechos y obligaciones de las partes una vez que el acuerdo haya adquirido eficacia entre ellas. Muchas de esas cláusulas regulan las consecuencias de un incumplimiento por parte del otorgante o de la violación de una obligación por parte del acreedor garantizado. Con frecuencia los supuestos que constituyen un incumplimiento por parte del otorgante y los recursos de que dispone el acreedor garantizado para hacer cumplir las cláusulas del acuerdo de garantía se enumeran detalladamente. Los importantes efectos que la ejecución puede tener en los derechos de los terceros ha inducido habitualmente a los Estados a especificar con cierto detalle una serie de normas de carácter imperativo para regir el incumplimiento y la ejecución (véase el capítulo VIII, relativo a la ejecución de una garantía real). Con esas normas imperativas se pretende por lo general proteger los derechos de los otorgantes y de los terceros. Como normas imperativas, prevalecerán necesariamente sobre cualquier cláusula de un acuerdo de garantía que especifique derechos y recursos contradictorios del acreedor. Sin embargo, en algunos ordenamientos el otorgante puede renunciar al beneficio de esas normas imperativas tras el incumplimiento (recomendación 133); el acreedor garantizado también puede renunciar a ello en cualquier momento (véase la recomendación 134). Sin embargo, de no haber

ningún conflicto entre las cláusulas del acuerdo de garantía y las normas imperativas, o cuando el acuerdo de garantía prevea una protección aún mayor para el deudor o los terceros que las normas imperativas (por ejemplo, confiriendo al otorgante o a los terceros el derecho a restablecer el acuerdo tras un incumplimiento), las cláusulas enunciadas en el acuerdo de garantía regirán la relación entre las partes tras el incumplimiento.

4. En tercer lugar, los acuerdos de garantía suelen contener una serie de disposiciones cuya finalidad es regular aspectos de la relación entre las partes después de la constitución de la garantía, pero antes de todo incumplimiento. A menudo, para la eficiencia y la previsibilidad en las operaciones garantizadas, es preciso prever además cláusulas detalladas suplementarias que rijan los aspectos que afecten el curso de la operación. Muchos Estados alientan activamente a las partes a formular las cláusulas del acuerdo de garantía de forma que se cumplan sus propios requisitos. No obstante, al igual que en el caso de los derechos y obligaciones posteriores al incumplimiento, esos mismos Estados elaboran también diversas normas imperativas referentes a los derechos y obligaciones con anterioridad al incumplimiento, especialmente cuando algún tercero pueda verse afectado. Dicho esto, a fin de ofrecer a los otorgantes y a los acreedores garantizados la máxima flexibilidad para concertar su acuerdo del modo más adecuado a sus necesidades, los Estados suelen dar un relieve mínimo a esas normas imperativas aplicables antes del incumplimiento.

5. Si bien los Estados son en general renuentes a imponer una amplia gama de normas imperativas para regir los derechos y obligaciones del otorgante y del acreedor garantizado con anterioridad al incumplimiento, tienen, en cambio, interés en dar orientación a los otorgantes y a los acreedores garantizados. En efecto, muchos Estados promulgan un número mayor o menor de normas no imperativas que resultan aplicables si las partes no especifican otra cosa en su acuerdo de garantía. Este capítulo no aborda todos los supuestos en que los Estados tal vez deseen elaborar tales normas no imperativas; más bien se limita a ofrecer una lista indicativa y no exhaustiva de dichas normas no imperativas aplicables antes del incumplimiento que suelen estar plasmadas en las actuales legislaciones nacionales.

6. El análisis que figura a continuación se centra en tres cuestiones normativas. La primera de ellas, que se examina en la sección A.2, guarda relación con el principio de la autonomía contractual de las partes y el grado en que éstas deberían tener libertad para formular las cláusulas de sus respectivos acuerdos de garantía (dando por sentado que el acuerdo cumple con los requisitos sustantivos y formales exigidos para la constitución de una garantía real). La segunda cuestión, que se estudia en la sección A.3, se refiere a las normas imperativas que deberían regir los derechos y las obligaciones de los otorgantes y de los acreedores garantizados antes de todo incumplimiento. Por último, la tercera, que constituye el tema de las secciones A.4 y A.5, trata del tipo de normas no imperativas que cabría incluir en los regímenes modernos de las operaciones garantizadas.

7. En la sección B de este capítulo se toman en consideración diversas normas imperativas y no imperativas que pudieran regular los derechos y obligaciones previos a todo incumplimiento en relación con determinados tipos de bienes y de operaciones. El capítulo concluye, en la sección C, con una serie de recomendaciones.

2. *Autonomía contractual de las partes*

a) *Generalidades*

8. En el capítulo I, sobre el ámbito de aplicación, la *Guía* proclama que el principio de la autonomía de las partes constituye uno de los fundamentos de su enfoque básico de

las operaciones garantizadas (véase la recomendación 10). En la mayoría de los Estados, este principio forma parte del derecho general de los contratos y obligaciones y es aplicable al régimen de las operaciones garantizadas por la mera razón de que un acuerdo de garantía constituye un contrato. La idea central radica en que, a menos que un Estado disponga otra cosa, el acreedor garantizado y el otorgante deberían poder formular como consideraran oportuno el acuerdo de garantía que los vincule. Si bien el principio de la autonomía de las partes concede a los proveedores de crédito un notable poder en la determinación del contenido del acuerdo de garantía, lo que se espera es que, al permitir que el acreedor garantizado y el otorgante estructuren su operación y asignen los derechos y obligaciones previos a todo incumplimiento del modo más propicio para sus objetivos, dará normalmente a los otorgantes mayores posibilidades a la hora de obtener acceso a crédito garantizado.

9. El principio de la autonomía contractual de las partes tiene dos vertientes distintas cuando se aplica a los derechos y obligaciones antes de todo incumplimiento. La primera vertiente concierne a los Estados. Si bien éstos deberían poder promulgar normas imperativas que rigieran los rasgos fundamentales de las operaciones que concertaran las partes, sería preciso que el número de tales disposiciones fuera limitado y que se expusiera claramente su alcance. La segunda vertiente es la de los efectos que un otorgante y un acreedor garantizado tratan de conseguir mediante su acuerdo. Toda cláusula que haga excepción a reglas no imperativas o que las modifique, o que guarde relación con cuestiones no reguladas por las reglas no imperativas de un Estado, vinculará únicamente a las partes propiamente dichas y, salvo lo dispuesto por los principios generales del derecho de los contratos y obligaciones, no afectará a los derechos de terceros.

10. La imposición de limitaciones legislativas a la autonomía contractual de las partes en forma de reglas imperativas puede darse tanto en el marco de un régimen de las operaciones garantizadas como en otros tipos de legislación. Así, por ejemplo, son muchos los Estados que regulan extensamente las operaciones con consumidores, limitando a menudo estrictamente la capacidad de los acreedores garantizados y de los otorgantes para concebir su propio régimen de los derechos y obligaciones previos a todo incumplimiento. Como ejemplo, cabría citar una regla que prohibiera a los acreedores garantizados limitar el derecho de los otorgantes que fueran consumidores a vender o a enajenar los bienes gravados. Del mismo modo, muchos Estados restringen la autonomía de las partes cuando se trata de “bienes familiares” o “comunitarios”. Como ejemplo, cabría citar una regla que impidiera a los acreedores garantizados limitar el uso que los otorgantes pudieran hacer de tales “bienes familiares”. En la *Guía* se recomienda que, si bien el régimen de las operaciones garantizadas debería aplicarse a las garantías reales constituidas o adquiridas por los consumidores, los derechos de estos últimos en el marco del régimen de protección de los consumidores no deberían verse afectados (véanse el capítulo I, sobre el ámbito de aplicación de la *Guía*, párrafo 11, y la recomendación 2 b)).

11. Además de estas normas imperativas que rigen a determinados otorgantes y determinados bienes en otros ordenamientos, también es común que los Estados impongan diversas normas imperativas de carácter más general. Esas normas suelen figurar en la legislación de las operaciones garantizadas y en la mayoría de los casos guardan relación con el incumplimiento y la ejecución (por ejemplo, no puede renunciarse unilateralmente o mediante acuerdo a la regla de conducta en caso de ejecución; véase la recomendación 132). Sin embargo, algunas de esas normas se refieren también a los derechos y obligaciones previos a todo incumplimiento (por ejemplo, la parte en posesión de los bienes gravados debe actuar con diligencia razonable para proteger dichos bienes; del mismo

modo, está obligada a devolverlos y a cancelar toda notificación inscrita en un registro una vez que se haya pagado íntegramente la obligación garantizada; (véanse las recomendaciones 111 y 112). Estos últimos tipos de normas imperativas se analizan en la próxima sección del presente capítulo.

12. Dado que la autonomía contractual de las partes es el principio básico, el acreedor garantizado y el otorgante plasman normalmente de forma detallada en el acuerdo de garantía una serie de elementos estructurales de su acuerdo. Por ejemplo, se especifican con frecuencia las siguientes dimensiones:

a) El bien que vaya a gravarse y las condiciones en que un bien inicialmente no gravado pueda quedar más adelante sujeto a gravamen;

b) La obligación que se ha de garantizar conforme al acuerdo (inclusive obligaciones futuras);

c) Lo que el otorgante puede y no puede hacer con los bienes gravados (en particular, si el otorgante tiene derecho a utilizar, transformar, percibir los frutos e ingresos dados por los bienes o a enajenar dichos bienes);

d) En qué momento y de qué modo el acreedor podrá obtener la posesión del bien gravado antes de un incumplimiento, así como los derechos y obligaciones que tiene el acreedor sobre un bien gravado que se encuentre en su posesión;

e) Una serie de declaraciones hechas y obligaciones asumidas por el otorgante con respecto al bien gravado, como la obligación de mantener el bien en buen estado de reparación, de asegurarlo contra su pérdida y de informar al acreedor garantizado si se invoca algún derecho legislativo frente al bien; y

f) Los hechos determinantes del incumplimiento (principalmente por parte del otorgante, pero también por parte del acreedor garantizado) de conformidad con el acuerdo.

13. Las diversas normas imperativas y no imperativas que se exponen a continuación deberían leerse en este contexto de la autonomía de las partes y de su alcance habitual, determinado en el acuerdo de garantía.

b) *Origen de los derechos y obligaciones de las partes*

14. La mayoría de las reglas imperativas y no imperativas referentes a los derechos y obligaciones de las partes antes del incumplimiento guardan relación con el modo en que se asignan las prerrogativas y responsabilidades de la propiedad entre el otorgante y el acreedor garantizado. De conformidad con el principio de la autonomía contractual de las partes y a reserva de toda limitación apropiada (véanse los párrafos 9 a 11 *supra*), la mayoría de los Estados consideran que corresponde a las propias partes determinar sus derechos y obligaciones mutuos antes del incumplimiento. De ahí que sea importante determinar el origen de esos derechos y obligaciones.

15. En principio, estos derechos y obligaciones dimanarían de las cláusulas y condiciones concretas que las partes hayan hecho constar en su acuerdo, lo cual incluye también toda condición general que las partes incorporen a su acuerdo por remisión (por ejemplo, las cláusulas implícitas que a menudo se enumeran en la legislación sobre seguros). Además, conforme al derecho interno de la mayoría de los Estados, dado que el acuerdo de garantía puede remitir a una relación en curso entre las partes que sea común en un determinado ramo o sector, las partes deberían quedar vinculadas por todo uso en el que

hubieran convenido. Por último, salvo acuerdo en contrario de las partes, éstas, al ejecutar su acuerdo, deberían quedar vinculadas por las prácticas que hubieran establecido entre ellas. La *Guía* adopta la idea de que el acuerdo entre las partes es la fuente primordial de sus derechos y obligaciones mutuos, además de los usos en que puedan haber convenido y, salvo acuerdo en contrario, las prácticas que las propias partes hayan establecido (véase la recomendación 110).

3. Reglas imperativas antes de todo incumplimiento

a) Generalidades

16. Cabe encontrar normas de carácter imperativo en relación con los derechos y obligaciones de las partes antes del incumplimiento tanto en los regímenes de las operaciones garantizadas como en otros tipos de legislación. En general, esas normas pueden dividirse en tres categorías amplias. La primera de ellas (véase el párrafo 10 *supra*), que los Estados suelen incluir en la legislación para la protección del consumidor o relativa a los bienes familiares, tiene un alcance y un ámbito de aplicación muy particulares. En la *Guía* se reconoce la importancia que los Estados pueden otorgar a esas cuestiones (véase la recomendación 2 b)). No obstante, a fin de lograr los máximos beneficios económicos de un régimen de las operaciones garantizadas, los Estados deberían especificar claramente el alcance de estas limitaciones de la autonomía de las partes para adaptar sus derechos y obligaciones antes del incumplimiento a sus necesidades y deseos.

17. Otras normas vinculantes para antes del incumplimiento se centran en el contenido fundamental que las partes puedan haber estipulado en su acuerdo. Por lo general, esas normas se conciben como limitaciones generales de los derechos de los acreedores garantizados y son aplicables tanto si el otorgante es un consumidor como si es una empresa. Esas normas pueden variar ampliamente de un Estado a otro. Por ejemplo, en el caso de determinados acuerdos de garantía que otorgan al acreedor garantizado una garantía real sobre todos los bienes de un otorgante (como una hipoteca sobre la empresa), algunos Estados han previsto en sus legislaciones una suma exclusivamente destinada a los acreedores ordinarios en el contexto de la insolvencia. Algunos Estados no permiten a los acreedores limitar el derecho de un otorgante a utilizar o a transformar los bienes gravados, siempre que tal utilización o transformación se ajusten a la naturaleza y a la finalidad de esos bienes. Algunos Estados tampoco permiten a un acreedor garantizado utilizar o deducir de la obligación garantizada los frutos civiles y naturales o los ingresos generados por los bienes gravados que aquél tenga en su posesión.

18. La *Guía*, al dar tanta importancia al principio de la autonomía contractual de las partes, adopta la posición de que en general los Estados no deberían promulgar reglas imperativas aplicables antes de todo incumplimiento que restringieran el número o la naturaleza de las obligaciones que los acreedores garantizados y los otorgantes pudieran exigirse mutuamente. Con todo, las inquietudes expuestas son muchas veces reales y, en función del carácter particular de su economía nacional o de la empresa comercial que otorgue la garantía real, los Estados pueden experimentar la necesidad de regular con más precisión la relación entre los otorgantes y los acreedores garantizados antes de que se produzca un incumplimiento. No obstante, si procedieran así, a fin de evitar limitaciones generales innecesarias de la autonomía contractual de las partes, esas normas imperativas deberían: a) expresarse en un lenguaje claro; b) redactarse en términos precisos y limitativos, de modo que no fueran de aplicación general, y c) al igual que las reglas similares en

el contexto posterior a un incumplimiento, basarse en los motivos reconocidos de orden público, como la buena fe, el trato equitativo y una actuación razonable desde el punto de vista comercial (véanse las recomendaciones 131 y 132).

19. Un tercer tipo de norma imperativa aplicable antes de producirse un incumplimiento tiene por objeto evitar que se desvirtúen los objetivos fundamentales de un régimen de las operaciones garantizadas. Normalmente, los Estados prevén reglas imperativas de esta índole con el fin de imponer obligaciones mínimas a la parte que esté en posesión o en control de los bienes gravados. Así, por ejemplo, dado que la finalidad de una garantía real es proporcionar a un acreedor una prelación, en caso de incumplimiento, en el cobro del dinero generado por la venta de los bienes gravados, sería compatible con este objetivo que los otorgantes estuvieran obligados a preservar los bienes para evitar que perdieran su valor económico. Esa obligación comprendería particularmente el deber de no desperdiciar los bienes gravados ni de permitir que se deterioraran más de lo que cabe esperar con el desgaste normal, preservando el valor económico de los bienes en beneficio de los acreedores garantizados.

20. Las reglas por las que se exigen al otorgante y al acreedor garantizado, en caso de que este último tenga la posesión, que cuiden con diligencia razonable los bienes gravados y, de forma más general, las reglas encaminadas a conservar los bienes gravados, tienen como objetivo propiciar que las partes en un acuerdo de garantía actúen con responsabilidad. Sin embargo, estos tipos de normas imperativas no tienen los mismos efectos que las reglas de protección del consumidor o las reglas imperativas que enuncien el contenido fundamental de un acuerdo de garantía. Los últimos tipos de regla imperativa son elementos constitutivos de la garantía real en sí y no pueden obviarse ni en el momento de la negociación del acuerdo ni posteriormente. Los Estados suelen adoptar un enfoque más matizado respecto de las normas imperativas aplicables antes de todo incumplimiento, establecidas en el régimen de las operaciones garantizadas.

21. Del mismo modo, las partes no podrán hacer excepción, mediante acuerdo, a las normas imperativas que fijen sus derechos y obligaciones generales antes de producirse un incumplimiento. Por ejemplo, los Estados no permiten normalmente a las partes excluir su deber de diligencia razonable en el cuidado de los bienes gravados. Sin embargo, esto no siempre impide a las partes renunciar a reclamar contra un incumplimiento, una vez que éste se haya producido. Muchos Estados prevén que el acreedor garantizado deberá liberar posteriormente al otorgante de las obligaciones que tenía antes de que se produjera un incumplimiento (incluidas las obligaciones impuestas por reglas imperativas) o que podrá renunciar a sus derechos derivados del incumplimiento del otorgante. En cambio, dada la dinámica que habitualmente existe entre el acreedor garantizado y el otorgante, muchos de esos mismos Estados disponen también que no deberá permitirse que el otorgante libere al acreedor garantizado, antes del incumplimiento, de toda obligación impuesta por normas imperativas.

22. Las reglas imperativas aplicables antes de un incumplimiento que se recomiendan en la *Guía* obedecen a objetivos de estrategia concordantes con lo que se ha definido como principios básicos de un régimen eficaz y eficiente de las operaciones garantizadas (véase la recomendación 1). En estas reglas se enuncian los derechos y obligaciones previos a un incumplimiento que: *a)* alientan a las partes que estén en posesión de los bienes gravados a preservar su valor, y *b)* garantizan que una vez pagada la obligación satisfecha de otra manera, el otorgante recupere el pleno uso y disfrute de los bienes anteriormente gravados.

23. En el capítulo IX de la *Guía*, sobre financiación de adquisiciones, se estudia la posibilidad de que algunos Estados opten por preservar las operaciones de retención de la titularidad y de arrendamiento financiero como técnicas independientes para la financiación de las adquisiciones. En caso de venta, hasta el pago íntegro del precio de compra y, en el caso de un arrendamiento financiero, mientras dure la operación, el derecho del vendedor o del arrendador no es una garantía real, sino que comprende el derecho del vendedor o del arrendador a declarar su titularidad sobre los bienes. Por esta razón, aunque los objetivos económicos fundamentales de esas operaciones sean idénticos a los de una garantía real corriente para financiar adquisiciones, las reglas imperativas referentes a los derechos y obligaciones de las partes antes de un incumplimiento deberán redactarse en términos ligeramente diferentes para conseguir el mismo resultado. Así, por ejemplo, el vendedor que retenga la propiedad no debería poder eludir su obligación de abstenerse de concertar operaciones con terceros que perjudiquen los derechos de un comprador que no haya incumplido. Del mismo modo, el comprador que goce de la posesión de un bien pero sólo con una expectativa de obtener la propiedad no debería poder eludir su responsabilidad de conservación del bien. Estos ajustes necesarios se examinan en el capítulo IX, sección A.9.

b) *Deber de conservar los bienes gravados en buen estado*

24. El bien gravado es una de las principales salvaguardias de que dispone el acreedor para obtener con toda seguridad el reembolso de la obligación garantizada. Asimismo, es un bien que el otorgante normalmente espera recibir y da por descontado seguir utilizando libremente una vez que el préstamo o crédito se haya reembolsado íntegramente. Estas razones justifican que tanto los otorgantes como los acreedores garantizados estén interesados en que se conserven los bienes gravados en buen estado.

25. En la mayoría de los casos, la persona que esté en posesión de un bien gravado será la que mejor podrá asegurar su conservación. Ello explica por qué los Estados imponen normalmente a esa parte el deber de obrar con diligencia razonable en el cuidado del bien gravado. La posibilidad de que una persona que no tenga la posesión convencional esté en una situación óptima para cuidar el bien gravado se dará sólo excepcionalmente y casi siempre en relación con un bien inmaterial. Puesto que el objetivo es velar por una atribución equitativa de la responsabilidad de cuidar los bienes gravados y alentar a las partes a que preserven su valor, poco importa que el que goce de la posesión sea el otorgante o el acreedor garantizado. Los deberes imperativos impuestos a la persona que esté en posesión de los bienes gravados y que deba cuidarlos deberían ser idénticos tanto si esta persona fuera el otorgante como si fuera el acreedor garantizado.

26. El contenido específico de ese deber puede variar considerablemente según la naturaleza del bien gravado. En el caso de los bienes corporales, el deber consiste ante todo en conservar físicamente el bien en buen estado. Cuando se trate de un bien corporal inanimado, ello supondrá normalmente conservarlo en buen estado de mantenimiento y no usarlo con un fin distinto del normal en las circunstancias del caso. Por ejemplo, si se trata de un componente de maquinaria, no habrá que dejarlo expuesto a la lluvia, y la parte que lo tenga en su posesión y lo utilice habrá de ocuparse de su mantenimiento habitual. Del mismo modo, si se constituye una garantía, por ejemplo, sobre un automóvil para pasajeros, la persona que esté en su posesión y que esté autorizada para usarlo no podrá utilizar el vehículo como si fuera una camioneta con fines comerciales.

27. Cuando los bienes gravados sean existencias, es posible que, a efectos de conservación, la persona que las tenga en su posesión deba adoptar otras medidas más onerosas.

A diferencia de los bienes de equipo, las existencias están a menudo expuestas, por lo que resulta más fácil robarlas. De ahí que el otorgante (es decir, la parte con más probabilidades de estar en posesión de las existencias) deba aportar una garantía suficiente para prevenir toda “disminución” de las existencias y deba exponerlas debidamente a fin de evitar que se rompan, o almacenarlas para impedir que se deterioren. Por ejemplo, si las existencias consisten en bienes de equipo electrónicos de elevado precio, o en artículos de vidrio particularmente frágiles, puede ser necesario guardarlos en cajas cerradas; si consisten en alimentos perecederos, la persona que los tenga en su posesión habría de almacenar los bienes gravados en instalaciones refrigeradas.

28. En el caso de los bienes corporales vivos, como los animales, el deber habría de ser análogo. No basta simplemente con mantener vivo al animal. La persona que lo tenga en su posesión ha de cuidar de que esté adecuadamente alimentado y se mantenga en buen estado de salud (por ejemplo, proporcionándole una atención veterinaria adecuada). Cuando el animal requiera servicios especiales para mantenerlo en buenas condiciones (por ejemplo, si es un caballo de carrera, que sea entrenado de forma apropiada, o, tratándose de una vaca, que sea ordeñada con regularidad), estos servicios quedan incluidos en la obligación de cuidar del animal. Finalmente, al igual que con los bienes de equipo, el deber de cuidado implica asimismo que el animal no puede ser utilizado con fines anormales. Así, un toro de gran valor por los ingresos que reporta como semental no puede ser utilizado como animal de carga.

29. Si el bien gravado consiste en un derecho al pago de una suma en efectivo consignada en un título negociable, el deber incluirá sin duda la conservación física del documento. Ahora bien, en tal caso, el deber de diligencia comprenderá la adopción de las medidas necesarias para mantener o preservar los derechos del otorgante frente a las partes precedentes obligadas a tenor del título negociable (por ejemplo, la presentación del título, el protesto si lo prescribe la ley, así como la notificación del incumplimiento). También puede incumbir a la persona que esté en posesión de un título negociable evitar toda pérdida de derechos sobre el título en sí frente a partes anteriores adoptando medidas contra las personas obligadas subsidiariamente por el título (por ejemplo, los garantes). Cuando el bien corporal sea un documento negociable, la persona que esté en su posesión también ha de conservarlo físicamente. Además, si es un documento con plazo de validez, la persona que lo tenga en su posesión debe presentarlo antes de que expire el plazo para reclamar la posesión física del bien al que se refiera el documento.

30. Si el bien gravado consiste en un bien inmaterial, es más difícil concretar el deber de ejercer un cuidado razonable que debe tener la persona que goce de la posesión. A menudo el bien inmaterial es simplemente un derecho contractual al cobro de una suma. El carácter del deber de conservación en tales casos se examina más adelante, en la sección B. Cuando el bien gravado sea un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria, un derecho de propiedad intelectual o un derecho al producto de una promesa independiente, lo habitual es que los Estados establezcan los derechos y obligaciones respectivos de las partes en la operación en las leyes especiales que regulan esa forma particular de bien.

31. Al determinar el alcance de la obligación de conservar los bienes gravados por parte de la persona que esté en posesión de ellos, los Estados realizan una evaluación de costos y beneficios con miras a asegurar una distribución equitativa de la responsabilidad por su conservación. La principal cuestión normativa radica en evitar la imposición de una carga indebida a la persona que esté en posesión de los bienes gravados. Conforme a las

consideraciones expuestas, la *Guía* recomienda que los Estados promulguen una regla general previa al incumplimiento que tenga carácter imperativo y por la que se imponga a las partes que estén en posesión de los bienes gravados el deber de velar razonablemente por la conservación de éstos en buen estado (véase la recomendación 111).

c) *Obligación de preservar el valor de los bienes gravados*

32. En muchos casos, la conservación del bien gravado en buen estado contribuirá a la vez al mantenimiento de su valor. Sin embargo, en algunos casos será necesario adoptar medidas suplementarias para lograr ese resultado. El caso especial de los bienes inmateriales se examina más adelante, en la sección B. En cuanto a los bienes corporales, los Estados distinguen normalmente entre las obligaciones de los otorgantes y las de los acreedores garantizados. Dado que el bien gravado constituye la garantía de cobro para el acreedor garantizado, ocasionalmente se requiere a los otorgantes, por encima de la obligación de conservar el bien gravado en buen estado, que adopten medidas encaminadas a mantener el valor de dicho bien. Por ejemplo, puede exigirse a los otorgantes que instalen sistemas informáticos perfeccionados o que devuelvan bienes de equipo al vendedor para todo servicio que se haya estipulado. Una vez más, al determinar el alcance de la imposición de esta obligación a los otorgantes, los Estados deben ponderar dicha carga con los beneficios esperados.

33. Algunos Estados no imponen obligaciones de preservación del valor de los bienes gravados a los acreedores garantizados. Ello obedece a que si la imposición de un deber exige que los acreedores garantizados asuman una responsabilidad onerosa para vigilar muy de cerca los bienes gravados, el bien simplemente perderá su valor como garantía, lo cual irá en detrimento del otorgante. Éste sería particularmente el caso con los bienes inmateriales. Por ejemplo, no debería requerirse que los acreedores garantizados adoptaran medidas para mantener el valor de una marca comercial en el mercado o que realizaran un análisis de las inversiones a fin de mantener el valor de una cartera de valores bursátiles. En cualquier caso, siempre redundará en interés del otorgante que el bien gravado mantenga su valor; así pues, las partes estipularán normalmente que los otorgantes podrán indicar a los acreedores garantizados en posesión de los bienes las medidas que deberán adoptar para preservar su valor en tales casos. Normalmente, toda suma gastada a tal efecto será o bien pagada anticipadamente por el otorgante o será agregada a la obligación garantizada.

34. En cambio, otros Estados sí imponen a los acreedores garantizados y a los otorgantes que estén en posesión de bienes gravados la obligación concreta de preservar el valor de dichos bienes en los casos en que la preservación del bien corporal gravado no es, de por sí, suficiente para garantizar la conservación del valor del bien. Sin embargo, los Estados no especifican de ordinario el contenido de esas obligaciones y dejan que las propias partes enumeren en sus respectivos acuerdos de garantía los deberes suplementarios que deben cumplirse para lograr el mencionado objetivo. Se da por sentado que en general serán los acreedores garantizados y los otorgantes quienes mejor sepan qué medidas deben adoptarse respecto de cada bien, y deberían tener libertad para fijar en sus contratos las obligaciones que estimen oportunas. La ventaja de ese criterio radica en que, al tiempo que se reconoce la importancia de la conservación del valor de los bienes corporales contra toda desvalorización indebida, los Estados autorizan a las partes a que convengan entre ellas las medidas que se justifique adoptar habida cuenta de las circunstancias de cada caso. De acuerdo con esta tendencia general, la *Guía* recomienda a los Estados que

promulguen una norma aplicable antes de todo incumplimiento por la que se requiera a las partes que estén en posesión de bienes corporales gravados que adopten medidas razonables para preservar el valor que tengan los bienes antes de un incumplimiento. Sin embargo, la *Guía* no formula ninguna recomendación sobre normas más concretas que con ese fin debieran adoptar los Estados (véase la recomendación 111).

d) *Deber de devolver los bienes gravados y de cancelar toda notificación inscrita*

35. La finalidad principal de una garantía real es aumentar la probabilidad de que se satisfaga la obligación garantizada, ya sea induciendo al otorgante a reembolsar dicha obligación, ya sea aplicando el valor del bien gravado a la obligación garantizada. Una garantía real no es un medio para expropiar plusvalías al otorgante ni una cesión camuflada de los bienes gravados al acreedor. Por ley, al cumplirse la obligación garantizada, se extingue la garantía real y el otorgante tiene el derecho y pleno disfrute de la propiedad de los bienes que ya no están gravados. A fin de que el otorgante pueda ejercitar sus derechos, la mayoría de los Estados promulgan reglas imperativas que regulan los deberes del acreedor garantizado una vez que se ha reembolsado íntegramente la obligación garantizada y que se han clausurado todos los compromisos de otorgar crédito. Estos deberes son de dos tipos. Algunos consisten en la devolución de los bienes gravados al otorgante en los casos en que el acreedor garantizado esté en posesión de ellos en el momento de satisfacerse plenamente la obligación garantizada; otros deberes estriban en adoptar medidas que permitan al otorgante disfrutar de sus derechos sobre los bienes gravados, libres de todo impedimento derivado del hecho de haber estado sujetos a un gravamen.

36. En la *Guía* se prevé que los acreedores garantizados, la mayoría de las veces, y si lo desean, pueden hacer sus derechos oponibles a terceros tomando posesión de los bienes garantizados (véase la recomendación 37). Además, incluso cuando el acreedor logre la oponibilidad a terceros, mediante la inscripción registral de una notificación, y no tomando posesión, dado el principio de autonomía contractual de las partes, los otorgantes podrán, no obstante, permitir a los acreedores garantizados tomar posesión de los bienes gravados. Este permiso podrá darse o bien en el momento en que se constituya la garantía real o un tiempo después. En este último caso, no es ni siquiera necesario que haya habido incumplimiento del acuerdo de garantía por parte del otorgante. No obstante, independientemente de cómo se produzca, la posesión del acreedor garantizado se funda en el acuerdo entre las partes y guarda relación con los objetivos de ese acuerdo.

37. Puesto que la finalidad de una garantía real es asegurar el cumplimiento de una obligación, una vez que dicho cumplimiento haya tenido lugar, el otorgante debe tener la posibilidad de recuperar la posesión de los bienes gravados o de tener acceso a ellos sin trabas, o bien ambas cosas. Esto explica el deber formal que muchos Estados imponen a los acreedores garantizados de devolver los bienes gravados al otorgante una vez que éste haya abonado íntegramente el importe de la obligación garantizada y una vez clausurados todos los compromisos de conceder crédito. En esos Estados se impone al acreedor garantizado la obligación de entregar los bienes gravados, y no es el otorgante quien debe reclamarlos o llevárselos consigo. En cambio, en otros Estados el acreedor garantizado no está obligado a entregar los bienes ya no sujetos al gravamen de la garantía real; tan sólo debe permitir que el otorgante reclame dichos bienes. Cuando un bien corporal está en manos de un tercero que inicialmente lo había tenido en su posesión en nombre del otorgante, pero, al constituirse la garantía real, lo tiene en su poder en nombre del acreedor

garantizado, en muchos Estados el acreedor garantizado debe indicar a la persona que está en posesión del bien que la obligación garantizada ha sido satisfecha y que la persona con la posesión del bien lo vuelve a tener en su poder exclusivamente en nombre del otorgante. En muchos Estados se plantea un deber similar cuando el acreedor garantizado y una institución depositaria han concertado un acuerdo de control. En esos Estados, el acreedor garantizado suele estar obligado a informar específicamente a la institución depositaria de que el acuerdo de control no tiene ya vigencia. La finalidad de estos diversos requisitos es siempre asegurar que el otorgante haga valer su derecho al libre uso de los bienes gravados una vez que se haya satisfecho íntegramente la obligación garantizada y que se hayan clausurado todos los compromisos de otorgar crédito.

38. Algunos Estados estiman que el acreedor garantizado ha de adoptar también medidas con el fin de que el otorgante quede en la misma situación en que se encontraba antes de constituirse la garantía real. En el caso de un bien inmateral, ello requerirá enviar una notificación a todo tercero deudor (por ejemplo, al deudor de un crédito por cobrar) indicando que la obligación garantizada de pago se ha satisfecho en su totalidad y que el otorgante tiene de nuevo derecho a percibir el pago de la obligación. Más en general, algunos Estados obligan a los acreedores garantizados a liberar de la garantía real los bienes gravados y, en los casos en que la oponibilidad a terceros se haya obtenido mediante la inscripción registral, a adoptar medidas para que se cancele la validez de la notificación de esa garantía real en el registro correspondiente. Así, por ejemplo, cuando las inscripciones no son eliminadas automáticamente del registro, una vez transcurrido un período relativamente breve, muchos Estados imponen a los acreedores el deber de solicitar al registro que cancele la inscripción. De igual modo, cuando la garantía real ha sido objeto de anotación en un certificado de titularidad, algunos Estados obligan al acreedor garantizado a cerciorarse de que se cancele esa anotación en el certificado. El factor común de estos requisitos es la idea de que el acreedor garantizado debe adoptar medidas para suprimir toda prueba formal de su derecho ya caducado, de modo que ningún tercero pueda creer que los bienes del otorgante aún están potencialmente sujetos a la garantía real.

39. La regla imperativa que se recomienda en la *Guía* para regir la relación de las partes una vez que se haya satisfecho la obligación garantizada de pagar obedece a las consideraciones expuestas (véase la recomendación 112). Su objetivo primordial es asegurar que el otorgante recupere el pleno uso y disfrute de los bienes hasta entonces gravados y pueda utilizarlos libremente en operaciones con terceros sin que subsista gravamen alguno dimanante de la garantía real extinta. Cuando para lograr este resultado sea preciso cancelar una notificación en el registro general de las garantías reales, la *Guía* recomienda que el otorgante tenga derecho a obligar al acreedor garantizado a hacerlo o que, cuando se den determinadas condiciones, proceda él mismo a tal cancelación (véase la recomendación 72).

4. Reglas no imperativas aplicables antes del incumplimiento

40. Además de las diversas reglas imperativas que rigen los derechos y obligaciones de las partes antes del incumplimiento, la mayoría de los Estados establecen una lista más o menos larga de reglas no imperativas referentes a otras cuestiones previas al incumplimiento. Los términos utilizados para designar esas reglas, concebidas “a reserva de acuerdo en contrario entre las partes”, varían de un Estado a otro (por ejemplo, *ius dispositivum* o normas supletorias). Pero su característica común radica en que se han concebido para ser

automáticamente aplicables como cláusulas suplementarias de los acuerdos de garantía, a no ser que haya pruebas de que las partes se proponen excluirlas o modificarlas.

41. En favor del concepto de reglas no imperativas se dan diferentes razones de estrategia. Algunos Estados hacen uso de ellas para proteger a las partes más débiles, basándose en la teoría de que ofrecen una pauta frente a la cual la parte más fuerte puede intentar negociar otra estipulación contractual. Otros las conciben como reglas que son un simple reflejo de las cláusulas de un acuerdo que las partes habrían probablemente negociado de haber centrado su atención en determinados puntos. La *Guía* adopta la postura de que la verdadera justificación de las reglas no imperativas radica en el hecho de que se pueden utilizar en pro de los objetivos de estrategia congruentes con la lógica de un régimen de las operaciones garantizadas. No es difícil encontrar ejemplos de reglas no imperativas fundadas en este criterio. En muchos Estados la ley dispone que, de no acordar las partes otra cosa, el otorgante ingresará todo producto de un seguro, resultante de la pérdida de un bien gravado o del daño sufrido por él, en una cuenta de depósito controlada por el acreedor garantizado. Además, en muchos Estados la ley dispone que, a menos que las partes convengan otra cosa, el acreedor garantizado podrá retener los ingresos dimanantes del bien gravado, como bienes gravados adicionales, mientras esté vigente el acuerdo de garantía, de modo que en caso de incumplimiento esos ingresos puedan destinarse al pago de la obligación garantizada. Habida cuenta de este objetivo general, existen al menos cuatro razones por las que los Estados posiblemente decidan establecer un conjunto de reglas no imperativas.

42. Primera razón: si los derechos y las obligaciones se distribuyen entre un acreedor garantizado y un otorgante de una manera con la que ellos mismos estarían probablemente conformes, un conjunto de reglas no imperativas contribuye a reducir los gastos de las operaciones, eliminando la necesidad de que las partes negocien y elaboren nuevas disposiciones, pues ya estarán adecuadamente previstas en esas reglas. En este caso, las reglas no imperativas constituyen cláusulas implícitas o supletorias (es decir, aplicables de no existir convenio en contrario), las cuales se consideran parte del acuerdo de garantía, a no ser que en éste se exprese una intención contraria. Como ejemplo de tal cláusula implícita cabría citar el caso de una regla que permitiera al acreedor garantizado que estuviera en posesión del bien gravado retener los ingresos dimanantes del bien y utilizarlos directamente para el pago de la obligación garantizada.

43. Segunda razón: incluso las partes mejor aconsejadas y más experimentadas no pueden prever con exactitud lo que sucederá. Por muy minuciosamente que esté elaborado un acuerdo, habrá circunstancias impredecibles. Para obviar la necesidad de una decisión judicial o arbitral que colme esas lagunas en el acuerdo cuando surjan y para reducir el número de posibles controversias, los Estados suelen establecer reglas básicas de caracterización. Estas reglas no imperativas remiten a las partes a otros principios jurídicos más generales, a los que cabe recurrir para hallar la forma de resolver los problemas imprevistos. Un ejemplo de tal regla es la que prescribe que el otorgante de una garantía real sigue siendo el titular del derecho sustantivo (sea éste de propiedad, de rango inferior a la propiedad o un derecho personal) sobre el cual se haya constituido la garantía. En consecuencia, al hacer frente a un hecho determinado imprevisto, las partes pueden partir del principio de que sigue correspondiendo al otorgante ejercitar todo derecho que no se haya asignado específicamente al acreedor garantizado.

44. Tercera razón: con una elaboración legislativa relativamente completa de los derechos y obligaciones de las partes antes del incumplimiento se aumenta la eficacia y la

previsibilidad al canalizarse la atención de las partes hacia las cuestiones que deberían tomar en consideración al negociar su acuerdo. Diversas reglas supletorias que las partes puedan excluir les podrán servir de ayuda para la redacción, al ofrecerles una lista de referencia sobre los puntos que posiblemente convenga considerar a la hora de ultimar el acuerdo de garantía. Aunque las partes decidan modificar las reglas no imperativas establecidas a fin de lograr mejor sus objetivos, el hecho de haberles prestado atención da la seguridad de que esas reglas se han tenido en cuenta y no se han dejado de lado por inadvertencia.

45. Por último, las reglas no imperativas permiten que el principio de autonomía contractual de las partes resulte más eficaz. Esta ventaja se pone especialmente de manifiesto en las operaciones a largo plazo en que las partes no pueden prever todas las eventualidades. Dichas reglas favorecen la flexibilidad y reducen los gastos de cumplimiento. Por ejemplo, el hecho de considerar el acuerdo ya completo y luego pedir a las partes que formalicen todas las modificaciones y enmiendas subsiguientes introducidas en el acuerdo no hace sino imponer al otorgante gastos adicionales para tales operaciones. Dado que se trata de reglas no imperativas, las partes siempre podrán excluir su aplicación mediante una estipulación contractual, como por ejemplo una cláusula que disponga que en un determinado documento escrito esté consignado el acuerdo en su totalidad y que no se permitirán modificaciones verbales.

46. Las ventajas que entraña el hecho de permitir a las partes definir su relación por medio de un conjunto de reglas no imperativas están muy ampliamente reconocidas en muchos ordenamientos jurídicos nacionales (por ejemplo, en los artículos 2736 a 2742 del Código Civil de Quebec (Canadá) y en los artículos 9-207 a 9-210 del Código de Comercio Uniforme de los Estados Unidos), así como por las organizaciones que promueven leyes modelo regionales (por ejemplo, en el artículo 15 de la Ley Modelo sobre Operaciones Garantizadas del Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo, y en el artículo 33 de la Ley Modelo Interamericana de Garantías Mobiliarias, de la Organización de los Estados Americanos)¹, y también se reconocen en las convenciones internacionales relativas a compraventas internacionales (por ejemplo, en el artículo 6 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (1980))² o en algún aspecto de las operaciones garantizadas sobre bienes muebles (por ejemplo, en el párrafo 1 del artículo 11 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional (en adelante, “la Convención de las Naciones Unidas sobre Cesión de Créditos”) y en el artículo 15 del Convenio relativo a las garantías reales internacionales sobre bienes de equipo móvil)³.

5. *Reglas no imperativas típicas aplicables antes del incumplimiento*

a) *Generalidades*

47. En este capítulo no se estudian todas las situaciones en las que los Estados tal vez deseen establecer reglas no imperativas. Por ejemplo, no se tratan las reglas no imperativas que puedan establecerse en relación con las estipulaciones adicionales para la existencia de una garantía real (por ejemplo, el posible contenido del acuerdo de garantía por encima de lo mínimo para constituir la garantía). Las reglas no imperativas cumplen en

¹Véase la Introducción, notas 3 y 9.

²Publicación de las Naciones Unidas, Núm. de venta: S.95.V.12.

³Véase la Introducción, notas 7 y 8.

este contexto una función diferente y, por tanto, su conveniencia, su alcance y su contenido se guían por otras consideraciones normativas. Además, y por la misma razón, en el presente capítulo no se examinan las reglas no imperativas destinadas a regir los derechos y obligaciones de las partes a raíz de un incumplimiento. Estas reglas no imperativas se analizan en el capítulo VIII, relativo a la ejecución de una garantía real.

48. Las reglas no imperativas de las que trata esta sección son las que regulan los derechos y obligaciones de las partes antes de todo incumplimiento. Como tales reglas serán por lo general un reflejo de las necesidades, prácticas y políticas de los distintos Estados, su configuración específica varía enormemente. Aun así, existe un núcleo de reglas no imperativas que figuran por lo general en las legislaciones nacionales contemporáneas. En general pueden subdividirse en dos grandes categorías: *a)* las reglas que sirven de complemento a las reglas imperativas referentes a los derechos y deberes de los acreedores garantizados que estén en posesión de los bienes gravados, y *b)* las reglas que enuncian los derechos retenidos por el otorgante, prescindiendo de quién tiene la posesión.

49. Al igual que las reglas imperativas, las de carácter no imperativo se formulan con la intención de fomentar un comportamiento responsable por parte de quienes tengan la custodia de los bienes gravados. De ahí que, habitualmente, los Estados las organicen en función de que sea el acreedor garantizado quien esté en posesión de tales bienes, o de que sea el otorgante. No obstante, algunas de las reglas no imperativas aplicables antes de un incumplimiento están concebidas con el fin de ser aplicables independientemente de cuál de las dos partes tenga la posesión. A continuación se examinan sucesivamente estas situaciones.

b) Reglas no imperativas cuando el acreedor garantizado está en posesión de los bienes gravados

50. Como ya se ha señalado (véanse los párrafos 24 a 31 *supra*), la mayoría de los Estados tienen establecidas reglas imperativas que obligan a los acreedores garantizados que están en posesión de los bienes gravados a cuidarlos razonablemente, conservarlos y mantenerlos en buen estado. Por lo general, cuando el acreedor garantizado tenga derecho a utilizar los bienes gravados, está también obligado a encargarse de todas las reparaciones necesarias para mantener los bienes gravados en buen estado. Ya se ha examinado el contenido básico de tales reglas (véanse los párrafos 16 a 39 *supra*). Además, algunos Estados establecen una serie de reglas no imperativas que especifican obligaciones adicionales de los acreedores, como la de cuidar los bienes gravados que estén en su posesión, especialmente cuando los bienes gravados den origen a frutos civiles y naturales o generen ingresos. En los párrafos siguientes se analizan las reglas no imperativas más comunes de esa índole.

51. En lo que respecta a la obligación básica de cuidado y conservación, muchos Estados exigen específicamente, en el caso de los bienes corporales, que el acreedor garantizado mantenga los bienes gravados de forma que sean claramente identificables. Si esos bienes son fungibles y están mezclados con otros bienes de la misma naturaleza, este deber se transforma en la obligación de mantener una cantidad suficiente de bienes de la misma calidad que los originariamente gravados. Además, cuando el mantenimiento requiere medidas que excedan de la capacidad personal del acreedor, los Estados suelen disponer que el acreedor deberá notificar al otorgante y, de ser necesario, permitirle que tome temporalmente posesión de los bienes para repararlos, cuidarlos, conservarlos o mantener su valor.

52. Cuando el bien gravado consista en un título que lleve incorporado el derecho del otorgante a un pago en efectivo, la obligación de cuidado por parte del acreedor garantizado puede no limitarse a la conservación de ese documento en buen estado. Muchos Estados exigen además que el acreedor garantizado en posesión de un título negociable evite toda pérdida de derechos sobre el propio título adoptando medidas contra personas que sean subsidiariamente responsables en virtud del título (por ejemplo, los garantes). En esos Estados también es frecuente disponer que tanto el otorgante como el acreedor garantizado podrán presentar una demanda para hacer cumplir la obligación de pago.

53. Un corolario no imperativo del deber que tiene el acreedor garantizado de cuidar el bien gravado es el derecho de tal acreedor a que se le reembolsen los gastos razonables que haya realizado para conservar el bien y a que tales gastos se sumen al importe de la obligación garantizada. Además, muchos Estados permiten al acreedor garantizado hacer un uso razonable del bien gravado o explotarlo (véase la recomendación 113 *b*). Como elemento concomitante de este derecho, el acreedor garantizado deberá permitir al otorgante que inspeccione el mencionado bien en cualquier momento razonable y será responsable de los daños dimanantes de todo deterioro del bien que sea superior al que implica el desgaste normal.

54. Dado que el acreedor garantizado ejerce la posesión, estará casi siempre mejor situado para percibir el producto monetario y no monetario que se derive del bien gravado. Por esta razón, los Estados suelen establecer una regla no imperativa en virtud de la cual tanto el producto monetario como el no monetario deberán ser percibidos por el acreedor garantizado que tenga el bien en su posesión. Normalmente, el otorgante es el que está en condiciones de obtener el mejor precio por el producto no monetario que generen los bienes gravados (por ejemplo, la leche obtenida de las vacas, los huevos puestos por gallinas y la lana obtenida de las ovejas). En consecuencia, los Estados prevén también por lo general que, en el infrecuente caso de que el acreedor garantizado tome posesión de ganado, dicho acreedor deba entregar el producto no monetario al otorgante para que disponga de él. Cuando el producto no monetario consista en la reproducción natural de animales, según una regla no imperativa común, las crías quedan automáticamente gravadas por la garantía real y en manos del acreedor con arreglo a las mismas condiciones que los animales originales.

55. Cuando el producto sea monetario, a veces tiene poco sentido obligar al acreedor, tras el cobro, a que lo entregue al otorgante. Conforme a la regla no imperativa habitual, el acreedor garantizado puede deducir el producto en efectivo del valor de la obligación garantizada o mantenerlo en una cuenta aparte como garantía adicional. Este principio se aplica tanto si el producto en efectivo percibido consiste en intereses, un pago mixto de intereses y capital, o dividendos de acciones. Algunos Estados incluso permiten al acreedor la alternativa de vender las acciones adicionales recibidas como dividendo (representando el producto de la venta, como si fueran dividendos en efectivo) o retenerlas (a la manera de las crías de animales) como bienes gravados suplementarios. No obstante, también es frecuente que el acreedor garantizado y el otorgante convengan en el acuerdo de garantía en que, mientras el otorgante no haya incumplido dicho acuerdo, éste podrá retener los dividendos en efectivo.

56. Existe una gran diversidad de reglas no imperativas que rigen el derecho del acreedor garantizado a enajenar los bienes gravados que tenga en su posesión. Algunos Estados disponen que el acreedor garantizado puede ceder la obligación garantizada y la garantía real. Es decir, el acreedor puede de hecho transferir la posesión del bien gravado a la

persona a la que haya cedido la obligación garantizada. Algunos Estados prevén también que el acreedor garantizado pueda constituir una garantía real sobre el bien gravado como garantía de su propia deuda (“nueva pignoración del bien gravado”), siempre que no se menoscabe el derecho del otorgante a obtener los bienes una vez satisfecho el pago de la obligación garantizada. A menudo esos acuerdos de nueva pignoración se limitan a las acciones, obligaciones y otros títulos mantenidos en una cuenta de valores, pero en algunos Estados los acreedores pueden volver a pignorar bienes corporales tales como diamantes, metales preciosos y obras de arte. En cambio, muchos Estados prohíben al acreedor garantizado que ejerza la posesión pignorar nuevamente los bienes gravados, aun cuando pueda hacerlo en condiciones que no menoscaben el derecho del otorgante a recuperar sus bienes una vez satisfecha la obligación garantizada.

57. El riesgo de pérdida o deterioro de los bienes afecta normalmente a la propiedad, no a la posesión. No obstante, muchos Estados disponen que, cuando se destruyen o sufren un deterioro anormal bienes gravados que están en posesión del acreedor garantizado, se presume que éste ha incurrido en culpa y tiene que indemnizar la pérdida. Pero, por lo común, en virtud de la misma regla no imperativa, el acreedor no es responsable si puede probar que no tuvo la culpa de la pérdida o del deterioro. Dado que siempre interesará al acreedor garantizado cuidar de que se mantenga el valor de los bienes gravados, muchos Estados disponen que el acreedor tiene derecho a un seguro. Si el acreedor garantizado se asegura contra toda pérdida o daño, sea cual fuere la causa, tiene derecho a sumar el costo del seguro a la obligación garantizada.

58. Esta última regla es un ejemplo particular de un principio más general establecido como regla no imperativa en muchos Estados y recomendado en la *Guía*. Los gastos razonables que efectúe el acreedor garantizado al cumplir su obligación como custodio de cuidar razonablemente del bien gravado son transferibles al otorgante y se suman automáticamente al importe de la obligación garantizada (véase la recomendación 113 a)). Ejemplo de tales gastos razonables de los que pasa a ser responsable el otorgante son los pagos de impuestos, las facturas de reparaciones, los gastos de almacenamiento y las primas de seguros.

c) *Reglas no imperativas cuando el otorgante está en posesión de los bienes gravados*

59. Un régimen eficiente y eficaz de las operaciones garantizadas suele estar concebido para fomentar un comportamiento responsable por parte del otorgante que siga en posesión de los bienes gravados. El criterio de evitar tomar medidas que provoquen una pérdida de valor de los bienes gravados superior a la depreciación imputable al desgaste normal está en consonancia con tal objetivo. De ahí que la mayoría de los Estados impongan al otorgante en posesión de los bienes gravados las mismas obligaciones de cuidado y conservación que tienen los acreedores garantizados poseedores. El deber del otorgante de cuidar los bienes gravados incluye el de asegurarlos con una póliza y el de pagar sin demora los impuestos. Si el acreedor garantizado realiza tales gastos, aun cuando el otorgante mantenga la posesión, el acreedor garantizado tiene derecho a que el otorgante le reembolse esos gastos y puede sumarlos al importe de la obligación garantizada.

60. Sin embargo, además de estas reglas imperativas, muchos Estados promulgan reglas no imperativas con el fin de maximizar el potencial económico de los bienes gravados cuando el otorgante conserva la posesión de éstos. En particular, el hecho de favorecer el uso y la explotación de tales bienes se considera un modo para facilitar la generación de

ingresos y el reembolso del valor de la obligación garantizada. Por esta razón, la mayoría de los Estados disponen a veces que, a menos que se convenga otra cosa, el otorgante que esté en posesión no renuncia a las prerrogativas generales de la propiedad (el derecho al uso y disfrute, el derecho a los frutos civiles y naturales o los ingresos apropiados y el derecho a enajenar) simplemente por haberse constituido una garantía real. Esto significa que, en una situación normal, el otorgante tiene derecho a utilizar, arrendar, procesar y a entremezclar los bienes gravados con otros bienes de manera razonable y compatible con su naturaleza y sus fines, así como con los objetivos establecidos por las partes en el acuerdo de garantía. En tales casos, el acreedor garantizado debe tener derecho a vigilar las condiciones en que el otorgante en posesión del bien gravado lo mantiene, utiliza y procesa, así como a inspeccionar el bien en todo momento razonable (véase la recomendación 113 c)).

61. Si los bienes gravados son generadores de ingresos que están en posesión del otorgante, cuando la garantía real del acreedor abarque los ingresos generados por el bien, los deberes del otorgante podrán consistir en llevar una documentación adecuada y rendir cuentas razonablemente sobre la disposición y el empleo del producto derivado de los bienes gravados. Las obligaciones específicas del otorgante en el caso de los bienes inmateriales (por ejemplo, derechos al pago de fondos acreditados en cuentas bancarias, regalías por el uso de patentes mediante licencia, derechos de propiedad intelectual y marcas comerciales), y en particular el derecho del otorgante al pago en forma de créditos por cobrar, son temas que se analizan en la sección siguiente.

62. Muchos Estados aplican una regla no imperativa que protege los frutos civiles y naturales o los ingresos (a diferencia del producto de la disposición en sentido estricto) de un nuevo gravamen automático en virtud del acuerdo de garantía. La finalidad normativa consiste en dar al otorgante la posibilidad de obtener financiación suplementaria al excluir estos nuevos bienes de la cobertura de la garantía real existente. Otros Estados fijan la regla supletoria de modo que se graven automáticamente los frutos civiles y naturales o los ingresos derivados de la garantía real inicial. Aquí la finalidad normativa es que las partes esperen y pretendan que los frutos civiles y naturales o los ingresos queden gravados y que la regla no imperativa refleje esas expectativas normales. En cualquier caso, dado que esto se promulga siempre en forma de regla no imperativa, si las partes desean incluir los frutos civiles y naturales o los ingresos en el alcance de la garantía real o excluirlos de este último, podrán hacerlo con toda libertad ya sea al negociar el acuerdo de garantía o en cualquier momento posterior.

63. La *Guía* dispone en su capítulo II, sobre la constitución de una garantía real, que una garantía real es extensiva a todo el producto identificable (inclusive el producto del producto) generado por el bien gravado (véase la recomendación 19). Es decir, a menos que se convenga otra cosa, todo bien derivado de los bienes gravados en posesión del otorgante queda automáticamente sujeto a la garantía real, con independencia de que esos bienes suplementarios se consideren frutos civiles o naturales, o bien producto en el sentido estricto. En la medida en que los frutos del bien gravado sean en especie (por ejemplo, reproducción de animales, dividendos de acciones), el otorgante podrá utilizarlos y explotarlos en las mismas condiciones que los bienes originariamente gravados. Cuando los frutos del bien gravado sean productos naturales como la leche, los huevos y la lana, el otorgante podrá venderlos y la garantía real abarcará el producto percibido después de su enajenación. Cuando los frutos sean frutos civiles (por ejemplo, pagos de alquiler a raíz de un arrendamiento de bienes, o intereses percibidos en concepto de préstamo de dinero), la garantía real los gravará siempre que permanezcan identificables. Sin embargo, por regla

general, el otorgante en posesión percibirá los frutos civiles, tanto monetarios como cuasi monetarios (como acciones, dividendos, obligaciones, certificados de depósito y justificantes para la adquisición de más acciones). Los frutos civiles monetarios se depositarán normalmente en una cuenta bancaria, mientras que los de carácter cuasi monetario se depositarán en una cuenta de inversiones. Cuando los frutos civiles consistan en acciones adquiridas como dividendos, el otorgante podrá normalmente, a su discreción, dejarlos en la cuenta de inversiones junto con los bienes gravados originarios. Del mismo modo, se dará al otorgante la facultad discrecional de ejercer la opción de adquirir acciones y depositarlas en la misma cuenta de inversiones. Cuando los frutos civiles no se presenten en efectivo, el otorgante podrá normalmente enajenarlos libres del gravamen de la garantía real, quedando entendido que el producto en efectivo que se genere constituirá también un bien gravado.

64. El deber de conservar el bien gravado significa normalmente que el otorgante en posesión del mismo es responsable de su pérdida o deterioro, tanto si él tiene la culpa de estos percances como si son imputables a un hecho fortuito. En cambio, un acreedor garantizado que se encuentre en posesión del bien no es responsable frente al otorgante de su pérdida o deterioro causados por un hecho fortuito. Esto encuentra su justificación en el hecho de que, en virtud de los principios básicos del derecho de los contratos, el propietario de un bien corre el riesgo de su pérdida causada por un hecho fortuito.

65. En principio, el otorgante no tiene derecho a disponer del bien gravado sin la autorización del acreedor garantizado. Si el otorgante lo hace, el comprador recibirá el bien sujeto a la garantía real (véase la recomendación 79). Ahora bien, como excepción, el otorgante puede disponer del bien gravado libre de la garantía si se vende en el curso ordinario de los negocios del vendedor y el comprador ignora que con tal venta se violan los derechos del acreedor garantizado en virtud del acuerdo de garantía (véase la recomendación 81 a)). Pese a esta restricción del derecho a enajenar, dado que el otorgante retendrá normalmente el pleno uso del bien gravado, la mayoría de los Estados establecen reglas no imperativas que lo autorizan a constituir garantías reales suplementarias que graven aún más bienes ya gravados, así como sobre los frutos civiles y naturales o los ingresos que generan y sobre el producto de su enajenación. Las recomendaciones de la *Guía* se ajustan a ese enfoque (véanse la recomendación 76 y, con respecto a la financiación de adquisiciones en virtud de un acuerdo de retención de la titularidad, la recomendación 190). Además, el hecho de que no se autorice al otorgante a constituir garantías reales suplementarias no impide que se constituyan con éxito, aun cuando tal acto represente un incumplimiento del acuerdo de garantía (véanse las recomendaciones 18 y 23 a 25).

d) *Reglas no imperativas con independencia de quién esté en posesión de los bienes gravados*

66. Además de los derechos específicamente reconocidos y de las obligaciones específicamente impuestas a los acreedores garantizados y a los otorgantes atendiendo a la posesión de los bienes gravados, muchos Estados también promulgan reglas no imperativas aplicables tanto al acreedor garantizado en posesión (garantía con desplazamiento de la posesión) como al otorgante en posesión (garantía sin desplazamiento de la posesión). Existen dos reglas de esta índole que son habituales, una que regula las obligaciones del otorgante y otra que aborda los derechos del acreedor garantizado.

67. La primera regla es corolario de la idea de que un otorgante en posesión debe mantener el valor de los bienes gravados. Si el valor de dichos bienes llegara a disminuir considerablemente, incluso por razones ajenas a toda falta de atención por parte de quién

estuviera en posesión, algunos Estados establecen que el otorgante deberá ofrecer una garantía suplementaria (o bienes suplementarios) para compensar toda disminución de valor imprevista. Además, esta regla se suele hacer extensiva a la disminución normal del valor de los bienes gravados a causa de su desgaste y deterioro normal o de la situación del mercado, siempre que esa disminución suponga un porcentaje considerable del valor inicial de los bienes gravados. Sin embargo, las partes suelen especificar detalladamente en “disposiciones principales” de su acuerdo las condiciones en las que el otorgante estará obligado a ofrecer bienes suplementarios si se produce un descenso abrupto del valor de los bienes gravados.

68. La segunda regla no imperativa habitual se refiere al derecho que tiene el acreedor garantizado a ceder tanto la obligación garantizada como la garantía real conexas. De no acordarse lo contrario, un acreedor garantizado puede ceder libremente la obligación garantizada y la garantía real constituida al efecto (véase, por ejemplo, el artículo 10 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos y la recomendación 25). Algunos Estados incluso disponen que el acreedor garantizado puede hacerlo incluso a pesar de la existencia de limitaciones contractuales sobre la cesión (véase el párrafo 1 del artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos y la recomendación 24). Cuando el acreedor garantizado está en posesión del bien gravado (por ejemplo, en el caso de un título negociable), ello implica que también puede transferir tal posesión al nuevo acreedor garantizado. No obstante, en ambos casos, en ausencia de un acuerdo concreto en sentido contrario entre el otorgante y el acreedor garantizado inicial (el cedente) por el que se acuerde tal arreglo, el cesionario de la obligación garantizada no puede adquirir mayores derechos frente al otorgante ni reclamar mayores privilegios con respecto al bien gravado que los que podía exigir el cedente.

B. Observaciones específicamente relacionadas con los bienes

69. La mayoría de las reglas imperativas y no imperativas concernientes a los derechos y obligaciones de las partes antes de un incumplimiento regulan la manera en que se distribuyen las prerrogativas y responsabilidades de la propiedad entre el otorgante y el acreedor garantizado. Como ya se señaló, entre ellas figuran sobre todo: *a*) la obligación (siempre impuesta a la parte que está en posesión del bien gravado) de cuidar y conservar el bien gravado y de preservar su valor; *b*) el derecho a utilizar, transformar, mezclar y procesar bienes gravados; *c*) el derecho a percibir los frutos civiles y naturales o los ingresos y otros productos generados por los bienes, así como a tomar posesión de ellos para uso propio, y, en algunos Estados, *d*) la cuestión de si el acreedor garantizado tiene el derecho a pignorar, volver a pignorar o enajenar los bienes gravados, bien sea libres del gravamen de la garantía real o sujetos a ella.

70. Por lo general, esas reglas abordan los casos en que los bienes gravados son corporales. No obstante, en el capítulo I, la *Guía* destaca la importancia de los bienes inmateriales y, en particular, de los derechos a un cobro en forma de bien que el otorgante podría gravar. Si bien ciertas categorías de bienes inmateriales se excluyen de la *Guía* (por ejemplo, los valores bursátiles y los derechos de pago en virtud de contratos de financiación; véase la recomendación 4 *c*) y *d*)), muchos otros tipos de bienes inmateriales sí quedan abarcados: en particular, los créditos por cobrar contractuales y extracontractuales, los derechos al cobro de fondos acreditados en una cuenta bancaria y del producto de una promesa independiente (véase la recomendación 2 *a*)).

71. La constitución de una garantía real sobre un derecho a cobro implica necesariamente la intervención de partes que no sean el otorgante ni el acreedor garantizado; interviene, con toda evidencia, el deudor del crédito por cobrar. Dado que el bien gravado es la obligación adeudada al otorgante por un tercero, se ha requerido a los Estados que establecieran reglas detalladas para regular la relación tripartita entre las partes y también las de éstas con los terceros. Estas reglas regulan los derechos y deberes de las partes en el acuerdo de garantía y de los terceros, independientemente de que el derecho nazca de un bien corporal (por ejemplo, un título negociable o un documento negociable) o de un bien inmaterial (por ejemplo, un crédito por cobrar, derechos al cobro de fondos acreditados en una cuenta bancaria o un derecho a percibir el producto de una promesa independiente). La mayoría de las reglas concernientes a la relación entre, por una parte, el otorgante y el acreedor garantizado y, por otra parte, el deudor del crédito (“tercero deudor” en virtud de la *Guía*) son imperativas, pero algunas de ellas son no imperativas. Los derechos y obligaciones de los terceros deudores se examinan con detalle en el capítulo VII.

72. El tema central de esta sección son los derechos y obligaciones anteriores a todo incumplimiento entre el cedente (el otorgante) y el cesionario (el acreedor garantizado). Al igual que en el caso de los bienes corporales, la mayoría de los Estados adoptan la postura de que deben ser las propias partes las que determinen sus derechos y deberes mutuos antes de un incumplimiento (véase la recomendación 110). De ahí que la mayoría de las reglas relativas a esos derechos y obligaciones sean de carácter no imperativo. Sin embargo, ante las repercusiones que dichas reglas pueden tener para los terceros, los Estados adoptan con frecuencia una combinación de reglas imperativas y no imperativas. Los artículos 11 a 14 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos constituyen un buen ejemplo de esta práctica en el caso de las cesiones de créditos por cobrar.

1. *Declaraciones del cedente*

73. Algunas de las partes más importantes del acuerdo entre el cedente y el cesionario guardan relación con las declaraciones que el cedente hace al cesionario. Normalmente se presume que: *a)* el cedente tiene el derecho a ceder el crédito por cobrar; *b)* dicho crédito no se ha cedido con anterioridad, y *c)* el deudor del crédito no tiene excepciones ni derechos de compensación que pueda oponer contra el cedente. Dicho de otro modo, si el cedente tiene dudas acerca de algunas de estas cuestiones, debe mencionarlas explícitamente en el acuerdo o declarar expresamente que no hace declaraciones al acreedor garantizado sobre el particular. En todo caso, paralelamente a las obligaciones del otorgante anteriores a todo incumplimiento con respecto a bienes corporales, el cedente deberá adoptar todas las medidas razonables necesarias para preservar jurídicamente su derecho a cobrar con cargo al crédito. Por otra parte, a menos que el cedente garantice específicamente otra cosa, se presume que no garantiza la capacidad real de pago del deudor del crédito. Estas diversas obligaciones se enuncian en forma de reglas no imperativas en el derecho interno de la mayoría de los Estados y en la *Guía* se recomienda que revistan esta forma (véase la recomendación 114).

2. *Derecho a notificar al deudor del crédito*

74. Como el valor del crédito cedido consiste en el pago hecho por el deudor del crédito, y como el deudor del crédito sólo está obligado a pagar al cesionario si conoce realmente

los derechos del mismo, es importante que el cesionario tenga las máximas posibilidades de poner la cesión en conocimiento del deudor. Por esta razón, en una gran parte de los Estados se establece que el cedente o el cesionario podrán notificar al deudor y darle instrucciones sobre cómo deberá efectuar el pago. No obstante, para evitar que se impartan instrucciones contradictorias, es normal que dichos Estados dispongan también que, una vez notificada la cesión, sólo el cesionario podrá dar instrucciones al deudor acerca de la forma y del lugar del pago. La *Guía* también adopta estos arraigados criterios para la notificación del crédito al deudor (véase la recomendación 115).

75. Por supuesto, pueden darse situaciones en que el cedente y el cesionario (o sólo uno de ellos) no deseen que el deudor del crédito tenga conocimiento de la cesión. Este deseo puede tener que ver con las particularidades propias del negocio del cedente o con la situación económica general. Por tal razón, los Estados suelen prever que el cedente y el cesionario pueden convenir en aplazar cierto tiempo la comunicación al deudor de la cesión realizada. Mientras no se efectúe la notificación, el deudor del crédito continuará pagando al cedente conforme al acuerdo inicialmente concertado entre ellos o a las eventuales instrucciones de pago dadas ulteriormente. Si una parte (por lo general el cesionario) incumple la obligación de no notificar, ello no debería redundar en perjuicio del deudor del crédito. Posteriormente, se exigirá al deudor del crédito por cobrar que pague según las instrucciones dadas, tras lo cual tendrá derecho a quedar liberado de su obligación (véase la recomendación 119). No obstante, muchos Estados disponen también que, a menos que el cedente y el cesionario convengan otra cosa, tal incumplimiento de la obligación de no notificar puede originar responsabilidad por los eventuales perjuicios resultantes. La *Guía* recomienda que estos principios generales rijan la notificación de la cesión al deudor del crédito (véase la recomendación 115).

3. *Derecho al cobro del crédito*

76. Puesto que la razón de ser de la garantía es el derecho al cobro, es importante especificar el efecto que todo pago realizado por el deudor del crédito (ya sea al cedente o al cesionario) puede tener sobre los derechos respectivos de estos últimos. Muchos Estados han establecido reglas no imperativas para regular los pagos hechos de buena fe pero que tal vez no se hayan efectuado realmente conforme a las intenciones del cedente o del cesionario. Esta situación puede darse a veces, concretamente cuando el deudor del crédito ha recibido instrucciones de pago contradictorias o cuando ha tenido conocimiento de la cesión sin haber recibido ninguna notificación formal al respecto.

77. Hay dos situaciones típicas a las que se aplican esas reglas. En la primera, aun cuando no se notifique al deudor la cesión del crédito, podría ocurrir que se efectuara realmente el pago al cesionario, o que éste lo recibiera. Dada la finalidad de la garantía real sobre tal crédito, es más lógico que el cesionario tenga derecho a retener el pago, deduciéndolo del importe de la obligación del cedente. Análogamente, si se paga al cedente una vez realizada la cesión, y también con independencia de si el deudor del crédito por cobrar ha recibido o no la correspondiente notificación, el cedente debería estar obligado a remitir al cesionario el pago recibido. De igual modo, una vez efectuada la notificación, si la obligación de pago consiste en parte en devolver al cedente determinados bienes corporales, los Estados suelen disponer que esos bienes deberán entregarse al cesionario. Por ejemplo, si una parte de la obligación de pago del deudor del crédito consiste en transferir un título negociable al cedente, una vez recibida la notificación, corresponderá a aquél transferir el título negociable al cesionario. La *Guía* recomienda la adopción de este conjunto de

prácticas para regular los pagos mal dirigidos (véase la recomendación 116 *a*). Naturalmente, en todos estos casos, las reglas adoptadas por muchos Estados son de carácter no imperativo y, en consecuencia, el cedente y el cesionario pueden estipular en su acuerdo consecuencias diferentes.

78. En caso de cesiones múltiples de un crédito por cobrar, el deudor del mismo puede recibir notificaciones múltiples y no estar seguro de cuál es el cesionario que tiene prelación. A veces, el pago se hace de buena fe a un cesionario con menor prelación que otro. En tales casos, los Estados establecen por lo general que el cesionario con un grado de prelación superior no deberá verse privado de su derecho a percibir el pago y, cuando la obligación de pagar lleve aparejada la devolución de bienes al cedente, tal cesionario deberá también recibir estos bienes. El cesionario con un grado de prelación inferior deberá remitir el pago y devolver los bienes al cesionario con un grado de prelación superior. La *Guía*, ateniéndose a su enfoque general de la asignación de derechos y obligaciones entre el cedente y el cesionario antes de todo incumplimiento, recomienda que los casos en que se haya efectuado el pago a una persona a la que no le corresponda cobrar se rijan por estos principios generales (véase la recomendación 116 *a*)).

79. Sean cuales fueren las circunstancias en que el cesionario obtenga el pago, los Estados siempre disponen, mediante una regla imperativa, que el cesionario sólo podrá retener el pago en función de los derechos que tenga sobre el crédito. En otras palabras, si el pago efectuado por el deudor del crédito es de una cuantía superior al endeudamiento no saldado del cedente, el cesionario no podrá quedarse con el superávit (véase la recomendación 152), y deberá remitir esa suma excedentaria a la persona que tenga derecho a percibirla (al segundo cesionario con mayor prelación o al cedente, según el caso). Del mismo modo en que un acreedor garantizado cuyo crédito haya sido íntegramente satisfecho debe remitir bienes corporales al otorgante o cuidar de que se cancele la notificación de los derechos de tal acreedor en el registro general de garantías reales, algunos Estados también requieren de un cesionario que haya cobrado íntegramente que notifique tal hecho al deudor del crédito, informando a dicho cesionario que ya no puede percibir más dinero. Aunque en la *Guía* no se recomienda que se exija a los cesionarios el envío de una notificación al deudor de un crédito por cobrar, porque los cesionarios no pueden retener más que el valor de su derecho sobre los créditos por cobrar (véase la recomendación 116 *b*)), los cesionarios pueden en la práctica optar por enviar ellos mismos dicha notificación o enviarla juntamente con el otorgante.

80. Estas reglas imperativas y no imperativas referentes a los derechos y obligaciones que tienen, antes de todo incumplimiento, los cedentes y los cesionarios de bienes inmateriales son de utilidad para estructurar la relación entre ellos. En muchos aspectos, estas reglas no imperativas son una muestra de la función que se pretende dar a las reglas no imperativas, razón por la cual se enuncian expresamente en el derecho interno de muchos Estados y figuran en los artículos 12 a 14 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos. También por esta razón, en la *Guía* se recomienda insertarlas en las leyes o regímenes que regulen las operaciones garantizadas, para facilitar así que la cesión de créditos y su cobro discurran de manera eficaz y para permitir que al mismo tiempo los cedentes y los cesionarios puedan, no obstante, estructurar sus operaciones de manera diferente, en función de sus deseos y necesidades.

C. Recomendaciones 110 a 116

Finalidad

La finalidad de las disposiciones sobre los derechos y obligaciones de las partes es incrementar la eficiencia de las operaciones garantizadas y reducir los costos de las operaciones y las posibles controversias, concretamente:

- a) Previendo reglas imperativas sobre los derechos y obligaciones de la parte que está en posesión del bien gravado;
- b) Previendo reglas no imperativas sobre los derechos y obligaciones de las partes para su aplicación cuando las partes no hayan abordado esas cuestiones en su acuerdo; y
- c) Previendo reglas no imperativas que sirvan de ayuda para la formulación de las cuestiones que las partes deseen abordar en su acuerdo y para la preparación de una lista guía de dichas cuestiones.

1. Recomendaciones generales

*Derechos y obligaciones de las partes en un acuerdo de garantía*⁴

110. El régimen debería disponer que los derechos y obligaciones mutuos de las partes en un acuerdo de garantía están determinados por:

- a) Los requisitos y condiciones que se enuncian en el acuerdo, incluidas las reglas o condiciones generales a que se haga referencia en ellos;
- b) Cualquier uso que hayan convenido; y
- c) A menos que se haya acordado otra cosa, por cualquier práctica que hayan establecido entre ellos.

Reglas imperativas

111. El régimen debería disponer que la parte que esté en posesión de un bien gravado deberá adoptar medidas razonables para preservar dicho bien y conservar su valor.

112. El acreedor garantizado deberá devolver el bien gravado que esté en su posesión cuando, una vez liquidados los compromisos de otorgar crédito, la obligación garantizada se haya pagado íntegramente o haya sido satisfecha de alguna otra manera y la garantía real haya quedado, por tanto, extinguida⁵.

Reglas no imperativas

113. El régimen debería disponer que, a menos que se convenga otra cosa, el acreedor garantizado tendrá derecho:

- a) A que se le reembolsen los gastos razonablemente realizados con miras a preservar un bien gravado que esté en su posesión;
- b) A hacer un uso razonable de un bien gravado que esté en su posesión y a destinar los ingresos que produzca al pago de la obligación garantizada; y
- c) A inspeccionar todo bien gravado que esté en posesión del otorgante.

⁴Respecto de la recomendación 110, véase el artículo 11 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos.

⁵Respecto de la obligación del acreedor garantizado de cancelar la notificación inscrita en el registro, véase recomendación 72, capítulo IV, relativo al sistema de registro.

2. Recomendaciones específicamente relacionadas con los bienes

Declaraciones del cedente⁶

114. Con respecto a la cesión de un crédito contractual, el régimen debería disponer que:

a) A menos que el cedente y el cesionario acuerden otra cosa, el cedente asegure, en el momento de la celebración del contrato de cesión, que:

- i) El cedente tiene derecho a ceder el crédito;
- ii) El cedente no ha cedido con anterioridad el crédito a ningún otro cesionario; y
- iii) El deudor del crédito no puede ni podrá oponer excepciones ni gozar de derechos de compensación; y

b) A menos que el cedente y el cesionario hayan convenido otra cosa, el cedente no declare que el deudor del crédito tiene o tendrá la capacidad para pagar.

Derecho de notificación del deudor del crédito

115. El régimen debería disponer que:

a) Salvo acuerdo en contrario entre el cedente y el cesionario, el cedente o el cesionario, o ambos, podrán enviar al deudor del crédito una notificación de la cesión e instrucciones de pago, pero que, una vez enviado el aviso, sólo el cesionario podrá enviar tales instrucciones; y

b) La notificación de la cesión o de las instrucciones de pago efectuada en violación del acuerdo a que se hace referencia en el apartado a) de la presente recomendación no será inválida a efectos de la recomendación 120 (capítulo VII, sobre los derechos y obligaciones de terceros deudores) a causa de tal violación. Sin embargo, nada de lo dispuesto en la presente recomendación afectará a las obligaciones o a la responsabilidad de la parte que incumpla tal acuerdo en lo que respecta a los daños y perjuicios a que dé lugar dicho incumplimiento.

Derecho al pago

116. El régimen debería disponer que:

a) Entre el cedente y el cesionario, a menos que se convenga otra cosa, e independientemente de que se haya enviado o no la notificación de la cesión:

- i) Si el pago del crédito cedido se efectúa en beneficio del cesionario, éste tendrá derecho a retener el producto y los bienes corporales devueltos en relación con el crédito cedido;
- ii) Si el pago del crédito cedido se realiza en beneficio del cedente, el cesionario tendrá derecho al pago del producto y también a los bienes corporales devueltos al cedente en relación con el crédito cedido; y
- iii) Si el pago del crédito cedido se hace en beneficio de otra persona respecto de la cual el cesionario goce de prelación, el cesionario tendrá derecho al pago del producto y también a los bienes corporales devueltos a esa persona en relación con el crédito cedido;

b) El cesionario no podrá retener un valor superior al de su derecho sobre el crédito.

⁶Respecto de las recomendaciones 114 a 116, véanse los artículos 12 a 14 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos.

VII. Derechos y obligaciones de terceros deudores

A. Observaciones generales

1. Introducción

1. Los bienes inmateriales desempeñan una función cada vez más importante en los regímenes modernos de las operaciones garantizadas. La *Guía* reconoce ese hecho en varios capítulos (véase, por ejemplo, el capítulo I, relativo al ámbito de aplicación, los criterios básicos aplicables a las operaciones garantizadas y los temas generales comunes a todos los capítulos de la *Guía*, párrafos 5 a 9 y 78 a 84), y presta una considerable atención a los bienes inmateriales en numerosas recomendaciones (véanse las recomendaciones 23 a 27, sobre la constitución de una garantía real; 48 a 50, sobre la eficacia frente a terceros de una garantía real; 103 a 107, sobre la prelación de una garantía real; 114 a 117, sobre los derechos y obligaciones de las partes en un acuerdo de garantía, y 167 a 176, sobre la ejecución de una garantía real). Aunque ciertas categorías de bienes inmateriales pueden excluirse de la *Guía*, se incluyen muchos otros tipos de ellos y, en particular, los derechos al cobro de fondos (véase el apartado *a*) de la recomendación 2).

2. Cuando el bien gravado en una operación garantizada consiste en un derecho frente a un tercero, tal operación forzosamente es más complicada que cuando tal bien no es más que un simple bien, como, por ejemplo, un elemento de un bien de equipo. Tales derechos frente a terceros pueden ser “créditos por cobrar”, “derechos incorporados a títulos negociables”, “derechos incorporados a documentos negociables”, “derechos sobre el producto de una promesa independiente” y “derechos al cobro de fondos acreditados en una cuenta bancaria”. Aunque estos derechos frente a terceros se diferencian entre sí en aspectos importantes, tienen en común un rasgo fundamental: el valor del bien gravado es el derecho al cumplimiento cabal por parte de un tercero que tiene una obligación frente al otorgante. En la *Guía* se denomina a ese tercero un “tercero deudor”.

3. Puede haber también derechos frente a terceros que no entren en ninguna de esas cinco categorías arriba enumeradas. La *Guía* pretende abarcar también estos otros derechos cuando sirven como bienes gravados. Así pues, si bien la *Guía* prevé recomendaciones concretas sólo para cada una de estas cinco categorías indicadas, los principios que se examinan en el presente capítulo se aplican a esos otros derechos, salvo en la medida en que su naturaleza exija una norma diferente que podría enunciarse en otra normativa legal y que regulase concretamente tales derechos.

4. Según la naturaleza del derecho frente a un tercero que constituya un bien gravado, en la presente *Guía* se utilizan diferentes términos para designar al tercero deudor. Cuando, por ejemplo, el derecho es un crédito por cobrar, se denomina al tercero deudor “deudor del crédito”, y, cuando la obligación es el derecho sobre el producto de una promesa independiente, se le denomina “garante/emisor, confirmante u otra persona designada”.

5. En todos los casos en que el bien gravado es un derecho frente a un tercero deudor, la operación garantizada afectará no sólo al otorgante y al acreedor garantizado, sino que también podrá afectar al tercero deudor. En consecuencia, los Estados suelen prever

salvaguardias contra los efectos perjudiciales sobre el tercero deudor, porque éste no es parte en la operación garantizada. Naturalmente, los Estados deben asegurarse también de que esas salvaguardias no dificulten indebidamente la constitución de garantías reales sobre los derechos frente a terceros deudores, pues esas garantías facilitan la concesión de crédito por el acreedor garantizado al otorgante, lo que puede redundar a menudo en un beneficio económico del tercero deudor.

6. Ya se han examinado las normas detalladas que rigen los derechos y obligaciones recíprocos de los otorgantes y los acreedores garantizados cuando el bien gravado sea un derecho al cobro de fondos (véase el capítulo VI, relativo a los derechos y las obligaciones de las partes, párrafos 69 a 80). El presente capítulo se centra, en cambio, en los derechos y obligaciones de los terceros deudores. En primer lugar, en la sección A.2 *a*) se examinan varias cuestiones de carácter general. Después, en las secciones A.2 *b*) a 2 *f*), se abordan los derechos y obligaciones de los terceros deudores en los diferentes contextos en que nacen con más frecuencia. El capítulo concluye en la sección B con una serie de recomendaciones.

2. *Efecto de una garantía real sobre las obligaciones de un tercero deudor*

a) *Generalidades*

7. Los Estados reconocen en general que sería improcedente que una garantía real sobre un derecho al cumplimiento de una obligación por un tercero deudor alterase la naturaleza o magnitud de la obligación de ese tercero frente a su acreedor. Este principio básico también figura en varios instrumentos internacionales. Por ejemplo, el artículo 15 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional (en adelante, “la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos”) no permite cambio alguno en la obligación de pago, salvo el nombre de la persona a la que deba realizarse el pago (y, con ciertas limitaciones, la dirección o la cuenta en la cual el deudor deba hacer el pago; véase el párrafo 12 *infra*). El principio tiene carácter general y se aplica por igual a todas las obligaciones, independientemente de la forma en que nazca la obligación o la manera en que se exprese. Lo dicho es válido, aunque las recomendaciones de la *Guía* regulen sólo supuestos en que la obligación pertinente consista en la obligación de efectuar un pago en virtud de un título negociable, en la obligación de realizar un pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria, en la obligación de efectuar el pago del producto de una promesa independiente, en una obligación derivada de un documento negociable de hacer entrega de los bienes pertinentes, o en la obligación de efectuar un pago en virtud de un contrato.

8. Cuando un título negociable o un documento negociable pruebe un derecho frente a un tercero deudor, este principio ya se recoge en el régimen legal que ha alcanzado un desarrollo satisfactorio en la mayoría de los Estados y que regula en detalle el efecto de una cesión de un título negociable o de un documento negociable o de la obligación del deudor. En general, en la *Guía* se hace referencia a esa normativa legal como la ley que rige los títulos negociables o la ley que rige los documentos negociables (véase la Introducción, sección B, Terminología e interpretación, párrafo 19). Por lo tanto, no es necesario que el régimen de las operaciones garantizadas cree de nuevo esas normas. En consecuencia, la *Guía* se remite en general a esos regímenes para llevar a efecto ese principio. Existen disposiciones análogas sobre los derechos de un banco respecto de fondos acreditados en una cuenta bancaria y sobre los derechos de un garante/emisor, de

un confirmante o persona designada o de cualquier otro beneficiario nombrado en una promesa independiente o al que se haya transferido el derecho a cobrar; en todos esos casos, la *Guía* también hace las remisiones pertinentes.

b) *Efecto de una garantía real en las obligaciones del deudor de un crédito*

9. Aunque en la mayoría de los Estados está satisfactoriamente regulado el efecto de una garantía real en la parte obligada en el caso de un título negociable o un documento negociable, ello no siempre es así cuando se trata de un crédito objeto de una garantía real. En consecuencia, la *Guía* aborda con cierto detalle el efecto de una garantía real en la obligación del deudor del crédito. En gran parte, las políticas y recomendaciones de la *Guía* se inspiran (a menudo en forma literal) en las normas análogas de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos.

10. En muchos Estados no es posible otorgar una garantía real sobre un crédito por cobrar. El único mecanismo mediante el cual el acreedor de un crédito por cobrar puede utilizarlo como bien para garantizar un préstamo es ceder el crédito por cobrar a otro acreedor. Además, en algunos Estados no es posible ceder un crédito por cobrar a título de garantía. Es decir, en esos Estados no es posible supeditar el derecho del cesionario a cobrar el crédito a que el propio cedente siga teniendo una obligación frente al cesionario. Solamente son posibles las cesiones puras y simples de créditos por cobrar. No obstante, independientemente de que la operación sea una cesión pura y simple, una cesión a título de garantía o una operación por la que se constituye una garantía real, los mecanismos legales que establecen los derechos y obligaciones recíprocos de las partes, así como sus derechos frente a terceros deudores, son similares. Por este motivo, y dado que a veces es difícil determinar exactamente la naturaleza de la operación subyacente entre el cedente y el cesionario, muchos Estados tratan en general de la misma manera todos los tipos de transferencia de créditos. Éste es asimismo el enfoque adoptado por la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos.

11. De forma coherente con tal enfoque, la *Guía* abarca no solamente las garantías reales sobre créditos por cobrar, sino también las transferencias puras y simples y las cesiones a título de garantía (véase la recomendación 3). Por consiguiente, el examen que figura en el presente capítulo comprende también los derechos y obligaciones del deudor del crédito por cobrar en las operaciones en las que el crédito haya sido transferido pura y simplemente o utilizado como bien gravado, bien sea en una cesión a título de garantía u otorgando una garantía real sobre un crédito por cobrar. Además, el término “cesión” se emplea en este capítulo para referirse a los tres tipos de operaciones, salvo cuando se indique otra cosa. Sin embargo, es importante subrayar que el hecho de que esas operaciones se rijan por un conjunto de reglas comunes no da lugar a la conversión de una transferencia pura y simple de un crédito en una operación garantizada (véase el capítulo I, relativo al ámbito de aplicación, párrafo 31).

i) *Protección del deudor del crédito por cobrar*

12. La Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos establece que, con pocas excepciones, la cesión de un crédito no afectará a los derechos y obligaciones del deudor sin su consentimiento. Un principio análogo figura en el derecho interno de muchos Estados. En la *Guía* se recomienda también este enfoque (véase la

recomendación 117 a)). El único efecto que la cesión podrá producir en el deudor del crédito por cobrar será cambiar el nombre de la persona, la dirección o la cuenta bancaria en la cual el deudor deba efectuar el pago. Sin embargo, y a fin de no crear dificultades a dicho deudor, la Convención dispone que esos cambios en el nombre de la persona, la dirección o la cuenta del pago no podrán dar lugar a ningún cambio en la moneda en que deba efectuar el pago ni del Estado donde se deba realizar éste, a menos que el cambio se efectúe a la moneda del Estado donde esté situado el deudor del crédito (véase el artículo 15 de la Convención). Éste es el enfoque que se recomienda en la *Guía* (véanse el capítulo I, sobre el ámbito de aplicación de la *Guía*, párrafos 30 y 31, y la recomendación 117 b)).

13. Cuando la cesión de un crédito es una cesión pura y simple, también cambia la titularidad del derecho al cumplimiento por parte del deudor del crédito. Aunque algunos Estados caracterizan este tipo de operación como una que entraña un cambio en la titularidad, otros estipulan sencillamente que el derecho al cobro que refleja el crédito se ha transferido al patrimonio del cesionario. Sea cual fuere la forma en que se caracterice la operación, ello no significará necesariamente que cambie también la parte a la cual habrá que efectuar el pago. En muchos casos, esto se debe a que el cesionario concertará un acuerdo con el cedente conforme al cual este último seguirá cobrando el crédito en nombre del cesionario.

14. Aun cuando la cesión de un crédito por cobrar se efectúe a título de garantía, la operación está a veces estructurada como si fuera una transferencia inmediata del crédito por cobrar al cesionario. En esos casos, el cedente también cobra por lo general en nombre del cesionario, pero, hasta que no se produzca un eventual incumplimiento, no tiene que remitir más de lo que sea necesario en virtud del acuerdo celebrado entre ellos. En cambio, a veces la cesión está supeditada a condiciones y el cesionario no adquiere ningún derecho sobre el crédito hasta que el cedente incurre en un eventual incumplimiento. Hasta ese momento, el tercero deudor sigue pagando al cedente de conformidad con las condiciones del contrato original concertado entre ellos, y tal vez ignore incluso el hecho mismo de la cesión.

15. En la práctica, suele producirse el mismo resultado cuando la cesión de un crédito implica la constitución de una garantía real. La cesión no significa forzosamente que cambie la parte a la que deba efectuarse el pago. En muchos casos, el acuerdo entre el cedente y el cesionario será en el sentido de que los pagos habrán de efectuarse al cedente hasta un eventual incumplimiento por parte de éste. Únicamente si se produce el incumplimiento tratará el cesionario de obtener el pago directamente del deudor del crédito. En otros casos, las partes acordarán que los pagos se efectúen al cesionario. En ese tipo de acuerdo, el cesionario mantiene normalmente en una cuenta separada la suma recibida, y sólo retira de ella la cantidad necesaria para cumplir la obligación de pago del cedente. El saldo se mantiene a favor del cedente y se le remite una vez que el crédito comercial se haya reembolsado íntegramente.

16. En todos los casos mencionados, el mecanismo mediante el cual el cesionario adquiere el derecho a cobrar el crédito directamente del deudor de ese mismo crédito es la notificación. Según la práctica general, es preciso que el deudor del crédito reciba efectivamente la notificación, que debe constar en un lenguaje con el que quepa razonablemente esperar que ese deudor esté informado del contenido de la notificación. Dado que la razón de ser de la notificación estriba en modificar las instrucciones relativas al pago, posiblemente afectará únicamente a los pagos futuros adeudados en relación con

créditos por cobrar existentes o a créditos nacidos después de la notificación (véanse el artículo 16 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos y la recomendación 118 *infra*).

ii) *Pago liberatorio del deudor respecto del crédito*

17. Dado que la obligación del deudor del crédito por cobrar sólo se cumplirá normalmente en la medida en que el pago se efectúe a la parte que tenga derecho a cobrarlo con arreglo a la ley aplicable (y el deudor no podrá liberarse de la obligación si el pago se efectúa por error a una parte diferente), el deudor del crédito tiene un interés evidente en conocer la identidad de la parte a la que se ha de efectuar el pago. Como se acaba de señalar, es posible que el beneficiario del pago propiamente dicho no sea necesariamente el “titular” del crédito por cobrar. Por consiguiente, muchos Estados protegen al deudor del crédito disponiendo que éste quedará liberado de su obligación al efectuar el pago de conformidad con el contrato originario hasta el momento en que reciba la notificación de la cesión y de todo cambio en el nombre de la persona o la dirección a la que deba efectuarse el pago. Este principio ofrece una salvaguardia importante al deudor del crédito, puesto que se evita así la posibilidad de que se declare que un pago efectuado de buena fe no libera de su obligación al deudor, porque se efectuó a una parte que ya no tenía derecho a cobrar el crédito (véanse el párrafo 1 del artículo 17 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos y la recomendación 119 a)).

18. Sin embargo, una vez que se haya notificado al deudor del crédito por cobrar la cesión y cualesquiera nuevas instrucciones de pago, procede exigirle que pague de conformidad con dichas instrucciones. Este principio es fundamental para la viabilidad económica de las operaciones garantizadas cuando el bien gravado en el que se basa el acreedor garantizado es un crédito por cobrar. Si el deudor del crédito siguiera teniendo la posibilidad de pagar al cedente, ello privaría al cesionario del valor de la cesión. Cada uno de los pagos que efectúe el deudor del crédito reduce el saldo pendiente de pago de éste y, por consiguiente, el valor del crédito como bien gravado. La posibilidad de obtener el pago directamente del deudor una vez que se hayan dado instrucciones de pago es especialmente importante para el cesionario cuando el cedente se encuentre en apuros financieros (véanse el párrafo 2 del artículo 17 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos y la recomendación 119 b)).

19. Habitualmente, los Estados que permiten la cesión de créditos por cobrar no limitan el número de cesiones o de subcesiones que pueden realizarse. Por ejemplo, un cedente puede ceder un crédito por cobrar a título de garantía al acreedor garantizado A y posteriormente constituir una segunda garantía real sobre dicho crédito por cobrar en beneficio del acreedor garantizado B y además, posteriormente, aún puede constituir una tercera garantía real sobre el mismo crédito por cobrar en favor del acreedor garantizado C. Naturalmente, si la primera cesión es una cesión pura y simple hecha oponible a terceros, el cedente no podrá efectuar ninguna otra cesión (tanto pura y simple como a título de garantía). Además el cesionario de un crédito por cobrar, tanto si se trata de una transferencia pura y simple como de una cesión a título de garantía, podrá también ceder sus derechos como cesionario. Así, por ejemplo, en la situación que se acaba de exponer, el acreedor garantizado A podrá ceder sus derechos a otro acreedor garantizado, como garantía para sus propias obligaciones, o podrá transferir sus derechos de manera absoluta a un tercero. Del mismo modo, el acreedor garantizado B podrá ceder sus derechos a un tercero que, a su vez, podrá ceder esos derechos a otro tercero. Por lo tanto, es evidente que a veces

al deudor de un crédito por cobrar le puede resultar difícil saber exactamente a qué parte deberá efectuar el pago.

20. A fin de proteger al deudor en tales casos, los Estados que permiten las cesiones múltiples suelen especificar detalladamente una serie de principios por los que se determina el cesionario al que deberá efectuar el pago el deudor a fin de quedar éste liberado de su obligación. Las ideas básicas son las siguientes: *a)* cuando existan múltiples notificaciones con instrucciones de pago del mismo cesionario en relación con una única cesión del mismo crédito por cobrar por parte del mismo cedente, prevalecerá la última notificación con instrucciones de pago recibida antes de que se efectúe el pago; *b)* cuando existan múltiples notificaciones con instrucciones de pago dadas por múltiples cesionarios en relación con más de una cesión del mismo crédito por cobrar hecha por el mismo cedente, prevalecerá la primera notificación, y *c)* cuando existan múltiples notificaciones con instrucciones de pago de múltiples cesionarios subsiguientes del mismo crédito por cobrar, prevalecerá la última notificación. Además de estos tres principios, los Estados también elaboran normas para regir la cesión de derechos indivisos sobre créditos por cobrar, así como normas que establecen el derecho del deudor del crédito por cobrar a exigir una prueba adecuada de la cesión. Estos principios, que gozan de aceptación general, se incorporaron al artículo 17 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos y se reflejan también en las recomendaciones de la *Guía* (véase la recomendación 119 *c)* a *h)*).

iii) Excepciones y derechos de compensación del deudor del crédito por cobrar

21. Como se señaló más arriba, no sería procedente que en la cesión de un crédito por cobrar se modificara la naturaleza o la magnitud de la obligación del deudor del mismo. Este principio implicaría, entre otras cosas, que la cesión no debería privar al deudor, sin su consentimiento, de las excepciones derivadas del contrato originario ni de los derechos de compensación nacidos antes de ser recibida la notificación de la cesión (véanse el artículo 18 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos y la recomendación 120).

22. Sin embargo, ese principio no debe impedir que el deudor del crédito acuerde con el cedente que no podrá oponer al cesionario las excepciones o los derechos de compensación que de otro modo pudiera oponer al cedente. El efecto de tal acuerdo es conferir al crédito por cobrar el mismo tipo de negociabilidad merced al cual los tenedores protegidos pueden ejecutar los títulos negociables independientemente de las excepciones o los derechos de compensación (para el significado de la expresión “tenedor protegido”, véase, por ejemplo, el artículo 29 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales¹, en adelante denominada “Convención de las Naciones Unidas sobre Letras de Cambio y Pagarés”). Dado que el crédito podría haberse incorporado a un pagaré o a un título negociable similar con el acuerdo del deudor del crédito, no hay motivo para impedir que éste dé su acuerdo al mismo resultado que se habría logrado haciendo uso de un pagaré o un título negociable análogo (véase el apartado *a)* de la recomendación 121). Sin embargo, en virtud de las legislaciones de la mayoría de los Estados, al igual que en la Convención de las Naciones Unidas sobre Letras de Cambio y Pagarés, hay ciertas excepciones que pueden oponerse incluso frente

¹Publicación de las Naciones Unidas, Núm. de venta: S.95.V.16.

a un tenedor protegido (véase, por ejemplo, el párrafo 1 del artículo 30 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Letras de Cambio y Pagarés). En principio, debe producirse el mismo resultado cuando el deudor de un crédito por cobrar convenga en no oponer excepciones frente al cesionario de un crédito (véanse el artículo 19, párrafo 2, de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos y la recomendación 121 *b*)).

iv) Modificación del contrato originario

23. Cuando se constituye por contrato un crédito por cobrar, siempre es posible que el deudor del crédito y su acreedor originario modifiquen posteriormente las condiciones de la obligación. Si ese crédito es objeto de cesión, habrá que determinar el efecto de dicha modificación sobre los derechos del cesionario. En los casos en que la modificación tenga lugar antes de la cesión, el derecho efectivamente transferido al cesionario será el crédito originario así modificado. La mayoría de los Estados también adoptan la posición de que el deudor del crédito por cobrar no se verá afectado por una cesión de la cual no tenga conocimiento. Así, por ejemplo, si la modificación se produce después de la cesión, pero antes de que el deudor del crédito haya tenido conocimiento de que el acreedor originario ha cedido el crédito, es comprensible que el deudor crea que el acuerdo de modificación se concertó con el acreedor originario del crédito y que, por lo tanto, sea válido. En consecuencia, los Estados disponen en general que esa modificación será eficaz frente al cesionario (véanse, por ejemplo, el párrafo 1 del artículo 20 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos y la recomendación 122 *a*)).

24. Cuando, por el contrario, el acuerdo para modificar las condiciones del crédito se concierte después de que la cesión haya tenido lugar y de que se haya notificado de ello al deudor, tal modificación no surtirá por lo común efecto, salvo si el cesionario da su consentimiento. El motivo de ello es que, en ese punto, ya se ha constituido el derecho del cesionario sobre el crédito y dicha modificación alteraría sus derechos sin su consentimiento. Sin embargo, algunos Estados prevén excepciones restringidas a esta regla. Por ejemplo, si el derecho a ser pagado aún no se ha adquirido plenamente por la vía del cumplimiento por el acreedor originario del crédito (el cedente), y el contrato originario prevé la posibilidad de modificación, ésta podrá ser eficaz frente al cesionario. En ciertos casos, el contrato originario no tiene ni siquiera que prever expresamente una modificación. El ejemplo usual sería cuando el contrato originario rigiera una relación de larga duración entre el deudor y el acreedor del crédito, y la relación fuera del tipo que es frecuentemente objeto de modificación. En esta situación, el cesionario podría prever por anticipado la posibilidad de que se introdujeran modificaciones razonables durante el curso ordinario de los negocios, incluso después de la cesión. Como consecuencia de ello, algunos Estados disponen que toda modificación en la que consienta un cesionario razonable será eficaz frente a éste, incluso si se efectúa después de que el deudor del crédito llegue a tener conocimiento de la cesión, siempre que el crédito no sea aún completamente exigible por la falta de pleno cumplimiento del contrato originario (véanse el párrafo 2 del artículo 20 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos y el apartado *b*) de la recomendación 122).

v) Recuperación de pagos ya efectuados

25. En general, el derecho del cedente a percibir el pago del crédito por cobrar del deudor nace porque ha cumplido la obligación a la que corresponda el pago (por ejemplo,

la venta de un vehículo o la prestación de un servicio). A veces, el deudor de un crédito puede abonar parte del precio antes de que se entregue el bien o se preste el servicio. Este pago puede muy bien acabar en manos del cesionario, bien porque el cedente le haya remitido su importe bien porque el cesionario haya notificado al deudor y haya cobrado directamente el pago. Por lo común, la ley que rige los contratos dispone que, si una parte no cumple su obligación, la otra parte puede disponer que se anule el contrato o reclamar daños y perjuicios por el incumplimiento. Aun así, muchos Estados establecen que, una vez que el importe del pago haya pasado a manos del cesionario, la única vía de recurso del deudor del crédito es contra el cedente, y que las cantidades percibidas por el cesionario no pueden recuperarse.

26. La política que inspira esta norma se basa en el régimen general de las obligaciones. En ausencia de fraude, los acreedores de una parte que haya incumplido su obligación en virtud de un contrato no podrán reclamar el dinero que se haya pagado de buena fe a otros acreedores. Por ello, si el pago se hace al cedente, quien después transfiere los fondos al cesionario, éste se encontrará en la misma posición que cualquier otro acreedor a quien haya pagado el cedente. Éste sería el caso si el cedente cumpliera su propia obligación frente al cesionario haciendo que el deudor del crédito pagara directamente al cesionario. En ambas situaciones, se aplicarían los principios normales que rigen el derecho de las obligaciones, y el cesionario no debería verse obligado a restituir el pago percibido al deudor del crédito simplemente porque el cedente no haya cumplido su obligación correspondiente. Esto significa esencialmente que el deudor del crédito corre el riesgo de su asociado contractual en caso de insolvencia. En la *Guía* se recomienda este principio general (véanse el artículo 21 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos y la recomendación 123).

c) *Efecto de una garantía real sobre las obligaciones de un deudor en virtud de un título negociable*

27. En la mayoría de los Estados, la ley que rige los títulos negociables ha alcanzado un desarrollo satisfactorio y contiene normas claras en cuanto al efecto de la cesión de un título sobre las obligaciones de las partes en el mismo. En principio, esas normas siguen siendo aplicables en el contexto de las garantías reales constituidas sobre títulos negociables (véase la recomendación 124).

28. Así, por ejemplo, un acreedor garantizado que tenga una garantía real sobre un título negociable no podrá cobrar en virtud del título salvo de conformidad con las condiciones establecidas en éste. Incluso si el otorgante no ha cumplido su obligación en virtud del acuerdo de garantía, el acreedor garantizado no podrá hacer valer el título frente a un deudor, salvo cuando el pago es exigible a tenor de dicho título. Por ejemplo, si un título negociable es solamente pagadero al vencimiento, no se permite a un acreedor garantizado exigir el pago en virtud del título antes del vencimiento (incluso si el otorgante de la garantía real, a diferencia de la parte obligada a tenor del título, incumple su obligación), salvo conforme a las condiciones del propio título negociable.

29. Además, el acreedor garantizado, salvo acuerdo en contrario de la parte obligada, no podrá cobrar el título negociable, excepto de conformidad con la ley que rijan los títulos negociables. Por lo general, en virtud de esta ley, el acreedor garantizado sólo podrá cobrar el título negociable si es su tenedor (es decir, si está en posesión del título y ha obtenido cualquier endoso que sea necesario) o ha adquirido los derechos de un tenedor. En consecuencia, y para tener la seguridad de que queda liberada de su obligación, se permite con

frecuencia a la parte obligada insistir, con arreglo a la ley que rija los títulos negociables, en pagar únicamente al tenedor del título. A pesar de este principio general, en algunos Estados, si un tenedor transfiere su título a una persona que no es un titular, sino un mero cesionario, éste podrá hacer valer el título si está físicamente en posesión del mismo.

30. Con arreglo a la ley que rige los títulos negociables, es posible que el acreedor garantizado esté o no sujeto a las acciones y excepciones de una parte obligada en relación con el título. Si el acreedor garantizado es un tenedor protegido del título negociable, tendrá derecho a hacerlo valer con exención de ciertas acciones y excepciones de la parte obligada. Esas acciones y excepciones son las llamadas “personales”, como las normalmente previstas en los contratos, que el deudor podría haber hecho valer frente al tenedor anterior. Sin embargo, conforme al derecho que rige los títulos negociables, incluso si el acreedor garantizado es un adquirente protegido, sigue quedando sujeto a las llamadas excepciones “reales” de la parte obligada, como, por ejemplo, las de incapacidad jurídica, fraude en la incentivación o exoneración en un procedimiento de insolvencia.

31. Si el acreedor garantizado es el tenedor del título negociable pero no un tenedor protegido, tendrá no obstante derecho a cobrar el título negociable, pero usualmente estará sujeto a las acciones y excepciones que la parte obligada podría haber hecho valer frente a un tenedor anterior del título. Estas acciones y excepciones incluyen todas las de carácter personal, a menos que la parte responsable en virtud del título negociable haya renunciado efectivamente a su derecho a hacerlas valer en el propio instrumento negociable o en un acuerdo por separado.

d) *Efecto de una garantía real sobre las obligaciones del banco depositario*

32. En los Estados en que la constitución de una garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria sólo sea posible con el consentimiento del banco depositario, éste no tendrá el deber de dar su consentimiento. En estos Estados, el resultado es que, incluso entre el acreedor garantizado y el otorgante, no podrá constituirse una garantía real sobre el derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria sin el acuerdo del banco. En contraste, otros Estados no requieren el consentimiento del banco depositario para constituir la garantía real. Ahora bien, incluso en estos Estados, los derechos y obligaciones del propio banco depositario no podrán verse afectados sin su consentimiento. Dado que en general en la *Guía* se hace una distinción entre la eficacia de una garantía real entre las partes, por un lado, y su eficacia frente a terceros, por otro, la *Guía* adopta el segundo de los enfoques mencionados (véase el apartado *a*) de la recomendación 125). No obstante, en ambos casos, la principal razón para proteger al banco en ausencia de su consentimiento explícito radica en la función decisiva que desempeñan los bancos en el sistema de pagos y la necesidad de no interferir en la ley y la práctica bancarias.

33. El criterio normativo para proteger de tal modo a los bancos obedece a que si se imponen deberes al banco depositario o si se cambian sus derechos u obligaciones sin su consentimiento, ello puede exponerlo a riesgos que no esté en situación de controlar adecuadamente, a menos que sepa de antemano cuáles pueden ser esos riesgos. La banca está expuesta a considerables riesgos en sus operaciones, ya que diariamente se adeudan o acreditan fondos a sus cuentas, acreditaciones que a menudo se hacen con carácter provisional y a veces guardan relación con otras operaciones con los clientes del banco depositario. A estos riesgos se añade el riesgo jurídico que corre el banco de incumplir en sus operaciones cotidianas las leyes que rigen los títulos negociables y las transferencias de créditos, así como otras normas del sistema de pagos. El banco también se verá

expuesto a otro riesgo más, es decir el de incumplir ciertos deberes que le impongan otras leyes, tales como las que le obligan a mantener la confidencialidad de sus tratos con los clientes. Además, el banco depositario está por lo general expuesto al riesgo de regulación a tenor de las leyes y las normas reglamentarias del Estado encaminadas a garantizar la seguridad y solidez de los bancos depositarios. Por último, el banco depositario se expone a un riesgo ligado a su reputación, al escoger a los clientes con los que se pone de acuerdo para concertar operaciones.

34. La experiencia de los Estados en que se requiere el consentimiento del banco depositario para introducir innovaciones o cambios en sus obligaciones indica que las partes suelen estar en condiciones de negociar acuerdos satisfactorios a fin de que el banco pueda sentirse seguro porque controla debidamente los riesgos que corre, teniendo presentes la naturaleza de la operación y los negocios de su cliente. El criterio normativo para proteger las operaciones generales del sistema bancario entraña otro principio que se refiere al efecto de una garantía real constituida sobre una cuenta bancaria en los derechos del banco depositario. Para evitar toda interferencia en los derechos de compensación del banco depositario frente al titular de la cuenta, los ordenamientos jurídicos que permiten a ese banco obtener una garantía real sobre el derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta mantenida en el banco prevén que éste retendrá cualesquiera derechos de compensación que pudiera tener con arreglo a una normativa legal distinta del régimen que regule las operaciones garantizadas (véase el apartado *b*) de la recomendación 125).

35. El mismo criterio normativo es aplicable en lo que respecta a los principios que rigen la oponibilidad a terceros, la prelación y la ejecución de una garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria. Por ejemplo, en los Estados que prescriben el “control” como método para lograr la eficacia frente a terceros de una garantía real sobre un derecho al pago de esos fondos (véase la recomendación 49), la ley suele disponer que el banco no está obligado a concertar un acuerdo de control con un acreedor garantizado (véase el apartado *c*) de la recomendación 126). Asimismo, la ley suele disponer que el banco no está obligado a pagar a un acreedor garantizado, salvo si éste tiene el control de los fondos acreditados en la cuenta (véase el apartado *a*) de la recomendación 126). Además, en esos Estados hay normas adecuadas para salvaguardar la confidencialidad de la relación entre un banco y su cliente, como la que prescribe que el banco no estará obligado a atender las solicitudes de información acerca de si existe un acuerdo de control o si el titular de la cuenta retiene el derecho a disponer de los fondos acreditados en su cuenta bancaria (véase el apartado *b*) de la recomendación 126).

36. En los Estados en que la garantía real sobre el derecho al pago de fondos depositados en una cuenta bancaria se haga oponible a terceros mediante la inscripción de una notificación en un registro público o mediante el reconocimiento por parte del banco depositario, tal notificación o reconocimiento podrá imponer o no al banco depositario el deber de seguir las instrucciones del acreedor garantizado respecto de los fondos existentes en la cuenta. Si las normas legales de un determinado Estado no imponen tal deber al banco depositario, el derecho del acreedor garantizado a obtener los fondos de la cuenta bancaria al ejecutar la garantía real dependerá normalmente del hecho de que el cliente-otorgante haya dado al banco instrucciones en el sentido de acatar las disposiciones del acreedor garantizado en relación con los fondos, o de que el banco haya convenido con ese acreedor en hacerlo. Cuando no haya tales instrucciones o acuerdo, tal vez el acreedor garantizado tenga que ejecutar la garantía real constituida sobre la cuenta bancaria recurriendo a un procedimiento judicial a fin de obtener una orden que exija al banco depositario la entrega al acreedor de los fondos acreditados en la cuenta bancaria.

37. En los Estados en que se permita al banco depositario subordinar su grado de prelación, el banco no tendrá deber alguno de subordinar sus derechos a la garantía real que esté haciendo valer otro acreedor del titular de la cuenta. Incluso si, con miras a facilitar la constitución, la eficacia frente a terceros, la prelación y la ejecución de una garantía real constituida sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria, el acreedor garantizado está dispuesto a hacerse cliente del banco depositario con respecto a dicha cuenta, el banco no tendrá el deber de aceptarlo como cliente. Este resultado es coherente con la posición general adoptada en la *Guía* de que ningún mecanismo por medio del cual el régimen de las operaciones garantizadas trate de facilitar el otorgamiento de una garantía sobre los fondos acreditados en una cuenta bancaria debería menoscabar la legislación reguladora interna ni otras normas legales destinadas a garantizar la seguridad y solidez del sistema bancario.

e) *Efecto de una garantía real sobre las obligaciones del garante/emisor, del confirmante o de la persona designada en una promesa independiente*

38. Los derechos y obligaciones del garante/emisor, del confirmante o de la persona designada con respecto a una promesa independiente han sido ya objeto de un desarrollo sumamente satisfactorio en la legislación y la práctica que rigen las promesas independientes. Esta legislación y esta práctica altamente especializadas han aumentado la utilidad de las promesas independientes, sobre todo en el comercio internacional. En consecuencia, cuando se elabora un régimen de las operaciones garantizadas con respecto a esas promesas, los Estados tienen normalmente sumo cuidado en no interferir en esos útiles mecanismos comerciales. Además, a fin de asegurar que esa legislación y esa práctica sigan funcionando eficazmente en el comercio internacional, los Estados adoptan por lo común el vocabulario especializado mediante el cual actualmente se identifican las partes en una promesa independiente (como ejemplos de ese enfoque, véanse la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente, las Reglas y Usos Uniformes relativos a los Créditos Documentarios, las Reglas sobre Prácticas Internacionales en materia de Cartas de Crédito Contingente y las Reglas Uniformes relativas a las garantías pagaderas a su reclamación, así como las recomendaciones 27, 48, 50, 107 y 176).

39. Al estudiar la forma de elaborar un régimen de las operaciones garantizadas apropiado para tales casos, resulta útil una distinción entre la promesa independiente propiamente dicha y el derecho al cobro, por un lado, y el derecho de un beneficiario de esa promesa a recibir un pago u otro elemento de valor que deba hacer el garante/emisor o la persona designada, por otro. Prever lo necesario para constituir una garantía real sobre el derecho a cobrar sin interferir en la utilidad de la promesa independiente es una tarea delicada, y normalmente sólo se puede hacer mediante una transferencia acordada de la propia promesa. En cambio, la constitución de una garantía real sobre el derecho del beneficiario a cobrar entraña menos riesgos porque se refiere al derecho del beneficiario a percibir lo que puede pasar a ser pagadero. Es decir, no producirá ningún efecto sobre los derechos y obligaciones del garante/emisor, del confirmante o de la persona designada. Por esta razón, en la *Guía* se recomiendan normas que facilitan la utilización del derecho del beneficiario a percibir el producto de una promesa independiente como un bien gravado, pero bajo estrictas condiciones a fin de evitar todo menoscabo de la utilidad de tales promesas. Una condición esencial es la forma en que se describe el bien gravado. Por el “derecho a percibir el producto de una promesa independiente” se entiende el derecho del beneficiario a recibir el producto, diferenciándolo del dinero en efectivo y de otros

bienes que constituyen efectivamente el producto de una promesa independiente (y diferenciándolo también del “derecho a cobrar”). Así, la garantía real no grava el producto concreto propiamente dicho, en el sentido en que dicho término suele emplearse en la práctica seguida en materia de promesas independientes. A continuación se describen los principios básicos que deberían regir la interacción de la ley relativa a las promesas independientes y el régimen de las operaciones garantizadas, según se refleja en las recomendaciones de la *Guía*.

40. Un principio cardinal es que los derechos de un acreedor garantizado sobre el derecho a recibir el producto de una promesa independiente deberán estar sujetos a los derechos enunciados en la legislación y seguidos en la práctica que rijan las promesas independientes del garante/emisor, del confirmante o de la persona designada. Así pues, un acreedor garantizado no podrá hacer valer un derecho al pago del producto que, por lo demás, no sea exigible al otorgante de ese acreedor (véase la recomendación 127 *a*). Por la misma razón, un cesionario-beneficiario aceptará normalmente la promesa, con inclusión tanto del derecho al cobro y del derecho a la percepción del pago del producto, sin verse afectado por una garantía real sobre el derecho a cobrar el producto de la promesa independiente constituida por el cedente (véase la recomendación 127 *b*). Por la misma razón, si el garante/emisor, el confirmante o la persona designada tiene también una garantía real sobre el derecho a cobrar el producto de una promesa independiente, sus derechos independientes derivados de dicha promesa no se verán afectados negativamente por la simple razón de que ellos tienen también una garantía real sobre el derecho a cobrar el producto (véase la recomendación 127 *c*).

41. Es igualmente importante el principio de que ningún garante/emisor, confirmante o persona designada tendrá la obligación de pagar a cualquier persona que no sea un confirmante, una persona designada, un cesionario aceptado de la promesa independiente o un cesionario aceptado del producto de una promesa independiente (véase la recomendación 128). El motivo de esta norma es que la utilidad de una promesa independiente como método eficiente y de bajo costo para facilitar las corrientes comerciales se vería menoscabada si el garante/emisor, el confirmante o la persona designada tuviera que verificar la operación original en virtud de la cual se transfirió presuntamente el derecho y respecto de la cual no hubiera dado su consentimiento.

42. En cambio, si un acreedor garantizado ha hecho oponible a terceros su garantía mediante el control (véase la recomendación 50), podrá ejecutar sus derechos frente al garante/emisor, el confirmante o la persona designada. No obstante, en este contexto el control tiene un significado muy particular. Cuando hay control se entiende que el acreedor garantizado es expresamente reconocido por el garante/emisor, el confirmante o la persona designada como cesionario del producto de una promesa independiente (véase la recomendación 129).

f) *Efecto de una garantía real sobre las obligaciones del emisor u otro deudor en virtud de un documento negociable*

43. En la mayoría de los Estados, la ley que rige los documentos negociables ya se ha desarrollado en forma satisfactoria y contiene normas claras en cuanto al efecto de la cesión de un documento sobre las obligaciones de las partes en el mismo. En principio, esas normas siguen siendo aplicables en el contexto de las garantías reales constituidas sobre documentos negociables. Éste es el enfoque recomendado por la *Guía* (véase la recomendación 130).

44. Esto significa, entre otras cosas, que el derecho de un acreedor garantizado a ejecutar una garantía real constituida sobre un documento negociable y, por tanto, sobre los bienes corporales objeto de él, está limitado de dos modos por la ley que rige los documentos negociables. El primer límite consiste en que los bienes abarcados por el documento deben encontrarse todavía en manos del emisor u otro deudor en virtud del documento en el momento de la ejecución.

45. La segunda limitación radica en que la obligación del emisor u otro deudor de entregar los bienes suele corresponder solamente a la persona respecto de la cual se emitió inicialmente el documento o a cualquier tenedor subsiguiente del documento (según determine la ley que rige los documentos negociables). Si el documento negociable no se cedió al acreedor garantizado conforme a la ley que rige los documentos negociables, ni el emisor ni otra parte obligada tendrá la obligación de entregar los bienes al acreedor garantizado. Por ejemplo, si, con arreglo a la ley que rija los documentos negociables, el documento deba estar endosado en el momento de su transferencia para que el cesionario tenga derecho a recibir los bienes abarcados por el documento, y el cesionario tiene un documento sin endoso, la parte obligada no tendrá que entregar dichos bienes. En tal caso, el acreedor asegurado tal vez tenga que obtener una orden de un tribunal judicial u otro tribunal para obtener la posesión de los bienes corporales pertinentes. Una vez probada la existencia de un acuerdo de garantía, la orden judicial exigiría normalmente la transferencia del documento o, en el caso de un acreedor garantizado que ya esté en posesión del mismo, el endoso de tal documento a favor del acreedor garantizado o de una persona designada por él. En algunos casos, el tribunal puede dispensar del requisito de endoso por parte del otorgante y limitarse a ordenar al emisor o a otra parte obligada entregar los bienes objeto del documento al acreedor garantizado o a otra persona designada por éste.

B. Recomendaciones 117 a 130

Finalidad

La finalidad de las disposiciones relativas a los derechos y obligaciones de terceros deudores es incrementar la eficiencia de las operaciones garantizadas cuando el bien gravado garantice el pago u otra forma de cumplimiento de una obligación de un tercero con el otorgante, concretamente:

a) Previendo reglas relativas a los derechos y obligaciones de las partes en la cesión de crédito y a la protección del deudor del crédito;

b) Previendo reglas para garantizar la coherencia del régimen de las operaciones garantizadas con otros regímenes que se ocupen de los derechos y obligaciones dimanantes de los títulos negociables y los documentos negociables; y

c) Previendo reglas para garantizar la coherencia del régimen de las operaciones garantizadas con otros regímenes que rijan los derechos y obligaciones de los bancos depositarios y del garante emisor, el confirmante o la persona designada en una promesa independiente.

1. Derechos y obligaciones del deudor del crédito²

Protección del deudor del crédito

117. El régimen debería disponer que:

²Respecto de las recomendaciones 117 a 123, véanse los artículos 15 a 21 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos.

- a) De no disponer otra cosa la presente ley, y salvo el consentimiento del deudor del crédito, la cesión no afectará a los derechos y obligaciones de éste ni a las condiciones de pago estipuladas en el contrato originario; y
- b) En las instrucciones de pago se podrá cambiar el nombre de la persona, la dirección o la cuenta en la cual el deudor deba hacer el pago; sin embargo, no se podrá cambiar:
 - i) La moneda en que se deba hacer el pago según el contrato originario; o
 - ii) El Estado donde se deba hacer el pago según el contrato originario por otro que no sea aquel en donde esté situado el deudor del crédito.

Notificación de la cesión

118. El régimen debería disponer que:

- a) Tanto la notificación de la cesión como las instrucciones de pago surtirán efecto una vez recibidas por el deudor del crédito si constan en un idioma en el que razonablemente quepa prever que el deudor quedará informado de su contenido. Es suficiente que la notificación de la cesión o las instrucciones de pago consten en el idioma del contrato originario;
- b) La notificación de la cesión o las instrucciones de pago podrán corresponder a créditos nacidos con posterioridad a la notificación; y
- c) La notificación de una cesión subsiguiente constituye notificación de toda cesión anterior.

Pago liberatorio del deudor del crédito

119. El régimen debería disponer que:

- a) Hasta que reciba la notificación de la cesión, el deudor del crédito podrá liberarse de su obligación efectuando el pago de conformidad con el contrato originario;
- b) Una vez recibida la notificación de la cesión y a reserva de lo dispuesto en los apartados c) a h) de la presente recomendación, el deudor del crédito podrá efectuar el pago liberatorio únicamente en favor del cesionario o de conformidad con las nuevas instrucciones de pago que reciba en la notificación de la cesión o que le dé ulteriormente el cesionario por escrito;
- c) El deudor del crédito, si recibe más de una instrucción de pago relativa a una única cesión de los mismos créditos efectuada por el mismo cedente, quedará liberado de su obligación haciendo el pago de conformidad con las últimas instrucciones de pago que haya recibido del cesionario antes de hacerlo;
- d) El deudor del crédito, de serle notificada más de una cesión efectuada por el mismo cedente de unos mismos créditos, quedará liberado de su obligación haciendo el pago de conformidad con la primera notificación que reciba;
- e) El deudor del crédito, si recibe notificación de una o más cesiones subsiguientes, quedará liberado de su obligación haciendo el pago de conformidad con la notificación de la última de las cesiones subsiguientes;
- f) El deudor del crédito, de serle notificada la cesión de una parte de uno o más créditos o de un derecho indiviso sobre tales créditos, quedará liberado de su obligación pagando de conformidad con la notificación o de acuerdo con lo dispuesto en la presente recomendación como si no hubiera recibido la notificación. Si el deudor paga de conformidad con la notificación, sólo quedará liberado de su obligación en lo que respecta a la parte o al derecho indiviso pagado;
- g) El deudor del crédito, de serle notificada la cesión por el cesionario, tendrá derecho a pedirle que presente en un plazo razonable prueba suficiente de que la cesión del cedente inicial en beneficio del cesionario inicial y todas las cesiones intermedias han tenido lugar y, de no hacerlo el cesionario, el deudor del crédito quedará liberado de su obligación haciendo el pago

de conformidad con lo dispuesto en la presente recomendación como si no hubiera recibido la notificación del cesionario. Por prueba suficiente de la cesión se entenderá cualquier escrito emitido por el cedente, o cualquier prueba equivalente, en que se indique que la cesión ha tenido lugar; y

h) Lo dispuesto en la presente recomendación se entenderá sin perjuicio de cualquier otro motivo por el cual el deudor del crédito quede liberado de su obligación haciendo el pago a quien tenga derecho a percibirlo, a una autoridad judicial o de otra índole, o a una caja pública de depósitos.

Excepciones y derechos de compensación del deudor del crédito

120. El régimen debería disponer que:

a) El deudor del crédito, frente a la acción del cesionario para reclamarle el pago de los créditos cedidos, podrá oponer las excepciones o los derechos de compensación derivados del contrato originario, o de cualquier otro contrato que sea parte de la misma operación, que tendría si la cesión no hubiera tenido lugar y si la acción hubiese sido ejercitada por el cedente;

b) El deudor del crédito podrá oponer al cesionario cualquier otro derecho de compensación, siempre que lo hubiera podido invocar en el momento de recibir la notificación de la cesión; y

c) No obstante lo dispuesto en los apartados *a)* y *b)* de la presente recomendación, el deudor del crédito no podrá oponer al cesionario las excepciones y los derechos de compensación que tenga contra el cedente de conformidad con el apartado *b)* de la recomendación 24 o el apartado *e)* de la recomendación 25 (capítulo II, relativo a la constitución de una garantía real), en razón del incumplimiento de un acuerdo por el que se limite de alguna manera el derecho del cedente a efectuar la cesión.

Acuerdo de no oponer excepciones ni derechos de compensación

121. El régimen debería disponer que:

a) El deudor del crédito, mediante escrito firmado por él, podrá convenir con el cedente en no oponer al cesionario las excepciones ni los derechos de compensación que tenga en virtud de la recomendación 120. Ese acuerdo impedirá al deudor oponer al cesionario tales excepciones y derechos;

b) El deudor del crédito no podrá renunciar a oponer excepciones:

- i)* Derivadas de actos fraudulentos imputables al cesionario; ni
- ii)* Basadas en su propia incapacidad; y

c) Este acuerdo podrá modificarse únicamente mediante otro acuerdo por escrito firmado por el deudor del crédito. Los efectos de estas modificaciones respecto del cesionario se registrarán por lo dispuesto en el apartado *b)* de la recomendación 122.

Modificación del contrato originario

122. El régimen debería disponer que:

a) El acuerdo concertado antes de la notificación de la cesión entre el cedente y el deudor del crédito que afecte a los derechos del cesionario será válido respecto de éste, el cual adquirirá los derechos correspondientes;

b) El acuerdo concertado después de la notificación de la cesión entre el cedente y el deudor del crédito que afecte a los derechos del cesionario no será válido respecto de éste salvo si:

- i)* El cesionario consiente en él; o si

ii) El crédito no es completamente exigible por la falta de pleno cumplimiento del contrato originario y, o bien éste prevé la modificación, o cualquier cesionario razonable consentiría en tal modificación en el contexto de dicho contrato; y

c) Lo dispuesto en los apartados a) y b) de la presente recomendación no afectará a los derechos del cedente o del cesionario en razón del incumplimiento de un acuerdo concertado entre ellos.

Reintegro de la suma pagada

123. El régimen debería disponer que el incumplimiento por el cedente del contrato originario no dará derecho al deudor del crédito a recuperar del cesionario la suma que hubiese pagado al cedente o al cesionario.

2. Derechos y obligaciones del deudor en virtud de un título negociable

124. El régimen debería disponer que los derechos de un acreedor garantizado en virtud de un título negociable frente a una persona obligada en virtud del título negociable se determinarán por la ley que rijan los títulos negociables.

3. Derechos y obligaciones del banco depositario

125. El régimen debería disponer que:

a) La constitución de una garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria no afectará a los derechos y obligaciones del banco depositario sin que éste lo consienta; y

b) Cualesquiera derechos de compensación que el banco depositario pueda tener en virtud de una ley que no sea la presente ley no se verán afectados por ninguna garantía real que pueda tener dicho banco sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria.

126. El régimen debería disponer que sus disposiciones no obligan a un banco depositario:

a) A pagar a una persona que no sea la persona que controle los fondos acreditados en una cuenta bancaria;

b) A atender solicitudes de información sobre si existe un acuerdo de control o una garantía real a favor suyo y sobre si el otorgante mantiene el derecho a disponer de los fondos acreditados en la cuenta; ni

c) A celebrar un acuerdo de control.

4. Derechos y obligaciones del garante/emisor, el confirmante o la persona designada en una promesa independiente

127. El régimen debería disponer que:

a) Los derechos de un acreedor garantizado sobre el derecho a percibir el producto de una promesa independiente están sujetos a los derechos, enunciados en la legislación y seguidos en la práctica que rigen las promesas independientes, del garante/emisor, el confirmante o la persona designada y de cualquier otro beneficiario designado en la promesa o a quien se haya efectuado una transferencia de los derechos de cobro;

b) Los derechos de un cesionario de una promesa independiente no se ven afectados por las garantías reales constituidas sobre el derecho a percibir el producto de la promesa independiente adquiridas del cedente o de cualquier otro cedente anterior; y

c) Los derechos independientes de un garante/emisor, un confirmante, una persona designada o un cesionario de una promesa independiente no se verán afectados negativamente

por ninguna garantía real que puedan tener sobre el derecho a percibir el producto de la promesa independiente.

128. El régimen debería disponer que ningún garante/emisor ni ningún confirmante o persona designada tendrán la obligación de pagar a cualquier persona que no sea un confirmante, una persona designada, un beneficiario designado, un cesionario aceptado de la promesa independiente o un cesionario aceptado del derecho a percibir el producto de una promesa independiente.

129. El régimen debería disponer que si un acreedor garantizado ha obtenido el control sobre el producto de una promesa independiente al ser aceptado como cesionario de ese derecho, el acreedor garantizado tendrá el derecho a hacer valer esa aceptación frente al garante/emisor, al confirmante o a la persona designada que diera la aceptación.

5. Derechos y obligaciones del emisor de un documento negociable

130. El régimen debería disponer que los derechos de un acreedor garantizado en virtud de un documento negociable con respecto al emisor o cualquier otra persona obligada por el documento negociable se regirán por la ley que regule los documentos negociables.

VIII. Ejecución de una garantía real

A. Observaciones generales

1. *Introducción*

1. Por lo general, toda parte en un acuerdo confía en que la otra parte cumpla voluntariamente todas sus obligaciones, ya sean obligaciones entre ellas o frente a terceros y ya sean nacidas de su contrato o en virtud de la ley. Únicamente cuando hay incumplimiento de una de esas obligaciones, la otra parte habrá de considerar la posibilidad de recurrir a la ejecución forzosa o por vía judicial de la obligación incumplida. Los Estados suelen esmerarse al diseñar un régimen ejecutorio para toda demanda civil ordinaria que ampare por igual los derechos del deudor, del acreedor y de todo tercero afectado. En la mayoría de Estados, esos regímenes requieren que un acreedor que trata de exigir el cumplimiento de una obligación interponga una demanda judicial para que se le reconozca su derecho, y se proceda a embargar los bienes del deudor con miras a venderlos bajo la supervisión de alguna autoridad. Con el producto de la venta, se resarcirá el crédito pendiente del acreedor judicial frente al deudor judicial.

2. Las partes en un acuerdo de garantía obran con expectativas similares. Normalmente un acreedor garantizado supone que el otorgante cumplirá voluntariamente sus obligaciones, y un otorgante confía en que el acreedor garantizado cumpla toda obligación que haya contraído. Ambos conciertan la operación con la expectativa y la intención firmes de cumplir sus obligaciones mutuas. Pero, al mismo tiempo, ambos son conscientes de que pueden darse supuestos en que no podrán cumplirlas. En ocasiones el acreedor garantizado no efectuará el pago prometido o no devolverá cierto bien al otorgante al cumplirse la condición acordada para ello. En esos casos, el otorgante normalmente recurrirá a los tribunales con miras a hacer valer su derecho. Pero lo más usual es que sea el otorgante quien sea incapaz de cumplir lo que prometió (es decir, de devolver el crédito en los términos del acuerdo). Unas veces esa incapacidad de cumplir lo prometido se deberá a razones ajenas a la voluntad del otorgante, como una mala coyuntura en un sector o una evolución desfavorable de la economía general. Otras veces podrá deberse a algún impago del deudor del propio otorgante, así como a alguna falta de discernimiento comercial de buena fe o acto de mala gestión del otorgante.

3. Cualquiera que sea el motivo, y aun cuando haya habido más de un impago, va en interés de ambas partes en un acuerdo de garantía, y de todo tercero en general, que el otorgante intente efectuar esos pagos y cumpla sus obligaciones voluntariamente. La vía ejecutoria nunca es tan eficaz como el cumplimiento voluntario, por ser costosa, llevar tiempo, ser de resultado incierto, ocasionar normalmente la ruptura completa de la relación entre las partes y tener para otorgantes y terceros consecuencias a largo plazo que suelen ser ruinosas (y pueden incluir el cese del negocio del otorgante o entablar un procedimiento de insolvencia). Por ello muchos Estados alientan activamente a las partes en un acuerdo de garantía a que tomen toda medida oportuna para evitar un incumplimiento que obligue a recurrir a la ejecución obligatoria. Además, ésa es la razón por la que los acreedores garantizados vigilan con frecuencia de cerca la actividad comercial

de sus otorgantes. Por ejemplo, examinan periódicamente sus libros de contabilidad, inspeccionan los bienes gravados y se ponen en contacto con todo otorgante que parezca encontrarse en dificultades financieras. Los otorgantes que tienen problemas para cumplir sus obligaciones suelen cooperar con sus acreedores garantizados para acordar modos de evitar o superar sus dificultades. En algunos casos un otorgante puede pedir ayuda a un acreedor garantizado para crear un nuevo plan comercial. En otros casos, el otorgante y el acreedor garantizado, o el otorgante y el conjunto de sus acreedores, pueden intentar oficiosamente reajustar ciertos aspectos de sus acuerdos.

4. Hay muchos tipos de acuerdo de reajuste de la deuda. A veces las partes llegan a lo que se conoce como un arreglo “de reajuste comercial o financiero” por el que se prorroga el plazo de pago, se modifica de algún otro modo la obligación del otorgante o se aumenta o reduce la cantidad de bienes gravados que garantizan esa obligación. Toda negociación para llegar a un arreglo comercial o financiero se verá influida por dos factores dominantes: *a*) el derecho de todo acreedor garantizado a ejecutar su garantía real sobre los bienes gravados si el deudor incumple su obligación garantizada, y *b*) la posibilidad de que el otorgante se vea obligado a cesar su actividad comercial y que se abra un procedimiento de insolvencia por el otorgante o contra él.

5. No obstante, a pesar de todos los esfuerzos del otorgante y del acreedor garantizado por evitar la ejecución obligatoria, a veces ésta es inevitable. En consecuencia, una de las cuestiones clave a que se enfrentan los Estados que vayan a promulgar un régimen de las operaciones garantizadas es la de definir el alcance de los derechos ejercitables por el acreedor a raíz del incumplimiento. Más concretamente, se trata de saber qué modificaciones, de haber alguna, deberá hacer un Estado en el régimen legal general de la ejecución de los derechos contractuales para adaptarlo a la ejecución de una garantía real en el supuesto de que el otorgante no cumpla la obligación garantizada.

6. La esencia de todo régimen de las operaciones garantizadas reside en el derecho del acreedor garantizado a utilizar la suma realizable con la venta de los bienes gravados para satisfacer la obligación garantizada. Una vía ejecutoria que permita que el acreedor prevea con precisión el tiempo y las costas que entrañará la enajenación de los bienes gravados, así como el producto que es probable que perciba a raíz de dicho proceso, tendrá un importante efecto positivo en la disponibilidad y el precio del crédito otorgado. Por consiguiente, todo régimen legal de las operaciones garantizadas debe prever una vía procesal y sustantiva eficiente, económica y previsible para la ejecución de una garantía real a raíz de que el otorgante incumpla sus obligaciones. Al mismo tiempo, como dicha ejecución afectará directamente a los derechos del otorgante, de otras personas con alguna garantía sobre los bienes gravados y de los demás acreedores del otorgante, esas normas también deben prever salvaguardas razonables que amparen esos derechos.

7. Todas las partes interesadas se benefician de que se obtenga la suma lo más alta posible de la venta de los bienes gravados. El acreedor garantizado se beneficia de la posible reducción de la cantidad que el otorgante pueda quedar debiendo como obligación no garantizada tras haber destinado el producto de la venta a satisfacer la obligación garantizada (“suma pendiente” o “déficit”). Por su parte, el otorgante y el resto de sus acreedores se benefician de toda suma pendiente menor o de toda suma mayor que sobre tras el pago de la obligación garantizada (“excedente”).

8. En el presente capítulo se examina el derecho del acreedor garantizado a ejecutar su garantía real en el supuesto de que el otorgante incumpla la obligación garantizada (“incurre en impago”). El régimen de la insolvencia puede limitar el ejercicio de esos derechos

cuando el otorgante es insolvente (véase el capítulo XII, relativo al efecto de la insolvencia en una garantía real). En la sección A.2 del capítulo se tratan los principios generales que rigen el incumplimiento y la ejecución. En la sección A.3 se estudia el procedimiento que un acreedor garantizado posiblemente tenga que seguir antes de acudir a la vía ejecutoria y se exponen los derechos de que aún dispone un otorgante con posterioridad al incumplimiento. Los diversos derechos normalmente ejercitables por el acreedor garantizado se examinan en la sección A.4. En la sección A.5 se pasa revista a las consecuencias de la ejecución para el otorgante, el acreedor garantizado y los terceros. En la sección A.6 se examina la ejecución de una garantía real sobre el producto de la venta de un bien gravado. La sección A.7 trata de los puntos de intersección de los regímenes ejecutorios de la propiedad mobiliaria y de la propiedad inmobiliaria. Por último, en la sección A.8 se examinan los tipos de ajuste que posiblemente sea necesario introducir para la ejecución eficaz de una garantía real sobre accesorios fijos de bienes muebles, sobre masas de bienes y sobre productos acabados.

9. La ejecución de gravámenes sobre créditos por cobrar, títulos negociables, derechos al pago de fondos depositados en una cuenta bancaria, derechos a recibir el producto de una promesa independiente y documentos negociables no encaja fácilmente en la vía ejecutoria general prevista para los bienes corporales. Por ello muchos Estados han previsto un régimen especial para la ejecución de una garantía sobre bienes inmateriales en general, y créditos por cobrar y otros derechos al cobro en particular. Esas vías especiales se tratan en las secciones B.1 a B.7 del presente capítulo. El capítulo concluye con la sección C, en la que figura una serie de recomendaciones.

2. Principios generales de la vía ejecutoria

a) Generalidades

10. Como se comentó en la sección anterior, va en interés de todas las partes que el otorgante cumpla voluntariamente la obligación a la que se haya comprometido. Por ello, cuando se produce un incumplimiento, el acreedor garantizado y el otorgante generalmente intentan llegar a un acuerdo que evite la necesidad de iniciar un procedimiento ejecutorio. Un otorgante casi siempre es consciente de que está incumpliendo su obligación y muy raras veces se enterará de que ha incurrido en impago por un aviso formal del acreedor garantizado. De hecho, en este último supuesto, no suele iniciarse un procedimiento ejecutorio, ya que el incumplimiento será casi siempre debido a una advertencia, y no a que el otorgante no pueda o no quiera pagar. Con todo, en ocasiones la vía ejecutoria resulta necesaria. En esos casos hay una serie de principios básicos por los que se guían los Estados a la hora de establecer los derechos y las obligaciones de los acreedores y los otorgantes a raíz del incumplimiento.

b) *El incumplimiento como requisito previo para toda medida de ejecución*

11. En un supuesto normal, una garantía real respaldará el cumplimiento de la obligación del otorgante (o del deudor, si un tercero actuó en calidad de otorgante) frente al acreedor garantizado. Por tanto, en un caso normal, la garantía real pasará a ser ejecutable en cuanto el otorgante (o el deudor, si el otorgante es un tercero) incumpla o no pague la obligación garantizada. No obstante, existen otros “supuestos de incumplimiento” que pueden estar previstos en el acuerdo de garantía. Cualquiera de ellos bastará, salvo que

el acreedor garantizado renuncie a invocarlo, para constituir un incumplimiento, permitiendo así la ejecución obligatoria de la garantía real. En otras palabras, el acuerdo entre las partes y el derecho general aplicable en materia de obligaciones determinarán si el otorgante ha incurrido en impago y si hay lugar para recurrir a la vía ejecutoria. En la mayoría de los casos ese derecho general en materia de obligaciones será también el que determine si debe enviarse al otorgante (o al deudor) una notificación formal del impago y cuál debe ser su contenido.

12. En ocasiones se produce un incumplimiento, no por haberse omitido un pago, sino porque otro acreedor aduce una sentencia judicial para embargar los bienes gravados o trata de ejecutar su propia garantía real. La ley de algunos Estados establece que, tanto si existe como si no alguna estipulación a este efecto en los acuerdos de garantía, la incautación de un bien gravado por cualquier otro acreedor constituye un incumplimiento de todo acuerdo de garantía por el que se grave el bien incautado. Esa norma se basa en la oponibilidad de la garantía real. Dado que el bien gravado es la garantía de pago al acreedor, siempre que ese bien esté sujeto a un proceso judicial se debería facultar al acreedor garantizado a intervenir para proteger sus derechos. En esos casos el derecho procesal suele dar a esos otros acreedores el derecho a forzar la enajenación de los bienes gravados. Ese mismo derecho procesal establecerá las normas para que el acreedor intervenga en esas actuaciones judiciales y juicios ejecutorios, con miras a proteger sus derechos y su prelación.

13. Los Estados suelen permitir que un acreedor garantizado con una prelación de rango superior (un acreedor principal) se haga cargo del juicio ejecutorio entablado por otro acreedor (por ejemplo, un acreedor garantizado o un acreedor judicial que haya tomado medidas para ejecutar sus derechos) con un rango de prelación inferior (un acreedor secundario), si así lo desea. Esa regla se basa en que los dos acreedores garantizados estarán ejercitando derechos similares en el marco de un mismo régimen de garantía, por lo que la prelación de su acción ejecutoria vendrá determinada por la prelación de su respectiva garantía. Otros Estados, para proteger los derechos de los acreedores principales, estipulan que toda venta en concepto de ejecución de una garantía que efectúe un acreedor secundario no puede afectar los derechos de un acreedor principal.

14. En algunos Estados, una vez que ha comenzado la fase ejecutoria del juicio, el acreedor garantizado no podrá intervenir para hacer valer sus derechos en virtud del acuerdo de garantía. Ese enfoque se practica sobre todo en Estados en los que la venta judicial prescribe todo gravamen sobre el bien vendido, incluidas las garantías reales. Se asume que, dado que una venta judicial permite que el comprador adquiera una titularidad exenta de todo gravamen, el producto de esa venta será el más alto obtenible. No obstante, en otros Estados, cuando un acreedor garantizado tiene una garantía sobre algún bien embargado por un acreedor judicial o sobre todos ellos, se le permite objetar el embargo y ejecutar su garantía real por cualquier medio del que disponga. Ese enfoque se encuentra sobre todo en Estados donde la venta judicial en ejecución de sentencia no entraña la prescripción de las garantías reales. Se asume que es más probable que se obtenga un precio de enajenación más alto si se permite a los acreedores ejercitar una garantía real porque, en tal caso, la vía ejecutoria permite al comprador obtener, si no una titularidad libre de todo gravamen, al menos una titularidad que esté más libre de gravámenes que la que podría darse en una venta judicial. Por ejemplo, si la venta judicial no prescribe ninguna garantía real pero la ejecución por parte de un acreedor garantizado prescribe todos los derechos del acreedor secundario, la venta realizada por un acreedor garantizado (incluso el acreedor de rango más inferior) prescribirá al menos su garantía

real. Lo más importante es que la vía ejecutoria iniciada por el acreedor garantizado de mayor rango permita al comprador obtener una titularidad libre de gravámenes (véanse los párrafos 77 a 80 *infra*).

c) *La buena fe y el buen sentido comercial*

15. La ejecución de una garantía real tiene graves consecuencias para los otorgantes, los deudores y los terceros interesados (por ejemplo, un acreedor secundario, un garante o un copropietario de los bienes gravados). Por ese motivo algunos Estados imponen, como obligación general y absoluta de todo acreedor garantizado, el deber específico de obrar de buena fe y con buen sentido comercial al ejercitar sus derechos. Dada la importancia de esa regla, esos mismos Estados también establecen que ni el acreedor garantizado ni el otorgante podrán renunciar a ella ni modificarla en ningún momento (véanse las recomendaciones 131 y 132). Además, como se comentó anteriormente, un acreedor garantizado que no cumpla con sus obligaciones en materia de ejecución será responsable de todo daño causado a las personas que resulten perjudicadas por ese incumplimiento (véase la recomendación 136). Por ejemplo, si un acreedor garantizado no actúa con buen sentido comercial al enajenar los bienes gravados y a causa de ello obtiene una suma menor que la que se hubiera obtenido de haberse obrado con buen sentido comercial, deberá resarcir por daños y perjuicios a toda persona perjudicada por esa minusvalía.

d) *Autonomía de las partes para aceptar el procedimiento de ejecución*

16. Los Estados suelen imponer a las partes en un acuerdo de garantía muy pocas obligaciones previas al incumplimiento (véase el capítulo VI, sobre derechos y obligaciones de las partes en un acuerdo de garantía). Por ello una cuestión clave en el contexto de la vía ejecutoria abierta a raíz del incumplimiento es la de si debe prevalecer una política similar. En otras palabras, se trata de decidir en qué medida el acreedor garantizado y el otorgante podrán modificar el marco legal previsto para la ejecución de la garantía real o sus respectivos derechos contractuales estipulados en el acuerdo de garantía. Algunos Estados consideran que la vía ejecutoria forma parte de su derecho público imperativo al que las partes no pueden sustraerse por vía contractual. En otros Estados se reconoce a las partes autonomía para estipular al margen del marco legal de la ejecución siempre y cuando no se vean afectados ni el orden público ni el orden de prelación internos, ni los derechos de terceros (en particular en los casos de insolvencia). Y en otros Estados se hace hincapié en la eficiencia de los mecanismos de ejecución, sin reconocerse a la vía judicial ni la exclusividad ni la primacía al respecto. En esos Estados pueden existir límites sobre el grado en que el acreedor garantizado y el otorgante podrán estipular al margen del marco legislativo en su acuerdo de garantía, dado que cabe abusar de la autonomía contractual al negociar la vía ejecutoria al celebrarse el acuerdo de garantía. A pesar de esos límites, algunos Estados sí permiten, en cambio, que las partes renuncien a sus derechos en virtud del acuerdo de garantía o los modifiquen en cualquier momento con posterioridad. Otros Estados sólo permiten la renuncia después de que se haya producido un incumplimiento.

17. Con todo, los Estados que permiten a las partes renunciar a sus derechos legales o contractuales posteriores al incumplimiento les imponen una serie de restricciones. Por ejemplo, en general no permiten que se renuncie a la obligación del acreedor de actuar de buena fe y con buen sentido comercial (véase la recomendación 132). En cuanto a las

demás obligaciones, muchos Estados distinguen entre los derechos del otorgante y los del acreedor garantizado. En algunos Estados el otorgante podrá renunciar a exigir del acreedor garantizado el cumplimiento de sus obligaciones posteriores al incumplimiento o convenir en que las modifique, pero únicamente después de que se haya producido el incumplimiento. Permitir esa renuncia o renegociación después de un incumplimiento da a veces margen al otorgante y al acreedor garantizado para negociar una enajenación de los bienes gravados que permita obtener la suma más alta posible, lo que beneficiará al acreedor garantizado, al otorgante y al resto de sus acreedores (véase la recomendación 133). Esos mismos Estados suelen también permitir que el acreedor garantizado renuncie, en cualquier momento (antes o después del incumplimiento), a sus derechos frente al otorgante, al suponerse que es muy pequeño el riesgo de que el otorgante de la garantía imponga condiciones abusivas al acreedor garantizado en el momento en que éste le está otorgando crédito (véase la recomendación 134). En todo caso, la modificación de los derechos por las partes en un acuerdo de garantía no puede afectar a los derechos de terceros (véase la recomendación 135, primera frase). En tales casos, no obstante, la persona que impugne el acuerdo por ser contrario a las disposiciones obligatorias aquí explicadas tiene la responsabilidad de demostrar el incumplimiento (véase la recomendación 135, segunda frase).

e) *Supervisión judicial de la ejecución*

18. En términos generales, cuando un otorgante ha incurrido en impago y todos sus intentos de encontrar una salida para poder cumplir sus obligaciones no han tenido éxito, es probable que haya que recurrir a la vía judicial ejecutoria contra el bien o los bienes gravados. Pero en algunos casos el otorgante impugnará o bien la afirmación del acreedor garantizado de que ha incurrido en impago o bien la suma que el acreedor garantizado ha calculado que se le debe a consecuencia del impago. Como cuestión de orden público, los Estados suelen conceder a los otorgantes el derecho a solicitar que los tribunales confirmen, rechacen, modifiquen o controlen de otro modo el ejercicio de todo derecho ejecutorio de un acreedor.

19. Con ello no se pretende imponer al acreedor garantizado alguna actuación judicial innecesaria, sino más bien habilitar al otorgante y a toda otra parte interesada para velar por el respeto de la ley en todo procedimiento ejecutorio abierto a raíz de un incumplimiento (véase la recomendación 137). En consecuencia, a fin de que toda actuación impugnatoria del otorgante frente a la ejecución pueda ser resuelta con prontitud y economía, muchos Estados sustituyen en estos casos el procedimiento civil ordinario por un juicio sumarial ejecutorio (véase la recomendación 138). Por ejemplo, quizá se conceda al otorgante y a los demás interesados un plazo limitado para presentar alguna demanda o interponer alguna excepción. Otros Estados permiten que el otorgante impugne la demanda del acreedor garantizado incluso después de que haya comenzado la ejecución, cuando se distribuya el producto de la venta ejecutoria o cuando el acreedor garantizado trate de cobrar alguna suma pendiente. Algunos Estados incluso permiten al otorgante obtener no sólo una indemnización compensatoria, sino también una indemnización punitiva si se demuestra que el acreedor garantizado recurrió, sin justificación, a la vía ejecutoria o se resarcio por una suma superior a la que se le debía.

20. Además, dado que todas esas impugnaciones retrasarán la ejecución y la harán más costosa, muchos Estados incorporan también salvaguardias en el proceso para disuadir al otorgante de presentar reclamaciones infundadas. Algunas de ellas son mecanismos procesales, como, por ejemplo, añadir las costas del procedimiento a la obligación

garantizada si éste no se resuelve a favor del otorgante, o exigir declaraciones juradas al otorgante y su abogado para iniciar el procedimiento. Algunos Estados también permiten a los acreedores garantizados reclamar daños y perjuicios a los otorgantes que entablen procedimientos infundados o que no cumplan sus obligaciones, y añadir esos daños y perjuicios a la obligación garantizada. La presente *Guía* recomienda que se puedan reclamar, a título compensatorio, daños y perjuicios de todo otorgante o acreedor garantizado que no respete alguna de sus obligaciones posteriores al incumplimiento (véase la recomendación 136).

f) *Alcance de los derechos del otorgante a raíz del incumplimiento*

i) *Generalidades*

21. Como ya se mencionó (véase el párrafo 18 *supra*), el otorgante puede recurrir a los tribunales cuando el acreedor garantizado no ejerza sus derechos posteriores al incumplimiento ciñéndose al acuerdo de garantía y al régimen aplicable. El otorgante puede también pagar íntegramente la obligación garantizada y obtener así la liberación de los bienes gravados (véanse los párrafos 22 a 26 *infra*). Además, el otorgante puede proponer al acreedor garantizado que reciba los bienes gravados a título de cumplimiento total o parcial de la obligación garantizada (o puede objetar una propuesta de esa índole hecha por el acreedor garantizado; véanse los párrafos 65 a 70 *infra*), y puede ejercer cualquier otro recurso previsto en el acuerdo de garantía o en el régimen aplicable (véase la recomendación 139). El otorgante puede también objetar la posesión por vía extrajudicial de los bienes gravados por parte del acreedor garantizado o a la enajenación por vía extrajudicial de esos bienes (véanse las recomendaciones 142, 147 y 148; véanse también los párrafos 29 a 32 y 57 a 60 *infra*).

ii) *Extinción de la garantía real tras el pago total de la obligación garantizada*

22. Una vez denunciado un incumplimiento, el deudor, el tercero que actúe como otorgante y todo otro tercero interesado a menudo intentarán refinanciar la obligación garantizada o subsanar de algún otro modo el incumplimiento. En esos casos los Estados deberán decidir qué derechos podrán ejercitar las diversas partes y el plazo para hacerlo. Habitualmente los otorgantes y los terceros dispondrán del derecho a obtener la liberación de los bienes gravados de la garantía real en el momento en que se pague en su totalidad la obligación garantizada y se extinga todo compromiso de facilitar más crédito.

23. Mediante el pago íntegro de la obligación garantizada y la terminación de todo compromiso financiero prescribe la garantía real y se pone fin a la operación garantizada. Dado que el objetivo de la vía ejecutoria es habilitar al acreedor para cobrar lo que se le deba, los Estados suelen ser bastante flexibles al decidir cuáles son las partes con derecho a pagar la obligación garantizada. Por ejemplo, la mayoría de los Estados permiten que un otorgante, que haya incumplido su obligación, levante el gravamen antes de que el acreedor garantizado disponga definitivamente de los bienes gravados, pagando la suma pendiente de la obligación garantizada, junto con los intereses y las costas de la ejecución en los que se haya incurrido hasta el momento del pago. Estos Estados suelen también permitir que cualquier tercero interesado (por ejemplo, un acreedor con rango de prelación inferior al del acreedor ejecutante o un comprador que haya adquirido los bienes sujetos a la garantía real) ejerza el derecho de resarcir la deuda, si el otorgante no lo hace.

Así, por ejemplo, un acreedor con un rango de prelación inferior al del acreedor ejecutante o un comprador que haya adquirido los bienes sujetos a la garantía real puede pagar la obligación garantizada en lugar del otorgante.

24. Además, los Estados suelen dar amplio margen en cuanto al plazo en el que pueda saldarse la deuda. Al acreedor garantizado le interesa cobrar en vez de disponer del bien gravado. Siempre y cuando se paguen el principal, los intereses y las costas de la ejecución antes de que resulten afectados los derechos de algún tercero, no hay motivo para insistir en una enajenación del bien gravado. Esto significa que quienquiera que desee ejercer este derecho podrá hacerlo hasta que el acreedor garantizado: *a*) enajene el bien gravado o perciba el precio de su venta; *b*) concluya un acuerdo de enajenación del bien gravado, o *c*) reciba el bien gravado a título de pago total o parcial de la obligación garantizada. Hasta entonces, la obligación garantizada será íntegramente resarcible, quedando así los bienes gravados exentos del derecho de garantía real. Por las mismas razones (es decir, al reconocer que el principal interés del acreedor es cobrar, y el del otorgante, no perder sus bienes), la presente *Guía* recomienda que se permita efectuar el pago liberatorio de los bienes gravados hasta que algún tercero adquiera derechos sobre dichos bienes, o se celebre un acuerdo para la enajenación del bien gravado o el acreedor garantizado reciba los bienes gravados a título de resarcimiento de la obligación garantizada (véase la recomendación 140).

25. En algunos Estados, a raíz del incumplimiento, otro derecho que se da a los otorgantes es el restablecimiento de la obligación garantizada al pago de toda suma atrasada. El restablecimiento de la obligación garantizada es muy distinto de la extinción de la garantía real y suele ser de alcance más restringido. Restablecer la obligación garantizada significa rectificar el incumplimiento en cuanto tal pagando los plazos incumplidos, junto con los intereses acumulados y las costas de la vía ejecutoria en que ya se haya incurrido, pero, por lo demás, no afectará ni al deber que tenga el otorgante de seguir cumpliendo su obligación ni a la garantía real. En particular, cuando los Estados permiten el restablecimiento y éste se produce, la consecuencia es anular el efecto de una aceleración de la obligación garantizada de conformidad con una cláusula de aceleración. Esto significa que, si un acreedor garantizado desea hacer valer una cláusula de aceleración sin el riesgo de restablecimiento de la obligación garantizada, sólo podrá hacerlo emprendiendo una acción judicial ordinaria para conseguir que se ejecute el acuerdo acelerado y se incauten y vendan los bienes gravados. Una obligación restablecida seguirá siendo exigible y eventualmente ejecutable conforme a lo acordado entre las partes y seguirá estando garantizada por los bienes gravados hasta que sea íntegramente cumplida.

26. Los Estados enfocan el derecho al restablecimiento de manera bastante diversa. Algunos no contemplan en sus legislaciones el derecho a restablecer la obligación incumplida, pero permiten a las partes incluirlo en su acuerdo de garantía. En cambio, en algunos Estados se estipula que el restablecimiento es un derecho otorgado por ley al que no puede renunciar el otorgante tanto antes como después del incumplimiento. Algunos Estados permiten a cualquier interesado resarcir un incumplimiento, restableciendo así la obligación garantizada, mientras que la mayoría de los Estados estipulan que este derecho sólo lo puede ejercer el otorgante. Siempre que se permita el derecho a restablecimiento de la obligación garantizada, toda parte habilitada para ejercer ese derecho podrá hacerlo hasta el mismo momento en que las partes habilitadas para remediar el incumplimiento mediante el pago completo puedan ejercer tal derecho. Puesto que subsanar un incumplimiento mantiene la obligación garantizada en lugar de extinguirla, es posible que el otorgante vuelva a incurrir en impago en el futuro. A fin de evitar una serie de impagos

seguidos de subsanación por razones estratégicas, los Estados que permiten el restablecimiento suelen limitar el número de veces que podrá restablecerse una obligación garantizada tras un impago. La *Guía* no contiene ninguna recomendación concreta en lo que respecta al restablecimiento. La razón principal para adoptar ese enfoque es que la decisión de si se permiten o no las cláusulas de aceleración en los acuerdos de garantía (con lo cual el derecho de restablecimiento sería discutible) se considera más como una cuestión que deben abordar los Estados en el marco de su derecho general de las obligaciones.

g) *Alcance de los derechos del acreedor garantizado a raíz del incumplimiento*

27. Un acreedor ordinario que haya obtenido una sentencia favorable podrá hacerla ejecutar sobre todos los bienes del deudor que sean embargables a tenor del derecho procesal. Entre esos bienes se encuentran, por lo general, todos sus derechos reales, sean del tipo que sean. Si el deudor tiene únicamente un derecho limitado sobre el bien, (por ejemplo, un usufructo), sólo podrá embargarse y venderse ese derecho limitado. Asimismo, si los derechos del deudor sobre los bienes están limitados por algún término o alguna condición, la ejecución contra esos bienes estará limitada de la misma manera. En la venta judicial, el comprador sólo podrá adquirir dicho bien sujeto a ese término o a esa condición.

28. A diferencia de lo que ocurre con la ejecución por la vía ordinaria de una sentencia, el ejercicio de una garantía real estará sujeto a una limitación adicional importante. Un acreedor garantizado sólo podrá disponer de los bienes gravados por su garantía real y no de todo el patrimonio del otorgante. Naturalmente, también podrá ejercer todos los recursos de que dispone un acreedor no garantizado para reclamar del otorgante una suma pendiente en el caso de que el valor de los bienes gravados demuestre ser insuficiente para pagar la obligación íntegramente. Aparte de esa limitación adicional, el ejercicio por la vía ejecutoria de una garantía real se regirá por principios parecidos a los de una ejecución judicial ordinaria. El acreedor garantizado sólo podrá ejecutar su garantía real en función de los derechos que el otorgante tenga sobre los bienes gravados. Así, por ejemplo, si el otorgante goza de una capacidad limitada para vender o disponer de otro modo de un bien gravado, o para arrendarlo o conceder alguna licencia sobre él, la ejecución del acreedor garantizado no podrá traspasar esas restricciones. Ello significa que si el otorgante posee bienes sujetos a una licencia de marca, la garantía real sólo abarcará el derecho del otorgante sujeto a los términos ejecutables de la licencia de marca, y no dará al acreedor garantizado ningún derecho general a utilizar o disponer de la marca.

h) *Ejecución judicial y extrajudicial*

29. Como principio general del derecho de las obligaciones, en la mayoría de los Estados se exige que toda demanda se interponga y se ejecute por la vía judicial. Los acreedores deberán demandar en justicia a sus deudores, obtener una sentencia favorable y recurrir después a otros agentes o autoridades públicas (por ejemplo, alguaciles, notarios o la policía) para que ejecuten la sentencia. Para proteger al otorgante y a otras personas con derechos sobre los bienes gravados, algunos Estados imponen una obligación similar a los acreedores garantizados y les exigen que recurran exclusivamente a los tribunales o a otras autoridades públicas para ejecutar sus garantías reales. No obstante, dado que la vía judicial puede resultar lenta y costosa, muchas veces no se obtiene por esa vía la mejor suma posible como producto de la venta del bien. Además, como el retraso previsto y las

costas procesales serán tenidas en cuenta en la decisión de si proveer financiación y en el coste de tal financiación, toda ineficiencia procesal afectará negativamente a la disponibilidad y al precio del crédito.

30. Para facilitar la disponibilidad de crédito garantizado, algunos Estados requieren sólo una intervención previa mínima de los funcionarios públicos o de las autoridades en el proceso ejecutorio. Por ejemplo, quizá se obligue al acreedor garantizado a solicitar a un tribunal una orden de recuperación, que éste dictará sin celebrar una vista. En otros casos, una vez que el acreedor garantizado ha tomado posesión del bien, puede venderlo directamente sin intervención judicial, pero contratando los servicios de un alguacil acreditado que dirija el proceso según el procedimiento establecido. Ese enfoque menos formal se justifica porque el hecho de que el acreedor garantizado o un tercero de confianza tomen el control y dispongan de los bienes, agiliza el proceso y lo hace menos costoso que un proceso controlado por el Estado. Un sistema bien diseñado puede facilitar un mecanismo eficaz para optimizar el producto que puede conseguirse de la venta de los bienes gravados y proteger de ese modo al otorgante y otros interesados en optimizar el producto obtenido de la venta de los bienes gravados. Además, saber que cabe recurrir fácilmente a la vía judicial suele ser incentivo suficiente para que las partes cooperen razonablemente a fin de evitar que se recurra ante los tribunales. Por último, a diferencia del acreedor judicial típico, la mayoría de los acreedores garantizados tienen como actividad principal el suministro de crédito. Por ello, la preocupación por el buen nombre entre los posibles futuros prestatarios de un acreedor garantizado impondrá normalmente restricciones al comportamiento que sigue en materia de ejecución.

31. En algunos Estados el acreedor garantizado no está obligado a recurrir a la vía judicial o a alguna otra autoridad pública para la ejecución, sino que podrá recurrir únicamente a alguna vía extrajudicial. Sin embargo, esos Estados suelen imponer ciertas normas imperativas en relación con la ejecución extrajudicial. Como ejemplos de estas normas figuran las relativas, por ejemplo, a la obligación de enviar notificación del impago y de la intención de disponer del bien gravado, de obrar de buena fe y con buen sentido comercial y de rendir cuentas al otorgante del producto de la enajenación. Además, estos Estados no permiten al acreedor garantizado tomar posesión por vía extrajudicial de los bienes gravados si esa ejecución puede dar lugar a quebrantamientos de la paz u otra alteración del orden público. La finalidad de esos requisitos es dar flexibilidad a los métodos de venta de los bienes gravados con miras a optimizar el producto de la venta, al tiempo que se protege al otorgante y a otros interesados contra todo acto del acreedor garantizado que no esté comercialmente justificado. En la presente *Guía* se recomienda que, a fin de agilizar la ejecución y obtener así el precio de venta más alto posible, los acreedores deberían tener la posibilidad de hacer valer sus garantías reales por una vía judicial o extrajudicial (véase la recomendación 142). En todo caso, en los Estados que permiten recurrir a una vía extrajudicial, siempre cabe recurrir a la vía judicial para velar por que se reconozca y atienda a toda demanda o excepción que interponga el otorgante o algún otro interesado con derechos sobre los bienes gravados. Éste es también el enfoque adoptado en la *Guía* (véase la recomendación 137).

32. Tal como se ha indicado en el párrafo anterior, incluso los Estados que permiten al acreedor garantizado actuar sin intervención oficial, permiten también que éste obtenga la ejecución de su garantía real por la vía judicial. Además, puesto que una garantía se otorga para aumentar la probabilidad de que un acreedor reciba el pago de la obligación garantizada, la ejecutoriedad de la garantía real a raíz del incumplimiento no debería impedir que el acreedor garantizado trate de obtener el cumplimiento de la obligación garantizada

por la vía judicial ordinaria, seguido de la incautación y la venta al ejecutar la sentencia obtenida (véase la recomendación 144). Por distintas razones, un acreedor garantizado podrá optar por una de esas opciones en vez de proceder a la ejecución extrajudicial. Por ejemplo, quizá desee evitar el riesgo de que se impugne su actuación ulteriormente. Tal vez haya llegado a la conclusión de que deberá acudir de todos modos ante los tribunales para reclamar toda diferencia eventual, o tal vez tema, y desee evitar, la perturbación del orden público en el momento de la ejecución.

33. De hecho, muchos Estados alientan a los acreedores garantizados a que acudan a los tribunales, ofreciéndoles vías ejecutorias menos costosas y más rápidas. Por ejemplo, es posible que para ejecutar la garantía exijan únicamente la presentación de declaraciones juradas como prueba. También pueden prever normas para asegurarse de que se celebre una vista que permita desestimar las impugnaciones y se dicte una resolución lo más pronto posible. Algunos Estados incluso permiten que un acreedor garantizado que haya obtenido una sentencia favorable en la forma habitual pueda embargar los bienes gravados y disponer de ellos sin tener que seguir el proceso oficial de embargo y venta. Finalmente, la mayoría de los Estados disponen que el acreedor pueda seguir los procedimientos de ejecución que considere más convenientes. Así, por ejemplo, un acreedor garantizado que decida seguir una determinada vía extrajudicial podrá cambiar de opinión y optar ulteriormente por ejecutar su garantía real por otra vía extrajudicial diferente, en la medida en que el ejercicio de un derecho no haga imposible el ejercicio de otro derecho (véanse la recomendación 143 y los párrafos 34 y 35 *infra*).

i) *Derechos ejercitables a título acumulativo*

34. A veces ocurrirá que, para enajenar por completo todos los bienes gravados, el acreedor tendrá que ejercitar más de un derecho. Ello suele suceder cuando un acreedor garantizado liquida toda una empresa compuesta por varios tipos de bienes, porque los distintos tipos de bienes gravados dan lugar a distintas vías de ejecución. Por ejemplo, la forma más eficaz de ejecutar un gravamen sobre créditos por cobrar puede ser mediante el cobro de dichos créditos, mientras que el valor en garantía de las existencias o los bienes de equipo se puede realizar mejor vendiendo las existencias y los bienes de equipo. En otros casos, el valor en garantía de bienes concretos se puede realizar mejor si el acreedor garantizado recibe dichos bienes a título de pago de la obligación garantizada. Además, habrá ocasiones en que un acreedor garantizado crea que un recurso será el más adecuado, y luego descubra que con otro se obtendrá una cantidad de realización mayor. Por ello la mayoría de los Estados establecen que los derechos ejercitables por un acreedor garantizado son acumulativos. En los Estados que adoptan este enfoque, el acreedor ejecutante tendrá no sólo la posibilidad de elegir el recurso que interpondrá, sino también la posibilidad de interponer más de uno, simultánea o sucesivamente. Podrá incluso recurrir simultáneamente a la vía judicial y a la extrajudicial. Sólo cuando el ejercicio de un derecho (por ejemplo, a recuperar la posesión de un bien gravado y enajenarlo) haga imposible ejercitar otro (por ejemplo, a recibir un bien gravado en resarcimiento de la obligación garantizada) es cuando el acreedor se verá privado de ese ejercicio acumulativo de sus derechos. La *Guía* vuelve a adoptar aquí la estrategia según la cual maximizar la flexibilidad de la vía ejecutoria maximizará probablemente el valor realizable por los bienes gravados, por lo que recomienda que se permita a los acreedores garantizados acumular sus derechos ejercitables por la vía judicial y la extrajudicial (véase la recomendación 143).

35. Algunos Estados no permiten a los acreedores garantizados acumular sus derechos ejercitables (por la vía judicial o la vía extrajudicial) sobre los bienes gravados a los dimanantes de la obligación garantizada. Se parte de la idea de que los recursos extrajudiciales son un favor otorgado al acreedor garantizado y que, por tanto, éste deberá elegir entre hacer valer su garantía real extrajudicialmente o interponer una demanda judicial para hacer valer la obligación garantizada. Otros Estados permiten que el acreedor garantizado acumule tanto sus derechos ejercitables por la vía extrajudicial como su derecho a hacer valer, en el marco del derecho de los contratos, la obligación incumplida. Además, permiten que ambos procesos se entablen simultáneamente, o uno tras el otro, sin importar el orden. Exigir a un acreedor garantizado que opte, al inicio de la ejecución, por una u otra vía, complicará la ejecución y aumentará su costo, porque el acreedor tendrá que calcular el riesgo de que quede algún resto por saldar. Si el acreedor garantizado llega a esa conclusión, estará obligado a interponer una demanda para ejecutar la obligación y hacer valer la prelación que se derive de la garantía real en el momento en que, como parte de la ejecución, se produzca una venta judicial. Es un proceso más lento, más costoso y con el que normalmente se obtendrá un valor menor en el momento de la venta. A fin de maximizar el valor realizable, la *Guía* recomienda que se permita que el acreedor garantizado acumule los derechos ejercitables para hacer valer su garantía por la vía extrajudicial y para hacer valer la obligación garantizada por la vía judicial, con la única reserva de que en ningún caso reclame más de lo que se le debe (véase la recomendación 144).

j) *Derecho del acreedor garantizado que goza de prelación a hacerse cargo del proceso ejecutorio*

36. El acreedor garantizado con mayor prelación deseará a menudo hacerse cargo del proceso ejecutorio iniciado por otro acreedor (tanto si se trata de un proceso judicial como si se trata del ejercicio extrajudicial por otro acreedor de su propia garantía real). Los Estados acostumbran a reconocer ese derecho en el marco de su régimen de las operaciones garantizadas, pero algunos no permiten que un acreedor garantizado recurra a la vía extrajudicial después de que un acreedor judicial haya hecho embargar los bienes gravados (tanto si se trata de un acreedor judicial no garantizado como de un acreedor garantizado de menor prelación que haya acudido a la vía judicial). Si se reconoce al acreedor garantizado un derecho a hacerse cargo del proceso ejecutorio iniciado por un acreedor judicial, los Estados suelen exigir al acreedor garantizado que obre con oportunidad (es decir, antes de que empiece la subasta) y que reembolse al acreedor judicial las costas procesales en que hubiera incurrido hasta ese momento. A fin de maximizar la eficacia ejecutoria de una garantía real, la *Guía* recomienda que un acreedor garantizado cuya garantía real goce de prelación superior a la del acreedor garantizado ejecutante tenga derecho a asumir el proceso ejecutorio, tanto si se trata de un proceso ejecutorio extrajudicial como de un proceso judicial en el que se haya dictado sentencia (véase la recomendación 145). De acuerdo con la *Guía*, este derecho puede ser ejercido en cualquier momento antes de que se produzca alguna de las opciones siguientes: la disposición, la adquisición o cobro del bien gravado o la conclusión de un acuerdo ejecutable para disponer de los bienes. Al ejercer el derecho de controlar la ejecución, el acreedor garantizado principal no está limitado a seguir la vía ejecutoria ya iniciada por el acreedor secundario y puede ejercer su derecho de garantía usando cualquier vía contemplada por la presente *Guía*.

3. *Medios procesales previos a la ejecución y derechos del otorgante*

a) *Generalidades*

37. Muchos Estados han establecido mecanismos procesales completos que permitan una ejecución efectiva y eficiente de su garantía por el acreedor garantizado, sin dejar, por ello, de amparar los derechos del otorgante y todo derecho que tenga algún tercero sobre los bienes gravados. Como regla general, el acreedor garantizado puede: *a)* obtener una sentencia por la vía habitual y pedir a una autoridad pública que embargue los bienes gravados y los venda en subasta pública; *b)* recurrir a la vía judicial sumaria para hacer reconocer el incumplimiento del deudor y proceder de inmediato a recabar de la autoridad competente el embargo y la venta de los bienes gravados, o *c)* hacer ejecutar su garantía sin un proceso judicial. El objetivo de esos mecanismos procesales es amparar lo más equilibradamente posible todo derecho concurrente tras el incumplimiento pero antes de que el acreedor garantizado ejercite alguna medida ejecutoria. Por eso los Estados suelen prever que esos mecanismos se hayan de aplicar prescindiendo de si la vía ejecutoria es judicial o extrajudicial y cualquiera que sea el recurso que elija el acreedor garantizado. Es decir, que esos mecanismos se habrán de aplicar tanto si el acreedor garantizado hace embargar y vende personalmente los bienes gravados, destinando el producto de la venta al resarcimiento de la obligación pendiente, como si recibe el bien gravado en pago de la obligación garantizada o se hace cargo de la empresa del deudor y la explota para resarcirse así del incumplimiento de dicha obligación.

b) *Notificación de la intención de proceder a la ejecución extrajudicial*

38. Cuando un acreedor garantizado opta por ejecutar el acuerdo de garantía interponiendo ante los tribunales una demanda ordinaria contra el otorgante en relación con la obligación garantizada, el derecho procesal civil ordinario (así como sus reglas relativas a la notificación del impago y a la oportunidad de celebrar una vista para conocer del fondo del litigio) será aplicable tanto a las actuaciones judiciales en sí como al proceso ejecutorio abierto a raíz de la sentencia. Sin embargo, por lo general esas reglas procesales sólo serán directamente aplicables en el marco de un procedimiento judicial formal. Por eso los Estados que permiten la ejecución extrajudicial suelen promulgar normas complementarias para regular dicha ejecución. El objetivo de estas normas es garantizar que se amparan los derechos de todos los afectados, sin menoscabar, por ello, la flexibilidad de la vía ejecutoria.

39. Una de las salvaguardias procesales más fundamentales de la ejecución extrajudicial de garantías reales es notificar adecuadamente la acción prevista. La necesidad reconocida de que se dé aviso de toda ejecución extrajudicial sitúa a los Estados frente a una decisión estratégica fundamental sobre cómo iniciar la ejecución. En algunos Estados, un acreedor garantizado deberá dar aviso previo de su intención de recurrir a la vía extrajudicial, incluso antes de adoptar medida alguna para hacerse con la posesión de los bienes gravados. O sea que el acreedor deberá entregar al otorgante (y normalmente también a todo tercero con algún interés legítimo sobre los bienes gravados) una notificación por escrito en la que se especifiquen el incumplimiento alegado, los bienes gravados cuya posesión se reclame y el plazo en que el otorgante deberá remediar su incumplimiento o hacer entrega de los bienes (de 15 a 20 días, por lo general). Con frecuencia, la notificación también deberá indicar la medida elegida por el acreedor para disponer

de los bienes gravados. En otros Estados se permite retrasar el plazo para presentar la notificación y no se detalla tanto su contenido sustantivo. Por ejemplo, en esos Estados el acreedor garantizado no estará obligado a dar aviso previo de su intención de tomar posesión del bien gravado, sino que podrá hacerlo de inmediato, al tiempo que dé aviso formal al otorgante del incumplimiento. Pero una vez que haya tomado posesión del bien, lo habitual es que el acreedor garantizado no podrá disponer de él sin dar aviso previo (de unos 15 a 20 días, por lo general) al otorgante y a todo tercero interesado del modo y la manera en que se propone disponer de él si el otorgante no remedia el incumplimiento en el plazo indicado.

40. Los dos enfoques tienen sus ventajas y sus inconvenientes. La ventaja principal de un régimen que exija que el acreedor garantizado dé un aviso previo de su intención de hacer valer su garantía y tomar posesión de los bienes gravados es que alerta al otorgante de la necesidad de proteger sus derechos sobre los bienes gravados. Esto resulta especialmente importante cuando el otorgante no es el deudor de la obligación garantizada. El deudor siempre sabrá de su impago, pero un tercero que haya actuado como otorgante tal vez no y se sorprendería ante una demanda inmediata de toma de posesión por parte del acreedor garantizado. Los derechos que en tal caso podría ejercer el otorgante incluirían, por ejemplo, impugnar la ejecución, remediar el impago del deudor o buscar posibles compradores para los bienes gravados. Razones similares están detrás de la idea de obligar al acreedor garantizado a que avise a otros interesados. El aviso dado a los demás interesados permitirá que éstos sigan de cerca la ejecución del bien gravado, traten de impugnarla o, si va en su interés, remedien el impago y, si es un acreedor garantizado con una garantía que goce de prelación (y el otorgante también ha incurrido en impago frente a él), participar en el proceso de ejecución o hacerse con el control de dicho proceso. Los inconvenientes de este aviso previo son los gastos que ocasiona, el hecho de que el acreedor garantizado quizá deba optar por la vía a seguir antes de inspeccionar de cerca los bienes gravados, la oportunidad que se da a un otorgante hostil para colocar los bienes gravados fuera del alcance del acreedor, y la posibilidad de que otros acreedores se apresuren a reivindicar sus derechos contra el negocio del otorgante e interfieran en el proceso de enajenación. Por otra parte, salvo que los requisitos de forma y de fondo de dicho aviso sean claros y sencillos, existe el riesgo de un incumplimiento “técnico” de esos requisitos que dé lugar a un litigio, con sus inevitables costas y demoras.

41. La ventaja de un régimen que exija únicamente dar aviso previo de la enajenación extrajudicial de los bienes gravados es que facilita el derecho del acreedor garantizado a tomar posesión de los bienes gravados sin retrasos indebidos, amparando además los intereses del otorgante y de todo tercero con algún derecho sobre los bienes gravados, (superando así los inconvenientes del enfoque mencionado en el párrafo anterior). El inconveniente es que se notifica al otorgante la ejecución extrajudicial sólo después de que el acreedor garantizado haya tomado posesión de los bienes gravados (privando de este modo al otorgante del aviso previo, tal como se explica en el párrafo anterior).

42. Independientemente del enfoque que se adopte, los Estados también deben decidir qué otras notificaciones pueden exigirse cuando un acreedor garantizado trata de ejecutar su garantía real extrajudicialmente. La mayoría de los Estados que exigen al acreedor una notificación previa a la toma de posesión de su intención de disponer de los bienes gravados no exigen ni una notificación previa del incumplimiento de la obligación ni una notificación posterior de la vía extrajudicial. Se supone que una sola notificación bastará a todos los efectos. Otros Estados que permiten notificar el método elegido para la ejecución extrajudicial después de que el acreedor obtenga la posesión de los bienes

gravados exigen aun así que el acreedor garantizado facilite una notificación formal del incumplimiento previa a la toma de posesión de los bienes por parte de acreedor. Algunos Estados no obligan al acreedor garantizado ni a dar notificación del incumplimiento de la obligación ni a una notificación previa a la toma de posesión de su intención de llevar a cabo la ejecución. En estos Estados, los acreedores garantizados sólo tienen que dar una notificación posterior a la toma de posesión de la vía ejecutoria extrajudicial que pretenden seguir. Para amparar los intereses de todos los afectados, la *Guía* recomienda que el acreedor garantizado pueda tomar posesión de los bienes gravados sin recurrir a un tribunal, siempre y cuando el otorgante haya aceptado la ejecución extrajudicial en el acuerdo de garantía, el acreedor garantizado haya dado al otorgante y a cualquier persona en posesión de los bienes gravados notificación del incumplimiento y de su intención de obtener la posesión de tales bienes fuera de los tribunales y, cuando el acreedor garantizado trate de obtener la posesión del bien gravado, ni el otorgante ni la persona en posesión del bien pongan ningún reparo (véase la recomendación 147).

43. Los requisitos antes indicados tienen por objeto garantizar que el proceso de ejecución tenga lugar sin una alteración del orden y sin que el otorgante o un tercero en posesión de los bienes gravados se vea sorprendido. En la práctica, sin embargo, la ejecución suele ser menos formal. Esto es así porque muchos Estados que imponen tales requisitos procesales también permiten que el otorgante y otros deudores puedan renunciar a ellos, siempre y cuando lo hagan después del incumplimiento. Las razones principales para limitar el derecho a renunciar a los requisitos procesales son evitar que se presione a los otorgantes para que renuncien a sus derechos procesales a fin de obtener crédito y asegurarse de que la decisión del otorgante de renunciar a sus derechos se adopte teniendo en cuenta las circunstancias existentes en el momento del incumplimiento. La *Guía* también adopta esta posición (véase la recomendación 133). Por consiguiente, después de producirse el incumplimiento, un acreedor garantizado podrá pedir a un otorgante o cualquier persona que ceda la posesión de bienes gravados sin haber estipulado en el acuerdo de garantía el derecho a obtener la posesión de manera extrajudicial y sin haber enviado un aviso previo de su intención de proceder de ese modo. Si el otorgante u otra persona en posesión de los bienes gravados da su consentimiento, se permite la cesión de la posesión de los bienes.

c) *Destinatarios, contenido, forma y momento del aviso*

44. Al igual que en otras situaciones en que se exige una notificación, los Estados suelen especificar con gran detalle el modo en que la notificación habrá de darse, los destinatarios, el momento de darla y su contenido mínimo. Muchos Estados distinguen entre la notificación al deudor, la notificación a un otorgante que no sea el deudor, la notificación a otros acreedores y la notificación a las autoridades públicas o al público en general. Los Estados suelen realizar un análisis de los costos y los beneficios para determinar si se debe exigir al acreedor garantizado que dé aviso previo y por escrito a otras personas, además del deudor, del otorgante y de todo otro acreedor garantizado que haya inscrito en el registro un aviso de su garantía, o haber notificado de otro modo al acreedor garantizado que vaya a emprender la ejecución de los derechos que tiene. Algunos Estados establecen que sólo será necesario dar aviso al otorgante y a todo otro acreedor garantizado que haya inscrito sus derechos o haya notificado sus derechos al acreedor garantizado ejecutorio. Otros Estados van más allá y exigen que dicho aviso sea inscrito en el registro general de derechos de garantía. El registrador debe entonces hacer llegar el aviso a todos los terceros que, sin ser acreedores garantizados, hayan inscrito una garantía sobre los bienes gravados. En otros Estados sólo se exige al acreedor garantizado que notifique al

otorgante y registre la notificación. Estos Estados imponen al registrador la obligación de enviar la notificación a las demás partes que hayan inscrito una garantía sobre los bienes gravados.

45. Los Estados también adoptan enfoques diferentes en cuanto al contenido mínimo del aviso o la notificación. Al igual que para la determinación del momento y los destinatarios del aviso, se deberán analizar los costos y los beneficios a la hora de decidir qué información deberá incluirse. Por ejemplo, normalmente los Estados exigen anotar el cálculo efectuado por el acreedor garantizado de la suma que se le debe a raíz del incumplimiento. También cabe exigir que se aconseje al deudor o al otorgante acerca de los pasos que proceda dar para resarcir íntegramente la obligación garantizada o, si existe ese derecho, para remediar el impago. Además, algunos Estados disponen que el aviso comunicado a otras partes interesadas no tiene que ser tan amplio o detallado como el aviso al deudor o al otorgante. Ahora bien, si se ha de dar un aviso antes de tomar posesión del bien gravado, los Estados a veces exigen al acreedor garantizado que proporcione información bastante detallada a los otorgantes. Pero, si el aviso se da después de haberse tomado posesión del bien gravado, lo habitual es que los Estados estipulen que el acreedor garantizado sólo haya de facilitar datos básicos acerca de la fecha, la hora, la ubicación y el tipo de enajenación que haya previsto, así como el plazo de que dispondrá el otorgante o todo otro interesado para impugnar la medida ejecutoria o remediar el incumplimiento.

46. Existen diversos enfoques para conciliar equitativamente la necesidad de que la notificación transmita a los interesados información suficiente para seleccionar la mejor manera de proteger sus derechos, y la necesidad de que la ejecución sea rápida y económica. Algunos Estados imponen requisitos severos a los acreedores garantizados en cuanto al momento de dar el aviso y en cuanto a su contenido. Otros imponen tan sólo requisitos mínimos. La *Guía* recomienda que sea imperativo dar esa notificación antes de que el acreedor garantizado tome posesión de los bienes gravados (véase la recomendación 147). Si el acreedor garantizado está ya en posesión de los bienes, no será necesario dar notificación. No obstante, en cualquiera de los dos casos el acreedor deberá informar al otorgante de la manera en que se propone hacer efectivos los bienes gravados. Si el recurso propuesto es la venta extrajudicial, la notificación se dará, salvo en casos de urgencia (porque los bienes sean perecederos o puedan perder valor rápidamente) o salvo si es habitual que bienes del mismo tipo que los gravados se vendan en un mercado reconocido (véase la recomendación 149). Si bien el régimen de las operaciones garantizadas debe estipular que la notificación se dé de forma puntual, eficiente y fiable, la *Guía* recomienda que los requisitos para la notificación no sean tan onerosos como para tener un efecto negativo en los derechos del acreedor garantizado o el posible valor disponible neto de los bienes (véase la recomendación 150). De igual manera, con el objetivo de alcanzar un equilibrio entre los intereses de todas las partes, la *Guía* recomienda que, si el acreedor garantizado ejerce el recurso de adquirir los bienes gravados a título de resarcimiento total o parcial de la deuda (véase la recomendación 156), en la notificación se deba permitir al otorgante tiempo suficiente para objetar la propuesta (véase la recomendación 157).

47. Habida cuenta de los propósitos que tiene dar aviso, la notificación habrá de ser comprensible para el otorgante. Se trata de un requisito especialmente importante cuando el acreedor garantizado y el otorgante hablan idiomas diferentes. Muchos Estados exigen que todas las notificaciones se comuniquen en el idioma oficial del Estado en cuestión. En ocasiones, sin embargo, puede darse el caso de que el otorgante y los terceros interesados no entiendan este idioma. Por esta razón, la *Guía* adopta, como principio general, la idea de que la notificación se haga en un idioma que pueda esperarse razonablemente

que entiendan sus destinatarios, si bien el uso del idioma del acuerdo de garantía siempre deberá ser aceptable a este efecto (véase la recomendación 151, apartado c)); sobre el idioma del acuerdo de garantía, véase el capítulo II, relativo a la constitución de una garantía real, párrafo 16; sobre el idioma del aviso, véase el capítulo IV, relativo al sistema de registro, párrafos 44 a 46; véase también el párrafo 70 *infra*).

d) *Autorización dada al otorgante para efectuar la venta*

48. Tras el incumplimiento, el acreedor garantizado deseará que se venda el bien gravado por el precio más alto posible. A menudo, el otorgante conocerá mejor el mercado de esos bienes que el acreedor garantizado. Por ello los acreedores garantizados acostumbran a permitir al otorgante que enajene los bienes gravados incluso después del inicio de la ejecución. En la mayoría de esos casos, las partes acuerdan que toda suma recibida de la enajenación se pagará al acreedor garantizado igual que si el pago fuera resultado del procedimiento de ejecución. Esos acuerdos tienen consecuencias para terceros que puedan tener también derechos sobre los bienes gravados o sobre el producto de su enajenación. A fin de proteger estos derechos de terceros, algunos Estados disponen explícitamente que cuando un acreedor garantizado que ha iniciado el proceso de ejecución da al otorgante un plazo limitado tras el impago para disponer de los bienes gravados, el producto de cualquier venta que realice el otorgante se tratará a todos los efectos como si se hubiera obtenido de una enajenación resultante de la ejecución. Algunos Estados van más allá e incluso prohíben al acreedor garantizado que intente tramitar la enajenación de los bienes gravados durante un corto período de tiempo posterior al impago. Otros Estados tratan de que se obtenga la suma más alta posible con la enajenación, ofreciendo incentivos al otorgante para que señale posibles compradores a la atención del acreedor garantizado. En todo caso, el objetivo será: *a*) estructurar el régimen ejecutorio de manera que incentive al otorgante a cooperar con el acreedor garantizado en la enajenación de los bienes gravados, a fin de obtener el mayor precio posible, y *b*) incentivar al acreedor garantizado a tratar de obtener el precio más alto posible, incluso por encima de la cantidad que todavía se adeude en concepto de la obligación garantizada. La *Guía* recomienda que el acreedor garantizado pueda controlar el método, la manera, el tiempo, el lugar y otros aspectos de la ejecución, permitiendo de este modo al acreedor garantizado que autorice al otorgante a disponer de los bienes gravados (véase la recomendación 148, segunda frase).

4. *Ejecución extrajudicial de los derechos del acreedor garantizado*

a) *Generalidades*

49. Cuando un acreedor garantizado decide hacer ejecutar su acuerdo de garantía por la vía judicial, será necesario que, una vez dictada la sentencia, el acreedor garantizado haga embargar los bienes gravados y proceda a venderlos. En algunos Estados serán aplicables las reglas habituales de procedimiento civil relativas a la vía ejecutoria a raíz de una sentencia. Ello significa que generalmente los funcionarios públicos o la autoridad competente o sus agentes (alguaciles, otros ejecutores de la justicia, notarios o agentes de la policía) tomarán posesión de los bienes gravados y los pondrán a la venta en subasta pública. En otros Estados, incluso después de que haya obtenido una sentencia, el acreedor garantizado puede ejercer su derecho extrajudicial de tomar posesión de los bienes gravados y proceder a enajenarlos por vía extrajudicial. En otros Estados, una vez que se

ha obtenido la sentencia, el acreedor garantizado debe seguir un proceso judicial, aunque se prevé un procedimiento simplificado para ejecutar la sentencia.

50. El proceso es ligeramente distinto cuando un acreedor garantizado decide seguir la vía extrajudicial. Al no intervenir ninguna autoridad pública, el acreedor garantizado normalmente deseará hacerse con la posesión del bien gravado (y habitualmente tendrá que hacerlo) para proceder a la ejecución. Los Estados han enfocado de maneras diversas el derecho del acreedor garantizado a obtener la posesión de los bienes (en lugar de ponerlos en manos de un alguacil) y, caso de haberlo permitido, han previsto el procedimiento que habrá de seguirse.

b) *Sustracción de los bienes gravados a la posesión del otorgante*

51. Antes del incumplimiento, el otorgante suele estar en posesión de los bienes gravados, pero en ocasiones ya le habrá entregado la posesión al acreedor garantizado, en el momento en que validaron la garantía real entre ellos o después, para hacerla oponible a terceros, o bien en respuesta a una solicitud recibida del acreedor, previa a todo incumplimiento, para tomar posesión de los bienes. En otras ocasiones los bienes gravados pueden estar en posesión de un tercero que esté actuando para el acreedor garantizado o bajo su dirección. En todas estas situaciones, muchos Estados no exigen que el acreedor tenga que notificar formalmente al otorgante el incumplimiento, sino que bastará con que le notifique su intención de disponer de los bienes gravados, una vez que el acreedor garantizado haya decidido la vía que piensa seguir. Otros Estados, en cambio, exigen al acreedor que esté ya en posesión de los bienes gravados que informe al otorgante del incumplimiento y de su intención de iniciar la vía ejecutoria. Esos Estados también suelen considerar que, al producirse un incumplimiento, finaliza todo acuerdo en virtud del cual el acreedor que esté en posesión de los bienes gravados pueda hacer uso de ellos.

52. Si el acreedor garantizado no está en posesión de los bienes gravados, debe tomar toda medida que proceda para obtenerlos del otorgante o para informar al tercero en cuyo poder los haya puesto el otorgante de que la garantía real ha pasado a ser ejercitable. Los Estados que prevén la vía extrajudicial suelen también prever que, cuando un otorgante incurra en incumplimiento, el acreedor garantizado dispondrá de un derecho automático a la posesión del bien gravado. Es decir, no exigen que, en espera de que se dé curso a la vía extrajudicial, los bienes sean puestos bajo el control de alguna autoridad pública. Se parte de la idea de que habilitar al acreedor garantizado para decidir sobre la posesión de los bienes gravados, tras el incumplimiento, hará que resulte más flexible la realización de su valor y reducirá el costo del mantenimiento de los bienes en espera de su enajenación. En ese mismo razonamiento se basa la recomendación de la *Guía*, en la que se indica que el acreedor, al producirse un incumplimiento, tiene automáticamente derecho a la posesión de un bien gravado tangible (véase la recomendación 146).

53. El derecho de posesión del acreedor garantizado conlleva el derecho a decidir exactamente cómo deberán ejercerse los derechos que se derivan de la posesión. En algunos casos el acreedor garantizado tomará él mismo posesión física de los bienes gravados por su garantía, pero en muchos otros casos pondrá esos bienes en manos de un tribunal o de un órgano designado por ese tribunal o por alguna otra autoridad competente. Lo más usual es que nombre a un tercero para que actúe como depositario y le confíe los bienes, o, si se trata de una operación de manufactura, que nombre a un representante para que entre en las instalaciones del otorgante y tome posesión de los bienes gravados. Si los bienes ya están en manos de un tercero que no actúa en nombre del acreedor garantizado pero a

quien se ha informado previamente del acuerdo de garantía, el acreedor garantizado podrá simplemente notificar que el acuerdo ha pasado a ser ejecutivo y que el tercero ya no tiene derecho ni a retener la posesión de los bienes gravados ni a controlarlos o disponer de ellos.

54. Los Estados suelen considerar que la toma de posesión de los bienes gravados por el acreedor garantizado constituye un paso importante del proceso ejecutivo e imponen requisitos procesales específicos a los acreedores que la solicitan. Vale decir que si bien el acreedor garantizado adquiere automáticamente derecho a tomar posesión de los bienes gravados, el modo de hacerlo está reglamentado. En general, los Estados suelen señalar una de las tres vías procesales siguientes que los acreedores garantizados deberán seguir para tomar posesión de los bienes gravados. En algunos Estados el acreedor garantizado sólo podrá obtener la posesión en virtud de una orden judicial emitida a instancia del acreedor o, más frecuentemente, tras haber escuchado también al otorgante. En otros Estados no hace falta una orden judicial, pero es necesario que el otorgante haya autorizado al acreedor, en el acuerdo de garantía, a obtener por vía extrajudicial la posesión de los bienes gravados, y el acreedor deberá notificar al otorgante por adelantado (normalmente, con 10 ó 20 días de antelación) su intención de reclamar la posesión de los bienes y de ejercitar su garantía. Finalmente, en algunos Estados el acreedor tiene derecho a exigir la entrega de los bienes y tomar posesión de ellos sin recurrir a un tribunal y sin notificar por adelantado al otorgante su intención, siempre que el otorgante haya autorizado de ese modo al acreedor garantizado en el acuerdo de garantía. No obstante, incluso en esos Estados el acreedor no dispondrá de un derecho absoluto a hacerse con la posesión de los bienes extrajudicialmente. Siempre existe la posibilidad de que el acreedor abuse de su derecho amenazando al otorgante, intimidándolo, alterando el orden o reclamando los bienes gravados de manera fraudulenta. Por tanto, la mayoría de esos Estados prohíben cualquier actuación del acreedor destinada a hacerse con la posesión de los bienes que altere el orden público. Si el otorgante se resiste, se necesitará una orden judicial para tomar posesión de los bienes. Los Estados que permiten al acreedor tomar posesión de los bienes por vía extrajudicial notificándolo con unos 10 ó 20 días de antelación también suelen adoptar ese enfoque, y exigen que se obtenga una orden judicial si existe el peligro de que se produzca una alteración del orden cuando el acreedor intente tomar posesión de los bienes después de que haya vencido el plazo de notificación.

55. En los Estados que imponen a los acreedores garantizados el requisito de la notificación como condición previa para obtener la posesión del bien, siempre existe el riesgo de que el otorgante que haya incurrido en incumplimiento trate de ocultar o de transferir el bien gravado antes de que el acreedor garantizado pueda hacerse con el control. También puede ocurrir que se haga un uso indebido de los bienes, o que, por falta de vigilancia o de diligencia comercial, los bienes sean dispersados o pierdan valor rápidamente. Para impedir esas posibilidades, la mayoría de Estados prevén que los acreedores garantizados puedan obtener una actuación sumarial de un tribunal o de alguna otra autoridad competente. Además, en el supuesto de que los bienes gravados sean perecederos o corran el riesgo de depreciarse rápidamente, muchos Estados permiten que, aun cuando exista algún requisito de notificación por adelantado, el tribunal ordene la venta inmediata de tales bienes.

56. Las formalidades que se le exijan a un acreedor garantizado para obtener la posesión de los bienes dependerán del equilibrio que los Estados deseen lograr entre la protección de los derechos de los otorgantes y la eficiencia y economía de la ejecución. Ello también dependerá de que se considere o no probable que los acreedores garantizados abusarán en la práctica de sus derechos o que los otorgantes en posesión de los bienes se mostrarán reacios a colaborar. A fin de disminuir el costo de la ejecución y reducir al máximo

el riesgo de que se haga un uso indebido de los bienes o de que éstos pierdan su valor, la *Guía* recomienda que se autorice al acreedor garantizado a obtener la posesión de un bien gravado por vía extrajudicial. Esta recomendación sólo se aplica si: *a)* el otorgante ha dado su consentimiento en el acuerdo de garantía; *b)* se le ha notificado la intención de obtener la posesión del bien gravado, y *c)* no pone ningún reparo en el momento en que se pretende obtener la posesión del bien gravado (véase la recomendación 147). Además, como ya se indicó (véase el párrafo 46 *supra*), la *Guía* recomienda que se prescinda del requisito de notificación de la intención del acreedor de tomar posesión de los bienes y disponer de ellos cuando se trate de bienes perecederos o sea probable que su valor merme entre el momento de darse la notificación y el momento en que el acreedor tome de hecho posesión de esos bienes (véase la recomendación 149). Sin embargo, para que el acreedor garantizado pueda valerse de esta vía, el otorgante debe haber autorizado, en el acuerdo de garantía, la posesión obtenida por vía extrajudicial y no poner reparos cuando se vaya de hecho a hacer efectiva (véase la recomendación 147).

c) Venta u otro tipo de enajenación de los bienes gravados

57. Dado que una garantía real da derecho al acreedor garantizado a destinar el producto de la venta de los bienes gravados al resarcimiento de la obligación garantizada, los Estados suelen reglamentar con cierto detalle los procedimientos por los que el acreedor garantizado podrá disponer de los bienes. Se exigirán requisitos más o menos formales. Por ejemplo, incluso cuando se permita la ejecución por vía extrajudicial, algunos Estados exigirán que se siga el mismo procedimiento que el exigible para la ejecución de una sentencia judicial. Otros Estados exigen a los acreedores garantizados que obtengan, antes de actuar, una aprobación judicial del modo en que se proponen enajenar los bienes. Y otros Estados permiten al acreedor garantizado controlar la enajenación, pero prescriben que se siga algún procedimiento uniforme (por ejemplo, el régimen de la subasta pública o el de una convocatoria a licitación). En algunas ocasiones los Estados exigen que el acreedor garantizado obtenga el consentimiento del otorgante en lo referente al modo de enajenación. Finalmente, algunos Estados dan al acreedor garantizado una discreción amplia y unilateral para elegir el modo de enajenación de los bienes, siempre y cuando éste respete ciertas normas generales de conducta (es decir, la buena fe y el buen sentido comercial); de lo contrario, el acreedor sería responsable de la indemnización por daños y perjuicios.

58. Con mucha frecuencia las garantías procesales con que los Estados controlan las acciones de los acreedores garantizados hacen referencia a los datos que han de incluirse en la notificación que se debe entregar al otorgante y a los terceros con algún derecho sobre los bienes gravados. En principio deberían requerirse los mismos datos tanto si los Estados optan por un enfoque que exija una notificación antes o después de la toma de posesión de los bienes gravados. Así, por ejemplo, los Estados suelen requerir a los acreedores que indiquen el medio por el que anunciarán la enajenación prevista; la fecha, la hora y el lugar donde se celebrará la venta; si la venta será por subasta pública o por licitación; si los bienes se venderán individualmente, por lotes o todos juntos, y si la enajenación incluye arrendamientos, licencias o permisos asociados, según proceda. El objetivo debería ser obtener la suma más alta posible por los bienes gravados sin poner en peligro las reclamaciones y excepciones legítimas del otorgante y de los terceros. Eso explica por qué incluso los Estados que acostumbran a exigir notificaciones detalladas, no las exigen cuando los bienes gravados van a venderse en un mercado público reconocido. En esos casos, el mercado fija el valor de los bienes y no se puede obtener un precio más alto usando algún otro modo de venta (véase la recomendación 149).

59. Como la enajenación extrajudicial de los bienes gravados tiene la misma finalidad que una venta supervisada por un tribunal, la mayoría de los Estados no sólo imponen reglas relativamente detalladas en cuanto al contenido de la notificación y al tiempo que debe transcurrir antes de que se pueda efectuar la venta, sino que además permiten que los interesados presenten objeciones a la fecha y al modo de la enajenación prevista. Se suele disponer de procedimientos sumarios especiales para exponer y tramitar las objeciones rápidamente (véanse las recomendaciones 137 y 138). Por regla general, cuanto mayor sea la libertad del acreedor ejecutante para elegir el momento y el modo de disponer de los bienes, la ejecución resultará menos costosa y más rápida, y el producto reportado por la venta será más alto. Por esas razones, la presente *Guía* recomienda que se dé amplia autonomía a los acreedores garantizados y que respecto de la notificación que se ha de dar para alertar a los interesados de la ejecución a fin de que puedan proteger sus intereses, si así lo desean, se les exija que consignen únicamente un mínimo de datos básicos (véanse las recomendaciones 150 y 151). Dado que el propósito de la notificación es indicar el remedio concreto que se va a ejercer, al igual que la notificación previa de incumplimiento y la toma de posesión, la notificación debe ser comprensible para el otorgante. Razón por la cual, en consonancia con el párrafo 1 del artículo 16 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internacional, la *Guía* recomienda que la notificación debe hacerse en una lengua que pueda suponerse razonablemente que entenderán los destinatarios, si bien es suficiente con que la notificación dirigida al otorgante esté en la lengua del acuerdo de garantía (véase la recomendación 151, apartado c)).

d) *Asignación del producto de la venta u otra enajenación*

60. Un rasgo importante del régimen de las operaciones garantizadas es que perturba el régimen normalmente aplicable para la distribución del producto de una venta ejecutoria entre los acreedores no garantizados. A fin de cuentas, el objetivo de la garantía es obtener una prelación en la distribución de ese producto. Tanto si la garantía real se está ejecutando por la vía judicial como si el acreedor garantizado no se ha hecho cargo del proceso ejecutorio iniciado por un acreedor judicial, el producto será retenido por la autoridad competente en espera de su distribución entre las partes con derecho a ello. En los casos en que el régimen haya previsto la extinción de todas las garantías sobre el bien vendido, la asignación más común del producto de la venta es pagar, en primer lugar, las costas razonables del proceso y, después, las obligaciones garantizadas por orden de prelación. Muchos Estados también prevén el pago de ciertos créditos legales después de las costas procesales pero antes de los pagos a los acreedores garantizados. Si la venta ejecutoria ordinaria no conlleva la extinción de toda garantía, los acreedores garantizados no percibirán pago alguno, pero podrán hacer valer su garantía real frente al comprador del bien gravado.

61. En previsión de que un acreedor garantizado ejecute su garantía por medio de una venta extrajudicial, los Estados suelen haber previsto en su régimen de las operaciones garantizadas el destino que ha de darse al producto de la venta. A menudo se ha reglamentado el modo en que un acreedor garantizado deberá conservar el producto de la venta en espera de su distribución. También suele haberse reglamentado si el acreedor garantizado estará o no obligado a distribuir el producto, cuándo y cómo deberá hacerlo, y entre algunos o la totalidad de los acreedores, que en tales casos pueden incluir a los acreedores garantizados con garantías reales en los bienes gravados con una prelación inferior a la del acreedor garantizado ejecutante. Si el sistema de ejecución contempla la extinción de las garantías, también es posible que se exija al acreedor ejecutante que

distribuya el producto a los acreedores garantizados que gocen de una prelación más alta y los acreedores que gocen de alguna prelación legal. Lo más frecuente es que el acreedor garantizado deba tener en cuenta las garantías sólo si están debidamente inscritas o se han hecho, de algún otro modo, oponibles a terceros, o de las que se haya dado aviso oficial al acreedor garantizado (es el caso, por ejemplo, de los créditos públicos que gocen de prelación legal, sin necesidad de ser inscritos). Siempre se dispone que todo excedente del producto, una vez efectuado el pago a todos los acreedores con derecho a ello, deberá restituirse al otorgante. Este enfoque también es recomendado en la *Guía* (véase la recomendación 152).

62. En muchos casos, la distribución adecuada del producto de la realización puede no estar absolutamente clara o ser objeto de disputa entre los acreedores concurrentes. Lo más frecuente es que esta incertidumbre o estas disputas surjan en relación con la distribución de un excedente. Aunque también pueden darse cuando otro acreedor garantizado reclama la prelación sobre el acreedor ejecutante o cuando un acreedor concurrente, como un cesionario, ejerce sus derechos después de producirse una venta. A fin de facilitar la resolución de estos conflictos, la mayoría de los Estados disponen que el acreedor garantizado ejecutante pueda depositar el producto de la enajenación en un tribunal u otra autoridad. Si la disputa afecta a los derechos del acreedor garantizado ejecutante y los derechos de los acreedores concurrentes, los Estados suelen exigir que se realice el depósito de todo el producto a la espera de la resolución de la disputa. Si, por el contrario, la disputa sólo implica a los acreedores con una prelación inferior, lo habitual es que el acreedor garantizado ejecutante sólo tenga que depositar el excedente después de satisfacer su propia reclamación. Éste es el enfoque que la *Guía* recomienda (véase la recomendación 153) para promover una ejecución eficaz.

63. La obligación garantizada sólo quedará extinguida respecto del monto del producto reportado por la venta de los bienes gravados. El acreedor garantizado tendrá normalmente derecho a recuperar toda suma pendiente del deudor de la obligación garantizada. A menos que el otorgante haya constituido una garantía sobre otros bienes a beneficio del acreedor, el crédito de éste por la suma pendiente será un crédito no garantizado. Independientemente de si queda una suma pendiente o un excedente, algunos Estados prevén que, cuando un acreedor garantizado compre los bienes gravados en una venta ejecutoria y luego los venda, obteniendo con ello un beneficio, se considera que toda suma reportada por la venta que exceda de la suma pagada por el acreedor y de los costos de la nueva venta, será percibida en resarcimiento de la obligación garantizada. No obstante, lo habitual es que los Estados no intenten averiguar el valor de reventa obtenido cuando un acreedor garantizado dispone de los bienes gravados que ha adquirido. A menos que pueda demostrarse que la venta inicial fue comercialmente poco razonable, o realizada de mala fe, los Estados consideran la suma total generada por la venta como el valor final percibido por la enajenación de los bienes gravados.

64. Como ya se ha mencionado (véanse los párrafos 57 a 59 *supra*), en lugar de vender o disponer de otro modo de los bienes gravados, el acreedor garantizado puede escoger entre arrendarlos o conceder alguna licencia sobre ellos. Cuando éste sea el caso, el producto del contrato de arrendamiento o licencia (incluido cualquier pago efectuado como consecuencia del ejercicio de una opción de compra de los bienes gravados en el caso de un arrendamiento) se aplicará a la obligación garantizada. Los Estados adoptan diferentes enfoques para determinar cómo se aplicará este producto a la obligación garantizada para el propósito de calcular una deficiencia o excedente. Algunos Estados disponen que la obligación garantizada será reducida por el valor del contrato de arrendamiento o licencia,

o el valor de los bienes gravados, en el momento de celebrarse el contrato de arrendamiento o licencia. Otros Estados estipulan que la obligación garantizada sólo sea reducida mediante los pagos realizados con arreglo al contrato de arrendamiento o licencia a medida que sean recibidos por el acreedor garantizado. Otros Estados ofrecen al acreedor garantizado la opción de decidir cómo se reducirá la obligación garantizada, siempre y cuando el acreedor garantizado actúe de buena fe y de manera comercialmente razonable. Dado que la resolución de esta cuestión implica la consideración básica de otras leyes, la *Guía* no hace ninguna recomendación concreta al respecto.

e) *Adquisición de los bienes gravados a título de resarcimiento de la obligación garantizada*

65. La razón de ser de una garantía real es habilitar al acreedor garantizado para obtener el valor del bien gravado y destinar la suma percibida al resarcimiento de la obligación garantizada. Por ello en muchos Estados el único recurso de un acreedor cuando se produce un incumplimiento es hacer embargar los bienes gravados y venderlos. En la mayoría de los Estados que limitan de esa manera los recursos del acreedor garantizado, esa limitación se aplica incluso cuando el acreedor está en posesión de los bienes gravados en virtud de un acuerdo de garantía. Es decir, que en esos Estados las partes no pueden acordar por adelantado que, si el otorgante incurre en incumplimiento, el acreedor garantizado podrá quedarse con los bienes gravados en satisfacción de la obligación garantizada. Del mismo modo, en muchos de esos Estados, el acreedor garantizado no podrá conservar los bienes gravados en resarcimiento de la obligación garantizada incluso si está de acuerdo el otorgante después de producirse el incumplimiento. Además, incluso si el otorgante y el acreedor garantizado acuerdan, después del incumplimiento, que el acreedor garantizado podrá quedarse con los bienes gravados, en esos mismos Estados ese arreglo se considerará un pago contractual y no afectará a los derechos de alguna otra parte que disponga de alguna garantía sobre los bienes gravados.

66. En cambio, en muchos otros Estados el acreedor garantizado tendrá derecho a proponer al otorgante que el acreedor garantizado adquiera los bienes gravados a título de satisfacción total o parcial de la obligación garantizada. En los casos en que los acreedores garantizados dispongan de ese recurso, los Estados suelen establecer que todo acuerdo que confiera automáticamente la propiedad de los bienes gravados al acreedor garantizado a raíz de un incumplimiento no será ejecutorio si el acuerdo se celebró antes del incumplimiento. No obstante, ese acuerdo sí será ejecutorio si se celebra después del incumplimiento y si se respeta todo procedimiento que esté destinado a evitar abusos por parte del acreedor. Esos Estados también establecen que todo acuerdo contractual entre el otorgante y el acreedor garantizado celebrado después del incumplimiento es ejecutable, pero sólo a título de pago contractual que no será oponible a ningún tercero con derechos reales sobre los bienes gravados. Es decir, para que un acreedor garantizado adquiera los bienes gravados en condiciones que protejan sus derechos frente a acreedores garantizados y acreedores concurrentes con prelación inferior, debe seguir el procedimiento exigido para adquirir los bienes gravados en resarcimiento total o parcial de la obligación garantizada.

67. Si un Estado permite explícitamente que el acreedor proponga adquirir los bienes gravados a título de pago de la obligación garantizada a raíz de un incumplimiento (siempre que el acreedor respete el procedimiento requerido), el otorgante no estará, sin embargo, obligado a aceptar la oferta que le haga, al respecto, el acreedor garantizado. Podrá rechazarla, y como consecuencia, el acreedor garantizado deberá optar por algún

otro derecho ejercitable. La ventaja de permitir esos tipos de acuerdos posteriores al incumplimiento es que a menudo se puede lograr una ejecución más eficiente y menos costosa de la garantía. El inconveniente es el riesgo de abuso por parte del acreedor garantizado cuando: *a)* los bienes gravados sean de más valor que la obligación garantizada; *b)* el acreedor garantizado disponga, incluso después del incumplimiento, de algún poder inusual sobre el otorgante, y *c)* el acreedor garantizado y el otorgante lleguen a un arreglo que perjudique indebidamente a los derechos de algún tercero con una garantía concurrente sobre los bienes gravados.

68. A fin de evitar una posible conducta abusiva o colusoria del acreedor garantizado con el otorgante, algunos Estados exigen no sólo que el otorgante consienta la adquisición de los bienes gravados por parte del acreedor garantizado, sino también que ello se notifique a todo tercero con alguna garantía sobre los bienes gravados. Esos terceros podrán entonces hacer valer toda objeción alegable contra el acuerdo propuesto y podrán exigir al acreedor garantizado que realice el valor en garantía del bien gravado mediante su venta. Además, algunos Estados exigen, en ciertos casos, que se obtenga el visto bueno de un tribunal, como cuando el otorgante ha pagado una parte considerable de la obligación garantizada y el valor de los bienes gravados es muy superior a la obligación pendiente. Finalmente, algunos Estados exigen que un acreedor garantizado que tenga la intención de recibir los bienes gravados a título de pago de la obligación garantizada presente previamente una tasación oficial e independiente del valor de esos bienes.

69. Para determinar si procede que un Estado imponga uno o más de esos requisitos, y especialmente el requisito de una intervención previa del foro competente, deberán evaluarse las ventajas e inconvenientes de cada requisito. En línea con el objetivo general de proporcionar la máxima flexibilidad para poder realizar, en su momento, el valor en garantía más alto posible del bien gravado, la *Guía* recomienda que tanto el acreedor garantizado como el otorgante puedan proponer al otro que los bienes sean tomados total o parcialmente a título de pago de la obligación garantizada (véanse las recomendaciones 156 y 159). Si el otorgante hace una propuesta, el acreedor garantizado puede aceptarla o rechazarla. Si el acreedor garantizado realiza una propuesta por iniciativa propia, presenta una propuesta en respuesta a una invitación del otorgante o acepta la propia propuesta del otorgante, el acreedor garantizado debe notificarlo al otorgante, a cualquier persona con derechos en los bienes gravados que haya informado al acreedor ejecutante de sus derechos y a cualquier acreedor garantizado que estuviera en posesión de los bienes en el momento en que el acreedor ejecutante tomó posesión de los bienes (véase la recomendación 157, párrafo *a*). La razón para incluir al otorgante en la lista de destinatarios incluso cuando éste haya invitado al acreedor garantizado a presentar una propuesta es que las condiciones concretas de la propuesta pueden no ser aceptables para el otorgante. A fin de que todas las partes sean conscientes de las implicaciones eventuales de la propuesta, la *Guía* recomienda que en la notificación se indique no sólo los bienes a título de pago, sino también la suma adeudada al darse la notificación junto con el importe de esa obligación que se dará por saldado al aceptarse el bien gravado (véase la recomendación 157, apartado *b*)).

70. La idea que sostiene estos requisitos es que obligar al acreedor garantizado a indicar su propia evaluación de los bienes gravados es un mecanismo más eficaz y menos costoso para facilitar la información pertinente a las partes interesadas que proveer una evaluación independiente. Se asume además que una vez que ha sido informado de la propuesta del acreedor garantizado, el otorgante o los terceros estarán en posición de evaluar la razonabilidad de la propuesta. Por ello la *Guía* recomienda además que se conceda al otorgante

o los terceros el derecho a impugnar, en un plazo de tiempo razonablemente corto, la adquisición de los bienes gravados por parte del acreedor garantizado. La consecuencia de presentar una impugnación por escrito y en el plazo debido es que el acreedor garantizado debe abandonar este remedio y seguir alguna otra vía a la que tenga acceso, como la venta extrajudicial u otro tipo de enajenación (véase la recomendación 158, primera frase). Además, la *Guía* recomienda que, en caso de que la propuesta del acreedor garantizado sea adquirir los bienes gravados sólo a título de pago parcial de la obligación garantizada, no basta con que los destinatarios de la notificación no realicen la impugnación en el plazo debido. Cada uno de ellos debe aceptar la propuesta (véase la recomendación 158, segunda frase). Al igual que cuando el acreedor garantizado propone disponer de los bienes, en los casos en que el acreedor garantizado propone tomarlos a título de pago total o parcial de la obligación garantizada, la notificación debe ser comprensible para el otorgante. Conforme al enfoque recomendado por la *Guía*, la redacción de la notificación ha de estar en una lengua que pueda razonablemente esperarse que entenderán los destinatarios (véase la recomendación 151, apartado c)).

f) *Gestión y venta de un negocio*

71. Muchas veces un acreedor garantizado tiene una garantía no sólo sobre determinados bienes de un otorgante, sino sobre la mayor parte o la totalidad de los bienes de una empresa. En esos casos, con frecuencia cabrá obtener el valor de realización más alto si se vende esa empresa como negocio en marcha, y para poder hacerlo de modo eficiente el acreedor garantizado deberá, por lo general, poder disponer de todos sus bienes, incluidos los inmuebles. Además, los Estados acostumbran, en esos casos, a exigir medidas de notificación especiales y reglamentan con mayor rigor las condiciones para la venta de la empresa como negocio en marcha.

72. Otras veces sucede que, al irse a ejecutar una garantía, no interesa ni al otorgante ni al acreedor garantizado enajenar inmediatamente todos los bienes de una empresa, ni haciéndolo por categorías (por ejemplo, existencias o bienes de equipo), ni vendiendo la empresa en su conjunto. Por esa razón algunos Estados permiten que los acreedores garantizados se hagan cargo del negocio y gestionen la empresa durante cierto plazo a raíz del incumplimiento. A menudo esos Estados exigen que el aviso de ejecución indique expresamente que el acreedor, al tomar posesión de los bienes gravados, obra con la intención de cerrar gradualmente el negocio de la empresa. Ello es de particular importancia para los demás acreedores, que, de lo contrario, tal vez no sabrían que se está procediendo a su liquidación. Algunos Estados han previsto también procedimientos especiales para nombrar al gestor, administrar el negocio, informar a los proveedores de los derechos del acreedor garantizado y dar a conocer a los clientes que lo que parece una venta ordinaria del negocio forma parte en realidad de un proceso ejecutorio.

73. En esta situación, una vez liquidadas las existencias del negocio, el acreedor garantizado suele proceder a ejercitar uno o más de sus otros derechos. En esos casos, la mayoría de los Estados le exigen que notifique al otorgante y a toda persona con algún derecho sobre los bienes restantes cada vez que proponga ejercitar algún otro derecho, por ejemplo, a recibir los bienes a título de pago o, más frecuentemente, a venderlos. Una vez dada la notificación, deberá seguirse la vía ejecutoria habitual de ese derecho. La *Guía* no hace ninguna recomendación formal acerca de que los acreedores deban tener derecho a hacerse cargo de la gestión de una empresa con el fin de venderla. Los Estados que tengan interés en utilizar ese recurso tendrán que sopesar las ventajas frente a las

responsabilidades propias de la gestión de una empresa por un acreedor garantizado, así como la repercusión de un recurso de esa índole sobre los derechos de otros acreedores, garantizados o no garantizados.

5. Efectos de la ejecución

a) Disposición judicial y extrajudicial

74. La mayoría de los Estados dispone que un acreedor garantizado pueda ejercitar sus derechos de garantía real recurriendo a un tribunal o siguiendo una vía extrajudicial. Cuando el acreedor garantizado opta por una vía judicial u otra administrada oficialmente, se suele aplicar la legislación general relativa a la ejecución de sentencias a fin de determinar los derechos del otorgante una vez realizada la venta judicial y los derechos adquiridos por el cesionario. Habida cuenta de que estas normas procesales están integradas en el sistema general de ejecución civil dentro de un Estado, la *Guía* no incluye recomendaciones concretas sobre la ejecución judicial de las garantías reales. En su lugar, y con objeto de evitar la interferencia con las normas generales del proceso civil que regula los procedimientos relativos a la ejecución de sentencias, la *Guía* deja el asunto para otro tipo de legislación (véase la recomendación 160).

75. En cambio, cuando los Estados permiten la ejecución extrajudicial, a fin de hacer que el sistema de ejecución sea lo más rápido posible, los Estados suelen promulgar normas exhaustivas que determinan el efecto de la ejecución en: *a)* la relación entre el otorgante y el acreedor garantizado; *b)* los derechos de las partes que pueden adquirir los bienes gravados en una venta ejecutoria, y *c)* los derechos de otros acreedores garantizados a recibir el producto generado por la venta de los bienes gravados. El objetivo primordial de un proceso de ejecución es generar valor para el acreedor garantizado que pueda ser aplicado para satisfacer la obligación garantizada sin pagar. Lo más habitual es que el acreedor garantizado adquiera este valor vendiendo los bienes gravados y aplicando el producto obtenido a la obligación garantizada. En caso de haber un excedente, el acreedor garantizado debe devolverlo al otorgante o a cualquier otra persona con derecho a recibirlo. Además, tal como se ha indicado, si se da el caso de una deuda pendiente, la mayoría de los Estados disponen que el acreedor garantizado retenga el derecho contractual ordinario de demandar al otorgante por dicha deuda y convertirlo en un acreedor no garantizado. Los detalles de cómo se suele distribuir el producto de la enajenación en estos casos ya han sido analizados (véanse los párrafos 60 a 63 *supra*).

76. No obstante, como ya se ha dicho, a veces el acreedor garantizado tomará el bien gravado en pago de la obligación garantizada (véanse los párrafos 65 a 70 *supra*). No todos los Estados reglamentan de igual modo el ejercicio de este derecho. Muchos han previsto que el acreedor que reciba el bien en pago podrá conservarlo, aun cuando su valor exceda de la deuda pendiente por concepto de la obligación garantizada. Es decir, que a diferencia de lo que ocurre con la venta, el acreedor garantizado podrá quedarse con el excedente. Muchos de esos Estados prevén igualmente que el acreedor garantizado que adquiere un bien en pago de una obligación no dispondrá de recurso alguno para reclamar toda deuda aún pendiente del otorgante. Se considera que esa adquisición equivale a un pago completo y que, por tanto, extingue la obligación garantizada. En cambio, otros Estados permiten a los acreedores que hayan aceptado los bienes gravados en pago de la obligación garantizada que reclamen al otorgante todo saldo pendiente. En esos casos resulta necesario determinar el valor de los bienes así aceptados, a fin de poder calcular la suma pendiente. Algunos Estados exigen al acreedor garantizado que presente una

tasación independiente del valor de los bienes que ha aceptado, mientras que otros simplemente le exigen que indique el valor que él asigne a esos bienes. En todo caso, como ya se dijo, el otorgante, o algún otro acreedor, podrá exigir del acreedor garantizado que venda el bien en lugar de quedárselo. Por los motivos dados en el párrafo 65 *supra*, la *Guía* recomienda que el acreedor garantizado proponga adquirir el bien en resarcimiento total o parcial de la obligación garantizada, siempre que indique el valor que le atribuye al bien en la notificación enviada al otorgante y a todo tercero que pueda verse afectado (véanse las recomendaciones 156 y 157).

b) *Efectos concretos de la disposición extrajudicial*

77. Cuando un acreedor garantizado realiza el valor de su garantía vendiendo el bien gravado, existen diversos criterios para determinar qué efectos tendrá la venta sobre otros interesados. En algunos Estados, la venta ejecutoria (incluso si se efectúa por vía extrajudicial) dejará al bien así vendido libre de todo gravamen (una circunstancia en ocasiones referida como extinción de los bienes). De ser ése el caso, perderá su garantía real sobre dicho bien incluso un acreedor cuya garantía goce de prelación superior a la del ejecutante y sólo podrá reclamar el producto si la prelación es equivalente a la de las garantías reales en los bienes gravados originales. En esos Estados los compradores de los bienes los obtendrán libres de toda carga o gravamen, y se presume que estarán dispuestos a pagar alguna prima por dicho motivo. En otros Estados, la venta de bienes por un acreedor (tanto si es una venta judicial como si es una venta privada) sólo extinguirá las garantías de prelación inferior a la del acreedor garantizado ejecutante. Por consiguiente, todo acreedor con una garantía de prelación superior retendrá su garantía sobre los bienes gravados. Los compradores no obtendrán una titularidad libre de toda carga y, por tanto, reducirán el precio que ofrezcan por los bienes en venta. Cabe suponer que, o bien el acreedor cuya garantía goce de prelación más alta se haga cargo del proceso ejecutorio (lo que permitirá vender el bien libre de toda carga) o que un acreedor cuya garantía sea de prelación inferior acordará pagar al de prelación más alta a fin de vender el bien libre de todo gravamen.

78. Si bien con los dos enfoques suele obtenerse una titularidad libre de cargas, el segundo da mayor flexibilidad al acreedor ejecutante y al comprador para llegar a un arreglo en el caso de un comprador que no pueda sufragar el precio total del bien gravado, pero que sí pueda comprarlo al precio rebajado que le sea ofrecido al estar el bien sujeto a la garantía real de prelación más alta. A fin de que la venta ejecutoria sea lo más flexible y eficaz posible, la presente *Guía* recomienda que se adopte el segundo enfoque respecto de las enajenaciones extrajudiciales (véase la recomendación 161, primera frase). En ocasiones, el acreedor garantizado puede decidir, en lugar de vender el bien gravado, arrendarlo o conceder una licencia sobre dicho bien y emplear los pagos recibidos por el arrendamiento o la licencia en satisfacer el crédito correspondiente al bien gravado (véase el párrafo 63 *supra*). En tales casos, la mayoría de los Estados también disponen que tanto el arrendatario como el licenciatario adquieran todo el beneficio del arrendamiento o de la licencia durante el período correspondiente completo, a reserva de los derechos que tuvieran prelación sobre la garantía real del acreedor garantizado ejecutante. Éste es el enfoque que recomienda la presente *Guía* (véase la recomendación 162).

79. Cuando un acreedor garantizado adquiere los bienes gravados a título de resarcimiento de la obligación garantizada, los Estados suelen prever que el acreedor garantizado adquirirá los bienes como si hubieran sido comprados en una venta ejecutoria. En este caso, cabe que los Estados dispongan que la adquisición de los bienes gravados en pago de la

obligación garantizada extinga todas las garantías constituidas sobre los bienes vendidos, lo que, sin duda, dará lugar a que todo acreedor garantizado con una garantía de prelación superior a la del ejecutante asuma el proceso ejecutorio. Por tanto, la mayoría de los Estados suelen disponer que toda garantía de otro acreedor concurrente quedará determinada por su rango de prelación respecto de la garantía del acreedor ejecutante. Así, por ejemplo, si un acreedor garantizado toma un bien gravado en pago de la obligación garantizada, ese acreedor adquirirá el bien sujeto a toda garantía de acreedores concurrentes con una prelación superior a la suya. A la inversa, si existen acreedores concurrentes con prelación inferior, normalmente su garantía quedará extinguida cuando un acreedor garantizado con una garantía de prelación superior adquiera los bienes gravados. Por las mismas razones que las aplicables a la venta extrajudicial, la *Guía* recomienda que todo acreedor garantizado que adquiera el bien gravado en pago de la obligación, lo reciba libre de todo gravamen de prelación inferior a la de su garantía, pero sujeto a la garantía de los acreedores concurrentes de prelación superior a la suya (véase la recomendación 161, segunda frase).

80. En ocasiones, un acreedor garantizado puede disponer de los bienes gravados mediante venta, arrendamiento o licencia sin tener que seguir los procedimientos que imponen los Estados para proteger a los otorgantes y terceros con derechos sobre los bienes. Así pues, se hace necesario determinar el efecto de la disposición en los derechos del otorgante y del cesionario, arrendatario o licenciatario. Algunos Estados estipulan que la venta es nula. Otros disponen que si el cesionario, arrendatario o licenciatario actúa de buena fe, adquirirá los mismos derechos como si la venta se hubiera efectuado de conformidad con las normas que rigen la enajenación extrajudicial. Éste es el enfoque recomendado por la *Guía* (véase la recomendación 163). Por lo que respecta al otorgante y demás acreedores garantizados, si pueden demostrar que el hecho de no haber seguido las disposiciones obligatorias que rigen la enajenación extrajudicial ha perjudicado a sus derechos, la mayoría de los Estados disponen que la venta no sea reservada, sino que el otorgante u otra parte interesada puedan ser indemnizados por los perjuicios sufridos por parte del acreedor garantizado (véase la recomendación 136). Sin embargo, lo normal es que la suma recibida por una enajenación no conforme no sea menor, e incluso puede ser mayor, que el producto recibido mediante una enajenación conforme. Naturalmente, en tal caso, ni el otorgante ni terceras partes sufrirán ningún perjuicio.

c) *Irrevocabilidad*

81. Cuando la ejecución se lleve a cabo por vía judicial, otro tipo de legislación del Estado dispondrá normas aplicables a las situaciones en que es posible volver a utilizar la venta judicial. Algunos Estados también incluyen en su legislación de operaciones garantizadas normas para tratar esta cuestión. Lo habitual es que los Estados permitan la irrevocabilidad tras la ejecución extrajudicial. Eso significa que, una vez efectuada la venta o aceptado el bien gravado en pago de la obligación garantizada conforme a la vía ejecutoria establecida, esta vía quedará clausurada. A menos que se pueda demostrar que ha habido fraude, mala fe o colusión entre el vendedor y el comprador, o entre el otorgante y el acreedor garantizado, la venta será definitiva.

6. *Ejecución de una garantía real sobre el producto de la venta del bien gravado*

82. Si el otorgante vende los bienes gravados antes de la ejecución, el producto de la venta quedará subrogado en el lugar de los bienes gravados (véase la recomendación 80,

apartado a)). Por ello, muchos Estados han previsto que toda garantía real constituida sobre bienes gravados quedará automáticamente transferida al producto de toda enajenación de esos bienes. Otros Estados no han previsto dicha transferencia o disponen que la garantía sea incluida en el producto sólo si no continúa en los bienes gravados después de la enajenación, o la supeditan a que el acuerdo de garantía indique expresamente el producto que seguirá siendo objeto de la garantía. La *Guía* recomienda que siempre se reconozca al acreedor garantizado el derecho a hacer valer su garantía real sobre el producto de los bienes gravados y sobre todo producto de ese producto (véanse las recomendaciones 19, 39 y 40). Además, a diferencia de muchos Estados que limitan el concepto de producto a todo bien que sea sustitutivo del bien gravado, la *Guía* considera también como producto todo otro bien que reporte el bien gravado, ya sea en forma de producto de una enajenación por parte del otorgante o como frutos naturales y civiles o rentas generados por el bien (véase el capítulo II, sobre la constitución de una garantía real, párrafos 72 a 78).

83. Por lo general, los Estados no han promulgado reglas especiales para la realización del valor de una garantía real sobre el producto. Ello significa que la realización del valor del producto deberá hacerse según la vía prevista para el ejercicio de una garantía constituida sobre el tipo de bien representado por el producto (por ejemplo, bienes corporales, créditos por cobrar, títulos negociables o derechos al cobro de los fondos acreditados en una cuenta bancaria). Podría resultar sumamente confuso que un acreedor garantizado pudiera hacer valer una garantía real sobre el producto de su bien gravado originario conforme a las reglas aplicables para el ejercicio de las garantías reales sobre el tipo de bien representado por los bienes originariamente gravados mientras que algún otro acreedor que esté intentando hacer valer su garantía real sobre bienes de la misma especie que el producto, pero que fueron los originariamente gravados por él, se viera obligado a aplicar reglas expresamente aplicables al tipo de bien representado por el producto. Así pues, por ejemplo, en el caso de que el producto sean créditos por cobrar generados por la venta de un bien corporal, sería inviable estipular que un acreedor que haya obtenido una garantía real sobre los créditos por cobrar en forma de bienes originariamente gravados tendría que seguir las reglas de ejecución aplicables a los créditos por cobrar, mientras que un acreedor que haya obtenido una garantía real sobre un bien corporal podría hacer valer sus derechos sobre el producto en virtud de las reglas de ejecución aplicables a los bienes corporales.

84. Al abstenerse de recomendar reglas especiales de ejecución aplicables al producto, la *Guía* recomienda implícitamente que el régimen general de la ejecución sea también aplicable a la ejecución de las garantías reales sobre el producto. Esto quiere decir en particular que, si el producto consiste en bienes corporales, se aplicarían las reglas de ejecución que rigen esta clase de bienes. Si por el contrario el producto son créditos por cobrar o algún otro bien concreto, como los mencionados en la sección B del presente capítulo, las recomendaciones de la *Guía* para el ejercicio de las garantías reales constituidas sobre ciertos bienes que rigen las garantías reales obtenidas sobre tales tipos de bienes como bienes originariamente gravados se aplicarían a la ejecución contra el producto.

7. *Intersección de los regímenes ejecutorios de la propiedad mobiliaria y de la propiedad inmobiliaria*

85. Sucede a menudo que la tipificación de los bienes corporales como bienes muebles o inmuebles varía con el paso del tiempo, al convertirse algunos bienes muebles en bienes inmuebles. Por ejemplo, es posible que los materiales de construcción terminen

plenamente incorporados a un edificio, que se planten semillas que pasen a ser árboles o que se abone el terreno con fertilizantes y estiércol, pasando así a ser parte de un bien inmueble. A veces, el bien mueble incorporado pasa a ser un accesorio fijo, pero no plenamente incorporado, del inmueble, por ejemplo, un ascensor, un horno, un mostrador o un escaparate fijo de un inmueble. En todos estos casos, cabe que se haya constituido sobre el bien mueble incorporado una garantía real que se haya hecho oponible a terceros con anterioridad a su incorporación al inmueble o a su transformación en un accesorio fijo del mismo. Cabe también que la transformación se haga en sentido inverso. Puede suceder que un acreedor obtenga una garantía real sobre bienes que sean en ese momento inmuebles, pero que estén destinados a pasar a ser bienes muebles, por ejemplo, un cultivo, el mineral extraído de una mina o de una cantera y los hidrocarburos extraídos del subsuelo.

86. Regímenes muy diversos pueden ser aplicables a esas diversas situaciones. La primera dificultad puede consistir en tener que determinar la índole de la garantía real que el acreedor desee ejercitar sobre un bien mueble en algún sector de intersección entre el régimen ejecutorio de la propiedad mobiliaria y el régimen ejecutorio de la propiedad inmobiliaria. Lo más frecuente es que el régimen ejecutorio aplicable dependa de la tipificación de los bienes. Sucede, por ejemplo, que muchos Estados permiten constituir una garantía real, en el marco del régimen de las operaciones garantizadas, sobre bienes muebles que, en el momento de ser gravados, formen parte de un inmueble, pero que estén destinados a pasar a ser bienes muebles. En tales casos, esos Estados no reconocen la oponibilidad de la garantía incluso entre las partes hasta que el bien haya sido separado. Por el contrario, no cabrá ejercitar esa garantía hasta que el bien gravado haya pasado a ser un bien mueble y no cabrá ejercitar ningún gravamen que haya sido constituido sobre un inmueble sobre bienes que hayan sido separados del inmueble para pasar a ser bienes muebles. Si bien la *Guía* no formula recomendación alguna sobre esta cuestión, dado que el régimen ejecutorio que recomienda presupone que los bienes muebles corporales han de existir por separado en su condición de tales, el régimen ejecutorio para bienes inmuebles no se aplicará a la ejecución de garantías reales sobre un bien mueble que haya sido separado de la propiedad inmobiliaria.

87. Las cuestiones ejecutorias pueden resultar incluso más difíciles cuando los bienes corporales pasen a ser accesorios fijos de un inmueble o sean plenamente incorporados a un inmueble. Muchos Estados distinguen entre los materiales de construcción y otros bienes muebles que pierden su identidad al ser incorporados a un inmueble (tales como fertilizantes o semillas), y los denominados accesorios fijos que retienen su identidad como bienes muebles. En algunos Estados una garantía real constituida sobre un bien mueble que pierda su identidad al ser incorporado al inmueble, sólo podrá ser preservada si esa garantía se hace oponible a terceros por inscripción en el registro de la propiedad inmobiliaria, pero esos mismos Estados disponen que una garantía real sobre un accesorio fijo que se haya hecho oponible a terceros antes de ser incorporado al inmueble retendrá su oponibilidad sin necesidad de un nuevo acto de inscripción. En esos Estados, toda medida ejecutoria contra la primera clase de bienes se registrará siempre por el régimen relativo a la ejecución de gravámenes sobre bienes inmuebles, mientras que cuando el bien mueble haya pasado a ser un accesorio fijo, esos mismos Estados suelen haber previsto algún régimen especial que vele, al mismo tiempo, por la preservación de la garantía real de un acreedor garantizado sobre el accesorio fijo incorporado al inmueble y por la preservación de los derechos de todo acreedor que tenga una garantía real sobre el inmueble.

88. La *Guía* sigue el esquema general adoptado por muchos Estados para resolver conflictos entre acreedores garantizados y acreedores concurrentes con garantías reales

concurrentes sobre accesorios fijos. Cuando el bien corporal pierda su identidad al ser incorporado al bien inmueble, toda garantía constituida sobre dicho bien mueble quedará extinguida. Cuando, sin embargo, el bien gravado pase a ser un accesorio fijo del inmueble, la garantía real sobre dicho bien seguirá existiendo y su oponibilidad a terceros quedará automáticamente preservada. El acreedor garantizado podrá incluso confirmar su oponibilidad a terceros haciéndola inscribir en el registro de la propiedad inmobiliaria (véanse las recomendaciones 38 y 43). Los derechos ejercitables por el acreedor garantizado sobre el accesorio fijo gravado y frente a todo acreedor garantizado que tenga una garantía real sobre el inmueble dependerán de la prelación relativa de las garantías concurrentes (véanse las recomendaciones 87 y 88). Si la garantía constituida sobre el accesorio fijo goza de prelación, su titular podrá desprender o separar dicho bien y hacer valer su garantía en su condición de gravamen constituido sobre un bien mueble. Sin embargo, en este caso, el derecho del acreedor garantizado ejecutor depende del derecho de otro acreedor garantizado u otra persona con una prelación inferior a la del acreedor garantizado ejecutor interesada en pagar el valor del accesorio fijo y, por tanto, en evitar la separación. Si, no obstante, el separar un accesorio fijo de un inmueble (por ejemplo, un ascensor de un edificio) daña al edificio, no meramente por restarle valor, el acreedor garantizado ejecutor de su garantía deberá indemnizar a toda persona con un derecho real sobre el inmueble. Si otro acreedor con una garantía real sobre el inmueble goza de prelación, el acreedor garantizado podrá únicamente hacer valer su garantía con arreglo al régimen de los gravámenes inmobiliarios, con tal de que dicha garantía sea oponible a terceros por inscripción en el registro de la propiedad inmobiliaria (véanse las recomendaciones 164, apartado a), y 165).

89. La ejecución de una garantía real sobre un accesorio fijo de un inmueble puede resultar aún más compleja si el acreedor garantizado goza al mismo tiempo de un gravamen sobre el inmueble y de una garantía real sobre el bien mueble que haya pasado a ser accesorio fijo del inmueble. La mayoría de los Estados permiten que el acreedor ejercite en dichos casos sus garantías de diversos modos. Dicho acreedor podrá ejercitar su garantía real sobre el accesorio fijo de manera independiente y su gravamen sobre el resto del inmueble. Cabe también que el acreedor garantizado haga valer su gravamen sobre el inmueble completo, junto con su accesorio fijo. En el primer caso, la garantía real gozará de prelación, en lo que concierne al accesorio fijo, frente a todo gravamen constituido sobre el inmueble (véase la recomendación 165). En el segundo caso, la prelación de las dos garantías del acreedor vendrá determinada por el régimen de la prelación aplicable a la propiedad inmobiliaria (véase la recomendación 164, apartado b)).

8. Ejecución de una garantía real constituida sobre un accesorio fijo de otro bien mueble, o sobre una masa de bienes o un producto acabado

90. Muchas clases de bienes corporales sobre los que se haya constituido una garantía real están destinados a pasar a ser un accesorio fijo de otro bien corporal, a ser transformados en un producto manufacturado o a ser mezclados con otros bienes corporales para formar una masa de bienes. Algunos Estados se ocupan de las garantías reales constituidas sobre esas clases de bienes mediante reglas concebidas en función de que el accesorio fijo, el producto manufacturado o la masa hayan o no pasado al propietario de los otros bienes corporales. Por ejemplo, si la propiedad del bien gravado pasa al propietario de los otros bienes corporales con los que está relacionado el bien gravado o con los que está mezclado, la garantía real sobre el bien gravado queda extinguida. Otros Estados permiten

que no se pierda la oponibilidad a terceros de una garantía real sobre bienes corporales al pasar esos bienes a ser accesorios fijos, productos manufacturados o bienes entremezclados, independientemente de que se produzca un traspaso de la propiedad a raíz de la incorporación a otro bien o de la mezcla con otros bienes. Éste es el criterio recomendado en la *Guía* (véanse las recomendaciones 41 a 44). Cuando los Estados prevén una continuación de la garantía real después de la incorporación a otro bien o de la mezcla con otros bienes, lo normal suele ser que declaren aplicable el régimen general de la ejecución al ejercicio de una garantía sobre bienes de esa especie. Si la incorporación o la mezcla se realizan con bienes corporales como motores de automóvil, manufacturas de fibra de vidrio, existencias de prendas de vestir entremezcladas, cereales en un silo o aceite en un tanque, la ejecución se realiza conforme al régimen que rige para los bienes corporales. Si la mezcla se relaciona con bienes incorporeales como créditos por cobrar o dinero en una cuenta, la ejecución se realiza conforme al régimen general que rige los bienes de esa especie. La presunción, que también se adopta en la presente *Guía*, es que daría lugar a una confusión innecesaria el aplicar en ese contexto un régimen de la ejecución que no sea el generalmente aplicable para bienes de esa especie.

91. Cuando se trata de la ejecución de una garantía real sobre un accesorio fijo de un bien mueble, la mayoría de los Estados adoptan reglas similares a las que se aplican en el caso de garantías reales sobre accesorios fijos de bienes inmuebles. El acreedor garantizado que tenga una prelación más baja que la del acreedor garantizado ejecutante puede saldar el crédito de este último, el acreedor garantizado que tenga un grado de prelación más alto puede hacerse cargo del proceso de ejecución y el acreedor garantizado ejecutante es responsable de todo daño que ocasione la separación del accesorio fijo distinto de una disminución del valor resultante de la separación. Sin embargo, existe una diferencia entre el tratamiento dado a una garantía real sobre un accesorio fijo de un bien inmueble y el que se da a una garantía real sobre un accesorio fijo de un bien mueble. En el primer caso (accesorios fijos de bienes inmuebles) el acreedor garantizado debe gozar de prelación frente a los derechos concurrentes sobre el bien inmueble para ejecutar su garantía real sobre el accesorio fijo (véase la recomendación 165). En el segundo caso (accesorios fijos de bienes muebles), la ejecución puede efectuarse independientemente del grado de prelación relativo del acreedor garantizado (véase la recomendación 166).

92. En el caso de los productos acabados o las masas de bienes, más de un acreedor garantizado puede tener derechos sobre el producto final y sobre los bienes que integran la masa. Si los bienes gravados pueden ser separados, como ocurre con las masas de bienes, el acreedor garantizado que tiene una garantía real ejecutable únicamente respecto de una parte de los bienes deberá poder separar la parte sobre la cual tiene la garantía real y enajenarla aplicando las normas generales que rigen la ejecución. Así, por ejemplo, si un acreedor garantizado tiene una garantía real sobre una tercera parte del aceite de un tanque, podrá ejecutar su garantía sobre esa tercera parte de la masa mezclada. Si los bienes gravados no pueden ser separados, como ocurre con los productos acabados, como la mayoría de las existencias fabricadas y los bienes de equipo, es posible que haya que vender la totalidad del producto y los posibles derechos que tengan los acreedores garantizados concurrentes sobre otras partes de los bienes mezclados se determinarán aplicando las recomendaciones de la *Guía* relativas a la prelación (véanse las recomendaciones 90 a 92).

B. Observaciones relativas a ciertos bienes

1. Generalidades

93. Los principios básicos aplicables a la ejecución de las garantías reales examinados en la sección A *supra* podrían aplicarse teóricamente cualquiera que sea el tipo de bien gravado. Sin embargo, se refieren principalmente a algunos tipos de bienes corporales, como las existencias, el equipo y los artículos de consumo. Por tal razón, resultan difícilmente aplicables a la ejecución de las garantías reales constituidas sobre bienes inmateriales, como los créditos por cobrar y diversos derechos de cobro (por ejemplo, el derecho de cobro de fondos acreditados en una cuenta bancaria, el derecho a percibir el producto de una promesa independiente o el derecho al cobro de un título negociable) y los derechos de posesión dimanantes de un documento negociable. En consecuencia, muchos Estados han promulgado reglas especiales para la ejecución de las garantías constituidas sobre ese tipo de bienes gravados. Entre ellas figuran disposiciones que otorgan al acreedor garantizado el derecho de cobrar a la persona obligada por el crédito o el título negociable, y que exigen que dicha persona pague directamente al acreedor garantizado. Además, en muchos de estos casos el régimen de las operaciones garantizadas da cabida y en parte remite a los regímenes especializados y a las prácticas comerciales relativas a las cuentas bancarias, los títulos negociables, los documentos negociables y las promesas independientes.

2. Ejecución de una garantía real sobre un crédito por cobrar

94. Cuando se constituye una garantía real sobre un crédito por cobrar, el bien gravado es el derecho del otorgante a recibir el pago del deudor del crédito. Lógicamente, sería admisible exigir al cesionario que ejecutara su garantía vendiendo el crédito, cobrándolo o conservando el producto de su pago a efectos del cumplimiento de la obligación garantizada. No obstante, vender el crédito sería una forma engorrosa e ineficiente de obtener el valor económico de un bien que tiene, de por sí, determinado valor monetario. Es por ese motivo que la mayoría de los Estados que permiten a los acreedores constituir una garantía sobre créditos por cobrar y otros derechos similares, permiten también al cesionario cobrar directamente al deudor del crédito en caso de incumplimiento del cedente. Los principales aspectos a considerar son los dos siguientes: en primer lugar, que el cedente sepa que el cesionario ha procedido a la ejecución (ya fuere a raíz del incumplimiento o antes del incumplimiento, si el otorgante da su consentimiento), y en segundo lugar, que el deudor del crédito sepa que en adelante deberá efectuar sus pagos al cesionario.

95. En el capítulo VI, relativo a los derechos y obligaciones de las partes en un acuerdo de garantía, la *Guía* examina la relación existente entre el cedente, el cesionario y el deudor del crédito. Entre las cuestiones examinadas figuran, por ejemplo, el derecho del cesionario de informar al deudor del crédito de que deberá pagarle directamente en caso de incumplimiento del cedente (véanse las recomendaciones 114 a 116). Además, en su capítulo VII, sobre los derechos y obligaciones de terceros deudores, la *Guía* prevé, entre otras cosas, que el deudor del crédito podrá resguardarse de la obligación de pagar dos veces gracias a la notificación y las instrucciones de pago que le hayan sido dadas por el cesionario o el cedente (véanse las recomendaciones 117 a 123).

96. En muchos Estados se adopta la postura de que el principal derecho ejecutorio ejercitable por el cesionario es sencillamente el de cobrar el crédito. Suponiendo que haya adoptado las medidas requeridas para hacer su derecho oponible al deudor del crédito, el

cesionario podrá limitarse a efectuar el cobro del crédito, destinando la suma cobrada a amortizar la obligación del cedente. Ello está justificado por el hecho de que los derechos de este último y de terceros se verán amparados por el mero hecho de que se destine la suma percibida a amortizar la obligación garantizada. En consonancia con el criterio adoptado por esos Estados, en la *Guía* se recomienda que no se exija ninguna otra medida para realizar el valor en garantía de un crédito por cobrar (véase la recomendación 168).

97. Sin embargo, puede haber casos en que el cesionario desee apropiarse íntegramente del valor actual de un crédito por cobrar que sea pagadero en cuotas mensuales. Por ello el cesionario, tras dar al deudor aviso de su intención, podrá cobrar, vender o ceder el crédito a un tercero. A fin de proteger los derechos del cedente en estos casos, muchos Estados disponen que el cesionario no podrá conservar ningún excedente por encima de la cuantía de la obligación garantizada que le debe el cedente, principio que la *Guía* adopta no sólo en relación con esta forma de realizar el valor en garantía de un crédito por cobrar sino también en relación con el cobro normal de dichos créditos (véase la recomendación 116, apartado b)). Además, de conformidad con los principios generales que rigen la ejecución, el cesionario deberá actuar de buena fe y de forma razonable desde el punto de vista mercantil al disponer del crédito (véase la recomendación 131).

98. En ocasiones, el cobro del propio crédito estará respaldado por una garantía personal o real, como la fianza de un tercero o una garantía sobre bienes muebles del deudor del crédito. Muchos Estados reconocen al cesionario un derecho automático a hacer valer esas otras garantías, de no haber pagado el deudor el crédito a su vencimiento. Ello es consecuencia normal de toda garantía real (lo accesorio sigue a lo principal). En la *Guía* se adopta una recomendación similar respecto de toda garantía de la obligación de pago de un tercero deudor. El acreedor garantizado podrá ejecutar esas garantías conforme al régimen normalmente aplicable a la ejecución de ese tipo de garantía o ese tipo de bien (véase la recomendación 169). En la mayoría de los Estados, el mismo principio se aplica también a los derechos personales y reales que garantizan otros derechos de pago, como el derecho a percibir el producto de una promesa independiente. Éste es el criterio recomendado en la *Guía* (véase la recomendación 25).

3. *Ejecución en el caso de la cesión pura y simple de un crédito por cobrar*

99. La *Guía* se aplica a la cesión pura y simple de créditos por cobrar, así como a las garantías reales sobre dichos créditos (véase la recomendación 3). Sin embargo, en una cesión pura y simple el cedente transfiere normalmente todos sus derechos sobre el crédito por cobrar. Por ello, ya no tiene ningún derecho sobre dicho crédito ni sobre el cobro u otro método de realización del valor del crédito. Por consiguiente, las cuestiones abordadas en el presente capítulo sobre los derechos ejercitables a raíz del incumplimiento sólo serán pertinentes a la cesión pura y simple de un crédito por cobrar cuando el cesionario disponga de algún recurso contra el cedente en caso de que no pueda cobrar el crédito. Es decir, únicamente en los casos en que haya de responder en última instancia ante el cesionario cabe prever que el cedente esté interesado en el método de cobro o de disposición por otra vía de los créditos por cobrar (véase la recomendación 167).

100. Podrá recurrirse contra el cedente por la falta de cobro de unos créditos por cobrar que hayan sido objeto de una cesión pura y simple normalmente cuando el cedente haya garantizado el pago parcial o total de estos créditos por el deudor de los mismos. Ello podrá hacerse también en virtud de otros acuerdos funcionalmente equivalentes, por

ejemplo en los casos en que: *a*) el cedente haya aceptado volver a comprar un crédito por cobrar vendido al cesionario si el deudor de dicho crédito incumple su obligación de pago, o *b*) el cedente haya convenido meramente en pagar toda diferencia entre el precio cobrado por la cesión global de los créditos y la suma efectivamente reportada por el cobro de dichos créditos.

101. Puede haber muchas razones por las cuales el deudor de un crédito por cobrar no paga una obligación en la fecha debida. Por ejemplo, un deudor de un crédito por cobrar puede negarse a pagar los bienes corporales o los servicios prestados por su calidad deficiente, o por el incumplimiento por el cedente de las especificaciones dadas al respecto por el deudor. No obstante, estas negativas a pagar no suelen considerarse ejemplos de falta de cobro que puedan dar lugar a un recurso contra el cedente. Todo recurso contra el cedente por falta de cobro, en el sentido aquí dado a ese término, se refiere únicamente al recurso por impago de un crédito por su deudor por razones crediticias (por ejemplo, su insolvencia). Si el impago se debe a razones crediticias y si el cesionario recurre contra el cedente, se aplicarían las normas generales obligatorias de conducta en el contexto de la ejecución (véanse las recomendaciones 131 y 132) y las reglas normales para el cobro de los créditos y la ejecución de toda garantía constituida sobre ellos (véase la recomendación 167).

4. Ejecución de una garantía real sobre un título negociable

102. En muchos Estados es posible adquirir una garantía constituida sobre un título negociable, ya sea tomando posesión del título para conseguir la oponibilidad frente a terceros o inscribiendo un aviso en el registro general de garantías reales (véanse las recomendaciones 32 y 37). Generalmente, incluso en el caso en que se haya constituido una garantía real sobre el título, los Estados se remiten a la ley que rige a los títulos negociables (expresión más amplia que la de “ley sobre los títulos negociables”; véase Introducción, sección B, Terminología e Interpretación, párrafo 19) para determinar los derechos de las personas obligadas por dicho título negociable y los de otras personas que invoquen derechos sobre él (véanse la recomendación 124 y el capítulo VII, relativo a los derechos y obligaciones de terceros deudores, párrafos 27 a 31). Entre estos derechos podrán figurar, por ejemplo: *a*) el de la persona obligada en virtud del título negociable a denegar el pago a toda persona que no sea el tenedor de ese título o alguna otra persona legitimada para cobrarlo con arreglo a la ley aplicable a los títulos negociables, y *b*) el de la persona obligada en virtud del título a invocar alguna excepción frente a dicha obligación.

103. De haberse constituido una garantía real sobre un título negociable, dicho título obrará normalmente en poder del acreedor garantizado. De incurrir el otorgante en incumplimiento, muchos Estados permiten que el acreedor garantizado haga valer su garantía real cobrando o ejecutando por alguna otra vía el título. Cabría, por ejemplo, presentar dicho título al cobro o, si el incumplimiento se produce antes de su vencimiento, incluso venderlo a un tercero y destinar el producto al pago de la obligación del otorgante. El motivo es que la negociabilidad del título se vería comprometida si el acreedor garantizado estuviera obligado a realizar algún otro trámite para vender dicho título o para aceptarlo en cumplimiento de la obligación garantizada. En consonancia con dicha práctica, la *Guía* no recomienda que se imponga trámite adicional alguno a un acreedor garantizado que proceda, a raíz de un incumplimiento, a realizar el valor de su garantía sobre el título (véase la recomendación 170).

104. Al igual que sucede con los créditos por cobrar, puede ocurrir que el título negociable esté a su vez garantizado por algún otro derecho personal o real. Muchos Estados reconocen al acreedor garantizado un derecho automático a ejercitar estos otros derechos en caso de que la persona obligada en virtud del título negociable incumpla su obligación de pago al serle presentado al cobro dicho título. En la *Guía* se recomienda esta manera de ejecutar los derechos personales o reales relativos al cobro de un título negociable (véase la recomendación 171).

5. *Ejecución de una garantía real sobre un derecho al cobro de fondos acreditados en una cuenta bancaria*

105. En muchos Estados se prevé la posibilidad de constituir una garantía real sobre el derecho al cobro de fondos acreditados en una cuenta bancaria. En un acuerdo de cuenta concertado con un banco, se considera normalmente que el banco es el deudor del depositante, por lo que estará obligado a pagar a éste, cuando se lo solicite, la totalidad o parte de la suma depositada. Como el derecho bancario se halla estrechamente vinculado a prácticas comerciales muy elaboradas, en la *Guía* se recomienda hacer remisión al derecho bancario aplicable y se proponen mecanismos de resguardo suplementarios para los bancos cuyos depositantes hayan otorgado garantías reales sobre sus derechos al cobro de los fondos acreditados en una cuenta bancaria (véanse las recomendaciones 32, 49, 103, 104, 125 y 126). Por ejemplo, se recomienda que, incluso en el caso de que un depositante haya celebrado un acuerdo de garantía con un acreedor, el banco depositario: *a*) conserve los mismos derechos y obligaciones que tenía antes frente al depositante; *b*) conserve todo derecho de compensación que tenga; *c*) no esté obligado a pagar a persona alguna que no sea la que posea el control de la cuenta, y *d*) no esté obligado a atender a solicitud alguna de información (véanse las recomendaciones 125 y 126).

106. De ser el bien gravado un derecho al cobro de los fondos acreditados en una cuenta bancaria, muchos Estados han previsto que el acreedor garantizado podrá cobrar u obtener de algún otro modo el pago de esos fondos a raíz del incumplimiento o incluso antes del incumplimiento si ese cobro adelantado ha sido convenido con el otorgante. La medida ejecutoria suele consistir en que el acreedor garantizado pida al banco que transfiera los fondos a su propia cuenta, o cobre de algún otro modo las sumas acreditadas en la cuenta. La razón de ser de esta regla radica en que el bien gravado es el propio derecho a percibir el pago de los fondos acreditados en la cuenta, por lo que resultaría ineficiente exigir que el acreedor garantizado se haga con la ejecución de su garantía real vendiendo el derecho a obtener el pago o tomando ese derecho a título de satisfacción de la obligación garantizada. Conforme con el objetivo de dotar de flexibilidad y eficiencia a la ejecución de toda garantía, la *Guía* recomienda que todo acreedor que desee realizar el valor de una garantía real constituida sobre un derecho al cobro de fondos acreditados en una cuenta bancaria pueda hacerlo cobrando los fondos depositados en esa cuenta (véase la recomendación 173).

107. En ocasiones, el Estado requerirá que el acreedor garantizado obtenga un mandato judicial previo a toda medida ejecutoria de la garantía real sobre el derecho al cobro de fondos acreditados en una cuenta bancaria. Dicho requisito es comprensible en todo supuesto en el que el acreedor garantizado haya hecho su garantía oponible a terceros por inscripción de la misma en un registro general de las garantías reales. El objetivo es proteger a los bancos para que no tengan que establecer el derecho del acreedor ejecutante a obtener el pago. Esa formalidad sería, no obstante, totalmente innecesaria si el banco

tiene ya conocimiento de la garantía real por haber concertado un acuerdo de control de cuenta con el acreedor garantizado. Por ello, la *Guía* recomienda que el acreedor garantizado pueda iniciar la ejecución, sin necesidad de obtener un mandato judicial previo, en todo supuesto en el que haya concertado con el banco un acuerdo de control (véase la recomendación 174). Por el contrario, de no haberse concertado tal acuerdo, la *Guía* recomienda que se exija al acreedor garantizado la obtención previa de un mandato judicial, salvo que el banco le haya dado su consentimiento expreso a que sea él quien efectúe el cobro (véase la recomendación 175).

108. En muchos casos, el acreedor garantizado será, de hecho, el propio banco depositario. En este supuesto sería superfluo abrir un procedimiento ejecutorio formal con un acto de cobro y de asignación explícita de los fondos cobrados al resarcimiento de la obligación garantizada. A raíz del incumplimiento, el banco depositario, actuando a título de acreedor garantizado, ejercerá normalmente su derecho de compensación, destinando los fondos depositados en la cuenta directamente al pago de la obligación garantizada incumplida. De conformidad con esta práctica, la *Guía* recomienda que el ejercicio por el banco depositario de su derecho de compensación no se vea afectado por garantía real alguna que el banco pueda tener sobre el derecho al cobro de los fondos depositados en esa cuenta (véase la recomendación 125, apartado b)).

6. *Ejecución de una garantía real sobre el derecho de percibir el producto de una promesa independiente*

109. Algunos Estados permiten que toda persona que tenga un derecho a reclamar el pago (“derecho al cobro”) de una promesa independiente constituya una garantía sobre el derecho a percibir el producto de ese derecho al cobro. La *Guía* recomienda que se permita constituir una garantía real sobre el derecho a percibir dicho producto, a reserva de que se respete una serie de reglas aplicables a las obligaciones entre el garante/emisor, el confirmante o la persona designada y el acreedor garantizado (véanse las recomendaciones 27, 48 y 50). Dado que el régimen legal y las prácticas comerciales aplicables a las garantías independientes son de índole muy especializada, la *Guía* recomienda que se adopten ciertas reglas destinadas a reflejar la legislación y la práctica existentes (véanse las recomendaciones 127 a 129). Así, por ejemplo, cuando una garantía real haya quedado automáticamente constituida, no debería hacer falta que el otorgante efectúe acto alguno de transferencia al acreedor garantizado para que éste pueda ejercitar su garantía real para recibir el producto conforme a una promesa independiente.

110. La práctica general de los Estados es permitir que un acreedor garantizado que tenga una garantía real sobre el derecho de percibir el producto de una promesa independiente proceda a cobrar o a hacer valer de algún otro modo su derecho al cobro del producto a raíz del incumplimiento o incluso antes del incumplimiento si así lo ha convenido con el otorgante. Ahora bien, el ejercicio de su garantía no faculta al acreedor garantizado para reclamar el pago del garante/emisor, del confirmante o de la persona designada (véase la recomendación 27). La realización de la garantía tendrá normalmente lugar al indicar el acreedor garantizado al garante/emisor, al confirmante o a otra persona designada que está legitimado para percibir el pago de todo producto que sea, por lo demás, debido al otorgante. La razón de ser de este enfoque radica en que el garante/emisor, el confirmante o toda otra persona designada no está normalmente obligada frente a persona alguna que no sea el beneficiario, por lo que únicamente el beneficiario podrá reclamar el pago de una promesa independiente. La *Guía* sigue la práctica aplicable a las promesas

independientes. Recomienda que la realización de una garantía real sobre el producto de este tipo de promesa se limite al cobro del producto una vez que éste haya sido pagado y no se extienda al derecho al cobro (véase la recomendación 176).

7. *Ejecución de una garantía real sobre un documento negociable o un bien corporal representado por un documento negociable*

111. Algunos Estados permiten la constitución de una garantía real sobre un documento negociable (para la definición de este término y otros términos conexos, véase Introducción, sección B, Terminología). La *Guía* recomienda una práctica similar (véanse las recomendaciones 2, apartado a), y 28). El documento negociable es un título representativo de los bienes corporales en él descritos y habilita al tenedor del documento para reclamar esos bienes del emisor del documento. La forma usual por la que un acreedor garantizado ejercerá su garantía sobre un documento negociable es presentándolo al emisor para reclamar los bienes. Cabe, no obstante, que se hayan previsto reglas especiales para preservar los derechos de ciertas personas con arreglo al régimen de los documentos negociables y en la *Guía* se hace remisión a otros regímenes (véase la recomendación 130).

112. Entre el otorgante y el acreedor garantizado se tendrá la garantía por ejercitada a raíz de la presentación del documento por el acreedor garantizado al emisor del mismo. A raíz de ello, el acreedor garantizado obtendrá posesión de los bienes corporales, por lo que a partir de ese momento la garantía real deberá regirse por los principios recomendados para el ejercicio de una garantía real sobre bienes corporales que estén representados por un documento negociable (véase la recomendación 177). Según lo que haya sido estipulado entre las partes, esta presentación del documento al emisor podrá producirse a raíz de un incumplimiento o previo a todo incumplimiento si cuenta con el permiso del otorgante. Además, de nuevo dependiendo de lo que las partes hayan acordado a raíz de un incumplimiento o previo a todo incumplimiento con el permiso del otorgante, el acreedor garantizado podrá disponer del documento en virtud de la recomendación general de la *Guía* relativa a la ejecución, sin presentarlo al emisor. Al efectuar dicha disposición deberá obrar de buena fe y con sentido comercial y deberá destinar el producto de la venta del documento a la satisfacción de la obligación garantizada.

C. Recomendaciones 131 a 177

Propósito

Las disposiciones sobre la ejecución de las garantías reales tienen por objeto:

- a) Prever métodos claros, sencillos y eficientes para ejecutar las garantías reales al producirse un incumplimiento por parte del deudor;
- b) Prever métodos concebidos para incrementar al máximo la suma neta que reporte la liquidación de los bienes gravados, en beneficio del otorgante, del deudor o de otra persona que adeude el pago de la obligación garantizada, del acreedor garantizado y de otros acreedores que tengan algún derecho sobre los bienes gravados; y
- c) Prever la aplicación de métodos judiciales agilizados y, a reserva de la aplicación de las salvaguardias apropiadas, de métodos extrajudiciales para que el acreedor garantizado ejerza sus derechos.

1. Recomendaciones generales

Normas generales de conducta en el contexto de la ejecución

131. El régimen debería prever que todas las partes deberán ejecutar sus derechos y cumplir sus obligaciones conforme a las disposiciones sobre la ejecución, actuando de buena fe y de forma razonable desde el punto de vista mercantil.

Limitaciones de la autonomía de las partes

132. El régimen debería disponer que las normas generales de conducta previstas en la recomendación 131 no podrán ser objeto de una renuncia unilateral ni podrán modificarse mediante acuerdo en ningún momento.

133. El régimen debería disponer que, a reserva de lo establecido en la recomendación 132, el otorgante y cualquier otra persona que adeude un pago o que deba cumplir una obligación garantizada frente a otra persona podrá renunciar unilateralmente a cualquiera de los derechos que le confieren las disposiciones relativas a la ejecución o modificarlos mediante acuerdo únicamente cuando haya habido incumplimiento.

134. El régimen debería disponer que, a reserva de lo que establece la recomendación 132, el acreedor garantizado podrá en todo momento renunciar unilateralmente a cualquiera de los derechos que le confieren las disposiciones relativas a la ejecución o modificarlos mediante acuerdo.

135. El régimen debería disponer que una modificación de los derechos mediante acuerdo no afectará a los derechos de cualquier persona que no sea parte en el acuerdo. La carga de la prueba corresponderá a la persona que impugne la validez del acuerdo argumentando que es incompatible con las recomendaciones 132, 133 ó 134.

Responsabilidad

136. El régimen debería disponer que si una persona incumple las obligaciones establecidas en las disposiciones relativas a la ejecución, estará sujeta al pago de los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento.

Recursos judiciales y de otra índole con respecto al incumplimiento

137. En el régimen debería preverse que el deudor, el otorgante u otras personas interesadas (por ejemplo, un acreedor garantizado con un grado de prelación inferior al del acreedor garantizado ejecutante, un garante o un copropietario de los bienes gravados) tendrán derecho a recurrir en cualquier momento a un tribunal o a otra autoridad en caso de que el acreedor garantizado no cumpla con sus obligaciones previstas en las disposiciones relativas a la ejecución.

Procedimientos judiciales sumarios

138. El régimen debería prever procedimientos judiciales sumarios para dar cabida a situaciones en que el acreedor garantizado, el otorgante o cualquier otra persona que deba cumplir la obligación garantizada, o que pretenda tener algún derecho sobre un bien gravado, recurra a un tribunal o a otra autoridad en relación con el ejercicio de los derechos que tiene a raíz del incumplimiento.

Derechos del otorgante tras el incumplimiento

139. El régimen debería prever que, al producirse el incumplimiento, el otorgante tendrá derecho a ejercer uno o más de los siguientes derechos:

a) Pagar íntegramente la obligación garantizada, y quedar liberado de la garantía real constituida sobre todos los bienes gravados que respalden la obligación, conforme a la recomendación 140;

b) Apelar ante un tribunal u otra autoridad en caso de que el acreedor garantizado no esté cumpliendo sus obligaciones previstas en las disposiciones del presente régimen, conforme a la recomendación 137;

c) Proponer al acreedor garantizado, o rechazar la propuesta del acreedor garantizado, de aceptar un bien gravado a modo de satisfacción total o parcial de la obligación garantizada, conforme a las recomendaciones 158 y 159; y

d) Ejercer cualquier otro derecho previsto en el acuerdo de garantía o en otra regla de derecho.

Extinción de la garantía real tras el pago íntegro de la obligación garantizada

140. El régimen debería prever que el deudor, el otorgante o cualquier otra parte interesada (por ejemplo, un acreedor garantizado cuya garantía real goce de un grado de prelación inferior al del acreedor garantizado ejecutante, un garante o uno de los copropietarios de los bienes gravados) tendrán derecho a pagar íntegramente la obligación garantizada, incluidos los gastos de ejecución hasta la fecha del pago íntegro. Ese derecho se podrá ejercer hasta que el acreedor garantizado enajene o adquiera el bien gravado o cobre su importe o hasta que el acreedor garantizado celebre un acuerdo para enajenar el bien gravado, según lo que ocurra primero. Si se han cancelado todos los compromisos de otorgar crédito financiero, con este pago todos los bienes gravados que respaldan esa obligación dejarán de estar sujetos a la garantía real, a reserva de todo derecho de subrogación en beneficio de la persona que efectúe el pago.

Derechos del acreedor garantizado tras el incumplimiento

141. El régimen debería disponer que, tras el incumplimiento, el acreedor garantizado tendrá derecho a ejercer uno o más de los siguientes derechos con respecto a un bien gravado:

a) Obtener la posesión de un bien corporal gravado, conforme a las recomendaciones 146 y 147;

b) Vender o enajenar de algún otro modo un bien gravado, arrendarlo o conceder una licencia respecto de él, conforme a las recomendaciones 148 a 155;

c) Proponer al otorgante que el acreedor garantizado acepte un bien gravado a modo de cumplimiento total o parcial de la obligación garantizada, conforme a las recomendaciones 156 a 158;

d) Ejercer su garantía real sobre un bien incorporado, conforme a las recomendaciones 165 y 166;

e) Cobrar el valor o ejecutar de otro modo una garantía real sobre un bien gravado que sea un crédito por cobrar, un título negociable, un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria o el derecho a percibir el producto de una promesa independiente, conforme a las recomendaciones 167 a 176;

f) Ejercer sus derechos en virtud de un documento negociable, conforme a la recomendación 176; y

g) Ejercitar cualquier otro derecho previsto en el acuerdo de garantía (excepto si es incompatible con las disposiciones del presente régimen) o en cualquier regla de derecho.

Métodos de ejecución judicial y extrajudicial para ejercitar derechos a raíz del incumplimiento

142. El régimen debería disponer que, tras un incumplimiento, el acreedor garantizado podrá ejercer los derechos previstos en la recomendación 141 recurriendo a un tribunal o a otra autoridad, o sin tener que interponer ese tipo de recurso. El ejercicio de los derechos del acreedor garantizado por vía extrajudicial está supeditado a lo establecido en la norma general de conducta enunciada en la recomendación 131 y a los requisitos establecidos en las recomendacio-

nes 147 a 155 en lo que respecta a la obtención de la posesión y a la enajenación de un bien gravado.

Derechos acumulativos posteriores al incumplimiento

143. El régimen debería prever que el ejercicio de un derecho tras el incumplimiento no invalidará la posibilidad de acogerse a otro derecho, salvo que el ejercicio de un derecho haya hecho imposible ejercitar otro derecho.

Derechos ejercitables a raíz del incumplimiento con respecto a la obligación garantizada

144. El régimen debería prever que el ejercicio de los derechos posteriores al incumplimiento con respecto a un bien gravado no impide ejercitar derechos posteriores al incumplimiento con respecto a la obligación garantizada por dicho bien gravado, y viceversa.

Derecho del acreedor garantizado con mayor grado de prelación a hacerse cargo de la ejecución

145. En el régimen debería preverse que, cuando un acreedor garantizado haya iniciado la ejecución adoptando alguna de las medidas descritas en las disposiciones relativas a la ejecución o un acreedor judicial haya adoptado las medidas enunciadas en la recomendación 84 (capítulo V, relativo a la prelación de una garantía real), el acreedor garantizado cuya garantía real goce de prelación sobre la del acreedor garantizado ejecutante o sobre la del acreedor judicial ejecutante tendrá derecho a asumir el proceso de ejecución en cualquier momento anterior a la enajenación final, a la aceptación o al cobro de un bien gravado o a la celebración de un acuerdo por parte del acreedor garantizado ejecutante para enajenar el bien gravado, según lo que ocurra primero. El derecho a asumir la ejecución incluye el de proceder a la ejecución mediante cualquier método previsto en las recomendaciones del presente capítulo.

Derecho del acreedor garantizado a la posesión de un bien gravado

146. El régimen debería prever que, al producirse un incumplimiento, el acreedor garantizado tendrá derecho a la posesión de un bien corporal gravado.

Obtención por vía extrajudicial de la posesión de un bien gravado

147. El régimen debería disponer que el acreedor garantizado podrá optar por obtener la posesión de un bien gravado corporal sin recurrir a un tribunal o a otra autoridad únicamente si:

a) El otorgante ha dado su consentimiento, en el acuerdo de garantía, a que el acreedor garantizado pueda obtener la posesión sin recurrir a un tribunal o a otra autoridad;

b) El acreedor garantizado ha notificado al otorgante y a cualquier persona que esté en posesión del bien gravado el incumplimiento y la intención del acreedor garantizado de obtener la posesión sin recurrir a un tribunal o a otra autoridad; y

c) En el momento en que el acreedor garantizado trate de obtener la posesión del bien gravado, el otorgante y cualquier otra persona en cuya posesión se halle el bien gravado no pongan ningún reparo.

Enajenación extrajudicial de un bien gravado

148. El régimen debería prever que, tras producirse un incumplimiento, el acreedor garantizado tendrá derecho, sin recurrir a ningún tribunal ni a otra autoridad, a vender o a enajenar de otro modo un bien gravado, a arrendarlo o a conceder licencias sobre él, hasta donde corresponda a los derechos que el otorgante tenga sobre el bien gravado. A reserva de lo dispuesto en la recomendación 131, sobre la norma de conducta, un acreedor garantizado que opte por

ejercer ese derecho podrá seleccionar el método, la manera, el momento, el lugar y otros aspectos de la enajenación, el arrendamiento o la concesión de la licencia.

Notificación anticipada de la enajenación extrajudicial de un bien gravado

149. El régimen debería disponer que, tras un incumplimiento, el acreedor garantizado deberá dar notificación de su intención de proceder a la venta o a otro tipo de enajenación de un bien gravado, a su arrendamiento o a la concesión de una licencia sobre él, sin recurrir a ningún tribunal ni a otra autoridad. No será preciso efectuar la notificación si el bien gravado es un bien perecedero, si puede perder valor rápidamente o si es un tipo de bien que se puede vender en un mercado reconocido.

150. El régimen debería prever disposiciones que garantizaran que la notificación mencionada en la recomendación 149 pudiera darse de forma eficiente, puntual y fiable, a fin de proteger al otorgante o a otras partes interesadas, evitando al mismo tiempo toda repercusión negativa en los recursos del acreedor garantizado y en el valor potencial neto de liquidación de los bienes gravados.

151. Respecto de la notificación mencionada en la recomendación 149, el régimen debería:

- a) Especificar que la notificación deberá darse:
 - i) Al otorgante, al deudor y a cualquier otra persona que adeude el pago de la obligación garantizada;
 - ii) A cualquier persona que tenga derechos sobre el bien gravado y que, más de [se especificará el número] días antes de que el acreedor garantizado haya notificado al otorgante, haya dado a conocer por escrito esos derechos al acreedor garantizado;
 - iii) A cualquier otro acreedor garantizado que, más de [un breve plazo que se especificará] días antes de que se envíe la notificación al otorgante, haya registrado una notificación de garantía real sobre el bien gravado que quede indizada bajo el dato identificador del otorgante; y
 - iv) A cualquier otro acreedor garantizado que haya estado en posesión del bien gravado cuando el acreedor garantizado ejecutante tomó posesión de dicho bien;

b) Especificar la forma y el momento en que deberá darse tal notificación, así como la fecha y el contenido mínimo, determinando incluso si dicha notificación debería especificar el cálculo de la cuantía adeudada en ese momento y una indicación del derecho del deudor o del otorgante a obtener que los bienes gravados queden liberados de la garantía real con arreglo a la recomendación 140; y

c) Disponer que la notificación esté redactada en un idioma que quepa razonablemente prever que será entendido por los destinatarios, de modo que queden informados de su contenido. Bastará con que la notificación al otorgante conste en el idioma en que esté redactado el acuerdo relativo a la garantía que se ejecuta.

Distribución del producto de la enajenación de un bien gravado

152. En el régimen debería preverse que, en caso de enajenación extrajudicial de un bien gravado, el acreedor garantizado ejecutante deberá destinar el producto neto de su ejecución (previa deducción de los costos de ejecución) al pago de la obligación garantizada. A reserva de lo previsto en la recomendación 153, el acreedor garantizado ejecutante deberá cancelar todo superávit que subsista tras este pago a los acreedores concurrentes subordinados que, antes de toda distribución del superávit, hayan notificado al acreedor garantizado ejecutante su reclamación concurrente subordinada, hasta por el monto que corresponda a su reclamación. El saldo restante, si lo hubiere, deberá remitirse al otorgante.

153. Además, en el régimen debería disponerse que, en caso de ejecución extrajudicial de un bien gravado, exista o no controversia sobre el derecho de algún reclamante concurrente a cobrar o sobre el grado de prelación en el cobro, el acreedor garantizado ejecutante podrá, de conformidad con las reglas procesales generalmente aplicables, hacer efectivo el superávit a una autoridad judicial competente u otra autoridad o a una caja pública de depósitos para su distribución. En caso de efectuarse tal pago, el superávit debería repartirse en función de las reglas que rigen la prelación en el presente régimen.

154. En el régimen debería preverse que la distribución del producto resultante de una liquidación judicial o de otro procedimiento administrado oficialmente deberá efectuarse conforme a las normas generales del Estado que rijan los procedimientos de ejecución, pero con sujeción a las reglas de prelación del presente régimen.

155. En el régimen debería disponerse que el deudor y toda otra persona que adeude el pago de la obligación garantizada deberán abonar todo déficit en el saldo pagado que quede pendiente tras la aplicación del producto neto de la ejecución al cumplimiento de la obligación garantizada.

Recibo de un bien gravado como forma de pago de la obligación garantizada

156. En el régimen debería disponerse que, al producirse un incumplimiento, el acreedor garantizado podrá proponer por escrito que recibiría uno o más de los bienes gravados a modo de pago total o parcial de la obligación garantizada.

157. Con respecto a la propuesta mencionada en la recomendación 156, el régimen debería:

- a) Disponer que la propuesta deberá enviarse a las siguientes personas:
 - i) El otorgante, el deudor y cualquier otra persona que adeude pagos correspondientes a la obligación garantizada o deba cumplirla de alguna otra forma (por ejemplo, un garante);
 - ii) A toda persona a la que asistan derechos sobre el bien gravado que haya notificado esos derechos por escrito al acreedor garantizado más de [se especificará el número] días antes del envío de la propuesta por parte del acreedor garantizado al otorgante;
 - iii) A cualquier otro acreedor garantizado que, más de [un breve plazo que se especificará] días antes de que la propuesta sea enviada por el acreedor garantizado al otorgante, haya inscrito en un registro una notificación de una garantía real sobre el bien gravado indizada bajo el dato identificador del otorgante; y
 - iv) A cualquier otro acreedor garantizado que se halle en posesión del bien gravado en el momento en que se hubiera hecho cargo de él el acreedor garantizado; y

b) Disponer que en la propuesta deberá especificarse la suma adeudada en la fecha en que se envió la propuesta, así como la cuantía de la obligación que se propone dar por satisfecha al aceptar el bien gravado.

158. El régimen debería disponer que el acreedor garantizado podrá hacerse cargo del bien gravado, de conformidad con lo previsto en la recomendación 156, a menos que reciba de una persona a la que, en virtud de la recomendación 157, haya de enviarse una propuesta, una objeción por escrito a dicha propuesta dentro de [un breve plazo que se especificará] días a partir de la fecha de envío de la propuesta. En caso de una propuesta de aceptación del bien gravado como satisfacción parcial de la obligación garantizada, será necesario el consentimiento afirmativo por parte de cada destinatario de la propuesta.

159. El régimen debería disponer que el otorgante podrá formular una propuesta como la mencionada en la recomendación 156 y, si el acreedor garantizado la acepta, el acreedor garantizado deberá proceder conforme a lo dispuesto en las recomendaciones 157 y 158.

Derechos adquiridos mediante enajenación judicial

160. En el régimen debería preverse que, si un acreedor garantizado enajena un bien gravado mediante un procedimiento judicial u otro procedimiento oficial, los derechos adquiridos por el cesionario deberán determinarse conforme a las normas generales del Estado que regulen los procedimientos de ejecución.

Derechos adquiridos mediante enajenación extrajudicial

161. El régimen debería prever que si un acreedor garantizado vende o enajena de otra manera un bien gravado sin recurrir a un tribunal ni a otra autoridad, de conformidad con el régimen, una persona que adquiera el derecho del otorgante sobre el bien estará sujeta a los derechos que tengan mayor grado de prelación sobre la garantía real del acreedor garantizado ejecutante, pero estará libre de los derechos del acreedor garantizado ejecutante y de los de otra parte reclamante concurrente cuyo grado de prelación sea inferior al del acreedor garantizado ejecutante. La misma norma se aplicará a los derechos sobre un bien gravado adquirido por un acreedor garantizado que haya recibido el bien gravado como pago total o parcial de la obligación garantizada.

162. El régimen debería disponer que, si un acreedor garantizado arrienda o concede una licencia sobre un bien gravado sin recurrir a un tribunal ni a ninguna otra autoridad, de conformidad con el presente régimen, el arrendatario o el licenciataria adquirirán el beneficio del arriendo o de la licencia durante el período correspondiente, a reserva de los derechos que tuvieren prelación sobre la garantía real del acreedor garantizado ejecutante.

163. El régimen debería disponer que si el acreedor garantizado vende o enajena de otro modo el bien gravado, o si lo arrienda o concede una licencia sobre él de manera no conforme a las recomendaciones del presente capítulo, todo adquirente, arrendatario o licenciataria del bien gravado que actúe de buena fe adquirirá los derechos o beneficios descritos en las recomendaciones 161 y 162.

Concurrencia de regímenes de ejecución relacionados con bienes muebles y bienes inmuebles

164. El régimen debería prever lo siguiente:

a) El acreedor garantizado podrá optar por ejecutar una garantía real sobre un bien incorporado a un bien inmueble con arreglo a las recomendaciones del presente capítulo o de conformidad con el régimen que regule la ejecución de gravámenes sobre bienes inmuebles; y

b) Si una obligación frente a un acreedor garantizado está respaldada tanto por un bien mueble como por un bien inmueble del otorgante, el acreedor garantizado podrá ejecutar:

- i) La garantía real sobre el bien mueble conforme a las disposiciones pertinentes del presente régimen y el gravamen sobre el bien inmueble conforme al régimen que regule la ejecución de gravámenes sobre bienes inmuebles; o
- ii) Ambas garantías reales conforme al régimen que regule la ejecución de gravámenes sobre bienes inmuebles.

Ejecución de una garantía real sobre bienes incorporados a bienes inmuebles

165. El régimen debería disponer que un acreedor garantizado que tenga una garantía real sobre un bien incorporado a un bien inmueble sólo tendrá derecho a ejecutar su garantía real si goza de prelación respecto de los derechos concurrentes sobre el bien inmueble. En caso de tal tipo de ejecución, un acreedor que tenga un derecho concurrente sobre un bien inmueble con un grado inferior de prelación tendrá derecho a liquidar la obligación respaldada por una garantía real del acreedor garantizado ejecutante sobre el bien incorporado. El acreedor garantizado ejecutante será responsable de los daños sufridos al bien inmueble al separar de él el bien

incorporado, pero no de ninguna pérdida de valor que se deba únicamente a la ausencia del bien incorporado.

166. El régimen debería disponer que un acreedor garantizado que tenga una garantía real sobre un bien incorporado a un bien mueble tendrá derecho a ejecutar su garantía real sobre el bien incorporado. El acreedor que goce de un grado de prelación más alto tendrá derecho a hacerse cargo del proceso de ejecución, de conformidad con lo previsto en la recomendación 145. El acreedor que tenga un grado de prelación inferior tendrá derecho a liquidar la obligación respaldada por la garantía real del acreedor garantizado ejecutante sobre el bien incorporado. El acreedor garantizado ejecutante será responsable de los daños sufridos al bien mueble al separar de él el bien incorporado, pero no de la pérdida de valor que se deba únicamente a la ausencia del bien incorporado.

2. Recomendaciones específicamente relacionadas con los bienes

Aplicación del capítulo relativo a la ejecución a la transferencia absoluta de un crédito por cobrar

167. El régimen debería disponer que las recomendaciones del presente capítulo no serán aplicables al cobro o a otro tipo de ejecución de un crédito por cobrar transferido mediante una cesión pura y simple, exceptuando:

- a) Las recomendaciones 131 y 132, en el caso de una transferencia pura y simple con recurso; y
- b) Las recomendaciones 168 y 169.

Ejecución de una garantía real sobre un crédito por cobrar

168. El régimen debería disponer que, en el caso de un crédito por cobrar transferido mediante una cesión pura y simple, a reserva de las recomendaciones 117 a 123 (capítulo VII, relativo a los derechos y obligaciones de terceros deudores), el cesionario tendrá el derecho a cobrar o a hacer ejecutar de algún otro modo el crédito. En el caso de un crédito por cobrar, transferido por otro medio distinto de una cesión pura y simple, el cesionario, a reserva de las recomendaciones 117 a 123, tendrá el derecho a cobrar o a hacer cumplir de otro modo el crédito después del incumplimiento, o antes del incumplimiento con el acuerdo del cedente.

169. El régimen debería prever que el derecho del cesionario a cobrar o a hacer ejecutar de otro modo el pago de un crédito exigible incluye el derecho a cobrar o, si no, a hacer ejecutar cualquier derecho personal o real que respalde el pago del crédito.

Ejecución de una garantía real sobre un título negociable

170. En el régimen debería preverse que, después de incurrirse en incumplimiento, o antes de él y con el acuerdo del otorgante, el acreedor garantizado tendrá derecho, a reserva de lo dispuesto en la recomendación 124 (capítulo VII, relativo a los derechos y obligaciones de terceros deudores), a cobrar o a hacer valer de algún otro modo un título negociable que sea un bien gravado frente a una persona que se halle obligada por ese título.

171. El régimen debería disponer que el derecho del acreedor garantizado a cobrar o a hacer valer de algún otro modo un título negociable incluye el derecho a cobrar o a hacer ejecutar de algún otro modo cualquier derecho personal o real que respalde el pago del título negociable.

Distribución del producto de la enajenación cuando el bien gravado sea un crédito por cobrar, un instrumento negociable u otra reclamación

172. El régimen debería disponer que, cuando se trate del cobro u otro tipo de ejecución de un crédito por cobrar o de un instrumento negociable o de la ejecución de una reclamación, el acreedor garantizado ejecutante deberá aplicar el producto neto de su ejecución (tras deducir los

costos de ejecución) a la obligación garantizada. El acreedor garantizado ejecutante deberá pagar todo excedente a los demandantes concurrentes subordinados que, antes de cualquier distribución del excedente, hayan notificado de la reclamación del reclamante concurrente subordinado al acreedor garantizado ejecutante el importe que corresponda a cada reclamación. En caso de que quede algún saldo, éste se deberá remitir al otorgante.

Ejecución de una garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria

173. En el régimen debería preverse que, después de incurrirse en incumplimiento, o antes de él y con el consentimiento del otorgante, el acreedor garantizado que disponga de una garantía real sobre el derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria, a reserva de lo dispuesto en las recomendaciones 125 y 126 (capítulo VII, relativo a los derechos y obligaciones de terceros deudores), tendrá derecho a cobrar o a hacer valer de algún otro modo su derecho al cobro de los fondos.

174. En el régimen debería preverse que el acreedor garantizado que tenga el control tendrá el derecho, a reserva de las recomendaciones 125 y 126 (capítulo VII, relativo a los derechos y obligaciones de terceros deudores), a ejecutar su garantía real sin tener que recurrir a un tribunal ni a ninguna otra autoridad.

175. El régimen debería disponer que el acreedor garantizado que no tenga el control tendrá derecho, a reserva de las recomendaciones 125 y 126 (capítulo VII, relativo a los derechos y obligaciones de terceros deudores), a cobrar o a ejecutar de algún otro modo la garantía real sobre el derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria frente al banco depositario únicamente en virtud de un mandamiento judicial, a menos que el banco depositario convenga en un procedimiento de otra índole.

Ejecución de una garantía real sobre el derecho a percibir el producto de una promesa independiente

176. El régimen debería disponer que, después de incurrir en incumplimiento, o antes de él y con el acuerdo del otorgante, el acreedor garantizado que tenga una garantía real sobre el derecho a percibir el producto de una promesa independiente tendrá el derecho, a reserva de las recomendaciones 127 a 129 (capítulo VII, relativo a los derechos y obligaciones de terceros deudores), a cobrar o a hacer valer de otro modo su derecho a percibir el producto de la promesa independiente.

Ejecución de una garantía real sobre un documento negociable o sobre un bien corporal abarcado por un documento negociable

177. En el régimen debería preverse que, al producirse un incumplimiento, o antes de él y con el consentimiento del otorgante, el acreedor garantizado tendrá derecho, a reserva de lo dispuesto en la recomendación 130 (capítulo VII, relativo a los derechos y obligaciones de terceros deudores), a ejecutar una garantía real sobre un documento negociable o sobre un bien corporal abarcado por el documento negociable.

IX. Financiación de adquisiciones

A. Observaciones generales

1. Introducción

1. La compra y venta de bienes corporales es una actividad fundamental de una economía comercial moderna. Prácticamente todas las empresas adquieren o venden este tipo de bienes en uno u otro momento. Para algunas, la adquisición de materias primas y su manufactura y venta ulteriores, o la compra de existencias al por mayor para su distribución a minoristas o para la venta al detalle, son actividades centrales. Para otras no, pero pueden resultar igualmente importantes en la medida en que, por ejemplo, la empresa requiera inversiones en bienes de equipo que pueda ser necesario aumentar, actualizar o sustituir periódicamente.

2. No obstante, la adquisición de bienes corporales no es una actividad limitada a las empresas. También los consumidores adquieren constantemente bienes corporales que abarcan desde artículos de consumo de bajo costo, pasando por bienes no perecederos como muebles, aparatos electrónicos o artículos y muebles de cocina, hasta bienes de alto valor, como automóviles y vehículos de esparcimiento.

3. Si bien, en muchos casos, empresas y consumidores adquieren estos bienes pagando en efectivo, en muchos otros, lo hacen a crédito. Siempre que una empresa compra bienes corporales a crédito y éstos fungen como garantía, la transacción es una forma de operación garantizada, que la *Guía* denomina “operación de financiación de adquisiciones”. El derecho que el vendedor o financiador retiene o adquiere en los bienes adquiridos se puede llamar, según su naturaleza particular, garantía real para financiar adquisiciones, derecho a la retención de la titularidad o garantía de arrendamiento financiero.

4. Las operaciones de financiación de adquisiciones no sólo se cuentan entre las fuentes más importantes de crédito para un gran número de compradores de bienes corporales, sino que también resultan decisivas para muchos vendedores. Por ejemplo, en muchos Estados la venta de automóviles suele incluir una operación de este tipo. Si bien los compradores rara vez conciertan operaciones de esta índole para otras adquisiciones, el hecho de que tales operaciones se encuentren a su disposición es fundamental para los vendedores de automóviles. En muchos aspectos, esas operaciones son idénticas a las operaciones garantizadas corrientes analizadas en capítulos anteriores de la *Guía*. Sin embargo, en otros aspectos presentan características particulares que han inducido a los Estados a establecer reglas especiales en varias situaciones. En el presente capítulo se examinan las formas en que los Estados pueden llegar a establecer un régimen eficiente y eficaz que regule todos los tipos de operaciones de financiación de las adquisiciones.

5. Concretamente, en el presente capítulo se examinan, en la sección A.2, los términos utilizados en la *Guía* en vista de la diversidad de modalidades de la financiación de adquisiciones. Con objeto de aclarar en mayor medida el contenido de las operaciones de financiación de adquisiciones, en la sección A.3 se analiza su contexto comercial, y en la sección A.4 se examinan los diversos enfoques de la financiación de adquisiciones seguidos

en diferentes ordenamientos jurídicos. En la sección A.5 se exponen las opciones normativas básicas planteadas a los Estados que promulgan leyes para regular los diversos tipos de operaciones de financiación de la adquisición. En las demás secciones del capítulo se examina la forma en que diversos componentes del régimen de operaciones garantizadas estudiados en otros capítulos de la *Guía* se aplican en el caso concreto de la financiación de la adquisición. La sección A.6 versa sobre la constitución de mecanismos de esa índole (su validez entre las partes), la sección A.7, sobre la oponibilidad de esos mecanismos a terceros, la sección A.8, sobre el orden de prelación de los derechos entre reclamantes concurrentes, la sección A.9, sobre los derechos y obligaciones de las partes con anterioridad al incumplimiento, la sección A.10, sobre los derechos de las partes con posterioridad al incumplimiento, la sección A.11, sobre el conflicto de leyes, la sección A.12, sobre las cuestiones relativas a la transición, y la sección A.13, sobre las cuestiones atinentes al tratamiento de las operaciones de financiación de la adquisición en caso de insolvencia. El capítulo finaliza en la sección B con una serie de recomendaciones concretas.

2. Terminología y diversas modalidades de la financiación de adquisiciones

6. En vista del número y diversidad de operaciones de financiación de adquisiciones, es importante indicar claramente la forma en que la *Guía* utiliza este y varios otros términos. En varios casos estos otros términos coinciden con los utilizados actualmente en muchos Estados. La *Guía* refleja la opción deliberada de no acuñar en el presente capítulo términos nuevos, y por ende, desconocidos (con excepción de la expresión “financiación de adquisiciones”). En todo caso, el significado de los términos utilizados aquí es el que figura la sección de la *Guía* (véase Introducción, sección B, Terminología e interpretación) que versa sobre terminología, y esos significados pueden diferir de los significados que se asigne a los mismos términos en un determinado Estado.

7. En este capítulo la *Guía* utiliza el concepto genérico de “financiación de adquisiciones” con el fin de abarcar toda la gama de operaciones que pueden desplegarse para permitir a los compradores adquirir bienes corporales a crédito. Existe una operación de financiación de adquisiciones siempre que una persona (por ejemplo, un vendedor o prestamista) pueda invocar un derecho de propiedad sobre bienes corporales para garantizar la obligación de otra persona de pagar toda parte no abonada del precio de compra (o su equivalente económico). Una operación en virtud de la cual el vendedor conserva la propiedad (o el título) sobre los bienes vendidos es asimismo una operación de financiación de la adquisición. Por tanto, las características básicas de la operación de financiación de adquisiciones son tres: *a*) el crédito se utiliza con la finalidad expresa de permitir al comprador o al arrendatario adquirir un bien corporal; *b*) los derechos reclamados o conservados se relacionan directamente con el bien adquirido, y *c*) los derechos reclamados emanan de un contrato.

8. Como se señala en la Sección C del capítulo I de la *Guía*, los Estados han ideado una amplia diversidad de mecanismos jurídicos mediante los cuales quienes conceden créditos pueden asegurarse de que su deudor cumplirá la obligación contraída. Aunque sólo algunos de esos mecanismos se conocen tradicionalmente como garantías reales, todos cumplen la función económica de garantizar la obligación de reembolso.

9. Los acreedores que financian la adquisición por un comprador de bienes corporales suelen disponer de una diversidad similar, si no mayor, de mecanismos jurídicos. Por ejemplo, un vendedor que retiene la propiedad del bien vendido hasta que el comprador

no haya pagado la totalidad del precio (un vendedor que retiene la titularidad) está otorgando un crédito al comprador y, por lo tanto, financiando la adquisición de ese bien por el comprador. La retención de la titularidad es sólo uno de los tantos mecanismos de que disponen los vendedores. El vendedor puede también traspasar la titularidad al comprador con la condición de que la titularidad de que goza el comprador se extinguirá retroactivamente si éste no paga el precio de compra acordado (se dice que esa venta se efectúa bajo una “condición resolutoria”); o el vendedor puede transferir la titularidad al comprador pero obtener una garantía real sobre el bien vendido.

10. Los vendedores representan sólo una de las categorías de financiadores que pueden ofrecer crédito para permitir que una persona adquiera un bien corporal. Los prestamistas también pueden hacerlo. En tales casos, el prestamista generalmente obtendrá una garantía real sobre el bien objeto de la compra, aunque el prestamista también podría adquirir el bien para revénderselo al comprador en virtud de un acuerdo de retención de la titularidad u obtener la cesión de su garantía del pago junto con el derecho de retención de la titularidad. Dado que tanto vendedores como prestamistas pueden ofrecer crédito a los compradores, es posible que más de una persona invoque derechos respecto del mismo bien en virtud de las correspondientes operaciones de adquisición.

11. Otra forma de operación de financiación de adquisiciones puede incluso no incluir contrato de venta alguno. El arrendador que arrienda un bien al arrendatario en condiciones equivalentes a las de una venta a crédito está igualmente ofreciendo financiación que permite a este último adquirir y utilizar el bien corporal como si tuviera la propiedad del mismo, aun cuando la titularidad nunca pase del arrendador al arrendatario. Como en el caso de los vendedores, hay diferentes posibilidades para que los arrendadores estructuren el acuerdo a fin de que el arrendatario pueda adquirir el equivalente económico de un derecho de propiedad en el bien arrendado. La *Guía* en estos casos llama el derecho del arrendador “garantía de arrendamiento financiero” (véase Introducción, sección B, Terminología e interpretación).

12. Por último, el prestamista que concede un crédito al arrendatario con el fin de abonar los pagos del arrendamiento adeudados puede, según las condiciones del crédito, tener derecho a reclamar una garantía real de adquisición en el bien arrendado. Si el crédito permite efectivamente al arrendatario celebrar el acuerdo de arrendamiento financiero con el arrendador, el prestamista está financiando la utilización (y la adquisición teórica) de ese bien por parte del arrendatario.

3. Contexto comercial

a) Observaciones generales

13. En la sección A.2 del presente capítulo figuran resumidas una serie de distintas modalidades de que dispone un comprador para financiar la adquisición de bienes corporales como bienes de equipo y existencias (ya sean materias primas o productos acabados). En la presente sección se examina más en detalle el contexto comercial de esas diversas operaciones y su actual funcionamiento en diferentes Estados. Dicho análisis tiene por objeto ilustrar la amplia gama de operaciones, en la que participa una gama igualmente amplia de proveedores de crédito que se están empleando para financiar la adquisición de bienes corporales, así como mostrar la manera en que muchas operaciones cumplen esa finalidad aunque no se las denomine con ese nombre. Se propone asimismo mostrar que entre los diversos Estados que utilizan estas diferentes operaciones existe una

gran variedad en cuanto a su alcance y efecto. Por último, al abordar sucintamente las ventajas y desventajas de cada uno de estos tipos tradicionales de operaciones, se procura dar un contexto y una justificación al enfoque particular de la financiación de la adquisición recomendado en la *Guía*.

b) *Financiación garantizada y no garantizada*

14. Al examinar la compra y venta de bienes corporales en un entorno comercial es preciso hacer una distinción inicial entre ventas en efectivo y ventas a crédito. A veces, el comprador dispone de liquidez suficiente para adquirir los bienes que necesita en efectivo. Por lo general, sin embargo, las empresas comerciales adquieren a crédito una parte considerable de sus bienes de equipo y existencias.

15. Cuando los bienes corporales se adquieren a crédito, el comprador suele obtener el préstamo sin ofrecer garantía. Esto sucede generalmente en una de las dos formas siguientes. En primer lugar, el comprador puede obtener en préstamo de un tercero sin garantía un monto igual al precio de venta. Por ejemplo, aunque la operación de venta sea en sí una operación en efectivo, puede ser financiada mediante una línea general de crédito otorgada por el prestamista primario de la empresa. Si bien se trata de un método sencillo, la calificación o reputación crediticia del comprador podría dificultar la obtención o hacer su costo prohibitivo.

16. Otra posibilidad es que el comprador acuerde con el vendedor la adquisición del bien a crédito en condiciones que le permitan efectuar el pago una vez concluida la venta. En este caso, el vendedor traspasa la posesión y propiedad del bien al comprador y percibe el precio de compra posteriormente, de una vez o en cuotas. Este mecanismo no difiere realmente de la financiación por terceros, salvo que el riesgo de incumplimiento lo asume el vendedor y no el tercero que financia el crédito. Sin embargo, muchos vendedores no pueden o no están dispuestos a asumir ese tipo de riesgo sin garantía.

17. En consecuencia, por razones de orden práctico, frecuentemente los compradores no pueden obtener financiación de adquisiciones no garantizada, y por ende, deben otorgar alguna forma de garantía para poder adquirir bienes corporales a crédito. Los bienes que fungan como garantía bien podrían ser otros bienes del comprador distintos de los bienes que se adquieren. Por ejemplo, una empresa puede ofrecer como garantía su fábrica o almacén a fin de garantizar el pago de un préstamo destinado a adquirir equipos y existencias. Sin embargo, generalmente el activo más evidente sobre el que se puede constituir la garantía, y frecuentemente el único de que dispone el comprador, es el bien que se adquiere.

18. La garantía de un crédito destinada a la adquisición de bienes se puede originar de varias formas. En algunos Estados, los vendedores gozan por ley de derechos especiales que les permiten anular la venta y recuperar el bien si el comprador no abona el precio de compra dentro de un plazo determinado después de la entrega. Otros Estados otorgan por ley a los vendedores una prelación o preferencia automática en la distribución del producto de la venta judicial de los bienes que hayan entregado. No obstante, con frecuencia la garantía que invoca el financiador de la adquisición no dimana de la ley, sino que es el resultado de un acuerdo entre, por un lado, el vendedor o prestamista, y por otro lado el comprador.

19. En la práctica comercial, en general la financiación de las adquisiciones corresponde al tipo que acaba de describirse. Como se ha señalado (véanse los párrafos 8 a 12 *supra*), estas operaciones pueden revestir muchas formas e involucrar a diferentes proveedores

de crédito. Por ejemplo, el comprador puede otorgar formalmente una garantía real sobre el bien a una tercera parte financiadora o al vendedor; o bien el comprador y el vendedor pueden acordar algún otro mecanismo jurídico, que aunque no adopte la forma de una garantía real sea su equivalente económico. Dos de esos otros mecanismos que utilizan la propiedad del bien como garantía de pago han desempeñado tradicionalmente una función central en la financiación de la adquisición: *a)* la retención por el vendedor de la titularidad del bien hasta que se haya pagado el precio de compra, y *b)* una operación estructurada en forma de un arrendamiento y así denominada. Ambos se abordan más adelante, antes del examen de los mecanismos modernos de financiación de las adquisiciones disponibles para vendedores y prestamistas.

c) Retención de la titularidad y operaciones similares

20. Tal vez un vendedor de bienes de equipo y existencias para satisfacer la necesidad de crédito de su cliente desee entregarle los bienes en virtud de un acuerdo por el que la propiedad de éstos sólo se transfiere al comprador una vez pagado íntegramente el precio de compra. En muchos casos el acuerdo se celebra entre el vendedor y el comprador sin intervención de ningún intermediario. A veces, no obstante, el vendedor puede vender los bienes en efectivo a un banco u otra institución financiera que, a su vez, los vende luego al comprador en virtud de un acuerdo que prevé la reserva de la propiedad hasta el pago íntegro del precio de compra.

21. Hay diversos tipos de acuerdo mediante los cuales los compradores pueden reservarse la propiedad de los bienes vendidos hasta que se complete el pago. El mecanismo de retención de la titularidad es muy común. En esta transacción el derecho del comprador a obtener la titularidad está supeditado a que abone la totalidad del precio de compra. Hasta entonces, el vendedor no está obligado a transferir al comprador la titularidad del bien adquirido, aunque el comprador suele adquirir la posesión inmediata del bien, así como el derecho de uso.

22. Los arreglos de retención de la titularidad se denominan a veces “ventas condicionales”. En general, sin embargo, esto es inexacto. En la mayoría de los casos la venta en sí no es condicional (o sea, que el acuerdo de venta en sí no depende de un hecho futuro e incierto ajeno a la venta). Sólo es condicional, en cambio, el traspaso de la propiedad al comprador. El vendedor se reserva la propiedad del bien hasta que el comprador haya abonado íntegramente el precio de compra y cumplido las demás condiciones estipuladas en el acuerdo de venta.

23. Además de los arreglos de retención de la titularidad, existen otras numerosas transacciones que permiten al vendedor utilizar la propiedad del bien como garantía del pago del precio de compra de éste. Por ejemplo, puede ocurrir que esta retención se estructure como venta con un plazo, en la que la transferencia sólo se produce al expirar el plazo estipulado. En otras operaciones, la posesión del bien se traspasa al comprador en virtud de una “promesa de venta” o una “opción de compra”. Algunos Estados procuran regular este tipo de transacciones estipulando que la promesa de venta acompañada de entrega equivale a una venta. Algunas veces, el vendedor traspasa la propiedad al comprador en el momento de la venta, con la condición de que la titularidad del comprador se extinguirá retroactivamente si no paga el precio de compra según las condiciones estipuladas.

24. En cada uno de esos casos, la característica fundamental es que el acuerdo del vendedor de aplazar el pago completo (es decir, de ofrecer crédito) queda protegido ya sea retrasando la transferencia de la titularidad del bien al comprador o, menos comúnmente,

transfiriendo al comprador la titularidad pero reservándose el derecho a recuperarla en caso de que el comprador no pague. En ambos casos la idea es que el comprador no adquiere irrevocablemente la propiedad del bien vendido hasta que no se haya pagado la totalidad del precio de compra.

25. Otra forma de operación utilizada para cumplir la misma función económica es la “consignación”. La estructura típica de la consignación es la siguiente. El consignador (vendedor teórico) retiene la propiedad de los bienes (por lo general, existencias destinadas a la reventa), pero traspassa la posesión al consignatario, que queda autorizado a venderlos a un tercero. En este acuerdo de venta, el consignatario tiene la obligación de pagar al consignador un monto convenido. En el caso de una consignación genuina, el consignatario no tiene una obligación absoluta de adquirir los bienes consignados ni de pagar el precio convenido, sino que debe o bien pagar el precio convenido o bien devolver los bienes al consignador (derecho que no tiene un comprador genuino). De ahí que sea indispensable examinar la naturaleza de la obligación del consignatario: si el consignatario está obligado a pagar el precio en todos los casos, pero con el pago diferido hasta que haya vendido los bienes, y el consignador retiene la propiedad de éstos en calidad de garantía (como en una operación de retención de la titularidad), la transacción pertenece a la categoría de las operaciones de financiación de adquisiciones analizada en el presente capítulo. Por otra parte, la transacción será considerada una operación de financiación de adquisiciones incluso si la propiedad de los bienes consignados nunca se transfiere formalmente al consignatario, sino que es transferida directamente del consignador al tercero que los adquirió del consignatario.

26. El caso más común de los arreglos mencionados en el que el vendedor utiliza la titularidad sobre los bienes objeto de venta como un medio para asegurar el pago del precio de compra es el de la operación de retención de la titularidad. En algunos Estados, la operación básica puede modificarse mediante diferentes tipos de cláusulas que aumentan considerablemente su utilidad como mecanismo de financiación de adquisiciones. Así, por ejemplo, se puede permitir a las partes que acuerden una cláusula de “todas las sumas adeudadas” o de “cuenta corriente”. Con arreglo a esta cláusula, el vendedor retiene la propiedad del bien hasta que el comprador haya saldado todas las deudas contraídas con él (y no sólo las derivadas del contrato de venta de que se trate). Ello significa que el vendedor puede hacer valer los derechos retenidos de propiedad sobre el bien contra todo otro posible reclamante hasta que el precio de todos los demás bienes que haya vendido al comprador se le haya pagado íntegramente.

27. Además, en algunos Estados se permite a las partes que agreguen cláusulas sobre el “producto”, en virtud de las cuales la propiedad del vendedor se extiende a la totalidad de los productos fabricados a partir de los bienes cuya propiedad retiene o sobre los que se considera que tiene una garantía real. Igualmente, algunos Estados permiten acordar cláusulas sobre el “producto” de la enajenación, en virtud de las cuales los vendedores pueden reclamar la propiedad o una garantía real sobre el producto, como efectos a cobrar, generado por la venta de los bienes cuya propiedad han retenido, aunque ello es poco frecuente (para el tratamiento del producto en el caso de las garantías reales ordinarias, véanse el capítulo II, sobre la creación de una garantía real, párrafos 72 a 85, así como las recomendaciones 19 y 20). Sin embargo, en la mayoría de los Estados que permiten cláusulas de producto, el derecho del vendedor sobre el producto no es un derecho de propiedad, sino una garantía real ordinaria que no es objeto de prelación especial alguna.

28. Si bien hay grandes divergencias en cuanto al alcance de las modificaciones que los Estados permiten introducir a la operación básica de retención de la titularidad, muchos

han adoptado una posición tradicional. En ellos, el régimen jurídico aplicable restringe estrictamente el alcance de la propiedad retenida por el vendedor. Generalmente, ese derecho puede invocarse: *a)* sólo respecto de los bienes vendidos y no así en cualquier efecto a cobrar u otro producto de la enajenación o sustitución de los bienes; *b)* únicamente mientras el bien corporal conserve su identidad original, no modificada mediante un proceso de manufactura, y *c)* únicamente para garantizar su precio de venta y no así cualquier otra suma adeudada por el comprador al vendedor.

29. Dado el carácter fundamental de los mecanismos de retención de la titularidad en muchos Estados (pese a que en muchos Estados de derecho anglosajón se utiliza el concepto “venta condicional” a los efectos de describir tales mecanismos), en el presente capítulo la expresión “garantía a la retención de la titularidad” se aplicará en forma genérica a la garantía de un proveedor en virtud de todos los tipos de operaciones de venta en que el comprador no adquiere irrevocablemente la propiedad del bien hasta que el precio de compra haya sido pagado en su totalidad.

d) Arrendamientos, ventas a plazos y arrendamientos financieros

30. Un proveedor puede recurrir también al arrendamiento para que su cliente pueda usufructuar el bien sin tener que pagar inmediatamente su precio de compra. Como sucede con las operaciones de venta, se puede utilizar una variedad de operaciones de arrendamiento como mecanismos de financiación de la adquisición. En muchos casos, el proveedor de bienes de equipo puede sólo arrendar un componente a una empresa, que toma posesión de él y efectúa pagos de alquiler mensuales. Conforme a este arreglo, el proveedor retiene la propiedad del equipo en su calidad de arrendador y el arrendatario se limita a pagar el alquiler en el momento indicado. Si bien es concebible que el acuerdo verse sobre materias primas u otras existencias, por lo general las partes recurren a este tipo de operaciones para que las empresas puedan tener el usufructo del equipo, como por ejemplo, maquinaria, vehículos, computadoras, fotocopiadoras, estanterías y mobiliario de oficina.

31. En muchos casos, el acuerdo de arrendamiento está estructurado para lograr el equivalente funcional de una venta con retención de la titularidad. Por ejemplo, su duración puede ser por la vida útil del equipo, con lo cual, expirado el contrato, el arrendatario habrá disfrutado de un beneficio equivalente al de haber sido su propietario, independientemente de que la titularidad vuelva al arrendador o de que tenga la obligación de comprar el equipo al final del contrato. Otra posibilidad es que el período de arrendamiento sea inferior a la vida útil del equipo pero que, a su término, el arrendatario tenga la opción de comprarlo por un precio nominal o de prorrogar el arrendamiento por el resto de dicha vida útil. En algunos Estados, este tipo de arreglo sólo se admite si el arrendatario no tiene la obligación o ni siquiera el derecho de adquirir el bien. En estos Estados, lo que distingue el arrendamiento de la venta con retención de la titularidad es que la propiedad nunca se transfiere. Sin embargo, la existencia o no de un ulterior derecho a obtener la titularidad no tiene que ver con que la transacción se califique de operación de adquisición de financiación. Toda vez que se considere a la operación como un contrato de arrendamiento, lo que verdaderamente determina su calificación de operación de financiación de adquisiciones es que el arrendatario adquiera el usufructo del bien al menos por la mayor parte de su vida útil a cambio de pagos de alquiler teóricos que representen el equivalente económico de su precio de haber sido objeto de una venta a plazos.

32. En varios Estados se logra un resultado similar a una venta con retención de la titularidad mediante arreglos llamados “operaciones de venta a plazos con opción de compra”.

Claro que no todos utilizan la expresión para el mismo tipo de arreglo. En algunos Estados, el acuerdo correspondiente se inicia cuando el arrendatario (arrendatario-comprador) elige el equipo que le ofrece el proveedor (arrendador-vendedor). El arrendatario solicita entonces a una empresa arrendadora (por lo general una institución financiera o una filial) que adquiera en efectivo el equipo al proveedor para luego entregárselo en arrendamiento al arrendatario (arrendatario-comprador). Como ocurre con el arrendamiento financiero usual, muy a menudo el plazo del arrendamiento abarca la vida útil del equipo y, al final del período acordado, el arrendatario adquiere automáticamente la propiedad o tiene la opción de comprarlo por una suma nominal. En otros Estados, la expresión se aplica a las operaciones mediante las cuales la empresa arrienda el bien directamente del fabricante y adquiere automáticamente ya sea su propiedad o tiene la opción de adquirirlo al término del período de arrendamiento. Para los fines de esta *Guía*, la expresión se aplica a toda operación que se inicie como arreglo de arrendamiento, pero que prevea la posibilidad de que el arrendatario adquiera la titularidad al cabo del período correspondiente.

33. Otra operación de financiación de adquisiciones que reviste la forma de un arrendamiento es lo que muchos Estados llaman “arrendamiento financiero”. En esos Estados, los arrendamientos financieros reciben ventajas fiscales especiales cuyo efecto económico es reducir el costo para el arrendatario. Sea el acuerdo entre dos partes, el arrendador y el arrendatario, o tripartito, con la participación de un tercero financiador que adquiere el bien para luego arrendárselo al arrendatario, la operación adopta la forma de un arrendamiento. En cada caso, y sea cual fuere la modalidad de la transacción, la realidad económica es que el arrendatario paga a plazos el precio de compra teórico del bien, mientras que el arrendador sigue siendo el propietario hasta que se efectúa el pago completo. Cabe señalar, empero, que los efectos económicos de las transacciones de este tipo como mecanismos de financiación de la adquisición no necesariamente están relacionados con la caracterización que pueda tener el arrendamiento financiero a efectos de la fiscalidad. En consecuencia, la operación puede ser un arrendamiento financiero para garantizar la operación aunque no lo sea a efectos fiscales o viceversa (véase Introducción, párrafos 26 y 27).

34. Los Estados que utilizan en general operaciones en la forma de arrendamientos como mecanismos de financiación además de emplear términos diferentes para denominarlas les atribuyen diferentes efectos. En algunos, el arrendatario puede vender el bien arrendado, mientras que el comprador de buena fe tiene la posibilidad de hacer valer su derecho de propiedad del bien contra el arrendador. En pocos de ellos, sin embargo, el arrendador puede reclamar su derecho sobre el producto de la venta. En otros Estados, el arrendador tiene siempre la posibilidad de reclamar su derecho contra toda persona que alegue haber adquirido el bien del arrendatario. Asimismo en algunos, en cambio, un arrendador puede reclamar el bien sin que medie una orden judicial en caso de incumplimiento del arrendatario. En otros, el arrendador debe solicitar la rescisión formal del contrato y reclamar la posesión por la vía judicial. Por último, en ciertos Estados estas operaciones se rigen estrictamente por normas obligatorias, mientras que en otros, los arreglos de arrendamiento se adaptan a las necesidades particulares de efectivo del arrendatario, al régimen tributario nacional y otras necesidades de una u otra parte.

35. El análisis precedente refleja la gran diversidad de estas operaciones de arrendamiento. Según la naturaleza de los bienes de que se trate, los períodos de arrendamiento pueden abarcar de unos pocos meses a varios años y los bienes arrendados pueden ser bienes de equipo de un gran valor, como las aeronaves, o de un valor reducido, como las computadoras. En todos los casos, no obstante, y sea cual fuere la definición de arrendamiento

financiero con fines fiscales o contables en cualquier Estado, a efectos del presente capítulo la expresión “garantía de arrendamiento financiero” se aplica genéricamente a todas las operaciones que revistan la forma de un arrendamiento, incluso si, conforme a la realidad económica, se trata de una venta con retención de la titularidad (es decir, si el arrendatario disfruta del equivalente funcional de la propiedad durante el período del arrendamiento, independientemente de que se le traspase formalmente la titularidad sobre el bien).

e) *Garantías reales y otras garantías privilegiadas del vendedor*

36. En numerosos Estados existen varios otros mecanismos jurídicos para garantizar el cumplimiento de las obligaciones de pago del comprador. En algunos casos, los derechos del vendedor previstos en tales mecanismos están establecidos por ley. Estos derechos legales suelen presuponer que la propiedad del bien ha sido transferida al comprador. Por ejemplo, se puede otorgar al vendedor de bienes corporales una “prelación” de jerarquía superior o “derecho preferente” (que a menudo se denomina privilegio del vendedor) sobre el producto de la venta judicial o de otro tipo en el marco de la liquidación de tales bienes. Sentencia contra el comprador mediante, el vendedor podrá invocar la prelación legal independientemente de que la liquidación sea resultado de su intervención, la de un acreedor judicial o la de otro acreedor garantizado. Tal derecho preferente suele tener una prelación superior incluso a la de los acreedores garantizados que han adquirido sus derechos en virtud de un acuerdo.

37. En algunos Estados, el vendedor tiene también el derecho a negarse a entregar los bienes al comprador que no esté dispuesto a pagar el precio en el momento de la entrega. Ese derecho a denegar la entrega suele comprender el derecho de interrumpir el transporte de los bienes, que también se denomina “derecho de detención en tránsito”. Ocasionalmente, tal derecho se extiende como derecho de reclamación por un período breve (por ejemplo, 30 días) tras la entrega. Sin embargo, ninguno de los derechos legales a los que se hace referencia en el presente párrafo y en el anterior es particularmente eficaz como medio de financiar la adquisición de los bienes, ya que ninguno prevé que los bienes deban conservar su identidad original.

38. Además de estos derechos legales emanados conforme al contrato de venta, los vendedores tradicionalmente pueden prevalerse de una garantía real ordinaria sobre los bienes que han vendido. En muchos Estados, empero, éste no era un recurso eficaz dada la ausencia de un mecanismo de garantía real sin desplazamiento. Por ejemplo, el vendedor que haya transferido la propiedad del bien al comprador tendrá que mantener o recuperar la posesión del bien como prenda. Otros Estados, en cambio, desde hace tiempo permiten a los compradores constituir garantías reales sin desplazamiento, a menudo bajo la forma de “prenda”. Más recientemente, algunos Estados que no permitían preñar bienes muebles han modificado su legislación para permitir que el comprador negocie una garantía real sin desplazamiento sobre los bienes que vende. De ese tipo de garantía sólo suele disponerse en los Estados que han decidido permitir que esa garantía sin desplazamiento también se otorgue a los prestamistas.

39. Normalmente, el desarrollo de las garantías reales sin desplazamiento en favor del vendedor se ha dado juntamente con el de otro factor. Los vendedores que adquieren la garantía pueden, si siguen el debido procedimiento, invocar prelación sobre todas las demás garantías concedidas por el comprador sobre el bien adquirido otorgadas por el comprador. Estas reclamaciones concurrentes surgirán, en particular, si el comprador ya ha otorgado una garantía real a un prestamista sobre bienes futuros del mismo tipo.

En algunos Estados, esta garantía real del comprador se llama “hipoteca del vendedor”; en otros, “derecho de retención del proveedor” o “privilegio del proveedor”; en otros, “garantía del pago del precio de compra”. El nombre no tiene importancia; lo que cuenta es que: *a*) la garantía real sin desplazamiento del vendedor sea idéntica en su forma a la garantía real sin desplazamiento que pueda constituir un prestamista ordinario, y *b*) el vendedor que constituya tal garantía pueda por lo general invocar una prelación sobre todo otro acreedor garantizado que haga valer sus derechos sobre el bien otorgado al vendedor por el comprador.

f) *Financiación de la adquisición por un prestamista*

40. En la mayor parte de las economías modernas, los prestamistas representan un importante sector de la financiación de adquisiciones. No obstante, tradicionalmente muchos Estados han impuesto importantes limitaciones a la capacidad del prestamista a ese respecto. Por ejemplo, solía no ser posible que los compradores otorgasen garantías reales sin desplazamiento sobre los bienes que estaban adquiriendo. Incluso hoy varios Estados que permiten que los prestamistas constituyan garantías reales sin desplazamiento no les permiten, sin embargo, obtener un derecho de prelación especial sobre los bienes cuya adquisición financian. Es decir, aun cuando el dinero adelantado al comprador tuviese por objeto financiar la adquisición y se utilizara de hecho con ese propósito, el prestamista que constituye una garantía sobre dichos bienes es considerado un acreedor garantizado ordinario sujeto a las reglas de prelación ordinarias que rigen los derechos de garantía. En consecuencia, el prestamista que concretamente financia la adquisición de un bien determinado tiene menor prelación que un prestamista garantizado preexistente con una garantía real sobre los bienes del mismo tipo que adquiriera posteriormente un comprador.

41. En estos Estados, el único medio de que los prestamistas obtuvieran la misma prelación privilegiada de los vendedores y los arrendadores era adquirir sus garantías. Así, cuando los vendedores retenían la propiedad en garantía del pago, el prestamista les pagaba a veces directamente el precio de compra a cambio de la cesión de su garantía del pago, en virtud del contrato de venta, así como el derecho de retención de la titularidad. Análogamente, en los casos en que la ley permitía a los vendedores obtener un derecho de garantía contractual con prelación especial sobre los bienes vendidos, el prestamista podía comprárselo. Por último, en los casos en que intervenían arrendamientos financieros, el prestamista compraba a veces al arrendador el contrato de arrendamiento. Si bien estas garantías que se derivan de los vendedores permiten a los prestamistas ingresar en el mercado de financiación de la adquisición, no promueven la competencia abierta entre los proveedores de crédito puesto que: *a*) o bien el vendedor, con frecuencia a expensas del prestamista (en última instancia a cargo del comprador), debe dar su consentimiento o el prestamista debe participar en múltiples operaciones, por ejemplo, en la compra y subrogación de las garantías del comprador, para lograr el resultado deseado, y *b*) el prestamista debe adquirir la titularidad sobre el bien, condición que tal vez no desee asumir por razones de índole impositiva, de responsabilidad por el producto o por otros motivos.

42. Para promover la competencia en materia de financiación de la adquisición, algunos Estados permiten que los prestamistas que ofrecen a los compradores préstamos para la adquisición de bienes corporales constituyan en su propio nombre un derecho de garantía preferente sobre estos bienes. Es decir, en esos Estados los prestamistas pueden efectivamente acceder a una condición privilegiada a la que antes sólo tenían acceso adquiriendo la garantía preferente de que gozaba el vendedor. Sin embargo, no todos los prestamistas

que conceden a empresas crédito que pueda usarse llegado el caso para comprar bienes corporales podrán reclamar una garantía real del pago de una adquisición. Para ello, *a)* el prestamista deberá conceder el crédito concretamente para que el comprador pueda adquirir los bienes; *b)* el crédito deberá utilizarse efectivamente con ese fin, y *c)* la garantía sólo podrá invocarse sobre los bienes adquiridos con él.

43. Aunque este tipo especial de garantía real existe en varios Estados, no hay una aceptación general de la idea de que el prestamista pueda obtener directamente una garantía real preferente del pago de la adquisición. De hecho, la mayoría de los Estados que permiten a los vendedores garantizar el precio de compra de los bienes vendidos mediante una garantía específica de retención de la titularidad no permiten a los prestamistas invocar garantías reales preferentes. En estos Estados, tanto prestamistas como vendedores pueden constituir garantías reales sin desplazamiento, aunque lo más común es que sólo se permita a los vendedores invocar ese tipo de garantías, lo que pueden hacer como alternativa a la retención de la titularidad.

4. *Enfoques de la financiación de la adquisición de bienes corporales*

a) *Observaciones generales*

44. Hasta ahora, los Estados han adoptado una amplia diversidad de enfoques para regular las operaciones de financiación de adquisiciones. Sin embargo, el objetivo fundamental solía ser la protección de los derechos de los vendedores. Además, hasta hace poco, en muchos Estados el comprador no podía otorgar garantías reales sin desplazamiento sobre bienes corporales, ni siquiera a un vendedor. Por estas dos razones, la retención de la titularidad pasó a ser una práctica cotidiana en los ordenamientos de tradición jurídica romanista, los del derecho anglosajón y otros sistemas. En algunos casos, los Estados promulgaron legislación para reconocer y regular el mecanismo de financiación de las adquisiciones. Con mayor frecuencia, sin embargo, no lo lograron y su resultado ha sido que la legislación contemporánea de financiación de las adquisiciones en dichos Estados se ha desarrollado a partir de las prácticas contractuales, que posteriormente los tribunales han ido reconociendo y perfeccionando.

45. Para comprender las opciones que se ofrecen a los Estados en la materia, conviene considerar brevemente los tres enfoques más comunes adoptados al respecto: *a)* los que favorecen la financiación por el vendedor; *b)* los que promueven la financiación tanto por el vendedor como por el prestamista como mecanismos complementarios pero distintos, y *c)* los enfoques plenamente integrados que no distinguen conceptualmente entre vendedores y prestamistas.

b) *Enfoques que favorecen la financiación de adquisiciones por el vendedor*

46. Como se ha señalado, en muchos Estados el desarrollo de la legislación en esta materia se ha centrado en la protección del vendedor. En ningún Estado, un parlamento o un tribunal ha procurado impedir que las instituciones crediticias financien adquisiciones. No obstante, como esta esfera se consideraba complementaria al régimen de compraventa, en esos Estados los mecanismos de retención de la titularidad y los económicamente equivalentes sólo estaban disponibles para los vendedores pero no para las instituciones financieras. Como consecuencia de ello, estos mecanismos se convirtieron en

los principales, cuando no los únicos, mecanismos de financiación de adquisiciones que permitían al comprador adquirir la posesión de los bienes.

47. El carácter y los efectos de los mecanismos de retención de la titularidad pueden variar considerablemente según los Estados. Muchas de estas diferencias resultan de la historia y de prácticas contractuales concretas adoptadas como respuesta a las normas legales vigentes en los diferentes Estados (y a menudo para superar las limitaciones que imponían). De esta suerte, la legislación en la materia ha tendido a desarrollarse en forma aleatoria, mediante contratos innovadores o condiciones añadidas caso por caso, según lo exigieran las circunstancias particulares a los tipos de acuerdos reconocidos como sucedáneos de un régimen plenamente desarrollado de reglamentación de las operaciones de financiación de las adquisiciones. En consecuencia, las prácticas contractuales cotidianas a veces no son coherentes con la política legislativa de un Estado, ni son las que adoptarían las empresas si el régimen jurídico estuviese concebido para promover un crédito garantizado eficiente.

48. El enfoque según el cual el vendedor es la principal fuente de la financiación de la adquisición se ha basado a veces en una política de protección de los pequeños y medianos proveedores de bienes corporales frente a las grandes instituciones financieras. Dicho enfoque reconoce a la vez la importancia de estos fabricantes y distribuidores para la economía nacional y la posición dominante de las grandes instituciones financieras en los mercados de crédito. La decisión de política de conceder un trato especial a los vendedores suele basarse en una serie de supuestos. Uno es el interés de los proveedores de ofrecer crédito a tasas bajas para que aumente el volumen de sus ventas. Otro es que el costo de ese crédito es asequible, ya que muchos proveedores sólo cobran intereses en caso de incumplimiento. Un tercer supuesto es que, en vista de que normalmente habrá varios proveedores que traten de vender bienes a un mismo comprador, se ofrecerán precios competitivos a los compradores.

49. Un Estado que se plantee la posibilidad de reformar el régimen de operaciones garantizadas deberá sopesar cuidadosamente estos supuestos. Algunos podrán justificarse, otros tal vez no. Por ejemplo, el primero es invariablemente cierto. Con respecto al segundo supuesto, pese al hecho de que un proveedor venda bienes a un comprador en virtud de un acuerdo de retención de la titularidad no necesariamente las condiciones de crédito que ofrece serán sin costo alguno para éste. La obtención de fondos con miras a ofrecer esas condiciones crediticias tiene, por lo pronto, su costo para el propio proveedor y probablemente ese costo será incluido en el precio de los bienes que se vendan y sean transferidos al comprador. Cuando no se cobran intereses al comprador a menos que haya incumplimiento del pago en su debido momento, cabe suponer que el costo del crédito para el proveedor está incluido en el precio de los bienes y se traslada al comprador. En relación con el tercer supuesto, si bien la competencia entre vendedores puede acrecentarse, también se incrementaría (lo que podría reducir aún más el costo de los bienes) si se permitiese financiar la adquisición de esos bienes a quienes no son vendedores.

50. Aun si un Estado interesado en promover la fabricación y el suministro de bienes corporales desea alentar a los vendedores a financiar las ventas, no necesita —ni debe— lograrlo impidiendo que otras partes lo hagan en condiciones competitivas. Al igual que la competencia entre los vendedores suele reducir los precios para los compradores, la competencia entre los proveedores de crédito normalmente reduce su costo para los compradores y acrecienta la disponibilidad. Promover la competencia entre todos los proveedores de crédito no sólo permitirá que los compradores tengan acceso al crédito a tasas más asequibles, sino que probablemente les abrirá otras fuentes de financiación. Ello, a

su vez, aumentará su capacidad para adquirir bienes corporales sin necesidad de que los propios vendedores financien a todos los posibles compradores.

51. También son ineficientes en otros aspectos los obstáculos jurídicos que impiden a financiadores distintos de los vendedores y los arrendadores otorgar crédito para adquisiciones directamente a los compradores o que les exigen conceder créditos únicamente por conducto del vendedor o del arrendador, obteniendo, respectivamente, una cesión de las garantías de retención de la titularidad o de arrendamiento financiero del arrendatario. Y, lo que es más importante, tratar la financiación de la adquisición simplemente para proteger los derechos de propiedad de vendedores y arrendadores puede de hecho reducir el alcance de los derechos que, de otro modo, podrían invocar los vendedores y los arrendadores. Esto es así porque muchos regímenes modernos de operaciones garantizadas ofrecen a los acreedores garantizados una serie de derechos de los que no siempre, o no a menudo, han dispuesto los vendedores que constituían una garantía con retención de la titularidad. Entre ellos figuran, por ejemplo: *a)* el derecho automático a invocar una garantía real sobre los productos fabricados a partir de los bienes en cuestión y sobre el producto que genere su venta, y *b)* la facultad de hacer extensiva la garantía real a todas las deudas del comprador con el vendedor.

c) Enfoques que promueven la financiación de adquisiciones por vendedores y prestamistas

52. En parte para ampliar la serie de posibles proveedores de crédito, y en parte para que los vendedores puedan valerse de toda la diversidad de derechos anteriormente a disposición de los prestamistas que constituían garantías reales, muchos Estados han reestructurado su régimen de modo de promover ese tipo de financiación por parte tanto de los vendedores como de los prestamistas. Con tal fin se han adoptado enfoques diferentes.

53. En algunos Estados que reconocen garantías especiales a los vendedores sobre la base de la reserva de la propiedad, los vendedores que retienen la titularidad pueden ahora ampliar sus derechos en virtud de un contrato mediante la inserción de cláusulas adicionales en el acuerdo de venta. En estos Estados se suele permitir a los vendedores que retienen la titularidad la inclusión en el contrato de venta de una cláusula para extender el derecho del vendedor a los bienes fabricados a partir de los bienes inicialmente vendidos y otras (comúnmente llamadas “cláusulas sobre todas las sumas adeudadas”) que permiten la retención de la titularidad sobre determinados bienes corporales como garantía de todas las obligaciones contraídas por el comprador respecto del vendedor. Excepcionalmente, el Estado permite igualmente al vendedor que haya retenido la titularidad insertar en el contrato de venta una cláusula que extienda su derecho a los créditos por cobrar y otros productos derivados de la venta de los bienes. No obstante, en la mayoría de los Estados que mantienen los derechos especiales de los vendedores sobre la base de la reserva de la propiedad, sólo la simple retención de la titularidad se trata como mecanismo de titularidad, en tanto que los arreglos más complejos de retención de la titularidad no se reconocen o se tratan como mecanismos que dan lugar a garantías reales, así como a derechos fiduciarios o de otro tipo. Cabe señalar igualmente que algunos Estados también han acrecentado los derechos de los compradores en virtud de un acuerdo de retención de la titularidad reconociendo su derecho de expectativa sobre bienes adquiridos y permitiendo al comprador que otorgue sobre ellos una garantía real de prelación inferior a favor de otro acreedor (o, en el caso de bienes corporales por adquirirse, la expectativa de recibirlos).

54. Algunos Estados han reformado su legislación sobre operaciones garantizadas de manera que los vendedores pudieran constituir garantías reales preferentes, pero permitiendo siempre que coexistieran la retención de la titularidad, los arrendamientos financieros y otros mecanismos similares, como operaciones separadas de financiación de la adquisición. En estos Estados, los diversos mecanismos que recurren a la propiedad para garantizar la obligación del comprador suelen regirse, empero, por el mismo conjunto de reglas aplicables a las garantías reales de que goza un vendedor. Otros Estados mantienen los tradicionales derechos en garantía real de la financiación y garantía real del pago de la adquisición del vendedor, y permiten al mismo tiempo que los prestamistas invoquen garantías reales sobre los bienes vendidos. Para obviar el riesgo de una coordinación deficiente entre los diversos tipos de financiación de la adquisición, esos Estados suelen ir más lejos y exigir que los compradores inscriban una notificación de su garantía de retención de la titularidad en el registro de garantías reales y sigan los mismos procedimientos de ejecución de las garantías reales.

55. Este último enfoque obedece a una política de tratar, en la mayor medida posible, en pie de igualdad todas las operaciones utilizadas para financiar la adquisición de bienes corporales. Es decir, en esos Estados el objetivo es hacer extensivos los beneficios del régimen de garantías reales a los vendedores que retienen la titularidad, al mismo tiempo que se los somete al mismo régimen procesal aplicable a los prestamistas. Se parte de la base de que, de este modo, la creación de oportunidades aproximadamente iguales para todos los proveedores de crédito se traduce en una mayor competencia entre ellos, con lo cual aumenta el volumen de crédito disponible y disminuye su costo en beneficio tanto de compradores como de vendedores. Estos tipos de regímenes reformados integran pues las garantías de vendedores y arrendadores en el régimen de operaciones garantizadas, facilitando así la financiación sobre la base de la expectativa del comprador o del arrendador. No obstante, al mismo tiempo, estos regímenes no permiten a los prestamistas que otorgan financiación para las adquisiciones que compitan directamente por una garantía de primer orden sobre los bienes adquiridos. En otras palabras, si bien estos Estados han adoptado regímenes en que se promueve considerablemente la igualdad de oportunidades para la provisión de créditos destinados a financiar adquisiciones, se sigue privilegiando a los vendedores sobre los prestamistas que financian las adquisiciones.

d) *Enfoque basado en el concepto de plena integración de las garantías reales en “operaciones de préstamo para financiar compras”*

56. Algunos Estados han llegado aún más lejos. No sólo han adoptado un enfoque que permite y promueve la concesión de créditos de adquisición tanto por vendedores como por prestamistas, sino que también han promulgado regímenes que tratan en pie de igualdad a todos los proveedores de financiación con ese fin. En tales Estados, los prestamistas pueden gozar de la misma prelación preferente que los vendedores que constituyen garantías reales. A efectos de la reglamentación, las diferentes garantías reales de que disponen los propietarios (retención de la titularidad, arrendamiento financiero y otros mecanismos similares) están: *a)* plenamente integradas en un único tipo funcional de garantía real, y *b)* reciben un tratamiento idéntico a las garantías reales tradicionales para las adquisiciones de que disponen vendedores y prestamistas. En muchos Estados que han adoptado este enfoque, esas diversas garantías de pago son calificadas todas como garantías reales de los “préstamos para financiar compras”.

57. La aplicación del enfoque de las garantías reales en las “operaciones de préstamo para financiar compras” se rige por dos importantes principios. El primero es que tal

garantía, que en la *Guía* recibe el nombre de “garantía real para financiar adquisiciones”, es un concepto amplio y genérico. Es decir, que es aplicable a toda operación mediante la cual un financiador brinda crédito para que el comprador pueda adquirir bienes corporales y constituye sobre ellos una garantía para asegurarse el reembolso. El segundo principio es que se trata de una suerte de garantía real. En otros términos, salvo cuando las circunstancias particulares de la financiación de la adquisición exijan una regla especial aplicable exclusivamente a tales garantías, todas las reglas aplicables a las garantías reales en general se aplican también a las del pago de la adquisición (véase la expresión “garantía real de adquisición”, Introducción, sección B, Terminología e interpretación).

58. Las características fundamentales de las garantías reales del pago de una adquisición en los Estados que han adoptado el enfoque plenamente integrado de las garantías reales de préstamos para financiar compras son las siguientes:

- a) La garantía está disponible no sólo para los proveedores de bienes corporales, sino también para los demás financiadores, incluidos prestamistas y arrendadores financieros;
- b) El acreedor garantizado recibe, a efectos de las operaciones garantizadas, una garantía real, independientemente de que retenga la titularidad de los bienes que adquiere;
- c) El comprador puede ofrecer a otros acreedores una garantía real de prelación inferior sobre los mismos bienes y, por tanto, utilizar el valor total de su garantía sobre los activos para obtener un crédito adicional;
- d) Independientemente de que el acuerdo mediante el cual se constituye una garantía real de adquisición se denomine garantía real, o de que se trate de una garantía de retención de la titularidad o de arrendamiento financiero, el acreedor garantizado por el pago de la adquisición, al igual que los demás acreedores garantizados, debe normalmente inscribir una notificación de su garantía real en el registro general de estas garantías;
- e) Una vez inscrita la notificación en el registro mencionado, la garantía real del pago de la adquisición es oponible a terceros;
- f) Si la notificación se inscribe poco tiempo después de la entrega de los bienes al comprador, o antes de la entrega en el caso de existencias, la garantía tendrá normalmente prelación frente a las de otros reclamantes, incluido todo acreedor con una garantía real preexistente sobre los bienes futuros del comprador; y
- g) Si el acreedor garantizado es un vendedor o un arrendador financiero, puede hacer valer sus garantías, dentro o fuera del marco del procedimiento de insolvencia, igual que los demás acreedores garantizados y carece de toda otra garantía en razón de la titularidad.

59. En los últimos decenios del siglo XX y el primer decenio del siglo XXI, un creciente número de Estados han adoptado este enfoque unitario de la financiación de la adquisición. Esta tendencia puede observarse también a nivel internacional. Por ejemplo, en el caso de algunas aeronaves y otros bienes de equipo móvil de alto valor, el Convenio relativo a las garantías internacionales sobre bienes de equipo móvil¹ regula la oponibilidad de las ventas con retención de la titularidad y los arrendamientos financieros

¹Véase Introducción, nota 8 de pie de página.

aplicando reglas separadas, aunque básicamente similares a las que rigen las garantías reales. En consecuencia, hace extensivo el registro internacional previsto en el Convenio, que ya era aplicable a las garantías reales, a los acuerdos de retención de la titularidad y de arrendamiento financiero. Además, en virtud de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional² las mismas reglas se aplican a: a) las cesiones de garantías; b) las cesiones a efectos de garantía, y c) las cesiones puras y simples (véase el apartado a) del artículo 2), lo cual evita establecer una distinción entre garantías reales y mecanismos basados en la titularidad. De hecho, el artículo 22 de la Convención, que aborda expresamente diversos conflictos de prelación, incluye el conflicto entre un cesionario de créditos por cobrar y un acreedor del cedente cuya garantía de retención de la titularidad sobre bienes corporales abarca los créditos por cobrar por concepto de su venta. Finalmente, siguen el mismo enfoque de financiación de la adquisición el Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo en su Ley Modelo sobre Operaciones Garantizadas³, la Organización de los Estados Americanos en su Ley de Garantías Mobiliarias⁴ y el Banco Asiático de Desarrollo en su Guía de Registros de Bienes Muebles⁵.

5. Opciones normativas básicas

a) Observaciones generales

60. La *Guía* (véase capítulo I, sección C) examina los enfoques básicos de las garantías y recomienda un enfoque que podría adoptar un Estado que contemple la reforma de su régimen en la materia. Una cuestión fundamental que se aborda en este capítulo es la forma de tratar las operaciones que, aunque cumplan la función económica de operaciones garantizadas, se efectúan recurriendo a la titularidad de los bienes para garantizar el pago completo del crédito. La cuestión se plantea en contextos tanto dentro como al margen de la insolvencia. Existen cuatro enfoques comunes en los Estados que han reformado recientemente su régimen de operaciones garantizadas.

61. En primer término, muchos de estos Estados mantienen aún una diversidad formal de mecanismos de financiación en todas las situaciones. Es decir, que reconocen a la vez los mecanismos de garantía y mecanismos como la retención de la titularidad, las transferencias fiduciarias de títulos e hipotecas y ventas con derecho de redención o rescate, mediante los cuales, para garantizar el cumplimiento de una obligación, el prestamista recurre al traspaso de la propiedad de los bienes del prestatario. En tales Estados, cada operación se rige por su propia lógica conceptual, ya sea una garantía, una venta o un arrendamiento.

62. En segundo término, otros Estados mantienen esta diversidad formal de los mecanismos de financiación en situaciones ajenas a la insolvencia, pero en el marco de su régimen de insolvencia califican de mecanismos de garantía a todas las operaciones en que el derecho de propiedad se utiliza para garantizar el pago del crédito. En ellos, todas las operaciones que cumplen la función económica de una garantía son tratadas como funcionalmente equivalentes a efectos de la insolvencia.

²Véase Introducción, nota 7 de pie de página.

³Véase Introducción, nota 3 de pie de página.

⁴Véase Introducción, nota 9 de pie de página.

⁵Véase Introducción, nota 6 de pie de página.

63. En tercer lugar, otros Estados han hecho extensivo ese enfoque de “equivalencia funcional” a contextos relacionados y no relacionados con la insolvencia. Sus regímenes reconocen el carácter específico de cada una de esas diversas operaciones atinentes a la titularidad. Los vendedores siguen autorizados a realizar operaciones de venta con retención de la titularidad o de venta resolutoria y se continúa permitiendo a los prestamistas que realicen operaciones garantizadas o de venta con derecho de redención. Sin embargo, a fin de velar por la coordinación adecuada de esas diversas operaciones y asegurar en la medida posible su igualdad de tratamiento, estos Estados someten todas las operaciones de ese tipo, comoquiera que se denominen, a un marco reglamentario global que produce resultados funcionalmente equivalentes.

64. En cuarto lugar, cada vez más Estados aplican esa lógica hasta sus últimas consecuencias y adoptan lo que cabría llamar enfoque funcionalmente integrado y “unitario”. Su régimen de operaciones garantizadas califica de garantías las diversas operaciones que cumplan la función económica de tales, independientemente de su forma, denominándolas expresamente “garantías reales”. En estos Estados, pues, el régimen no mantiene simplemente una diversidad de mecanismos de titularidad tratados como funcionalmente equivalentes de las operaciones garantizadas, sino que en realidad vuelve a caracterizarlos como operaciones garantizadas si desempeñan la función económica de tales.

65. La *Guía* recomienda que los Estados adopten este último enfoque respecto de las operaciones garantizadas sin fines de adquisición. Todas las operaciones garantizadas no destinadas a adquisiciones en que los derechos sobre un bien, comprendida la propiedad, se utilizan para garantizar la obligación ordinaria de pago del crédito del prestatario a su proveedor deberían tratarse como mecanismos de garantía e identificarse como tales en contextos tanto dentro como fuera del contexto de la insolvencia (véase la recomendación 8). La *Guía* denomina este enfoque “funcional, integrado, global y uniforme” (véase el capítulo I, sobre el ámbito de aplicación, párrafos 110 a 114). Presenta tres ventajas principales: *a*) promueve de manera más evidente la competencia entre los proveedores de crédito sobre la base del costo y, por lo tanto, ofrece mayores posibilidades de aumentar la oferta de crédito más barato; *b*) ofrece mayores posibilidades de que las decisiones legislativas obedezcan a razones de eficiencia comparativa, y *c*) como todas las operaciones mediante las cuales se constituyen garantías reales se tratan por igual, el régimen es más fácil de promulgar y aplicar.

66. Cuando la obligación garantizada es el pago del precio de compra de un bien corporal (o sea, cuando está de por medio una operación de financiación de la adquisición), la cuestión es conceptualmente más compleja, ya que además de prestamistas intervienen vendedores. Por consiguiente, al decidir si adoptan o no el enfoque “funcionalmente integrado”, los Estados tendrán que determinar si: *a*) la lógica de las operaciones garantizadas debería prevalecer sobre la de la ley de ventas y arrendamientos (o más concretamente, la lógica de la ley de propiedad), siempre que vendedores y arrendadores recurran a esas operaciones para garantizar el pago del precio de compra (o su equivalente económico) de bienes corporales, o *b*) la lógica de la venta y del arrendamiento debería prevalecer sobre la de las operaciones garantizadas. Para zanjar la cuestión, los Estados deben ante todo considerar si proporcionar resultados funcionalmente equivalentes es la manera más eficaz de alcanzar el objetivo de equidad sustantiva entre los financiadores de las adquisiciones y, en ese caso, debería adoptarse el enfoque integrado como forma más idónea para crear un marco reglamentario que asegure la equivalencia funcional de los resultados.

b) *Equivalencia funcional: concepto genérico de la financiación de las adquisiciones*

67. Hay buenas razones de política económica por las cuales los Estados podrían preferir el enfoque funcionalmente integrado al de la financiación de adquisiciones. En las economías de mercado, la creación de oportunidades iguales para todos los proveedores de crédito aumentará la competencia entre ellos, con lo cual se acrecentará posiblemente el volumen de crédito disponible y se reducirá su costo. No hay ninguna razón económica imperiosa para que el fabricante o el distribuidor de bienes corporales deba tener el monopolio de la financiación. Una vez que se acepte que los financiadores deberían poder competir para ofrecer crédito a los compradores, el régimen jurídico en cuyo marco cumplan esa función no debería crear incentivos a favor de unos u otros. La forma más eficiente de asegurar que tal competencia se base exclusivamente en las condiciones que ofrezca cada financiador es establecer reglas jurídicas que den a todos los financiadores un tratamiento funcionalmente equivalente.

68. De ahí que debería permitirse a los compradores buscar la mejor oferta posible para obtener la financiación necesaria. Deberían, pues, tener iguales oportunidades para negociar con cualquier posible financiador las condiciones del préstamo o de cualquier otra forma de crédito, con inclusión del pago, el tipo de interés, las circunstancias que constituirían un incumplimiento y el alcance de la garantía que otorgan. Si el régimen jurídico permite que algunos financiadores obtengan mejores garantías reales que otros, quedará comprometida esa igualdad para negociar. En otras palabras, desde el punto de vista económico, la financiación de adquisiciones no presenta ninguna peculiaridad que induzca a un Estado a adoptar en materia de competencia por la oferta de crédito para la financiación de adquisiciones un enfoque diferente del que adopta en relación con la financiación ordinaria sin fines de adquisición.

69. Hay también razones relacionadas con la estructura de las instituciones jurídicas por las cuales un Estado puede preferir la adopción del principio de la equivalencia funcional. Como ya se ha señalado (véanse los párrafos 36 a 39), tradicionalmente los Estados han organizado la concesión de crédito a los compradores de bienes corporales otorgando ciertos derechos concretos a los vendedores (partiendo tal vez del supuesto de que éstos proporcionarían la mayor parte de la financiación y que la mayoría de las ventas serían operaciones realizadas de una sola vez en relación con un bien determinado). En ese caso, la preocupación primordial era simplemente asegurarse de que si el comprador no pagaba el precio de compra, el vendedor pudiera recuperar el bien expeditamente y libre de cualquier gravamen por parte de terceros. Es decir, que el crédito era simplemente un apéndice de la venta y el interés principal del vendedor era recibir el valor económico de los bienes suministrados. Dos nuevos elementos observados en los últimos decenios exigieron que los Estados se replantearan esta posición.

70. En primer lugar, con la expansión de las economías aumentó la necesidad de crédito para adquisiciones y los vendedores a menudo no podían satisfacer en su totalidad las necesidades de sus compradores. Especialmente cuando fabricantes, mayoristas y minoristas compraban grandes cantidades de materias primas y existencias, se fue difundiendo la práctica de que los bancos, las empresas financieras y otros prestamistas concedieran créditos con la finalidad expresa de adquirir dichas materias primas y existencias. En segundo lugar, los tipos de equipo que se necesitaban para la fabricación y distribución de los bienes se volvían cada vez más complejos y costosos. Con frecuencia los proveedores no tenían cómo conceder la financiación requerida por sus futuros compradores.

Además, a menudo por razones fiscales, los compradores descubrieron que a veces era económicamente más ventajoso adquirir el equipo mediante una operación estructurada como un arrendamiento y denominada como tal que por medio de una operación de compra. Tales operaciones de arrendamiento se concebían frecuentemente a los efectos de cumplir el equivalente económico de una venta a crédito.

71. En ambos casos, una persona distinta del vendedor directo de los bienes suministraba al comprador (o en el caso de un arrendatario, al comprador teórico) el crédito necesario para la adquisición. Los Estados tuvieron entonces que decidir si se justificaba o no seguir haciendo referencia a los derechos del vendedor como el paradigma de las operaciones para la financiación de adquisiciones. Los principales motivos de preocupación radicaban en que: *a*) tradicionalmente los vendedores podían obtener en el bien vendido una garantía real de máxima prelación respaldada por su derecho de propiedad, pero otros financiadores, como los prestamistas, se veían impedidos de hacerlo, y *b*) cuando la operación se estructuraba como arrendamiento y no como venta en la que el vendedor transfería la titularidad al comprador a cambio del derecho a anular la venta en caso de incumplimiento, era generalmente imposible que el arrendatario presentara el bien arrendado como garantía para otro crédito. Esas preocupaciones llevaron a los Estados a plantearse si un concepto genérico e integral de operación de financiación de la adquisición no sería una mejor forma de encarar este aspecto del régimen de operaciones garantizadas.

72. Muchos Estados llegaron a la conclusión de que el régimen jurídico sería menos incierto y daría lugar a menos litigios si no trazaba distinciones formales entre los derechos que podían invocar los diferentes financiadores. Por tanto, si bien estos Estados decidieron que los vendedores debían seguir protegiendo sus derechos mediante la retención de la propiedad de los bienes hasta que el comprador abonara el pago completo, optaron por simplificar su régimen adoptando el enfoque de la equivalencia funcional de los resultados: todas las operaciones a que se recurriera para financiar la adquisición de bienes corporales se tratarían básicamente de la misma manera, independientemente de la forma que adoptasen y de la condición jurídica del acreedor (vendedor, arrendador o prestamista).

73. De conformidad con la recomendación de que los Estados deberían adoptar el enfoque funcionalmente integrado para las operaciones garantizadas sin fines de adquisición (véase la recomendación 8), en el presente capítulo la *Guía* recomienda que los Estados lo adopten también respecto de todas las operaciones de financiación de adquisiciones, comoquiera que se denominen (véanse la recomendación 9 y las declaraciones de principio que preceden a las recomendaciones en las opciones A y B). Es decir, al final de este capítulo la *Guía* recomienda que los Estados promulguen regímenes que logren resultados de funcionalidad equivalente, independientemente de que decidan adoptar el enfoque unitario o no unitario para la equivalencia funcional de las operaciones de financiación de la adquisición y sin fines de adquisición (véase la recomendación 178 para el enfoque unitario y la 188 para el no unitario).

c) Enfoques unitario y no unitario de la equivalencia funcional

74. La segunda opción fundamental que se plantea a los Estados se refiere a la formulación de su legislación para lograr la equivalencia funcional. Una vez más, el principal objetivo es asegurarse de que, en la medida de lo posible, el régimen jurídico establezca la equivalencia funcional de modo de facilitar la oferta más amplia de crédito al menor costo posible. Hay dos formas posibles de alcanzar dicha eficiencia.

75. En primer término, los Estados pueden optar por dejar sin efecto las distinciones entre las diversas formas de operaciones de financiación de adquisiciones y adoptar una caracterización única de los mecanismos. Es lo que la *Guía* recomienda para las garantías reales en general. El medio para lograr la equivalencia funcional de los resultados suele llamarse enfoque “unitario” de la financiación de las adquisiciones. Todas las operaciones de financiación de la adquisición realizadas en virtud del enfoque unitario darán lugar a “garantías reales del pago de una adquisición” y todos los financiadores serán considerados “acreedores garantizados financiadores de la adquisición”.

76. La segunda posibilidad es que los Estados opten por la modalidad de operaciones de financiación existente y la denominación que las partes den a su acuerdo (por ejemplo, venta, arrendamiento o préstamo), a reserva de que un tribunal competente la declare ficticia en un caso concreto. No obstante, para lograrlo será necesario que adapten y racionalicen las reglas técnicas que aplican a cada operación para alcanzar la equivalencia funcional de todo el régimen. La *Guía* denomina enfoque “no unitario” a ese método de conseguir resultados funcionalmente equivalentes. Las operaciones de financiación de la adquisición realizadas con arreglo al criterio no unitario darán lugar a “garantías de retención de la titularidad” o a “garantías de arrendamiento financiero”, toda vez que entre en juego un mecanismo de titularidad, o bien a “garantías reales del pago de una adquisición” a favor de acreedores garantizados financiadores de adquisiciones en caso de que se constituya una garantía real (a favor de un prestamista o de un vendedor que transfiere la titularidad al comprador).

77. Con arreglo a un régimen jurídico que no sea el de las operaciones garantizadas, optar por uno u otro de esos dos enfoques podría tener importantes consecuencias. Por ejemplo, podría afectar a los derechos de terceros tanto en el marco de los procedimientos de insolvencia como al margen de ellos (las cuestiones de insolvencia se examinan en la sección A.13 *infra* y en el capítulo XII). Además, habiendo optado por uno u otro de estos enfoques, los Estados tendrán también que decidir exactamente de qué manera formularán las reglas concretas que regirán todos los aspectos de las operaciones de financiación de la adquisición e integrarlas en el régimen general de compras y arrendamientos.

i) Enfoque unitario

78. La adopción del enfoque unitario tiene tres consecuencias. En primer lugar, todos los mecanismos de financiación de adquisiciones, independientemente de su forma, se considerarán mecanismos de garantía y quedarán sujetos a las mismas reglas que regulan las operaciones garantizadas sin fines de adquisición (excepto con respecto a conflictos de prelación). En segundo lugar, el derecho del acreedor sobre bienes corporales con arreglo a una venta con retención de la titularidad, una venta bajo condiciones resolutorias, una compraventa a plazos, un arrendamiento financiero u otra operación similar se considerará una garantía real y se regirá por las mismas normas que una garantía real concedida a un prestamista. Tercero, en tales casos se considerará que el comprador ha adquirido la propiedad del bien independientemente de que el vendedor retenga la titularidad por contrato.

79. Los Estados pueden seguir uno de dos caminos para promulgar el enfoque unitario si los vendedores recurren a un mecanismo de retención de la titularidad o de arrendamiento financiero. En el primero, pueden establecer que el comprador pasa a ser el propietario a todos los efectos, lo cual significa que tendrían que modificar expresamente otras disposiciones legislativas (como la legislación fiscal) si desean que en tales operaciones

los vendedores estén sujetos al mismo régimen de tributación que los propietarios. La segunda posibilidad sería prever que los compradores pasen a ser propietarios únicamente a efectos del régimen de las operaciones garantizadas y sus esferas conexas (en particular, el régimen de relaciones entre el deudor y el acreedor y el régimen de insolvencia). Es importante señalar, sin embargo, que en aras de la coherencia del régimen jurídico se adoptará respecto de las operaciones de financiación de las adquisiciones el mismo criterio que para las operaciones sin fines de adquisición.

ii) Enfoque no unitario

80. En vista de que en la *Guía* se adopta el enfoque unitario, las operaciones tradicionales de los prestamistas, como las ventas con derecho de redención o rescate, las ventas con cesión en arriendo y las transferencias fiduciarias de titularidad se consideran todas garantías reales ordinarias. Sólo en relación con las operaciones de los vendedores (y las “operaciones tipo vendedor” como los arrendamientos financieros) se prevé la posibilidad de un enfoque no unitario. En vista de ello, incluso si los Estados adoptan el enfoque no unitario, deberían estructurar el régimen de modo que refleje el principio de la equivalencia funcional (véase la recomendación 188). Por ejemplo, el régimen debería tratar de manera funcionalmente equivalente a los vendedores que retienen la titularidad, a los que no retienen la titularidad pero sí el derecho a cancelar la venta, a los que no retienen la titularidad pero obtienen sobre el bien vendido una garantía real ordinaria del pago de la adquisición, a los arrendadores que retienen la titularidad y a los prestamistas que retienen sobre el bien vendido o arrendado una garantía real ordinaria del pago de la adquisición.

81. En principio, los Estados que adoptan el enfoque no unitario podrían lograr de dos maneras la equivalencia funcional entre los derechos de los vendedores que retienen la titularidad y los arrendadores financieros y los de los acreedores garantizados financiadores de la adquisición: *a*) ajustando los derechos otorgados a reclamantes que retienen la titularidad y los reclamantes similares a los derechos de que gozan los acreedores garantizados financiadores de la adquisición que no son vendedores ni arrendadores, o *b*) ajustando los derechos de esos otros acreedores garantizados financiadores de la adquisición a los derechos de que ya gozan los acreedores que retienen la titularidad. En el primer caso, todos los financiadores de la adquisición recibirían el mismo trato (como acreedores garantizados), pero los que retengan la propiedad tendrían derechos ligeramente diferentes de los propietarios propiamente dichos. En el segundo caso, todos los financiadores de la adquisición y acreedores garantizados financiadores de la adquisición serían tratados de la misma forma (o sea, como propietarios), pero los acreedores garantizados financiadores de la adquisición y los acreedores garantizados no financiadores de la adquisición estarían sujetos a reglas ligeramente diferentes. Si bien desde el punto de vista formal éstas pueden parecer opciones igualmente viables, habida cuenta del objetivo general de permitir a las partes obtener crédito garantizado de forma sencilla y eficiente, por varias razones es conveniente adoptar el primer enfoque para lograr la equivalencia funcional en un régimen no unitario.

82. Para un Estado lo importante es determinar cuál de los enfoques ofrece mayores probabilidades de obtener, independientemente de la fuente de crédito, la financiación más transparente y a menor costo. En primer lugar, sería muy complejo formular un conjunto de reglas que trataran a los prestamistas como propietarios (sobre todo porque los prestamistas no suelen poseer la competencia técnica necesaria para vender y mantener los

bienes que financian). En segundo lugar, aunque se considerase propietarios a estos prestamistas, su propiedad no sería idéntica a la ordinaria, ya que sus derechos de ejercerla se ajustarían para proteger los de ciertos terceros que pudieran haber constituido una garantía en el derecho de expectativa del comprador. En tercer lugar, sería muy complicado formular un conjunto de reglas que distingan entre los derechos accesorios concedidos a dos clases de prestamistas, a saber, los garantizados corrientes y los garantizados financiadores de la adquisición. En cuarto lugar, es mucho más sencillo ajustar los derechos y obligaciones del vendedor que goza de un derecho en garantía del pago de la financiación (en relación, por ejemplo, con la constitución, oponibilidad a terceros, orden de prelación frente a reclamantes concurrentes y la ejecución), a los derechos y obligaciones del vendedor o del prestamista que dispone de una garantía real (acreedor garantizado financiador de la adquisición). La razón radica en que ese enfoque daría globalmente más coherencia al régimen de operaciones garantizadas, al tiempo que permitiría a los Estados introducir los ajustes necesarios para mantener la coherencia de su régimen de propiedad reflejado en el régimen de venta y arrendamiento. Por esas razones la *Guía* recomienda que los Estados que opten por el enfoque no unitario procuren la equivalencia funcional ajustando las garantías de retención de la titularidad y de arrendamiento financiero conforme a las garantías reales del pago de la adquisición y no lo inverso (véase la recomendación 188). Independientemente de cuál de estos dos enfoques adopta un Estado, será necesario que éste modifique su régimen de garantías de retención de la titularidad y de arrendamiento financiero, tal como se indica en el presente capítulo, a fin de obtener la equivalencia funcional.

iii) Comparación de ambos enfoques

83. La *Guía* recomienda igualmente que los Estados adopten el enfoque unitario para alcanzar la equivalencia funcional entre las operaciones de financiación de adquisiciones y las de financiación sin fines de adquisición. Sugiere, en consecuencia, que, en la medida de lo posible, los Estados adopten también el enfoque unitario para lograr la equivalencia funcional entre todos los mecanismos de financiación de la adquisición. Reconoce, no obstante, que algunos Estados consideren tal vez necesario conservar los mecanismos de titularidad aplicables a los derechos de los vendedores, arrendadores financieros y otros proveedores (véase la recomendación 9). Por esa razón, en cada una de las secciones del presente capítulo (A.6-A.13) se examinan las cuestiones pertinentes como se plantean en los ordenamientos jurídicos contemporáneos. Cada sección finaliza con un examen de la mejor reforma posible del régimen de financiación de adquisiciones, según se adopte uno u otro enfoque (unitario o no unitario) para lograr la equivalencia funcional.

84. Se presentan recomendaciones paralelas como opción A y opción B. La opción A expone recomendaciones acerca de la forma en que los Estados deberían formular en detalle un enfoque funcionalmente integrado y unitario de las operaciones de financiación de la adquisición. A los Estados que promulgan por primera vez disposiciones legislativas para regular toda la gama de operaciones garantizadas les resultará más fácil de aplicar la opción A, aunque los que tengan un régimen completo pueden también sin duda aprovecharlo. La opción B se refiere a la forma en que los Estados que escojan el enfoque no unitario deberían formular reglas para la financiación de las adquisiciones mediante mecanismos de titularidad y, en particular, de las operaciones de retención de la titularidad y arrendamiento financiero, así como de las garantías reales del pago de la adquisición, de modo que con el enfoque no unitario se puedan lograr igualmente las ventajas económicas de un régimen funcionalmente integrado.

6. Constitución de una garantía (validez entre las partes)

85. En el capítulo II, sobre la constitución de una garantía real, la *Guía* examina los requisitos para que una garantía real sea válida entre el otorgante y el acreedor garantizado. Como se explica, el objetivo es hacer que los requisitos de validez sean lo más sencillos posible (véase el capítulo II, sobre la constitución de una garantía real, párrafo 6; véase también la recomendación 1, apartado c)). La manera concreta en que esos requisitos podrán ser transpuestos a la regulación de la validez de los derechos que se derivan de una operación de financiación de la adquisición dependerá de que el Estado adopte el enfoque unitario o el no unitario. Además, en los Estados que continúan diferenciando las operaciones de retención de la titularidad de las de arrendamiento financiero, no es evidente que “constitución” sea el término más apropiado para describir la forma en que el vendedor en virtud del derecho de retención de la titularidad y el arrendador conforme al contrato de arrendamiento “adquieren” sus derechos. Por ejemplo, el vendedor que retiene la propiedad no está “constituyendo” un nuevo derecho a su favor; sino que simplemente hace valer el derecho de propiedad que tenía antes de celebrar el contrato con el comprador. De igual manera, los derechos de propiedad del arrendador no se “constituyen” en virtud del contrato de arrendamiento, pues éste ya es propietario en el momento de firmar el contrato de arrendamiento. No obstante, para facilitar la formulación, los acuerdos en virtud de los cuales el vendedor y el arrendador pueden continuar haciendo valer su derecho de propiedad frente al comprador o arrendatario al que han otorgado la posesión de un bien corporal se calificarán a veces de acuerdos por los que se “constituyen” los derechos reales en garantía de la financiación de la adquisición. Por supuesto, se podrá argumentar que en los Estados donde en virtud de un acuerdo de retención de la titularidad el comprador adquiere una expectativa de propiedad, se crea un nuevo tipo de propiedad bifurcada. Según ese análisis, cabe hablar de “constitución” de un derecho de retención de la titularidad puesto que el derecho de propiedad que conserva el vendedor no puede considerarse exactamente propiedad en el sentido tradicional.

86. Los Estados que no dan igual trato a todas las operaciones de financiación de la adquisición imponen una amplia variedad de requisitos para que las garantías del pago correspondientes tengan validez entre las partes. Por lo pronto, tales requisitos pueden variar dentro de cada Estado según el tipo de operación de financiación de que se trate (retención de la titularidad, arrendamiento financiero o garantía real). Además, pueden variar también sobremanera entre los distintos Estados, incluso con respecto al mismo tipo de operación. En otras palabras, no todos los Estados conciben en forma idéntica los derechos de retención de la titularidad y de arrendamiento financiero y, por consiguiente, no todos imponen el mismo requisito para la constitución o reserva de ese derecho.

87. Como derecho de garantía de la financiación de la adquisición, la retención de la titularidad se suele considerar un derecho de propiedad dimanante de una de las cláusulas del contrato de venta. Por consiguiente, en muchos Estados los requisitos formales de constitución del derecho de retención de la titularidad son los aplicables a los contratos de venta en general, sin que se exija ningún requisito concreto más de forma. De ahí que, si un Estado acepta que un contrato para la venta de bienes corporales puede celebrarse verbalmente, la cláusula que estipula que el vendedor retiene la propiedad hasta que se abone íntegramente el precio de compra podrá también ser verbal. En tales casos, la retención de la titularidad por el vendedor podrá convenirse de palabra o sobre la base de la correspondencia entre las partes, de una orden de compra o de una factura con las condiciones generales impresas. Estos documentos pueden incluso no llevar la firma del comprador,

pero éste puede aceptar implícitamente las condiciones estipuladas al recibir los bienes y abonar la parte del precio de compra indicado, por ejemplo, en la orden o en la factura. En otros Estados, aunque el contrato ordinario de venta pueda celebrarse verbalmente, puede exigirse una constancia escrita (así sea mínima), una fecha precisa, una inscripción notarial o incluso la inscripción en un registro, para que la cláusula de retención de la titularidad tenga validez entre las partes.

88. Los financiadores que celebren contratos de arrendamiento financiero, acuerdos de venta a plazos y operaciones similares pueden retener también la propiedad en razón de la naturaleza de tales arreglos. La validez, por ejemplo, del derecho del arrendador dependerá de que arrendador y arrendatario cumplan los requisitos formales corrientes aplicables al correspondiente acuerdo de arrendamiento financiero o de venta a plazos.

89. En la mayoría de los Estados, sólo el propio vendedor o arrendador financiero puede beneficiarse del derecho de retención de la titularidad o de arrendamiento financiero y puede estar obligado a cumplir las correspondientes formalidades. Otros financiadores de la adquisición, como los prestamistas, no pueden adquirir directamente el derecho de retención de la titularidad ni de arrendamiento financiero. Deben en cambio obtener del vendedor la cesión del contrato de venta, o del arrendador, la del contrato de arrendamiento. Por consiguiente, los requisitos formales para que ese derecho sea eficaz son, en primer lugar, los aplicables al acuerdo inicial con el comprador o con el arrendatario y, en segundo lugar, los aplicables a la cesión de ese tipo de contrato.

90. En muchos Estados en los que se permite la existencia por separado de la retención de la titularidad y del arrendamiento financiero, los vendedores, arrendadores y prestamistas que ofrecen el crédito para la adquisición pueden constituir una garantía real sobre el bien considerado. Estos Estados suelen conferir al vendedor que constituya dicha garantía un derecho de prelación equivalente al que goza un vendedor que retiene la titularidad. Sin embargo, no permiten que los prestamistas financiadores de la adquisición invoquen los derechos preferentes del vendedor que retiene la titularidad o constituye una garantía real sobre el bien adquirido.

91. Los diversos Estados que no tratan las ventas con cláusula de retención de la titularidad ni los arrendamientos financieros como garantías reales enfocan también de forma diferente la extensión de esos derechos a otros bienes. En algunos, si el bien cuya titularidad se retiene está mezclado con otros, se extingue el derecho de retención de la titularidad. En otros, en cambio, la retención de la titularidad continúa siendo oponible. En ellos, como excepción a los principios generales del derecho de propiedad, mientras el comprador posea bienes similares, el vendedor no tendrá necesidad de cumplir ningún otro trámite formal para preservar su derecho de propiedad. Igualmente, en la mayoría de los Estados, la retención de la titularidad no puede hacerse extensiva a bienes elaborados para crear nuevos productos, mientras que en unos pocos se preserva automáticamente aun en ese caso. En algunos Estados que adoptan este último criterio, el vendedor tiene automáticamente derecho de invocar la retención de la titularidad sobre el nuevo producto, mientras que en otros pasa a ser un acreedor ordinario, sin la prelación especial que podría invocar el vendedor que retiene el título. Algunos Estados también permiten que el arrendador continúe reclamando la propiedad de un bien que haya sido modificado ligeramente o, según las condiciones del contrato de arrendamiento, del producto de una enajenación autorizada. Tampoco en esos casos se requiere ningún trámite adicional para preservar la validez para las partes de la garantía real sobre los bienes modificados o el producto.

92. Para los diversos Estados que han adoptado un enfoque unitario son más similares los principios que regulan los requisitos de oponibilidad de las garantías. De hecho, prácticamente es imposible encontrar diferencias en ese aspecto. Además, dentro de cada sistema, estos requisitos son idénticos, independientemente de que la financiación sea proporcionada por el vendedor, el arrendador financiero, el prestamista o cualquier otra persona. Además, dado que el crédito garantizado para adquisiciones se considera simplemente una clase especial de garantía real, los requisitos formales serán los mismos —y relativamente mínimos— exigidos para las operaciones garantizadas sin fines de adquisición. Como se ha señalado (véase el capítulo II, sobre la constitución de garantías reales, párrafos 26 a 29), esas formalidades consisten tan sólo en un acuerdo escrito y firmado en el que se identifiquen las partes y se describan razonablemente los bienes y su precio, o en un acuerdo verbal acompañado de la transferencia de la posesión de los bienes al acreedor garantizado (véanse las recomendaciones 13 a 15). Por último, dado que la garantía real del pago de la adquisición es una garantía real, pasará automáticamente a gravar los bienes incorporados, los bienes manufacturados y el producto de la enajenación (véanse las recomendaciones 19 a 22).

93. La diferencia entre los dos enfoques y los distintos regímenes expuestos *supra* muy pocas veces guarda una relación decisiva con el requisito de una constancia escrita. La mayoría de esos sistemas aceptan igualmente la correspondencia, la factura, la orden de compra o documentos similares en que consten las condiciones generales, impresas o en forma electrónica, como documentos que cumplen el requisito de una constancia escrita. Éste es, por otra parte, el criterio general que recomienda la *Guía* en lo que concierne al requisito de una constancia escrita (véanse las recomendaciones 11 y 12). La diferencia parece radicar más bien en el requisito de una firma, a menudo necesaria para la validez entre las partes. Empero, en algunos Estados, la firma del comprador es innecesaria siempre que el vendedor que retiene la titularidad, el acreedor garantizado financiador de la adquisición o el arrendador financiero pueda demostrar mediante la presentación de otras pruebas que el comprador o arrendatario ha aceptado las condiciones del acuerdo. Esas pruebas podrían consistir simplemente en la adquisición y utilización del bien por el comprador o el arrendatario sin ninguna protesta tras haber recibido el escrito. Además, puesto que muchas operaciones de compra de bienes corporales están de hecho bien documentadas por otras razones, la cuestión prácticamente nunca se plantea.

94. De acuerdo con el enfoque unitario, los requisitos de oponibilidad son los mismos que los aplicables a las garantías reales sin fines de adquisición, independientemente de la forma jurídica de la operación (véase la recomendación 178).

95. Si se adopta el enfoque no unitario, los Estados que deseen lograr los beneficios de una competencia en pie de igualdad en la oferta de crédito tendrían que elaborar un régimen de constitución de una garantía real que permitiese a los prestamistas adquirir la misma condición privilegiada concedida a los financiadores de la adquisición que retienen la titularidad. Con tal fin, esos Estados deberían asegurar luego que las reglas que rigen la oponibilidad surtan efectos funcionalmente equivalentes, sea cual fuere la forma de la operación de financiación de la adquisición (véase la recomendación 188). En particular, las normas que rigen: *a*) la capacidad de las partes en el contrato; *b*) el carácter y modalidades concretos de la obligación garantizada; *c*) los bienes sobre los que se podrá constituir la garantía de la financiación de la adquisición; *d*) las obligaciones de orden probatorio, como la constancia escrita y la firma, y *e*) la fecha de oponibilidad del acuerdo, tendrían que coordinarse cuidadosamente a fin de no favorecer un tipo de operación respecto de otro.

7. Oponibilidad a terceros

a) Observaciones generales

96. La *Guía* hace una distinción entre la validez de una garantía real entre el otorgante y el acreedor garantizado y su oponibilidad a terceros (véanse el capítulo II, sobre la constitución de garantías reales, párrafos 1 a 7, y el capítulo III, sobre la oponibilidad de una garantía real frente a terceros, párrafos 6 a 8). La cuestión reviste particular importancia en relación con las garantías de la financiación de la adquisición ya que, según se adopte el enfoque unitario o el no unitario, la distinción entre esos dos tipos de figura puede no existir en la práctica.

97. La mayoría de los Estados que no consideran los derechos de la retención de la titularidad y de arrendamiento financiero como una garantía real no exigen que las operaciones correspondientes se inscriban en un registro. Tampoco exigen al vendedor ni al arrendador que adopten ninguna otra medida formal que no sea necesaria para la validez entre las partes y para asegurar así la oponibilidad a terceros. Por el contrario, en el momento en que el vendedor y el comprador celebran un acuerdo de retención de la titularidad, el derecho de propiedad del vendedor sobre el bien corporal vendido es oponible a terceros.

98. En cambio, en algunos Estados se requiere la inscripción de la retención de la titularidad, en general o para determinados tipos de bienes corporales. En ellos, a menudo la inscripción es necesaria únicamente a efectos de su oponibilidad a terceros. Sin embargo, a veces no se establece distinción alguna entre la validez entre las partes y oponibilidad a terceros de la retención de la titularidad o del arrendamiento financiero. O sea, que en algunos Estados la inscripción de estas garantías se considera un requisito incluso de la validez entre las partes.

99. En el marco de todos esos regímenes de retención de la titularidad, el vendedor retiene la propiedad sobre los bienes vendidos y entregados al comprador. En consecuencia, en general el comprador no tiene derechos de propiedad sobre el bien que adquiere hasta que se le transfiere la titularidad, lo que sucede cuando el precio ha sido pagado en su totalidad. Esto significa que, salvo en los regímenes en que el comprador tiene un derecho de expectativa de la propiedad que puede gravar, ningún otro acreedor puede reclamar derechos sobre los bienes mientras el vendedor retenga su titularidad. Así ocurriría incluso si otro acreedor ofreciera al comprador el crédito para adquirir los bienes, y el valor de los bienes gravados con la retención de la titularidad superase el monto de las obligaciones aún adeudadas al vendedor. En tales casos, el único bien respecto al cual un segundo acreedor podría invocar una garantía real sería no corporal (el derecho del comprador al valor del precio de venta pagado). El resultado sería idéntico en el caso de un arrendamiento financiero. A menos que el contrato estipule el derecho del arrendatario a adquirir el bien al cabo del período de arrendamiento, dándole así un derecho de expectativa, el único bien del arrendatario por el cual sus acreedores podrían invocar garantías reales sería no corporal (el derecho del arrendatario al uso del bien arrendado durante el resto del período de arrendamiento).

100. En los Estados que no reconocen el derecho del comprador que adquiere un bien en virtud de una operación de retención de la titularidad o del arrendatario que lo hace en virtud de un contrato de arrendamiento financiero, a otorgar una garantía real sobre el bien adquirido o arrendado, este no reconocimiento impide o dificulta a los prestatarios el aprovechamiento del pleno valor de la participación que hayan adquirido en bienes corporales gravados con garantías de retención de la titularidad o de arrendamiento

financiero. Vale decir que la lógica conceptual de un acuerdo de retención de la titularidad o de un arrendamiento financiero inhabilita al comprador para otorgar sobre esos bienes una garantía real sin desplazamiento. Sin embargo, es interesante observar que esos mismos Estados generalmente permiten a un comprador conceder gravámenes múltiples sobre bienes inmuebles (hipotecas u otros gravámenes), cuyo orden de prelación se basa en el momento de la inscripción, incluso si los bienes han sido vendidos mediante una operación de retención de la titularidad y el precio de compra no se ha pagado aún íntegramente. En los Estados que adoptan actualmente un enfoque plenamente integrado, la retención de la titularidad y sus equivalentes económicos están sujetos a la inscripción de una notificación en el registro general de garantías reales o a cualquier otra formalidad a efectos de la oponibilidad a terceros, de la misma forma que en cualquier otra operación garantizada. Por añadidura, conforme a ese enfoque, la garantía del vendedor que retiene la propiedad por contrato, o del arrendador que sigue siendo propietario en virtud de la naturaleza del arrendamiento, se transforma en la de un acreedor garantizado financiador de la adquisición. Como consecuencia, el comprador o arrendatario puede utilizar la participación que tiene en los bienes que compra o arrienda como garantía para obtener nuevos créditos. Vale decir que en esos Estados el derecho del vendedor que ha retenido la titularidad o del arrendador financiero oponible a terceros no es un derecho de propiedad. Se trata, en cambio, de una garantía real con la misma oponibilidad que se da en el caso de un vendedor que hubiese vendido bienes corporales libres de gravámenes y simplemente hubiera constituido una garantía real sobre ellos.

101. De acuerdo con el enfoque unitario, los requisitos de oponibilidad a terceros (salvo en el caso de la adquisición de bienes de consumo; véanse la recomendación 179 y los párrafos 112 a 115 *infra*) son los mismos aplicables a las garantías reales sin fines de adquisición y son idénticos, independientemente de la forma jurídica de la operación (véase la recomendación 178).

102. De adoptar el enfoque no unitario, los Estados tendrían que velar por que en los requisitos de oponibilidad a terceros no hubiese diferencias sustanciales entre las distintas categorías de operaciones de financiación de adquisiciones (véanse las recomendaciones 188 y 192). Será preciso coordinar cuidadosamente una serie de reglas a fin de no favorecer una forma de operación respecto de otra, en particular las que rigen: *a*) las modalidades para hacer efectiva la oponibilidad a terceros; *b*) el momento en que surte efecto dicha oponibilidad si se han cumplido los requisitos; *c*) sus efectos sobre el derecho del comprador o arrendatario a otorgar garantías sobre los bienes, y *d*) el régimen que regula los bienes de consumo. Concretamente, para que el comprador o arrendatario pueda beneficiarse al máximo de los bienes corporales adquiridos en el marco del enfoque no unitario, los Estados tendrían que poder estar facultados para otorgar una garantía real sobre los bienes sujetos al derecho de retención de la titularidad o de arrendamiento financiero (véase la recomendación 190).

b) *Oponibilidad general a terceros en las operaciones de financiación de adquisiciones*

103. Como se ha señalado (véase el capítulo III, sobre la oponibilidad de una garantía real frente a terceros, párrafos 29 a 46), el mecanismo general correspondiente en el caso de las garantías ordinarias es la inscripción (véase la recomendación 32). Al igual que en el caso de la inscripción de una garantía real sin fines de adquisición, la de las garantías reales ordinarias tiene por objeto notificar a terceros la posible existencia de una garantía

y servir de base para determinar la prelación entre un acreedor garantizado y un reclamante concurrente. En general, la inscripción promueve la competencia en el mercado crediticio al brindar información que permite a los financiadores evaluar mejor los riesgos que corren.

104. Por esa razón, la *Guía* recomienda que la oponibilidad a terceros de todo tipo de operaciones de financiación de adquisiciones debería generalmente estar subordinada a la inscripción de una notificación en el registro general de garantías reales. Cuando para lograr la oponibilidad a terceros respecto de operaciones garantizadas ordinarias la *Guía* recomienda también otros mecanismos (por ejemplo, posesión, inscripción en un registro especial, constancia en un título o certificado), éstos deberían también estar disponibles como recurso para lograr la oponibilidad de las garantías reales para financiar adquisiciones (véanse las recomendaciones 178 y 188).

105. Con arreglo al enfoque unitario, será necesario coordinar la inscripción de las garantías reales del pago de la adquisición y sin fines de adquisición en el registro general correspondiente para promover una mayor certeza en el orden de prelación de los reclamantes concurrentes (para un análisis de la prelación en relación con la financiación de adquisiciones, véanse los párrafos 116 a 182 *infra* y las recomendaciones 180 a 185). A fin de actuar con la mayor eficacia, suele ser necesario que los financiadores que se propongan realizar desembolsos en el futuro sepan si una garantía real del pago de la adquisición es reclamada por otro acreedor garantizado. En ocasiones esto ocurre porque el acreedor que reclama esta garantía debe notificar su intención a los acreedores garantizados interesados antes de la entrega (véase la recomendación 180, variante A, apartado ii) *b.* del párrafo *b.*, en el caso de las existencias). Algunas veces, sin embargo, no es necesario notificar la operación a los acreedores garantizados existentes (véase la recomendación 180, variante A, en el caso de bienes corporales diferentes a existencias o bienes de consumo, y la recomendación 180, variante B, en el caso de todos los bienes corporales diferentes a bienes de consumo). En ambos casos, y particularmente cuando se adopte la variante B de la recomendación 180, es posible que los Estados deseen tener en cuenta la posibilidad de exigir a los acreedores que reclamen una seguridad real del pago de la adquisición que indiquen en la notificación que vaya a inscribirse en el registro general de las garantías reales que están reclamando una garantía real del pago de la adquisición.

106. Con arreglo al enfoque no unitario, las reglas que rigen la inscripción de una notificación de diferentes garantías deberán también coordinarse con las reglas generales relativas a la inscripción de una notificación de garantías reales. Ello requiere adaptar las reglas relativas a los derechos de retención de la titularidad y de arrendamiento financiero a las reglas que rigen la inscripción de una notificación o, menos plausiblemente, proceder en el orden inverso, y crear un registro general de garantías reales en el que puedan inscribirse las notificaciones de todas esas garantías. Juntas, ambas medidas permitirían conocer con certeza la respectiva prelación de reclamantes concurrentes que gozan de diferentes tipos de garantías de financiación de las adquisiciones (véanse los párrafos 116 a 182 *infra* y las recomendaciones 191 a 193, 195 y 198). Por otra parte, en el caso de que un acreedor reclame un derecho de retención de la titularidad o de arrendamiento financiero, los demás acreedores siempre inferirán del uso de los términos “retención de titularidad” o “arrendamiento financiero” que el derecho reclamado se hace en relación con la adquisición de un bien corporal, independientemente de que el Estado escoja la variante A o B de la recomendación 192. Por último, en el caso de que un acreedor reclame una garantía real ordinaria del pago de la adquisición conforme al enfoque no unitario, serían aplicables las recomendaciones sobre el contenido

de la notificación de una garantía real del pago de la adquisición con arreglo al enfoque unitario (véanse la recomendación 180, variantes A y B, y la recomendación 187, apartado a)). En estos casos, y particularmente cuando se adopte la variante B de la recomendación 180, es posible que los Estados deseen tener en cuenta la posibilidad de exigir a los acreedores que reclamen una seguridad real del pago de la adquisición que indiquen en la notificación que vaya a inscribirse en el registro general de las garantías reales que están reclamando una garantía real del pago de la adquisición.

107. Los principios que deberían regular los tipos de conflictos que se considerarán conflictos de prelación en el marco del enfoque unitario, incluidos los planteados cuando se utilizan mecanismos diferentes para la oponibilidad (véanse las recomendaciones 180 a 185) y las cuestiones de oponibilidad conforme al enfoque no unitario (véanse las recomendaciones 191 a 193, 195 y 198) se examinan más adelante, en la sección A.8.

c) *Período de gracia para la inscripción de determinadas operaciones de financiación de adquisiciones*

108. Muchos Estados nunca han exigido de los vendedores la adopción de medidas adicionales para oponer sus derechos a terceros. Análogamente, en los casos en que el vendedor retenía la titularidad, solía ser innecesario inscribir la correspondiente garantía. En cambio, y de conformidad con el enfoque adoptado por la mayoría de los Estados que recientemente han modernizado su legislación sobre las operaciones garantizadas, la *Guía* recomienda que vendedores, arrendadores financieros o prestamistas procedan a la inscripción o la adopción de otra medida, a fin de hacer efectiva la oponibilidad a terceros (véanse las recomendaciones 178 y 192).

109. La mayoría de los Estados que exigen la inscripción en el marco de la financiación de la adquisición procuran una mayor eficiencia del proceso concediendo a los vendedores y demás financiadores un breve “período de gracia” (por ejemplo, 20 ó 30 días) después de la entrega de los bienes vendidos o arrendados para inscribir la debida notificación. Esos períodos de gracia existen tanto en los Estados que no consideran como garantías reales la retención de la titularidad y los derechos de arrendamiento financiero, como en los que consideran que todos esos derechos son garantías reales del pago de la adquisición. La utilización del período de gracia permite, entre otras ventajas, facilitar el flujo de bienes corporales al permitir que el vendedor entregue los bienes al comprador sin tener que esperar a que él ni ningún otro financiador inscriba una notificación.

110. Con arreglo al enfoque unitario, si la notificación se inscribe dentro del período de gracia, el acreedor garantizado financiador de la adquisición de bienes que no sean existencias tiene frente a otros reclamantes la misma prelación que hubiera podido invocar de haber efectuado la inscripción en el momento de la entrega o antes de ésta. Esta norma puede limitarse a bienes que no sean existencias, ya que en este último caso la inscripción y la notificación deben preceder la entrega de los bienes corporales a fin de proteger a los acreedores garantizados preexistentes que no financien adquisiciones (véase la recomendación 180, variantes A y B).

111. Si un Estado adopta el enfoque no unitario, se deberían aplicar las mismas reglas relativas al período de gracia para la inscripción y a sus efectos a todas las operaciones de financiación de la adquisición, independientemente de la forma jurídica de la operación (véase la recomendación 192, variantes A y B).

d) *Excepciones al requisito de inscripción para las operaciones relacionadas con bienes de consumo*

112. Algunos Estados que de otra forma exigirían la inscripción de una notificación de las operaciones de financiación de la adquisición hacen una excepción si dichas operaciones se relacionan con bienes de consumo. Ello significa que no se impone al vendedor u otro financiador de la adquisición de bienes corporales destinados al uso personal, doméstico o familiar del comprador el requisito de inscripción, ni tampoco por regla general en estos casos dicho vendedor o financiador debe tomar ninguna de las medidas habitualmente necesarias para establecer la oponibilidad a terceros. Las operaciones de esa índole pasan a ser oponibles al adquirir validez entre las partes. Sucede que en esos casos es menos apremiante la necesidad de advertir a otros posibles financiadores, en especial cuando los bienes son de poco valor. En otros ordenamientos jurídicos que generalmente exigen la inscripción, sólo están exentas las operaciones de venta de bienes de consumo de un valor relativamente bajo (por ejemplo, las relacionadas con bienes de un valor máximo de 3.000 euros o su equivalente, o las operaciones sujetas a la jurisdicción de tribunales que se ocupan de demandas de pequeña cuantía).

113. En ambos tipos de regímenes, el importante mercado de financiación de la compra de vehículos automóviles normalmente se vale de un sistema que no requiere la inscripción en el registro general de garantías reales, sino en un registro especial, o que requiere una constancia en el certificado de propiedad. Además, es importante señalar que en los Estados que exigen de la inscripción en el caso de bienes de consumo, esa excepción se aplica sólo a las operaciones de venta. En otras palabras, la excepción no se aplica a una categoría determinada de bienes como tal (por ejemplo, de consumo), sino únicamente a una categoría de operaciones relacionadas con ellos (es decir, la venta de bienes corporales a un comprador por propósitos personales, domésticos o familiares). Sigue siendo necesario, pues, inscribir una notificación para lograr la oponibilidad a terceros respecto de bienes normalmente vendidos a consumidores, si se venden a un mayorista o minorista a título de existencias.

114. La exención del requisito de inscripción se aplica a los bienes corporales adquiridos a crédito, destinados al uso personal, doméstico o familiar del comprador. No obstante, si se concede un período de gracia para la inscripción de la notificación de una operación de financiación de la adquisición de bienes de equipo en el registro general de garantías reales, ese período de gracia puede hacer las veces de una exención respecto de operaciones de crédito a corto plazo que se paguen íntegramente dentro del mismo, ya que por razones prácticas el financiador no tendrá que efectuar la inscripción antes de que venza dicho plazo. En cuanto a las operaciones de financiación de la adquisición de bienes de equipo con plazos más largos de reembolso y las relacionadas con existencias en general, una exención puede ser innecesaria si el financiador está facultado a inscribir en el registro de operaciones garantizadas una única notificación referida a una serie de operaciones a corto plazo que tengan lugar durante un período más prolongado (por ejemplo, cinco años) (véanse las recomendaciones 178 y 193). Estas cuestiones se examinan detenidamente en la sección A.8.

115. Conforme al enfoque unitario, la exención del requisito de inscripción (o de otro mecanismo para hacer efectiva la oponibilidad) de las operaciones relacionadas con bienes de consumo se aplicaría independientemente de que el acreedor garantizado sea vendedor, arrendador o prestamista, ya que todos reclamarían derechos idénticos. Si se adoptase el enfoque no unitario, las reglas relativas a la exención del requisito de inscripción (o de

otro mecanismo para hacer efectiva la oponibilidad) de las operaciones relacionadas con bienes de consumo tendrían las mismas consecuencias, independientemente de la forma jurídica de la operación (véanse las recomendaciones 179 y 191).

8. *Prelación*

a) *Observaciones generales*

116. La *Guía* utiliza el término *prelación* para situaciones de concurrencia o conflicto entre un acreedor garantizado y cualquier otra persona que pueda tener derechos sobre bienes gravados con una garantía real. De ahí que el concepto de *prelación* se aplique a los casos de concurrencia de un acreedor garantizado tanto con otros acreedores (incluidos acreedores garantizados, otros acreedores garantizados financiadores de adquisiciones, acreedores que puedan invocar un privilegio previsto en la ley y acreedores judiciales), como con otros reclamantes (comprendidos propietarios anteriores, compradores, arrendatarios, licenciatarios y administrador de la insolvencia). No obstante, algunos Estados, y en especial algunos de los que no toman en consideración las garantías de retención de la titularidad y de arrendamiento financiero como garantías reales del pago de la adquisición, interpretan el concepto de *prelación* con un criterio más taxativo. Se considera que en la concurrencia entre un acreedor garantizado y otro acreedor sólo las reclamaciones de *prelación* entran en juego. Otros posibles conflictos (particularmente sólo los que afecten a anteriores propietarios y compradores subsiguientes) se resuelven en virtud del derecho de propiedad. Hecha esa salvedad, comoquiera que se caractericen los conflictos entre los diversos reclamantes posibles, se deberán especificar cuidadosamente los derechos de cada uno de ellos.

b) *Orden de prelación de los financiadores de la adquisición*

117. En el capítulo II, sobre la constitución de una garantía real, la *Guía* recomienda que un acreedor pueda obtener una garantía real ordinaria tanto sobre los bienes existentes en el momento del acuerdo como sobre los futuros (véase la recomendación 13). Recomienda también en el capítulo V que, como regla general, la *prelación* se determine en función de la fecha de inscripción de una notificación de garantía, incluso cuando se trate de bienes futuros (véanse las recomendaciones 76 y 99). Por consiguiente, a fin de fomentar la concesión de nuevos créditos para la adquisición de bienes, es necesario establecer reglas especiales de *prelación* aplicables a las situaciones de concurrencia entre los vendedores que retienen la titularidad, los arrendadores financieros y los acreedores garantizados financiadores de la adquisición, por una parte y, por otra, los acreedores garantizados preexistentes que no financien adquisiciones pero que sean titulares de derechos sobre bienes futuros del otorgante.

118. En los Estados que no consideran garantías reales los derechos de retención de la titularidad ni los arrendamientos financieros, la *prelación* relativa de las reclamaciones se determina sobre la base del derecho de propiedad del vendedor o el arrendador. Tiene *prelación* efectiva el vendedor que retiene la titularidad o el arrendador financiero respecto de los bienes vendidos frente a todos los demás reclamantes concurrentes (con excepción de determinados compradores de buena fe). Además, en la mayoría de esos regímenes, hasta que el comprador o el arrendatario adquiera la titularidad del bien, pagando la totalidad del precio o, en ciertos casos, efectuando el último pago del alquiler, ninguno de los demás acreedores del comprador o del arrendatario podrá invocar garantías reales sobre

los bienes en cuestión. En general, ni un acreedor garantizado con una garantía real sobre bienes futuros ni un prestamista financiador de la adquisición pueden invocar una garantía real sobre los bienes que se adquieren. En el mejor de los casos esos acreedores garantizados pueden reclamar un derecho sobre el valor pagado por el comprador o el arrendatario, a condición de que se haya dejado constancia en la notificación inscrita en el registro, del tipo de bien no corporal considerado entre los cubiertos por la garantía. Análogamente, los acreedores judiciales y el representante de la insolvencia pueden ejercer los derechos contractuales del comprador o del arrendatario, pero a menos que el ordenamiento jurídico permita al comprador o al arrendatario gravar su derecho de expectativa, ningún acreedor garantizado podrá embargar los propios bienes.

119. Por último, en la mayoría de esos Estados nunca puede haber un conflicto de concurrencia entre prestamistas que presenten sus reclamaciones como financiadores de la adquisición y vendedores que retengan su titularidad o arrendadores financieros. En primer lugar, por las razones aducidas, el comprador o el arrendatario no tienen bienes sobre los cuales el prestamista pueda ejercer una garantía real del pago de la adquisición. En segundo lugar, es muy infrecuente que el prestamista adquiera el derecho de expectativa del comprador o del arrendatario (por ejemplo, aceptando una cesión condicional del derecho con sujeción a la obligación de transferirlo nuevamente al comprador o arrendatario una vez pagado el préstamo). Y aunque el prestamista pudiera asumir tal derecho, éste se consideraría normalmente una especie de prenda, o de venta con derecho de rescate y no un derecho derivado de una operación de financiación de una adquisición. Si el régimen permitiese tales operaciones, el prestamista que hubiera adquirido derecho de expectativa de propiedad tendría un derecho que podría oponerse a cualquier otro reclamante que invocase derechos derivados del comprador o del arrendatario, incluidos los compradores, los acreedores garantizados, los acreedores judiciales y el administrador de insolvencia. Sin embargo, ese derecho siempre quedaría subordinado a los derechos de propiedad del vendedor que hubiera retenido la titularidad o del arrendador financiero. En otras palabras, en esos regímenes el principal medio de que un prestamista pueda adquirir prelación frente a otros acreedores y reclamantes sería adquiriendo la garantía de retención de la titularidad del comprador o de arrendamiento financiero del arrendador.

120. En los Estados que siguen el enfoque plenamente integrado están igualmente protegidos los derechos de prelación del vendedor o del arrendador que proporcionan financiación para la adquisición. Siempre que el vendedor que retiene la titularidad, el arrendador financiero o un reclamante similar inscriba una notificación en el registro general de garantías reales dentro de un breve período contado a partir de la entrega de los bienes y, tratándose de existencias, tome ciertas medidas adicionales que se examinan más adelante, gozará de prelación frente a todos los demás demandantes (exceptuados determinados compradores de buena fe). Además, en estos Estados, el prestamista que ofrezca crédito al comprador para adquirir bienes será también un acreedor garantizado financiador de la adquisición con prelación frente a otros reclamantes, de la misma forma que un vendedor o arrendador. Esto significa que, a diferencia de la situación en los Estados que no aplican el enfoque plenamente integrado, puede haber más de un acreedor que reclame una garantía real. Por consiguiente, conforme a ese enfoque, se necesita para tales casos una nueva norma de prelación. En estos Estados siempre se dispone que el vendedor que ha retenido la titularidad, el arrendador financiero y el vendedor que transfiere el título pero adquiere una garantía real de adquisición ordinaria tendrán prelación sobre cualquier otro financiador, como un banco, incluso si éste hubiese opuesto a terceros su garantía real antes que el vendedor o arrendador. Así pues, en los Estados que siguen el enfoque

unitario, el vendedor y el arrendador tienen, frente a todos los demás demandantes, la misma prelación preferente en relación con los demás reclamantes que el vendedor que retiene la titularidad o el arrendador financiero en regímenes que no tratan estas operaciones como operaciones garantizadas.

121. Si bien los derechos en virtud de las operaciones de financiación de la adquisición serán normalmente oponibles mediante la inscripción en el registro general de garantías reales, muchos Estados prevén asimismo otros mecanismos para hacer efectiva la oponibilidad a terceros. Uno de ellos (por ejemplo, la posesión por el acreedor garantizado) surtirá generalmente los mismos efectos que la inscripción y podrá considerarse una alternativa a la misma. Por consiguiente, en caso de que el financiador de la adquisición —como, por ejemplo, el vendedor que haya retenido la titularidad o el arrendador financiero o el vendedor que constituya una garantía real— haga oponibles a terceros sus derechos en virtud de la posesión, dentro del período de gracia estipulado, sería aplicable el principio general de prelación. Habida cuenta del objetivo de la financiación de adquisiciones, es por cierto muy improbable aunque teóricamente posible la idea de que el financiador de la adquisición pueda retener la posesión. Los Estados que también permiten a los prestamistas obtener garantías reales obtendrán un resultado idéntico.

122. Cuando el acreedor garantizado hace oponible su garantía real sin fines de adquisición mediante la inscripción en un registro especial, algunos Estados suelen disponer que esa inscripción dará prelación al acreedor, incluso sobre inscripciones anteriores en el registro general de garantías reales o sobre la oponibilidad establecida en virtud de una posesión previa. Para que los registros especiales sean más útiles, esos Estados adoptan una regla similar respecto de los financiadores de adquisiciones. De ahí se desprende que la garantía real de un financiador garantizado inscrita en el registro especial no tendría prelación ni siquiera sobre otra sin fines de adquisición también inscrita previamente en ese registro.

123. Conforme al enfoque unitario de la *Guía*, todos los acreedores garantizados, ya sea vendedores, arrendadores o prestamistas, están sujetos al mismo régimen de prelación y deben adoptar medidas idénticas para asegurar su prelación relativa (véase la recomendación 178). Después, tienen derecho a reclamar la prelación incluso sobre acreedores preexistentes que posean garantías reales sin fines de adquisición sobre los bienes futuros del otorgante. Dado que la garantía real del pago de una adquisición no está sujeta a la norma general que establece la prelación en función del momento de la inscripción, esta posición preferente de una garantía real suele denominarse “prelación absoluta”. En una situación de conflicto de prelación entre los acreedores garantizados que han tomado todas las medidas necesarias para hacer efectiva la oponibilidad a terceros de sus derechos, el momento de la inscripción generalmente determina su prelación relativa en virtud de los mismos principios aplicables a las garantías reales de financiación sin fines de adquisición (véanse las recomendaciones 178 y 180). La única diferencia entre las distintas categorías de acreedores garantizados es que, en una situación de concurrencia entre un proveedor (vendedor o arrendador) y otro acreedor que invocan una garantía real para financiar adquisiciones, el proveedor tendría siempre prelación, independientemente de las respectivas fechas de inscripción de las garantías (véase la recomendación 182). Si una garantía real se hace oponible a terceros mediante su inscripción en un registro especial o una constancia en el certificado de titularidad, la inscripción o la constancia igualmente otorgarán al acreedor que las realice prelación sobre los financiadores de adquisiciones que hubiesen inscrito sus garantías en el registro general de garantías reales o tomado posesión dentro del período de gracia (véase la recomendación 181).

Si bien podría establecerse que una garantía real del pago de una adquisición inscrita en el registro especial tendría prelación incluso sobre una garantía real sin fines de adquisición inscrita en dicho registro, con el fin de evitar cualquier interferencia con estos registros la *Guía* no formula ninguna recomendación al respecto y la cuestión queda pendiente para que se regule en otra ley.

124. Si adoptan el enfoque no unitario para lograr la equivalencia funcional, probablemente los Estados tendrían que introducir ligeras modificaciones en sus regímenes vigentes. En primer lugar, sería necesario dar a los financiadores, que no sean vendedores que hayan retenido la titularidad ni arrendadores financieros pero que hayan proporcionado crédito para la adquisición, la prelación privilegiada de vendedores y arrendadores, mediante la constitución de una garantía real. En tales casos, es importante que se establezcan reglas equivalentes relativas a la prelación de los derechos de los vendedores o arrendadores, independientemente de la forma jurídica de la operación (véanse las recomendaciones 187 y 188). En segundo lugar, y de manera concomitante, en un conflicto entre el vendedor que retiene la titularidad, el arrendador financiero o el vendedor que obtiene una garantía real del pago de la adquisición, por un lado, y, por otro, el financiador de la adquisición que no sea el vendedor o arrendador, sería necesario asegurar que la prelación corresponda al vendedor o arrendador, sea cual fuere la fecha de inscripción de una notificación de esos diversos derechos (véanse las recomendaciones 187 *a*) y 192). Ello será la consecuencia natural en el caso del vendedor que retenga la titularidad o del arrendador financiero, pero si el vendedor transfiere la titularidad al comprador y obtiene una garantía real, sería necesario estipular que la garantía real del vendedor tendrá siempre prelación sobre cualquier otra garantía real del pago de una adquisición. En lo que respecta a los registros especiales, la tendrá el vendedor que retenga la titularidad o el arrendador financiero inscrito como propietario en el registro especial. Ningún otro acreedor del comprador o del arrendador puede inscribir una garantía real en ese registro, de modo que el vendedor o el arrendador tendrán prelación simplemente en virtud de la inscripción de su derecho de propiedad. El principio relativo a la prelación de la inscripción en registros especiales sólo será aplicable en los casos en que el vendedor transfiera el título al comprador y adquiriera una garantía real del pago de una adquisición.

c) *Prelación de los derechos reales en garantía de la financiación de adquisiciones de bienes de consumo*

125. Los principios generales de prelación que se acaban de exponer establecen un marco para estructurar los derechos reales de los financiadores en garantía de la financiación de adquisiciones cuando varios de ellos sean concurrentes respecto del mismo bien corporal. No obstante, no todos los bienes corporales cumplen la misma función económica ni son objeto de operaciones comerciales del mismo tipo. En consecuencia, muchos Estados han establecido distinciones entre las distintas categorías de bienes (en particular, bienes de equipo y existencias, pero frecuentemente también entre bienes comerciales y de consumo) en el marco de la financiación sin fines de adquisición. Por ejemplo, en algunos Estados hay mecanismos de garantía llamados de diferentes maneras disponibles según el tipo de bien (por ejemplo, una promesa de compra de equipos agrícolas o comerciales, una transferencia de bienes en existencia o un gravamen flotante por concepto de existencias). En los Estados con sistemas plenamente integrados en que impera un concepto genérico de garantía real, estos diferentes tipos de mecanismos han desaparecido. Sin embargo, incluso en estos Estados, las distinciones entre los diferentes tipos de bienes

subsisten cuando están en cuestión garantías reales para financiar adquisiciones. De ahí el interés de examinar la forma en que los Estados han abordado la financiación de la adquisición en relación con las diferentes categorías de bienes.

126. Muchos Estados, independientemente de haber adoptado o no el enfoque plenamente integrado respecto de garantías reales de operaciones garantizadas, establecen normas especiales para los bienes de consumo. Como excepción al principio general, en dichos Estados los derechos de los financiadores de la adquisición de bienes de consumo son oponibles a terceros sin que sea necesaria su inscripción en el registro general de garantías reales, ni la posesión por el acreedor. En consecuencia, el momento indicado para que se haga efectiva la oponibilidad a terceros coincide con el momento en que se hace válido el acuerdo entre el vendedor y el comprador, el arrendador y el arrendatario o el prestatario, según proceda. Por tanto, la prelación de una garantía real del pago de una adquisición, de una garantía de retención de la titularidad o arrendamiento financiero sobre cualquier garantía real sin fines de adquisición constituida por el comprador, arrendatario o prestatario debería adquirirse automáticamente desde que el derecho adquiere validez entre las partes.

127. En virtud del enfoque unitario, los financiadores de la adquisición de bienes de consumo pueden reclamar una prelación frente a los demás acreedores garantizados sin necesidad de oponer sus derechos a terceros mediante la inscripción o la posesión. Salvo cuando los bienes de consumo estén sujetos a la inscripción en un registro especial o una constancia en el certificado de titularidad, el orden de prelación de los financiadores de la adquisición se adquiere al constituirse la garantía real del pago de una adquisición (véase la recomendación 179).

128. Los Estados que adopten el enfoque no unitario tendrían que establecer reglas equivalentes que otorguen prelación a los derechos del vendedor o arrendador sobre garantías reales que un comprador de bienes de consumo pueda haber otorgado previamente sobre bienes futuros, sin que sea necesaria su inscripción o la toma de posesión para su oponibilidad a terceros. Esta prelación podría basarse en la retención de la titularidad del vendedor o la propiedad del arrendador financiero o, en el caso del vendedor o arrendador que constituye una garantía real, en el principio general aplicable a las garantías reales del pago de una adquisición de bienes de consumo (véase la recomendación 191).

d) *Prelación de los derechos reales en garantía de la financiación de adquisiciones de bienes corporales distintos de las existencias y de los bienes de consumo*

129. En la mayoría de los Estados que no consideran las garantías de retención de la titularidad ni los arrendamientos financieros como garantías reales, no suelen plantearse situaciones de concurrencia entre financiadores de la adquisición y sin fines de adquisición. Casi nunca se autoriza a los acreedores no garantizados preexistentes que no financian adquisiciones, adquirir derechos sobre bienes que aún no son propiedad del otorgante, mientras que otros prestamistas no están en general facultados a reclamar una prelación especial cuando financian la adquisición de bienes corporales. Aun cuando sea posible constituir una garantía real en la expectativa de adquirir la propiedad, ésta sólo adquiere validez una vez que el vendedor o el arrendador han cobrado íntegramente lo adeudado. Sólo a partir de entonces puede haber una auténtica concurrencia entre reclamantes, como acreedores garantizados, acreedores judiciales, administradores de insolvencia, subadquirentes y subarrendatarios cuyos derechos se originan en el comprador o el arrendatario.

No obstante, en los casos en que el propio vendedor obtiene una garantía real del pago de una adquisición en vez de retener la titularidad y está en concurrencia con una garantía real preexistente sin fines de adquisición, es preciso establecer reglas para determinar cuándo tendrá prelación la garantía del vendedor. Si se trata de bienes de equipo, suele existir un solo bien o a lo sumo una cantidad reducida de bienes individualizables que se venden o arriendan y que, además, no se compran para ser revendidos a corto plazo. Por esa razón, la mayoría de los Estados no exigen que los vendedores que retienen su titularidad o los arrendatarios financieros de bienes de equipo tomen más medidas para reclamar la propiedad que las necesarias para la oponibilidad a terceros, como condición de asegurar su propiedad.

130. En los Estados que adoptan un enfoque unitario, todos los acreedores garantizados financiadores de la adquisición deben tomar exactamente las mismas medidas para poder invocar su prelación especial. Una vez efectuada la inscripción, antes o dentro del período de gracia, tras la entrega de los bienes de equipo al otorgante, la garantía real sobre el nuevo bien de equipo tiene prelación sobre las garantías preexistentes constituidas sobre los futuros equipos del otorgante. Además, también en estos Estados, dado que la financiación de los bienes de equipo suele referirse a un solo bien (o una cantidad relativamente reducida de bienes individualizables) que no se compra para ser revendido en breve, no suele exigirse que los acreedores garantizados tomen más medidas que las necesarias para hacer efectiva la oponibilidad a terceros y hacer valer su garantía real.

131. Conforme al enfoque unitario de la *Guía*, todos los acreedores garantizados financiadores de la adquisición de bienes de equipo pueden reclamar una prelación, frente a los acreedores garantizados que no hayan financiado la adquisición, sobre su garantía real de adquisición, siempre y cuando hayan efectuado la inscripción correspondiente en el registro general de garantías reales dentro del período de gracia estipulado (véase la recomendación 180, variante A, apartado *a*), y variante B).

132. Los Estados que adoptan el enfoque no unitario tendrían que establecer normas equivalentes en materia de prelación de los derechos del vendedor o del arrendatario respecto de derechos preexistentes sobre futuros bienes de equipo, sea cual fuere la forma jurídica de la operación. Es decir, que incluso si el comprador o arrendatario tiene autorización para otorgar una garantía real sobre el bien de equipo sobre el cual sólo tendrá un derecho de expectativa de adquirir la propiedad hasta haber pagado por completo el precio de compra o haberse finalizado el contrato de arrendamiento, y aun si dicha garantía abarca bienes futuros y es oponible a terceros con anterioridad a la fecha de la venta, el vendedor que haya retenido la titularidad o el arrendador financiero tendrán prelación si inscriben una notificación de su garantía dentro del mismo período de gracia concedido a un financiador de la adquisición. Análogamente, el vendedor que transfiere su titularidad pero retiene una garantía real del pago de una adquisición o el prestamista que financia la adquisición y obtiene una garantía real también tendrá prelación si inscribe la notificación dentro del período de gracia estipulado (véase la recomendación 192, variante A, apartado *a*), y variante B).

e) *Prelación de los derechos reales en garantía de la financiación de las adquisiciones de existencias*

133. Es frecuente que entre un acreedor garantizado financiador de la adquisición y otro con una garantía real sin fines de adquisición surja un conflicto de prelación respecto de existencias. En tales casos, entran en juego consideraciones diferentes de las aplicables

a la adquisición de bienes de equipo. A diferencia de los financiadores de la adquisición de bienes de equipo, los de existencias suelen otorgar crédito en función del conjunto de existencias actuales o futuras a corto plazo e incluso tal vez día tras día. Este conjunto puede variar constantemente a medida que se venden, fabrican o adquieren existencias. A fin de obtener cada nuevo desembolso de crédito, el otorgante suele presentar al prestamista facturas o una certificación que indican la situación real de las existencias que servirán de garantía para el nuevo desembolso de crédito.

134. En los Estados que no consideran las garantías de retención de la titularidad y de arrendamiento financiero como garantías reales, la prelación de los derechos se determina en función del derecho de propiedad del vendedor o arrendador. Es altamente improbable que las existencias se adquirieran en virtud de un arrendamiento financiero, ya que su característica principal es estar destinadas a la venta. En los casos de los derechos de retención de la titularidad, es particularmente precaria la posición de un prestamista que financia la adquisición de existencias. Todo nuevo adelanto se efectuará en general en el supuesto de que todas las nuevas existencias se adquirirán en virtud de una operación de retención de la titularidad. Es preciso entonces que el acreedor determine qué parte de las existencias ha sido efectivamente pagada en su totalidad. Esto dificulta la obtención por el prestatario de nuevos adelantos garantizados por el conjunto de existencias. No obstante, el vendedor tiene prelación sobre la base de su propiedad de las existencias aún no pagadas. Sólo una vez que el comprador las haya pagado otros acreedores podrán invocar sus derechos sobre ellas.

135. En los Estados que siguen el enfoque unitario, los derechos de los financiadores de existencias están más asegurados. Si los bienes adquiridos adicionalmente por el otorgante son existencias, la garantía real del pago de su adquisición tendrá prelación sobre cualquier garantía sin fines de adquisición si la notificación se ha inscrito en el registro general correspondiente antes de su entrega al otorgante. Además, en algunos Estados que adoptan este enfoque, los financiadores de existencias preexistentes que hayan inscrito sus derechos deben ser notificados directamente de que se ha invocado una garantía de mayor prelación sobre las nuevas existencias suministradas. Esta regla se aplica porque no sería eficiente exigir que el financiador de existencias sin fines de adquisición consulte el registro cada vez que efectúa un adelanto sobre la base de un conjunto inestable de existencias. Para no imponer una carga excesiva a los acreedores garantizados, puede efectuarse una sola notificación general a todos los financiadores sin fines de adquisición preexistentes de todos los envíos realizados al mismo comprador durante un plazo importante (por ejemplo, cinco años o el período de oponibilidad de la inscripción). Ello supondría que, una vez notificados estos financiadores, sería innecesario luego notificar dentro del plazo de tiempo asignado cada una de las múltiples operaciones relativas a existencias entre el acreedor garantizado y la parte adquirente de las existencias.

136. Los requisitos adicionales habituales en los Estados que siguen el enfoque plenamente integrado se adoptan para las garantías reales del pago de una adquisición de existencias. Es decir, que los correspondientes acreedores garantizados pueden invocar la prelación absoluta sobre los financiadores sin fines de adquisición únicamente si, antes de la entrega de las existencias al otorgante, inscriben una notificación en el registro general de garantías reales indicando que invocan una garantía real y que notifican además por escrito a los financiadores sin fines de adquisición (véase la recomendación 180, variante A, apartados *b*) y *c*). Conforme a este enfoque, los acreedores garantizados financiadores de la adquisición no dispondrán, después de que el comprador obtenga la posesión de los bienes correspondientes, del período de gracia para poder inscribir la notificación de su garantía real.

137. Si bien todos los Estados que han adoptado el enfoque plenamente integrado proceden según lo expuesto, es concebible un régimen que no establezca distinciones entre las existencias y los bienes de otro tipo, incluidos los de consumo. De ser así, los principios por que se rigen los bienes distintos de las existencias se aplicarían también a las garantías reales del pago de una adquisición de existencias. Se aplicaría la misma regla a todos los bienes corporales, es decir que bastaría con la inscripción de una notificación dentro de un determinado plazo a partir del momento de la entrega de los bienes (véase la recomendación 180, variante B).

138. Un Estado que adoptara un enfoque no unitario se hallará ante la misma alternativa. Por una parte, deberían establecerse reglas equivalentes en relación con la prelación de los derechos del comprador sobre los derechos preexistentes sobre existencias futuras independientemente de la forma jurídica de la operación. Es decir, que aunque el vendedor que haya retenido la titularidad siga siendo propietario de los bienes entregados, las reglas que rigen la venta de existencias deben adaptarse de modo que la titularidad del vendedor tenga prelación frente a los derechos preexistentes sobre las existencias futuras sólo en las mismas condiciones que si sus derechos dimanaran de una garantía real del pago de la adquisición constituida por ese vendedor (véase la recomendación 192, variante A, apartados *b*) y *c*)). En otras palabras, según este enfoque, el vendedor, arrendador financiero o prestamista que invoque una garantía real del pago de una adquisición debería inscribir antes de la entrega de las existencias al comprador una notificación en el registro general de su garantía real, y además de notificar por escrito a los financiadores sin fines de adquisición inscritos anteriormente.

139. Por otra parte, los Estados también podrían decidir que no debería establecerse distinción alguna entre bienes de equipo y existencias. Un vendedor que retiene la titularidad, un arrendador financiero o un prestamista que invoque una garantía real del pago de la adquisición de existencias sólo tendría que inscribir una notificación de su garantía real en el registro general correspondiente, antes o dentro del período de gracia, tras la entrega de los bienes al comprador o al arrendatario (véase la recomendación 192, variante B).

f) *Operaciones múltiples de financiación de adquisiciones*

140. En muchas situaciones, el vendedor u otro financiador de la adquisición concede créditos para la compra de varios bienes. Esa financiación puede referirse, por ejemplo, a múltiples ventas con las respectivas entregas de existencias o ventas múltiples de diversos bienes de equipo. En estos casos, habrá que decidir si los derechos de prelación especiales otorgados al financiador deberían abarcar la totalidad de las existencias o bienes de equipo financiados sin necesidad de consignar el precio de compra correspondiente a cada operación. En este caso, se dice que el régimen autoriza las “garantías cruzadas”.

141. En muchos Estados que no consideran mecanismos de garantía las operaciones con retención de la titularidad ni los arrendamientos financieros, generalmente no se plantea la cuestión de las garantías cruzadas. En el caso habitual de venta con retención de la titularidad u otra operación similar, el contrato de venta o arrendamiento se aplica únicamente a los bienes vendidos o arrendados. Así pues, aunque el mismo acuerdo pueda abarcar varias entregas, no abarca múltiples ventas. La prelación del vendedor o arrendador como propietario se limitaría a cada venta o alquiler concretos. Sin embargo, algunos de estos Estados permiten que la garantía de retención de la titularidad se extienda disponiendo, por ejemplo, que en la venta de existencias las partes pueden convenir una cláusula sobre “todas las sumas adeudadas” o sobre “cuenta corriente”. Si se recurre a esas cláusulas,

el vendedor retiene la titularidad de los bienes vendidos hasta que el comprador le pague todo lo que le adeuda y no sólo la deuda dimanante del contrato de venta en cuestión. No obstante, en algunos Estados los tribunales suelen calificar los contratos de venta con retención de la titularidad que contienen cláusulas sobre “todas las sumas adeudadas” o sobre una “cuenta corriente” de mecanismos de garantía.

142. En los Estados que han adoptado el enfoque unitario, la norma general es que las garantías cruzadas no obstan a la prelación especial de las garantías reales del pago de una adquisición, al menos en el caso de las existencias. Ello significa que el acreedor garantizado puede invocar su prelación especial respecto de las existencias financiadas sin tener que vincular concretamente ninguna deuda pendiente por una venta, un arrendamiento o un bien gravado en particular. Sin embargo, en estos casos, la prelación no se extiende a otras existencias o bienes cuya adquisición no haya sido financiada por dicho acreedor.

143. Según el enfoque unitario de la *Guía*, el objetivo es permitir una máxima flexibilidad al acreedor garantizado que financie la adquisición de existencias, y reducir al mínimo los trámites conexos a las operaciones múltiples de adquisición en que intervenga. Por este motivo, basta una sola inscripción para abarcar operaciones múltiples, y una sola notificación a los acreedores que tengan garantías reales sobre existencias del mismo tipo adquiridas ulteriormente permitiendo abarcar las garantías reales del pago de la adquisición en el marco de operaciones múltiples entre las mismas partes sin necesidad de especificar cada operación (véanse las recomendaciones 68, 178 y 180, variante A, apartado c)). En caso de que un Estado decida no establecer una distinción entre existencias y bienes de equipo, la simple inscripción sería suficiente y no sería necesario notificar al financiador de las existencias que hubiese inscrito la garantía con anterioridad (véanse las recomendaciones 68, 178, 180, variante B, apartado b)).

144. Según el enfoque no unitario de la *Guía*, como el contrato de venta o arrendamiento normalmente sólo se aplica a los bienes vendidos o arrendados, sería necesario modificar las reglas relativas a los derechos de retención de la titularidad y de arrendamiento financiero de modo de permitir las garantías cruzadas. Además, en el caso de que un vendedor o cualquier financiador garantizado constituyan una garantía real sobre las existencias, deben poder ejercer un derecho de garantías cruzadas de la misma forma que en virtud del régimen unitario (véanse las recomendaciones 192, variante A, apartado c), y 193). En caso de que un Estado decida no establecer una distinción entre existencias y bienes de equipo, bastaría una simple inscripción y no sería necesario notificar al financiador de existencias que hubiese inscrito la garantía previamente (véanse las recomendaciones 192, variante B, apartado b), y 193).

g) *Prelación de los derechos de los financiadores de la adquisición respecto de los derechos de los acreedores judiciales*

145. En el capítulo V, sobre la prelación de garantías reales, la *Guía* recomienda que los derechos de los acreedores en cuyo favor se dicte una sentencia, y que adopten las medidas de ejecución requeridas para adquirir derechos sobre el activo del deudor, en general, tengan prelación sobre los de acreedores garantizados existentes respecto de los anticipos del crédito efectuados después de ser informados de los derechos del acreedor judicial (véase la recomendación 84). Cuando el derecho concurrente en cuestión es una garantía de retención de la titularidad, arrendamiento financiero o garantía real del pago de una adquisición, se debe tener en cuenta un conjunto ligeramente diferente de consideraciones según la clase de bienes corporales de que se trate. Por ejemplo, si los bienes son de

consumo, el financiador de la adquisición no tendrá la obligación de inscribir su garantía o tomar posesión de ellos a efectos de su oponibilidad a terceros. De ahí que los derechos de propiedad del vendedor que retiene la titularidad o del arrendatario financiero serán oponibles a terceros en cuanto se celebre la operación y no existirá conflicto de prelación alguno con el acreedor judicial puesto que éste sencillamente no podrá incautar los bienes de una persona que no sea su deudor. Análogamente, en el caso de bienes de consumo, difícilmente se plantearán conflictos entre el acreedor garantizado y el judicial ya que en esas operaciones casi nunca se prevé la concesión de créditos futuros.

146. Si se trata de existencias, el financiador de la adquisición debe tener la posesión de los bienes o haber inscrito su garantía (si se adopta la variante A de las recomendaciones 180 y 192) y notificado de su garantía a los acreedores garantizados inscritos con anterioridad a la entrega de las existencias al comprador. Por ende, el acreedor judicial que no pueda inscribir o que no haya inscrito una notificación sobre su sentencia no estará notificado de los posibles derechos del financiador de la adquisición o del acreedor con garantía real de pago. Cuando los Estados permitan que tal acreedor judicial inscriba una notificación de la sentencia en el registro general de garantías reales y consideren a los acreedores judiciales que han registrado tales notificaciones como acreedores garantizados, estos acreedores judiciales recibirán notificación del acreedor con garantía real del pago de una adquisición. No obstante, en algunos casos (como el de bienes de equipo en el marco de la variante A de las recomendaciones 180 y 192, o de las existencias y los bienes de equipo conforme a la variante B de las recomendaciones 180 y 192) el financiador de la adquisición dispone de un período de gracia para inscribir sus derechos. Como sucede con los bienes de consumo, no es frecuente que el financiador de la adquisición de equipos otorgue un crédito futuro. Hecha esta aclaración, si un acreedor judicial procura ejecutar la sentencia dictada contra los bienes de su deudor, en general no debería poder frustrar los derechos de un financiador de la adquisición que haya añadido un valor adicional a la masa de la deuda objeto de la sentencia.

147. En virtud del enfoque unitario de la *Guía*, mientras un acreedor con garantía real del pago de una adquisición oponga sus derechos dentro del período de gracia, tendrá prelación incluso sobre los acreedores judiciales que inscriban los suyos durante ese mismo período (véase la recomendación 183).

148. Conforme al enfoque no unitario, debería brindarse una protección similar a los vendedores que hayan retenido la titularidad, los arrendadores financieros y los acreedores garantizados que hayan inscrito la notificación de su garantía dentro del período de gracia estipulado. En los dos primeros casos, es así porque el vendedor que retiene la titularidad y el arrendador financiero simplemente retienen la propiedad del bien. Sin embargo, si el financiador de la adquisición es un vendedor o un prestamista que invoca una garantía real del pago de la adquisición, esta garantía goza de prelación especial si su inscripción se efectúa dentro del plazo de gracia (véanse las recomendaciones 187, apartado a), y 183).

h) *Prelación de los derechos de los financiadores de una adquisición sobre los bienes incorporados a bienes muebles, masas o productos*

149. La *Guía* recomienda en el capítulo V, sobre la prelación de garantías reales, que la garantía real sobre un bien incorporado a un bien mueble que se haga oponible a terceros mediante la inscripción en un registro especial o una constancia en el certificado de titularidad tenga prelación sobre una garantía real sobre los bienes muebles considerados, inscrita posteriormente en el registro de las garantías reales o anotada en el certificado de

titularidad (véase la recomendación 89). La recomendación se basa en que las garantías reales oponibles a terceros conservan su validez incluso después de que el bien gravado haya pasado a ser accesorio fijo de otros. En tales casos, si dos o más garantías reales gravan el bien en el momento en que se convierte en accesorio fijo, seguirían gozando de prelación relativa. Con respecto a una masa de bienes o producto acabado (o, en otras palabras, a bienes mezclados), la *Guía* recomienda que las garantías reales pasen a ellos y, si se trata de dos o más garantías, conserven su prelación relativa sobre los mismos (véase la recomendación 90).

150. Sin embargo, tanto en el caso de los bienes incorporados a un bien mueble como en el de los bienes mezclados, será necesario también determinar la prelación relativa de las garantías constituidas sobre los diferentes bienes corporales que resulten unidos por incorporación o mezcla. La *Guía* prevé que se apliquen las reglas ordinarias de prelación de modo que la fecha de inscripción en el registro general de garantías reales determine la prelación, a menos que una de las garantías reales sea del pago de la adquisición. Una garantía real del pago de una adquisición constituida sobre una parte de un bien mezclado tendría prelación frente a una garantía real sin fines de adquisición inscrita anteriormente (y posiblemente incluso sobre una garantía real del pago de la adquisición) concedida por el mismo otorgante sobre la totalidad de la masa de bienes o del producto (véase la recomendación 92). No obstante, la *Guía* no se pronuncia acerca de si un derecho sobre un bien incorporado para garantizar el pago de su adquisición debería tener prelación sobre los derechos inscritos anteriormente no vinculados a una adquisición (incluso para el pago de una adquisición), que otorgue el mismo otorgante sobre los bienes corporales a los que el bien está incorporado.

151. En los Estados que no consideran garantías reales la retención de la titularidad ni los arrendamientos financieros, las reglas generales de prelación expuestas en el capítulo V, sobre la prelación de garantías reales, no se aplicarían directamente a la financiación de adquisiciones. El capítulo examina situaciones en que todas las formas de operación garantizada se consideran garantías reales en virtud del enfoque general unitario y funcional. Sin embargo, en el contexto de la financiación de adquisiciones los derechos relativos de las partes dependen de las reglas generales que rigen los bienes accesorios incorporados. Normalmente, si el accesorio se pudiera separar sin ocasionar daño al bien al que está incorporado, el vendedor que haya retenido la titularidad conservaría su propiedad. De lo contrario, será preciso determinar cuál de los dos tiene mayor valor. Si es el bien corporal cuya propiedad ha retenido el vendedor, éste adquiere la propiedad de la totalidad, con sujeción sólo a la obligación de abonar el valor del otro bien. En caso contrario, el vendedor pierde su derecho de propiedad y podrá solamente reclamar al nuevo propietario el valor del bien que antes era suyo.

152. Con arreglo al enfoque unitario de la *Guía*, los acreedores garantizados financiadores de la adquisición que posean garantías sobre bienes incorporados y bienes mezclados podrán, por lo general, invocar una prelación especial sobre los financiadores sin fines de adquisición. Es decir, que gozarán de prelación frente a todos los demás acreedores garantizados que reclamen un derecho sobre el bien accesorio o los bienes corporales mezclados o elaborados. Tendrán asimismo prelación frente a los acreedores garantizados no financiadores de la adquisición del bien al que esté incorporado el accesorio o con el que esté mezclado, al menos por el valor del accesorio, y tendrán igualmente prelación sobre los acreedores garantizados no financiadores de la adquisición con una garantía real sobre la totalidad de la masa de bienes o el producto (véanse las recomendaciones 90 a 92).

153. Un Estado que adopte el enfoque no unitario debería establecer reglas equivalentes relativas a la prelación de los derechos del vendedor frente a los demás derechos sobre el accesorio o el bien corporal que vaya a ser mezclado o elaborado, independientemente de la modalidad jurídica de la operación. En otros términos, pese a que el vendedor que retiene la titularidad de un accesorio fijo pueda perder su propiedad, debería poder invocar su prelación ya sea respecto de la parte de la masa de bienes o del producto acabado o del accesorio que se vende. El mecanismo exacto mediante el cual tendrían que ajustarse las reglas relativas a los bienes incorporados a bienes muebles dependerá de las disposiciones detalladas de la ley en cada Estado que opte por el enfoque no unitario. La *Guía* recomienda una regla general que permita, tanto a los vendedores que retengan la titularidad como a los arrendadores financieros, invocar una garantía real del pago de la adquisición en los casos en que su derecho de propiedad no sea oponible a terceros (véase la recomendación 194). Este principio podría adaptarse de modo que fuera aplicable a las situaciones en las que el derecho de propiedad del vendedor o del arrendador se extingue por ley.

i) *Prelación de los derechos de los financiadores de la adquisición de bienes incorporados a bienes inmuebles*

154. En el capítulo V, sobre la prelación de una garantía real, la *Guía* recomienda que, tras la incorporación, una garantía real sobre bienes incorporados a bienes inmuebles oponible a terceros en virtud del régimen de propiedad inmobiliaria tenga prelación frente a una garantía constituida sobre esos mismos accesorios, oponible en virtud del régimen de operaciones garantizadas. Inversamente, si la garantía real sobre bienes corporales se hace oponible antes de la incorporación y se inscribe en el registro de propiedad inmobiliaria, tendrá prelación frente a las garantías reales sobre los bienes inmuebles inscritas posteriormente (véanse las recomendaciones 87 y 88). La lógica de esas disposiciones se debería aplicar también a las garantías con retención de la titularidad, de arrendamiento financiero y las garantías reales para financiar adquisiciones.

155. Los derechos del financiador de la adquisición sobre un bien corporal que se incorpore deberían tener prelación frente a otros gravámenes existentes sobre el bien inmueble, siempre que el derecho del financiador se haya inscrito en el registro de la propiedad inmobiliaria dentro de un plazo razonable después de la incorporación. En ese caso, la persona que invoque un gravamen existente sobre el bien inmueble efectuó los anticipos del crédito basándose en el valor del bien inmueble en el momento del desembolso y no tiene expectativa de que el accesorio se podría utilizar para satisfacer su reclamación. Sin embargo, en los casos en que el gravamen preexistente sobre el bien inmueble sea garantía de un préstamo destinado a financiar la construcción, ese mismo supuesto no tendría validez, y las razones para preservar la prelación privilegiada del acreedor garantizado financiador de la adquisición tendrían menos fuerza.

156. Según el enfoque unitario de la *Guía*, es posible establecer una regla única que rija esos casos, ya que el derecho del acreedor garantizado financiador de la adquisición siempre será una garantía real. El acreedor con garantía real del pago de la adquisición que tome las medidas necesarias para oponerla a terceros mediante su inscripción en el registro de la propiedad inmobiliaria tendrá prelación, excepto contra un crédito para la construcción garantizado por el inmueble (véase la recomendación 184). Naturalmente, si el acreedor garantizado financiador de la adquisición no registrara su garantía en el registro general de garantías reales dentro del período de gracia, dicho acreedor garantizado

financiador de la adquisición sencillamente tendría una garantía sin fines de adquisición sujeta a las recomendaciones aplicables en general a las garantías.

157. Si el Estado adopta un enfoque no unitario será menester, sin embargo, adaptar las reglas relativas a los bienes incorporados para que resulten funcionalmente equivalentes, independientemente de la forma de la operación. Sería preciso, en otras palabras, establecer que normalmente las garantías de retención de la titularidad y de arrendamiento financiero seguirán siendo oponibles a terceros que tengan derechos sobre el bien inmueble, a condición de que el vendedor o el arrendador las haya inscrito en el registro de propiedad inmobiliaria poco tiempo después de que el bien se convirtiera en accesorio del inmueble. Por el contrario, el vendedor que haya retenido la titularidad y el arrendador financiero perderán su prelación ante un financiador de la construcción incluso si la titularidad de los bienes incorporados no pasa automáticamente al propietario del bien inmueble (como sucedería si los bienes vendidos con retención de la titularidad o alquilados en virtud de un arrendamiento financiero se incorporasen plenamente al inmueble) (véase la recomendación 195). Análogamente, el vendedor o prestamista con una garantía real del pago de la adquisición tendrá prelación si vuelve a inscribirla en el registro de la propiedad inmobiliaria dentro del mismo breve período. Por último, sería preciso establecer que, si el vendedor o el arrendador no inscribe sus garantías en el registro general de garantías reales dentro del período de gracia (véase la recomendación 195), el vendedor o arrendador sencillamente tendrán una garantía sin fines de adquisición sujeta a las recomendaciones aplicables en general a las garantías reales (véase la recomendación 196).

j) *Prelación general de la financiación de adquisiciones sobre el producto*

158. Muchas veces, el financiador de la adquisición sabe que el comprador volverá a vender los bienes. Es obviamente el caso de las existencias, pero puede suceder que un fabricante u otra empresa comercial venda bienes de equipo existentes para adquirir otros más modernos. Como consta en el capítulo II, sobre la constitución de garantías reales, la garantía real ordinaria sobre bienes corporales suele extenderse al producto de su enajenación (véase la recomendación 19). En el caso de la financiación de adquisiciones, esta extensión plantea tres cuestiones distintas. La primera reside en determinar si una extensión similar es posible cuando la financiación de la adquisición se produce mediante una garantía de retención de la titularidad o de arrendamiento financiero. La segunda consiste en determinar si la prelación especial de la financiación de la adquisición se aplica también al producto. La tercera consiste en determinar si las reglas que rigen tal reclamación deberían ser las mismas independientemente de que se adquieran bienes de equipo o existencias.

159. Si bien el caso es por demás infrecuente, algunos Estados que no consideran las garantías con retención de la titularidad ni los arrendamientos financieros como garantías reales permiten que el vendedor o arrendador haga extensiva su reclamación de propiedad sobre el producto de la venta de los bienes si este producto reviste la forma de bienes corporales del mismo tipo que los vendidos, por ejemplo, un vehículo que reciba el vendedor como parte de pago para la compra de otro nuevo. Cuando el producto de la enajenación es en forma de créditos por cobrar, el derecho de propiedad se extingue automáticamente. Con todo, en algunos Estados, las garantías de retención de la titularidad y arrendamiento financiero sobre los bienes originalmente gravados se convierten en garantías reales sobre productos no corporales, si bien cabe reiterar que no se trata de una práctica habitual.

160. La *Guía* recomienda que una garantía con retención de la titularidad o un arrendamiento financiero debe permitir que el vendedor o arrendador reclame un derecho sobre el producto y que, en consonancia con la política de casi la totalidad de los pocos Estados que ya extienden la garantía de retención de la titularidad al producto, este derecho siempre se considere una garantía real y no una extensión del derecho de propiedad (véase la recomendación 197). Las cuestiones segunda y tercera, relativas al producto de los bienes vendidos con arreglo a retención de la titularidad u objeto de un arrendamiento financiero, se examinan en las dos subsecciones siguientes.

k) *Prelación de la financiación de la adquisición sobre el producto de bienes corporales que no sean existencias ni bienes de consumo*

161. En los Estados que no consideran las garantías de retención de la titularidad ni los arrendamientos financieros garantías reales, el caso de que el vendedor o el arrendador reclame derechos especiales sobre el producto de la venta de un bien de equipo, si bien posible en teoría, no suele plantearse. Ello explica por qué la legislación que regula la venta o el arrendamiento generalmente limita la garantía de retención de la titularidad del vendedor o el derecho de propiedad del arrendador sólo a los bienes vendidos o arrendados. En los casos de enajenación no autorizada, el vendedor o arrendador tiene la posibilidad de recuperar el bien de la persona a la que ha sido traspasado. A veces, es sin embargo imposible localizar el bien, aunque se puedan identificar los bienes o la suma recibidos en relación con su enajenación. Además, en ciertos casos el vendedor o el arrendatario permiten la venta de los bienes a condición de que su titularidad se extienda al producto de la venta. En ambas situaciones, pocos Estados permiten que el vendedor o arrendatario reclame la propiedad conforme al principio de la “subrogación del derecho de propiedad” del producto de los bienes vendidos mediante una operación de retención de la titularidad o arrendamiento financiero, siempre que dicho producto sean bienes corporales del mismo tipo que los bienes gravados originales. Tratándose de un contrato de venta, se suele hacer referencia a las garantías del vendedor como “retención prolongada de la titularidad”. Sin embargo, en la mayoría de los casos en que tal extensión es posible la garantía de retención de la titularidad o de arrendamiento financiero no se mantiene como una garantía de la titularidad, sino que se convierte en garantía sobre el producto.

162. En algunos Estados que siguen el enfoque plenamente integrado, la prelación especial de una garantía de la financiación de la adquisición se extiende sólo a los bienes correspondientes y no al producto de su enajenación. Es decir, que mientras el financiador de la adquisición retenga una garantía real sobre el producto en virtud del principio general, no puede invocar la prelación especial de una garantía de la financiación de la adquisición. En otros Estados la prelación especial puede extenderse también a su producto identificable, al menos en el caso de operaciones relativas a bienes de equipo. Como el otorgante no suele adquirir nuevos bienes de equipo con miras a su reventa inmediata, difícilmente se perjudique a otros acreedores garantizados si la prelación especial de una garantía real del pago de la adquisición de un bien de equipo se extiende al producto de su enajenación. Si el bien se vuelve obsoleto o el otorgante ya no lo necesita, y luego lo vende o enajena de otro modo, frecuentemente solicitará al acreedor garantizado que lo libere de la garantía para poder enajenarlo libre de gravámenes. De lo contrario, la enajenación quedará sujeta a la garantía real, y difícilmente un comprador u otro cesionario pague el valor íntegro del bien. A cambio de la liberación, lo común es que el acreedor garantizado controle el pago del producto de la enajenación, por ejemplo, exigiendo que se le efectúe directamente contra las obligaciones garantizadas. En esas circunstancias,

es improbable que otro acreedor invoque una garantía real constituida directamente sobre bienes del otorgante que sean producto de la enajenación de los bienes de equipo inicialmente gravados con una garantía real del pago de su adquisición.

163. Según el enfoque unificado de la *Guía*, se supone que, a diferencia de las existencias, el bien de equipo no es renovado constantemente. La vigilancia del acreedor garantizado sobre su enajenación corrobora la conclusión de que la prelación especial concedida a los acreedores garantizados debe extenderse al producto de la enajenación y de los bienes abarcados por la garantía real del pago de la adquisición (véase la recomendación 185, variante A, apartado a)). Si un Estado decide no establecer una distinción entre las existencias y los bienes de equipo, será necesario determinar si la prelación de la garantía real del pago de la adquisición debería hacerse extensiva al producto. Dado que el conjunto de ventas del que surgirá el producto serán ventas de existencias, la *Guía* recomienda que, en el caso de los bienes de equipo, la garantía real sobre el producto debería gozar de la misma prelación que una garantía real no destinada al pago de una adquisición (véanse los párrafos 169 y 170 *infra* y la recomendación 185, variante B).

164. Si el Estado aplica el enfoque no unitario, las reglas relativas al mantenimiento de una prelación especial en cuanto al producto de la enajenación de bienes de equipo deberían tener las mismas consecuencias frente a otros reclamantes, independientemente de la forma jurídica de la operación. Vale decir que la prelación especial del vendedor que ha retenido la titularidad o el arrendador debería ser exigible sobre el producto de la enajenación, ya sea reteniendo la titularidad del vendedor o el arrendador sobre el producto o dándole en reemplazo una garantía con el mismo derecho de prelación que el de un vendedor que haya constituido una garantía real del pago de una adquisición. Como es poco frecuente que los Estados permitan a los vendedores o los arrendadores invocar derechos de propiedad sobre productos no corporales, la *Guía* recomienda, para mantener la coherencia respecto de todas las formas de producto, que las garantías reales del pago de la adquisición que el vendedor y el arrendador mantengan sobre los bienes inicialmente gravados originarios se conviertan en una garantía real sobre el producto (véase la recomendación 197).

165. Sería también necesario disponer la oponibilidad a terceros de esta garantía real sobre el producto mediante reglas relativas a la inscripción de la notificación u otro mecanismo para hacer efectiva la oponibilidad (véase la recomendación 198). Por último, también se debería prever que, en tales casos, esta garantía tiene la misma prelación frente a otros reclamantes como si fuera una garantía real del pago de la adquisición constituida por el vendedor o arrendador. Si un Estado decide establecer una distinción entre las existencias y los bienes de equipo, el control que ejerza el vendedor que retiene la titularidad o el arrendador financiero sobre la enajenación de los bienes requiere que se mantenga la prelación especial concedida a los acreedores con garantía real del pago de la adquisición de bienes de equipo (véase la recomendación 199, variante A, apartado a)). Si un Estado decide no establecer distinciones entre las existencias y los bienes de equipo, será necesario determinar si la prelación de la garantía real del pago de la adquisición o del arrendamiento financiero debería ser exigible en el producto. Como el producto procederá de un conjunto de ventas de bienes de equipo, la *Guía* recomienda que la garantía real sobre el producto debería gozar de la misma prelación que una garantía real sin fines de adquisición (véanse los párrafos 171 y 172 *infra* y la recomendación 199, variante B, primera oración). Por la misma razón, se debería aplicar un principio similar al producto de una garantía real del pago de la adquisición sobre todo tipo de bienes gravados (véase la recomendación 199, variante B, segunda oración).

1) *Prelación de la financiación de la adquisición sobre el producto de la venta de existencias*

166. La situación con respecto al producto de la venta de existencias difiere de la atinente al producto de la de bienes de equipo por tres razones. En primer lugar, se prevé que las existencias se vendan como parte de las operaciones comerciales habituales de una empresa. En segundo lugar, el producto de la venta de existencias consistirá principalmente en créditos por cobrar y no en una combinación de permutas y créditos por cobrar. Por ejemplo, un vendedor de muebles por lo general no acepta los muebles usados del comprador como parte del pago. En tercer lugar, a menudo un acreedor garantizado preexistente, al conceder al otorgante crédito para financiar capital de explotación, lo desembolsará en entregas periódicas o incluso diarias, basándose en su garantía real de mayor prelación sobre un conjunto en constante cambio de créditos por cobrar existentes y futuros como bienes gravados originarios. Quizás al otorgante no le resulte posible ni práctico separar los créditos que sean el producto de existencias gravadas con una retención de la titularidad, un arrendamiento financiero o con una garantía real del pago de la adquisición, de otros créditos por cobrar sobre los que un acreedor preexistente haya constituido una garantía real. Aunque tal separación resultase posible o práctica al otorgante, tendría que hacerlo de manera transparente para ambos financiadores y reduciendo al mínimo el control por ambos.

167. Sin tal separación rápida y transparente para ambos financiadores que minimizase su control, se correría un importante riesgo de que el acreedor garantizado preexistente que concedió una financiación garantizada contra créditos por cobrar haya supuesto erróneamente que gozaba de una garantía real de mayor prelación sobre todos los créditos por cobrar del otorgante. También existe el peligro de una controversia entre el acreedor garantizado preexistente y el vendedor que ha retenido la titularidad, el arrendador financiero o un acreedor garantizado sobre cuál de ellos tiene prelación sobre cuál producto. Todos esos riesgos, sumados a cualquier costo concomitante del control, pueden redundar en que el crédito se deniegue o aumente su costo, ya que si la prelación de la garantía del financiador de la adquisición no se extiende al producto de la venta de las existencias, éste puede negarse a conceder el crédito u otorgarlo a un costo mayor.

168. No obstante, es posible reducir ese riesgo en un aspecto importante. Por ejemplo, si la prelación de la retención de la titularidad, del arrendamiento financiero o de la garantía real del pago de una adquisición constituidos sobre las existencias no se extiende al producto en forma de créditos por cobrar, el financiador de los créditos por cobrar preexistente que tenga una garantía real anterior en futuros créditos por cobrar del otorgante podría conceder más crédito basado en tales créditos, sabiendo que tiene una garantía real de mayor prelación en tales créditos por cobrar que el financiador de la adquisición de las existencias. Esto también beneficia al financiador de la adquisición porque los desembolsos efectuados por el financiador de los créditos por cobrar pueden permitir al otorgante pagar las existencias adquiridas por el otorgante. El importe del anticipo hecho por el acreedor garantizado preexistente debería ser suficiente para permitir al otorgante abonar puntualmente el precio de compra al vendedor de las existencias. Ello obedece a que normalmente las tasas de los anticipos hechos contra créditos por cobrar son mucho más altas que las de los anticipos efectuados contra existencias, y porque el monto de los créditos por cobrar refleja un precio de reventa de las existencias muy superior al costo que tienen para el vendedor. Por ello, resolver esta cuestión de prelación de este modo fomenta la financiación de la adquisición de existencias y la financiación de créditos por cobrar.

169. Conforme al enfoque unitario, la complejidad de determinar qué créditos por cobrar se derivan de la enajenación de bienes gravados con una garantía real del pago de la adquisición, y la amplia utilización de créditos por cobrar como bienes gravados con una garantía real separada son razones convincentes para recomendar la limitación de la prelación especial concedida a las garantías de pago sobre las existencias al producto de la enajenación que no sean créditos por cobrar u otros derechos de pago, como instrumentos negociables, derechos al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria y derechos de recibir el producto en virtud de una promesa independiente. En consecuencia, si los Estados establecen una distinción entre producto de bienes de equipo y producto de existencias, también suelen distinguir entre diversas clases de producto. En esos Estados, si el producto de existencias adopta la forma de créditos por cobrar o cualquier otro derecho de pago, la garantía real tiene la prelación de una garantía real sin fines de adquisición. En el supuesto de que el producto adoptase cualquier otra forma, la garantía real seguirá gozando de la prelación de una garantía real del pago de la adquisición, a condición de que el acreedor con garantía real del pago de la adquisición haya notificado la existencia de su garantía a los acreedores garantizados que inscribieron una notificación respecto de una garantía real sobre bienes de la misma especie que el producto de las existencias (véase la recomendación 185, variante A, apartado *b*)).

170. Si bien todos los Estados que siguen el enfoque plenamente integrado adoptan la posición mencionada, cabe suponer que no se establezca distinción alguna entre el producto de la venta de existencias y el de la venta de bienes distintos de las existencias o de los de consumo. En ese caso, los Estados podrían establecer que los principios que rigen los bienes distintos de las existencias o de bienes de consumo también se deberían aplicar a las garantías reales del pago sobre existencias. Sin embargo, como la garantía sobre el producto se extendería también a las deudas por cobrar y otros derechos de pago relacionados con las existencias, situación en la cual los conflictos con los financiadores de créditos por cobrar serán frecuentes, la *Guía* recomienda que las garantías reales constituidas sobre todo tipo de producto no gocen de la prelación especial de una garantía real del pago de la adquisición, sino sólo de la prelación conforme a las reglas generales aplicables a las garantías reales sin fines de adquisición (véase la recomendación 185, variante B).

171. Un Estado que adopte el enfoque no unitario recomendado en la *Guía* se hallaría ante la misma alternativa. Si se establece una distinción entre los bienes de equipo y las existencias, la prelación especial concedida a los vendedores que retienen la titularidad, a los arrendadores financieros y a los acreedores con garantía real del pago de la adquisición de las existencias no debería extenderse al producto de la enajenación en forma de deudas por cobrar y demás garantías de pago, independientemente de la forma jurídica de la operación de financiación de la adquisición. Sin embargo, los Estados podrán optar por mantener la prelación especial de que goza el vendedor que retiene la titularidad, el arrendador financiero o el acreedor con garantía real de pago de la adquisición sobre el producto de las existencias que revistan la forma de bienes corporales, a condición de que el vendedor que retiene la titularidad, el arrendador financiero o el acreedor con garantía real de pago de la adquisición notifique su garantía real a los acreedores garantizados que hayan inscrito la notificación de una garantía real sobre bienes de la misma especie que el producto de las existencias (véase la recomendación 199, variante A, apartado *b*)).

172. También cabe suponer que no se establezca ninguna distinción entre el producto de las existencias y el producto de los bienes distintos de las existencias y los bienes de consumo. En esta hipótesis, los Estados podrían prever que se aplicarían los principios

que rigen los bienes distintos de las existencias a las garantías del pago de la adquisición constituidas sobre existencias. Sin embargo, como la garantía sobre el producto también se extenderá a los créditos por cobrar y otros derechos de pago sobre existencias, fuente de frecuentes conflictos con los financiadores de créditos por cobrar, la *Guía* recomienda que las garantías reales constituidas sobre el producto de cualquier tipo no gocen de la prelación especial de una garantía real para financiar adquisiciones, sino de una prelación conforme a las reglas generales aplicables a las garantías reales sin fines de adquisición (véase la recomendación 199, variante B).

m) *Prelación entre las garantías de los financiadores concurrentes de la adquisición*

173. En los diversos conflictos de prelación ya analizados en la presente sección, los reclamantes concurrentes hacen valer diferentes garantías sobre bienes corporales. Es decir, los conflictos que se plantean, por una parte, entre las garantías de un vendedor que ha retenido la titularidad, un financiador de la adquisición o un acreedor garantizado financiador de la adquisición, y por otra, principalmente un acreedor garantizado que no la ha financiado. No obstante, en pocos casos el conflicto puede plantearse entre dos demandantes, cada uno de los cuales invoca garantías derivadas de una operación de financiación de la adquisición. La circunstancia habitual en que puede suceder, según la legislación aplicable, es cuando el prestamista conceda crédito al comprador para que éste abone un pago inicial y el vendedor también le ofrezca crédito por el resto del precio de compra del bien.

174. En los Estados que no consideran las garantías de retención de la titularidad ni los arrendamientos financieros como garantías reales, la prelación relativa de las garantías se determina sobre la base del derecho de propiedad del vendedor o arrendador. A menos que el régimen permita a otros acreedores obtener una garantía real sobre el derecho de expectativa del comprador, no debería plantearse un conflicto entre propietarios y acreedores garantizados. Además, incluso si existiera la posibilidad de que un acreedor obtuviese una garantía real sobre el derecho de expectativa de un comprador o un arrendatario, éste no se haría efectivo hasta que se hubiera abonado íntegramente lo adeudado al vendedor o al arrendador. En otras palabras, en la mayoría de esos ordenamientos jurídicos nunca podrá haber un conflicto directo entre prestamistas que invoquen derechos en virtud de una operación de financiación de la adquisición y un vendedor o arrendador. La única forma de que el prestamista obtuviera un derecho real en garantía de la financiación de la adquisición sería obteniendo una cesión de la obligación garantizada del vendedor que retiene la titularidad o del arrendador financiero.

175. Por añadidura, en los Estados que no consideran las garantías de retención de la titularidad ni los arrendamientos financieros como garantías reales, suele ser posible que un vendedor (pero no un arrendador) traspase al comprador la titularidad del bien y obtenga a cambio una garantía real. Algunas veces el vendedor tiene esos derechos por ley, pero a menudo se derivan también de un acuerdo entre el vendedor y el comprador. En tales casos, el comprador bien puede otorgar garantías reales concurrentes sobre el bien que se adquiere. A veces, esos derechos serán garantías reales concedidas después de la compra del bien. Sin embargo, menos comúnmente, dichas garantías pueden constituirse de antemano, en virtud de una garantía real general que se extiende a los bienes actuales y futuros. No obstante, incluso cuando el prestamista efectúa anticipos del crédito para que el comprador pueda adquirir los bienes, el derecho que obtiene sobre los mismos se

considera siempre una garantía real sin fines de adquisición. Lo cual significa que en la mayoría de los Estados que no consideran las garantías de retención de la titularidad ni los arrendamientos financieros como garantías reales, los prestamistas no pueden acceder directamente a la prelación especial concedida a un vendedor que transfiere la propiedad a un comprador y constituye a cambio una garantía real del pago de la adquisición. Una vez más, en la mayoría de esos Estados, la única forma de que un prestamista adquiera tal prelación especial es obteniendo del vendedor que haya constituido para sí esa garantía real la cesión de la obligación garantizada.

176. En los Estados que adoptan el enfoque unitario, los derechos de prelación del vendedor y el arrendador están protegidos, ya que están caracterizados como garantías reales del pago de la adquisición y gozan de la misma prelación preferente en virtud de la prelación especial de la “garantía real de crédito para la compra”. Esa prelación privilegiada también se concede a los vendedores que simplemente obtienen una garantía real sobre el bien y a los prestamistas que dan anticipos a los prestatarios para que puedan adquirir esos bienes. En otras palabras, en el marco del enfoque plenamente integrado cabe la posibilidad de un auténtico conflicto entre más de una garantía real del pago de la adquisición. Según la regla normal de prelación, en dichos Estados, al igual que entre garantías reales del mismo tipo concurrentes, prevalece la primera en inscribirse o, si se utiliza otro mecanismo para obtener la oponibilidad, prevalece la primera que la haga valer. Sucede, por ejemplo, igual que entre dos prestamistas que invocan un derecho real en garantía de la financiación de la adquisición, es decir, tendrá prelación el que se haya inscrito en primer término. Es posible, con todo, que un vendedor que invoque una garantía real del pago de una adquisición inscriba su notificación después de un prestamista que también ha financiado la adquisición. En tal caso, estos sistemas priman sobre la regla normal de prelación, a fin de proteger al vendedor del bien vendido. El vendedor que opone a terceros su garantía real del pago de la adquisición tendrá prelación incluso sobre prestamistas con garantías similares preexistentes.

177. Con arreglo al enfoque unitario de la *Guía*, en todo conflicto entre un vendedor y un prestamista que invoquen una garantía real del pago de la adquisición, tendrá prelación la del vendedor, independientemente de las fechas respectivas en que las garantías se hayan hecho oponibles a terceros (véase la recomendación 182). Además, en un caso de concurrencia de dos garantías reales del pago de la adquisición constituidas por prestamistas se aplica la regla normal, es decir, que la prelación se determinará en función de la fecha en que las respectivas garantías de los dos prestamistas se registraron o entraron en vigor frente a terceros, según lo que ocurra primero (véase la recomendación 76, apartado c)).

178. Los Estados que opten por el enfoque no unitario decidirán en primer término si se permitirá a los financiadores que no sean vendedores ni arrendadores constituir garantías reales sobre los bienes que adquiera su prestatario que pueden hacer efectiva la prelación preferente de una garantía real del pago de la adquisición. De no ser así, nunca se producirá un conflicto entre dos o más financiadores. La *Guía* recomienda que, incluso si el bien se vende mediante un arreglo de retención de la titularidad o está sujeto a un arrendamiento financiero, el comprador pueda otorgar una garantía sobre el bien vendido o arrendado (véase la recomendación 190, primera oración). Recomienda asimismo que los prestamistas financiadores de la adquisición estén autorizados a invocar una garantía real de la financiación de la adquisición (véanse las recomendaciones 187 y 188). En consecuencia, los Estados que adopten el enfoque no unitario tendrán que hacer frente a una posible competencia entre los financiadores de la adquisición. Si ésta se plantea entre un vendedor que haya retenido la titularidad o un arrendador financiero y un prestamista,

el vendedor o el arrendador siempre tendrán prelación como corolario de su derecho de propiedad. Las garantías del prestamista que ofrece financiación para la adquisición siempre estarán subordinadas a los derechos de propiedad del vendedor o del arrendador. Por ello, la suma máxima que el prestamista podría reclamar en virtud de su garantía real del pago de la adquisición se limitará al valor del bien que exceda de la cantidad adeudada al vendedor o al arrendador financiero (véase la recomendación 190, segunda oración). Si, en cambio, la competencia se da entre un vendedor o un arrendador y un prestamista que invocan sendas garantías reales de la financiación de la adquisición, a fin de lograr el mismo resultado, los Estados deberán adoptar una norma que prevea su prelación independientemente de las respectivas fechas en que se hayan hecho oponibles a terceros. Por añadidura, deberán especificar también que, al igual que entre las garantías reales del pago de la adquisición constituidas por financiadores que no sean ni vendedores ni arrendadores, la prelación de éstas se determinará en función de la fecha en que las respectivas garantías de los dos prestamistas se registraron o entraron en vigor frente a terceros, según lo que ocurra primero, sea cual fuere la forma de la operación. Ésta es la posición que se recomienda en la *Guía*, es decir, que el régimen de las garantías reales del pago de las adquisiciones aplicable en el marco de un enfoque no unitario debería ser idéntico al régimen adoptado en el marco de un enfoque unitario (véase la recomendación 187, apartado a), en que se incorpora el principio reflejado en la recomendación 182).

n) *Efecto de la no oponibilidad a terceros de las garantías de los financiadores de la adquisición*

179. Normalmente, el vendedor que ha retenido la titularidad, el arrendador financiero o el vendedor o el prestamista que obtenga una garantía real sobre bienes adquiridos por el comprador velarán por que se tomen todas las medidas necesarias para hacer su garantía oponible a terceros. En el caso de garantías con retención de la titularidad o de arrendamiento financiero esto supone seguir uno de los métodos para hacer efectiva la oponibilidad y, de requerirse una inscripción en el registro general de garantías reales, efectuarla dentro del plazo indicado (véase la recomendación 192). Lo mismo es válido, se haya adoptado o no un enfoque unitario, en el caso de las garantías reales del pago de una adquisición (véanse las recomendaciones 180 y 192).

180. No lograr la oponibilidad a terceros dentro del plazo aplicable tiene importantes consecuencias para todos los financiadores de la adquisición. Si un acreedor garantizado no se inscribe a tiempo (véanse los párrafos 108 a 111 *supra*), no por ello perderá su garantía, puesto que la garantía real sigue igualmente siendo oponible entre las partes. Siempre que el acreedor garantizado haya tomado las medidas necesarias para hacer valer la oponibilidad a terceros, incluso una vez expirado el período de gracia, será considerado un acreedor garantizado ordinario que no es financiador de una adquisición sujeto a las reglas generales de prelación aplicables a las garantías reales. Vale decir que no podrá invocar una garantía real para financiar adquisiciones ni reclamar una prelación especial relacionada con ese derecho.

181. La situación es un tanto diferente si el vendedor que ha retenido la titularidad o el arrendador financiero no hacen efectiva oportunamente la oponibilidad de sus garantías. En tales casos, el vendedor o el arrendatario pierden el beneficio de su propiedad y, en lo que respecta a las garantías de terceros, la titularidad del bien vendido o arrendado se transfiere al comprador o arrendatario. La pérdida total de garantías es una grave consecuencia de que no se tomen las medidas necesarias para hacer valer oportunamente la

oponibilidad a terceros. Para paliar esa consecuencia, y para que el resultado sea el mismo que en el caso de las garantías reales del pago de una adquisición, es necesario convertir la garantía del vendedor o del arrendador que no entraron en vigor frente a terceros puntualmente en una garantía real ordinaria, sujeta a las reglas generales de prelación aplicables a las garantías reales (véase la recomendación 194).

182. Debería llegarse a un resultado similar en otros casos en que el vendedor que haya retenido la titularidad o el arrendador financiero se vean privados de su derecho de propiedad. Por ejemplo, si el vendedor o el arrendador no inscribe la notificación de su garantía de retención de la titularidad ni de su arrendamiento financiero de un bien corporal que se incorpora a un bien inmueble, una vez incorporado y dentro del plazo previsto en la recomendación 195, el vendedor o el arrendador pierden su derecho de propiedad sobre dicho accesorio incorporado. Sin embargo, después de hacer efectiva la oponibilidad, sí pueden invocar una garantía real ordinaria (véase la recomendación 196).

9. *Derechos y obligaciones de las partes con anterioridad al incumplimiento*

183. Como ya se ha señalado (véase el capítulo VI, sobre las garantías y obligaciones de las partes, párrafos 8 a 13), en la mayoría de los Estados hay muy pocas reglas imperativas que rigen los derechos y obligaciones de las partes con anterioridad al incumplimiento. La inmensa mayoría de las reglas y principios aplicables no son imperativos y las partes pueden libremente desestimarlos. Además, en su mayoría los derechos y obligaciones de las partes anteriores al incumplimiento dependerán de la forma en que cada Estado conciba la naturaleza jurídica de la operación de financiación de la adquisición.

184. En los Estados que no consideran las garantías de retención de la titularidad ni los arrendamientos financieros como garantías reales, el régimen que regula los derechos y obligaciones anteriores al incumplimiento, aplicables a las garantías reales sin fines de adquisición, no puede simplemente transponerse al régimen que regula la financiación de la adquisición. Las reglas aplicables a las garantías reales sin fines de adquisición, constituidas por el vendedor, por el arrendador o el prestamista, reflejarán las reglas aplicables a las garantías reales sin fines de adquisición. Sin embargo, ya se trate de una garantía de retención de la titularidad, de un arrendamiento financiero o de una garantía similar, será necesario ajustar la formulación de esas reglas.

185. Habida cuenta de que el objetivo es lograr la equivalencia funcional entre todas las operaciones de financiación, a menudo se requerirá la inversión de los supuestos de incumplimiento respecto de las prerrogativas de la propiedad. En otras palabras, normalmente el propietario (el vendedor que retiene la titularidad o el arrendador financiero) tiene el derecho de utilizar el bien y percibir los frutos civiles y naturales que produzca un bien. Por lo general, es el propietario el que corre el riesgo de pérdida y, por ende, tiene la obligación principal de cuidar del bien, mantenerlo, conservarlo en buen estado y asegurarlo. Generalmente el propietario tiene el derecho a gravar el objeto y enajenarlo. En consecuencia, para lograr la equivalencia funcional, los Estados tendrán que establecer una combinación de reglas imperativas y no imperativas que confieran cada una de esas prerrogativas y obligaciones al comprador y no al vendedor o al arrendador.

186. Los Estados que adopten el enfoque unitario no necesitarán ocuparse directamente de esta cuestión puesto que una garantía real del pago de una adquisición es simplemente un tipo de garantía real. Por ello, sólo sería necesario aplicar las reglas ordinarias

relativas a los derechos y obligaciones anteriores al incumplimiento a todas las operaciones de financiación de adquisiciones, sea cual fuere su forma concreta. Es decir, que no hay razón para suponer que las obligaciones relativas al uso de los bienes gravados, a la preservación del valor de los bienes garantizados, la percepción de los frutos civiles y naturales o ingresos, y los derechos a gravar o enajenar los bienes deban ser diferentes simplemente porque se trata de una garantía real del pago de una adquisición. Si los acreedores garantizados financiadores de la adquisición y los otorgantes desean acordar una distribución diferente de los derechos y las obligaciones, se les debería permitir hacerlo exactamente en el mismo marco que el aplicable a las operaciones garantizadas sin fines de adquisición (véanse las recomendaciones 110 a 113).

187. No obstante, si un Estado adopta el enfoque no unitario, los derechos y obligaciones concretos de las partes con anterioridad al incumplimiento tendrán que formularse con mayor detalle a fin de lograr la equivalencia funcional. A menudo las reglas pertinentes tendrán que promulgarse como excepciones al régimen ordinario de derechos de propiedad. Como ya se ha señalado (véase el capítulo VI, sobre las garantías y obligaciones de las partes, párrafos 14 y 15), la mayoría de las reglas aplicables antes del incumplimiento no serán de carácter vinculante. Sin embargo, puesto que el régimen no imperativo aplicable al incumplimiento debería establecer un conjunto de condiciones aplicables a los derechos y obligaciones anteriores al incumplimiento que a juicio del legislador las partes elegirían para lograr más eficientemente el propósito de un mecanismo de garantía, los Estados que adopten el enfoque no unitario deberían tratar de promulgar reglas de carácter no imperativo que reflejen las ya promulgadas para regular las garantías reales del pago de una adquisición constituidas por vendedores o prestamistas. Hacerlo tendría la ventaja adicional de especificar claramente el derecho del comprador a otorgar una garantía sobre su derecho de expectativa y confirmar su derecho a utilizar, transformar o elaborar el bien en una forma razonable compatible con su naturaleza y finalidad (véanse las recomendaciones 110 a 113).

10. Ejecución

188. El análisis realizado en el capítulo VIII, sobre la ejecución de garantías reales, ilustra cómo en la mayoría de los ordenamientos jurídicos las reglas relativas al ejercicio de los derechos con posterioridad al incumplimiento proceden directamente de la caracterización en ese sistema de los derechos de que se trate. Por ejemplo, muchos sistemas consideran determinados derechos como “derechos reales” y establecen recursos especiales para asegurar su ejercicio efectivo. Otros derechos se caracterizan como “derechos personales” y normalmente se ejercen interponiendo una acción judicial ordinaria. En tales sistemas, tanto el derecho de propiedad como las garantías reales sobre los bienes corporales son “derechos reales” que se hacen valer mediante una acción *in rem* (una acción real que afecta a “la cosa”). Aunque los pormenores del ejercicio de los derechos reales mediante acciones reales pueden variar considerablemente según el derecho de propiedad en cuestión y la configuración del derecho procesal de un Estado, la mayoría de las reglas que rigen el ejercicio de los derechos con posterioridad al incumplimiento son vinculantes. Como tales, las partes no podrán desestimarlas en una operación de financiación de la adquisición.

189. En los Estados que no consideran las garantías de retención de la titularidad ni los arrendamientos financieros como garantías reales, el procedimiento para que un vendedor o un arrendador ejerza sus derechos será normalmente el mismo disponible para

toda persona que reclame la propiedad de un bien corporal. Así, por ejemplo, en caso de incumplimiento por el comprador, el vendedor que retiene la titularidad puede rescindir el acuerdo de venta y exigir la devolución del bien de su propiedad. En ese caso, y a reserva de cualquier estipulación contractual en contrario, normalmente también se exigirá al vendedor el reembolso de al menos una parte del precio pagado por el comprador. Con frecuencia, el importe del pago adeudado por el vendedor se calcula deduciendo del total del dinero que haya abonado el comprador el valor del alquiler mientras el bien se encontraba en posesión de este último más la correspondiente pérdida de valor imputable al uso.

190. En estos Estados, el vendedor que anula la venta no suele estar obligado a dar cuenta al comprador de ninguna de las ganancias obtenidas por concepto de una reventa ulterior del bien, aunque, al mismo tiempo, y salvo estipulación contractual en contrario, el vendedor no tiene ningún derecho de reclamación contra el comprador por cualquier otro elemento que no sea el daño directamente resultante del incumplimiento del contrato de venta original. En algunos regímenes los tribunales en ciertos casos también han dictaminado que en los acuerdos de retención de la titularidad está implícita la condición de que el vendedor no puede recuperar una parte mayor del bien vendido de la que sea necesaria en pago del saldo pendiente del precio de compra. Por último, en la mayoría de esos ordenamientos, ni el comprador moroso ni un tercero, como un acreedor judicial o que haya constituido una garantía en el derecho de expectativa del comprador, puede exigir al vendedor que renuncie a su derecho a recuperar el bien. Puesto que el vendedor es y ha sido siempre el propietario del bien reclamado, no puede obligársele a que lo venda como si fuera simplemente un acreedor garantizado de la adquisición que hace valer una garantía real del pago. Los únicos recursos de los acreedores judiciales, garantizados y otros con garantía real del pago de la adquisición son: *a*) con el acuerdo del vendedor o del arrendador, adquirir su garantía (quedando subrogados a las garantías del vendedor o del arrendador), o *b*) pagar cualquier saldo en virtud del contrato y luego ejercer sus derechos sobre los bienes que, como consecuencia de dicho pago, pasan a ser propiedad del comprador o arrendatario.

191. La posición del vendedor que reclama la propiedad y la posesión de un bien con la salvedad de que, habiendo transferido la propiedad al comprador, puede anular retroactivamente la venta en caso de que el comprador no abone el precio acordado (condición resolutoria) es similar a la del vendedor que retiene la titularidad. En caso de incumplimiento, la venta queda sin efecto y el vendedor recupera la propiedad. Puede entonces reclamar la posesión del bien en su calidad de propietario, a reserva de rembolsar al comprador las sumas pagadas (deducidas según corresponda en la forma ya indicada). En otras palabras, una vez que la condición resolutoria surte efecto, los derechos y obligaciones del vendedor que recupera la propiedad son idénticos a los del que retiene la titularidad.

192. La situación del arrendador financiero suele diferir apenas. El arrendamiento es un contrato de ejecución continua. El arrendatario tiene la posesión y uso continuos del bien, en tanto que el arrendador tiene un derecho al pago del alquiler. Por consiguiente, normalmente sólo se pondrá término al contrato de arrendamiento para el futuro. Ello significa que el arrendatario perderá cualquier derecho que pueda tener, con arreglo al acuerdo de arrendamiento, a comprar el bien arrendado al final del período originalmente estipulado o a adquirir automáticamente la propiedad de tal bien. Asimismo, el arrendador conservará la totalidad de los pagos recibidos en concepto de arrendamiento y el arrendatario estará obligado a devolverle todos los bienes. Sin embargo, a reserva de cualquier disposición contractual en contrario, el arrendador financiero no podrá presentar ninguna reclamación por la depreciación normal del bien. Sólo podrá reclamar indemnización por

concepto de deterioro o de depreciación excepcional. Además, a menos que el contrato de arrendamiento prevea otra cosa, generalmente los arrendadores financieros no podrán reclamar ninguna diferencia entre la suma que reciben en concepto de pagos de arrendamiento y la depreciación normal del bien arrendado.

193. Según el enfoque unitario, el acreedor garantizado financiador de la adquisición tendría los mismos derechos a recuperar el bien como cualquier otro acreedor garantizado. Ya se trate de un financiador de la adquisición, un vendedor, un arrendador o un prestamista, podrá, como se señala en el capítulo VIII, sobre la ejecución de garantías reales (véanse los párrafos 57 a 70), vender el bien o, si el otorgante u otro acreedor garantizado no tienen objeción, tomar posesión de él en pago de la obligación garantizada. En el primer caso, el acreedor podrá proceder a la venta judicial o privada del bien. Seguidamente, tendrá que reintegrar al otorgante cualquier excedente de la reventa, superior a la suma pendiente reclamada, conservando un derecho no garantizado por cualquier insuficiencia del monto de la venta (véanse las recomendaciones 152 a 155 y 178).

194. Si el Estado adopta el enfoque no unitario, será preciso introducir varios ajustes en las reglas relativas al ejercicio del derecho de propiedad del vendedor que retiene la titularidad o del arrendador financiero a fin de lograr la igualdad de trato entre todos los financiadores de la adquisición. Esos ajustes comprenderían, por ejemplo, la concesión al comprador o al arrendatario o a cualquier acreedor garantizado que tenga una garantía en el derecho de expectativa del comprador o el arrendatario, el derecho de obligar al vendedor o al arrendador a vender el bien sobre el que tiene un derecho ostensible de propiedad, en lugar de simplemente invocar ese derecho de propiedad para recuperar la posesión y, en última instancia, retener o enajenar el bien. Un acreedor garantizado financiador de la adquisición, un vendedor y un prestamista con garantías reales del pago de la adquisición pueden pretender que se les entregue el bien para satisfacer la obligación pendiente del comprador, pero el comprador u otra parte interesada pueden obligarlos a vender ese bien. La plena equivalencia funcional supondría que se facultará a los compradores y otras partes interesadas para obligar al vendedor que haya retenido la titularidad a desistir de reclamar su derecho de propiedad y vender el bien como si fuese un acreedor garantizado financiador de la adquisición. Sería también preciso adaptar los derechos del vendedor o del arrendador para exigirles que diesen cuenta de cualquier excedente en el contexto de la ejecución, y al mismo tiempo se les permitiría en caso de insuficiencia recuperar, como simples demandantes contractuales, las sumas que faltan sin tener que interponer otra acción por daños y perjuicios.

195. Es mucho más común que la venta dé lugar a insuficiencias que a excedentes. Aun así, al exigir a todo financiador de la adquisición (incluidos los vendedores que hayan retenido la titularidad y los arrendadores financieros) que dé cuenta de cualquier excedente que quede a raíz de la ejecución, al comprador y a otros acreedores que tengan una garantía en su derecho de expectativa, se alentará a éstos a que sigan de cerca el proceso ejecutorio, con lo cual aumentarán las posibilidades de obtener el valor más alto posible. De igual manera, al dar al acreedor el derecho a reclamar los débitos restantes se le permitirá ejercer su pleno derecho, lo cual aumenta la probabilidad de un reembolso completo. Una regla que denegara, en ausencia de una estipulación contractual sobre daños y perjuicios, a ciertos financiadores de la adquisición (especialmente a los vendedores que han retenido la titularidad o los arrendadores financieros) una reclamación por las sumas adeudadas después de la ejecución, permitiéndosele a un vendedor o un prestamista que hacen valer una garantía real del pago de la adquisición, sería injusta e ineficiente. Los derechos de un vendedor, en especial, no deberían ser significativamente diferentes (en su

favor o en su contra) y deberían depender únicamente de que haya optado por retener la titularidad o constituir una garantía real del pago de la adquisición.

196. Como cuestión de estricta lógica jurídica, es posible lograr en materia ejecutoria resultados funcionalmente equivalentes, independientemente de que se adopte un enfoque unitario o no unitario. La necesidad de introducir esos diversos ajustes en los regímenes vigentes de retención de la titularidad y arrendamiento financiero para obtener el máximo beneficio de la igualdad de trato de todos los financiadores de la adquisición, indica que tal vez sea preferible que los Estados que no hayan logrado aún ese resultado coordinado, mediante ajustes de orden legislativo, judicial o contractual de sus reglas aplicables a las operaciones de retención de la titularidad y de arrendamiento financiero, lo hagan adoptando el enfoque unitario. No obstante, el enfoque no unitario, aplicado con objeto de lograr resultados funcionalmente equivalentes en materia ejecutoria, como se recomienda en la *Guía* (véase la recomendación 200), producirá un régimen ejecutorio eficiente para las operaciones de financiación de la adquisición.

11. *Conflicto de leyes*

197. Al presentar el reglamento relativo al régimen aplicable, muchos ordenamientos jurídicos distinguen los derechos de propiedad de las garantías reales. Vale decir que las reglas en materia de conflicto de leyes relativas a las obligaciones (por ejemplo, no sólo ventas y arrendamientos, sino también licencias y créditos por cobrar) pueden diferir de las aplicables a acuerdos en virtud de los cuales se constituya una garantía real sobre bienes corporales. El análisis de las cuestiones relativas al conflicto de leyes en relación con las garantías reales figura en el capítulo X, sobre conflicto de leyes. El objeto del presente análisis es determinar si las garantías de retención de la titularidad, de arrendamiento financiero y del pago de la adquisición deberían abordarse en recomendaciones diferentes.

198. Pese a las diferencias conceptuales entre los derechos que se desprenden de la propiedad y las garantías reales, cuando se recurre a una garantía de retención de la titularidad para asegurar el cumplimiento de una obligación de pago y la posesión ha sido transferida al comprador, la forma de la operación no es diferente respecto de la operación en que se constituye la garantía real sin desplazamiento. Además, el bien en cuestión también es mueble, por lo que es igualmente probable que atraviese las fronteras internacionales. Como la *Guía* recomienda que los prestamistas adquieran no sólo garantías reales, sino también garantías reales del pago de una adquisición sobre la expectativa del comprador, quizás una vez que el mueble atraviesa una frontera, y a menos que las mismas reglas en materia de conflicto de leyes se apliquen a todas estas garantías, las garantías de retención de la titularidad y del pago de una adquisición se rijan por normas diferentes. Conforme a los objetivos de la *Guía*, de eficiencia y transparencia de las operaciones, debería evitarse en lo posible este tipo de conflicto y deberían aplicarse las mismas reglas sobre conflicto de leyes a ambos tipos de operación.

199. En virtud del enfoque unitario, a efectos del conflicto de leyes, es irrelevante que la operación de financiación de la adquisición suponga una garantía de retención de la titularidad, de arrendamiento financiero o del pago de la adquisición. Todas se considerarán garantías reales y serán tratadas en consecuencia (véase la recomendación 178).

200. El Estado que opte por el enfoque no unitario deberá, sin embargo, decidir si las reglas de conflicto de leyes aplicables a la constitución, oponibilidad a terceros, prelación y ejercicio de las garantías de los acuerdos de retención de titularidad, arrendamiento

financiero y otros similares serán las mismas que se aplican a las garantías reales del pago de una adquisición o, en términos más generales, a las garantías reales ordinarias que se constituyan sobre el mismo tipo de bienes. En el marco del conflicto de leyes, el objetivo de lograr la equivalencia funcional es un poderoso argumento para que los Estados califiquen los derechos de propiedad de los vendedores que retienen la titularidad y los arrendadores financieros de forma equivalente a las garantías reales para financiar una adquisición (véase la recomendación 201).

12. Transición

201. Las reglas recomendadas en la *Guía* relativas al tratamiento de las operaciones que en muchos Estados no se consideran mecanismos de garantía representan un importante cambio para la mayoría de los ordenamientos jurídicos. En particular, la calificación de la retención de la titularidad y los arrendamientos financieros (comprendidos los acuerdos de compraventa a plazos) de garantías reales del pago de la adquisición modificarán considerablemente el alcance de la legislación sobre operaciones garantizadas en ordenamientos que todavía no hayan adoptado el enfoque unitario y funcional de las operaciones garantizadas en general. En el capítulo XI, sobre la transición, se examinan los principios que, según recomienda la *Guía*, deberían regir la transición a un nuevo régimen para las garantías reales ordinarias. Por esos mismos principios debería regirse la transición en relación con las operaciones de financiación de la adquisición.

202. En un Estado que adopte el enfoque unitario, una transición sin tropiezos dependerá de la atención que se dedique a los detalles de las disposiciones del régimen anterior de las garantías de retención de la titularidad y de arrendamiento financiero. Por consiguiente, si ya era obligatorio que los acreedores que retienen la titularidad y los arrendadores financieros inscribieran sus garantías, sólo habría que prever un determinado plazo para renovar la inscripción en el nuevo registro general de garantías reales. Otra posibilidad sería que la ley dispusiera que la inscripción existente mantuviera su vigencia durante un plazo suficientemente largo (por ejemplo, de tres a cinco años) para abarcar el período de vigencia de la mayoría de los acuerdos de retención de la titularidad o arrendamiento financiero (véase la recomendación 231, apartado b)).

203. De no ser necesaria en el momento una inscripción en el registro, se podría lograr una transición expedita si, en consonancia con las reglas de transición aplicables a las operaciones de financiación sin fines de adquisición, se preserva la oponibilidad a terceros de las garantías de los vendedores que han retenido la titularidad y de los arrendadores financieros y su orden de prelación, mediante la inscripción de una notificación apropiada en el registro general de garantías reales. Otra solución es prever que la inscripción exigida se haga efectiva en una fecha suficientemente lejana en el futuro después de la entrada en vigor de la nueva ley (por ejemplo, de tres a cinco años), que abarque el período establecido en la mayor parte de los acuerdos de retención de la titularidad vigentes (véase la recomendación 231, apartado b)). A fin de asegurar una transición coherente y compatible con el enfoque adoptado en el capítulo XI, sobre la transición, sea cual fuere el período adoptado, debería ser el mismo para las garantías que debían registrarse en virtud de la ley anterior, para las que estaban exentas de inscripción y para las reales sin fines de adquisición.

204. Si un Estado adopta el enfoque no unitario, para establecer una ley eficaz sobre las operaciones garantizadas será necesario modificar una serie de reglas relativas a las garantías de retención de la titularidad y de arrendamiento financiero. Puesto que la *Guía*

recomienda que se inscriba una notificación en el registro general de garantías reales, se podrían adaptar al enfoque no unitario las mismas reglas de transición para la inscripción aplicables a las garantías reales en el enfoque unitario. En cuanto a las garantías reales del pago de la adquisición existentes, la transición debería regirse por los principios aplicables en el marco del enfoque unitario.

205. No obstante, habría que introducir varios ajustes en la legislación aplicable a las garantías de retención de titularidad y arrendamiento financiero para obtener resultados funcionalmente equivalentes a los logrados con el enfoque unitario. En particular, será preciso determinar cuándo entrarán en vigor las reglas relativas a las siguientes cuestiones: *a)* la prelación de los derechos reales en garantía de la financiación de adquisiciones constituidos sobre el producto; *b)* los derechos de terceros a constituir garantías reales sobre bienes gravados con garantías de retención de la titularidad o de arrendamiento financiero, y *c)* los procedimientos para ejecutar esos tipos de mecanismos de financiación de la adquisición, con inclusión de los derechos de terceros en tales procedimientos. Aunque la magnitud y el alcance de la transición necesaria en el marco del enfoque no unitario no parezcan considerables en un principio, las cuestiones que se planteen en la práctica serán idénticas a las que se plantean en el contexto del enfoque unitario y los principios generales que rigen la adopción de un régimen unitario también deberían aplicarse a la transición a un régimen no unitario reformado.

13. Insolvencia

206. Uno de los temas centrales de la *Guía* es que la garantía real tiene poco o ningún valor para el acreedor garantizado a menos que sea objeto del debido reconocimiento en los procedimientos de insolvencia. En consecuencia, un régimen eficaz de las operaciones garantizadas debe ir acompañado de una ley de insolvencia eficaz. Ambos son fundamentales para promover el crédito garantizado. Por ese motivo la *Guía* va acompañada de la Guía de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia.

207. La interacción general de los regímenes de insolvencia y de operaciones garantizadas se aborda en el capítulo XII de la presente *Guía*. Las recomendaciones de la *Guía* sobre el tema vienen en dos partes: la A, que reproduce las recomendaciones de la Guía de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia directamente relacionadas con las operaciones garantizadas, y la B, en que figuran recomendaciones complementarias. La Guía de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia remite en general a una ley no referida a la insolvencia (por ejemplo, la ley de las operaciones garantizadas de un Estado) para la caracterización y las consecuencias jurídicas de una determinada operación de financiación de adquisiciones. Vale decir, si un Estado caracteriza algún tipo de operación de financiación de adquisiciones como una garantía real del pago de una adquisición o como un derecho de propiedad, como un derecho de retención de la titularidad, será una cuestión pertinente a la ley de las operaciones garantizadas y no al régimen de la insolvencia⁶.

208. El principio de que la legislación de insolvencia remite a la ley no relativa a la insolvencia significa que, en los Estados que integran todas las formas de garantías de la financiación de operaciones en su ley de las operaciones garantizadas, las operaciones con garantías de retención de la titularidad y de arrendamiento financiero se considerarán, en caso de insolvencia del otorgante, igual que una garantía real sin fines de adquisición, reconociéndose cualquier prelación acordada a la garantía real del pago de la adquisición

⁶Véase la nota 6 de la recomendación 35 de la Guía de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia.

en virtud de esa legislación no relativa a la insolvencia. De ahí que las disposiciones de la Guía de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia aplicables en general a las garantías reales se aplicarían a las garantías reales para la financiación de adquisiciones. Por consiguiente, en un Estado que adopte el enfoque unitario, la ley sobre la insolvencia consideraría a los bienes sujetos a cualquier tipo de garantía real para financiar una adquisición de la misma forma que a los bienes gravados por cualquier tipo de garantía real en general (recomendación 186).

209. Es preciso un análisis un tanto más complejo en los Estados que no consideran mecanismos de garantía las operaciones con retención de la titularidad ni los arrendamientos financieros. Algunos distinguen por su denominación las operaciones con garantía de retención de la titularidad de los arrendamientos financieros pero las someten, junto a otros arreglos similares, a las mismas reglas aplicables a las garantías sin fines de adquisición, reconociéndose cualquier prelación acordada a las garantías reales del pago de la adquisición en virtud de la legislación no relativa a la insolvencia. Es decir, que en estos Estados la legislación de las operaciones garantizadas transforma la propiedad de los vendedores que retienen la titularidad y de los arrendadores financieros en garantías reales en caso de insolvencia del otorgante. En consecuencia, se llega al mismo resultado en caso de insolvencia que en los Estados con un régimen plenamente integrado. Así pues, las disposiciones de la Guía de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia aplicables a las garantías reales se aplicarán a estas operaciones, incluso si en virtud de una legislación no relativa a la insolvencia no se les caracterice como garantías reales (recomendación 202, variante A).

210. Otros Estados que distinguen por su denominación las dos operaciones prevén, sin embargo, una equivalencia funcional aproximada entre estas garantías y las garantías reales del pago de una adquisición. Estos Estados consideran las operaciones con retención de la titularidad y de arrendamiento financiero como relativas a bienes propiedad del vendedor o del arrendador. En consecuencia, las disposiciones de la Guía de la CNUDMI relativas a bienes propiedad de terceros se aplicarían a estas operaciones (véase la recomendación 202, variante B).

211. Estas variantes pueden surtir efectos muy diferentes en los procedimientos de insolvencia, sobre todo en los casos en que sea posible una reestructuración. En el régimen de insolvencia de los Estados que integran todas las formas de garantías reales del pago de una adquisición en su régimen de operaciones garantizadas, las garantías de retención de la titularidad y de arrendamiento financiero se tratan de la misma manera que las reales sin fines de adquisición, reconociéndose cualquier prelación acordada a las garantías reales del pago de una adquisición, en el marco de la legislación relativa a la insolvencia. En estos Estados, el administrador de la insolvencia suele poder utilizar, vender o arrendar los bienes gravados siempre que dé una garantía de sustitución al acreedor garantizado o que el valor de la garantía que éste tiene sobre la propiedad quede de otro modo protegido contra la depreciación. En estas situaciones, cualquier parte de las obligaciones garantizadas que excedan del valor de la garantía del acreedor sobre los bienes se considera un derecho general no garantizado, y en caso de reorganización de la deuda del otorgante, puede alcanzar hasta el valor de la garantía real (como sucede con otras garantías reales sin fines de adquisición) con diferente vencimiento, calendario de pago, tipo de interés, etc. (véase el capítulo XII, sobre las repercusiones de la insolvencia en las garantías reales, párrafos 64 a 66).

212. El análisis *supra* muestra que en los Estados que no consideran operaciones garantizadas las operaciones con garantías de retención de la titularidad ni los arrendamientos

financieros, el administrador de la insolvencia suele tener el derecho de ejecutar el contrato, dentro de un plazo prescrito, y si desea y puede hacerlo: *a*) pagando el resto del precio e incorporando el bien en la masa de activos, o *b*) pagando los alquileres a medida que vencen. En algunos casos, dicho administrador puede ceder el contrato a un tercero, junto con el derecho de usufructo del bien (que en un arrendamiento requiere el consentimiento del arrendador). Otra posibilidad es que el administrador pueda rechazar el contrato, devolver el bien y reclamar el reembolso de la parte del precio de venta pagada por el comprador a reserva de una deducción por concepto de amortización y uso anteriores a la insolvencia. Si se trata de un arrendamiento, el administrador puede rechazar el acuerdo de arrendamiento y devolver el bien al arrendador. No obstante, si el bien es decisivo para la reorganización de la deuda del comprador, en la práctica el administrador sólo tendría la primera opción (cumplir el contrato acordado). La necesidad de que el administrador de la insolvencia cumpla el contrato acordado puede tener por consecuencia, por ejemplo, cuando el valor actual del bien de equipo sea inferior al saldo del precio de compra, que otros bienes del deudor se usen a tal efecto y no para financiar otros aspectos de la reorganización del otorgante.

213. En los Estados en que se consideran los bienes sujetos a garantías de retención de la titularidad y de arrendamiento financiero como bienes propiedad de terceros, en los procedimientos de insolvencia los derechos del vendedor que ha retenido la titularidad y del arrendador financiero tendrán precedencia sobre los de otros acreedores. Esto afectará inevitablemente la capacidad del administrador de proceder a la reestructuración. En consecuencia, los Estados que adoptan un enfoque no unitario de la financiación de adquisiciones en situaciones que no son de insolvencia deben también considerar si conviene mantener en un procedimiento de insolvencia esta caracterización de las garantías de retención de la titularidad, arrendamiento financiero y otras similares. El legislador deberá decidir si la promoción del suministro y la financiación de bienes de equipo o de existencias concediendo garantías especiales a vendedores que han retenido la titularidad y a arrendadores financieros deberá prevalecer sobre las políticas en materia de insolvencia que procuran fomentar la reorganización.

B. Recomendaciones 178 a 202

Opción A: enfoque unitario*

Finalidad

Las disposiciones destinadas a las garantías reales del pago de una adquisición tienen por finalidad:

- a*) Reconocer la importancia de la financiación garantizada de adquisiciones y facilitar el recurso a ella como fuente asequible de crédito, particularmente para la pequeña y mediana empresa;
- b*) Prever igual trato para todos los proveedores de financiación garantizada de adquisiciones; y
- c*) Facilitar toda operación garantizada en general, dotando de transparencia al régimen aplicable a las garantías reales del pago de una adquisición.

*Un Estado podrá adoptar la opción A (enfoque unitario), es decir, las recomendaciones 178 a 186, o la opción B (enfoque no unitario), es decir, las recomendaciones 187 a 202. Las recomendaciones que no figuran en el presente capítulo son aplicables por lo general, a la financiación de adquisiciones, salvo en la medida en que hayan sido modificadas por las recomendaciones del presente capítulo.

Equivalencia entre una garantía real del pago de una adquisición y una garantía real en general

178. El régimen debería prever que toda garantía real del pago de una adquisición constituye una garantía real. Por ello, todas las recomendaciones respecto de las garantías reales, comprendidas las relativas a su constitución, oponibilidad a terceros (a reserva de lo dispuesto en la recomendación 179), inscripción registral, ejecutoriedad y derecho aplicable a una garantía real, son aplicables a toda garantía real del pago de una adquisición. Las recomendaciones sobre la prelación también son aplicables (a reserva de lo dispuesto en las recomendaciones 180 a 185).

Oponibilidad y prelación de una garantía real del pago de bienes de consumo

179. El régimen debería prever que toda garantía real del pago de bienes de consumo es oponible a terceros a raíz de su constitución y, a reserva de lo dispuesto en la recomendación 181, gozará de prelación sobre una garantía real concurrente sin fines de adquisición constituida por el otorgante.

Prelación de las garantías reales del pago de bienes corporales

180. El régimen debería prever que, a reserva de lo dispuesto en la recomendación 181:

*Variante A**

a) Toda garantía real del pago de un bien corporal, que no sea un bien de consumo ni forme parte de existencias, gozará de prelación frente a toda garantía concurrente constituida por el otorgante para fines que no sean garantizar el pago (aun cuando se haya inscrito una notificación de dicha garantía en el registro general de las garantías reales antes que la notificación concerniente a la garantía del pago de su adquisición), siempre y cuando:

- i) El acreedor garantizado por la garantía de adquisición retenga la posesión del bien corporal; o
- ii) Se inscriba una notificación de la garantía real del pago en el registro general de las garantías reales dentro de un plazo de [se indicará un breve plazo, tal vez de 20 a 30 días] días a partir de la entrega al otorgante del bien corporal gravado;

b) Una garantía real del pago de existencias gozará de prelación frente a toda garantía real concurrente sin fines de adquisición constituida por el otorgante (aun cuando la segunda haya pasado a ser oponible a terceros antes que la primera), siempre y cuando:

- i) El acreedor garantizado que haya financiado la adquisición retenga la posesión de las existencias; o
- ii) Previo a la entrega al otorgante de las existencias:
 - a. Se haya inscrito una notificación de la garantía real del pago de su adquisición en el registro general de las garantías reales; y
 - b. El acreedor garantizado que financie la adquisición notifique al acreedor garantizado de la garantía sin fines de adquisición antes inscrita, constituida por el otorgante sobre existencias de la misma índole, que tiene una garantía real del pago de una adquisición o que pretende obtenerla. Esa notificación deberá describir con suficiente claridad las existencias para que el acreedor garantizado de la garantía real sin fines de adquisición pueda concretar las existencias que son objeto de la garantía real del pago de una adquisición;

c) Una única notificación, efectuada con arreglo al apartado ii) b. del párrafo b) de la presente recomendación, podrá abarcar garantías reales del pago de una adquisición en el marco de las operaciones múltiples entre las mismas partes sin necesidad de que cada operación sea

*Un Estado podrá adoptar la variante A o la variante B de la recomendación 180.

precisada en la notificación. La notificación será válida únicamente para las garantías reales del pago de los bienes corporales cuya posesión obtenga el otorgante en el plazo de [indíquese un plazo, por ejemplo, de cinco años] años a partir de la fecha del aviso.

Variante B

Toda garantía real del pago de un bien corporal, que no sea un bien de consumo, gozará de prelación frente a toda garantía concurrente constituida por el otorgante para fines que no sean garantizar el pago (aun cuando se haya inscrito una notificación de dicha garantía en el registro general de las garantías reales antes que la notificación referente a la garantía del pago de su adquisición), siempre y cuando:

- a) El acreedor garantizado por la garantía de adquisición retenga la posesión del bien corporal; o
- b) Se inscriba una notificación de la garantía real del pago en el registro general de las garantías reales dentro de un plazo de [indíquese un plazo breve, por ejemplo, 20 ó 30 días] a partir de la entrega al otorgante del bien corporal.

Prelación de una garantía real inscrita en un registro especial o anotada en un certificado de titularidad

181. El régimen debería prever que la prelación de una garantía real del pago de una adquisición con arreglo a la recomendación 179 ó 180 no primará sobre la prelación de una garantía real u otro derecho inscrito en un registro especial o anotado en un certificado de titularidad en virtud de las recomendaciones 77 y 78 (capítulo V, sobre la prelación de una garantía real).

Prelación entre garantías reales del pago de una adquisición concurrentes

182. El régimen debería prever que la prelación entre garantías reales del pago de una adquisición concurrentes vendrá determinada con arreglo a las reglas generales de prelación aplicables a las garantías reales no destinadas al pago de una adquisición, a reserva de que una de las garantías reales del pago de una adquisición lo sea de un proveedor que se hizo oponible a terceros dentro del plazo previsto en la recomendación 180, en cuyo caso la garantía real del pago de una adquisición del proveedor gozará de prelación respecto de todas las garantías reales del pago de una adquisición concurrentes.

Prelación de una garantía real del pago de una adquisición frente al derecho de un acreedor judicial

183. El régimen debería prever que una garantía real del pago de una adquisición que se haga oponible a terceros dentro del plazo previsto en la recomendación 180 gozará de prelación frente a los derechos de un acreedor no garantizado, que de lo contrario gozaría de prioridad con arreglo a la recomendación 84 (capítulo V, sobre la prelación de una garantía real).

Prelación de una garantía real del pago de una adquisición sobre un bien fijo o incorporado a un inmueble frente a todo gravamen anteriormente inscrito sobre dicho inmueble

184. El régimen debería prever que una garantía real del pago de un bien corporal que vaya a convertirse en un bien fijo o incorporado a un inmueble gozará de prelación frente a terceros con derechos existentes sobre dicho inmueble (que no sea un gravamen por el que se garantice un préstamo obtenido para la construcción del inmueble), a condición de que se haya inscrito en el registro de la propiedad inmobiliaria una notificación de la garantía real del pago de una adquisición en un plazo de [indíquese un breve plazo de unos 20 a 30 días] días a partir del momento en que el bien corporal pasó a ser un bien fijo de dicho inmueble.

Prelación de una garantía real del pago de una adquisición sobre el producto de un bien corporal

185. El régimen debería disponer que:

*Variante A**

a) Una garantía real del pago del producto de un bien corporal que no sean existencias ni bienes de consumo gozará de la misma prelación que una garantía real del pago de una adquisición sobre ese bien.

b) Una garantía real sobre el producto de existencias gozará de la misma prelación que una garantía real del pago de esas existencias, salvo si el producto reviste la forma de créditos por cobrar, títulos negociables, derechos al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria o derechos a percibir el producto de una promesa independiente. No obstante, esa prelación estará supeditada a que el acreedor garantizado que financie la adquisición notifique a los acreedores garantizados que, antes de que ese producto nazca, ha inscrito una notificación respecto de una garantía real sobre bienes de la misma índole que el producto de dichas existencias.

Variante B

Si una garantía real del pago de una adquisición constituida sobre un bien corporal es oponible a terceros, la garantía real sobre el producto gozará de la misma prelación que una garantía real no destinada a respaldar el pago de una adquisición.

Las garantías reales del pago de una adquisición como garantías reales en el procedimiento de insolvencia

186. El régimen debería prever que, en el caso de un procedimiento de insolvencia relacionado con el deudor, las disposiciones aplicables a las garantías reales se aplicarán también a las garantías reales del pago de adquisiciones.

Opción B: enfoque no unitario**

Finalidad

Las disposiciones del régimen destinadas a la financiación de adquisiciones, con inclusión de las garantías reales del pago de una adquisición, los derechos de retención de la titularidad y los de arrendamiento financiero, tienen por finalidad:

- a) Reconocer la importancia de la financiación de adquisiciones y facilitar el recurso a esa financiación como fuente asequible de crédito, particularmente para la pequeña y mediana empresa;
- b) Prever igual trato para todo financiador de adquisiciones; y
- c) Facilitar toda operación garantizada en general, dotando de transparencia al régimen aplicable a la financiación de adquisiciones.

Métodos de financiación de las adquisiciones

187. El régimen debería prever que:

- a) Las disposiciones sobre las garantías reales del pago de una adquisición en el contexto del enfoque no unitario son idénticas a las adoptadas en el contexto del enfoque unitario;

*Un Estado podrá adoptar la variante A de la recomendación 185, si adopta la variante A de la recomendación 180, o la variante B de la recomendación 185, si adopta la variante B de la recomendación 180.

**Un Estado podrá adoptar la opción A (enfoque unitario), es decir, las recomendaciones 178 a 186, o la opción B (enfoque no unitario), es decir, las recomendaciones 187 a 202.

b) Todos los acreedores, tanto los proveedores como los prestamistas, podrán adquirir una garantía real del pago de una adquisición de conformidad con las disposiciones que rigen las garantías reales del pago de una adquisición;

c) Podrá preverse un régimen de financiación de adquisiciones basado en los derechos de retención de la titularidad y los derechos de arrendamiento financiero de conformidad con la recomendación 188; y

d) Un prestamista podrá adquirir el beneficio de un derecho de retención de la titularidad y de un derecho de arrendamiento financiero mediante una cesión o una subrogación.

Equivalencia entre un derecho de retención de la titularidad y un derecho de arrendamiento financiero y una garantía real del pago de una adquisición

188. El régimen debería prever que las reglas aplicables a la financiación de adquisiciones reportarán resultados económicos que sean funcionalmente equivalentes entre sí con independencia de que el derecho del acreedor sea un derecho de retención de la titularidad, un derecho de arrendamiento financiero o una garantía real del pago de una adquisición.

Eficacia jurídica de un derecho de retención de la titularidad y de un derecho de arrendamiento financiero

189. El régimen debería prever que un derecho de retención de la titularidad o un derecho de arrendamiento financiero tendrá eficacia jurídica únicamente si el acuerdo de venta o de arrendamiento se ha concertado o se prueba por un escrito que, en combinación con la conducta entre las partes, indique la intención del vendedor o del arrendador de retener la propiedad. El escrito deberá existir a más tardar en el momento en que el comprador o el arrendador obtenga la posesión del bien corporal.

Derecho del comprador o del arrendatario a constituir una garantía real

190. El régimen debería disponer que un comprador o un arrendatario podrán constituir una garantía real sobre un bien corporal objeto de un derecho de retención de la titularidad o de un derecho de arrendamiento financiero. El importe máximo que cabrá obtener mediante la garantía real corresponderá al valor del bien corporal que rebase la suma adeudada al vendedor o al arrendador financiero.

Oponibilidad a terceros de un derecho de retención de la titularidad o de un derecho de arrendamiento financiero sobre bienes de consumo

191. El régimen debería prever que un derecho de retención de la titularidad y un derecho de arrendamiento financiero sobre bienes de consumo serán oponibles a terceros una vez celebrado el contrato de venta o de arrendamiento, siempre y cuando este derecho se haga constar de conformidad con la recomendación 189.

Oponibilidad a terceros de un derecho de retención de la titularidad sobre un bien corporal o de arrendamiento financiero de tal bien

192. El régimen debería prever que:

*Variante A**

a) El derecho de retención de la titularidad o el derecho de arrendamiento financiero sobre un bien corporal que no constituya existencias ni bienes de consumo será oponible a terceros únicamente si:

*Un Estado podrá adoptar la variante A o la variante B de la recomendación 192.

- i) El comprador o el arrendador conserva la posesión del bien corporal; o
 - ii) Se inscribe una notificación al respecto en el registro general de garantías reales a más tardar [indíquese un plazo breve, por ejemplo de 20 ó 30 días] días después de que el comprador o el arrendatario obtenga la posesión del bien corporal;
- b) El derecho de retención de la titularidad o el derecho de arrendamiento financiero sobre existencias serán oponibles a terceros únicamente si:
- i) El vendedor o el arrendador conserva la posesión de las existencias; o si
 - ii) Antes de la entrega de las existencias al comprador o al arrendatario:
 - a. Se inscribe una notificación al respecto en el registro general de las garantías reales; y
 - b. Un acreedor garantizado que goce de una garantía real sin fines de adquisición inscrita anteriormente y constituida por el comprador o el arrendatario sobre existencias del mismo tipo recibe una notificación del vendedor o del arrendador en el sentido de que el vendedor o el arrendador se proponen invocar el derecho de retención de la titularidad o el derecho de arrendamiento financiero. En esa notificación se deberían describir las existencias con precisión suficiente para que el acreedor garantizado pueda determinar la naturaleza de las existencias sujetas al derecho de retención de la titularidad o al derecho de arrendamiento financiero;
- c) Una única notificación, efectuada con arreglo al apartado ii) b. del párrafo b) de la presente recomendación, podrá abarcar los derechos de retención de la titularidad y los derechos de arrendamiento financiero en el marco de operaciones múltiples entre las mismas partes sin necesidad de que se especifique cada operación en la notificación. La notificación será válida únicamente para los derechos sobre bienes corporales cuya posesión obtenga el comprador o el arrendatario en un plazo de [indíquese un plazo, por ejemplo, de cinco años] años a partir de la fecha de la notificación.

Variante B

El derecho de retención de la titularidad o el derecho de arrendamiento financiero sobre los bienes corporales que no sean bienes de consumo serán oponibles a terceros únicamente si:

- a) El vendedor o el arrendador conservan la posesión del bien corporal; o
- b) Se inscribe una notificación al respecto en el registro general de las garantías reales a más tardar [indíquese un plazo breve, por ejemplo de 20 ó 30 días] días después de que el comprador o el arrendatario obtengan la posesión del bien corporal.

La regla enunciada en esta recomendación se aplica también a una garantía real del pago de un bien corporal que no sea un bien de consumo.

Suficiencia de una sola notificación

193. El régimen debería prever que bastará con hacer inscribir una sola notificación en el registro general de las garantías reales para obtener la oponibilidad a terceros de un derecho de retención de la titularidad o un derecho de arrendamiento financiero en el marco de todas las operaciones concertadas entre las mismas partes antes o después de la inscripción, en la medida en que recaigan sobre bienes corporales que correspondan a la descripción dada en la notificación. Las disposiciones del sistema de registro se aplicarán, con las modificaciones terminológicas pertinentes, a la inscripción de un derecho de retención de la titularidad y de un derecho de arrendamiento financiero.

Consecuencias de que no se obtenga la oponibilidad a terceros de un derecho de retención de la titularidad o de un derecho de arrendamiento financiero

194. El régimen debería disponer que si un derecho de retención de la titularidad o un derecho de arrendamiento financiero no es oponible a terceros, la propiedad del bien corporal frente a terceros pasará al comprador o al arrendatario, y el vendedor o el arrendador dispondrán de una garantía real sobre el bien corporal objeto de las recomendaciones aplicables a las garantías reales.

Oponibilidad a terceros del derecho de retención de la titularidad o del derecho de arrendamiento financiero sobre un bien incorporado a un bien inmueble

195. El régimen debería disponer que el derecho de retención de la titularidad o el derecho de arrendamiento financiero sobre un bien corporal que se convierta en un bien fijo de un bien inmueble será oponible a terceros con derechos sobre el bien inmueble que estén inscritos en el registro de propiedad inmobiliaria solamente si se ha inscrito en el registro de la propiedad inmobiliaria a más tardar [especifíquese un breve período de tiempo, como 20 a 30 días] días después de que el bien corporal haya pasado a ser un bien fijo del inmueble.

196. El régimen debería disponer que si un vendedor o un arrendador no inscribe, en el plazo previsto en la recomendación 195, una notificación de su derecho de retención de la titularidad o de su derecho de arrendamiento financiero sobre un bien corporal que haya pasado a ser un bien incorporado a un inmueble, se considerará que el derecho de retención de la titularidad del vendedor o el derecho de arrendamiento financiero del arrendador constituye una garantía real.

Existencia de una garantía real sobre el producto de bienes corporales objeto de un derecho de retención de la titularidad o un derecho de arrendamiento financiero

197. El régimen debería prever que un vendedor o un arrendador que gocen de un derecho de retención de la titularidad o un derecho de arrendamiento financiero sobre un bien corporal tendrán una garantía real sobre el producto de dicho bien corporal.

Oponibilidad a terceros de una garantía real sobre el producto de un bien corporal objeto de un derecho de retención de la titularidad o un derecho de arrendamiento financiero

198. El régimen debería prever que:

a) Toda garantía real sobre el producto a que se hace referencia en la recomendación 197 será oponible a terceros únicamente si el producto ha sido descrito en términos genéricos en la notificación inscrita por la que se hizo oponible a terceros el derecho de retención de la titularidad o el derecho de arrendamiento financiero o si el producto consiste en dinero, créditos por cobrar, títulos negociables o derechos al cobro de fondos acreditados en una cuenta bancaria;

b) Si el producto no ha sido descrito en términos genéricos en la notificación inscrita o no consiste en los tipos de bienes enumerados en el apartado a) de la presente recomendación, la garantía real sobre el producto será oponible a terceros durante [indíquese un breve plazo de tiempo] días después de que nazca el producto y con carácter continuo posteriormente, si se le dio eficacia frente a terceros por uno de los métodos enumerados en la recomendación 32 ó 34 (capítulo III, sobre la oponibilidad de una garantía real a terceros) antes del vencimiento de ese plazo.

Prelación de una garantía real sobre el producto de un bien corporal

199. El régimen debería prever que:

*Variante A**

a) Si un derecho de retención de titularidad o un derecho de arrendamiento financiero es oponible a terceros, la garantía real sobre el producto al que se hace referencia en la recomendación 197 gozará de prioridad frente a toda garantía real sobre el mismo bien.

b) Si un derecho de retención de la titularidad o un derecho de arrendamiento financiero es oponible a terceros, la garantía real sobre el producto de las existencias adquiridas a que se hace referencia en la recomendación 197 gozará de la misma prelación que un derecho de retención de la titularidad o de arrendamiento financiero sobre dichas existencias, salvo cuando el producto consista en efectos a cobrar, títulos negociables, derechos al cobro de fondos acreditados en una cuenta bancaria y derechos a recibir el producto de una promesa independiente. Ahora bien, dicha prelación estará supeditada a que el vendedor o el arrendador notifiquen al respecto a todo acreedor garantizado que, antes de que ese producto nazca, hayan inscrito una notificación respecto de una garantía real sobre bienes de la misma índole que el producto de las existencias.

Variante B

Si un derecho de retención de la titularidad o un derecho de arrendamiento financiero sobre un bien corporal es oponible a terceros, la garantía real sobre el producto a que se hace referencia en la recomendación 197 gozará de la misma prioridad que una garantía real no destinada a la adquisición si la garantía real sobre el producto es oponible a terceros con arreglo a la recomendación 198. Esta regla se aplicará también al producto de un bien corporal sujeto a una garantía real del pago de una adquisición.

Ejecución de un derecho de retención de la titularidad o de un derecho de arrendamiento financiero

200. El régimen debería prever que:

a) Las reglas relativas a la ejecución de un derecho de retención de la titularidad o un derecho de arrendamiento financiero sobre un bien corporal a raíz de un incumplimiento deberían ocuparse de:

- i) La forma en que el vendedor o el arrendador podrán obtener la posesión del bien corporal;
- ii) Si el vendedor o el arrendador están obligados o no a enajenar el bien corporal y, en caso afirmativo, la forma de hacerlo;
- iii) La cuestión de si el vendedor o el arrendador pueden retener un superávit; y
- iv) La cuestión de si el vendedor o el arrendador tienen alguna reclamación frente al comprador o el arrendatario por eventuales deficiencias;

b) El régimen que se aplique a la ejecución de una garantía real a raíz de un incumplimiento será aplicable a la ejecución de un derecho de retención de la titularidad o de un derecho de arrendamiento financiero tras un incumplimiento, sin que con ello se menoscabe la coherencia del régimen aplicable a la venta y al arrendamiento.

Ley aplicable a un derecho de retención de la titularidad o a un derecho de arrendamiento financiero

201. El régimen debería prever que las disposiciones sobre conflicto de leyes que se apliquen a las garantías reales se aplicarán también a los derechos de retención de la titularidad y a los derechos de arrendamiento financiero.

*Un Estado podrá adoptar la variante A de la recomendación 199, si adopta la variante A de la recomendación 192, o la variante B de la recomendación 199, si adopta la variante B de la recomendación 192.

*Derecho de retención de la titularidad o derecho de arrendamiento financiero
en un procedimiento de insolvencia*

202. El régimen debería prever que, en caso de un procedimiento de insolvencia respecto del deudor:

*Variante A**

Las disposiciones que se apliquen a las garantías reales se aplicarán también a los derechos de retención de la titularidad y los derechos de arrendamiento financiero.

Variante B

Las disposiciones de la legislación del Estado promulgante que se apliquen a los derechos de propiedad de terceros se aplicarán también a los derechos de retención de la titularidad y a los derechos de arrendamiento financiero.

*Un Estado podrá adoptar la variante A o la variante B de la recomendación 202.

X. Conflicto de leyes

A. Observaciones generales

1. Introducción

1. La finalidad de la presente *Guía* es prestar asistencia a los Estados en la elaboración de un régimen moderno de las operaciones garantizadas con objeto de promover la oferta de crédito garantizado y al mismo tiempo la expansión de empresas nacionales y, en general, el incremento del comercio (véase la Introducción, párrafos 1 a 14). Para lograr este objetivo, el régimen de las operaciones garantizadas tiene que facilitar la concesión de créditos por prestamistas nacionales y extranjeros y otras fuentes de crédito. El régimen de las operaciones garantizadas se ha elaborado partiendo del supuesto de que los otorgantes, los acreedores garantizados, los terceros deudores y los terceros acreedores están ubicados en el mismo Estado. Su ámbito se centra también en los acuerdos de garantía relacionados con activos gravados y ubicados en ese mismo Estado, tanto en el momento en que se crea el derecho de garantía como en todo momento posterior. Sin embargo, una parte considerable de la actividad comercial moderna no es de este tipo. Cada vez es más frecuente que el régimen de operaciones garantizadas incluya en su ámbito acuerdos entre partes ubicadas en más de un Estado, o que afectan a estas partes, o relativos a activos destinados a la exportación o la importación, que están ubicados en más de un Estado, o que normalmente se utilizan en más de un Estado. Por consiguiente, para que la *Guía* tenga un carácter suficientemente amplio y completo tiene que abordar necesariamente la amplia gama de cuestiones que plantean los distintos tipos de operaciones transfronterizas.

2. En el presente capítulo se examinan las reglas para determinar el derecho aplicable a la constitución, la oponibilidad a terceros, la prelación frente a los derechos de reclamantes concurrentes y la ejecución de una garantía real. Se trata de las generalmente denominadas reglas de conflicto de leyes (o reglas de derecho internacional privado), que determinan también el ámbito territorial de aplicación de las reglas de fondo enunciadas en la *Guía* (es decir, en qué casos y cuándo se deben aplicar las normas sustantivas del Estado que adopta el régimen enunciado en la *Guía*). Por ejemplo, si un Estado ha promulgado las reglas de derecho sustantivo previstas en la *Guía* en lo referente a la prelación de una garantía real, esas reglas sólo se aplicarán a los conflictos de prelación que se planteen en el Estado promulgante siempre que la regla de conflicto de leyes pertinente sobre cuestiones de prelación remita a la legislación de dicho Estado. Si la regla de conflicto de leyes pertinente dispone que el régimen aplicable en materia de prelación será el de otro Estado, la prelación relativa de cada reclamación se determinará conforme al derecho sustantivo de ese otro Estado. Cuando una cuestión ya haya llegado a los tribunales u otra autoridad de un Estado (el “foro”), la regla de conflicto de leyes pertinente será la regla vigente en ese Estado. Cuando no se haya iniciado el litigio y se plantee saber cuál sería la regla de conflicto de leyes que se aplicaría si el litigio hubiera comenzado, para determinar la ley aplicable se deben examinar las reglas de conflicto de leyes vigentes en todos los Estados en que sea probable que tenga lugar la ejecución de una garantía real, y es posible que estas reglas remitan a leyes sustantivas completamente diferentes que regulen la cuestión objeto de litigio.

3. Las reglas de conflicto de leyes propuestas en la *Guía* sólo se aplicarán si el foro se encuentra en un Estado que haya adoptado las recomendaciones de la *Guía*. No podrán aplicarse en otro Estado si éste no las ha adoptado. Ello obedece al hecho de que un Estado no puede legislar sobre las reglas de conflicto de leyes que habrán de aplicarse en otro Estado. Los tribunales u otras autoridades de este Estado aplicarán sus propias reglas para decidir si se aplica su derecho interno o el derecho de otro Estado.
4. Las reglas de conflicto de leyes indican cuál es el Estado cuyas normas se aplicarán en cada caso, identificando los factores de conexión entre dicha situación y ese Estado (“factores de conexión”). Los principales factores de conexión señalados en la *Guía* son la ubicación de los bienes gravados y la ubicación del otorgante de la garantía real. Así pues, si el factor de conexión es la ubicación de los bienes, la ley aplicable será la del Estado en que estén ubicados los bienes.
5. Después de que se haya constituido una garantía real y ésta haya pasado a ser oponible a terceros, bien podría ocurrir un cambio en uno o más de los factores de conexión. Por ejemplo, si la oponibilidad de una garantía real sobre existencias situadas en el Estado A se rige, en virtud de las reglas de conflicto de leyes de ese Estado, por la ley de la ubicación de las existencias, se plantea la cuestión de determinar qué ocurrirá si parte de esas existencias es trasladada posteriormente al Estado B (cuyas reglas de conflicto de leyes estipulan a su vez que la ley de la ubicación de los bienes corporales regula la oponibilidad a terceros de las garantías reales sobre ese tipo de bienes). Una opción sería que la garantía siguiera siendo oponible a terceros en el Estado B sin necesidad de tomar en él ninguna otra medida. Otra opción consistiría en que se constituyera una nueva garantía con arreglo a la legislación del Estado B. Una tercera opción sería que se preservara el derecho preexistente del acreedor garantizado, a reserva de que en el Estado B se cumplieran ciertas formalidades en un determinado plazo (por ejemplo, en los 30 días siguientes al traslado de los bienes al Estado B). Puesto que se trata de una cuestión de derecho sustantivo y no de conflicto de leyes, la *Guía* se ocupa de ella en el capítulo III, dedicado a la oponibilidad a terceros (véanse el capítulo III, sobre oponibilidad de una garantía real a terceros, párrafos 117 a 119, y la recomendación 45). El presente capítulo se ocupa únicamente de la cuestión de qué norma del Estado se aplicará a la cuestión.
6. En un régimen eficiente de las operaciones garantizadas, las reglas de conflicto de leyes aplicables a las operaciones garantizadas reflejan normalmente los objetivos de dicho régimen, lo cual significa que debe poder determinarse fácilmente qué ley regula los elementos de propiedad de una garantía real. La certeza jurídica es un objetivo fundamental en la elaboración de las reglas que afectan a las operaciones garantizadas, tanto en lo que respecta a los problemas de fondo como a los conflictos de leyes. Otro de los objetivos es la previsibilidad. Como ilustraba el ejemplo dado en el párrafo anterior, las reglas de conflicto de leyes deberían dar respuesta a la pregunta de si una garantía real obtenida en virtud de la ley del Estado A continúa sujeta a la ley de ese Estado o pasa a estar sujeta a la ley del Estado B cuando un cambio ulterior en el factor de conexión haga aconsejable que se aplique la ley del Estado B que regula las garantías reales de ese tipo. Un tercer objetivo fundamental de un régimen de conflicto de leyes eficiente es que las reglas pertinentes respondan a las expectativas razonables de las partes interesadas (es decir, acreedor, otorgante, deudor y terceros). Para lograr ese resultado, el factor de conexión que indica cuál es la ley aplicable a una garantía real debe guardar cierta relación con las circunstancias de hecho a las que se aplicará esa ley.
7. La utilización de la *Guía* (incluido el presente capítulo) para establecer el régimen de las operaciones garantizadas coadyuvará a reducir los riesgos y los gastos que generan las

diferencias entre los regímenes vigentes de conflicto de leyes. En una operación garantizada, el acreedor garantizado suele querer que sus derechos se reconozcan en todos los Estados en que pueda tener que ejecutar su garantía, incluso en aquellos que tengan jurisdicción sobre el procedimiento de insolvencia del otorgante y sus bienes. Si esos Estados aplican diferentes reglas de conflicto de leyes al mismo tipo de bienes gravados, el acreedor deberá acatar más de un régimen para estar plenamente protegido. Esto, claro está, probablemente influirá negativamente en la disponibilidad de créditos y su costo. La ventaja de la armonización de las reglas de conflicto de leyes de diferentes Estados es que el acreedor garantizado puede recurrir a la misma regla de ese derecho (que llevará a los mismos resultados) para determinar la situación de su garantía en todos esos Estados. Ése es uno de los objetivos logrados por la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos¹ con respecto a los créditos por cobrar.

8. Las reglas de conflicto de leyes serían necesarias aun cuando todos los Estados hubiesen armonizado sus leyes sustantivas sobre las operaciones garantizadas. Siempre habrá casos en los que las partes tendrán que determinar el Estado cuyos requisitos se aplicarán. Por ejemplo, aunque las leyes de todos los Estados establezcan que un derecho de garantía no posesorio se hace oponible a terceros mediante la inscripción en un registro público, habrá que saber también en qué Estado debe efectuarse la inscripción.

9. En la sección A.2 del presente capítulo se examina el alcance de las reglas de conflicto de leyes, en la Sección A.3 las reglas de conflicto de leyes que rigen la constitución, oponibilidad y orden de prelación de una garantía real en general. En la sección A.4 se examina el régimen aplicable a la constitución, oponibilidad y prelación de una garantía real sobre un bien corporal, y en la sección A.5 se describe la ley aplicable a la constitución, oponibilidad y prelación de una garantía real sobre un bien inmaterial. En la sección A.6 se examina la ley aplicable a la constitución, oponibilidad y prelación de una garantía real sobre el producto. A continuación, en la sección A.7 se examina la ley aplicable a los derechos y obligaciones de las partes en el acuerdo de garantía y, en la sección A.8, la ley aplicable a los derechos y obligaciones del tercero deudor. En la sección A.9 se examina la ley aplicable a la ejecución de una garantía real. Las últimas tres secciones de la sección A están dedicadas a las reglas y el momento pertinente para la determinación de la ubicación (sección A.10), el orden público y las reglas imperativas internas (sección A.11) y el efecto de la apertura de un procedimiento de insolvencia en el derecho aplicable a una garantía real (sección A.12). La sección B se ocupa de las reglas especiales cuando el derecho aplicable es el de un Estado con varias unidades territoriales. El capítulo concluye, en la sección C, con una serie de recomendaciones.

2. *Alcance de las reglas de conflicto de leyes*

10. En el presente capítulo no se definen las garantías reales a las que se aplicarán las reglas de conflicto de leyes. Normalmente, a efectos del conflicto de leyes, la caracterización de un derecho como garantía real reflejará el régimen sustantivo de las operaciones garantizadas en un Estado. En principio, el tribunal aplicará su propia ley cuando deba calificar una cuestión a fin de seleccionar la regla de conflicto de leyes apropiada. Sin embargo, se plantea la cuestión de determinar si las reglas de conflicto de leyes de un Estado relativas a las garantías reales se deben aplicar también a otras operaciones funcionalmente similares a la garantía, aun cuando no entren en el ámbito de aplicación del régimen sustantivo de las operaciones garantizadas en ese Estado (por ejemplo, ventas

¹Véase Introducción, nota 7 de pie de página.

con retención de la titularidad, arriendos financieros y operaciones similares). El hecho de que el régimen sustantivo de las operaciones garantizadas en un Estado no se aplique a esas otras operaciones no debe ser óbice para que el Estado les aplique las reglas de conflicto de leyes aplicables a las garantías reales. La *Guía* recomienda este enfoque a los Estados que adopten un enfoque no unitario de la financiación de adquisiciones (véase la recomendación 201).

11. Un problema parecido plantean ciertas transferencias no efectuadas con fines de garantía, en cuyo caso es conveniente que el régimen aplicable a la constitución de una garantía real y a su oponibilidad y orden de prelación sea el mismo que el aplicable a una garantía real constituida sobre la misma categoría de bienes. Cabe citar, a título de ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos que, en sus reglas sustantivas y de conflicto de leyes, se aplica a las transferencias puras y simples de créditos por cobrar, así como a los derechos de garantía sobre créditos por cobrar (véase el inciso *a*) del artículo 2 de esa Convención). La selección de este criterio obedece, ante todo, a la necesidad de remitirse a una sola ley para determinar cuál es el grado de prelación entre demandantes concurrentes que tienen un derecho sobre el mismo crédito. La *Guía* recomienda el mismo criterio (véase la recomendación 208). De lo contrario, en caso de que surgiera un conflicto de prelación entre el comprador de un crédito y el acreedor que es titular de una garantía sobre el mismo crédito, sería más difícil (y a veces imposible) determinar quién goza de prelación si la prelación del comprador se rige por la ley del Estado A y la del acreedor garantizado por la ley del Estado B.

12. Sea cual fuere la decisión que adopte un Estado sobre la categoría de operaciones que se rigen por las reglas de conflicto de leyes, el alcance de las reglas de constitución, oponibilidad y orden de prelación de una garantía real se verá limitado a los elementos de propiedad de las operaciones pertinentes. Así pues, una regla sobre el derecho aplicable a la constitución de una garantía real sólo determinará la ley que regula los requisitos que deberán cumplirse para que quede constituida una garantía real sobre los bienes gravados. No se aplicará, en cambio, a las obligaciones personales que contraigan las partes en virtud del contrato. En la mayoría de los ordenamientos las obligaciones de carácter puramente contractual derivadas de una operación comercial se rigen por lo general por la ley que las partes hayan elegido en su acuerdo o, cuando no haya elección previa, por la ley que regule el acuerdo de garantía que determinen las reglas de conflicto de leyes del Estado de que se trate (por ejemplo, el Convenio sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales, celebrado en Roma en 1980, denominado en adelante el “Convenio de Roma”). La *Guía* recomienda el mismo criterio para la ley aplicable a la determinación de los derechos y obligaciones recíprocos del otorgante y el acreedor garantizado con respecto a una garantía real (véase la recomendación 216).

13. El corolario de reconocer la autonomía de las partes para establecer obligaciones personales es que las reglas de conflicto de leyes aplicables a los elementos de propiedad de las operaciones garantizadas quedan fuera del ámbito de la libertad contractual. Por ejemplo, no suele permitirse que el otorgante y el acreedor garantizado elijan la ley aplicable al orden de prelación, ya que esto podría no sólo afectar a los derechos de terceros, sino además dar lugar a una controversia sobre el grado de prelación entre dos garantías reales concurrentes sujetas a dos leyes diferentes y que conduzcan a resultados contradictorios.

14. Las reglas de conflicto de leyes de numerosos regímenes estipulan hoy día que la referencia a la ley de otro Estado como la ley que rige una cuestión deberá entenderse como la ley vigente en ese Estado distinta de sus reglas de conflicto de leyes. Queda

excluida la doctrina de la remisión (en cuyo marco la legislación de un Estado incluye sus reglas de conflicto de leyes), en aras de la previsibilidad y debido también a que la remisión puede ser contraria a las expectativas de las partes. La *Guía* recomienda el mismo criterio (véase la recomendación 221).

3. *Reglas de conflicto de leyes que rigen la constitución, oponibilidad a terceros y orden de prelación de una garantía real*

15. La determinación del alcance de los derechos que confiere una garantía real requiere, en general, un análisis en tres etapas de las siguientes cuestiones:

a) La primera cuestión es determinar si la garantía real se ha constituido válidamente (para las cuestiones que abarca el concepto de constitución de la garantía, véase el capítulo II de la *Guía*);

b) La segunda, determinar si la garantía es oponible a terceros (para las cuestiones que abarca el concepto de oponibilidad a terceros e inscripción, véanse los capítulos III y IV); y

c) La tercera, determinar el grado de prelación del derecho de un acreedor garantizado frente al derecho de otra parte reclamante concurrente, por ejemplo, otro acreedor o el representante de la insolvencia del otorgante (para las cuestiones que abarca el concepto de prelación, véase el capítulo V).

16. No hay duda de que una garantía real tiene escaso valor práctico si no puede ejecutarse de forma eficiente. Sin embargo, la cuestión de la ejecución no se relaciona con el alcance de los derechos que el acreedor garantizado tenga sobre los bienes gravados y las reglas de conflicto de leyes relativas a la ejecución se examinarán en otra sección del presente capítulo (véanse los párrafos 64 a 72 *infra*).

17. No todos los ordenamientos jurídicos distinguen las tres cuestiones ya mencionadas (véase el párrafo 15 *supra*). En muchos ordenamientos, una garantía real válidamente constituida (u otro derecho real) es por definición oponible a todas las partes (*erga omnes*) sin necesidad de ninguna otra medida. En esos ordenamientos, la misma regla de conflicto de leyes se aplica a la constitución de una garantía real que a su oponibilidad a terceros. Asimismo, la prelación se puede analizar como una cuestión de oponibilidad. No obstante, incluso los regímenes jurídicos que distinguen claramente entre la validez entre las partes (constitución), la oponibilidad a terceros y el orden de prelación no siempre establecen una regla distinta de conflicto de leyes para cada una de esas cuestiones y, por ello, se puede aplicar a las tres la misma regla de conflicto de leyes, lo que conduce a la aplicación de la misma regla de derecho sustantivo.

18. Por consiguiente, la cuestión clave es determinar si debe aplicarse una única regla de conflicto de leyes a las tres cuestiones indicadas. Consideraciones de orden normativo, como la simplicidad y la certeza, aconsejan la aplicación de una sola regla. Como ya se ha indicado, en los diferentes ordenamientos jurídicos no siempre se hace ni se entiende de igual modo esa distinción, con lo cual establecer distintas reglas de conflicto de leyes para estas cuestiones puede complicar el análisis o dar pie a incertidumbres. No obstante, hay casos en los que establecer un régimen diferente para las cuestiones de prelación respondería mejor a los intereses de terceros como, por ejemplo, los titulares de garantías obligatorias o los acreedores judiciales o los representantes de las insolvencias.

19. Otra cuestión importante es determinar respecto de cada una de esas cuestiones (o sea, constitución, oponibilidad y prelación) si debe aplicarse la misma regla de conflicto de leyes a los bienes corporales y a los bienes inmateriales. De escogerse esta opción, se estaría abocado a establecer una regla basada en la ley de la ubicación de los bienes gravados (*lex situs* o *lex rei sitae*) o una regla basada en la ley de la ubicación del otorgante.

20. Un enfoque basado en la *lex situs* no se ajustaría a lo previsto para los créditos por cobrar en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos (cuyo artículo 22 remite a la ley del Estado donde esté ubicado el cedente). Además, puesto que no puede haber una posesión física de bienes inmateriales, la adopción de la *lex situs* como la regla de conflicto de leyes aplicable requeriría la formulación de reglas especiales y ficciones jurídicas para determinar la situación real de los diversos tipos de bienes inmateriales. Por esa razón, la *Guía* considera que la ubicación del bien no es el factor de conexión apropiado cuando se trata de bienes inmateriales y se muestra partidaria de un criterio basado, en general, en la ley de la ubicación del otorgante (véase la recomendación 208).

21. Además, en aras de la coherencia con la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos, sería necesario también que la definición de la ubicación del otorgante fuese la misma que en esa Convención (véase la recomendación 219). De conformidad con ésta, el lugar donde está ubicado el otorgante es el lugar donde tenga su establecimiento o, cuando el otorgante tenga un establecimiento en más de un Estado, el lugar donde ejerza su administración central. Si el otorgante no tiene establecimiento, se hace referencia a su residencia habitual (véase el apartado *h*) del artículo 5 de la Convención). En la Convención se siguió ese criterio debido ante todo a que se consideró que esa ubicación era la ubicación real del otorgante y, además, a que daba paso a la aplicación de la ley del Estado en que sería más probable que se iniciase el procedimiento principal de insolvencia de un otorgante (para averiguar el significado de un procedimiento principal, véanse, por ejemplo, el apartado *b*) del artículo 2 y el párrafo 3 del artículo 16 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza).

22. Por razones de simplicidad y certeza convendría también aplicar la misma regla de conflicto de leyes (es decir, la ley de la ubicación del otorgante de la garantía real) no sólo a los bienes inmateriales, sino también a los bienes corporales, especialmente cuando se aplica el mismo régimen a la constitución, oponibilidad y orden de prelación de una garantía real. Siguiendo ese criterio, bastaría una sola consulta para determinar el alcance de las garantías reales que gravan todos los bienes del otorgante. No habría tampoco necesidad de dirimir qué sucede en caso de que se produzca un cambio en la ubicación de los bienes gravados ni de distinguir entre la ley aplicable a los derechos posesorios y no posesorios (ni determinar cuál de ellos prevalecería cuando hubiera un conflicto entre un derecho posesorio que se rigiera por la ley del Estado A y una garantía sobre el mismo bien, pero no posesoria, que se rigiera por la ley del Estado B).

23. Sin embargo, no en todos los ordenamientos se considera que la ley de la ubicación del otorgante tiene una conexión suficiente con las garantías reales sobre bienes corporales, o, por lo menos, con los bienes “no móviles” (e incluso con determinados tipos de bienes inmateriales, como los derechos al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria o los derechos de propiedad intelectual). Además, el resultado de adoptar la ley de la ubicación del otorgante significaría en muchos casos que una ley regiría una operación garantizada y otra regiría el traspaso de la propiedad de los mismos bienes. Para evitar ese resultado, sería necesario que los ordenamientos optasen por aplicar a todos los traspasos de la propiedad la ley del Estado donde esté ubicado el otorgante.

24. Además, se acepta casi universalmente que toda garantía real posesoria debe regirse por la ley del lugar en que se encuentren los bienes, con lo que la adopción de la ley del Estado del otorgante para las garantías posesorias iría en contra de las expectativas razonables de los acreedores garantizados. En consecuencia, incluso si la regla general fuera la ley de la ubicación del otorgante, habría que hacer una excepción con las garantías reales posesorias.

25. Por todas esas razones, la *Guía* recomienda dos reglas generales de conflicto de leyes respecto de la ley aplicable a la constitución, oponibilidad y orden de prelación de una garantía real, a saber:

a) Con respecto a los bienes corporales, la ley aplicable debería ser la ley de la ubicación de los bienes (véase la recomendación 203);

b) Con respecto a los bienes inmateriales, la ley aplicable debería ser la ley de la ubicación del otorgante (véase la recomendación 208).

26. Habida cuenta de que las reglas de conflicto de leyes aplicables pueden diferir según el carácter corporal o inmaterial de los bienes, se plantea la cuestión de determinar qué regla de conflicto de leyes es apropiada en caso de que se pueda constituir una garantía real posesoria sobre un bien inmaterial. A ese respecto, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos se considera que son bienes corporales determinadas categorías de derechos reflejados en un documento (por ejemplo, los títulos negociables), lo que entraña el reconocimiento de que se puede constituir una garantía real posesoria sobre esos bienes inmateriales mediante la entrega del documento al acreedor. La *Guía* considera que esos tipos de bienes inmateriales son bienes corporales y, en consecuencia, la regla de conflicto de leyes aplicable a los bienes corporales se aplica, por lo general, a esos bienes inmateriales. Así, en el caso de un instrumento negociable, la ley del Estado donde se conserva el documento regirá la constitución, oponibilidad y orden de prelación de una garantía real sobre un título negociable (véase la recomendación 203).

27. Cuando las mercancías están representadas por un documento de titularidad negociable (como sería un conocimiento de embarque), se plantea una cuestión conexa. Suele aceptarse que un documento de titularidad negociable también se equipara a un bien corporal y sobre él puede constituirse una garantía real posesoria. En tal caso, la ley de la ubicación del documento, y no los bienes corporales que consten en él, regirá la garantía. No obstante, surge la cuestión de determinar qué ley se aplicaría para dirimir un conflicto de prelación entre un acreedor con una garantía real sobre un documento de titularidad y otro acreedor a quien el deudor hubiera otorgado un derecho de garantía no posesorio sobre los bienes corporales propiamente dichos, si el documento y los bienes no se encuentran en el mismo Estado. En tal caso, las reglas de conflicto de leyes deberían asignar prelación a la normativa que rija la garantía real sobre el documento, ya que esa solución respondería mejor a las expectativas legítimas de las partes en litigio (véase la recomendación 206). Ese resultado sería también acorde con las reglas sustantivas propuestas por la *Guía* para la constitución, oponibilidad y prelación de una garantía real sobre un documento negociable (véanse las recomendaciones 28, 52 y 108).

4. Régimen aplicable a la constitución, oponibilidad y prelación de una garantía real sobre un bien corporal

28. Las consideraciones de orden normativo que hacen aconsejables las reglas generales de conflicto de leyes expuestas anteriormente no se aplican necesariamente en todas las

circunstancias pues se pueden aplicar otras reglas a determinadas categorías concretas de bienes en las que la ubicación de éstos o del otorgante no constituye el factor de conexión más apropiado. Además, por razones de eficiencia, se aplican otras reglas a los bienes en tránsito y los bienes para exportación. Esos bienes no permanecen en su ubicación inicial y pueden cruzar las fronteras de varios Estados antes de llegar a su destino final. En los párrafos siguientes se explican las dos reglas generales de conflicto de leyes esbozadas anteriormente y las excepciones a esas reglas.

a) *Regla general: ley de la ubicación del bien gravado*
(*lex situs o lex rei sitae*)

29. Como ya se indicó, la constitución, oponibilidad a terceros y prelación de una garantía real sobre un bien corporal se rigen generalmente por la ley del Estado en que está situado el bien gravado (véase la recomendación 203). Un ejemplo citado frecuentemente sobre la aplicación de esta regla se relaciona con las garantías reales sobre existencias. Si un otorgante posee existencias ubicadas en un Estado que aplique esta regla (Estado A), la ley de ese Estado regirá las cuestiones pertinentes. La regla significa asimismo que, si el otorgante posee otras existencias en otro Estado (Estado B), será necesario que se cumplan los requisitos pertinentes del Estado B para que los tribunales del Estado A reconozcan que las existencias ubicadas en el Estado B están gravadas con las garantías reales del acreedor garantizado.

30. La regla general de conflicto de leyes aplicable a los bienes corporales no distingue entre garantías reales posesorias y garantías reales no posesorias. En consecuencia, se aplicará en general la ley de la ubicación del bien, independientemente de que el acreedor garantizado esté o no en posesión de él. Tal como ya se ha comentado (véanse los párrafos 26 y 27 *supra*), esta disposición tiene particular aplicación en el caso de bienes inmateriales asimilados a bienes corporales, tales como los títulos negociables y los documentos negociables. Por ejemplo, la ley de la ubicación del título o el documento regulará las cuestiones de prelación, incluso cuando la garantía real se haga oponible a terceros por métodos distintos a la posesión.

b) *Regla adicional relativa a la constitución y oponibilidad de una garantía real sobre mercancías en tránsito o de exportación*

31. En lo que respecta a las mercancías en tránsito o las mercancías de exportación, la aplicación de la ley de la ubicación de las mercancías significa que se aplicará la ley del Estado en el que estén ubicadas las mercancías en el momento en que se plantee la cuestión. De ahí se desprende que los acreedores garantizados tendrán que seguir el movimiento de las mercancías y cumplir los requisitos de cada Estado en que puedan localizarse las mercancías a fin de asegurarse de que cuentan en todo momento con una garantía real oponible. Para evitar ese resultado, una posibilidad sería que el foro del lugar de destino final (y cada intermedio) de las mercancías reconociera la validez de una garantía real que se haya constituido y hecho oponible a terceros con arreglo a la ley del lugar en que se encontraban inicialmente. Un criterio de esa índole respondería a las expectativas de las partes que se encuentren en el lugar inicial de las mercancías, pero sería contrario a las expectativas de las partes que se basaran en la ubicación real de los bienes para conceder crédito al otorgante de conformidad con los requisitos establecidos en la ley del lugar de destino final de las mercancías.

32. Otra posibilidad sería que el Estado del lugar de destino final reconociera como válida, por un período limitado, toda garantía real constituida y hecha oponible a terceros en virtud de la ley de la ubicación inicial de las mercancías. Las partes que se encontraran en la ubicación inicial dispondrían entonces de un plazo para dar cumplimiento a los requisitos legales del Estado de destino final, a fin de retener su garantía real tal como originalmente fue constituida y hecha oponible a terceros. Ese criterio equilibraría los intereses de las partes en las diversas jurisdicciones (y es, de hecho, el que recomienda la *Guía* para todos los bienes corporales en general; véanse las recomendaciones 45 y 203).

33. Una tercera posibilidad sería ofrecer al acreedor garantizado la opción de constituir su garantía real y hacerla oponible a terceros con arreglo a la ley del Estado del lugar en que inicialmente se encontrasen las mercancías o con arreglo a la ley del Estado de su ubicación final, siempre que las mercancías en este último caso llegaran a ese lugar en un plazo determinado (véase la recomendación 207). Ese criterio permitiría a un acreedor garantizado que confíe en que las mercancías llegarán a su lugar de destino previsto apoyarse en la ley de ese lugar para constituir su garantía real y hacerla oponible a terceros. Una regla que prevea esta posibilidad sería especialmente útil en caso de que sea probable que las mercancías transiten con rapidez por varios Estados y lleguen a su destino final en un plazo breve después de su expedición. De lo contrario, en el caso de una garantía real constituida mientras las mercancías se encuentren en su ubicación inicial, para que esa garantía fuese continuamente oponible a terceros el acreedor garantizado tendría que cumplir los requisitos de oponibilidad a terceros del Estado de la ubicación inicial de las mercancías, de cada uno de los Estados por los que pudiesen pasar en tránsito y del Estado del lugar de su destino final. En cualquier caso, el orden de prelación estaría siempre sujeto a la ley del lugar en que se encuentren las mercancías en el momento en que surja la controversia sobre la prelación.

c) *Regla especial relativa a la oponibilidad a terceros de una garantía real sobre un título negociable*

34. Como ya se mencionó, se acepta generalmente que la ley del Estado en que se encuentre el título negociable (*lex situs*) debería regir la constitución, oponibilidad y orden de prelación de una garantía real sobre ese instrumento jurídico (véase la recomendación 203). Sin embargo, en algunos Estados, la oponibilidad de una garantía real sobre un título negociable se puede lograr también mediante la inscripción en el lugar en que se encuentre el otorgante. En tal caso, resulta lógico recurrir a la ley de la ubicación del otorgante para determinar si mediante la inscripción se ha logrado la oponibilidad a terceros (véase la recomendación 211). Cabe señalar que ese criterio se limita a la oponibilidad a terceros. La ley de la ubicación efectiva del título negociable rige siempre la constitución y el orden de prelación de una garantía real sobre el título.

d) *Excepciones a la norma lex situs con mercancías móviles y bienes corporales sujetos a un sistema de inscripción especial*

35. La regla general de conflicto de leyes aplicable a las garantías reales sobre bienes corporales está normalmente sujeta a algunas excepciones cuando la ubicación de los bienes no es un factor de conexión eficiente (por ejemplo, si los bienes son utilizados regularmente en varios Estados) o no se corresponde con las expectativas razonables de las partes (por ejemplo, si se trata de bienes cuya propiedad debe inscribirse en registros especiales).

i) Bienes móviles

36. Se entiende por bienes móviles, por ejemplo, aeronaves, buques, vehículos automóviles y, en algunos casos, maquinaria, los que en el curso normal de los negocios cruzan las fronteras de los Estados. Por ejemplo, un otorgante que se dedica a actividades de construcción en varios Estados puede tener que constituir garantías reales sobre maquinaria que es trasladada periódicamente de un Estado a otro para desarrollar esas actividades, o un otorgante que realiza operaciones de transporte puede verse en la necesidad de constituir garantías reales sobre los vehículos automóviles utilizados en su negocio de transporte (si bien los vehículos automóviles normalmente no cruzan las fronteras nacionales de Estados insulares). Para aplicar la regla general de conflicto de leyes a los bienes corporales (es decir, la norma *lex situs*) de esa especie sería necesario que el acreedor garantizado determinara la ubicación exacta de cada máquina o cada vehículo automóvil en el momento de constitución de la garantía real. Para asegurar la continuación de la oponibilidad de su garantía, sería necesario también que el acreedor garantizado se informara acerca de los requisitos de todos los Estados en los que podría llegar a estar situado cualquiera de esos bienes en un momento determinado y cumpliera los vigentes en todos esos Estados. Además, no sería posible determinar en qué Estado se encontrará el bien en cuestión en el momento en que se plantee un posible conflicto de prelación en el futuro y, por consiguiente, no sería posible determinar el régimen que se aplicaría para resolverlo. A fin de obviar esos problemas y evitar los costos e incertidumbres resultantes, en muchos regímenes jurídicos la constitución, oponibilidad y orden de prelación de una garantía real sobre un bien corporal del tipo que se suele utilizar en más de un Estado se rige por la ley del Estado en que esté situado el otorgante (salvo cuando la propiedad del bien de ese tipo esté sujeta a la inscripción en un registro especial que permita también la inscripción de garantías reales; véanse los párrafos 37 y 38 *infra*). La *Guía* recomienda este criterio (véase la recomendación 204).

ii) Bienes corporales, las garantías sobre los cuales están sujetas a inscripción en un registro especial o anotación en un certificado de titularidad

37. La propiedad de ciertas categorías de bienes corporales se inscribe a veces en registros especiales. Así suele ocurrir con las aeronaves y los buques y, en algunos Estados, con los vehículos automóviles. En la medida en que el sistema de registro o anotación pertinente también permita la inscripción o anotación de garantías reales, se puede hacer una remisión a la ley del Estado bajo cuya autoridad se lleve el registro pertinente, o se emita el certificado de titularidad, para determinar la ley que rige la constitución, oponibilidad y orden de prelación de una garantía real sobre un bien cuando las garantías sobre ese bien están sujetas a inscripción en ese registro especial o a anotación en un certificado de titularidad. De esa manera, una consulta del registro o un examen del título permitiría conocer tanto los derechos de propiedad como las garantías reales existentes respecto de esos bienes. Una regla de esa índole podría basarse en el derecho nacional (véase la recomendación 205) o en convenios internacionales, que tienen precedencia (por ejemplo, el Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil, y sus protocolos pertinentes).

38. Ahora bien, para que la regla surta efecto, el bien debe pertenecer a un tipo en que las garantías sobre el bien del que se reconozca, por lo general, que está sujeto a inscripción en un registro especial o a un sistema de certificado de titularidad de fácil localización. De lo contrario, el posible prestamista tendría que investigar el derecho sustantivo

de todos los Estados en que el bien hubiese podido estar ubicado con anterioridad para determinar si alguno de ellos mantiene o no un registro o sistema de certificado de titularidad especializado de esa naturaleza. Además, la regla no debería ser aplicable a un bien cuando las garantías sobre el bien puedan inscribirse en registros especiales o sistemas de certificado de titularidad de más de un Estado; en tal caso, la regla no dirimiría qué ley es la aplicable en una controversia. Por estas razones, y en interés de la simplicidad, algunos Estados podrían preferir abstenerse de adoptar la regla en aquellos casos que no estén regidos por instrumentos internacionales.

5. *Ley aplicable a la constitución, oponibilidad a terceros y prelación de una garantía real sobre un bien inmaterial*

a) *Regla general: ley de la ubicación del otorgante*

39. En algunos ordenamientos jurídicos, la ley del Estado en que se encuentra el otorgante rige la constitución, oponibilidad y prelación de una garantía real sobre un bien inmaterial. Por ejemplo, si un exportador que se encuentra en el Estado A constituye una garantía real sobre créditos por cobrar adeudados por clientes situados en los Estados B y C, la ley del Estado A regirá los elementos de derecho real de la garantía real. Esta regla es acorde con el criterio seguido en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos, con respecto al derecho aplicable a la cesión de créditos por cobrar (véanse los artículos 22 y 30 de la Convención).

40. En otros Estados, la ley de la ubicación del bien (*lex situs*) rige la constitución, oponibilidad y prelación de una garantía real sobre bienes inmateriales. En estos ordenamientos es necesario establecer la ubicación del bien inmaterial (por ejemplo, si se trata de un crédito por cobrar, la ubicación del deudor del crédito).

41. La aplicación de la ley de la ubicación del otorgante tiene varias ventajas con respecto a la *lex situs*, en especial si el bien inmaterial gravado es un crédito por cobrar. Se tratará siempre de una sola ley, incluso si la cesión se relaciona con muchos créditos por cobrar adeudados por deudores diferentes. Además, es posible determinar con facilidad, en el momento de efectuar la cesión, la ley del Estado en que está ubicado el otorgante, incluso cuando la cesión se relaciona con créditos por cobrar futuros o con créditos cedidos en bloque. Por otra parte, la ley de la ubicación del otorgante (el lugar de su administración central en caso de que tenga establecimientos en más de un Estado) es la ley del Estado en que probablemente habría de iniciarse el procedimiento principal de insolvencia de un otorgante (para averiguar el significado de un procedimiento principal, véanse, por ejemplo, el apartado *b*) del artículo 2 y el párrafo 3 del artículo 16 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza).

42. Con todo, aunque la ley de la ubicación del bien gravado (*lex situs*) funciona en la mayoría de los casos bien cuando se trata de bienes corporales, se plantean grandes dificultades, de orden conceptual y práctico, cuando la *lex situs* se aplica a bienes inmateriales. Desde el punto de vista conceptual, no hay consenso ni una respuesta clara respecto del “*situs*” de un crédito por cobrar. Una opinión es que se trata del lugar en que se debe efectuar el pago. Sin embargo, no siempre resulta fácil determinar ese lugar, ya que el contrato por el que nace el crédito por cobrar puede no aclararlo (e incluso si el contrato trata la cuestión explícitamente, es posible que a la tercera parte no le resulte fácil determinar el lugar de pago); en ese caso, la ley tendría que especificar otros medios que permitieran determinarlo. Según otra opinión, el *situs* de un crédito por cobrar es el

domicilio legal o el lugar del establecimiento o residencia principal del deudor del crédito. Cualquiera de esas opciones impondría al eventual cesionario la carga de tener que efectuar una detallada investigación de los hechos y las disposiciones jurídicas. Además, en muchos casos podría resultar imposible para el cesionario determinar con certeza la ubicación exacta de un crédito por cobrar ya que los criterios para determinarla pueden depender de diversas prácticas comerciales o de la voluntad de las partes en el contrato que origina el crédito por cobrar. Por ello, la aplicación de la *lex situs* a las garantías reales relacionadas con créditos por cobrar no aportaría ni certeza ni previsibilidad, que son objetivos fundamentales de un régimen de conflicto de leyes sólido en la esfera de las operaciones garantizadas.

43. Por otra parte, aun cuando un régimen jurídico contara con disposiciones detalladas que permitieran al acreedor garantizado existente o eventual determinar con facilidad y objetividad la ley de la ubicación de un crédito por cobrar, seguirían planteándose en muchas operaciones comerciales dificultades prácticas. El motivo de ello es que una garantía real puede relacionarse no sólo con un crédito por cobrar existente y específicamente determinado, sino también con muchos créditos por cobrar. Una garantía real puede, por tanto, abarcar un conjunto de créditos por cobrar actuales y futuros. En tal caso, la elección de la *lex situs* para establecer el orden de prelación no sería una decisión normativa eficiente, ya que se podrían aplicar reglas de prelación diferentes a los diversos créditos por cobrar que fueran cedidos. Además, cuando futuros créditos por cobrar estén sujetos a una garantía real, el acreedor garantizado no podrá determinar el alcance de sus derechos de prelación en el momento de la cesión, ya que entonces se desconocerá el *situs* de esos futuros créditos por cobrar.

44. Algunos Estados obvian las dificultades que plantea aplicar la *lex situs* a los créditos por cobrar y recurren para ello a la ley que rige el crédito por cobrar (por ejemplo, la ley que rige el contrato que da origen al crédito por cobrar). Al optar por ese criterio, dichos ordenamientos tienen presente ante todo las operaciones de los mercados de capitales y otras operaciones similares. Esta opción tiene la ventaja de que se aplicaría la misma ley no sólo a la constitución, oponibilidad a terceros y prelación de la garantía real, sino también a los efectos de la garantía real frente al deudor del crédito por cobrar. La opción también elude la cuestión de determinar si un crédito por cobrar que no puede cederse con arreglo a la ley por la que se rige puede sin embargo estar sujeto a una garantía real conforme a otra ley que permita la constitución de una garantía real sobre un crédito por cobrar no transmisible. Por último, esta opción tiene la ventaja de que suprime el riesgo de que se produzca un cambio posterior de la ubicación del otorgante, que de lo contrario se plantearía en una situación en la que éste efectúe una cesión, cambie de ubicación y efectúe otra cesión.

45. Una regla basada en la ley que rige el crédito por cobrar funcionaría bien en el caso de una garantía real sobre un crédito específicamente determinado, así como en el de una garantía real sobre un crédito por cobrar originado por valores bursátiles, un contrato financiero o una operación cambiaria en los que es habitual ejercer la diligencia debida respecto de cada crédito por cobrar que ha de cederse. Ahora bien, al tratarse de una cesión global con un gran número de créditos por cobrar (en la que el ejercicio de la diligencia debida respecto de cada crédito resultaría demasiado costosa o sería imposible), dicha regla plantearía las mismas dificultades que una opción basada en la *lex situs*, especialmente si los créditos futuros están incluidos en la cesión; en este último caso, el acreedor garantizado no podría determinar por anticipado los requisitos que habría que cumplir para proteger sus derechos respecto de los créditos por cobrar futuros.

46. En vista de esas consideraciones, la *Guía* recomienda que, con la excepción de las garantías reales sobre determinados bienes corporales respecto de los cuales la *Guía* recomienda diferentes normas de conflicto de leyes (véanse los párrafos 48 a 54 *infra*), la constitución, oponibilidad y prelación de una garantía real sobre un bien inmaterial se rijan por la ley del Estado en que se encuentre el otorgante (véase la recomendación 208). Los criterios para definir la ubicación del otorgante concuerdan con los que se encuentran en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos (véanse los párrafos 21 *supra* y 74 *infra*; véase también la recomendación 219). La ley sobre la norma de la ubicación del otorgante no se aplica a las garantías reales sobre los títulos-valores y los derechos de pago nacidos de contratos financieros que se rijan por acuerdos de compensación global o en virtud de ellos o de operaciones de cambio de divisas o en virtud de ellas, pero es así por una razón diferente: la *Guía* no se aplica a las garantías reales sobre esos tipos de bienes (véanse los incisos *c*) a *e*) de la recomendación 4).

47. Dado que una regla basada en la ubicación del otorgante tiene por objetivo aportar una mayor claridad sobre la norma aplicable, los Estados que promulguen la *Guía* tendrán que hacer frente a los efectos de un cambio de dicha ubicación. En tal caso, se aplicaría la ley de la nueva ubicación a los efectos de determinar el derecho aplicable a la oponibilidad a terceros y el orden de prelación de una garantía, salvo en los conflictos de prelación únicamente entre partes reclamantes concurrentes cuyos derechos se hubieran hecho oponibles a terceros antes del cambio de la ubicación (véase el párrafo 78 *infra*).

b) *Excepciones a la regla de la ubicación del otorgante para determinados tipos de bienes*

48. Hay tres categorías de bienes inmateriales que han de ser objeto de consideraciones diferentes y en las que la ubicación del otorgante no es el factor de conexión más apropiado (ni el único) para la selección de la ley aplicable, a saber: el derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria; el derecho a recibir el producto de una promesa independiente, y los créditos por cobrar resultantes de una operación relacionada con bienes inmuebles.

i) *Derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria*

49. En lo que respecta a la constitución, oponibilidad, prelación y ejecución de una garantía real sobre derechos al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria, en los diversos ordenamientos se siguen criterios diferentes. Por razones de simplicidad y porque el derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria es un crédito a cobrar, en algunos ordenamientos jurídicos se considera que la ley aplicable a los créditos por cobrar en general se debe aplicar también a las cuentas bancarias. Otros Estados siguen un criterio diferente, es decir, remitir esas cuestiones a la ley del Estado en que esté situada la sucursal del banco que administra la cuenta (véase la recomendación 210, variante A). Aplicando ese criterio, aumentarían la certeza y la transparencia respecto de la ley aplicable, ya que la ubicación de la sucursal pertinente podría determinarse fácilmente en el marco de la relación bilateral entre el banco y su cliente. Además, ese criterio respondería a las expectativas normales de las partes en operaciones bancarias corrientes. Asimismo, daría por resultado la aplicación de la misma ley a las garantías reales sobre los derechos al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria y a las cuestiones reglamentarias. La ubicación de la sucursal se considera frecuentemente el *situs* de un derecho a recibir

el pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria a efectos reglamentarios y demás efectos que obliguen a determinar cuál es ese *situs*.

50. Otro criterio es remitirse a la ley que se especifique en el contrato de constitución de la cuenta como la ley aplicable a dicho contrato, o a cualquier otra ley expresamente especificada en él, siempre que el banco depositario tenga una sucursal en ese Estado. Si en el contrato de la cuenta no se especifica ninguna ley concreta, la ley aplicable se determina en virtud de las mismas reglas supletorias que las que se encuentran en el artículo 5 del Convenio de La Haya sobre la Ley aplicable a ciertos derechos sobre valores depositados en poder de un intermediario (véase la recomendación 210, variante B). Aplicando ese criterio, la ley aplicable respondería a las expectativas de las partes en el contrato de la cuenta bancaria. Los terceros interesados podrían determinar cuál es la ley estipulada en el contrato de la cuenta, ya que normalmente el otorgante (el titular de la cuenta) facilitará normalmente información sobre dicho contrato para obtener financiación de un prestamista que se base en los fondos existentes en la cuenta.

51. Como en el caso de los títulos negociables, y por las mismas razones, la ley del Estado donde esté ubicado el otorgante podría ser la aplicable para establecer la oponibilidad de una garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria si la oponibilidad se logra mediante la inscripción en el lugar en que el otorgante tenga su ubicación (véanse el párrafo 34 *supra* y la recomendación 211).

ii) Derecho a percibir el producto en virtud de una promesa independiente

52. En muchos ordenamientos, la oponibilidad y el orden de prelación de una garantía real sobre el producto de una promesa independiente se rigen por la ley especificada en la promesa independiente (véase este criterio en la recomendación 212). Si la promesa independiente no determina la ley aplicable, esas cuestiones se registrarán por la ley del Estado en que se encuentre ubicada la oficina correspondiente de la persona que haya emitido la promesa (o haya convenido en cumplirla, según sea el caso) (véase la recomendación 213). Se considera que esta norma es la que tiene la vinculación más estrecha con la promesa. Asimismo, su aplicación coincide con las expectativas normales de las partes en operaciones de esa índole. En lo que respecta a la constitución de una garantía real sobre un bien de este tipo, sigue aplicándose la regla general de conflicto de leyes relativa a las garantías reales sobre los bienes inmateriales (es decir, la norma de la ubicación del otorgante), en vista de que la constitución de la garantía supone solamente su validez entre las partes en el acuerdo de garantía y no afecta a los derechos de terceros.

53. Sin embargo, si se emite una promesa independiente para garantizar el cumplimiento de una obligación relacionada con un crédito por cobrar o un título negociable, la ley aplicable para resolver la cuestión de la constitución y la oponibilidad de una garantía real sobre créditos por cobrar o títulos negociables será la que determinará si la garantía real incluye automáticamente el producto de la promesa independiente (véase la recomendación 214). Este criterio se justifica por la necesidad de establecer, por razones de coherencia, que se aplique a la constitución y oponibilidad a terceros de una garantía real sobre un crédito por cobrar o un título negociable la misma ley que al derecho a recibir el producto de una promesa independiente relacionada con ellos.

iii) Créditos por cobrar relacionados con un bien inmueble

54. Cuando un crédito por cobrar nazca de la venta o arrendamiento de un bien inmueble o esté garantizado por un bien inmueble, normalmente, como ocurre con otros créditos

por cobrar, la ley del Estado en que se encuentre el otorgante regulará los elementos de propiedad de una garantía real sobre el crédito. Sin embargo, en caso de que se plantee un conflicto de prelación donde al menos uno de los reclamantes concurrentes haya inscrito su derecho en el registro de propiedad inmobiliaria del Estado en que se encuentre el bien, la *Guía* recomienda que se resuelva de conformidad con la ley del Estado bajo cuya jurisdicción se encuentre el registro (véase la recomendación 209). El objetivo de esta regla es asegurarse de que la ley del Estado que mantiene el registro sea la que de hecho se aplique a las partes que estén autorizadas por esa misma ley a confiar en el registro. Por esa razón, esta regla se limita a los casos en los que, en virtud de la ley del Estado que mantenga el registro, la inscripción en éste tiene repercusiones sobre la oponibilidad a terceros y la prelación.

6. *Ley aplicable a la constitución, oponibilidad a terceros y prelación de una garantía real sobre el producto*

55. En general, hay tres criterios para determinar la ley aplicable a la constitución, oponibilidad a terceros y prelación de una garantía real sobre el producto.

56. Un criterio para determinar la ley aplicable a una garantía real sobre el producto es remitirse a la ley aplicable a la garantía real sobre los bienes originalmente gravados. Por ejemplo, si los bienes gravados originales consisten en existencias situadas en el Estado A, el producto consiste en créditos por cobrar y el otorgante está situado en el Estado B, la ley del Estado A se aplicaría a la constitución, oponibilidad y prelación de una garantía real sobre los créditos por cobrar. Por consiguiente, un conflicto de prelación entre una garantía real sobre unos créditos por cobrar que son producto de unas existencias y una garantía real sobre unos créditos por cobrar que son los bienes gravados originalmente se regiría por la ley del Estado A (la ley de la ubicación de las existencias). De esa manera se determinaría con mayor certeza la ley aplicable, en beneficio de los financiadores de existencias que toman como base de sus operaciones los créditos por cobrar como producto.

57. Sin embargo, este criterio tiene importantes desventajas para el financiador de créditos por cobrar. Por ejemplo, obligaría a aplicar una ley distinta de la que el financiador de créditos por cobrar esperaría que se aplicase a sus derechos sobre dichos créditos si fueran los bienes originalmente gravados. Otro inconveniente de este criterio es que el financiador de créditos no podrá predecir cuál habrá de ser la ley aplicable, ya que la selección de esa ley dependerá de si el conflicto surge con un financiador de existencias (en cuyo caso regiría la ley de la ubicación de las existencias) o con otro reclamante concurrente (en cuyo caso regiría la ley de la ubicación del otorgante). Ese criterio tampoco ofrece una solución en una controversia tripartita entre el financiador de créditos por cobrar, el financiador de existencias y otro demandante concurrente. Asimismo, restaría fuerza a la elección de la ley de la ubicación del otorgante como la ley aplicable a una garantía real sobre créditos por cobrar, ya que éstos a menudo derivan de la venta de bienes corporales. En muchos casos, el financiador de los créditos no podría ampararse en la ley de la ubicación del otorgante.

58. Otro criterio posible es remitirse a la ley aplicable a las garantías reales sobre bienes del mismo tipo que el producto. En el ejemplo dado anteriormente, la ley del Estado B (la ley de la ubicación del otorgante) se aplicaría a la constitución, oponibilidad y prelación de una garantía real sobre los créditos por cobrar. Consideraciones de simplicidad y certeza harían aconsejable un criterio de ese tipo. La ventaja es que siempre será posible determinar la ley aplicable independientemente de las partes en la controversia.

59. Un tercer criterio posible es combinar los dos arriba mencionados y establecer el último como la regla aplicable a la oponibilidad y orden de prelación de una garantía real sobre el producto, en tanto que el primero se aplicaría a la constitución de la garantía. Con arreglo a este tercer enfoque, la cuestión de determinar si una garantía real se extiende al producto se regiría por la ley aplicable a la constitución de la garantía sobre los bienes originalmente gravados de los que derivó el producto, en tanto que la oponibilidad y el orden de prelación de un derecho al producto estarían sujetos a la ley que habría sido aplicable a tales cuestiones si el producto hubiese consistido en los bienes originalmente gravados.

60. Este criterio respondería a las expectativas de un acreedor que obtenga una garantía real sobre las existencias en virtud del derecho interno de un Estado que establezca que dicha garantía real se extiende automáticamente al producto. Respondería igualmente a las expectativas de los financiadores de créditos por cobrar con respecto a la ley que se aplicaría a la constitución, oponibilidad y orden de prelación de una garantía real sobre créditos por cobrar como bienes originalmente gravados. Por último, un criterio de esa índole daría la seguridad de que el financiador de existencias puede apoyarse en la ley que rige su garantía real para determinar si ésta se extiende al producto y permitiría a todos los reclamantes concurrentes determinar con certeza la ley que regirá un posible conflicto de prelación. Por todos estos motivos, el criterio recomendado en la *Guía* es éste (véase la recomendación 215).

7. *Ley aplicable a los derechos y obligaciones de las partes en el acuerdo de garantía*

61. Como ya se ha indicado (véase el párrafo 12 *supra*), el alcance de las reglas de constitución, oponibilidad y orden de prelación de una garantía real se limita a los aspectos de propiedad (*in rem*) de la garantía real. Esas reglas no se aplican a los derechos y obligaciones recíprocos de las partes en el acuerdo de garantía, que se rigen más bien por la ley que elijan las partes, o cuando no se elige una ley, por la ley que regule el acuerdo, determinada por las reglas de conflicto de leyes generalmente aplicables a las obligaciones contractuales. Éste es el criterio recomendado en la *Guía* (véase la recomendación 216). Existen diversas reglas de conflicto de leyes aplicables a las obligaciones contractuales. Por ejemplo, en un Estado en el que esté en vigor el Convenio de Roma y cuando las partes no hayan elegido una ley, los derechos y obligaciones recíprocos de las partes en el acuerdo de garantía se regirán por la ley que tenga un vínculo más estrecho con éste (véase el párrafo 1 del artículo 4 del Convenio de Roma). Cabe suponer que un acuerdo de garantía que garantice un préstamo tiene una conexión más estrecha con el Estado en el que la parte que cumple la obligación característica del acuerdo tiene su administración central o su residencia habitual (véase el párrafo 2 del artículo 4 del Convenio de Roma). En un acuerdo de préstamo, esa parte sería el prestamista. En una venta con retención de la titularidad, sería el vendedor.

8. *Ley aplicable a los derechos y obligaciones de terceros deudores*

62. Las garantías reales sobre bienes inmateriales involucran por lo general a terceros, por ejemplo, el deudor de un crédito por cobrar, la parte obligada en virtud de un título negociable, el banco depositario, el garante/emisor, el confirmante o la persona designada en una promesa independiente o el emisor de un documento negociable. Las reglas de conflicto de leyes que rigen los aspectos de propiedad o de ejecución de una garantía real no son necesariamente las adecuadas para determinar la ley aplicable a las obligaciones

de terceros contra los que el acreedor garantizado pueda querer ejercer los recursos que se derivan de su garantía real. La aplicación de esas reglas frustraría las expectativas de las partes que tienen una obligación de pago o de otro tipo relacionada con el bien gravado pero no participan en la operación con la que se relaciona el acuerdo de garantía.

63. En particular, el hecho de que un crédito por cobrar haya sido gravado con una garantía real no debe significar que las obligaciones del deudor del crédito pasen a estar sujetas a una ley diferente de la que regula el crédito. Consideraciones similares se aplican a las obligaciones del deudor en virtud de un título negociable, el banco depositario, el garante/emisor, confirmante o persona designada en una promesa independiente o el emisor de un documento negociable cuando se haya constituido una garantía real sobre un título negociable, sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria, sobre un derecho a recibir el producto de una promesa independiente o sobre un documento negociable. Por lo general se acepta que la existencia de una garantía real no debe hacer que cambie la ley aplicable a la relación de todas estas partes con el otorgante, y que esta ley debe ser también la aplicable a su relación con el acreedor garantizado. Las reglas de conflicto de leyes que se recomiendan en la *Guía* se atienen a este criterio (véase la recomendación 217).

9. Ley aplicable a la ejecución de una garantía real

64. En la mayoría de los ordenamientos, las cuestiones de procedimiento se rigen por la ley del Estado en que se adopte la medida judicial pertinente. Sin embargo, la ejecución puede guardar relación con cuestiones de fondo o con cuestiones de procedimiento. Lo habitual es que el Estado del foro aplique su ordenamiento jurídico para determinar cuáles son las cuestiones de fondo y cuáles las de procedimiento. Los siguientes son ejemplos de cuestiones que se suelen considerar cuestiones de fondo: la índole y el alcance de los recursos de que dispone el acreedor para liquidar los bienes gravados; la determinación de si esos recursos (o algunos de ellos) pueden ejercerse fuera de la vía judicial; las condiciones que deberán cumplirse para que el acreedor garantizado tenga derecho a tomar posesión de los bienes y enajenarlos (o hacer que sean enajenados por vía judicial); la facultad del acreedor garantizado de cobrar créditos por cobrar que sean bienes gravados, y las obligaciones del acreedor garantizado frente a otros acreedores del otorgante.

65. En lo que respecta a las cuestiones de fondo que plantea la ejecución, si una garantía real se ha constituido y hecho oponible a terceros con arreglo al derecho de un Estado, pero se pretende ejecutarla en el territorio de otro Estado, cabe preguntarse cuál será la vía para determinar los medios ejecutorios de que dispondrá, en ese país, el acreedor garantizado. Esa cuestión puede ser de gran importancia práctica cuando el régimen ejecutorio de ambos Estados difiera sustancialmente. Por ejemplo, puede suceder que el régimen aplicable a la garantía real faculte al acreedor garantizado a ejecutarla sin recurrir a la vía judicial, mientras que la ley del lugar donde se pretenda ejecutar esa garantía requiera una intervención judicial. Cada una de las soluciones posibles de esta cuestión conlleva ciertas ventajas y ciertos inconvenientes.

66. Una de las opciones consistiría en someter toda medida ejecutoria a la ley del lugar de ejecución, vale decir, la ley del foro (*lex fori*). El lugar de ejecución de las garantías reales sobre bienes corporales sería en la mayoría de los casos el Estado donde esté situado el bien, en tanto que la ejecución de una garantía real sobre bienes inmateriales, por ejemplo, un crédito por cobrar, sería el Estado donde se encuentre el deudor del crédito por cobrar. En favor de esta regla cabe aducir las siguientes razones normativas:

a) La ley aplicable a la vía ejecutoria coincidiría con la ley normalmente aplicable a toda cuestión de índole procesal;

b) La ley aplicable a la vía ejecutoria coincidiría, en muchos casos, con la ley del Estado en que se encuentren los bienes que vayan a ser objeto de la medida ejecutoria prevista (y podría coincidir asimismo con la ley aplicable al orden de prelación, si las reglas de conflicto de leyes del foro remitieran a tal lugar para determinar las cuestiones de prelación); y

c) Los requisitos aplicables serían los mismos para todo acreedor que trate de ejercitar algún derecho contra los bienes del otorgante en el lugar de la ejecución, independientemente de que esos derechos tengan su origen en el derecho interno o en la ley de otro país.

67. Por otra parte, la selección de la *lex fori* puede crear incertidumbre si el bien gravado es un bien inmaterial. Por ejemplo, no está claro dónde deberá tener lugar la ejecución cuando el bien gravado sea un crédito por cobrar. La solución sería muy problemática ya que requeriría de criterios para determinar la ubicación del crédito por cobrar (véase el párrafo 41 *supra*) que se especifique en la norma. Además, el acreedor garantizado podría encontrarse en un Estado diferente en el momento en que se pongan en marcha las medidas de ejecución. En el caso de una cesión global de créditos por cobrar contra deudores ubicados en varios Estados, es posible que se apliquen leyes múltiples a la ejecución. El resultado sería el mismo si una medida ejecutoria tuviera que cumplirse en un Estado (por ejemplo, notificación del deudor del crédito por cobrar) y otra en un segundo Estado (por ejemplo, cobro o venta del crédito). Si entran en juego futuros créditos por cobrar, el acreedor garantizado es posible que no sepa en el momento de la cesión qué ley regulará sus recursos de ejecución. Toda esta incertidumbre con respecto a la ley aplicable tendrá probablemente una repercusión negativa en la oferta de financiación y su costo.

68. Otra preocupación es que la *lex fori* no responda a las expectativas de las partes. Es posible que las partes hayan previsto que sus respectivos derechos y obligaciones, de tenerse que recurrir a la vía ejecutoria, serán los estipulados por la ley con arreglo a la que se determinará la prelación de la garantía real. Por ejemplo, si la ley que regula la prelación de la garantía permite la ejecución extrajudicial de la garantía real, el acreedor garantizado debe poder recurrir a la ejecución extrajudicial en el territorio del Estado donde haya de ejecutar su garantía, aun cuando el derecho interno de ese Estado no faculte normalmente el recurso a esa vía.

69. Por tanto, otra opción sería remitir las cuestiones de fondo que plantea la ejecución a la ley que regule la prelación de la garantía real. La ventaja de ese criterio estriba en que las cuestiones de ejecución guardan estrecha relación con las cuestiones de prelación (por ejemplo, la forma en que el acreedor garantizado ejecute su garantía real puede repercutir en los derechos de los reclamantes concurrentes). Ese criterio tiene además otra ventaja: como la ley que rige el orden de prelación es a menudo la misma ley que rige la constitución y oponibilidad de la garantía real, el resultado final sería que las cuestiones de constitución, oponibilidad y prelación quedarían con frecuencia sujetas a la misma ley.

70. Una tercera opción sería adoptar la regla de que la ley aplicable a la relación contractual entre las partes es igualmente la ley aplicable a la vía ejecutoria de la garantía real. Ello respondería a las expectativas de las partes y coincidiría también, en muchos casos, con la ley aplicable a la constitución de la garantía real, dado que esa ley suele ser

la seleccionada como ley aplicable en las obligaciones contractuales de las partes. Sin embargo, conforme a ese enfoque, las partes gozarían de autonomía para elegir como ley aplicable a toda cuestión de índole ejecutoria una ley distinta de la ley del foro o de la ley aplicable a la prelación de la garantía. Esta solución sería desventajosa para los terceros que no dispongan de medios para determinar la índole de las medidas que el acreedor garantizado puede ejercer contra los bienes de su común deudor. Por consiguiente, la remisión de todas las cuestiones de ejecución a la ley que rija la relación contractual de las partes exigiría excepciones que amparasen los intereses de terceros y respetasen las reglas imperativas del Estado del foro o de la ley que rija la constitución, oponibilidad y prelación de la garantía.

71. Otra opción sería tratar de conciliar las ventajas de las opciones basadas en la ley del lugar de ejecución (*lex fori*) y la ley por la que se rige la prelación. Con arreglo a ese criterio, la ejecución de una garantía real sobre bienes corporales podría regirse por la *lex fori*, mientras que la ejecución de una garantía real sobre bienes inmateriales se regiría por la misma ley que se aplica a la prelación. La *Guía* recomienda esta solución porque mantiene las ventajas de aplicar la *lex fori* a los bienes corporales y evita las dificultades que plantea aplicar esa ley a los bienes inmateriales (véase la recomendación 218).

72. Hay que señalar que las reglas de conflicto de leyes relativas a la ejecución de una garantía real antes citadas no son las que regulan la relación entre un acreedor garantizado y el tercero deudor. Como y se ha indicado (véanse los párrafos 62 y 63 *supra*), las obligaciones de estas personas frente al acreedor garantizado por lo general se rigen por la misma ley que regula su relación con el otorgante. Además, las reglas de conflicto de leyes relativas a la ejecución están concebidas para regular cuestiones de fondo y no se aplican a asuntos procesales (que, en algunos Estados, podrían plantearse únicamente en el caso de la ejecución judicial).

10. Reglas para determinar la ubicación y el momento adecuado

73. Dado que las reglas generales de conflicto de leyes relativas a las garantías reales sobre bienes corporales y sobre bienes inmateriales se basan en la ubicación de los bienes gravados y la ubicación del otorgante, respectivamente, es fundamental poder determinar con facilidad la ubicación pertinente. Normalmente, se considera que un bien corporal está situado en el lugar en que se encuentra físicamente y no es necesario establecer una regla concreta a ese efecto. Sin embargo, sí existe esa necesidad cuando se trata de determinar la ubicación del otorgante. El domicilio legal y la residencia de una persona natural bien podrían encontrarse en Estados diferentes. Igualmente, una persona jurídica puede tener su oficina central en un Estado diferente del Estado donde se encuentre su principal lugar de negocios o su centro de decisiones.

74. Como ya se indicó, la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos define la ubicación del otorgante de la siguiente forma: el otorgante está situado en el Estado donde tenga su establecimiento o, cuando el otorgante tenga un establecimiento en más de un Estado, en el Estado donde el otorgante ejerza su administración central. Cuando el otorgante no tiene establecimiento, se hace referencia al Estado en que el otorgante tenga su residencia habitual (véase inciso *h*) del artículo 5). La *Guía* define la ubicación del otorgante de la misma manera (véase la recomendación 219).

75. Cualquiera que sea el factor de conexión por el que se opte para determinar la regla de conflicto de leyes más apropiada para una cuestión determinada, lo cierto es que tras

la constitución de una garantía real puede producirse un cambio que modifique ese factor. Por ejemplo, aunque la ley aplicable sea la del tribunal en cuya jurisdicción el otorgante tenga su oficina central, éste puede trasladar posteriormente su oficina central al territorio de otro país. De modo parecido, cuando la ley aplicable sea la del territorio donde estén situados los bienes gravados, puede suceder que esos bienes sean trasladados a otro Estado. Por ello, es necesario determinar el momento adecuado para establecer la ubicación.

76. De no resolverse explícitamente esta cuestión, las reglas generales de derecho internacional privado relativas a la constitución, oponibilidad y prelación de las garantías reales se podrían interpretar en el sentido de que, en caso de que se produzca un cambio en el factor de conexión pertinente, la ley inicialmente aplicable seguiría siendo la aplicable a las cuestiones relacionadas con la constitución de la garantía (en vista de que surgieron antes de que se produjera el cambio), mientras que la ley posterior se aplicaría a los hechos que se produjeran con posterioridad y que plantearan cuestiones relacionadas con la oponibilidad o el orden de prelación. Por ejemplo, de darse una situación en la que la ley aplicable a la oponibilidad a terceros de una garantía fuese la ley de la ubicación del otorgante, la oponibilidad de la garantía frente al administrador de la insolvencia del otorgante se determinaría aplicando la ley del Estado de la nueva ubicación del otorgante en el momento en que se inicien los procedimientos de insolvencia.

77. No obstante, si la ley no se pronuncia sobre esas cuestiones puede haber lugar a otras interpretaciones. Se podría entender, por ejemplo, que la ley aplicable ulterior pasará a regular también la constitución de la garantía entre las partes en caso de que se produzca una controversia de prelación con posterioridad al cambio. El argumento es que todo tercero que negocie con el otorgante debe poder determinar la ley aplicable a todas las cuestiones que puedan surgir fundándose para ello en que el factor de conexión efectivo es el que existía en la fecha de su trato con el otorgante.

78. Por consiguiente, parece necesario dar una orientación sobre esas cuestiones a fin de eliminar la incertidumbre, ya que un cambio en el factor de conexión se traducirá en la aplicación de una ley distinta de la que las partes esperaban que se aplicase, si la ley del Estado en que se encuentre la nueva ubicación de los bienes o del otorgante tiene una regla diferente de conflicto de leyes. Por eso, la *Guía* recomienda que: *a*) a efectos de determinar la ley aplicable a la constitución de la garantía, la ubicación pertinente es el lugar donde se encontrase el bien gravado o el otorgante en el momento de la constitución putativa de la garantía (así pues, en el caso de cesiones de los mismos créditos por cobrar en distintas ubicaciones, ambas serían válidas entre las partes), y *b*) a los efectos de determinar la ley aplicable a la oponibilidad y la prelación, la ubicación pertinente es el lugar en que se encontrasen en el momento en que se planteara la cuestión (así pues, la ley de la nueva ubicación del otorgante-cedente regularía la oponibilidad a terceros y la prelación). Sin embargo, en caso de que se produzca una controversia en la que sólo intervinieran otros demandantes concurrentes cuyos derechos fueran efectivos contra terceros antes del cambio de ubicación del bien o del otorgante, la oponibilidad y la prelación se registrarán por la ley de la ubicación inicial (véase la recomendación 220). La *Guía* también recomienda que los acreedores garantizados (los cesionarios en el caso de un crédito por cobrar) que cumplan los requisitos de oponibilidad en la primera ubicación del otorgante (los cedentes en el caso de un crédito por cobrar) dispongan de un breve plazo para hacer oponible su garantía real conforme a la ley de la nueva ubicación del otorgante a fin de mantener su oponibilidad a terceros y su prelación (de esa forma, el primer otorgante-cedente gozaría de protección; véase la recomendación 45).

11. Orden público y reglas imperativas desde una perspectiva internacional

79. De acuerdo con las reglas de conflicto de leyes de muchos Estados, el Estado del foro sólo puede negarse a aplicar la ley determinada en sus reglas de derecho internacional privado cuando los efectos de su aplicación sean manifiestamente contrarios al orden público del Estado del foro o cuando tales efectos sean contrarios a disposiciones imperativas de la ley del Estado del foro incluso en situaciones internacionales. El propósito de esa regla es preservar principios fundamentales de justicia del Estado del foro. Por ejemplo, si en virtud de la ley del Estado del foro no se puede constituir una garantía real sobre las prestaciones de jubilación y éste es un asunto de orden público en el Estado del foro, éste puede negarse a dar efecto a una disposición de la ley aplicable que reconociese esa garantía (véase la recomendación 222). Sin embargo, estos principios no deben permitir que el Estado del foro aplique su propio derecho en cuestiones de oponibilidad y prelación en lugar de la ley aplicable (véase la recomendación 222 c)). El Estado del foro tiene que acogerse a otras disposiciones de la ley aplicable para determinar la oponibilidad y la prelación. La justificación de ese enfoque es la necesidad de evitar la incertidumbre con respecto a la ley aplicable a las cuestiones de oponibilidad y prelación. El mismo enfoque se sigue en el párrafo 2 del artículo 23, el párrafo 2 del artículo 30 y el artículo 31 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos. En el párrafo 3 del artículo 11 del Convenio de La Haya sobre valores se sigue igualmente ese criterio.

12. Consecuencias de la apertura de un procedimiento de insolvencia sobre la ley aplicable a las garantías reales

80. Determinar la ley aplicable a la constitución, la oponibilidad y la prelación de una garantía real y cuáles son los derechos que corresponden a un acreedor garantizado después de un incumplimiento puede plantear algunas cuestiones adicionales si el procedimiento de insolvencia se inicia en un Estado y algunos bienes del deudor o algunos acreedores están ubicados en otro Estado, o si se inician procedimientos de insolvencia en dos Estados diferentes debido al carácter multinacional del negocio del deudor. En ambos casos, sin embargo, la mayoría de los Estados prevén que las reglas generales de conflicto de leyes aplicables, y no las aplicables en el procedimiento de insolvencia, serán las que rijan estos asuntos, con las limitaciones que a continuación se examinan. Este resultado es acorde con la recomendación 30 de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia, que establece que el Estado en el que se abra el procedimiento de insolvencia (es decir, el Estado del foro) debe aplicar sus reglas de derecho internacional privado para determinar qué ordenamiento rige cuestiones tales como la validez y efectividad de los derechos y créditos (incluidas las garantías reales) existentes en el momento de la apertura del procedimiento de insolvencia (véase también la recomendación 223 de la presente *Guía*).

81. Una vez que se ha determinado la validez y efectividad de una garantía real de conformidad con el régimen aplicable fuera del procedimiento de insolvencia en virtud de las reglas de derecho internacional privado del Estado del foro, se plantea una segunda cuestión con respecto al efecto de la apertura de un procedimiento de insolvencia sobre la prelación de las garantías reales. En general se reconoce que el régimen de insolvencia del Estado en que se abre el procedimiento de insolvencia (*lex fori concursus*) se aplicará a la apertura, la sustanciación, incluida la clasificación de los créditos por orden de prelación, la administración y la conclusión de ese procedimiento (los “efectos de la insolvencia”) (véase la recomendación 31 de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de

la Insolvencia). La consecuencia puede ser que se modifique la prelación relativa que una garantía real tendría en virtud del régimen de operaciones garantizadas, y también puede establecer categorías de créditos que serían satisfechos antes que una garantía real en un procedimiento de insolvencia. Además, aparte de las cuestiones de prelación, una garantía real puede quedar sujeta a las disposiciones de anulación del régimen de insolvencia del Estado del foro (véase la recomendación 88 de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia).

82. Los efectos de un procedimiento de insolvencia en las garantías reales se rigen normalmente por la *lex fori concursus*, pero algunos regímenes constituyen una excepción. Por ejemplo, el Estado del foro puede remitirse al régimen de insolvencia del Estado en que esté ubicado un bien inmueble (*lex rei sitae*) para establecer cuáles son las consecuencias de la insolvencia para una garantía real sobre los bienes incorporados a un bien inmueble. En la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia se abordan estas excepciones con más detalle (véase la segunda parte, capítulo I, párrafos 85 a 91), pero no se recomienda la adopción de una regla *lex rei sitae* para los efectos de la insolvencia sobre los bienes incorporados a un bien inmueble, ni siquiera sobre un bien mueble en general. En cambio, se recomienda en general que, si se añadieran nuevas excepciones a la aplicabilidad de la *lex fori concursus* a los efectos de la insolvencia, su número debería ser limitado y su contenido habría de exponerse o señalarse claramente en el régimen de la insolvencia (véase la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia, recomendación 34 y segunda parte, capítulo I, párrafo 88 y la recomendación 34).

B. Observaciones específicas relativas a Estados que tienen varias unidades territoriales

83. El término “Estado” se refiere en la presente *Guía* a un Estado soberano. No obstante, se plantea la cuestión de determinar qué ley se aplica cuando la regla de conflicto de leyes acerca de una cuestión determinada remite a un Estado compuesto por más de una unidad territorial, y cada unidad tiene su propio régimen jurídico en relación con la cuestión. Ése podría ser el caso de los Estados federales, en los que el régimen de operaciones garantizadas es, por lo general, de la competencia de la autoridad legislativa de sus unidades territoriales. Para que las reglas de conflicto de leyes funcionen cuando la ley aplicable es la ley de ese Estado (incluso cuando el foro no sea un Estado compuesto por varias unidades territoriales), es necesario determinar la unidad territorial cuya ley habrá de regir.

84. Normalmente, las referencias a la ley de un Estado con varias unidades territoriales remiten a la ley vigente en la unidad territorial pertinente, determinada sobre la base del factor de conexión aplicable (como la ubicación del bien o la ubicación del otorgante). Por ejemplo, cuando la ley aplicable es la ley de un Estado multiterritorial compuesto por tres unidades territoriales (A, B y C), la remisión a la ley de la ubicación del otorgante como la ley aplicable a una garantía real sobre créditos por cobrar significa que se remite a la ley de la unidad territorial A si el lugar de la administración central del otorgante se encuentra en la unidad territorial A (véase la recomendación 224).

85. A fin de mantener la coherencia de las reglas internas de derecho internacional privado de un Estado multiterritorial, la *Guía* adopta un criterio seguido en muchos tratados internacionales, y recomienda que se apliquen esas reglas, aunque sólo a nivel interno

(véase la recomendación 225). Utilizando el ejemplo dado en el párrafo anterior, si un otorgante está situado en la unidad territorial A de un Estado multiterritorial, la aplicación de la ley de la unidad territorial B estaría permitida cuando las reglas internas de la unidad A sobre solución de conflictos determinaran que la ley de la unidad B es la ley aplicable. Ése podría ser el caso si las reglas de solución de conflictos de la unidad A previeran (como la *Guía*) que la ley de la ubicación del otorgante es la que regula la oponibilidad y la prelación de una garantía real sobre créditos por cobrar, pero definieran la ubicación de forma diferente. Si la ubicación del otorgante tal como está definida en la *Guía* (es decir, el lugar de su administración central) se encuentra en la unidad territorial A pero la ley de esa unidad define la ubicación del otorgante en el sentido de que es la ubicación de su sede central y ésta se encuentra en la unidad territorial B, la oponibilidad y el orden de prelación de la garantía real sobre créditos por cobrar se regirían en tal caso por la ley de la unidad B. Ésta parece ser una desviación de la regla general sobre la exclusión de la remisión (véase la recomendación 221). Sin embargo, tal “desviación” se limita a la remisión interna, que no incide en la certeza en cuanto a la ley aplicable. En el ejemplo anterior, en caso de que la sede central del otorgante se encontrara en un Estado distinto de aquel del que forma parte la unidad A no habría una remisión a una ley distinta de la de la unidad territorial A.

86. Estas reglas se aplican sólo a cuestiones que, en el Estado multiterritorial pertinente, se rijan por las leyes de sus unidades territoriales. No tendrían, en cambio, ningún efecto en un Estado federal cuya constitución estableciera que las cuestiones relativas a las operaciones garantizadas se rigen por las leyes federales.

87. Al ocuparse de la ley aplicable a una garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria, la *Guía* ofrece varias recomendaciones (véase el análisis de estas variantes en los párrafos 49 a 51 *supra*). Conforme a la variante A, la ley aplicable cuando el banco que mantiene la cuenta tiene establecimientos en más de un Estado será la ley del Estado en el que esté ubicada la sucursal que administre la cuenta (véase la recomendación 210, variante A). En consecuencia, el hecho de que el Estado sea unitario o multiterritorial no influirá en la determinación de la ley aplicable. Ahora bien, conforme a la variante B, las partes podrán elegir en determinados casos la ley aplicable a la cuenta. Así pues, en el caso de un Estado con varias unidades territoriales, se entenderá que las referencias al “Estado” en la recomendación 210 se remiten a la unidad territorial y será necesario prever reglas suplementarias que rijan la determinación de la unidad territorial pertinente (véanse las recomendaciones 226 y 227).

C. Recomendaciones 203 a 227*

Finalidad

La finalidad de las normas de conflicto de leyes es determinar la ley aplicable a: la constitución, oponibilidad a terceros y prelación de una garantía real, y los derechos y obligaciones del otorgante, el acreedor garantizado y los terceros con anterioridad y posterioridad al incumplimiento².

*Las recomendaciones sobre conflictos de leyes fueron preparadas en estrecha colaboración con la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

²Las cuestiones de conflicto de leyes relativas a la financiación de adquisiciones se abordan en el capítulo IX. Las cuestiones de conflicto de leyes relativas a la insolvencia se abordan en el presente capítulo y en el capítulo XII.

1. Recomendaciones generales

Ley aplicable a las garantías reales sobre bienes corporales

203. El régimen³ debería disponer, salvo que en las recomendaciones 204 a 207 y 211 se disponga otra cosa, que la ley aplicable a la constitución de toda garantía real sobre bienes corporales, su oponibilidad a terceros y su grado de prelación será la ley del Estado en que esté situado el bien.

204. El régimen debería prever que la ley aplicable a las cuestiones mencionadas en la recomendación 203 respecto de una garantía real sobre un bien corporal de una especie que suele utilizarse en más de un Estado será la ley del Estado en que esté situado el otorgante.

205. El régimen debería prever que, si una garantía real sobre un bien corporal es objeto de inscripción en un registro especial o de anotación en un certificado de titularidad, la ley aplicable a las cuestiones mencionadas en la recomendación 203 será la ley del Estado bajo cuya jurisdicción se mantenga el registro o se expida el certificado de titularidad.

206. El régimen debería prever que la ley aplicable al grado de prelación de una garantía real sobre un bien corporal que se haya hecho oponible a terceros mediante la posesión de un documento negociable frente a otra garantía real concurrente que se haya hecho oponible a terceros mediante otro método será la ley del Estado en que esté situado el documento.

Ley aplicable a las garantías reales sobre bienes corporales en tránsito o destinados a la exportación

207. El régimen debería disponer que toda garantía real sobre bienes corporales (que no sean títulos negociables ni documentos negociables) que estén en tránsito, o que se vayan a exportar del Estado en que se encuentren en el momento de constituirse la garantía real, podrá constituirse y hacerse valer frente a terceros con arreglo a las leyes del Estado en que estuviesen situados inicialmente los bienes, de conformidad con la recomendación 203, o con arreglo a las leyes del Estado de destino final, siempre y cuando los bienes lleguen a ese Estado en un plazo de [indíquese un plazo breve] días a contar desde el momento en que se haya constituido la garantía real.

Ley aplicable a las garantías reales sobre bienes inmateriales

208. El régimen debería disponer que la ley aplicable a la constitución de toda garantía real sobre un bien inmaterial, a su oponibilidad a terceros y a su grado de prelación será la ley del Estado en que esté situado el otorgante.

Ley aplicable a los créditos por cobrar nacidos de una venta, de un arrendamiento o de una operación respaldada por un acuerdo de garantía relativo a un bien inmueble

209. El régimen debería disponer que la ley aplicable a la constitución de toda garantía real sobre un crédito por cobrar nacido de una venta, de un arrendamiento o de una operación respaldada por un acuerdo de garantía relativo a un bien inmueble, a su oponibilidad a terceros y su grado de prelación será la ley del Estado en que esté situado el cedente. No obstante, la ley aplicable a los conflictos de prelación relativos a los derechos de un demandante concurrente inscrito en un registro de la propiedad inmobiliaria será la ley del Estado bajo cuya jurisdicción se mantenga dicho registro. La regla que figura en la oración anterior se aplicará únicamente si la inscripción es pertinente en virtud de dicha ley a la prelación de una garantía real sobre el crédito por cobrar.

³En el presente capítulo se entiende por “régimen” el régimen de las operaciones garantizadas u otro régimen en el que un Estado podrá incluir disposiciones sobre conflicto de leyes.

Ley aplicable a las garantías reales sobre el derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria

210. El régimen debería disponer que la ley aplicable a la constitución de toda garantía real sobre el derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria, su oponibilidad a terceros, su grado de prelación y su ejecución, así como los derechos y obligaciones del banco depositario con respecto a dicha garantía, será:

*Variante A**

La ley del Estado en que el banco que administre la cuenta bancaria tenga su establecimiento. Si tuviera establecimiento en más de un Estado, se hará remisión al lugar en que se encuentre la filial que administra la cuenta.

Variante B

La ley del Estado expresamente designado en el acuerdo sobre la cuenta para regularlo o, si en ese acuerdo se estipulara expresamente la aplicabilidad de otra ley a todas esas cuestiones, esa otra ley. No obstante, la ley del Estado determinada conforme a la oración anterior únicamente será aplicable si el banco depositario, en el momento de concertar el acuerdo sobre la cuenta, posee en ese Estado una oficina normalmente encargada de administrar cuentas bancarias. De no ser determinada la ley aplicable conforme a las dos oraciones anteriores, la ley aplicable habrá de determinarse en virtud de reglas supletorias basadas en el artículo 5 del Convenio de La Haya sobre la ley aplicable a ciertos derechos sobre valores depositados en poder de un intermediario⁴.

La presente recomendación está sujeta a la excepción prevista en la recomendación 211.

Ley aplicable a la oponibilidad a terceros de garantías reales sobre determinados tipos de bienes mediante inscripción registral

211. El régimen debería disponer que, si el Estado en que está situado el otorgante reconoce la inscripción registral como método para que una garantía real sobre un título negociable o un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria surta efecto frente a terceros, sea la ley de ese Estado la que determine si esa garantía ha pasado a ser oponible a terceros mediante la inscripción registral efectuada conforme a sus leyes.

Ley aplicable a las garantías reales sobre el derecho de recibir el producto de una promesa independiente

212. El régimen debería disponer que la ley del Estado especificado en una promesa independiente del garante/emisor, del confirmante o de la persona designada regirá:

a) Los derechos y obligaciones del garante/emisor, del confirmante o de la persona designada que haya recibido una solicitud de aceptación o que haya pagado o pueda pagar o dar valor de otra forma en virtud de una promesa independiente;

b) El derecho a ejecutar la garantía real constituida sobre el derecho a recibir el producto de una promesa independiente frente al garante/emisor, al confirmante o a la persona designada; y

c) Salvo que en la recomendación 213 se disponga otra cosa, la oponibilidad a terceros y la prelación de la garantía real constituida sobre el derecho a recibir el producto de una promesa independiente.

*Un Estado podrá adoptar la variante A o la variante B de la recomendación 210.

⁴Un Estado que adopte la variante B de la recomendación 210 también tiene que adoptar las recomendaciones 226 y 227.

213. Si la ley aplicable no queda determinada por la promesa independiente del garante/emisor o del confirmante, la ley que regirá las cuestiones enunciadas en la recomendación 212 será la del Estado en el que esté situada la filial u oficina del garante/emisor o del confirmante que se indique en la promesa independiente. Sin embargo, cuando se trate de una persona designada, la ley aplicable será la del Estado en que esté situada la filial u oficina de la persona designada que haya pagado o que pueda pagar o dar valor de otra forma en virtud de la promesa independiente.

214. El régimen debería disponer que la ley aplicable a la constitución y oponibilidad a terceros de una garantía real sobre un crédito por cobrar, un título negociable u otra demanda, cuyo pago u otra forma de cumplimiento esté respaldado por la promesa independiente, será también la ley aplicable a la cuestión de si se constituye una garantía real sobre el derecho a recibir el producto de una promesa independiente y pasa a ser oponible a terceros automáticamente, como se prevé en las recomendaciones 25 (capítulo II, sobre la constitución de una garantía real) y 48 (capítulo III, sobre la oponibilidad a terceros de una garantía real).

Ley aplicable a las garantías reales sobre el producto de un bien

215. El régimen debería disponer que:

a) La constitución de toda garantía real sobre el producto de un bien se regirá por la ley aplicable a la constitución de la garantía real sobre el bien originalmente gravado del cual se obtenga el producto; y

b) La ley aplicable a la oponibilidad a terceros de toda garantía real sobre el producto de un bien y su prelación será la ley que rija la oponibilidad a terceros y la prelación de una garantía real constituida sobre bienes del mismo tipo que el producto.

Ley aplicable a los derechos y obligaciones del otorgante y del acreedor garantizado

216. El régimen debería disponer que la ley aplicable a los derechos y obligaciones recíprocos del otorgante y el acreedor garantizado emanados del acuerdo de garantía será la ley que hayan elegido y, si no hubieran elegido la ley aplicable, la ley que regule el acuerdo de garantía.

Ley aplicable a los derechos y obligaciones de los terceros deudores y los acreedores garantizados

217. El régimen debería disponer que la ley aplicable a los créditos por cobrar, los títulos negociables o los documentos negociables será también la ley que rija:

a) La relación entre el deudor y el cesionario del crédito por cobrar, y la relación entre una parte obligada en virtud de un título negociable y el titular de una garantía real sobre dicho título;

b) Las condiciones en que la cesión de un crédito por cobrar, una garantía real sobre el título negociable o una garantía real sobre el documento negociable podrá invocarse frente al deudor del crédito, frente a la parte obligada en virtud del título negociable o frente al emisor del documento negociable (incluso la posibilidad de que el deudor, la parte obligada o el emisor hiciera hacer valer o no un acuerdo de intransferibilidad); y

c) La determinación de que las obligaciones del deudor del crédito, de la parte obligada en virtud del título negociable o del emisor del documento negociable se han cumplido o no.

Ley aplicable a la ejecución de las garantías reales

218. El régimen debería disponer que, a reserva de la recomendación 223, la ley aplicable a:

a) Las cuestiones relativas a la ejecución de las garantías reales constituidas sobre bienes corporales será la ley del Estado en que tenga lugar la ejecución; y

b) Las cuestiones relativas a la ejecución de las garantías reales constituidas sobre bienes inmateriales será la ley que rijan la prelación de la garantía.

Significado de la “ubicación” del otorgante

219. El régimen debería disponer que, a efectos de las disposiciones del presente régimen relativas al conflicto de leyes, el otorgante estará situado en el Estado en que se encuentre su establecimiento. Si está establecido en más de un Estado, su establecimiento será aquel en que se ejerza la administración central. Si no tiene un establecimiento, se hará referencia a su residencia habitual.

Momento aplicable al determinar la ubicación

220. El régimen debería disponer que:

a) Salvo en lo dispuesto en el apartado b) de la presente recomendación, cuando en las disposiciones del presente régimen relativas al conflicto de leyes se mencione la ubicación de los bienes o del otorgante, se interprete que se hace referencia, a efectos de las cuestiones relacionadas con la constitución de la garantía real, al lugar en que se encontraban los bienes o el otorgante en el momento de constituirse la garantía real y, a efectos de las cuestiones relativas a la oponibilidad a terceros y la prelación, al lugar en que se encontraban los bienes o el otorgante en el momento de plantearse la cuestión;

b) Si los derechos de las partes reclamantes concurrentes sobre un bien gravado se constituyeron y pasaron a ser oponibles a terceros antes del cambio de ubicación del bien o del otorgante, cuando en las disposiciones del presente régimen relativas al conflicto de leyes se mencione la ubicación de los bienes o del otorgante se entenderá, en lo que respecta a la oponibilidad a terceros y a las cuestiones de prelación, como una referencia al lugar anterior al cambio de ubicación.

Exclusión de la remisión

221. El régimen debería disponer que toda remisión, en las disposiciones del presente régimen relativas al conflicto de leyes, a “la ley” de otro Estado como ley que rige una determinada cuestión deberá entenderse como la ley vigente en ese Estado para cuestiones que no sean las reglas de conflicto de leyes.

Orden público y reglas imperativas desde una perspectiva internacional

222. El régimen debería disponer que:

a) El tribunal del foro sólo puede negarse a aplicar la ley determinada en las disposiciones del presente régimen relativas al conflicto de leyes cuando los efectos de su aplicación sean manifiestamente contrarios al orden público del foro;

b) Las disposiciones sobre conflicto de leyes no impiden que el tribunal del foro aplique las disposiciones de su propia ley que, independientemente de las reglas de conflicto de leyes, deban aplicarse incluso a situaciones internacionales; y

c) Las reglas enunciadas en los apartados a) y b) de la presente recomendación no permiten la aplicación de disposiciones de la ley del foro a la oponibilidad a terceros o a la prelación de una garantía real.

Efecto de la apertura de un procedimiento de insolvencia en la ley aplicable a las garantías reales

223. El régimen debería disponer que la apertura de un procedimiento de insolvencia no sustituye a las normas sobre conflicto de leyes que determinan la ley aplicable a la constitución, la oponibilidad a terceros, la prelación y la ejecución de una garantía real (y, en el contexto del

enfoque no unitario, un derecho de retención de titularidad y un derecho de arrendamiento financiero). Ahora bien, esta disposición estará sujeta a los efectos que tenga en esas cuestiones la aplicación del régimen de insolvencia del Estado en el que se abra el procedimiento de insolvencia (*lex fori concursus*) a cuestiones como la elusión, el trato de los acreedores garantizados, la clasificación de demandas o la distribución del producto⁵.

2. Recomendaciones especiales cuando el derecho aplicable es el de un Estado con varias unidades territoriales

224. El régimen debería disponer que, en aquellas situaciones en que la ley aplicable a una cuestión sea la de un Estado integrado por varias unidades territoriales, a reserva de lo dispuesto en la recomendación 225, toda referencia a la ley de un Estado compuesto por varias unidades territoriales se entenderá referida a la ley de la unidad territorial pertinente (determinada en función de la ubicación del otorgante o de un bien gravado o, si no, en virtud de las normas sobre conflicto de leyes) y, en la medida en que sea aplicable a dicha unidad territorial, se entenderá referida a la ley del Estado integrado por varias unidades territoriales propiamente dicho.

225. El régimen debería disponer que si, en virtud de sus disposiciones relativas al conflicto de leyes, la ley aplicable es la de un Estado compuesto por varias unidades territoriales o la de una de sus unidades territoriales, serán las reglas internas sobre conflicto de leyes vigentes de dicho Estado multiterritorial o su unidad territorial las que determinarán si se aplicarán las reglas sustantivas de derecho del Estado multiterritorial o las de una determinada unidad territorial de dicho Estado.

226. El régimen debería disponer que, cuando el titular de una cuenta y el banco depositario hayan convenido en aplicar al acuerdo sobre la cuenta la ley de una determinada unidad territorial de un Estado integrado por varias unidades territoriales:

a) La palabra “Estado”, que figura en la primera frase de la recomendación 210 (variante B) se entenderá referida a dicha unidad territorial; y

b) Las palabras “ese Estado”, en la segunda frase de la recomendación 210 (variante B) se entenderán referidas al Estado multiterritorial propiamente dicho.

227. El régimen debería disponer que se aplicará la ley de una unidad territorial cuando:

a) En virtud de la recomendación 210 (variante B) y de la recomendación 226, la ley designada sea la de la unidad territorial de dicho Estado multiterritorial;

b) En virtud de la ley de dicho Estado, la ley de una unidad territorial se aplique únicamente cuando el banco depositario tenga una oficina en el territorio de la unidad territorial que cumpla los requisitos especificados en la segunda oración de la recomendación 210 (variante B); y

c) La regla descrita en el apartado b) de la presente recomendación esté vigente en el momento en que se haya constituido la garantía real sobre la cuenta bancaria⁶.

⁵Véase la recomendación 31 de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia.

⁶Únicamente los Estados que adopten la variante B de la recomendación 210 tienen que adoptar las recomendaciones 226 y 227.

XI. Transición

A. Observaciones generales

1. Introducción

1. En el capítulo precedente se abordó el “conflicto de leyes”, es decir, el conjunto de normas que sirven para determinar, en los casos en que dos o más ordenamientos jurídicos tengan normas sustantivas que podrían aplicarse a una operación determinada, cuáles de esas normas serán de hecho aplicables. Con frecuencia, se dice de esas normas sobre conflictos de leyes que son aquellas que regulan el conflicto de leyes “en el espacio”, a fin de distinguirlas de un tipo diferente de normas sobre esos conflictos, a saber, las que rigen el conflicto de leyes “en el tiempo”. Todas las medidas legislativas plantean cuestiones en relación con el conflicto de leyes en el tiempo. Por ese motivo, la mayoría de los Estados tienen principios bien desarrollados para determinar, por ejemplo, cuándo entra en vigor una nueva ley, sus efectos sobre los derechos adquiridos conforme a la normativa legal anterior y la medida en que la nueva ley es aplicable a las relaciones jurídicas ya existentes. Sin embargo, cuando se contempla una importante reforma del régimen legal existente, los Estados suelen incorporar a la nueva ley un conjunto de reglas concretas para regular el conflicto de leyes en el tiempo, a medida que surja al entrar en vigor la nueva ley. Esas reglas se suelen conocer por el nombre de “disposiciones transitorias”. En vista del alcance de los capítulos anteriores, en la *Guía* se recomienda que los Estados adopten esa serie de disposiciones transitorias que se ajusten específicamente a la nueva ley que promulguen.

2. Es probable que las normas incluidas en el nuevo régimen jurídico de las operaciones garantizadas que refleje las recomendaciones de la *Guía* se aparten en forma significativa del régimen anterior. Evidentemente, esas diferencias repercutirán en cualesquiera acuerdos que los otorgantes y los acreedores garantizados concierten después de que se promulgue la nueva ley. Sin embargo, muchas operaciones concertadas al amparo del régimen legal anterior seguirán en curso cuando el nuevo régimen entre en vigor. Habida cuenta de las diferencias existentes entre el anterior y el nuevo régimen jurídico y la continuidad de las operaciones y de las garantías reales constituidas en virtud del anterior régimen, es importante para la eficacia del nuevo régimen que contenga normas justas y eficientes que regulen la transición del anterior al nuevo régimen jurídico. Del mismo modo, se requerirán reglas transitorias cuando, en virtud de las normas sobre conflictos de leyes del anterior régimen, la ley de un Estado diferente (es decir, diferente del Estado cuya ley rija esa cuestión conforme a las normas sobre conflictos de leyes del nuevo régimen) haya regulado la constitución, la oponibilidad a terceros o la prelación de una garantía real. Así, por ejemplo, puede ser que las normas sobre conflictos de leyes del régimen anterior remitan al régimen existente en la ubicación del deudor sujeto a una obligación en cuestiones de oponibilidad a terceros, mientras que las normas sobre conflictos de leyes de la nueva normativa remitan al régimen existente en la ubicación del otorgante de la garantía real.

3. Deben abordarse dos cuestiones referentes a la transición del anterior al nuevo régimen. En primer lugar, como se examina en la sección A.2, el nuevo régimen legal deberá

prever la fecha a partir de la cual entrará en vigor (o las fechas a partir de las cuales entrarán en vigor sus diversas partes) (la “fecha de entrada en vigor”). En segundo lugar, como se examina en la sección A.3, la nueva ley también deberá especificar la medida en que, después de la fecha de entrada en vigor, será aplicable a las operaciones o garantías reales preexistentes a esa fecha. Los principios particulares que regulan diversas situaciones de transición se recogen en la sección A.4. En la sección B, el capítulo concluye con una serie de recomendaciones.

2. Fecha de entrada en vigor del nuevo régimen legal

4. Deben analizarse varios factores para determinar la fecha de entrada en vigor de la nueva ley. La rápida obtención de los beneficios económicos que esta nueva ley hará posibles es una razón para que los Estados la pongan en vigor cuanto antes después de su promulgación. Sin embargo, estas ventajas deben compaginarse con la necesidad de evitar la inestabilidad y la perturbación de los mercados que serán regidos por ella. También ha de darse a los participantes en el mercado un plazo suficiente para prepararse a realizar operaciones con arreglo al nuevo régimen, las cuales podrán diferir significativamente, tanto en la forma como en el fondo, de las operaciones concertadas conforme al régimen anterior. En consecuencia, y dependiendo de la medida en que el nuevo régimen legal haya sido objeto de debate público, el Estado podrá disponer que la nueva ley no entre en vigor inmediatamente al promulgarla. Es decir, para que los mercados y sus participantes puedan ir adaptando su actuación a fin de estar preparados para las nuevas reglas, y asegurar la elaboración y presentación de programas educacionales adecuados para los jueces, árbitros, abogados y participantes en el mercado, los Estados podrán fijar para la entrada en vigor de la nueva ley la fecha posterior a su promulgación que proceda tras un plazo razonable.

5. Al elegir la fecha de entrada en vigor, los Estados podrían tomar en consideración varios factores, inclusive los siguientes: *a)* las repercusiones de la fecha de entrada en vigor en toda decisión de otorgar o no crédito; *b)* el aprovechamiento al máximo de los beneficios que se deriven del nuevo régimen; *c)* las medidas de carácter reglamentario, institucional, educativo o de otra índole, o las mejoras de la infraestructura que se hayan de introducir; *d)* la situación imperante en el marco del régimen aún en vigor y las estructuras preexistentes; *e)* la armonización de la nueva ley sobre las operaciones garantizadas con otras leyes; *f)* los límites constitucionales, en su caso, de la retroactividad del nuevo régimen, y *g)* las prácticas habitualmente seguidas o convenientes para fijar la entrada en vigor de la ley (por ejemplo, el primer día de un mes).

6. Los Estados suelen adoptar uno de tres métodos para poner en vigor las leyes en una fecha posterior a su promulgación. Primero, en algunos casos, una ley general o una ley promulgante estable simplemente que la nueva ley entrará en vigor en una fecha futura fijada por “decreto” o “proclamación”. Segundo, en otros casos, la propia ley especificará esa fecha futura. Por ejemplo, si una ley se promulga el 17 de enero de un año determinado, en ella misma se podrá disponer expresamente que entrará en vigor el primer día de septiembre del mismo año. Tercero, es frecuente que la ley contenga una fórmula concreta para determinar la fecha de entrada en vigor. Hay muchos ejemplos de fórmulas utilizables. Una de ellas sería disponer que esa fecha recayera en el primer día del mes civil contado a partir de la expiración del plazo de seis meses siguiente a la fecha de promulgación. Otra fórmula podría hacer referencia al primer día de enero o de julio, según cuál de ellos sea el más próximo, una vez transcurridos seis meses después de la fecha de promulgación.

Hay aún otro tipo de fórmula que se suele utilizar cuando es necesario retrasar la fecha de entrada en vigor a fin de dar tiempo al establecimiento de una infraestructura técnica, por ejemplo un sistema de registro informatizado. En estos casos, los Estados recurren por lo general a un “decreto” que estipula, por ejemplo, que la fecha en que el registro entre en funcionamiento será el punto de partida para el aplazamiento de seis meses. En la *Guía* no se toma posición sobre cuál de esos métodos debieran adoptar los Estados, pues se trata de algo que depende forzosamente de la práctica nacional. No obstante, se recomienda que los Estados especifiquen la fecha de entrada en vigor, ya sea en la propia ley o en una proclamación conexas, o bien establezcan en el régimen mismo sobre las operaciones garantizadas una fórmula para determinarla (véase la recomendación 228).

3. *Método general aplicable a los derechos adquiridos*

7. Dado que las obligaciones garantizadas son con frecuencia pagaderas a plazos, probablemente existirán muchos derechos creados con anterioridad a la fecha de entrada en vigor que continuarán existiendo con posterioridad a ella, para garantizar las deudas que aún no hayan sido totalmente pagadas. Por consiguiente, los Estados deben también estudiar si la nueva ley debería ser aplicable a las cuestiones que surjan después de la fecha de entrada en vigor cuando éstas se refieran a operaciones concertadas con anterioridad a esa fecha.

8. Un método sería que la nueva ley se aplicara sin retroactividad. Por lo tanto no regularía ningún aspecto de las operaciones concertadas antes de la fecha de entrada en vigor. Pese a que responde a cierta lógica, en particular con respecto a toda cuestión que surja entre el otorgante y el acreedor garantizado, ese método plantearía notables dificultades cuando fueran afectados los derechos de terceros, sobre todo en lo relativo a las cuestiones de prelación. El principal problema radicaría en la necesidad de resolver los conflictos de prelación entre un acreedor garantizado, cuya garantía real se hubiese constituido con anterioridad a la fecha de entrada en vigor, y un acreedor garantizado concurrente a favor del cual se hubiera constituido una garantía real sobre los mismos bienes gravados pero después de la entrada en vigor del nuevo régimen legal. Dado que la prelación es un concepto comparativo, la misma norma relativa al orden de prelación debe regir las dos garantías reales que se comparan. Por tanto no sería factible que las normas del anterior régimen regulasen la prelación de la garantía real del acreedor constituida antes de la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen y que este último regulase la prelación de la garantía real del acreedor garantizado constituida después de tal fecha.

9. Determinar qué regla de prelación se debe aplicar a los conflictos de prelación es una cuestión no exenta de dificultades. La aplicación de las normas del anterior régimen para resolver esos conflictos de prelación retrasaría considerablemente la vigencia de algunos de los aspectos más importantes de la nueva ley, lo que podría retardar por largo tiempo la obtención de los importantes beneficios económicos que esa nueva normativa reporta. El retraso afectaría a todas las nuevas operaciones, aun cuando únicamente se produciría en relación con algunas de las antiguas operaciones. Además, impediría que las partes que hubieran concertado acuerdos de garantía que abarcaran futuros bienes aprovecharan el nuevo régimen con respecto a los bienes adquiridos o producidos después de la fecha de su entrada en vigor. Ahora bien, la aplicación de las nuevas reglas a esos conflictos de prelación podría causar un perjuicio injusto a las partes que se atuvieran a la normativa anterior. Esto sucedería sobre todo en el caso de las partes que se atuvieran a ella sin tener conocimiento de que podría modificarse. Además, aplicar las normas sobre prelación

retroactivamente podría inducir a las partes en acuerdos de garantías vigentes a impugnar la nueva ley o a abogar por la postergación indebida de la fecha de su entrada en vigor.

10. Por otro lado, la aplicación de la nueva ley a todas las operaciones a partir de la fecha de su entrada en vigor podría fomentar un mayor grado de certidumbre y una obtención más rápida de los beneficios económicos de esa ley, pero con las disposiciones transitorias adecuadas para regular la situación de las garantías reales constituidas antes de la fecha de su entrada en vigor. Estas disposiciones transitorias dispondrían lo necesario para la integración de tales garantías en el nuevo régimen sin menoscabo del grado de prelación que tenían en la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen. Un método así evitaría los problemas inherentes a cualquiera de las opciones de todo o nada señaladas en el párrafo precedente. Al ofrecer un mecanismo para proteger la prelación adquirida, fomentaría un justo y eficaz equilibrio entre los derechos de las partes que actuaron de conformidad con la normativa anterior y aquellas que lo hicieron con arreglo a la nueva ley.

11. Pero no serán meramente las cuestiones de prioridad las que interesarán a quienes tengan garantías reales que daten de fecha anterior a la de entrada en vigor. Puede haber litigios en curso en el momento en que cobre vigencia el nuevo régimen. Esos procedimientos tal vez se refieran a una ejecución a raíz de un incumplimiento, o incluso a un conflicto antes del incumplimiento que surja entre el otorgante y un acreedor garantizado, o entre un demandante concurrente y el otorgante. En armonía con la lógica general de la protección de los derechos adquiridos, se debe dar a un acreedor asegurado o al otorgante, o bien a un demandante concurrente que haya entablado pero no terminado un procedimiento judicial antes de la fecha de entrada en vigor de la nueva ley, una opción en cuanto a la manera de procurar la solución del conflicto. Se debe permitir al iniciador del procedimiento que lo prosiga en el marco de la normativa anterior o que desista y entable un procedimiento con arreglo a la nueva normativa legal.

12. Teniendo presentes estas consideraciones, en la *Guía* se recomienda a los Estados que adopten el método general siguiente: *a)* aplicación inmediata del nuevo régimen legal a todas las operaciones concertadas después de la fecha de su entrada en vigor; *b)* no debe haber ninguna aplicación retroactiva general del nuevo régimen a las operaciones concertadas antes de la fecha de su entrada en vigor; *c)* dicho régimen debe aplicarse a las cuestiones y procedimientos (por ejemplo los conflictos de prelación y los mecanismos de ejecución) que surjan después de su fecha de entrada en vigor, incluso en relación con los acuerdos concertados a tenor del régimen legal anterior, y *d)* el nuevo régimen debe contener disposiciones transitorias detalladas para proteger los derechos que las partes adquieran en virtud de operaciones concertadas antes de la fecha de entrada en vigor (véase la recomendación 228, segunda frase).

4. *Cuestiones que habrán de abordarse en las disposiciones transitorias*

a) *Observaciones generales*

13. Muchas garantías reales constituidas antes de la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen continuarán existiendo después de esa fecha, y pueden entrar en conflicto con las garantías reales constituidas con arreglo al nuevo régimen. Así pues, se necesitan unas disposiciones transitorias claras para determinar la medida en que las normas de la nueva ley se aplicarán a esas garantías preexistentes. Convendría que esas disposiciones abordaran adecuadamente las firmes expectativas de las partes, así como la necesidad de contar con un marco jurídico de certeza y previsibilidad para concertar operaciones en el

futuro. Las disposiciones transitorias deberán determinar la medida en que las nuevas normas se aplicarán, después de la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen, entre las partes en una operación que hayan constituido una garantía real antes de esa fecha. También deberán regular en qué medida las nuevas normas se aplicarán, después de la fecha de la entrada en vigor, a la resolución de conflictos de prelación entre el titular de una garantía real y un acreedor concurrente, cuando la constitución de la garantía real o los derechos del acreedor concurrente sean anteriores a la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen.

14. No es posible ninguna norma ni fórmula única para regular todos los casos porque, incluso si todos los Estados aplicaran la *Guía* de idéntica manera, cada uno de ellos se encontraría en una situación de transición desde un régimen preexistente diferente. Además, los rasgos distintivos del régimen preexistente producirán efectos sobre las decisiones que se adopten acerca de la transición. Por ejemplo, los Estados tendrán que tener en cuenta el grado de facilidad con que será posible determinar que los bienes estaban gravados por una garantía real con arreglo al anterior régimen, o cuánto tiempo deberían continuar “intactas” bajo la nueva ley las operaciones ya existentes y, en los casos en que conforme a la anterior normativa era necesario que un acreedor garantizado renovase una inscripción en el registro o tomase otra medida para mantener la eficacia de la garantía real frente a terceros, cómo y hasta qué fecha límite debería hacerse esa renovación en virtud de la nueva ley. En el examen que figura a continuación se analizan las principales cuestiones que los Estados deben abordar al elaborar tales disposiciones transitorias.

b) *Controversias sometidas a un tribunal judicial o a un tribunal arbitral*

15. Cuando una controversia ya se esté dirimiendo ante los tribunales en la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen legal, la introducción de éste no alterará el resultado del litigio, puesto que los derechos de las partes ya estarán suficientemente consolidados. El mismo principio deberá aplicarse cuando la controversia se someta a un sistema comparable de solución de controversias, como el arbitraje, que establece una determinación vinculante de los derechos. En cambio, no debe aplicarse cuando las partes recurran a un procedimiento no vinculante como el de conciliación (llamado también de mediación). El carácter no vinculante del resultado del procedimiento indica que los derechos de las partes no se han consolidado en grado suficiente. De ello se deduce pues que esa controversia no debe resolverse mediante la aplicación del nuevo régimen jurídico (véase la recomendación 229, primera frase). Además, en el contexto de un procedimiento ejecutorio ya en curso, las partes en el litigio no deberían poder valerse en general de los mecanismos o derechos previstos en el nuevo régimen legal que se refieran específicamente a las cuestiones en litigio. La vía ejecutoria debería seguir rigiéndose en todos sus aspectos por la normativa anterior (véase la recomendación 229, segunda frase).

16. El litigio puede, por supuesto, referirse a cuestiones distintas de la ejecución. Es posible que surjan controversias anteriores al incumplimiento entre el otorgante y el acreedor garantizado, o entre un demandante concurrente, por ejemplo un comprador del bien gravado, y el acreedor garantizado. En estos casos, el litigio ya en curso sobre algún aspecto de una operación garantizada no debería excluir la aplicación del nuevo régimen a los aspectos de la operación que no fueran objeto de litigio. Tampoco debería impedir a las partes que entablaran un litigio acerca de cualquiera de esos asuntos al amparo de la nueva normativa legal. Así, por ejemplo, es posible que el otorgante esté litigando sobre el derecho del acreedor garantizado a hacer uso de un bien gravado que obre en posesión de dicho acreedor. Este litigio en curso con arreglo a la ley anterior no debe ser obstáculo

para que el acreedor garantizado entable una acción ejecutoria conforme a la nueva ley, una vez transcurrida la fecha de entrada en vigor. Por último, como ya se ha indicado (véase el párrafo 11 *supra*), si existe algún procedimiento en curso al amparo de la ley anterior, se debe permitir a quien lo entabló que lo continúe en el marco de esa normativa anterior o desista e incoe un procedimiento al amparo del nuevo régimen legal.

c) *Validez entre las partes de las garantías constituidas antes de la fecha de la entrada en vigor*

17. Cuando una garantía real se haya constituido antes de la fecha de la entrada en vigor de un nuevo régimen legal, se plantean dos cuestiones en lo concerniente a la validez de esa garantía entre el otorgante y el acreedor. La primera es la de determinar si una garantía real que se haya constituido válidamente con arreglo al régimen anterior, pero que no cumpla los requisitos para su constitución conforme al nuevo régimen, dejará de tener validez al entrar en vigor este régimen. La segunda cuestión es la de determinar si una garantía real que no se haya constituido válidamente con arreglo al anterior régimen, pero que cumpla todos los requisitos para su constitución con arreglo al nuevo régimen, habrá de tenerse por válida a partir de la fecha de la entrada en vigor de este régimen.

18. En cuanto a la primera cuestión, son posibles distintos métodos. Por ejemplo, se podría establecer un período de transición durante el cual la garantía real seguiría teniendo validez entre las partes, de forma que el acreedor podría adoptar las medidas necesarias para su constitución con arreglo al nuevo régimen durante dicho período de transición. Al concluir el período de transición, de no haberse adoptado tales medidas, la garantía perdería su eficacia con arreglo a la nueva ley. Pero un método más sencillo, que es el recomendado en la *Guía*, es disponer que, si se constituye la garantía real y adquiere validez entre las partes antes de la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen, seguirá teniendo validez entre ellas una vez que este nuevo régimen haya entrado en vigor (véase la recomendación 230).

19. En cuanto a la segunda cuestión, debería considerarse la posibilidad de declarar que la garantía real antes inválida cobrará validez a partir de la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen, ya que, cuando concertaron su acuerdo, las partes tenían presumiblemente la intención de que dicha garantía tuviera validez entre ellas. Con todo, algunos Estados resuelven esta cuestión estableciendo el requisito de que el otorgante confirme específicamente su intención de que la garantía real anteriormente ineficaz sea válida con arreglo al nuevo régimen. Sin embargo, es difícil satisfacer ese requisito, ya que supone, de manera poco convincente, que al menos una de las partes tenía conocimiento del vicio, y no hizo nada para remediarlo de conformidad con el régimen legal anterior, pero ahora desea que la garantía real sea válida. El supuesto más probable es que el vicio se descubra después de la entrada en vigor del nuevo régimen, en cuyo caso estará justificada una norma que disponga la validez automática de la garantía real al entrar en vigor el nuevo régimen. Éste es el enfoque recomendado en la *Guía* (véase la recomendación 228, segunda frase).

d) *Eficacia frente a terceros de las garantías constituidas antes de la fecha de entrada en vigor*

20. Se plantean distintas cuestiones en cuanto a la eficacia frente a terceros de las garantías reales que se hayan constituido antes de la fecha de entrada en vigor de la nueva ley. Habida cuenta de que el nuevo régimen legal incorporará principios de orden público

interno relativos a las diligencias que han de cumplirse para que una garantía real sea eficaz frente a terceros, convendría que el ámbito de aplicación del nuevo régimen fuera lo más amplio posible. Con todo, quizá no sea razonable suponer que todo acreedor cuya garantía real fuera eficaz frente a terceros conforme al régimen legal anterior del Estado promulgante (o conforme a la ley del Estado cuyo régimen legal regulará la eficacia frente a terceros a tenor de las normas sobre conflictos de leyes del régimen anterior) vaya a cumplir inmediatamente todo requisito suplementario que le imponga el nuevo régimen. Esa situación sería especialmente onerosa en el caso de los acreedores institucionales, que tendrían que cumplir los requisitos suplementarios del nuevo régimen en forma simultánea en relación con un gran número de operaciones concertadas antes de la fecha de entrada en vigor.

21. Un método más conveniente consistiría en que toda garantía real que fuera oponible a terceros con arreglo al régimen anterior, pero que dejara de serlo conforme al nuevo régimen, conservara su eficacia durante un período razonable (que se especificaría en las disposiciones transitorias del nuevo régimen legal) a fin de dar tiempo al acreedor para cumplir los requisitos del nuevo régimen. Al concluir el período de transición, la garantía dejaría de ser oponible a terceros, a menos que lo fuera también en virtud del nuevo régimen. Éste es el enfoque recomendado en la *Guía* (véase la recomendación 231). Al determinar la duración del período dentro del cual se permita a los acreedores hacer sus garantías eficaces frente a terceros, los Estados deberían examinar varias cuestiones prácticas. Por ejemplo, cuando ya exista un sistema de registro de garantías reales, se podría prever un período más largo. Mientras que el antiguo registro continúe funcionando, los terceros seguirían disponiendo de medios para determinar si una garantía real gravaba determinados bienes. En cambio, cuando no haya ningún sistema de registro de garantías reales, podría considerarse la posibilidad de un período más breve, al menos en relación con las garantías respecto de las cuales no se exigiera la inscripción de una notificación en virtud del régimen anterior. De no existir esa inscripción o notificación, los terceros no tendrían fácilmente de medios para determinar si una garantía real gravaba los bienes de un posible otorgante.

22. Si la garantía real no era oponible a terceros conforme al anterior régimen legal pero, sin embargo, lo es a tenor de la nueva ley, esa garantía debería ser oponible a terceros en cuanto entrara en vigor dicha ley. Como ya se ha indicado (véase el párrafo 19 *supra*), cabe presumir que la intención de las partes había sido que la garantía real surtiera efecto entre ellas con arreglo a la anterior normativa, incluso aunque no lo surtiera. Dado que una garantía real sólo puede ser oponible a terceros una vez que se ha constituido y ha cobrado efectividad entre las partes, si la garantía real que antes era ineficaz frente a terceros adquiere esa eficacia en virtud de la nueva ley, los terceros gozarán de toda la protección otorgada por el nuevo régimen legal. Éste es el enfoque recomendado en la *Guía* (véase la recomendación 228, segunda frase).

e) *Conflictos de prelación*

23. En el caso de los conflictos de prelación, se plantean problemas totalmente distintos, ya que cuando se trata de tales conflictos debe aplicarse, necesariamente, un conjunto de normas a dos (o más) garantías diferentes constituidas en distintos momentos conforme a regímenes diferentes. Un ordenamiento jurídico no puede disponer, sin más, que una norma en materia de prelación vigente en el momento de constituirse una garantía real rija la prelación con respecto a esa garantía, puesto que tal norma no daría una solución

coherente cuando una de las garantías comparadas hubiera sido constituida conforme al anterior régimen legal pero la otra se hubiera constituido con arreglo al nuevo. Por el contrario, deben existir normas que regulen cada una de las siguientes situaciones: *a)* cuando las dos garantías reales se hayan constituido y hayan cobrado eficacia frente a terceros después de la entrada en vigor del nuevo régimen legal; *b)* cuando ambas garantías se hayan constituido y hayan cobrado eficacia frente a terceros antes de la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen, y *c)* cuando una garantía real se haya constituido y cobrado eficacia frente a terceros antes de tal fecha de entrada en vigor y la otra se haya constituido y haya cobrado eficacia después de esa fecha.

24. La situación más sencilla sería un conflicto de prelación entre reclamantes concurrentes cuyas garantías se hubieran constituido y hubieran cobrado eficacia contra terceros después de la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen legal. En esa situación, es evidente que el conflicto se resolvería aplicando las normas de la nueva ley en materia de prelación. Éste es el enfoque recomendado en la *Guía* (véase la recomendación 232).

25. En cambio, si ambas garantías reales concurrentes se hubieran constituido y hubieran pasado a ser eficaces contra terceros antes de la fecha de entrada en vigor de la nueva ley, sería preciso un examen más a fondo. Lo importante no sería sólo que la prelación relativa de las dos garantías concurrentes sobre los bienes gravados se estableciera antes de la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen legal; también sería importante que, además, aparte de la mencionada fecha, no hubiera ocurrido nada que alterase esa prelación relativa. En tal caso, en aras de la estabilidad de las relaciones, convendría que no se modificase la prelación establecida antes de dicha fecha simplemente por la entrada en vigor del nuevo régimen. Sin embargo, si después de la entrada en vigor se produjera algún hecho que pudiera haber afectado a la prelación en el marco del régimen anterior (como, por ejemplo, que una de las garantías reales adquiriera eficacia frente a terceros o dejara de tenerla), habría menos motivos para seguir aplicando la normativa anterior a fin de dirimir un conflicto modificado por un hecho o acto posterior a la fecha de entrada en vigor de la nueva ley. Por lo tanto, cobra mucho más peso el argumento en favor de aplicar la nueva normativa a esa situación. Dicho de otro modo, las garantías existentes de las partes en la situación en que se encontraban cuando entró en vigor la nueva ley gozarían de protección, pero las partes no deberían ser eximidas de la obligación de cuidarse de no actuar, o no dejar de actuar, de tal manera que sus garantías existentes ya no estuviesen preservadas con arreglo al nuevo régimen legal. Éste es el enfoque recomendado en la *Guía* (véanse las recomendaciones 232 a 234).

26. La situación de transición más difícil es la que entraña un conflicto de prelación entre una garantía real que se constituyó y cobró eficacia contra terceros antes de la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen y otra garantía que se constituyó y adquirió eficacia contra terceros después de esa fecha. En tal caso, aunque es preferible que las nuevas normas prevalezcan finalmente (en realidad, mejor pronto que tarde), es adecuado establecer una regla de transición que ampare al acreedor cuya garantía se haya constituido conforme al régimen anterior. Siempre que el acreedor adopte todas las medidas que sean necesarias para preservar esa protección conforme al nuevo régimen dentro del plazo fijado en la norma de transición, la nueva ley debería otorgar a dicho acreedor la misma prelación de que hubiera gozado si la nueva normativa legal hubiera estado vigente en el momento de la operación original y si dichas medidas se hubieran tomado oportunamente conforme a la ley anterior. Éste es el enfoque recomendado en la *Guía* (véase la recomendación 232). Cabe citar como ilustración de este principio el siguiente ejemplo. Un acreedor garantizado obtuvo una garantía real eficaz contra terceros sin inscribirla en

el registro a tenor de la ley anterior, y la nueva normativa legal estipula que la garantía ha de inscribirse en un plazo de 60 días contado a partir de su fecha de entrada en vigor a fin de preservar esa eficacia frente a terceros. Si ese acreedor garantizado efectuase la inscripción 50 días después de la fecha de entrada en vigor, gozaría de prelación con respecto a otro acreedor garantizado que obtuvo la garantía después de la fecha de entrada en vigor y la convirtió en oponible a terceros inscribiéndola en el registro 30 días después de esa fecha de entrada en vigor. Es decir, el primer acreedor preservaría su grado de prelación porque su garantía nunca perdió su eficacia frente a terceros y había obtenido su prelación prioritaria con arreglo al régimen legal anterior.

f) *Vía ejecutoria*

27. En la fecha en que la nueva ley entre en vigor pueden estar dirimiéndose controversias en un litigio o en el marco de otro sistema de solución de controversias, como, por ejemplo, el arbitraje. Como se ha señalado (véanse los párrafos 15 y 16 *supra*), en estos casos los derechos de las partes ya se habrán consolidado suficientemente para que la entrada en vigor de un nuevo régimen legal no altere el resultado de la controversia. Éste es el enfoque recomendado en la *Guía* (véase la recomendación 229). Además, en general, las partes en la controversia no deberían poder valerse de los mecanismos ni ejercitar los derechos previstos en el nuevo régimen. Por ejemplo, si la ejecución extrajudicial está prohibida con arreglo a la ley anterior, pero la autoriza la nueva ley, las partes ejecutantes no deberían tener la posibilidad de convertir un proceso de ejecución judicial en curso en un proceso de ejecución extrajudicial. De manera análoga, en el contexto de un procedimiento ejecutorio ya en curso no debería permitirse normalmente a las partes oponer excepciones o hacer valer otros derechos que sólo estuvieran enunciados en el nuevo régimen. Sin embargo, el alcance del principio es susceptible de interpretación. Según una opinión, cuando un acreedor haya iniciado la ejecución conforme al régimen legal anterior, había que considerar que ha optado por la ejecución al amparo de ese régimen y que no puede después tratar de ejercitar los derechos de acción disponibles en virtud de la nueva ley. Según otra opinión, el principio significa tan sólo que no puede obligarse al acreedor a convertir el procedimiento entablado con arreglo al régimen anterior en un procedimiento conforme al nuevo régimen. Podrá proseguir la ejecución como si el nuevo régimen aún no hubiera entrado en vigor. Con todo, si el acreedor ejecutante abandonara el procedimiento de ejecución judicial o arbitral ya en curso, según esta opinión, nada le impediría iniciar otro procedimiento ejecutorio (incluso un procedimiento de ejecución extrajudicial) en virtud del nuevo régimen. Por las razones ya indicadas (véase el párrafo 11 *supra*), en la *Guía* se recomienda que el acreedor garantizado podrá proseguir la vía ejecutoria conforme al régimen anterior (véase la recomendación 229, segunda frase) o abandonarla y emprenderla al amparo del nuevo régimen.

28. No obstante, la gran mayoría de las controversias relativas a operaciones concertadas antes de la entrada en vigor del nuevo régimen legal surgirán después de que este régimen comience a surtir efecto. Pueden presentarse dos situaciones distintas. Por un lado, puede ocurrir que los acreedores garantizados tengan derecho a valerse de ciertas vías de recurso y que a los otorgantes se les permita invocar determinadas excepciones que ya no estén permitidas con arreglo a la nueva ley. Por otro lado, puede ocurrir que ésta permita a los acreedores valerse de nuevos remedios y a los deudores invocar nuevas excepciones no permitidas anteriormente. Se exponen como ilustración los dos ejemplos siguientes.

29. Cuando el nuevo régimen derogue ciertos remedios, o les haga objeto de un procedimiento nuevo o más oneroso, se aduce el argumento de que los acreedores no deberían

verse perjudicados por ese régimen. Por ejemplo, en algunos Estados, los acreedores que estén en posesión de un bien gravado podrán, en caso de incumplimiento, quedarse sencillamente un bien dado en garantía sin tener que notificar al otorgante ni a terceros. En contraste, la *Guía* prevé que un acreedor tendrá que notificar su intención de aceptar el bien como liquidación de la obligación garantizada (véanse las recomendaciones 156 a 159).

30. Un fundamento análogo se aplica a los casos en que los otorgantes no tienen las excepciones que podían oponer ni los derechos de acción que podían ejercitar con arreglo al régimen anterior. Por ejemplo, en algunos Estados, los otorgantes que hayan incumplido su obligación pueden suspender el procedimiento ejecutorio poniendo remedio a la omisión concreta que dio lugar a que se produjera el incumplimiento, con lo cual restablecen la obligación garantizada y detienen la ejecución. En contraste, la *Guía* prevé que los otorgantes tengan el derecho a redimir la garantía real mediante el pago de la obligación pendiente, pero no a remediar el incumplimiento y restablecer la obligación (véase la recomendación 140).

31. En ambos casos, se puede aducir el argumento de que el perjuicio posiblemente sufrido por un acreedor garantizado o un otorgante como consecuencia de la entrada en vigor del nuevo régimen basta para justificar que no se revoque ningún derecho nacido en virtud del régimen anterior, ni siquiera con respecto a la ejecución que comience después de la entrada en vigor de la nueva ley. Tanto el acreedor como el otorgante deberían poder aplicar el acuerdo original de conformidad con la normativa legal que estuviera en vigor cuando fue concertado. En contraste, hay un argumento igualmente convincente de que, dado que el nuevo régimen ejecutorio nace del hecho de que un Estado estudia cuidadosamente la mejor manera de equilibrar los derechos de todas las partes, debería aplicarse a todos los remedios ejecutorios válidos con posterioridad a la fecha de su entrada en vigor. Este argumento es especialmente persuasivo cuando la ejecución afecte a los derechos de terceros que hayan obtenido garantías reales sobre los bienes después de la entrada en vigor del nuevo régimen. Además, como el equilibrio relativo que habrá que establecer dependerá de la configuración concreta de los derechos de ejecución de los acreedores garantizados y de las excepciones que invoquen los otorgantes en los distintos Estados conforme al régimen legal anterior, en la *Guía* se recomienda el principio general de la aplicación inmediata del nuevo régimen (véase la recomendación 228).

32. Asimismo, es posible que otra normativa legal de un Estado (por ejemplo, el régimen general de obligaciones o principios constitucionales referentes a la interferencia retroactiva con los derechos de propiedad) afecte a la medida exacta en que el procedimiento ejecutorio iniciado después de la entrada en vigor del nuevo régimen se vea menoscabado por el principio de la aplicación inmediata.

33. En cuanto al caso contrario, en que el nuevo régimen brinde nuevos remedios a los acreedores o nuevos derechos a los otorgantes, son poderosas las razones en favor de aplicar el nuevo régimen a las operaciones existentes antes de su entrada en vigor. Un acreedor garantizado en virtud del régimen anterior que haya adoptado las medidas necesarias para asegurar la oponibilidad a terceros conforme a la nueva ley no se debe encontrar en una posición diferente a la de un acreedor que obtenga inicialmente una garantía con arreglo al nuevo régimen legal. De manera análoga, cualesquiera nuevas excepciones o derechos de acción concedidos a los otorgantes y los terceros en virtud del nuevo régimen deberían poderse invocar o ejercitar en relación con los procedimientos ejecutorios que hubieran entablado todos los acreedores garantizados, inclusive los acreedores que ejecutasen garantías derivadas de las operaciones existentes antes de la entrada en vigor del nuevo régimen. Dicho de otro modo, el nuevo régimen ejecutorio reflejará presumiblemente el

criterio óptimo de un Estado en cuanto a un régimen justo y eficiente para la ejecución de garantías reales. Así pues, si ese nuevo régimen es adecuado en relación con las garantías reales que se constituyeron y pasaron a ser oponibles a terceros después de su fecha de entrada en vigor, también deberá ser aplicable a la ejecución, después de dicha fecha, de las garantías que se constituyeron y pasaron a ser oponibles antes de que el régimen comenzara a surtir efecto. Éste es el enfoque recomendado en la *Guía* (véase la recomendación 228, segunda frase).

B. Recomendaciones 228 a 234

Finalidad

La finalidad de las disposiciones del régimen relativas a la transición es lograr una transición justa y eficiente entre el régimen anteriormente aplicable y el presente régimen una vez que éste que entre en vigor.

Fecha de entrada en vigor

228. En el régimen debería especificarse ya sea una fecha posterior a su promulgación para su entrada en vigor (la “fecha de entrada en vigor”), o un mecanismo por el que se fije esa fecha. A partir de dicha fecha, el régimen se aplicará a todas las operaciones comprendidas en su ámbito, concertadas antes o después de dicha fecha, a reserva de lo dispuesto en las recomendaciones 229 a 234.

Inaplicabilidad del régimen a las actuaciones abiertas antes de su entrada en vigor

229. El régimen debería disponer que no será aplicable a las cuestiones que estén siendo dirimidas en el marco de un litigio o de otro procedimiento vinculante de solución de controversias antes de la fecha de entrada en vigor. Si la ejecución de una garantía real ha comenzado antes de la fecha de entrada en vigor, podrá continuar en virtud del régimen vigente antes de la fecha de entrada en vigor (“normativa legal anterior”).

Constitución de una garantía real

230. El régimen debería disponer que la normativa legal anterior determinará si se constituyó una garantía real antes de la fecha de entrada en vigor.

Oponibilidad a terceros de una garantía real

231. El régimen debería disponer que una garantía real que haya pasado a ser oponible a terceros conforme a la normativa legal anterior conservará su eficacia frente a terceros hasta uno de los siguientes momentos, según cuál se dé primero:

- a) El momento en que deje de ser oponible en virtud de la normativa legal anterior; y
- b) Hasta la expiración de un plazo de [especificar el plazo] meses después de la fecha de entrada en vigor (“el período de transición”).

Si se cumplen las prescripciones relativas a la oponibilidad a terceros antes de que ésta haya cesado en virtud de la oración precedente, la oponibilidad a terceros mantendrá su continuidad.

Prelación de una garantía real

232. A reserva de lo dispuesto en las recomendaciones 233 y 234, el régimen debería prever que la prelación de una garantía real se regirá por el presente régimen. El momento en que una garantía real referida en la recomendación 231 pasó a ser oponible a terceros o fue objeto de una

inscripción de notificación en virtud de la normativa legal anterior será el momento que servirá para determinar la prelación de dicha garantía.

233. El régimen debería prever que la prelación de una garantía real será determinada por la normativa legal anterior cuando:

a) La garantía real y los derechos de todos los reclamantes concurrentes hubieran nacido antes de la fecha de entrada en vigor; y

b) No se haya producido ningún cambio en la situación jurídica de esos derechos desde la fecha de entrada en vigor.

234. El régimen debería prever que el grado de prelación de una garantía real ha cambiado si:

a) La garantía real era oponible a terceros en la fecha de entrada en vigor, conforme se prevé en la recomendación 231, y posteriormente dejó de ser oponible a terceros; o

b) La garantía real no era oponible a terceros en la fecha de entrada en vigor y posteriormente pasó a ser oponible a terceros.

XII. Las repercusiones de la insolvencia en las garantías reales

A. Observaciones generales

1. Introducción

1. En los capítulos precedentes de la *Guía* se formulan comentarios y recomendaciones encaminados a ayudar a los Estados a elaborar un régimen eficaz y eficiente de las operaciones garantizadas. El objetivo ha sido crear un marco para regular los derechos de otorgantes, acreedores garantizados y terceros cuando los otorgantes se propongan gravar bienes con una garantía real. En general, la *Guía* no aborda cuestiones relacionadas con el régimen básico de las obligaciones y de la propiedad, ni se ocupa directamente de cuestiones de procedimiento civil ni del régimen que rige la ejecución de sentencias. La *Guía* deja esas cuestiones a otras ramas del derecho. Sin embargo, hay un campo del derecho, a saber, el régimen de la insolvencia, en el que, en la práctica, el régimen de las operaciones garantizadas ejerce una interacción profunda con otra rama del derecho y, por consiguiente, es necesario que se aborde directamente en la *Guía*.

2. El régimen de las operaciones garantizadas y el régimen de la insolvencia tienen diferentes problemas que resolver y distintos objetivos, algunos de los cuales pueden superponerse cuando los derechos regulados por el régimen de las operaciones garantizadas se ven afectados por la apertura de un procedimiento de insolvencia. Todo régimen de las operaciones garantizadas procura promover el crédito garantizado, dado que la garantía hace disminuir el riesgo de que el acreedor garantizado no cobre (“incumplimiento”). El régimen permite a los deudores utilizar el pleno valor de sus bienes para obtener crédito y desarrollar sus empresas. En caso de incumplimiento de un deudor, el régimen de las operaciones garantizadas procura garantizar que el valor de los bienes gravados proteja al acreedor garantizado. Su objetivo principal es promover la ejecución efectiva de los derechos de los distintos acreedores a fin de aumentar al máximo las probabilidades de que, si las obligaciones adeudadas no se pagan, pueda percibirse el valor económico de los bienes gravados para así satisfacer las obligaciones garantizadas.

3. En cambio, el régimen de la insolvencia se ocupa principalmente de cuestiones comerciales y económicas colectivas y procura, entre otras cosas, preservar y aumentar al máximo el valor de los bienes del deudor para beneficio colectivo de los acreedores y para facilitar la distribución equitativa entre ellos, en primer lugar impidiendo que se produzca una carrera entre acreedores con objeto de ejecutar individualmente sus garantías contra un deudor común y, en segundo lugar, facilitando la reorganización de empresas comerciales viables y la liquidación de las empresas que no lo sean. Por estas razones, el régimen de la insolvencia puede afectar a los derechos de un acreedor garantizado de diferentes maneras una vez abierto el procedimiento de insolvencia.

4. Habida cuenta de que la reforma de uno de los regímenes puede imponer, conforme al otro régimen, costos imprevistos de las operaciones y del cumplimiento a las partes interesadas y crear tensión entre ambos regímenes, los legisladores que revisen los regímenes

existentes o que introduzcan un nuevo régimen en materia de insolvencia o de operaciones garantizadas deberán asegurarse de que el régimen nuevo o revisado tenga debidamente en cuenta el régimen en la otra materia existente o propuesto. En algunos casos, la revisión de uno de los dos tipos de régimen puede poner de manifiesto la necesidad de revisar el otro tipo de régimen o de elaborar otro nuevo. En cualquier caso, si un régimen de la insolvencia afecta a los derechos de los acreedores garantizados, esos efectos deberían basarse en políticas cuidadosamente formuladas y exponerse claramente en el régimen de la insolvencia, como se recomienda a lo largo de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia, aprobada por la CNUDMI el 25 de junio de 2004¹.

5. Los efectos de los procedimientos de insolvencia en las garantías reales se examinan en detalle, desde el ángulo del régimen de la insolvencia, en la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia. La finalidad del presente capítulo es poner de relieve los puntos clave de intersección o de superposición entre el régimen de la insolvencia y el régimen de las operaciones garantizadas. En el apartado 3 de la sección A se examinan los principios generales relativos a las garantías reales en la insolvencia. El apartado 4 trata de la ley aplicable en los procedimientos de insolvencia y el 5 del régimen aplicable a los bienes gravados. En el apartado 6 se examina la financiación posterior a la apertura del procedimiento de insolvencia; en el apartado 7, el régimen aplicable a los contratos, y en el 8, los procedimientos de impugnación y anulación. Los tres apartados siguientes se refieren a la participación de los acreedores garantizados en el procedimiento de insolvencia (apartado 9), el procedimiento de reorganización (apartado 10) y el procedimiento de reorganización agilizado (apartado 11). En los cuatro últimos apartados de la Sección A se abordan el régimen aplicable a los créditos garantizados (apartado 12), la clasificación de los créditos garantizados por el grado de prelación (apartado 13), las operaciones de financiación de adquisiciones (apartado 14) y los créditos por cobrar sujetos a una cesión pura y simple antes de la apertura del proceso de insolvencia (apartado 15).

6. A fin de ofrecer un examen adecuado de los efectos del procedimiento de insolvencia en las garantías reales en la presente *Guía*, en este capítulo se incluyen las recomendaciones básicas de la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia que guardan particular relación con las garantías reales. Sin embargo, para obtener un análisis más completo, este capítulo deberá leerse a la luz de los comentarios y las recomendaciones de la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia. En el presente capítulo también se consideran otras recomendaciones en las que se puntualizan cuestiones examinadas en la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia, pero que no fueron objeto de recomendaciones en ella. Las recomendaciones de la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia y las recomendaciones adicionales figuran en la sección B del presente capítulo.

2. Terminología

7. En la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia y en la presente *Guía* se emplean varios términos (véase la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia, Introducción, sección B, Glosario, y la presente *Guía*, Introducción, sección B, Terminología e interpretación). En el presente capítulo, además de los mencionados términos, también se recogen

¹La decisión de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y la resolución de la Asamblea General (resolución 59/40, de 2 de diciembre de 2004) correspondientes figuran en la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia, anexo II. La propia Guía sobre la Insolvencia, en cuyo anexo III se ha incluido la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza con la Guía para su incorporación al derecho interno, puede consultarse en http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/insolvency/2004Guide.html.

ciertos términos extraídos de la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia que facilitan la comprensión de las recomendaciones de esa Guía.

8. Ciertos términos y conceptos definidos en la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia no se definen nuevamente en la presente *Guía* y, por consiguiente, tienen el mismo significado que en aquélla². Otros, sin embargo, se han modificado ligeramente o se han definido nuevamente y, en consecuencia, tienen un significado diferente en el presente capítulo, como se indica a continuación.

9. En la presente *Guía* se define el concepto de “garantía real”, que en el presente capítulo no se utiliza en el sentido de la definición de “garantía real” de la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia. En ella el concepto es más amplio, al referirse de forma general a un derecho sobre un bien que se haya constituido en garantía del pago u otro tipo de cumplimiento de una o varias obligaciones y, en consecuencia, potencialmente abarca las garantías reales sobre bienes inmuebles (que caen fuera del ámbito de la presente *Guía*; véase la recomendación 5) y las garantías reales no contractuales (que no quedan comprendidas en la definición de “garantía real” de la presente *Guía*), Introducción, sección B, Terminología e interpretación.

10. De modo análogo, en el presente capítulo el término “prelación” se emplea en el sentido de la definición que figura en la presente *Guía*, y no de la definición que se le da en la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia. El significado del término “prelación” que figura en esta última no es tan amplia y se refiere únicamente a la prelación de los créditos en el contexto de la insolvencia (“el derecho de toda persona a gozar de prioridad en el cobro, respecto de otra persona, cuando tal derecho haya nacido por efecto de la ley”; véase más adelante la terminología en la sección B.1). En la presente *Guía*, por “prelación” se entiende “el derecho de una persona a obtener un beneficio económico de su garantía real sobre un bien gravado con preferencia respecto de todo otro reclamante concurrente” (véase Introducción, sección B, Terminología e interpretación). En el presente capítulo, para hacer referencia a la “prelación” en procedimientos de insolvencia, se emplea la expresión “clasificación de los créditos” (véanse, por ejemplo, los párrafos 59 a 63 *infra*).

11. El término “deudor” se define en la presente *Guía* por referencia a la persona a la que corresponde cumplir la obligación garantizada (véase Introducción, sección B, Terminología e interpretación). Como esa definición no resultaría adecuada en el presente capítulo, se utiliza aquí el sentido que se le da al término en la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia, es decir, el de una persona que cumple los requisitos para la apertura del procedimiento de insolvencia (véanse la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia, segunda parte, capítulo I, párrafos 1 a 11, y la recomendación 8).

12. Además, dado que otros capítulos de la presente *Guía* se concentran en el “otorgante” (es decir, la persona que constituye una garantía real; véase Introducción, sección B, Terminología e interpretación), y no en el “deudor” (es decir, la persona que debe cumplir la obligación garantizada), toda mención que se haga en el presente capítulo del “deudor” debería entenderse referida a supuestos en que el otorgante sea el deudor en el procedimiento de insolvencia.

²Por ejemplo, en la presente *Guía* la expresión “contrato financiero” se usa de la misma manera que en la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia, de conformidad con el apartado *k*) del artículo 5 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional. La nota que figura después de esa expresión es puramente explicativa.

3. Principios generales relativos a las garantías reales en la insolvencia

13. En la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia se reconoce en principio la constitución, la eficacia frente a terceros, la ejecución (véase la recomendación 4 de la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia) y la prelación (véase la recomendación 1 de la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia) de una garantía real con arreglo a un régimen distinto del régimen de la insolvencia (véanse las recomendaciones 238 y 239 de la presente *Guía*). No obstante, para lograr los objetivos del procedimiento de insolvencia, puede ser preciso modificar los derechos que tenga un acreedor garantizado al margen del procedimiento de insolvencia, o que esos derechos se vean afectados al iniciarse el procedimiento de insolvencia. En tal caso, es conveniente que en el régimen de la insolvencia se establezcan salvaguardias apropiadas para el acreedor garantizado. Como se señala repetidas veces en la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia, lo importante para obtener crédito garantizado es que el régimen de la insolvencia contenga normas claras acerca de cómo afectará el procedimiento de insolvencia a los derechos de un acreedor garantizado, de modo que los acreedores garantizados puedan cuantificar los riesgos que entrañe la insolvencia y tenerlos en cuenta al considerar la posibilidad de otorgar o no crédito financiero y en qué condiciones hacerlo.

4. Ley aplicable en el procedimiento de insolvencia

14. La determinación de la ley aplicable a la constitución, la eficacia frente a terceros y la prelación de una garantía real, así como a los derechos que pueda hacer valer un acreedor garantizado en caso de incumplimiento, puede resultar una cuestión compleja cuando un procedimiento de insolvencia se inicie en un Estado y algunos de los bienes o de los acreedores del deudor se encuentren en otro Estado, o cuando se entablen procedimientos de insolvencia en dos Estados distintos debido al carácter plurinacional de los negocios del deudor. En ambos casos, esas cuestiones estarían reguladas por las reglas generales sobre conflicto de leyes aplicables al margen del procedimiento de insolvencia, sin perjuicio de las limitaciones examinadas en los apartados 4 *a*) y 4 *b*) *infra* ni de la aplicación de las disposiciones del régimen de la insolvencia en materia de nulidad (véase la recomendación 223 de la presente *Guía*). Este resultado se desprende claramente de la recomendación 30 de la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia, en la que se prevé que el Estado en el que se abra el procedimiento de insolvencia (es decir, el Estado del foro) aplique sus propias reglas sobre conflicto de leyes para determinar el régimen que regirá la constitución y la eficacia frente a terceros de una garantía real existente en el momento de abrirse el procedimiento.

a) *Repercusiones de la insolvencia: lex fori concursus*

15. Una vez que se hayan determinado la constitución y la eficacia frente a terceros de una garantía real conforme a la legislación no relativa a la insolvencia aplicable al margen del procedimiento de insolvencia en virtud de las reglas sobre conflicto de leyes del Estado del foro, se plantea una segunda cuestión relativa al modo en que la apertura del procedimiento de insolvencia influirá en las garantías reales. Los puntos que será preciso abordar son, por ejemplo, si se paralizará la ejecución de una garantía real y si la garantía real será reconocida en el procedimiento de insolvencia y, en caso afirmativo, la posición relativa frente a otras reclamaciones. En general, se reconoce que el régimen de la insolvencia del Estado en el que se abra el procedimiento de insolvencia (*lex fori*

concursum) regirá la apertura, la sustanciación (incluida la clasificación de los créditos), la administración y la conclusión del procedimiento (los “efectos de la insolvencia”; véase la recomendación 31 de la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia).

16. El régimen de la insolvencia aplicable a la prelación de la garantía real puede modificar la prelación relativa asignable a una garantía real en virtud del régimen de las operaciones garantizadas y establecer categorías de créditos que gozarían de prelación en el pago respecto de una garantía real en el procedimiento de insolvencia. Al establecer esas categorías de créditos se deberá hacer referencia a lo dispuesto en el régimen de las operaciones garantizadas en lo que respecta a la constitución, la eficacia frente a terceros, la prelación y la ejecución de la garantía real, antes de considerar en qué medida, eventualmente, el grado de prelación de la garantía real debería verse afectado por la apertura y la administración del procedimiento de insolvencia. Independientemente de las cuestiones relativas a la prelación, una garantía real puede ser objeto de impugnación conforme a las disposiciones del régimen de la insolvencia (véase la recomendación 88 de la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia).

b) *Excepciones a la lex fori concursus*

17. Si bien los efectos del procedimiento de insolvencia en las garantías reales se rigen normalmente por la *lex fori concursus*, algunos Estados han hecho excepciones. Por ejemplo, un Estado del foro puede remitir al régimen de la insolvencia del Estado en que se encuentren los bienes inmuebles (*lex situs* o *lex rei sitae*) para determinar los efectos de la insolvencia en una garantía real constituida sobre bienes incorporados a bienes inmuebles. En la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia se abordan estas excepciones con más detalle (véase la segunda parte de esa Guía, capítulo I, párrafos 85 a 90), pero no se recomienda la adopción de la regla *lex situs* en cuanto a los efectos de la insolvencia respecto de los bienes incorporados a bienes inmuebles o incluso a bienes muebles en general. En cambio, en general se recomienda que las eventuales excepciones a la aplicabilidad de la *lex fori concursus* en cuanto a los efectos de la insolvencia se limiten en número y se enuncien claramente en el régimen de la insolvencia (véanse la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia, segunda parte, capítulo I, párrafo 88, y la recomendación 34).

5. *Régimen aplicable a los bienes gravados*

18. A raíz de la apertura del procedimiento de insolvencia, una garantía real puede verse afectada por las disposiciones del régimen de la insolvencia en que se defina el alcance de varias cuestiones o éstas se aborden de alguna otra forma. Esas cuestiones comprenden, por ejemplo: los bienes del deudor que están sujetos al procedimiento de insolvencia, la aplicación de una paralización o suspensión de las acciones entabladas contra el deudor, la financiación posterior a la apertura del procedimiento, la anulación de operaciones que tuvieron lugar antes de la apertura de éste, la aprobación de un plan de reorganización y la clasificación de los créditos por el grado de prelación.

a) *Determinación de los bienes sujetos al procedimiento*

19. La determinación de los bienes del deudor que estarán sujetos al procedimiento de insolvencia es un factor clave para llevar a éste a feliz término. Los bienes que están controlados por el representante de la insolvencia y sujetos al procedimiento de insolvencia

constituyen la “masa” (véase el concepto de “bienes del deudor” en el párrafo 20 *infra*). En la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia se recomienda que la masa que se constituya al abrirse el procedimiento normalmente comprenda todos los bienes, derechos y garantías del deudor, entre ellos los derechos y garantías que tenga sobre bienes corporales (muebles o inmuebles) o inmateriales, dondequiera que se encuentren (en el Estado o en el extranjero) e independientemente de que estén o no en posesión del deudor en el momento de la apertura. Los derechos y garantías del deudor sobre los bienes gravados y sobre bienes propiedad de terceros, así como los bienes adquiridos por el deudor o por el representante de la insolvencia tras la apertura del procedimiento y los bienes recuperados mediante acciones de impugnación, se deberán incluir también en la masa (véase la recomendación 35 de la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia).

i) Bienes gravados

20. La inclusión en la masa de los derechos del deudor y de sus garantías sobre los bienes gravados no sólo puede contribuir a que se dé un trato igual a los acreedores que se encuentren en una situación similar, sino también a que se logren los objetivos del procedimiento de insolvencia cuando, por ejemplo, el bien de que se trate sea esencial para la reorganización de la empresa deudora o para la venta de ésta como negocio en marcha en un procedimiento de liquidación. En la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia se examinan los bienes del deudor que deben quedar comprendidos en la masa (así como los bienes que deben quedar excluidos de ella) y los efectos que tiene la apertura de un procedimiento de insolvencia sobre los bienes gravados. En particular, la Guía pone de relieve la importancia que tiene para el éxito de una reorganización que se incluyan en la masa de la insolvencia las garantías del deudor sobre los bienes gravados y sobre bienes que sean propiedad de terceros (para el significado del concepto “bienes del deudor”, véase más adelante la sección B.1; véase el examen del concepto de masa de la insolvencia en la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia, segunda parte, capítulo II, párrafos 7 a 9) y que, al abrirse el procedimiento, se aplique una paralización de ciertas acciones relativas a las garantías reales (véanse la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia, segunda parte, capítulo II, párrafos 36 a 40, 56, 57 y 59 a 69, y la recomendación 46, así como los párrafos 26 y 27 *infra*).

ii) Bienes adquiridos tras la apertura de un procedimiento de insolvencia

21. La Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia prevé, como regla general, que todo bien adquirido por el deudor tras la apertura del procedimiento de insolvencia quede incluido en la masa de la insolvencia (véase el apartado *b*) de la recomendación 35).

22. En consecuencia, aun cuando el acreedor garantizado pueda tener una garantía real sobre bienes futuros del deudor, la garantía real no debería hacerse extensiva a los bienes adquiridos por el deudor tras la apertura del procedimiento de insolvencia (véase también la recomendación 235 de la presente *Guía*), a menos que el acreedor garantizado esté aportando financiación adicional. Si, en general, la garantía real se hiciera extensiva a un bien adquirido por el deudor tras la apertura del procedimiento, el acreedor garantizado se beneficiaría injustamente del aumento de los bienes gravados que podrían estar disponibles para cumplir la obligación garantizada, resultante de la adquisición de bienes por el deudor tras la apertura, sin que el acreedor garantizado proporcionara crédito adicional al deudor. Del mismo modo, otros acreedores de la masa resultarían injustamente

perjudicados si los bienes gravados de la masa fueran utilizados tras la apertura del procedimiento de insolvencia para adquirir otros bienes y éstos pasaran automáticamente a quedar sujetos a la garantía real del acreedor garantizado y se utilizaran para cumplir la obligación garantizada.

23. Sin embargo, si el bien adquirido por el deudor tras la apertura del procedimiento de insolvencia consistiera en el producto de un bien sobre el que un acreedor garantizado tuviera una garantía real que hubiera sido oponible antes de la apertura del procedimiento de insolvencia (o que hubiera adquirido eficacia frente a terceros tras la apertura, pero dentro de un período de gracia), la garantía real debería hacerse extensiva al producto (véase la recomendación 236 de la presente *Guía*). De no ser así, el acreedor garantizado no se beneficiaría de su garantía real sobre uno de los bienes gravados que fuera enajenado o cuyo valor fuera cobrado tras la apertura del procedimiento de insolvencia y, a causa de ese riesgo, dicho acreedor garantizado estaría menos dispuesto a otorgar crédito financiero al deudor, aun cuando no hubiera una perspectiva probable de que se abriera el procedimiento de insolvencia del deudor.

24. Para ilustrar esos argumentos sería útil poner un ejemplo. Supongamos que un acreedor garantizado dispone de una garantía real no anulable sobre todas las existencias actuales y futuras del deudor. Tras la apertura del procedimiento de insolvencia, el deudor vende un bien inmueble que no está sujeto a ninguna garantía real y utiliza el producto monetario de la venta para comprar existencias. La garantía real no debería hacerse extensiva a esas existencias adquiridas después de la apertura. El acreedor garantizado no adelantó crédito financiero sobre la base de una garantía real sobre las nuevas existencias. Si se permitiera hacer extensiva la garantía real a las nuevas existencias se perjudicaría a otros acreedores de la masa de la insolvencia, ya que el bien inmueble, bien no gravado que normalmente se utilizaría para atender a los créditos de los demás acreedores, se habría utilizado a fin de aumentar los bienes disponibles para cumplir la obligación garantizada.

25. En cambio, si las nuevas existencias fueron adquiridas con el dinero percibido por el deudor a raíz de la venta de existencias disponibles en el momento de la apertura del procedimiento de insolvencia y sobre las que el acreedor garantizado dispusiera de una garantía real no sujeta a anulación, la garantía real debería hacerse extensiva a las existencias adquiridas tras la apertura del procedimiento. De hecho, las nuevas existencias han venido a sustituir a las existencias vendidas. El acreedor garantizado no se beneficia injustamente y otros acreedores no se ven injustamente perjudicados.

b) *Protección de la masa mediante una paralización*

26. Dos objetivos esenciales de todo régimen de la insolvencia eficaz son, en primer lugar, evitar que el valor de la masa de la insolvencia quede mermado por las acciones de las diversas partes y, en segundo lugar, facilitar la administración de la masa de forma equitativa y ordenada (véase la recomendación 1 de la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia). Muchos regímenes de la insolvencia logran esos objetivos imponiendo una paralización que impide la apertura de acciones individuales o colectivas por parte de los acreedores con miras a ejecutar sus créditos o a ejercer algún recurso o procedimiento contra el deudor o contra el patrimonio de la insolvencia y que suspende las acciones de esta índole ya entabladas. Cuando la paralización se aplica desde el momento de la apertura del procedimiento de insolvencia (véase la recomendación 46 de la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia), puede complementarse con medidas cautelares dictadas

por el tribunal con miras a garantizar la protección de los bienes del deudor y del interés colectivo de los acreedores desde el momento en que se presente la solicitud de apertura de un procedimiento y el momento en que el tribunal lleve adelante tal solicitud (véanse las recomendaciones 39 a 45 de la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia). En la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia se examina el alcance de las acciones a las que se aplica una paralización imperativa o provisional (véase la segunda parte, capítulo II, párrafos 30 a 40); el momento de inicio y la duración (incluida la prórroga) de la paralización (véase la segunda parte, capítulo II, párrafos 41 a 53 y 58), y las medidas para proteger los intereses de los acreedores garantizados (véanse la segunda parte, capítulo II, párrafos 59 a 69, y las recomendaciones 39 a 51).

i) Alcance de la paralización

27. En varios Estados la paralización se hace extensiva a todas las acciones emprendidas contra el deudor, sean o no de carácter judicial, incluidas las entabladas por acreedores garantizados y terceros que sean propietarios de bienes. Normalmente, la paralización se hace extensiva a las acciones encaminadas a ejecutar una garantía real mediante la reasunción de la posesión y la venta, el arrendamiento u otro tipo de enajenación de los bienes gravados (o el ejercicio de algún otro recurso de ejecución enunciado en el capítulo VIII de la presente *Guía*, sobre la ejecución de una garantía real). También se hace extensiva a las acciones encaminadas a constituir una garantía real o a dar a una garantía real eficacia frente a terceros (véase la recomendación 46 de la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia). En algunos regímenes de la insolvencia se distingue entre la liquidación y la reorganización en lo que se refiere a la solicitud y a la duración de la paralización de las acciones emprendidas por acreedores garantizados o por terceros que sean propietarios de bienes. Son cada vez más los regímenes de la insolvencia en que se reconoce que, si bien limitar la ejecución de las garantías reales puede repercutir negativamente en el costo y la oferta de crédito financiero, excluir de la paralización las acciones emprendidas por los acreedores garantizados podría frustrar los objetivos básicos del procedimiento de insolvencia. Éste es particularmente el caso en la reorganización, ya que muchas veces la posibilidad de que el deudor siga utilizando los bienes gravados es esencial para el funcionamiento de la empresa y, por consiguiente, para su reorganización. Todo efecto negativo de la paralización puede mitigarse con medidas encaminadas a salvaguardar el valor económico de los bienes gravados frente a toda disminución (véanse los párrafos 31 a 34 *infra*).

28. Si una garantía real era oponible a terceros en el momento de abrirse el procedimiento de insolvencia, es necesario exonerar de la aplicación de la paralización a toda acción que deba emprender el acreedor garantizado para asegurarse de que esa garantía siga siendo oponible. Por ejemplo, el régimen de las operaciones garantizadas puede disponer un período de gracia para la inscripción de determinadas garantías reales, por ejemplo, las del pago de adquisiciones, en el registro general correspondiente (véanse las recomendaciones 180 y 192 de la presente *Guía*); en general, la paralización no debería ser un obstáculo para la inscripción dentro de dicho período de gracia (aun cuando éste expirara después de la apertura del procedimiento de insolvencia).

ii) Duración de la paralización

29. En el procedimiento de reorganización, a reserva de las salvaguardias analizadas más adelante, es conveniente aplicar la paralización a las garantías reales durante un período

de tiempo suficiente. Esto es necesario para poder administrar debidamente la reorganización, sin que se retiren bienes gravados de la masa antes de que pueda determinarse si dichos bienes son necesarios para la reorganización.

30. También es conveniente aplicar la paralización a las garantías reales en procedimientos de liquidación, en particular para facilitar la venta de la empresa como negocio en marcha. En la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia se recomienda que la paralización esté en vigor durante un breve período (por ejemplo, de 30 a 60 días), especificado claramente en el régimen de la insolvencia, con la posibilidad de que el tribunal otorgue una prórroga en determinadas circunstancias limitadas (véase la recomendación 49 de la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia).

iii) Protección de los acreedores garantizados

31. Todo régimen de la insolvencia debería prever salvaguardias para proteger a los acreedores garantizados cuando la paralización afecte negativamente al valor económico de sus garantías reales (véase la recomendación 50 de la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia). Una de esas salvaguardias puede consistir en alguna forma de exención de la paralización o en la liberación del bien gravado. Aun cuando no se solicite la exención de la paralización, es conveniente que el régimen de la insolvencia disponga que un acreedor garantizado tenga derecho a ser protegido de la disminución del valor del bien gravado y que el tribunal pueda otorgar medidas apropiadas para garantizar que lo sea.

32. En la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia se recomienda que pueda exonerarse de la paralización o liberarse el bien gravado, en los supuestos en que, por ejemplo, éste no sea necesario para una potencial reorganización o venta de la empresa del deudor, o en que su valor vaya disminuyendo de resultados de la apertura del procedimiento de insolvencia y el acreedor garantizado no esté protegido frente a tal pérdida de valor, y, en la reorganización, cuando no se apruebe un plan dentro del plazo límite aplicable (véase la recomendación 51 de la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia). Algunos regímenes de la insolvencia disponen también que, una vez que se hayan otorgado medidas cautelares y que se haya levantado la paralización con respecto a determinado bien gravado, éste puede ser liberado. En tal caso, el acreedor garantizado podría ejecutar su garantía real sobre ese bien con arreglo a la ley aplicable. Todo superávit que quedara como saldo después del pago de la obligación garantizada formaría parte de la masa de la insolvencia.

33. Un factor primordial vinculado a la protección del valor de los bienes gravados frente a toda disminución es el mecanismo para determinar, a la vez, el valor de esos bienes y el momento de efectuar esa valoración, según la finalidad que ésta tenga. Puede ser preciso valorar los bienes en diferentes etapas del procedimiento de insolvencia, ya sea en el momento de la apertura y efectuando revisiones después a lo largo del procedimiento. También cuenta el criterio aplicado para hacer la valoración (por ejemplo, la empresa como negocio en marcha o el valor de liquidación). El valor de un bien gravado puede determinarse, al menos inicialmente, mediante un acuerdo entre las partes antes de la apertura, o puede tener que ser determinado por el tribunal a partir de pruebas, entre otras cosas, un estudio del mercado y de las condiciones de éste y opiniones periciales.

34. En la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia se examinan las cuestiones del momento de la valoración y de los mecanismos correspondientes (véase la segunda parte, capítulo II, párrafos 66 a 68).

c) *Utilización y enajenación de bienes gravados*

35. Los acreedores garantizados estarán en todo momento interesados en saber cómo se tratan los bienes gravados tras la apertura de un procedimiento de insolvencia. El tratamiento dado a esos bienes dependerá de las disposiciones del régimen de la insolvencia respecto de, por ejemplo, las cuestiones siguientes: la aplicación de la paralización, la imposición de nuevos gravámenes sobre bienes gravados, la utilización de los bienes durante el procedimiento de insolvencia, la venta o enajenación de los bienes, la renuncia a los bienes y la venta de los bienes gravados exonerados de toda garantía real.

36. En la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia se recomienda que el régimen de la insolvencia permita que los bienes gravados sean utilizados o enajenados o nuevamente gravados durante el procedimiento de insolvencia. Figuran recomendaciones acerca de las condiciones en que los bienes gravados pueden venderse exonerados de toda garantía real (por ejemplo, la de hacer extensiva la garantía real sobre un bien al producto de la venta de éste) y las salvaguardias ofrecidas a los acreedores garantizados en el caso de que los bienes gravados se vendan de ese modo, incluida la necesidad de notificarles toda venta propuesta o enajenación de otra índole de los bienes gravados y de darles la oportunidad de formular objeciones (véanse la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia, segunda parte, capítulo II, párrafos 74 a 89, y las recomendaciones 52 a 59).

6. *Financiación posterior a la apertura*

37. Tanto en el procedimiento de liquidación como en el de reorganización, el representante de la insolvencia puede necesitar acceso a fondos para mantener en funcionamiento la empresa. Es posible que la masa no disponga de suficientes bienes líquidos para cubrir los gastos previstos, en forma de dinero en efectivo o de otros bienes que puedan transformarse en efectivo (por ejemplo, el producto previsto de los créditos por cobrar) y que no estén sujetos a garantías reales preexistentes que sean oponibles a terceros. Cuando no existen suficientes bienes líquidos no gravados o no se prevea una corriente de efectivo suficiente, el representante de la insolvencia deberá solicitar financiación a terceros. Muchas veces, esas partes son los mismos prestamistas que otorgaron crédito financiero al deudor antes de la apertura del procedimiento de insolvencia, y normalmente sólo estarán dispuestos a conceder el crédito necesario si reciben una garantía apropiada de que su crédito será reembolsado (ya sea en forma de un crédito prioritario o de garantías reales prioritarias sobre los bienes de la masa).

38. En cualquiera de estos arreglos de financiación (que se denominan colectivamente “financiación posterior a la apertura”) es esencial que los derechos de los acreedores garantizados previos a la apertura sobre el valor económico de los bienes gravados estén debidamente protegidos frente a toda disminución. Si bien, en circunstancias limitadas, para respaldar la financiación concedida tras la apertura algunos Estados permiten la constitución de una garantía real que tenga un grado de prelación superior a toda garantía real preexistente, en la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia se recomienda que la constitución de tal garantía real (a veces denominada “gravamen privilegiado”) sólo se permita cuando se cumplan determinadas condiciones, entre ellas la de que se protejan los derechos de los acreedores garantizados previos a la apertura sobre el valor económico de los bienes gravados frente a toda disminución. La financiación posterior a la apertura se aborda con cierto detalle en los párrafos 94 a 107 del capítulo II de la segunda parte de la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia y en sus recomendaciones 63 a 68.

7. Régimen aplicable a los contratos

a) Cláusulas de extinción o agilización automática de los contratos

39. Las partes en acuerdos de garantía tienen interés en que en el procedimiento de insolvencia se aborden las cláusulas que definen supuestos de incumplimiento que dan lugar a la extinción automática del contrato o a la agilización de los pagos convenidos. Si bien en algunos regímenes de la insolvencia se permite que esas cláusulas se dejen sin efecto al abrirse el procedimiento de insolvencia, este criterio aún no se ha generalizado en los regímenes de la insolvencia. No obstante, la imposibilidad de interferir de ese modo en los principios generales del derecho de los contratos puede hacer que la reorganización resulte imposible si el contrato se relaciona, por ejemplo, con un bien que sea necesario para la reorganización de una empresa o su venta como negocio en marcha. En la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia se recomienda que dichas cláusulas no sean ejecutables contra el representante de la insolvencia ni contra el deudor (véase la recomendación 70 de la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia).

40. Toda repercusión negativa de invalidar las cláusulas de esa índole puede contrarrestarse previendo la indemnización de los acreedores que puedan demostrar que han sufrido un perjuicio o una pérdida porque un contrato se siguió ejecutando después de la apertura de un procedimiento de insolvencia, o estableciendo una excepción a la invalidación de esas cláusulas cuando se trate de determinados tipos de contrato. En la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia se recomienda que entre los contratos exceptuados de la invalidación general de las cláusulas figuren los contratos financieros y se señala que posiblemente se requieran reglas especiales en el caso de los contratos laborales (véanse las recomendaciones 70 y 71 de la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia).

41. El régimen de la insolvencia podría disponer también, por ejemplo, que una cláusula de esa índole no dejara sin efecto ni invalidara una cláusula contractual que libere a un acreedor de la obligación de conceder un préstamo o de otorgar crédito u otras facilidades financieras al deudor tras la apertura del procedimiento de insolvencia. No sería equitativo exigir a un prestamista que otorgara préstamos adicionales u otros créditos a una parte insolvente cuando las perspectivas de reembolso quedaran considerablemente disminuidas. El requisito de otorgar crédito tras la apertura de un procedimiento de insolvencia sería especialmente injusto si, como se indica en el párrafo 22 *supra*, después de la apertura no se proporcionaran bienes gravados adicionales al acreedor garantizado (véase la recomendación 237 de la presente *Guía*).

b) Mantenimiento o rechazo de contratos

42. En los regímenes de la insolvencia se aplican distintos criterios en lo que respecta a seguir ejecutando o a rechazar contratos. En la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia se formulan varias recomendaciones relacionadas con el régimen aplicable a los contratos una vez abierto el procedimiento de insolvencia, entre ellas recomendaciones sobre los procedimientos para determinar si los contratos deben seguir cumpliéndose o si deben rechazarse, el régimen aplicable a los contratos en caso de incumplimiento del deudor al abrirse el procedimiento de insolvencia, los efectos de seguir cumpliendo o de rechazar los contratos, los arrendamientos, la cesión de contratos, los tipos de contrato para los que pudieran requerirse excepciones y los contratos concertados después de la apertura (véanse la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia, segunda parte, capítulo II, párrafos 108 a 147, y las recomendaciones 69 a 86). En cualquier caso, lo importante para un

acreedor garantizado es que el rechazo de un acuerdo de garantía no cancele o menoscabe de otra manera las obligaciones garantizadas ya contraídas ni extinga la garantía real, y que mayormente los contratos financieros y los compromisos de concesión de préstamos queden exceptuados de los regímenes de la insolvencia que regulen de forma más general el tratamiento de los contratos (véase la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia, segunda parte, capítulo II, párrafos 208 a 215 y recomendación 101).

8. *Procedimientos de impugnación y anulación*

43. Como ya se ha mencionado, el régimen de la insolvencia debería reconocer, en principio, la eficacia de una garantía real, que es una cuestión sujeta al régimen de las operaciones garantizadas. No obstante, la garantía real puede anularse en un procedimiento de insolvencia por los mismos motivos por los que se anula cualquier otra operación. Por ejemplo, una operación que tuviera lugar dentro de un período de tiempo especificado antes de iniciarse el procedimiento de insolvencia (a menudo referido como el “período de sospecha”) puede anularse por tratarse de una operación preferente o infravalorada, o de una operación encaminada a impedir que los acreedores cobren sus créditos o a obstaculizar o demorar el cobro (véase la recomendación 87 de la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia). Así pues, si el deudor gravara sus bienes antes de la apertura del procedimiento de insolvencia prefiriendo a determinado acreedor o sin obtener el contravalor correspondiente, en detrimento de otros acreedores, la operación puede ser impugnada y anulada por tratarse de una operación de trato preferencial o infravalorada. En la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia se examinan categorías de operaciones sujetas a anulación, el período de sospecha, la sustanciación de los procedimientos de anulación y la responsabilidad de las otras partes respecto de operaciones anuladas (véanse la segunda parte de dicha Guía, capítulo II, párrafos 148 a 203, y las recomendaciones 87 a 99).

44. Entre las garantías reales que pueden estar sujetas a anulación cabe citar, por ejemplo, la garantía real constituida muy poco antes de la apertura del procedimiento de insolvencia con el fin de respaldar una deuda preexistente; la garantía real respecto de la cual se hayan adoptado una o varias de las medidas necesarias para que sea oponible a terceros después de haberla constituido y después de que haya expirado cualquier período de gracia previsto para hacerlo (véanse las recomendaciones 180 y 192 de la presente *Guía*), aunque dentro del período de sospecha, y la adquisición de un bien gravado por el acreedor garantizado a modo de satisfacción total o parcial de la obligación garantizada (véanse las recomendaciones 156 a 159 de la presente *Guía*) a un precio notablemente inferior al precio efectivo del bien.

9. *Participación de los acreedores garantizados en el procedimiento de insolvencia*

45. Cuando los bienes gravados formen parte de la masa de la insolvencia y los derechos de los acreedores garantizados se vean afectados por el procedimiento de insolvencia, esos acreedores deberían tener derecho a participar en éste (véase la recomendación 126 de la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia). Esa participación puede adoptar diferentes formas. En algunos regímenes abarca el derecho a ser oído y a comparecer en el procedimiento, en tanto que en otros comprende el derecho a votar sobre determinadas cuestiones especificadas, por ejemplo, la selección (y destitución) del representante de la insolvencia y la aprobación de un plan de reorganización, el derecho de prestar asesoramiento al

representante de la insolvencia cuando se solicite o sobre cuestiones especificadas en el régimen de la insolvencia, y otras funciones y obligaciones determinadas por el régimen de la insolvencia, los tribunales o el representante de la insolvencia. En algunos casos, el alcance del derecho del acreedor garantizado a votar sobre determinadas cuestiones puede depender de si la obligación garantizada excede el valor de los bienes gravados; cuando ese valor es inferior, el acreedor garantizado podría participar, como acreedor no garantizado, en la medida en que su obligación no pueda satisfacerse con cargo al bien gravado.

46. En la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia se examinan cuestiones relativas a la participación de los acreedores en general y los mecanismos a que puede recurrirse para facilitarla (véanse la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia, segunda parte, capítulo III, párrafos 75 a 115, y las recomendaciones 126 a 137).

10. Procedimiento de reorganización

a) Aprobación de un plan de reorganización

47. La cuestión de si un acreedor garantizado tendrá o no derecho a participar en la aprobación de un plan de reorganización dependerá de la manera en que el régimen de la insolvencia trate a los acreedores garantizados y, en particular, del grado en que un plan de reorganización pueda modificar o menoscabar las garantías de esos acreedores y de la medida en que el valor del bien gravado satisfaga su crédito. Cuando el valor del bien gravado no es suficiente para satisfacerlo, el acreedor garantizado puede participar a la vez como acreedor garantizado y como acreedor no garantizado.

48. Cuando en un plan de reorganización se proponga menoscabar o modificar los derechos de los acreedores garantizados, éstos deberían tener la oportunidad de votar acerca de la aprobación de dicho plan (véase la recomendación 146 de la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia). Con ese fin, en algunos regímenes de la insolvencia se clasifican los acreedores, incluso los garantizados, en función de la naturaleza de sus derechos y garantías. Conforme a algunos regímenes, los acreedores garantizados votan juntos, pero como categoría separada de los acreedores no garantizados; en otros, cada acreedor garantizado constituye una categoría propia.

49. Cuando los acreedores garantizados participan en el proceso de aprobación, se plantea la cuestión de si quedan vinculados por el plan aunque voten en contra de él o se abstengan de votar. Cuando los acreedores garantizados votan por categorías, algunos regímenes de la insolvencia disponen que, en la medida en que el plan sea aprobado por la mayoría necesaria de la respectiva categoría, los miembros disconformes de la categoría en que se dé esa situación quedarán vinculados por el plan, a reserva de ciertas salvaguardias (por ejemplo, percibirán, conforme al plan, por lo menos lo mismo que habrían cobrado en caso de liquidación, o se les pagará íntegramente dentro de un determinado plazo con intereses calculados conforme a la tasa corriente del mercado). En la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia se examina con cierto detalle el procedimiento de reorganización (véanse la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia, segunda parte, capítulo IV, párrafos 26 a 75, y las recomendaciones 139 a 159), incluida la participación de los acreedores garantizados en la votación (véanse la segunda parte, capítulo IV, párrafos 34 a 39, y las recomendaciones 146, 150 y 151).

50. Existen varios medios para preservar el valor económico de las garantías reales en un plan de reorganización, aun cuando éste las menoscabe o modifique. Cuando el plan prevea el pago en efectivo o pagos a plazos a un acreedor garantizado en cumplimiento

total o parcial de la obligación garantizada, el pago en efectivo, o el valor actual de éstos, no debería ser inferior al importe que el acreedor garantizado habría percibido en una liquidación. Para determinar ese valor, debe tomarse en consideración la utilización de los bienes y la finalidad de la valoración. Para efectuar la valoración puede tomarse como base no sólo el valor estricto de liquidación, sino también el valor del bien considerado parte de la empresa como negocio en marcha. Por ejemplo, si el deudor va a retener la posesión del bien y a seguir utilizándolo conforme al plan de reorganización para seguir gestionando la empresa como negocio en marcha, o si va a vender la empresa como negocio en marcha, ese valor no debería determinarse como el de un único bien disociado de la empresa, sino por referencia al valor que tiene el bien al formar parte del negocio en marcha.

51. Si el plan dispone que el acreedor garantizado libere su garantía real sobre algunos bienes, cabría prever también que otros bienes de valor por lo menos idéntico pasaran a quedar sujetos a su garantía real, a menos que la enajenación de los bienes gravados restantes permitiera pagarle íntegramente.

b) *Valoración de los bienes gravados*

52. La Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia, concretamente en sus recomendaciones 49 (apartado c) ii)), 50, 51 (apartado b)), 54 (apartado a)), 58 (apartado d)), 59 (apartado c)) y 67 (apartado c)), prevé de forma general que en los procedimientos de insolvencia se proteja el valor de los bienes gravados. En el apartado b) de la recomendación 152 de la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia se indica que, en virtud de un plan confirmado por un tribunal, cada uno de los acreedores, incluso un acreedor garantizado, debería percibir, conforme al plan, al menos lo mismo que habría cobrado en una liquidación. En la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia se abordan las cuestiones que deben tomarse en consideración al determinar el valor de los bienes gravados (véanse la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia, segunda parte, capítulo II, párrafos 66 a 69, y el párrafo 33 *supra*).

53. A fin de determinar el valor de liquidación de los bienes gravados en el procedimiento de reorganización (a efectos de la aplicación del apartado b) de la recomendación 152 de la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia), deberían tenerse en cuenta el uso de esos bienes gravados, la finalidad de la valoración y otras consideraciones pertinentes. El valor de liquidación de los bienes puede basarse, por ejemplo, en el valor que tengan como parte de un negocio en marcha (véase la recomendación 242 de la presente *Guía*), lo que tal vez constituya su valor más exacto, habida cuenta de los fines para los cuales se van a utilizar.

11. *Procedimiento de reorganización agilizado*

54. En los últimos años, se ha prestado especial atención a la elaboración del procedimiento de reorganización agilizado (procedimiento abierto con el fin de dar efecto a un plan negociado y convenido por los acreedores afectados en negociaciones voluntarias de reestructuración que han tenido lugar antes de la apertura del procedimiento de insolvencia, cuando el régimen de la insolvencia permite al tribunal agilizar la sustanciación del procedimiento). En las negociaciones voluntarias de reestructuración emprendidas antes de la apertura del procedimiento por lo general intervienen los acreedores, entre ellos los acreedores garantizados, cuya participación sea necesaria para lograr una reorganización eficaz o cuyos derechos vayan a verse afectados por la reorganización.

55. Los requisitos sustantivos para el procedimiento de reorganización agilizado esencialmente abarcarían las mismas salvaguardias y medidas de protección que se disponen en el procedimiento de reorganización pleno bajo supervisión judicial. No obstante, dado que al abrirse el procedimiento agilizado el plan de reorganización ya ha sido negociado y aprobado por la mayoría necesaria de acreedores, es posible que varias disposiciones procesales del régimen de la insolvencia en relación con el procedimiento pleno bajo supervisión judicial se modifiquen o no se apliquen (véanse la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia, segunda parte, capítulo IV, párrafos 87 a 92, y las recomendaciones 160 a 168).

12. Régimen aplicable a los créditos garantizados

56. Una cuestión importante para los acreedores garantizados es saber si deberán comunicar sus créditos en el procedimiento de insolvencia. En los regímenes de la insolvencia que no incluyen los bienes gravados en la masa y que permiten a los acreedores garantizados ejecutar libremente sus garantías reales utilizando los bienes gravados, los acreedores garantizados pueden ser exonerados de ese requisito. En tales casos, sólo necesitarán comunicar un crédito en la medida en que éste no haya quedado liquidado por el valor de la venta del bien gravado (véanse la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia, segunda parte, capítulo V, párrafos 1 a 50, y las recomendaciones 169 a 184).

57. Otro criterio es exigir a los acreedores garantizados que comuniquen un crédito por el valor total de sus garantías reales, independientemente de que la garantía no cubra íntegramente el importe del crédito. En algunos regímenes este requisito se limita a los titulares de ciertos tipos de garantía real, como los gravámenes flotantes, las compraventas con garantía o las garantías sobre bienes muebles. Algunos regímenes de la insolvencia también permiten a los acreedores garantizados entregar sus garantías reales al representante de la insolvencia y presentar una reclamación por el valor total de la obligación garantizada. La razón para exigir que los acreedores garantizados comuniquen créditos es proporcionar información al representante de la insolvencia sobre la existencia de éstos, el importe de la obligación garantizada y la descripción de los bienes gravados. Sea cual fuere el criterio adoptado, es conveniente que el régimen de la insolvencia contenga normas claras sobre la forma de tratar a los acreedores garantizados en lo que respecta a la comunicación de sus créditos.

58. Cuando el importe reclamado no pueda determinarse o no se haya determinado en el momento en que deba comunicarse el crédito, muchas veces el régimen de la insolvencia permite reconocer el crédito provisionalmente, siempre y cuando se le dé un valor hipotético (véase la recomendación 178 de la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia). La valoración de tales créditos plantea una serie de cuestiones, como la del momento en que deberá efectuarse y si debe establecerse el valor definitivo (en cuyo caso se ocupará de ello un tribunal) o estimado (de lo que podría encargarse el representante de la insolvencia, el tribunal o alguna otra persona que se designe) (véase la recomendación 179 de la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia). Cuando corresponda a un tribunal zanjar la cuestión, habrá que determinar el tribunal competente (por ejemplo, el tribunal de la insolvencia o algún otro tribunal) y la forma en que la demora del proceso de valoración puede repercutir en la sustanciación del procedimiento de insolvencia. En cuanto al momento de la valoración, muchos regímenes de la insolvencia disponen remitirse a la fecha efectiva de apertura del procedimiento (véanse la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia, segunda parte, capítulo V, párrafo 38, y la recomendación 179).

13. Clasificación de los créditos garantizados por el grado de prelación

59. En el régimen de las operaciones garantizadas se fija el grado de prelación de las garantías reales de los diversos reclamantes concurrentes (para el significado de los conceptos de “reclamante concurrente” y “prelación”, véase Introducción, sección B, Terminología e interpretación de la presente *Guía*), entre ellos los acreedores garantizados y no garantizados del deudor, los acreedores judiciales que dispongan de una garantía sobre los bienes gravados y los compradores de los bienes gravados. En muchos regímenes de la insolvencia se reconoce la prelación de las garantías reales antes de la insolvencia y se da mayor prelación a los créditos garantizados que a los gastos administrativos y a otros créditos (por ejemplo, los impuestos o los sueldos). Esos regímenes disponen que los créditos garantizados se satisfagan con cargo al producto de la venta de los bienes gravados de que se trate o con cargo a fondos generales, según la manera en que los bienes gravados sean tratados en la insolvencia (véase la recomendación 188 de la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia). Sin embargo, cuando el representante de la insolvencia ha gastado recursos no gravados de la masa para mantener o preservar el valor de los bienes gravados, esos gastos pueden obtener un mayor grado de prelación, incluso por encima de un crédito garantizado y, en consecuencia, pueden tener que pagarse con cargo al producto de la venta de los bienes gravados o a otro tipo de valor atribuible a dichos bienes (véase la recomendación 241 de la presente *Guía*).

60. En otros regímenes de la insolvencia se da a los créditos garantizados menos prelación que a los gastos administrativos y a otros créditos especificados (y por lo general no garantizados, como por ejemplo, los sueldos o los impuestos), o se limita a un porcentaje fijo del crédito garantizado la cantidad en función de la cual dicho crédito obtendrá un mayor grado de prelación. La concesión de un mayor grado de prelación a determinados créditos no garantizados, que se basa a menudo en consideraciones de política social, repercute en el costo y la oferta de crédito garantizado. Algunas veces, a fin de dar cierta protección a los acreedores no garantizados, se aplica el criterio de restringir la cantidad que puede percibir un acreedor garantizado del valor de los bienes gravados con respecto a una garantía real sobre la totalidad de los bienes del deudor (a menudo se fija un tope máximo).

61. Según otro enfoque, cabe dar más prelación a los acreedores cuya garantía real se haya constituido después de la apertura que a los acreedores garantizados existentes en el momento de la apertura (véanse los párrafos 37 y 38 *supra*), siempre y cuando puedan protegerse los derechos de los acreedores preexistentes (véanse las recomendaciones 66 y 67 de la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia).

62. Es conveniente que en las situaciones en que el régimen de la insolvencia concede privilegios especiales a ciertos tipos de créditos dándoles mayor prelación que a las garantías reales (por ejemplo, un privilegio para el pago de impuestos o de otros créditos no garantizados), esos privilegios sean mínimos y se enuncien claramente, o se haga una clara referencia a ellos en el régimen de la insolvencia (véase la recomendación 83 de la presente *Guía*). De este modo se logrará que el régimen de la insolvencia sea transparente y previsible en cuanto a sus repercusiones para los acreedores y se permitirá evaluar con más precisión los riesgos que pueda entrañar la concesión de crédito. Estas cuestiones se abordan con más detalle en la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia, segunda parte, capítulo V, párrafos 51 a 79, y las recomendaciones 185 a 193.

63. Como se ha mencionado, el régimen de la insolvencia suele respetar la prelación que tiene una garantía real antes de la apertura (cuando la garantía real haya adquirido eficacia frente a terceros antes de la apertura, o posteriormente, pero dentro de un período de gracia), sin perjuicio de cualquier otro privilegio que conceda a otros créditos. Lo mismo ocurre con la prelación de las garantías reales establecidas por subordinación (es decir, el cambio del grado de prelación de una garantía real mediante un acuerdo, por orden judicial o incluso de forma unilateral; véase la recomendación 240 de la presente *Guía*). Sin embargo, la subordinación no debe dar lugar a que se otorgue a un acreedor garantizado, ya sea un acreedor a título individual o un miembro de una categoría de acreedores garantizados, un grado de prelación superior al que se le habría asignado en virtud de la ley aplicable al margen del régimen de la insolvencia. Esto significa que si los acreedores garantizados A, B y C tienen un grado consecutivo de prelación, es decir, si A es el primero, B el segundo y C el tercero, y A subordina su crédito garantizado al de C, B no obtendrá más prelación que la que habría tenido A respecto del importe del crédito de A. Este principio también significa que si un acreedor garantizado A de categoría X subordina su crédito garantizado a un acreedor garantizado B en la misma categoría B de acreedor garantizado, no podrá obtener un grado de prelación superior al de dicha categoría de acreedores. En otras palabras, B sólo podrá ejercer la prelación de A hasta el valor del crédito de A.

14. Operaciones de financiación de adquisiciones

64. El tratamiento dado en la insolvencia a las garantías reales y demás derechos que tengan la función de garantizar el cumplimiento de una obligación es una preocupación fundamental de los acreedores del comprador, del arrendatario o del prestatario. Este tratamiento puede variar a veces en función de la forma en que se caracterice determinado derecho en el régimen de las operaciones garantizadas; el tratamiento que se les dé en ese régimen por lo general determinará el que reciban en el marco de la insolvencia. En consecuencia, la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia no aborda la cuestión de cómo se caracterizan esos derechos en el régimen de las operaciones garantizadas y se ocupa únicamente del tratamiento que se les da en el marco de la insolvencia, ya que su caracterización compete al régimen de las operaciones garantizadas.

65. En los Estados que incorporan todas las formas de derechos reales en garantía de la financiación de adquisiciones en su régimen de las operaciones garantizadas (lo que en la presente *Guía* se denomina “enfoque unitario” de la financiación de adquisiciones), las operaciones de retención de la titularidad y los arrendamientos financieros son tratados, en la insolvencia del deudor, del mismo modo que una garantía real para la financiación del pago de una adquisición, reconociéndose todo grado especial de prelación concedido a esa clase de garantías reales en las leyes no relacionadas con la insolvencia (véase la recomendación 186 de la presente *Guía*). Se obtendrá el mismo resultado, de acuerdo con lo que en la presente *Guía* se denomina “enfoque no unitario” de la financiación de adquisiciones, si el régimen de las operaciones garantizadas determina que una operación da lugar a una garantía real (véase la variante A de la recomendación 202). En consecuencia, las disposiciones de la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia que son aplicables a las garantías reales se aplicarían igualmente a las diversas garantías reales del pago de una adquisición. Cuando los Estados mantienen bajo denominaciones separadas las operaciones de retención de la titularidad y las operaciones de arrendamiento financiero, el régimen de las operaciones garantizadas a menudo no trata los bienes que son objeto de dichas operaciones como bienes sujetos a una garantía real, sino como

bienes propiedad del vendedor o del arrendador. Por consiguiente, las disposiciones de la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia relativas a los bienes propiedad de terceros se aplicarían también a esas operaciones (véase la variante B de la recomendación 202 de la presente *Guía*).

66. En cualquier caso, independientemente de que una garantía real del pago de una adquisición sea tratada en el procedimiento de la insolvencia conforme a las normas aplicables a las garantías reales o conforme a las normas aplicables a los contratos y a los bienes propiedad de terceros, todas las garantías reales del pago de una adquisición deberían estar sujetas a los efectos de la insolvencia enunciados en la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia. En ambas variantes del enfoque no unitario (véanse las variantes A y B de la recomendación 202 de la presente *Guía*), cabe observar que en la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia se recomienda a menudo que se dé un trato idéntico a los titulares de garantías reales y a los bienes propiedad de terceros. Tal es el caso, por ejemplo, en lo que respecta a la recomendación 88 de la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia (acerca de la aplicación de los poderes de anulación, entre otras cosas, a las garantías reales); a la recomendación 35 (relativa a la inclusión de los derechos del deudor sobre bienes gravados que constituyan la masa de la insolvencia); a las recomendaciones 39 a 51 (relativas a la aplicación de medidas cautelares y de una paralización a los bienes gravados y la exoneración de los efectos de la paralización); a la recomendación 52 (relativa a la utilización y enajenación de bienes de la masa, incluso de los bienes gravados); a la recomendación 54 (relativa a la utilización de los bienes propiedad de terceros), y a las recomendaciones 69 a 86 (relativas al régimen aplicable a los contratos).

15. *Créditos por cobrar sujetos a una cesión pura y simple antes de la apertura*

67. La cesión pura y simple de un crédito por cobrar está comprendida en el ámbito de la presente *Guía* aunque no se haga con el propósito de garantizar el cumplimiento de una obligación (véanse las recomendaciones 3 y 167 de la presente *Guía*). En todo caso, independientemente del tratamiento que se le dé en otros regímenes, el régimen de la insolvencia trata la cesión pura y simple de un crédito por cobrar de la misma manera que cualquier otra cesión de bienes efectuada por el deudor antes de la apertura (véase, en general, el apartado *a*) de la recomendación 35 de la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia).

B. Recomendaciones

Finalidad

Las recomendaciones que se formulan en el presente capítulo tienen por objeto abordar los efectos de la insolvencia en las garantías reales de manera integral y en consonancia con la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia. Así pues, figuran en él las recomendaciones básicas de esa Guía relacionadas particularmente con las garantías reales. No obstante, para obtener un análisis más completo de los efectos del procedimiento de insolvencia en las garantías reales, el presente capítulo debe leerse juntamente con el comentario y las recomendaciones de la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia. También se examinan en el presente capítulo otras recomendaciones encaminadas a precisar determinadas cuestiones que, si bien se examinan en la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia, no son objeto allí de recomendaciones.

1. *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*³: definiciones y recomendaciones

a) *Definiciones*

12. b) “Bienes del deudor”: todo bien y derecho del deudor, así como todo derecho real sobre bienes que obren o no en su posesión, ya sean corporales o inmateriales, muebles o inmuebles, y todo derecho del deudor sobre bienes gravados o sobre bienes que sean propiedad de un tercero;

12. r) “Contrato financiero”: operación al contado, a plazo, de futuros, de opción o de permuta financiera relativa a tipos de interés, productos básicos, monedas, acciones u obligaciones bursátiles, índices u otros instrumentos financieros, así como toda operación de préstamo o de recompra o rescate de valores negociables, y cualquier otra operación similar a alguna de las anteriormente mencionadas que se concierte en un mercado financiero, o toda combinación de las operaciones anteriormente mencionadas;

12. x) “*Lex fori concursus*”: la ley del foro ante el que se haya abierto el procedimiento de insolvencia;

12. y) “*Lex rei sitae*”: la ley del Estado en que esté ubicado el bien de que se trate;

12. z) “Compensación global por saldos netos”: la compensación global de obligaciones monetarias o no monetarias en virtud de contratos financieros;

12. aa) “Acuerdo de compensación global”: modalidad de contrato financiero entre dos o más partes que prevea una o más de las siguientes operaciones:

- i) La liquidación neta de los pagos abonables en una misma moneda y vencidos en una misma fecha, ya sea por novación o de alguna otra forma;
- ii) A raíz de la insolvencia o de otro tipo de incumplimiento de una de las partes en dicho acuerdo, la liquidación de todas las operaciones pendientes a su valor real de mercado o a su valor de sustitución, para la conversión de las sumas resultantes a una sola moneda y a un único saldo neto que una de las partes abonará a la otra; o
- iii) La compensación de los saldos calculados en la forma indicada en el inciso ii) de la presente definición que sean adeudados en virtud de dos o más acuerdos de compensación global⁴.

12. dd) “Parte interesada”: toda persona cuyos derechos, obligaciones u otros intereses puedan verse afectados por el procedimiento de insolvencia o por algún incidente dimanante del mismo, incluidos el deudor, el representante de la insolvencia, todo acreedor, todo socio de la empresa, el comité de acreedores, toda entidad pública o cualquier otra persona que pueda verse igualmente afectada. Ello no deberá dar lugar a que una persona con un interés remoto o difuso que pueda verse afectado por el procedimiento de insolvencia pueda ser considerada parte interesada en dicho procedimiento;

12. ff) “Preferencia”: operación mediante la cual un acreedor obtiene una ventaja o percibe un pago especial;

12. gg) “Prelación”: el derecho de toda persona a gozar de prioridad en el cobro, respecto de otra persona, cuando tal derecho haya nacido por efecto de la ley;

12. hh) “Crédito prioritario”: todo crédito que sea abonable con anterioridad al pago a los acreedores ordinarios no garantizados;

³Publicación de las Naciones Unidas, Núm. de venta: S.05.V.10.

⁴Apartado l) del artículo 5 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional.

12. *ii*) “Protección del valor”: toda medida destinada a preservar el valor económico de los bienes gravados y los bienes pertenecientes a terceros durante el procedimiento de insolvencia (en algunos ordenamientos se habla del “amparo debido”). Dicho valor podrá protegerse mediante pagos en efectivo, la constitución de una garantía real sobre bienes adicionales o sustitutos, o por cualquier otro medio que, a juicio del tribunal, proporcione la protección requerida;

12. *pp*) “Garantía real”: derecho sobre un bien que se haya constituido en garantía del pago o cumplimiento de una o varias obligaciones.

b) *Recomendaciones*

Objetivos fundamentales de un régimen de la insolvencia eficaz y eficiente

1. A fin de establecer y desarrollar un régimen eficaz de la insolvencia deberían tenerse en cuenta los siguientes objetivos fundamentales:

- a) Dar seguridad en el mercado para promover la estabilidad y el crecimiento económico;
- b) Obtener el máximo valor posible de los bienes;
- c) Ponderar adecuadamente las respectivas ventajas de la vía de liquidación y de la vía de reorganización;
- d) Tratar de manera equitativa a los acreedores que se encuentren en circunstancias similares;
- e) Lograr una solución oportuna, eficiente e imparcial de la situación de insolvencia;
- f) Preservar la masa de la insolvencia para que pueda efectuarse una distribución equitativa entre los acreedores;
- g) Garantizar un régimen de la insolvencia transparente y previsible que comprenda incentivos para reunir y facilitar información; y
- h) Reconocer los derechos existentes de los acreedores y establecer reglas claras para determinar el grado de prelación de los créditos.

4. El régimen de la insolvencia debería especificar que, cuando una garantía real sea válida y ejecutoria en virtud de una norma ajena al régimen de la insolvencia, será reconocida en un procedimiento de insolvencia como válida y ejecutoria.

7. A fin de elaborar un régimen eficaz y eficiente de la insolvencia, procederá considerar los siguientes rasgos comunes:

- a) a d) ...
- e) La protección de la masa de la insolvencia contra las acciones de los acreedores, del propio deudor y del representante de la insolvencia y, cuando las medidas de protección de la masa sean aplicables a los acreedores garantizados, la determinación del modo en que deberá salvaguardarse el valor económico de sus garantías reales durante el procedimiento de insolvencia;
- f) a r) ...

Régimen aplicable a la validez y eficacia de los derechos y créditos

30. El régimen aplicable a la validez y eficacia de los derechos y créditos existentes en el momento de la apertura del procedimiento de insolvencia deberá establecerse conforme a las normas de derecho internacional privado del Estado en el que se abra el procedimiento de insolvencia.

Régimen aplicable a los procedimientos de insolvencia: lex fori concursus

31. El régimen de la insolvencia del Estado en el que se abra el procedimiento de insolvencia (*lex fori concursus*) deberá aplicarse a todos los aspectos de la apertura, la sustanciación, la administración y la conclusión de dicho procedimiento y sus efectos. Entre ellos cabe citar los siguientes:

- a) a i) ...
- j) El tratamiento de los acreedores garantizados;
- k) a n) ...
- o) El orden de prelación de reclamaciones;
- p) a s) ...

Excepciones a la aplicación del régimen del procedimiento de insolvencia

...

34. Si, además de las recomendaciones 32 y 33, se añadieran nuevas excepciones, su número debería ser limitado y su contenido habría de exponerse o señalarse claramente en el régimen de la insolvencia.

Bienes que constituyen la masa de la insolvencia

35. El régimen de la insolvencia debería especificar que la masa de la insolvencia estará integrada por:

- a) Los bienes del deudor⁵, incluidos los derechos que pueda tener el deudor sobre bienes gravados y sobre bienes que sean propiedad de terceros;
- b) Los bienes adquiridos tras la apertura del procedimiento de insolvencia; y
- c) ...

Medidas cautelares⁶

39. El régimen de la insolvencia debería especificar que el tribunal podrá conceder una exención de carácter provisional, a petición del deudor, de los acreedores o de terceros, si tal exención es necesaria para proteger y preservar el valor de los bienes del deudor⁷ o los intereses de los acreedores entre el momento de la presentación de una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia y la apertura del procedimiento⁸, concretamente:

- a) Paralizando la ejecución de medidas contra los bienes del deudor, incluidas las acciones encaminadas a dar eficacia a las garantías reales frente a terceros o la ejecución de garantías reales;
- b) a d) ...

⁵La propiedad de los bienes se determinaría con arreglo al derecho pertinente aplicable, en que el término “bienes”, definido en sentido amplio, abarque las propiedades, los derechos y los créditos del deudor, incluidos sus derechos y créditos sobre los bienes que sean propiedad de terceros.

⁶Estos artículos se ajustan a los artículos correspondientes de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza; véase el artículo 19 (y véase el anexo III de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre la Insolvencia).

⁷Los bienes a que se hace referencia en los apartados a) a c) son únicamente los que forman parte de la masa de la insolvencia una vez iniciado el procedimiento.

⁸El régimen de la insolvencia debería especificar el momento a partir del cual surtirá efecto la orden relativa a las medidas cautelares, por ejemplo, el momento en que se haya dictado la orden, retroactivamente desde la primera hora del día en que se dicte la medida, o en cualquier otro momento (véase el párrafo 44, capítulo II, segunda parte de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre la Insolvencia).

Indemnización por los efectos de las medidas cautelares

40. El régimen de la insolvencia podrá facultar al tribunal para:
- a) Exigir a quien solicite medidas cautelares que aporte una indemnización y, en su caso, pague las costas u otros gastos; o
 - b) Imponer sanciones en relación con una solicitud de medidas cautelares.

Equilibrio entre los derechos del deudor y los del representante de la insolvencia

41. El régimen de la insolvencia debería establecer claramente el equilibrio entre los derechos y obligaciones del deudor y de todo representante de la insolvencia designado en el marco de una medida cautelar. En el período comprendido entre la presentación de una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia y la apertura de dicho procedimiento, el deudor tiene derecho a seguir dirigiendo su empresa y a utilizar y disponer de los bienes en el curso ordinario de los negocios, a reserva de las restricciones que le imponga el tribunal.

Notificación

42. El régimen de la insolvencia debería especificar que, a menos que el tribunal dispense a una parte del deber de notificación o limite esa obligación, habrá que notificar debidamente a las partes interesadas que se vean afectadas por:
- a) Una solicitud u orden judicial de medidas cautelares (incluidas las solicitudes de revisión y modificación o revocación de tales medidas); y
 - b) Una orden judicial de medidas suplementarias aplicables en el momento de la apertura, a menos que el tribunal dispense a una parte del deber de notificación o limite esa obligación.

Medidas cautelares a instancia de parte

43. El régimen de la insolvencia debería especificar que, cuando no se notifique una solicitud de medida cautelar al deudor o a otra parte interesada que se vea afectada por dicha medida, el deudor u otra parte interesada que se vea afectada por la medida cautelar tendrá derecho, previa solicitud urgente, a ser oído con la mayor prontitud⁹ para que exponga sus argumentos antes de que el tribunal decida si debe mantenerse o no.

Modificación o revocación de medidas cautelares

44. El régimen de la insolvencia debería especificar que el tribunal podrá, por iniciativa propia o a petición del representante de la insolvencia, del deudor, de un acreedor o de toda otra persona afectada por las medidas cautelares, revisar y modificar o revocar éstas.

Revocación de medidas cautelares

45. El régimen de la insolvencia debería especificar que quedarán revocadas las medidas cautelares cuando:
- a) Se desestime una solicitud de apertura de procedimiento;
 - b) Se impugne con éxito, en virtud de la recomendación 43, una orden de adopción de tales medidas; y
 - c) Entren en vigor las medidas aplicables en el momento de la apertura del procedimiento, salvo si el tribunal opta por mantenerlas.

⁹Todo plazo legal que se incluya en el régimen de la insolvencia debería ser breve para impedir que disminuya el valor del negocio del deudor.

Medidas aplicables en el momento de la apertura

46. El régimen de la insolvencia debería especificar que, en el momento de la apertura de un procedimiento de insolvencia¹⁰:

- a) Se paralizará el inicio o la continuación de acciones individuales o de procedimientos¹¹ que afecten a los bienes del deudor, así como sus derechos, obligaciones o responsabilidades;
- b) Se paralizará toda acción encaminada a que las garantías reales sean eficaces frente a terceros y a la ejecución de garantías reales¹²;
- c) Se paralizará toda medida ejecutiva contra los bienes de la masa de la insolvencia;
- d) Se suspenderá el derecho de otra parte a poner fin a todo contrato con el deudor¹³; y
- e) Se suspenderá el derecho a transmitir o gravar cualquier bien de la masa de la insolvencia o a disponer de él de algún otro modo¹⁴.

Duración de las medidas automáticamente aplicables al iniciarse un procedimiento

49. El régimen de la insolvencia debería especificar que las medidas aplicables en el momento de la apertura de un procedimiento de insolvencia mantendrán sus efectos durante todo ese procedimiento hasta que:

- a) El tribunal otorgue una exención al respecto¹⁵;
- b) En un procedimiento de reorganización, entre en vigor un plan de reorganización¹⁶; o
- c) En el caso de los acreedores garantizados en procedimientos de liquidación, expire el período fijado por la ley¹⁷, a menos que el tribunal prorrogue ese período cuando se demuestre que:
 - i) La prórroga es necesaria para obtener el máximo valor posible de los bienes en beneficio de los acreedores; y
 - ii) El acreedor garantizado quedará protegido de toda disminución del valor del bien gravado sobre el que tenga una garantía real.

¹⁰Por lo general, las medidas enunciadas surtirían efecto en el momento de dictarse la orden de apertura.

¹¹Véase el artículo 20 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza (véase el anexo III de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre la Insolvencia). Se pretende que las acciones individuales mencionadas en el apartado a) de la recomendación 46 abarquen también las acciones entabladas ante un tribunal arbitral. Sin embargo, tal vez no sea siempre posible paralizar automáticamente las actuaciones arbitrales, como en los supuestos en que el arbitraje no se celebre en el propio Estado, sino en el extranjero.

¹²Si la ley aplicable al margen del régimen de la insolvencia permite que las garantías reales se hagan oponibles dentro de ciertos plazos, es conveniente que ese régimen reconozca esos plazos y permita que la garantía se haga oponible cuando la apertura del procedimiento de insolvencia tenga lugar dentro del plazo correspondiente. Cuando la ley ajena al régimen de la insolvencia no prevea esos plazos, la paralización aplicable en el momento de la apertura de un procedimiento de insolvencia impedirá que la garantía real pase a ser oponible. (Para obtener un examen más a fondo de la cuestión, véase el párrafo 32, capítulo II, segunda parte de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre la Insolvencia y la presente Guía.)

¹³Véanse los párrafos 114 a 119, capítulo II, segunda parte de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre la Insolvencia. Esta recomendación no tiene la finalidad de evitar que se ponga fin a un contrato si éste estipula una fecha de terminación que resulte ser posterior a la apertura del procedimiento de insolvencia.

¹⁴La limitación del derecho a transmitir o gravar bienes de la masa de la insolvencia o a disponer de ellos de alguna otra forma puede ser objeto de una excepción en los casos en que se autorice al deudor a continuar sus actividades comerciales y en que éste pueda transmitir o gravar sus bienes o disponer de ellos de otra manera en el curso ordinario de sus negocios.

¹⁵Las medidas de exención deberían otorgarse por los motivos enunciados en la recomendación 51 de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre la Insolvencia.

¹⁶El plan puede entrar en vigor al ser aprobado por los acreedores o confirmado por el tribunal, según lo que prevea el régimen de la insolvencia (véase la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre la Insolvencia, segunda parte, capítulo IV, párrafos 54 y siguientes).

¹⁷La finalidad es que la paralización sólo se aplique a los acreedores garantizados durante un breve período, por ejemplo de 30 a 60 días, y que el régimen de la insolvencia especifique claramente el período de aplicación.

Protección frente a una disminución del valor de bienes gravados

50. El régimen de la insolvencia debería especificar que, previa solicitud al tribunal, el acreedor garantizado deberá gozar del derecho a que se preserve el valor de los bienes gravados que respalden su crédito. El tribunal podrá otorgar medidas cautelares, concretamente:

- a) Pagos en efectivo con cargo a la masa;
- b) La aportación de garantías reales suplementarias; o
- c) Otras medidas que el tribunal considere apropiadas.

Exención de los efectos de las medidas aplicables en el momento de la apertura de un procedimiento

51. El régimen de la insolvencia debería especificar que un acreedor garantizado podrá solicitar al tribunal que lo exima de los efectos de las medidas aplicables en el momento de la apertura de un procedimiento de insolvencia por motivos que pueden ser, entre otros:

- a) El hecho de que el bien gravado no sea necesario para una eventual reorganización o venta de la empresa del deudor;
- b) El hecho de que el valor del bien gravado esté disminuyendo como consecuencia de la apertura de un procedimiento de insolvencia y de que el acreedor garantizado no esté protegido contra esa reducción del valor; y
- c) En una reorganización, el hecho de que no se haya aprobado un plan de reorganización en el plazo pertinente.

Facultad para usar los bienes de la masa de la insolvencia y disponer de ellos

52. El régimen de la insolvencia debería permitir:

- a) La utilización y disposición de los bienes de la masa de la insolvencia (incluidos los bienes gravados) en el curso ordinario de los negocios, excepto el producto líquido de su venta; y
- b) La utilización y disposición de los bienes de la masa de la insolvencia (incluidos los bienes gravados) al margen del curso ordinario de los negocios, a reserva de lo previsto en las recomendaciones 55 y 58.

Imposición de nuevos gravámenes sobre bienes gravados

53. El régimen de la insolvencia debería especificar que podrán imponerse nuevos gravámenes sobre bienes ya gravados, a reserva de lo previsto en las recomendaciones 65 a 67.

Utilización de bienes que sean propiedad de terceros

54. El régimen de la insolvencia debería especificar que el representante de la insolvencia podrá utilizar un bien que sea propiedad de terceros o que esté en posesión del deudor, siempre y cuando se cumplan, entre otras, las siguientes condiciones:

- a) Los intereses del tercero queden protegidos contra toda disminución del valor del bien; y
- b) Los gastos derivados de la continuación del contrato y de la utilización del bien tengan carácter de gastos administrativos.

Facultad de vender bienes de la masa que no estén gravados ni sujetos a otras cargas

58. El régimen de la insolvencia debería permitir al representante de la insolvencia vender todo bien que esté gravado o sujeto a otros derechos reales, sin ningún tipo de gravámenes y al margen del curso ordinario de los negocios, a condición de que:

- a) El representante de la insolvencia notifique la venta propuesta a los titulares de garantías reales o de otros gravámenes;
- b) Los titulares de dichos gravámenes tengan la oportunidad de exponer sus argumentos ante el tribunal cuando tengan objeciones a la venta propuesta;
- c) No se haya dictado ninguna limitación de la paralización; y
- d) Se preserve la prelación de los derechos sobre el producto de la venta del bien.

Utilización del producto líquido

59. El régimen de la insolvencia debería permitir al representante de la insolvencia utilizar el producto líquido o disponer de él, siempre que:

- a) El acreedor garantizado que tenga una garantía real sobre ese producto líquido dé su consentimiento a que se utilice o se disponga de él; o
- b) Se haya notificado al acreedor garantizado la utilización o disposición propuesta y se le haya dado la oportunidad de exponer sus argumentos ante el tribunal; y
- c) Se hayan previsto salvaguardias para preservar los intereses del acreedor garantizado contra toda disminución del valor del producto líquido.

Bienes gravosos

62. El régimen de la insolvencia debería permitir al representante de la insolvencia determinar la forma de proceder respecto de los bienes que resulten gravosos para la masa. En particular, el régimen podrá permitir al representante renunciar a los bienes gravosos, después de notificar a los acreedores al respecto y de darles la oportunidad de oponerse a la medida propuesta. No obstante, cuando el valor del crédito garantizado sea superior al del bien gravado, y cuando dicho bien no sea necesario para la reorganización o la venta de la empresa como negocio en marcha, el régimen de la insolvencia podrá permitir que el representante de la insolvencia renuncie al bien y lo entregue al acreedor garantizado sin notificar a los demás acreedores.

Obtención y autorización del crédito después de la apertura del procedimiento

63. El régimen de la insolvencia debería dar facilidades e incentivos al representante de la insolvencia para que obtuviera crédito tras la apertura del procedimiento si el representante lo estimase necesario para mantener en marcha la empresa del deudor o garantizar su supervivencia o para preservar o incrementar el valor de la masa. El régimen de la insolvencia podrá requerir la autorización previa del tribunal o de los acreedores para la concesión de crédito tras la apertura.

Garantías en respaldo de toda financiación posterior a la apertura de un procedimiento

65. El régimen de la insolvencia debería permitir que se constituyera una garantía real para el reembolso de la financiación posterior a la apertura de un procedimiento, incluso sobre bienes no gravados, como los bienes adquiridos ulteriormente, o una garantía nueva o con menor prelación sobre bienes de la masa ya gravados.

66. El régimen de la insolvencia¹⁸ debería especificar que una garantía real sobre los bienes del deudor encaminada a garantizar la financiación posterior a la apertura del procedimiento no tendrá prelación respecto de otra garantía real ya existente sobre los mismos bienes, a menos que el representante de la insolvencia obtenga el consentimiento del acreedor o los acreedores garantizados beneficiarios de la garantía o aplique el procedimiento enunciado en la recomendación 67.

¹⁸Esta norma puede estar enunciada en la legislación sobre otra materia. En tal caso, el régimen de la insolvencia debería señalar la existencia de tal disposición.

67. El régimen de la insolvencia debería especificar que, cuando el acreedor garantizado ya existente no dé su consentimiento, el tribunal podrá autorizar la constitución de una garantía real que goce de prelación sobre las garantías preexistentes, siempre que se satisfagan determinadas condiciones, a saber, que:

- a) Se notifique al acreedor garantizado ya existente y se le dé la oportunidad de ser oído por el tribunal;
- b) El deudor pueda probar que no le es posible obtener la financiación de otra manera; y
- c) Se protejan los intereses del acreedor garantizado ya existente¹⁹.

Efecto del cambio de procedimiento en los créditos posteriores a la apertura

68. El régimen de la insolvencia debería especificar que, cuando el procedimiento de reorganización pase a ser un procedimiento de liquidación, toda prelación concedida a la financiación posterior a la apertura del procedimiento en la reorganización deberá seguir reconociéndose en la liquidación²⁰.

Cláusulas de extinción y de agilización automáticas

70. El régimen de la insolvencia debería especificar que no será invocable, frente al representante de la insolvencia o al deudor, ninguna cláusula contractual por la que se estipule la extinción o la agilización automática de un contrato cuando:

- a) Se haya presentado una solicitud de apertura o se haya iniciado un procedimiento de insolvencia;
- b) Se haya nombrado un representante de la insolvencia²¹.

71. El régimen de la insolvencia debería indicar claramente los contratos a los que no podrá aplicarse la recomendación 70, como los contratos financieros, o los que estén sujetos a reglas especiales, como los contratos de trabajo.

Mantenimiento o rechazo de un contrato

72. El régimen de la insolvencia debería especificar que el representante de la insolvencia podrá decidir que continúe cumpliéndose un contrato del que tenga conocimiento cuando ello resulte beneficioso para la masa de la insolvencia²². El régimen de la insolvencia debería especificar que:

- a) El derecho a mantener un contrato es aplicable a la totalidad de éste; y
- b) Al mantenerse dicho contrato, resultarán ejecutables todas sus cláusulas.

¹⁹Véanse los párrafos 63 a 69, segunda parte, capítulo II de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre la Insolvencia.

²⁰No se reconocerá necesariamente el mismo grado de prelación. Por ejemplo, es posible que los préstamos otorgados después de la apertura sólo sean reembolsables tras el pago de los créditos administrativos relacionados con los gastos de la liquidación.

²¹Esta recomendación sólo sería aplicable a los contratos en que puedan dejarse sin efecto tales cláusulas (véase el comentario sobre las excepciones en los párrafos 143 a 145, segunda parte, capítulo II de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre la Insolvencia) y no pretende ser excluyente, sino establecer un criterio mínimo. Por consiguiente, el tribunal debe poder examinar toda otra cláusula contractual que prevea la extinción de un contrato cuando se den circunstancias análogas.

²²Siempre que pueda invocarse la paralización automática a raíz de la apertura del procedimiento con objeto de evitar la extinción (en virtud de una cláusula de extinción automática) de contratos celebrados con el deudor, todos los contratos deberán conservar su validez para que el representante de la insolvencia pueda estudiar la posibilidad de mantenerlos, a menos que la fecha de extinción estipulada en el contrato sea posterior a la apertura del procedimiento.

73. El régimen de la insolvencia puede permitir que el representante de ésta decida rechazar un contrato²³. El régimen debería especificar que la decisión de rechazo será aplicable al contrato en su totalidad.

Mantenimiento de un contrato incumplido por el deudor

79. El régimen de la insolvencia debería especificar que cuando el deudor hubiera incumplido un contrato, el representante de la insolvencia podrá decidir que siga cumpliéndose dicho contrato, siempre y cuando se subsane el incumplimiento, se restablezca la situación económica que tenía la parte perjudicada antes del incumplimiento y la masa de la insolvencia tenga la capacidad suficiente para cumplir el contrato mantenido.

Cumplimiento previo al mantenimiento o al rechazo de un contrato

80. El régimen de la insolvencia debería especificar que el representante de la insolvencia podrá aceptar o requerir de la otra parte el cumplimiento de un contrato antes de la decisión de mantener o rechazar éste. Las reclamaciones de la otra parte que se deriven del cumplimiento aceptado o requerido por el representante de la insolvencia antes del mantenimiento o del rechazo del contrato serán pagaderas en concepto de gastos de administración de la masa:

a) Si la otra parte ha cumplido el contrato, el importe de los gastos de administración deberá corresponder al precio contractual del cumplimiento; o

b) Si el representante de la insolvencia utiliza bienes que sean propiedad de terceros y que estén en posesión del deudor en virtud de un contrato, deberá protegerse al tercero de toda pérdida de valor de sus bienes y dicha parte tendrá derecho a que se le abone una suma en concepto de gastos de administración de la masa, conforme al apartado a).

Reclamaciones por ulterior incumplimiento de un contrato mantenido

81. El régimen de la insolvencia debería especificar que cuando se haya decidido mantener un contrato y seguir cumpliéndolo, los daños y perjuicios derivados de un ulterior incumplimiento serán pagaderos en concepto de gastos de administración de la masa.

Daños y perjuicios derivados del rechazo de un contrato

82. El régimen de la insolvencia debería especificar que los daños y perjuicios derivados del rechazo de un contrato anterior a la apertura serán determinados de conformidad con el derecho aplicable y que deberían tratarse como créditos de acreedores ordinarios no garantizados. El régimen de la insolvencia podría limitar las reclamaciones derivadas del rechazo de un contrato de larga duración.

Cesión de contratos

83. El régimen de la insolvencia podrá especificar que el representante de la insolvencia podrá optar por ceder un contrato, pese a las restricciones estipuladas en él, siempre y cuando la cesión sea beneficiosa para la masa.

84. Si la otra parte en un contrato se opone a su cesión, el régimen de la insolvencia podrá facultar, no obstante, al tribunal para aprobar la cesión, siempre y cuando:

a) El representante de la insolvencia mantenga el contrato;

b) El cesionario pueda cumplir las obligaciones contractuales cedidas;

c) La otra parte en el contrato no quede en clara situación de desventaja a consecuencia de la cesión; y

d) Antes de la cesión se subsane el incumplimiento del contrato por parte del deudor.

²³En vez de la facultad de rechazar un contrato, algunos ordenamientos prevén que se interrumpa simplemente el cumplimiento del contrato, salvo que el representante de la insolvencia decida lo contrario.

85. El régimen de la insolvencia podrá especificar que, cuando se ceda un contrato, el cesionario pasará a sustituir al deudor como parte contratante a partir de la fecha de la cesión, y que la masa ya no tendrá ninguna obligación en virtud del contrato.

Operaciones anulables²⁴

87. El régimen de la insolvencia debería establecer disposiciones con efecto retroactivo concebidas para revocar toda operación realizada por el deudor o de la que hayan sido objeto bienes de la masa y que haya disminuido el valor de ésta o violado el principio del trato equitativo de los acreedores. El régimen de la insolvencia debería especificar que serán anulables los siguientes tipos de operaciones:

a) Toda operación cuya finalidad sea impedir, demorar u obstaculizar el cobro de los respectivos créditos de los acreedores, cuando la operación pueda dejar ciertos bienes fuera del alcance de acreedores ya existentes o potenciales o perjudicar de algún otro modo los intereses de los acreedores;

b) Toda operación por la que el deudor transmita un derecho real sobre sus bienes o contraiga una obligación y tal transmisión o compromiso constituyan una donación y que se haya realizado o contraído por un contravalor nominal inferior o insuficiente siendo el deudor ya insolvente o cuando, a raíz de la operación, el deudor haya pasado a ser insolvente (operaciones infravaloradas); y

c) Toda operación en que intervengan los acreedores por la que alguno de ellos obtenga una proporción de los bienes del deudor superior a su cuota de la masa prorrateada o perciba beneficios de dicha proporción y que se realice siendo ya el deudor insolvente (operaciones preferentes).

Anulación de las garantías reales

88. El régimen de la insolvencia debería especificar que, cuando una garantía real sea eficaz y ejecutable en virtud de una regla de derecho distinta del régimen de la insolvencia, podrá quedar sujeta a las disposiciones de anulación del régimen por los mismos motivos que otras operaciones.

Operaciones no anulables

92. El régimen de la insolvencia debería especificar las operaciones no anulables, incluidos los contratos financieros.

Contratos financieros y compensación global por saldos netos

103. Una vez rescindidos los contratos financieros del deudor, el régimen de la insolvencia debería permitir que la parte hiciera efectivas sus garantías reales, destinando su producto al cumplimiento de las obligaciones dimanantes de dichos contratos. Los contratos deberían quedar exentos de toda paralización impuesta por el régimen de la insolvencia a la ejecución de una garantía real.

Participación de los acreedores

126. El régimen de la insolvencia debería especificar que los acreedores, estén o no amparados por una garantía, tendrán derecho a participar en el procedimiento de insolvencia, e indicar las funciones que, en el ejercicio de ese derecho, podrán desempeñar.

²⁴En la presente sección, el término “operación” se entenderá referido en general a una amplia variedad de actos jurídicos mediante los cuales cabe disponer de bienes o contraer obligaciones mediante transmisión, un pago, la constitución de una garantía real o de otro tipo, un préstamo o algún acto de renuncia, o una acción encaminada a dar eficacia a las garantías reales frente a terceros, y puede consistir en una combinación de operaciones.

Derecho a ser oído y a solicitar una revisión

137. El régimen de la insolvencia debería especificar que toda parte interesada tendrá derecho a ser oída respecto de cualquier cuestión del procedimiento de insolvencia que afecte a sus derechos, obligaciones o garantías reales. Por ejemplo, la parte interesada debería estar legitimada para:

- a) Impugnar todo acto que requiera aprobación judicial;
- b) Solicitar que el tribunal revise cualquier acto que no requiera aprobación judicial o cuya aprobación no haya sido solicitada al tribunal; y
- c) Solicitar cualquier medida de amparo o exoneración que pueda reclamar en el procedimiento de insolvencia.

*Derecho de apelación*²⁵

138. El régimen de la insolvencia debería especificar que toda parte interesada podrá apelar contra cualquier resolución del tribunal que afecte a sus derechos, obligaciones o garantías reales.

*Plan de reorganización**Mecanismos de votación*

145. El régimen de la insolvencia debería establecer un mecanismo de votación para la aprobación del plan. Este mecanismo debería prever que los acreedores y los titulares de acciones tendrán derecho a votar respecto del plan; el modo en que se efectuará la votación, ya sea en una junta convocada al efecto, por correo o por algún otro medio, como por vía electrónica y mediante el voto por poder; y la posibilidad de que los acreedores y dichos titulares voten por categorías en función de sus respectivos derechos.

146. El régimen de la insolvencia debería especificar que los acreedores o titulares de acciones cuyos derechos sean modificados o se vean afectados por el plan no quedarán vinculados por las condiciones del plan, salvo que se les haya dado la oportunidad de votar respecto de la aprobación del mismo.

147. El régimen de la insolvencia debería especificar que cuando el plan no vaya a modificar los derechos de un acreedor o accionista o de una categoría de acreedores o accionistas, ni a afectar a esos derechos, dicho acreedor o accionista, o dicha categoría de acreedores o accionistas, no podrá votar respecto de la aprobación del plan.

148. El régimen de la insolvencia debería especificar que los acreedores que tengan derecho a votar sobre el plan deberán clasificarse por separado con arreglo a sus respectivos derechos y que cada categoría deberá votar por separado.

149. El régimen de la insolvencia debería especificar que habrá que otorgar el mismo trato a todos los acreedores y titulares de acciones de una misma categoría.

Aprobación por categorías

150. Cuando la votación para la aprobación del plan se realice por categorías de acreedores, el régimen de la insolvencia debería especificar cuál será el efecto, para la aprobación del plan, del resultado obtenido en la votación de cada categoría. Cabe prever diversos criterios, como el de exigir que el plan sea aprobado por una determinada mayoría de categorías o por todas ellas,

²⁵De conformidad con sus objetivos fundamentales, el régimen de la insolvencia debería disponer que las apelaciones en el procedimiento de insolvencia no dejaran en suspenso las decisiones recurridas, a menos que así lo determinara el tribunal. Ello permitiría que los casos de insolvencia pudieran abordarse y resolverse de forma ordenada, rápida y eficiente y sin perturbaciones indebidas. Los plazos para presentar apelaciones deberían ajustarse a los previstos en el derecho generalmente aplicable, aunque en la insolvencia tienen que ser más breves para evitar la interrupción del procedimiento.

pero que al menos una de las categorías de acreedores cuyos derechos sean modificados o se vean afectados por el plan deberá aprobarlo.

151. Cuando el régimen de la insolvencia no exija que el plan sea aprobado por todas las categorías, debería prever el trato que se ha de dar a las categorías que no voten a favor de un plan que sea, por lo demás, aprobado por las categorías cuya aceptación sea exigida. Ese trato debería tener como base las condiciones enumeradas en la recomendación 152.

Confirmación de un plan aprobado

152. Cuando el régimen de la insolvencia exija la confirmación judicial de un plan aprobado, debería exigir que el tribunal confirmara el plan si éste cumple las condiciones siguientes:

a) Que se haya obtenido la aprobación requerida y se haya seguido debidamente el procedimiento prescrito para la aprobación;

b) Que los acreedores reciban con arreglo al plan un valor que sea al menos equivalente al que habrían recibido en un procedimiento de liquidación, salvo que dichos acreedores hayan expresamente convenido en recibir un trato menos favorable;

c) Que nada de lo dispuesto en el plan sea contrario a derecho;

d) Que se vaya a pagar plenamente todo crédito o gasto administrativo, salvo en la medida en que el beneficiario de dicho crédito o gasto convenga en que se le otorgue un trato distinto; y

e) Salvo en la medida en que las categorías de acreedores afectadas hayan acordado otra cosa, si una categoría de acreedores ha votado contra el plan, esa categoría se reconocerá como tal, con arreglo al plan, en el régimen de la insolvencia, y en la distribución que se efectúe conforme al plan deberá tenerse en cuenta la prelación reconocida.

Impugnación de la aprobación del plan

(cuando no se exija su confirmación judicial)

153. Cuando un plan pase a ser vinculante a raíz de su aprobación por los acreedores sin que se requiera confirmación judicial alguna, el régimen de la insolvencia debería permitir a toda parte interesada, incluido el deudor, impugnar su aprobación. El régimen debería especificar los criterios para la evaluación de toda impugnación interpuesta, entre los que cabe citar:

a) Que se cumplan las condiciones enunciadas en la recomendación 152; y

b) Que medie un supuesto de dolo, en cuyo caso serán aplicables los requisitos enunciados en la recomendación 154.

Créditos garantizados

172. El régimen de la insolvencia debería especificar si los acreedores garantizados tendrán que comunicar sus créditos.

Créditos indeterminados

178. El régimen de la insolvencia debería permitir que los créditos no cuantificados pudieran reconocerse provisionalmente, a la espera de que el representante de la insolvencia fije su valor.

Valoración de los créditos garantizados

179. El régimen de la insolvencia debería disponer que el representante de la insolvencia pudiera determinar, mediante una valoración del bien gravado, la parte del crédito de un acreedor garantizado que está respaldada por la garantía y la que no lo está.

Créditos garantizados

188. El régimen de la insolvencia debería especificar que un crédito garantizado deberá reembolsarse con cargo al bien gravado en una liquidación, o con arreglo a lo dispuesto en un plan de reorganización, subordinándolo a los créditos que tengan eventualmente mayor prelación. El régimen debería reducir al mínimo y enunciar claramente los créditos que tuvieran un mayor grado de prelación que los créditos garantizados. Cuando el valor del bien gravado sea insuficiente para satisfacer el crédito del acreedor garantizado, éste podrá participar en el procedimiento como si fuera un acreedor ordinario sin garantía.

2. Recomendaciones adicionales relativas a la insolvencia

Bienes adquiridos después de la apertura del procedimiento de insolvencia

235. Salvo por lo dispuesto en la recomendación 236, el régimen de la insolvencia debería especificar que un bien de la masa adquirido después de la apertura de un procedimiento de insolvencia no estará sujeto a ninguna garantía real constituida por el deudor antes de la apertura del procedimiento.

236. El régimen de la insolvencia debería especificar que un bien de la masa adquirido después de la apertura de un procedimiento de insolvencia con respecto al deudor estará sujeto a una garantía real que haya constituido el deudor antes de la apertura del procedimiento de insolvencia en la medida en que el bien sea el producto (líquido o no) de un bien gravado que hubiera pertenecido al deudor antes de la apertura.

Cláusulas de extinción automática en el procedimiento de insolvencia

237. Si el régimen de la insolvencia dispone que una cláusula contractual en virtud de la cual, una vez abierto el procedimiento de insolvencia, o una vez que se haya producido otro hecho relacionado con la insolvencia, se extinga automáticamente cualquier obligación contraída en virtud de un contrato, o se agilice el vencimiento de cualquier obligación contraída en virtud de un contrato, sea inejecutable respecto del representante de la insolvencia o del deudor, el régimen de la insolvencia deberá especificar también que esa disposición no hará inejecutable ni invalidará una cláusula contractual que exonere al acreedor de la obligación de conceder un préstamo o de otorgar crédito u otras facilidades financieras en beneficio del deudor.

Posibilidad de oponer una garantía real a terceros en el procedimiento de insolvencia

238. El régimen de la insolvencia debería disponer que, si una garantía real era oponible a terceros en el momento de la apertura del procedimiento de insolvencia, se pudieran adoptar medidas después de la apertura del procedimiento para prolongar, preservar o mantener su validez frente a terceros en la medida y en la forma permitida en el régimen de las operaciones garantizadas.

Prelación de una garantía real en el procedimiento de insolvencia

239. El régimen de la insolvencia debería disponer que, si una garantía real gozara de prelación en virtud de reglas de derecho distintas del régimen de la insolvencia, esa prelación siguiera intacta en el procedimiento de insolvencia, salvo que, de conformidad con el régimen de la insolvencia, se diera prelación a otro crédito. Esas excepciones deberían reducirse al mínimo y deberían establecerse claramente en el régimen de la insolvencia. La presente recomendación se subordina a la recomendación 188 de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre la Insolvencia.

Efecto de un acuerdo de subordinación en el procedimiento de insolvencia

240. El régimen de la insolvencia debería disponer que, si el titular de una garantía real sobre un bien de la masa de la insolvencia subordinara su prelación, unilateralmente o en virtud de un

acuerdo, en favor de un demandante concurrente existente o futuro, esa subordinación fuera vinculante en el procedimiento de insolvencia con respecto al deudor en la misma medida que lo sería con arreglo a otro régimen.

*Costos y gastos de conservación del valor del bien gravado
en el procedimiento de insolvencia*

241. El régimen de la insolvencia debería disponer que el representante de la insolvencia gozara de prelación absoluta para recuperar con cargo al valor de un bien gravado los costos o gastos en que hubiera incurrido razonablemente para conservar, preservar o aumentar el valor del bien gravado en beneficio del acreedor garantizado.

Valoración de los bienes gravados en el procedimiento de reorganización

242. El régimen de la insolvencia debería disponer que en el procedimiento de reorganización, al determinar el valor de liquidación de los bienes gravados, se tuviera en cuenta el uso de esos bienes y la finalidad de la valoración. El valor de liquidación de esos bienes puede basarse en su valor como parte de un negocio en marcha.

Anexo I

Terminología y recomendaciones de la *Guía Legislativa de la CNUDMI* sobre las *Operaciones Garantizadas*

Índice

	<i>Recomendaciones</i>	<i>Página</i>
Terminología		482
Objetivos clave de un régimen de las operaciones garantizadas eficiente y eficaz.	1	490
I. Ámbito de aplicación y criterios básicos aplicables a las garantías y temas generales comunes a todos los capítulos de la <i>Guía</i>	2-12	490
II. Constitución de una garantía real (validez entre las partes)	13-28	494
A. Recomendaciones generales	13-22	494
B. Recomendaciones específicamente relacionadas con los bienes	23-28	496
III. Oponibilidad de una garantía real a terceros	29-53	499
A. Recomendaciones generales	29-47	499
B. Recomendaciones específicamente relacionadas con los bienes	48-53	503
IV. El sistema registral	54-75	504
V. Prelación de una garantía real	76-109	510
A. Recomendaciones generales	76-100	510
B. Recomendaciones específicamente relacionadas con los bienes	101-109	515
VI. Derechos y obligaciones de las partes en un acuerdo de garantía	110-116	517
A. Recomendaciones generales	110-113	517
B. Recomendaciones específicamente relacionadas con los bienes	114-116	518
VII. Derechos y obligaciones de terceros deudores	117-130	519
A. Derechos y obligaciones del deudor del crédito ...	117-123	519
B. Derechos y obligaciones de la parte obligada en virtud de un título negociable	124	522
C. Derechos y obligaciones del banco depositario ...	125-126	522

	<i>Recomendaciones</i>	<i>Página</i>
D. Derechos y obligaciones del garante/emisor, el confirmante o la persona designada en una promesa independiente.	127-129	522
E. Derechos y obligaciones del emisor de un documento negociable	130	523
VIII. Ejecución de una garantía real	131-177	523
A. Recomendaciones generales	131-166	523
B. Recomendaciones específicamente relacionadas con los bienes.	167-177	531
IX. Financiación garantizada de adquisiciones	178-202	533
Opción A: Enfoque unitario	178-186	533
Opción B: Enfoque no unitario	187-202	536
X. Conflicto de leyes	203-227	542
A. Recomendaciones generales	203-223	542
B. Recomendaciones especiales cuando el derecho aplicable es el de un Estado con varias unidades territoriales	224-227	547
XI. Transición.	228-234	548
XII. Las repercusiones de la insolvencia en las garantías reales.	235-242	549
A. Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia: definiciones y recomendaciones		549
B. Recomendaciones adicionales relativas a la insolvencia	235-242	563

Terminología*

Por “acreedor garantizado” se entenderá todo acreedor que tenga un derecho de garantía. Si bien la transferencia pura y simple de un crédito por cobrar no garantiza el cumplimiento de una obligación, para facilitar las consultas el concepto englobará también al cesionario en una cesión pura y simple de un crédito por cobrar¹;

Por “acreedor garantizado financiador de adquisiciones” (concepto utilizado tanto en el contexto del enfoque unitario como en el del enfoque no unitario) se entenderá todo acreedor garantizado que disponga de una garantía real para financiar adquisiciones. En el marco del enfoque unitario, el concepto engloba al vendedor con retención de la titularidad o al arrendador financiero (conceptos empleados en el contexto del enfoque no unitario);

Por “acuerdo de compensación global” se entenderá todo acuerdo celebrado entre dos o más partes que contenga una o varias de las siguientes estipulaciones:

a) La liquidación neta de los pagos abonables en una misma moneda y vencidos en una misma fecha, ya sea por novación o de alguna otra forma;

b) A raíz de la insolvencia o de otro tipo de incumplimiento de una de las partes en dicho acuerdo, la liquidación de todas las operaciones pendientes a su valor real de mercado o a su valor de sustitución, para la conversión de las sumas resultantes a una sola moneda y a un único saldo neto que una de las partes abonará a la otra; o

c) La compensación de los saldos calculados en la forma indicada en el apartado b) de la presente definición que sean adeudados en virtud de dos o más acuerdos de compensación global²;

Por “acuerdo de control” se entenderá un acuerdo entre el banco depositario, el otorgante y el acreedor garantizado, corroborado por un escrito firmado³, en virtud del cual el banco depositario haya accedido a seguir las instrucciones del acreedor garantizado con respecto al pago de fondos acreditados en la cuenta bancaria sin necesidad del consentimiento del otorgante;

Por “acuerdo de garantía” se entenderá un acuerdo concertado entre un otorgante y un acreedor, cualquiera que sea su forma o su terminología, en virtud del cual se constituya una garantía real. Si bien una transferencia pura y simple de un crédito por cobrar no garantiza el cumplimiento de una obligación, para facilitar las consultas, el concepto englobará también un acuerdo de cesión pura y simple de un crédito por cobrar⁴;

Por “bien corporal” se entenderá todo tipo de bienes muebles físicos. Entrarán en esta categoría las existencias, los bienes de equipo, los bienes incorporados o accesorios fijos, los títulos negociables, los documentos negociables y el dinero.

Por “bien de consumo” se entenderá todo bien que el otorgante utilice o que se proponga utilizar para fines personales, familiares o domésticos;

Por “bien de equipo” se entenderá todo bien corporal que una persona haya de utilizar en la explotación de su empresa;

*La terminología es parte del comentario (véase Introducción, sección B, Terminología e interpretación). Para el significado del término “el régimen” o “el presente régimen”, véase la recomendación 1.

¹ Véase la definición de “garantía real”, así como la recomendación 3 y el comentario conexo.

² Véase el párrafo 1 del artículo 5 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos.

³ Sobre el significado del concepto de “escrito firmado” en el contexto de las comunicaciones electrónicas, véanse las recomendaciones 11 y 12.

⁴ Véase la definición de “garantía real”, así como la recomendación 3 y el comentario conexo.

Por “bien incorporado a otro bien mueble” se entenderá todo bien corporal que esté adherido o incorporado a otro bien corporal, pero que no haya perdido su identidad propia;

Por “bien incorporado a un bien inmueble” se entenderá todo bien corporal que esté tan firmemente adherido o incorporado a un bien inmueble que, a pesar de no haber perdido su identidad propia, se le considera como si fuese un bien inmueble conforme a la legislación del Estado en que se encuentre;

Por “bien gravado” se entenderá el bien mueble corporal o inmaterial sobre el que se haya constituido una garantía. Este concepto engloba también el crédito por cobrar que haya sido objeto de una transferencia pura y simple⁵;

Por “bien inmaterial” se entenderá todo tipo de bienes muebles que no sean corporales, así como los derechos inmateriales, los créditos por cobrar y los derechos al cumplimiento de obligaciones que no sean créditos por cobrar;

Por “cedente” se entenderá la persona que ceda un crédito por cobrar;

Por “cesión” se entenderá la constitución de una garantía real sobre un crédito por cobrar que respalda su pago o el cumplimiento de otra obligación. Si bien una cesión que sea una transferencia pura y simple no garantiza el pago ni el cumplimiento de otra obligación, para facilitar las consultas, el término englobará también la transferencia pura y simple de un crédito⁶;

Por “cesión subsiguiente” se entenderá toda cesión realizada por el cesionario inicial o por cualquier otro cesionario⁷. En toda cesión subsiguiente, la persona que haga tal cesión será el cedente y la persona a la que sea hecha será el cesionario;

Por “cesionario” se entenderá la persona a quien se ceda un crédito por cobrar⁸;

Por “confirmante” se entenderá un banco u otra persona que agregue su propia promesa independiente a la del garante/emisor⁹;

Por “conocimiento” se entenderá todo dato o información real, y no fruto de una deducción, que se posea;

Por “contrato financiero” se entenderá toda operación al contado, a plazo, de futuros, de opción o de permuta financiera relativa a tipos de interés, productos básicos, monedas, acciones, obligaciones, índices u otros instrumentos financieros, toda operación de préstamo o de recompra o rescate de valores negociables, y cualquier otra operación similar a alguna de las anteriormente mencionadas que se concierte en un mercado financiero, así como toda combinación de las operaciones anteriormente mencionadas¹⁰;

⁵ Véase la definición de “garantía real”, así como la recomendación 3 y el comentario conexo.

⁶ *Ibíd.*

⁷ Véase el apartado *b)* del artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos.

⁸ Para las definiciones de los términos “cedente”, “cesión” y “cesionario”, véase el párrafo *a)* del artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos.

⁹ De conformidad con el artículo 6 *e)* de la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente (publicación de las Naciones Unidas, Núm. de venta: S.97.V.12), una confirmación proporciona al beneficiario la opción de exigir el pago del confirmante con arreglo a las condiciones de la promesa independiente confirmada, y no del garante/emisor.

¹⁰ Véase el inciso *k)* del artículo 5 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos; véase asimismo la definición pertinente de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia. La referencia a “cualquier otra operación similar a alguna de las anteriormente mencionadas que se concierte en el mercado financiero” tiene la finalidad de abarcar toda la gama de operaciones realizadas en los mercados financieros. El concepto es flexible y comprende toda operación convenida en mercados financieros en virtud de la cual los derechos al cobro se determinen en función de: *a)* las categorías de bienes pertinentes, o *b)* las medidas cuantitativas del riesgo o del valor económico o

Por “contrato originario” se entenderá, en el contexto de un crédito por cobrar establecido mediante contrato, el contrato celebrado entre el cedente y el deudor del crédito por cobrar del que nazca el crédito;

Se goza de “control” con respecto a un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria:

a) Automáticamente al constituirse una garantía real si el banco depositario es el acreedor garantizado;

b) Si el banco depositario ha celebrado un acuerdo de control con el otorgante y con el acreedor garantizado; o

c) Si el acreedor garantizado es el titular de la cuenta;

Se tiene “control” con respecto al producto de una promesa independiente:

a) Automáticamente al constituirse la garantía real si el garante/emisor, el confirmante o la persona designada son el acreedor garantizado; o

b) Si el garante/emisor, el confirmante o la persona designada han hecho un reconocimiento en favor del acreedor garantizado;

Por “crédito por cobrar” se entenderá todo derecho al cumplimiento de una obligación monetaria, a excepción de los derechos de cobro documentados por un título negociable, todo derecho a percibir el producto de una promesa independiente y todo derecho al cobro de fondos acreditados en una cuenta bancaria¹¹;

Por “cuenta bancaria” se entenderá toda cuenta que se mantenga en un banco y en la cual se puedan depositar o acreditar fondos. La expresión abarca las cuentas corrientes, las cuentas de ahorro y los depósitos a plazo fijo. El concepto engloba también el derecho al pago de fondos transferidos al banco a modo de reembolso anticipado de una futura obligación de pago a la que el banco se haya comprometido y el derecho al pago de fondos transferidos al banco a modo de garantía en efectivo para respaldar una obligación adeudada al banco cuando el cedente de esos fondos tenga un crédito sobre esos fondos si, en virtud del derecho interno, la obligación del banco es una cuenta bancaria. Este concepto no incluye los créditos frente a un banco documentados por un título negociable;

Por “derecho al arrendamiento financiero” (concepto utilizado únicamente en el contexto del enfoque no unitario de la financiación de adquisiciones) se entenderá el derecho de un arrendador sobre un bien corporal (que no sea un título negociable ni un documento negociable) que sea objeto de un contrato de arrendamiento, al final de cuyo plazo:

a) El arrendatario pasa automáticamente a ser el propietario del bien corporal que sea objeto del arrendamiento;

b) El arrendatario podrá adquirir la propiedad del bien mediante el pago de un precio no superior al precio nominal; o

c) El bien sólo tiene un valor residual nominal.

financiero de un acto o hecho imprevisto. Cabe citar como ejemplos las operaciones en virtud de las cuales los derechos al cobro se determinen por referencia a estadísticas meteorológicas, tarifas de flete, deducciones por emisión o estadísticas económicas.

¹¹Véase el párrafo a) del artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos. Debe observarse que, si bien la Convención sólo se aplica a los créditos por cobrar contractuales, la *Guía* también será aplicable a los créditos por cobrar no contractuales (véase el capítulo I sobre el ámbito de aplicación, párrafo 6); con respecto a las exclusiones de los depósitos bancarios y las cartas de crédito, y de los títulos negociables, véanse, respectivamente, los apartados f) y g) del párrafo 2 del artículo 4, y el párrafo 3 del mismo artículo de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos.

El concepto incluye también un acuerdo de arrendamiento con opción de compra, aun cuando no sea denominado “arrendamiento”, siempre y cuando cumpla los requisitos de los incisos *a)*, *b)* o *c)*;

Por “derecho a la retención de la titularidad” (expresión utilizada únicamente en el contexto del enfoque no unitario de la financiación de adquisiciones), se entenderá el derecho de un vendedor sobre un bien corporal (que no sea un título negociable ni un documento negociable), conforme a un acuerdo con el comprador en virtud del cual la titularidad de ese bien no se transfiere (o no se transfiere irrevocablemente) del vendedor al comprador hasta que se haya abonado la parte no pagada del precio de compra del bien;

Por “derecho a percibir el producto de una promesa independiente” se entenderá el derecho a recibir un pago vencido, un giro aceptado o un pago diferido al que alguien se haya comprometido, o todo otro objeto de valor similar, que deberá pagar o entregar en cada caso el garante/emisor, el confirmante o la persona designada que entregue valor a cambio del derecho a cobrar una promesa independiente. La expresión engloba asimismo el derecho a percibir el pago derivado de la compra, por parte de un banco comercial, de un título negociable o de un documento negociable al ser uno de éstos presentado conforme proceda. La definición de ese concepto no abarca:

- a)* El derecho a cobrar en virtud de una promesa independiente; ni
- b)* Lo que se perciba al ser aceptada una promesa independiente¹²;

Por “deudor” se entenderá la persona a la que corresponda cumplir la obligación garantizada, lo cual incluye a los obligados secundarios, como, por ejemplo, al garante de una obligación garantizada. El deudor no es necesariamente la persona que constituye la garantía real (véase el término “otorgante”);

Por “deudor del crédito por cobrar” se entenderá toda persona a quien corresponda pagar un crédito por cobrar. El “deudor del crédito por cobrar” puede ser un garante, u otra persona que sea subsidiariamente responsable del crédito¹³;

Por “dinero” se entenderá toda moneda actualmente autorizada y, por tanto, con curso legal en cualquier Estado. El término no engloba los fondos acreditados en una cuenta bancaria ni los títulos negociables, como, por ejemplo, los cheques;

Por “documento negociable” se entenderá todo documento, como, por ejemplo, un resguardo de almacén o un conocimiento de embarque, que comporte un derecho a la entrega de bienes corporales y que cumpla los requisitos de negociabilidad en virtud del régimen aplicable a los documentos negociables;

Por “emisor” de un documento negociable se entenderá la persona que esté obligada a entregar los bienes corporales abarcados por el documento sujeto a la ley que rija los documentos negociables;

¹²Una garantía real sobre el derecho a percibir el producto de una promesa independiente (como bien gravado originario) es distinta de una garantía real sobre el “producto” (concepto clave de la *Guía*) dimanante de bienes abarcados por la *Guía* (véanse la definición del concepto de “producto” y la recomendación 19). Así pues, lo que se perciba a raíz de una presentación, realizada conforme a lo estipulado, de una promesa independiente constituye el “producto” del derecho al cobro del producto de una promesa independiente.

¹³Véase también el párrafo *a)* del artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos. El garante en una garantía accesoria no es solamente el deudor de un crédito por cobrar, cuyo pago haya garantizado, sino también el deudor de un crédito constituido en virtud de una garantía, puesto que una garantía accesoria es de por sí un crédito por cobrar (es decir, existen dos créditos por cobrar).

Por “existencias” se entenderán todos los bienes corporales almacenados para su venta o arriendo en el curso ordinario de los negocios de una persona, así como las materias primas y los bienes semielaborados (en fase de elaboración);

Por “garante/emisor” se entenderá el banco o toda otra persona que otorgue una promesa independiente;

Por “garantía real” se entenderá un derecho de propiedad sobre bienes muebles que se constituya mediante un acuerdo y que garantice el pago u otro tipo de cumplimiento de una obligación, independientemente de que las partes lo hayan calificado o no de garantía real. En el contexto del enfoque unitario de la financiación de adquisiciones, la expresión engloba tanto las garantías reales del pago de adquisiciones como las no destinadas a adquisiciones. En el contexto del enfoque no unitario, el concepto no incluye ningún derecho de retención de la titularidad ni de arrendamiento financiero. Si bien una cesión pura y simple de un crédito por cobrar no garantiza el pago ni otro tipo de cumplimiento de una obligación, para facilitar las consultas, el concepto de “garantía real” incluirá el derecho del cesionario en virtud de una cesión pura y simple de un crédito¹⁴. Dicho concepto no abarca los derechos personales ejercitables frente a un garante u otra persona responsable del pago de la obligación garantizada;

Por “garantía real del pago de una adquisición” (concepto utilizado tanto en el contexto del enfoque unitario como en el del enfoque no unitario de la financiación de adquisiciones) se entenderá una garantía real constituida sobre bienes corporales (que no sean ni títulos negociables ni documentos negociables), que respalde la obligación de pagar cualquier parte no abonada del precio de compra de los bienes o una obligación contraída o un crédito otorgado para facilitar al otorgante la adquisición de tales bienes. Una garantía real del pago de una adquisición no tiene que denominarse necesariamente así. En el enfoque unitario, el concepto engloba los derechos que sean derechos a la retención de la titularidad o derechos al arrendamiento financiero (conceptos empleados en el enfoque no unitario);

Por “masa de la insolvencia” se entenderá todo el conjunto de bienes y derechos del deudor que estén sujetos al procedimiento de insolvencia;

Por “masa o producto” se entenderá los bienes corporales que no sean dinero, que estén tan estrechamente unidos a otros bienes corporales, o mezclados con ellos, que hayan perdido su identidad propia;

Por “notificación” se entenderá toda comunicación hecha por escrito¹⁵;

Por “notificación de la cesión” se entenderá la comunicación hecha por escrito en la que se especifiquen suficientemente los créditos cedidos y la identidad del cesionario¹⁶;

Por “obligación garantizada” se entenderá toda obligación cuyo cumplimiento esté amparado por una garantía real;

Por “operación garantizada” se entenderá toda operación por la que se constituya una garantía real. Si bien una cesión pura y simple no garantiza el cumplimiento de una obligación, para facilitar las consultas, el concepto definido englobará también las cesiones puras y simples de créditos por cobrar¹⁷;

¹⁴ Véase la definición de “garantía real”, así como la recomendación 3 y el comentario conexo.

¹⁵ Sobre los equivalentes electrónicos de los conceptos de “escrito” y “escrito firmado”, véanse las recomendaciones 11 y 12.

¹⁶ En cuanto al momento en que la notificación de la cesión adquiere eficacia, véase la recomendación 118.

¹⁷ Véase la definición de “garantía real”, así como la recomendación 3, y el comentario conexo

Por “otorgante” se entenderá toda persona que constituya una garantía real con objeto de respaldar su propia obligación o la de otra persona¹⁸. Con arreglo al enfoque unitario de la financiación de adquisiciones, el “otorgante” de una garantía real del pago de una adquisición incluye al comprador con retención de la titularidad y al arrendatario financiero. Si bien el cedente en una cesión pura y simple de un crédito por cobrar no cede el crédito para garantizar el cumplimiento de una obligación, a fin de facilitar las consultas, el término “otorgante” englobará también al cedente en una cesión pura y simple de un crédito por cobrar¹⁹;

Por “persona designada” se entenderá el banco o toda otra persona identificada por su nombre o categoría en una promesa independiente (por ejemplo, “un banco en el país X”) que haya sido designada para entregar un valor en virtud de una promesa independiente y que actúe en cumplimiento de esa designación y, en el caso de una promesa independiente libremente disponible, cualquier banco u otra persona;

Por “posesión” se entenderá (salvo en la forma en que se utiliza el término en las recomendaciones 28 y 51 a 53 con respecto al emisor de un documento negociable) únicamente la posesión efectiva de bienes corporales por una persona o por un agente o empleado de ésta, o bien por una persona independiente que reconozca que los conserva en nombre de tal persona. Este concepto no abarca la posesión no efectiva, que se describa con términos como deducible, ficticia, supuesta o simbólica;

Por “prelación” se entenderá el derecho de una persona a obtener un beneficio económico de su garantía real sobre un bien gravado con preferencia respecto del derecho de todo otro reclamante concurrente;

Por “procedimiento de insolvencia” se entenderá todo procedimiento colectivo, sujeto a la supervisión de un tribunal de la insolvencia, que se entable tanto a efectos de una reorganización como para una liquidación;

Por “producto” se entenderá todo lo recibido que dimane de los bienes gravados, inclusive lo que se perciba a raíz de la venta o de otro acto de disposición o del cobro de los bienes gravados, de su arriendo o de una licencia otorgada sobre ellos, el producto del producto, los frutos naturales y civiles e ingresos, los dividendos que reporten, las distribuciones correspondientes, las sumas abonadas por compañías de seguros a título de indemnización y las reclamaciones presentadas en concepto de defectos que presenten bienes gravados, de los daños que hayan sufrido y de la pérdida de los bienes en sí²⁰;

Por “promesa independiente” se entenderá toda carta de crédito (comercial o contingente), la confirmación de una carta de crédito, una garantía independiente (con inclusión de la pagadera a su reclamación o a su primera reclamación, o una contragarantía) o cualquier otra promesa reconocida como independiente por determinadas leyes o prácticas, como, por ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías y Cartas de Crédito Contingente, las Reglas y Usos Uniformes relativos a los Créditos Documentarios, las Reglas sobre Prácticas Internacionales en materia de Cartas de Crédito Contingente y las Reglas Uniformes relativas a las garantías pagaderas a su reclamación;

Por “propiedad intelectual” se entenderá los derechos de autor, las marcas de fábrica, las patentes, las marcas de servicio, los secretos industriales y los diseños industriales, así

¹⁸ Véase la definición del término “deudor”.

¹⁹ Véase la definición de “garantía real”, así como la recomendación 3, y el comentario conexo.

²⁰ Véase el apartado j) del artículo 5 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos.

como cualquier otro bien que se considere propiedad intelectual de conformidad con el derecho interno del Estado promulgante o algún acuerdo internacional en el que sea parte²¹;

Por “reclamante concurrente”²² se entenderá el acreedor de un otorgante que compita con otro acreedor que tenga una garantía real sobre un bien gravado del otorgante, concepto que englobará:

- a) A otro acreedor garantizado que esté respaldado por una garantía real sobre el mismo bien gravado (ya sea en calidad de bien gravado originario o de producto);
- b) En el contexto del enfoque no unitario de la financiación de adquisiciones, al vendedor o arrendador financiero del mismo bien gravado que haya conservado la titularidad de éste;
- c) A otro acreedor del otorgante que tenga un derecho sobre el mismo bien gravado;
- d) El representante de la insolvencia en caso de insolvencia del otorgante²³; o
- e) Todo comprador o beneficiario de una transferencia (inclusive un arrendatario o un licenciario) del bien gravado;

Por “reconocimiento” con respecto al derecho a percibir el producto de una promesa independiente se entenderá que el garante/emisor, el confirmante o la persona designada que pagarán o que entregarán valor al solicitarse el pago (“cobro”) de una promesa independiente, unilateralmente o mediante acuerdo:

- a) Han reconocido o consentido (sin importar el modo en que tal reconocimiento o consentimiento se pruebe) la constitución en favor del acreedor garantizado de una garantía real (se denomine cesión o de otro modo) sobre el derecho a percibir el producto de una promesa independiente; o
- b) Se han obligado a pagar o a entregar valor al acreedor garantizado al procederse al cobro en virtud de una garantía independiente;

Por “representante de la insolvencia” se entenderá toda persona o todo órgano, inclusive las personas u órganos nombrados con carácter provisional, que, en un procedimiento de insolvencia, estén facultados para administrar una reorganización o la liquidación de la masa de la insolvencia;

²¹El término “propiedad intelectual” tiene la finalidad de asegurar que la *Guía* esté en consonancia con las legislaciones y tratados en materia de propiedad intelectual y, al mismo tiempo, pretende respetar el derecho del legislador de un Estado que promulgue las recomendaciones de la *Guía* a armonizar el significado de este término con su propio derecho interno y sus obligaciones internacionales. Así, todo Estado promulgante podrá agregar a esa lista o suprimir de ella determinados tipos de propiedad intelectual, a fin de que se ajuste a su propio derecho interno. Con la referencia a los acuerdos internacionales se pretende remitir a la Convención por la que se estableció la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual y al Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (“ADPIC” o “TRIPS”). A fin de dejar claro que estos términos y las recomendaciones que se remiten a ellas son únicamente aplicables a bienes corporales (y no a bienes inmateriales, como la propiedad intelectual), se hace referencia a “bienes corporales” en los términos “garantía real del pago de una adquisición”, “derecho en garantía de la financiación de adquisiciones”, “derecho a la retención de la titularidad” y “arrendamiento financiero”. En el término “crédito por cobrar” se ha suprimido la referencia al “cumplimiento de obligaciones no monetarias”, a fin de puntualizar que el término “crédito por cobrar” y las recomendaciones pertinentes son únicamente aplicables a los créditos por cobrar, y no, por ejemplo, a los derechos de un licenciario o a las obligaciones del otorgante de una licencia en un contrato de concesión de licencia sobre propiedad intelectual.

²²Véase la definición de “reclamante concurrente” en el párrafo *m*) del artículo 5 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos.

²³En el capítulo sobre la insolvencia se hace referencia a “la insolvencia del deudor” (capítulo XII de esta *Guía*), con miras a ajustar la terminología empleada con la de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia.

Por “título negociable” se entenderá todo título, como, por ejemplo, un cheque, una letra de cambio o un pagaré, que incorpore un derecho de cobro y que cumpla los requisitos para su negociabilidad con arreglo a la ley aplicable a los títulos negociables²⁴;

Por “tribunal de la insolvencia” se entenderá toda autoridad judicial o de otra índole que esté facultada para controlar o supervisar un procedimiento de insolvencia;

Objetivos clave de un régimen de las operaciones garantizadas eficiente y eficaz*

1. Con miras a formular un amplio marco normativo que regule eficaz y eficientemente el régimen legal de las operaciones garantizadas (en lo sucesivo “el régimen” o “el presente régimen”), dicho régimen debe estar pensado para:

- a) Promover la concesión de crédito financiero de bajo coste incrementando la disponibilidad de crédito garantizado;
- b) Facilitar a los deudores el pleno aprovechamiento del valor intrínseco en sus bienes gravables para respaldar el crédito financiero;
- c) Facilitar a los interesados la obtención de garantías reales por alguna vía sencilla y eficiente;
- d) Tratar por igual a todas las fuentes de crédito y a las diversas formas de operaciones garantizadas;
- e) Reconocer la validez de derechos de garantía sin desplazamiento de la cosa en todos los tipos de bienes;
- f) Fomentar una mayor transparencia y certeza mediante la inscripción de un aviso de una garantía real en un registro general de las garantías reales;
- g) Establecer reglas de prelación claras y previsibles;
- h) Facilitar la realización eficiente del valor de toda garantía real de un acreedor garantizado;
- i) Conceder a las partes la máxima flexibilidad posible para negociar las cláusulas de su acuerdo de garantía;
- j) Compaginar con equidad los intereses de todas las personas afectadas por una operación garantizada; y
- k) Armonizar los diversos regímenes legales de las operaciones garantizadas, incluidas las reglas sobre conflictos de leyes relativas a operaciones garantizadas.

²⁴La *Guía* se concibió en el contexto de títulos negociables y documentos negociables consignados sobre papel, dada la particular dificultad que entrañaba la creación de un equivalente electrónico de la negociabilidad de documentos sobre soporte de papel. Sin embargo, no habría que deducir de ello que la *Guía* desalienta la utilización de equivalentes electrónicos de los títulos negociables o documentos negociables que figuren sobre papel. Así pues, todo Estado promulgante que desee regular esta cuestión deberá formular reglas especiales. Por la misma razón, en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales no se reglamenta la cuestión de la negociabilidad de documentos consignados sobre papel (véase la publicación de las Naciones Unidas, Núm. de venta: S.07.V.2, párrafo 7 de la nota explicativa).

*Los objetivos clave podrían insertarse en forma de preámbulo u otro tipo de declaración que acompañara al régimen de las operaciones garantizadas por el que se promulgaran las recomendaciones de la *Guía* para dar orientación sobre la política o los principios legislativos que habrán de tenerse en cuenta al interpretar o aplicar el régimen.

I. **Ámbito de aplicación y criterios básicos aplicables a las garantías y temas generales comunes a todos los capítulos de la Guía**

Finalidad

Las disposiciones relativas al ámbito de aplicación tienen por objeto establecer un régimen global único de las operaciones garantizadas. En ellas se especifican las garantías reales y demás derechos a los que el régimen será aplicable. Las disposiciones relativas a los criterios básicos aplicables a las garantías reales tienen por objeto hacer que dicho régimen:

- a) Sea aplicable a toda garantía contractualmente pactada sobre bienes muebles gravados en garantía del pago u otro cumplimiento de una obligación (“enfoque funcional”); y
- b) Prevea una aplicación adecuada del enfoque funcional a fin de que todo proveedor de crédito financiero sea tratado con arreglo a reglas que permitan obtener un resultado funcionalmente equivalente.

Ámbito de aplicación

2. A reserva de las recomendaciones 3 a 7²⁵, el régimen debería ser aplicable a toda garantía constituida por pacto contractual sobre bienes muebles en garantía del pago u otro cumplimiento de una obligación, cualquiera que sea la forma de la operación, la categoría del bien gravado, la condición del otorgante o del acreedor garantizado o la índole de la obligación garantizada. Por ello, debería ser aplicable a:

- a) Las garantías constituidas sobre todo tipo de bienes muebles corporales o inmateriales y actuales o futuros, así como sobre existencias, bienes de equipo y otros bienes corporales, créditos por cobrar contractuales y no contractuales, derechos contractuales no monetarios, títulos negociables, documentos negociables, derechos al cobro de fondos acreditados en una cuenta bancaria, derechos a recibir el producto del cobro de una promesa independiente y derechos de propiedad intelectual;
- b) Las garantías creadas o adquiridas por toda persona física o jurídica, incluidos los consumidores, pero sin menoscabar derecho alguno que dimanar de la legislación protectora del consumidor;
- c) Las garantías del cumplimiento de cualquier tipo de obligación, actual o futura, determinada o determinable, incluida toda obligación de monto fluctuante o descrita en términos genéricos; y
- d) Todo derecho real contractualmente pactado en garantía del pago u otro cumplimiento de una obligación, así como las transferencias de la titularidad de bienes corporales y las cesiones de créditos por cobrar con fines de garantía, así como los diversos tipos de acuerdos con retención de la titularidad y los arrendamientos financieros.

El régimen debería ser también aplicable a las garantías que recaigan sobre el producto reportado por un bien gravado.

²⁵ Cuando en una recomendación se haga referencia a otra recomendación que se halle en un capítulo diferente, la referencia incluirá el número y el tema del capítulo en que se encuentre esa otra recomendación. Cuando no se haga dicha referencia, se entenderá que la recomendación referida se encuentra en el mismo capítulo que la recomendación que incluye la referencia realizada.

Transferencia pura y simple de créditos por cobrar

3. El régimen debería ser aplicable a la transferencia pura y simple de créditos por cobrar, aun cuando dicha transferencia no se haga a título de garantía del pago u otro cumplimiento de una obligación. Esta recomendación se hace a reserva de la excepción prevista en la recomendación 167 (capítulo VIII, relativo a la ejecución de una garantía real).

Limitaciones del alcance

4. No obstante la recomendación 2, el régimen no debería ser aplicable a:

a) Aeronaves, material rodante ferroviario, objetos espaciales y buques, así como las demás categorías de equipo móvil en la medida en que dichos bienes sean objeto del derecho interno o de un acuerdo internacional en el que sea parte el Estado que promulgue una ley basada en estas recomendaciones (denominado en adelante “el Estado” o “este Estado”) y en la medida en que los asuntos previstos en el presente régimen sean objeto de dicha norma de derecho interno o internacional;

b) La propiedad intelectual en la medida en que el presente régimen sea incompatible con el derecho interno o algún acuerdo internacional, en el que sea parte este Estado, en materia de propiedad intelectual;

c) Valores bursátiles;

d) Derechos de cobro nacidos de contratos financieros que se rijan por acuerdos de liquidación por saldos netos, salvo todo crédito por cobrar debido una vez saldadas todas las operaciones pendientes; y

e) Todo derecho de cobro nacido en virtud o a raíz de una operación con divisas.

5. El régimen no debería ser aplicable a los bienes inmuebles. Ahora bien, cabe que ciertos bienes inmuebles se vean afectados por las recomendaciones 21, 25 (capítulo II, relativo a la creación de una garantía real), 43, 48 (capítulo III, relativo a su oponibilidad a terceros), 87, 88 (capítulo V, sobre la prelación de una garantía real) 164, 165 (capítulo VIII, relativo a la vía ejecutoria) 184, 195 y 196 (capítulo IX, relativo a la financiación de adquisiciones).

6. El régimen debería prever que si, con arreglo a la ley aplicable, una garantía constituida sobre un bien excluido (por ejemplo, un inmueble) pasa a recaer, a título de producto del bien gravado, sobre un bien al que sea aplicable el presente régimen (por ejemplo, un crédito por cobrar), el presente régimen será aplicable a la garantía que haya pasado a recaer sobre dicho producto salvo en la medida en que sea aplicable dicha otra ley.

7. El régimen no debería prever ninguna otra limitación del ámbito de su aplicación. Toda otra limitación que se introduzca deberá ser indicada en el régimen en términos claros y precisos.

Enfoque funcional

8. El régimen debería adoptar un enfoque funcional, que sea aplicable a toda garantía constituida sobre bienes muebles por vía contractual, por la que se garantice el pago u otro cumplimiento de una obligación, cualquiera que sea la forma de la operación o la terminología utilizada por las partes (incluido el derecho de un cesionario en virtud de una transferencia de la titularidad sobre un bien corporal con fines de garantía, o su derecho en virtud de una cesión de créditos por cobrar con fines de garantía, así como el derecho del

vendedor o del arrendador financiero en virtud de alguno de los diversos tipos de acuerdos de retención de la titularidad o del arrendamiento financiero utilizables en la práctica comercial). Salvo respecto de los dispositivos de financiación de adquisiciones, debe adoptarse dicho enfoque funcional de tal modo que todas las garantías reales del cumplimiento de una obligación sean catalogadas por igual y sometidas a un juego común de reglas.

9. Respecto de la financiación de adquisiciones, cabría adoptar el enfoque funcional por alguno de los dos modos siguientes:

- a) Catalogando como garantía real del pago de una adquisición todo derecho real constituido sobre un bien mueble en garantía del pago u otro cumplimiento de una obligación, y quedando dicha garantía sujeta a un juego común de reglas (“enfoque unitario”); o
- b) Clasificando (con arreglo al denominado “enfoque no unitario”):
 - i) Como garantía real del pago del precio de una adquisición todo derecho real constituido sobre un bien mueble en garantía del pago u otro cumplimiento de una obligación que no sea el derecho retenido por el vendedor con arreglo a un pacto de retención de la titularidad o el derecho retenido por el arrendador en un arrendamiento financiero; y
 - ii) Como derecho de propiedad todo derecho de un vendedor en virtud de un pacto de retención de la titularidad o de un arrendador en virtud de un arrendamiento financiero, pero declarando aplicable a dicho derecho un juego de reglas que haga que funcione como un equivalente funcional de la garantía real del pago de una adquisición, consiguiéndose así que todo comerciante o entidad comercial que financie una adquisición sea tratado por igual.

Autonomía contractual de las partes

10. El régimen debería prever que, con las salvedades previstas en las recomendaciones 14, 15 (capítulo II, relativo a la constitución de una garantía real), 111 y 112 (capítulo VI, relativo a los derechos y obligaciones de las partes en un acuerdo de garantía), 132 a 136 (capítulo VIII, relativo a la vía ejecutoria), 178 a 186 (capítulo IX, relativo a la financiación de adquisiciones, opción A: enfoque unitario), 187 a 202 (capítulo IX, relativo a la financiación de adquisiciones, opción B: enfoque no unitario), 203 a 215 y 217 a 227 (capítulo X, relativo a los conflictos de leyes), el acreedor garantizado y el otorgante o deudor podrán pactar en su contrato al margen del presente régimen en lo concerniente a sus respectivos derechos y obligaciones. Todo pacto estipulado al margen del presente régimen no deberá menoscabar los derechos de persona alguna que no sea parte en dicho pacto²⁶.

Comunicaciones electrónicas

11. El régimen debería prever que, cuando sea exigible que una comunicación o un contrato conste por escrito, o se asigne algún efecto a la ausencia de un escrito, ese requisito quedará satisfecho por una comunicación electrónica si la información que contiene es accesible para su ulterior consulta.

12. El régimen debería disponer que, cuando la ley requiera que una comunicación o un contrato sea firmado por una persona, o asigne algún efecto a la ausencia de una firma, ese requisito se dará por cumplido respecto de una comunicación electrónica:

²⁶Véase artículo 6 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos.

- a) Si cabe utilizar un método que identifique a esa persona y que indique cuál es su voluntad respecto de la información consignada en la comunicación electrónica; y
- b) Si el método empleado:
 - i) Es tan fiable como proceda para los fines para los que se creó o transmitió la comunicación electrónica, atendidas todas las circunstancias del caso, inclusive todo acuerdo aplicable; o
 - ii) Ha cumplido fiablemente en la práctica, por sí solo o con el respaldo de otras pruebas, las funciones descritas en el apartado a)²⁷.

II. Constitución de una garantía real (validez entre las partes)

Finalidad

La finalidad de las disposiciones del régimen relativas a la constitución de una garantía real es especificar los requisitos que deben cumplirse para que una garantía real tenga validez entre las partes.

A. *Recomendaciones generales**

Constitución de una garantía real

13. El régimen debería disponer que una garantía real sobre un bien se constituye mediante un acuerdo entre el otorgante y el acreedor garantizado. Si se trata de un bien respecto del cual el otorgante tiene derechos, o la facultad de gravarlo, en el momento de concertarse el acuerdo, la garantía real quedará constituida en el momento de celebrarse dicho acuerdo. Si se trata de un bien respecto del cual el otorgante adquiere derechos, o la facultad de gravarlo, con posterioridad al acuerdo, la garantía real sobre dicho bien quedará constituida cuando el otorgante adquiriera derechos sobre dicho bien, o la facultad de gravarlo.

Contenido mínimo de un acuerdo de garantía

14. El régimen debería especificar que todo acuerdo de garantía deberá:
- a) Reflejar la intención de las partes de constituir una garantía real;
 - b) Especificar la identidad del acreedor garantizado y del otorgante;
 - c) Describir la obligación garantizada;
 - d) Describir los bienes gravados de forma suficiente para poder identificarlos; y
 - e) Indicar la suma monetaria máxima que puede exigirse en virtud de la garantía real, si el Estado determina que tal cosa es útil para facilitar los préstamos subordinados.

Forma del acuerdo de garantía

15. El régimen debería disponer que el acuerdo de garantía podrá concertarse verbalmente si el acreedor que garantiza tiene la posesión del bien gravado. De lo contrario,

²⁷Respecto de las recomendaciones 11 y 12, véanse los párrafos 2 y 3 del artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales.

*Las recomendaciones generales son aplicables a las garantías reales constituidas sobre todos los tipos de bienes abarcados por la *Guía*, con las modificaciones que supongan las recomendaciones específicamente relacionadas con los bienes.

el acuerdo deberá concertarse por escrito o deberá quedar alguna constancia escrita del mismo que, por sí misma y juntamente con la conducta de las partes, ponga de manifiesto la intención del otorgante de constituir una garantía real.

Obligaciones respaldadas por una garantía real

16. El régimen debería disponer que una garantía real podrá respaldar cualquier tipo de obligaciones, presentes o futuras, determinadas o por determinar, condicionales o incondicionales, fijas o fluctuantes.

Bienes que pueden ser objeto de una garantía real

17. El régimen debería disponer que se podrá gravar con una garantía real cualquier clase de bienes, inclusive las fracciones de bienes y los derechos indivisos sobre los mismos. Una garantía real podrá gravar bienes que, en el momento en que se concierte el acuerdo, no existan aún o no sean aún propiedad del otorgante ni gravables por el mismo. La garantía constituida podrá gravar también todos los bienes del otorgante. Toda excepción al respecto deberá ser de alcance limitado y deberá estar descrita en el régimen en términos claros y precisos.

18. El régimen debería prever que, a reserva de lo dispuesto en las recomendaciones 23 a 25, su normativa no anula lo dispuesto en cualquier otro régimen por lo demás aplicable que limite la constitución o la ejecución de una garantía real sobre determinada categoría de bienes, o su transferibilidad.

Aplicabilidad de una garantía real al producto del bien gravado

19. El régimen debería disponer que, salvo acuerdo en contrario de las partes en un acuerdo de garantía, la garantía real constituida sobre el bien gravado se hará extensiva a todo producto identificable del mismo (y también al producto de dicho producto).

Bienes mezclados

20. El régimen debería disponer que, cuando el producto del bien gravado, que esté en forma de dinero o de fondos acreditados en una cuenta bancaria, se haya entremezclado con otros bienes del mismo tipo, de forma que el producto deje de ser identificable, el monto a que ascienda el producto inmediatamente antes de ser mezclado será no obstante tenido por producto identificable con posterioridad a la mezcla. Ahora bien, si en algún momento posterior a la mezcla el monto total de los bienes entremezclados pasa a ser inferior al importe del producto que se mezcló, se tendrá por producto identificable dicho monto total de los bienes, en el momento en el que pasó a ser inferior, más el monto de todo producto posteriormente mezclado con los bienes.

Constitución de una garantía real sobre un accesorio fijo y continuación de sus efectos

21. El régimen debería disponer que podrá constituirse una garantía real sobre un bien corporal que, en el momento de ser gravado, sea un bien incorporado a otro, o que la garantía seguirá gravando un bien corporal que ulteriormente pase a ser un bien incorporado a otro bien. Cabrá constituir una garantía real sobre un bien incorporado a un

inmueble tanto con arreglo al presente régimen como en virtud del régimen legal de la propiedad inmobiliaria.

Vigencia de una garantía real extensible a una masa o un producto

22. El régimen debería disponer que una garantía real constituida sobre bienes corporales antes de ser entremezclados en una masa o un producto seguirá gravando tal masa o producto resultante de la mezcla. El importe garantizado por una garantía real subsistente sobre dicha masa o producto quedará limitado al valor de los bienes gravados justo antes de pasar a formar parte de la masa o del producto.

B. Recomendaciones específicamente relacionadas con los bienes

Validez de una cesión global de un crédito por cobrar y de una cesión de un crédito futuro, una fracción de un crédito o un derecho indiviso sobre el mismo

23. El régimen debería disponer que:

a) Toda cesión de créditos contractuales por cobrar que no estén explícitamente identificados, o de un crédito futuro, una fracción de un crédito o un derecho indiviso sobre un crédito por cobrar será exigible entre el cedente y el cesionario y oponible al deudor de todo crédito cedido, siempre que, en el momento de efectuarse la cesión o, en el caso de un crédito futuro en el momento en que nazca, pueda determinarse que ese crédito corresponde a dicha cesión; y

b) De no haberse estipulado otra cosa, toda cesión de uno o más créditos futuros surtirá efecto sin que se requiera un nuevo acto de cesión para ceder cada uno de los créditos por cobrar²⁸.

Validez de una cesión de créditos por cobrar efectuada pese a la existencia de un pacto o cláusula de intransferibilidad

24. El régimen debería disponer que:

a) Una cesión de un crédito por cobrar surtirá efecto entre el cedente y el cesionario, así como frente al deudor del crédito cedido, pese a todo pacto concertado entre el cedente inicial o todo cedente subsiguiente y el deudor del crédito o cualquier cesionario subsiguiente del crédito, por el que se limite de algún modo el derecho del cedente a ceder sus créditos por cobrar;

b) Nada de lo dispuesto en la presente recomendación menoscabará en modo alguno la obligación o la responsabilidad que pueda tener el cedente por el incumplimiento de lo estipulado en el pacto mencionado en el apartado a) de la presente recomendación, pero la otra parte en dicho pacto no podrá impugnar el contrato originario ni el contrato de cesión únicamente por razón del incumplimiento del pacto en ellos estipulado. Toda persona que no sea parte en un pacto o cláusula de intransferibilidad no incurrirá en responsabilidad alguna por el mero hecho de haber tenido conocimiento de dicho pacto;

c) La presente recomendación será únicamente aplicable a la cesión de créditos por cobrar:

²⁸Sobre las recomendaciones 23 a 25, véanse los artículos 8 a 10 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos.

- i) Nacidos de un contrato originario que sea un contrato para el suministro o el arrendamiento de bienes o para la prestación de servicios que no sean de carácter financiero, o que sea un contrato de obras o para la venta o el arrendamiento de un inmueble;
- ii) Nacidos de un contrato originario para la venta, el arrendamiento o la licencia de derechos de propiedad industrial o intelectual, o de información patentada;
- iii) Que representen una obligación de pago de operaciones efectuadas con una tarjeta de crédito; o
- iv) Adeudados al cedente por concepto del saldo neto final compensatorio de los pagos efectuados en el marco de un acuerdo de compensación global concertado entre más de dos partes interesadas.

Constitución de una garantía real sobre otro derecho personal o real por el que se respalde un crédito por cobrar, un título negociable u otro bien inmaterial

25. El régimen debería disponer que:

a) El acreedor garantizado, que tenga una garantía real sobre un crédito por cobrar, un título negociable o algún otro bien inmaterial al que sea aplicable el presente régimen, se beneficiará de todo derecho personal o real por el que se garantice automáticamente el pago u otra forma de cumplimiento de dicho crédito por cobrar, título negociable o bien inmaterial, sin necesidad de acto adicional alguno del otorgante o del acreedor garantizado;

b) Si tal derecho personal o real es una promesa independiente, la garantía real se hará automáticamente extensiva al derecho a percibir el producto de dicha promesa, pero no al derecho al cobro de la misma;

c) La presente recomendación no afectará al derecho sobre un bien inmueble que, con arreglo a la ley que le sea aplicable al margen del presente régimen, puede transferirse independientemente del crédito por cobrar, del título negociable o de otro bien inmaterial que garantice;

d) Todo acreedor garantizado que posea una garantía real sobre un crédito por cobrar, un título negociable o cualquier otro bien inmaterial al que sea aplicable el presente régimen pasará a ser el beneficiario de cualquier derecho personal o real por el que se garantice el pago, o alguna otra forma de cumplimiento de dicho crédito por cobrar, un título negociable u otro bien inmaterial, pese a todo pacto que pueda existir entre el otorgante y el deudor del crédito, o la parte obligada por el crédito por cobrar, u otro bien inmaterial que limite de algún modo el derecho del otorgante a constituir una garantía real sobre el crédito, un título negociable u otro bien inmaterial, o sobre cualquier derecho real o personal por el que se garantice el pago u otra forma de cumplimiento del crédito por cobrar, el título negociable u otro bien inmaterial;

e) Nada de lo dispuesto en la presente recomendación menoscabará en modo alguno la obligación o la responsabilidad del otorgante por el incumplimiento del pacto mencionado en el apartado d) de la presente recomendación, pero la otra parte en dicho pacto no podrá impugnar el contrato del que nazca el crédito por cobrar, el título negociable u otro bien inmaterial, ni el acuerdo de garantía constitutivo de la garantía real o personal, por el mero hecho del incumplimiento de dicho pacto. Ninguna persona que no

sea parte en el mencionado pacto podrá ser tenida por responsable por el mero hecho de haber tenido conocimiento del pacto;

f) Los párrafos d) y e) de la presente recomendación serán únicamente aplicables a las garantías constituidas sobre créditos por cobrar, títulos negociables u otros bienes inmateriales:

- i) Dimanantes de un contrato originario que sea un contrato para el suministro o el arrendamiento de bienes o para la prestación de servicios que no sean de carácter financiero, o que sea un contrato de obras o para la venta o el arrendamiento de un inmueble;
- ii) Dimanantes de un contrato originario para la venta, el arrendamiento o la concesión de una licencia de derechos de propiedad industrial o intelectual o de información patentada;
- iii) Que representen una obligación de pago de operaciones efectuadas con una tarjeta de crédito; o
- iv) Adeudados al cedente por concepto del saldo neto final compensatorio de los pagos efectuados en el marco de un acuerdo de liquidación global entre más de dos partes interesadas;

g) La regla enunciada en el párrafo a) de la presente recomendación no afectará a deber alguno asumido por el otorgante frente al deudor del crédito o de la parte obligada por el título negociable u otro bien inmaterial; y

h) A reserva de que no se reste validez a los efectos automáticos reconocidos en el párrafo a) de esta recomendación y en la recomendación 48, la presente recomendación no afectará a ningún requisito impuesto por otra ley aplicable, al margen del presente régimen, relativo a la forma o a la inscripción de una garantía real constituida sobre cualquier bien, para respaldar el pago u otra forma de cumplimiento de un crédito por cobrar, un título negociable u otro bien inmaterial al que no sea aplicable el presente régimen.

Constitución de una garantía real sobre un derecho al cobro de fondos acreditados en una cuenta bancaria

26. El régimen debería disponer que una garantía real sobre un derecho al cobro de fondos acreditados en una cuenta bancaria será válida pese a todo acuerdo entre el otorgante y el banco depositario por el que se limite de algún modo el derecho del otorgante a constituir dicha garantía real. Ahora bien, el banco depositario no estará obligado a reconocer al acreedor garantizado ni se impondrá por lo demás a dicho banco ninguna obligación respecto de la garantía real sin el consentimiento del banco²⁹.

Constitución de una garantía real sobre un derecho a percibir el producto de una promesa independiente

27. El régimen debería disponer que el beneficiario de una promesa independiente podrá constituir una garantía real sobre el derecho a percibir el producto de una promesa independiente, aun cuando el derecho a cobrar tal promesa no sea en sí transferible con arreglo a ley y la práctica comercial por la que se rijan las promesas independientes. La constitución de una garantía real sobre un derecho a percibir el producto de una promesa independiente no transfiere el derecho al cobro de esa promesa independiente.

²⁹Sobre los derechos y obligaciones del banco depositario, véanse las recomendaciones 125 y 126 (capítulo VII, referente a los derechos y obligaciones de los terceros deudores).

Hacer extensiva una garantía real sobre un documento negociable a los bienes corporales englobados por el documento negociable

28. El régimen debería disponer que toda garantía real constituida sobre un documento negociable se hará extensiva a los bienes que se hayan incorporado a dicho documento, siempre que la persona que emitió el documento esté en posesión directa o indirecta de los bienes, en el momento en que sea constituida la garantía real sobre el documento.

III. Oponibilidad de una garantía real a terceros

Finalidad

La finalidad de las disposiciones relativas a la oponibilidad de una garantía real a terceros es sentar las bases para establecer un orden de prelación previsible, equitativo y eficiente por el siguiente método:

a) Exigir, como requisito previo para que una garantía real sea oponible a terceros, que dicha garantía sea inscrita en un registro, salvo que la política comercial aconseje hacer alguna excepción o prever algún método alternativo; y

b) Establecer un marco jurídico que permita crear y llevar un registro público sencillo, económico y eficiente para la inscripción de todo aviso concerniente a una garantía real.

A. Recomendaciones generales

Oponibilidad de la garantía real a terceros

29. El régimen debería disponer que una garantía real sólo será oponible a terceros si se ha constituido válidamente y se ha seguido alguno de los métodos, previstos en las recomendaciones 32, 34 ó 35, para hacerla oponible a terceros.

Validez frente al otorgante de una garantía real no oponible a terceros

30. El régimen debería disponer que toda garantía real válidamente constituida será exigible por su titular frente al otorgante de la garantía, aun cuando esa garantía no sea oponible a terceros.

Oponibilidad a terceros a raíz de una transferencia del bien gravado

31. El régimen debería disponer que una garantía constituida sobre cierto bien, que sea oponible a terceros en el momento de efectuarse la transferencia de algún derecho, distinto de una garantía real, sobre el bien gravado, seguirá gravando dicho bien, a reserva de lo dispuesto en las recomendaciones 79 a 81 (capítulo V, relativo a la prelación de una garantía real), y seguirá siendo oponible a terceros, a reserva de lo que por lo demás disponga la recomendación 62.

Método general para obtener la oponibilidad a terceros: inscripción registral

32. El régimen debería disponer que una garantía real será oponible a terceros si se inscribe un aviso de esa garantía en el registro general de las garantías reales mencionado en las recomendaciones 54 a 75 (capítulo IV, relativo al sistema de registro).

33. El régimen debería disponer que la inscripción registral del aviso de una garantía real ni crea dicha garantía ni es necesaria para constituirla.

Otros métodos y excepciones a la vía registral para obtener la oponibilidad

34. El régimen debería disponer que:

a) Cabrá también hacer que una garantía real sea oponible a terceros por alguno de los siguientes métodos:

- i) Si se trata de bienes corporales, mediante la entrega del bien gravado al acreedor garantizado, conforme a lo previsto en la recomendación 37;
- ii) Si se trata de bienes muebles, las garantías sobre las cuales estén sujetos a inscripción en un registro especial o que hayan de ser anotados en un certificado de titularidad, mediante dicha inscripción o anotación, conforme a lo previsto en la recomendación 38;
- iii) Si se trata de un bien incorporado como accesorio fijo a otro bien mueble que esté sujeto a inscripción en un registro especial o que haya de ser anotado en un certificado de titularidad, mediante inscripción en el registro especial o anotación en el certificado de titularidad, conforme a lo previsto en la recomendación 42;
- iv) Si se trata de un bien incorporado como accesorio fijo de un inmueble, mediante su inscripción como tal en el registro de la propiedad inmobiliaria, conforme a lo previsto en la recomendación 43;
- v) Si se trata de un derecho al cobro de los fondos acreditados en una cuenta bancaria, confiriendo al acreedor garantizado el control de dicha cuenta, conforme a lo previsto en la recomendación 49; y
- vi) Si se trata de bienes corporales incorporados a un título negociable, mediante entrega del título al acreedor garantizado, conforme a lo previsto en las recomendaciones 51 a 53;

b) Una garantía real será automáticamente oponible a terceros:

- i) Si se trata del producto reportado por el bien originariamente gravado, siempre que la garantía real sobre dicho bien sea oponible a terceros, conforme a lo previsto en las recomendaciones 39 y 40;
- ii) Si se trata de un bien incorporado como accesorio de otro bien mueble, siempre que la garantía constituida sobre el bien incorporado fuera oponible a terceros antes de pasar a ser un accesorio fijo del otro, conforme a lo previsto en la recomendación 41;
- iii) Si se trata de una masa de bienes o de un producto acabado, siempre que la garantía constituida sobre los bienes originarios fuera oponible a terceros antes de ser mezclados o procesados para pasar a formar parte de la masa o del producto acabado, conforme a lo previsto en la recomendación 44; y
- iv) Si se trata de bienes muebles, en caso de trasladarse el otorgante o de ser trasladados esos bienes al territorio de este Estado, conforme a lo previsto en la recomendación 45; y

c) Toda garantía constituida sobre un derecho personal o real por el que se garantice el pago o alguna otra forma de cumplimiento de un crédito por cobrar, un título negociable

o algún otro bien inmaterial será oponible a terceros, conforme a lo previsto a la recomendación 48.

Método para hacer oponible una garantía constituida sobre el derecho a percibir el producto de una promesa independiente

35. El régimen debería disponer que, a reserva de lo dispuesto en la recomendación 48, sólo podrá hacerse oponible a terceros una garantía constituida sobre el derecho a percibir el producto de una promesa independiente confiriendo al acreedor garantizado el control del cobro de dicho producto, conforme a lo previsto en la recomendación 50.

Diversidad de métodos para obtener la oponibilidad según la categoría del bien gravado

36. El régimen debería prever que cabrá obtener la oponibilidad de la garantía por diversos métodos según cual sea la categoría del bien gravado, con independencia de si esos bienes fueron o no gravados en virtud de un mismo acuerdo de garantía.

Oponibilidad de una garantía real sobre un bien corporal por posesión del bien gravado

37. El régimen debería disponer que cabrá hacer oponible a terceros una garantía real sobre un bien corporal mediante su inscripción en un registro, conforme a lo previsto en la recomendación 32, o mediante entrega del bien gravado al acreedor garantizado.

Oponibilidad de una garantía real sobre un bien mueble que haya de inscribirse en un registro especial o anotarse en un certificado de titularidad

38. El régimen debería disponer que una garantía real sobre un bien mueble que haya de inscribirse en un registro especial o anotarse en un certificado de titularidad, con arreglo a la ley por lo demás aplicable, podrá hacerse oponible a terceros por inscripción registral ordinaria, conforme a lo previsto en la recomendación 32, o mediante:

- a) Su inscripción en el registro especial; o
- b) Su anotación en el certificado de titularidad.

Oponibilidad automática de una garantía real sobre el producto de un bien gravado

39. El régimen debería disponer que, si una garantía real sobre un bien gravado es oponible a terceros, la garantía sobre cualquier producto reportado por el bien gravado (inclusive sobre el producto que reporte dicho producto) será oponible a terceros automáticamente al nacer ese producto, con tal de que el producto haya sido descrito en términos genéricos en un aviso debidamente inscrito o siempre que el producto consista en dinero, créditos por cobrar, títulos negociables o el derecho al cobro de fondos acreditados en una cuenta bancaria.

40. El régimen debería disponer que, si el producto no fue descrito en un aviso debidamente inscrito, conforme a lo previsto en la recomendación 39, o no consiste en dinero,

créditos por cobrar, títulos negociables o el derecho al cobro de fondos acreditados en una cuenta bancaria, la garantía real sobre el producto seguirá siendo oponible a terceros durante [un breve plazo que se habrá de indicar] días a partir del nacimiento del producto. Si la garantía real sobre ese producto se hace oponible a terceros por alguno de los métodos mencionados en las recomendaciones 32 ó 34 antes de haber expirado dicho plazo, dicha garantía seguirá siendo, en adelante, oponible a terceros.

Oponibilidad automática de una garantía real sobre un accesorio fijo

41. El régimen debería disponer que, si una garantía real sobre un bien corporal es oponible a terceros al ser incorporado dicho bien a otro, en forma de accesorio fijo, dicha garantía seguirá siendo oponible sobre el bien así incorporado sin necesidad de que se adopte alguna medida.

Oponibilidad de una garantía real sobre un accesorio fijo de un bien sujeto a inscripción en un registro especial o a anotación en un certificado de titularidad

42. El régimen debería disponer que una garantía real sobre un bien incorporado como accesorio fijo a otro bien mueble que, con arreglo a la ley que le sea aplicable, esté sujeto a inscripción en un registro especial o que haya de ser anotado en un certificado de titularidad, podrá hacerse automáticamente oponible, conforme a lo previsto en la recomendación 41, o por:

- a) Inscripción en dicho registro especial; o
- b) Anotación en el certificado de titularidad del bien principal.

Oponibilidad de una garantía real sobre un accesorio fijo de un inmueble

43. El régimen debería disponer que una garantía real sobre un accesorio fijo de un inmueble pasará a ser automáticamente oponible a terceros conforme a lo previsto en la recomendación 41 o mediante su inscripción en el registro de la propiedad inmobiliaria.

Oponibilidad automática de una garantía real sobre una masa de bienes o sobre un producto acabado

44. El régimen debería disponer que, si una garantía real sobre un bien corporal sigue siendo oponible a terceros cuando pase a formar parte de una masa de bienes o de un producto acabado, dicha garantía seguirá siendo oponible a terceros, conforme a lo previsto en la recomendación 22 (capítulo II, relativo a la constitución de una garantía real), sin necesidad de que se adopte alguna medida.

Oponibilidad a raíz de un traslado al territorio de este Estado

45. El régimen debería disponer que, si una garantía constituida sobre cierto bien gravado es oponible a terceros con arreglo a la ley del Estado donde se encuentre el otorgante de la garantía o dicho bien (según cuál de los dos determine el régimen aplicable a la luz de las reglas sobre conflictos de leyes), y si se traslada dicho otorgante o dicho

bien al territorio de este Estado, la garantía real seguirá siendo oponible a terceros a tenor de la ley de este Estado, durante [indicar aquí un breve plazo] días a partir de dicho traslado. De cumplirse, dentro de dicho plazo, los requisitos que exija la ley de este Estado para que una garantía sea oponible a terceros, dicha garantía seguirá siendo oponible a terceros, con arreglo a la ley de este Estado, al expirar dicho plazo. A efectos de toda regla de este Estado por la que la fecha de inscripción de la garantía o de cumplimiento de algún otro requisito para la obtención de su oponibilidad sea tenida en cuenta para la determinación de la prelación, esa fecha será la fecha de inscripción o la fecha en que se obtuvo la oponibilidad de la garantía con arreglo a la ley del Estado donde se encontraban los bienes gravados o el otorgante, con anterioridad a su traslado al territorio de este Estado.

Oponibilidad de una garantía real a raíz de algún cambio en el método para obtenerla

46. El régimen debería disponer que la garantía real seguirá siendo oponible a terceros pese a todo cambio en el método por el que se haya de obtener esa oponibilidad, con tal de que no haya habido alguna interrupción de dicha oponibilidad.

Ruptura de la oponibilidad de una garantía e inscripción por adelantado de la misma

47. El régimen debería disponer que, si una garantía perdió su oponibilidad durante cierto tiempo, cabrá restablecer la oponibilidad de dicha garantía. De ser ése el caso, la oponibilidad recuperada surtirá efecto desde la fecha en que se restableció. De modo similar, si una inscripción previa a la constitución de una garantía, conforme a lo previsto en la recomendación 67, expira, conforme a lo previsto en la recomendación 69 (capítulo IV, relativo al sistema de registro), dicha inscripción podrá ser renovada. En tal caso, la inscripción renovada surtirá efecto a partir del momento en que se inscriba en el registro el nuevo aviso concerniente a la garantía real.

B. Recomendaciones específicamente relacionadas con los bienes

Oponibilidad de una garantía real constituida sobre un derecho personal o real que garantice el pago de un crédito por cobrar, de un título negociable o de algún otro bien inmaterial

48. El régimen debería disponer que, si una garantía real sobre un crédito por cobrar, un título negociable o algún otro bien inmaterial al que sea aplicable el presente régimen es oponible a terceros, dicha oponibilidad será extensiva a todo derecho personal o real que garantice el pago u otra forma de cumplimiento de dicho crédito por cobrar, título negociable u otro bien inmaterial, sin necesidad de medida adicional alguna ni del otorgante ni del acreedor garantizado. Si el derecho de garantía personal o real es una promesa independiente, su oponibilidad será automáticamente extensiva al producto de la promesa independiente (pero, conforme a lo previsto en la recomendación 25 b) del capítulo II, relativo a la constitución de una garantía real, la garantía real no será extensiva al derecho al cobro de una promesa independiente). La presente recomendación no afectará a derecho alguno sobre un inmueble que con arreglo a la ley que le sea aplicable sea transferible por separado del crédito por cobrar, del título negociable o de todo otro bien inmaterial que dicho derecho garantice.

Oponibilidad de una garantía real sobre el derecho al cobro de los fondos acreditados en una cuenta bancaria

49. El régimen debería prever que una garantía real sobre un derecho al cobro de los fondos acreditados en una cuenta bancaria podrá hacerse oponible a terceros por inscripción registral, conforme a lo previsto en la recomendación 32, o confiriendo al acreedor garantizado el control del derecho al cobro de los fondos acreditados en la cuenta bancaria.

Oponibilidad de una garantía real sobre el derecho a percibir el producto de una promesa independiente

50. El régimen debería disponer que, a reserva de lo dispuesto en la recomendación 48, sólo cabrá hacer oponible una garantía real sobre un derecho a percibir el producto de una promesa independiente confiriendo al acreedor garantizado el control del derecho a recibir el producto de dicha promesa independiente.

Oponibilidad de una garantía real sobre un título negociable o sobre un bien corporal incorporado a un título negociable

51. El régimen debería disponer que cabrá hacer oponible a terceros una garantía constituida sobre un título negociable por inscripción registral, conforme a lo previsto en la recomendación 32, o por entrega del título al acreedor garantizado.

52. El régimen debería disponer que, si una garantía real sobre un título negociable es oponible a terceros, la garantía correspondiente sobre el bien que dicho título lleve incorporado será igualmente oponible a terceros. Durante todo el período en que un título negociable lleve incorporado algún bien, el acreedor garantizado podrá hacer oponible a terceros su garantía real sobre dicho bien obteniendo la posesión del título.

53. El régimen debería disponer que toda garantía constituida sobre un título negociable, que hizo oponible a terceros al hacerse entrega del título al acreedor garantizado, seguirá siendo oponible a terceros durante [indicar aquí un breve plazo] días a partir de la fecha en la que se restituya el título negociable al otorgante o a alguna otra persona para proceder a la venta o el intercambio definitivo de las mercancías, o a su carga o descarga de un buque o a todo otro acto de disposición de los bienes o mercancías incorporados al título negociable.

IV. El sistema registral

Finalidad

Las disposiciones relativas al sistema registral tienen por objeto promover el establecimiento de un registro general de las garantías reales y regular su funcionamiento. La finalidad del sistema registral es ofrecer a las partes interesadas:

- a) Un método por el que una garantía real existente o futura sobre bienes existentes o futuros del otorgante pueda hacerse oponible a terceros;
- b) Parámetros eficientes sobre un orden de prelación basados en el momento de la inscripción de una notificación sobre una garantía real; y
- c) Una fuente objetiva de información para los terceros que tengan algún tipo de interés en los bienes del otorgante (como sería el caso de eventuales acreedores garantizados)

y compradores, acreedores judiciales o el representante de la insolvencia del otorgante) para determinar si esos bienes están o no gravados por una garantía real.

Para lograrlo, convendría que el sistema registral se concibiera de modo tal que los procesos de inscripción y consulta fueran sencillos, rápidos y poco costosos, facilitando así la tarea de todo usuario eventual y del público en general.

Marco funcional del registro

54. El régimen debería garantizar lo siguiente:

a) Que haya directrices claras y concisas para la inscripción y consulta que sean de fácil accesibilidad y que se difunda ampliamente la información sobre la existencia y función del registro;

b) Que la inscripción sea válida mediante la anotación de un aviso o notificación en que se consignen los datos indicados en la recomendación 57, en vez de requerir que se presente el original o una copia del acuerdo de garantía o de algún otro documento;

c) Que sea obligatorio para el registro aceptar toda notificación presentada por algún medio de comunicación autorizado (por ejemplo, consignado sobre papel o por vía electrónica), salvo que la notificación:

- i) No vaya acompañada de la tasa de inscripción exigible;
- ii) No identifique suficientemente al otorgante para poder clasificarlo en un índice del registro (indización); o
- iii) No dé ciertos datos exigibles con arreglo a la recomendación 57;

d) Que el secretario del registro no pueda exigir que se verifique más en detalle la identidad de la persona que lleva a cabo la inscripción ni la autenticidad del poder de inscripción de la notificación, ni tampoco investigar más a fondo el contenido de la notificación;

e) Que el registro lleve un fichero centralizado que contenga todas las notificaciones de garantías reales inscritas de conformidad con el presente régimen;

f) Que la información inscrita en el fichero del registro pueda ser consultada por el público;

g) Que todo usuario pueda consultar el registro sin necesidad de justificar su consulta;

h) Que las notificaciones estén indizadas y puedan ser consultadas por referencia al dato de identificación del otorgante;

i) Que los derechos de inscripción y de consulta, de exigirse alguno, no sean superiores a lo requerido para cubrir los gastos del registro;

j) Que, de ser posible, el sistema de inscripción sea electrónico, velando en particular por:

- i) Archivar las notificaciones en forma electrónica en una base de datos informatizada;
- ii) Dar acceso inmediato a todo autor de una inscripción o de una consulta del fichero del registro por alguna vía electrónica o similar, como Internet o el intercambio electrónico de datos;

- iii) Programar el sistema con miras a minimizar el riesgo de introducción de datos incompletos o que no sean pertinentes; y
- iv) Programar el sistema con miras a facilitar la obtención rápida y completa de los datos buscados al efectuarse una consulta y minimizar las consecuencias prácticas de todo posible error humano;

k) Que el autor de la inscripción pueda elegir entre dos o más vías o puntos de acceso al registro; y

l) Que, en caso de que sea electrónico, el registro funcione de modo continuo, salvo que se cierre para alguna operación prevista de mantenimiento y, en caso de que no sea electrónico, sea accesible durante un horario fiable y regular que sea compatible con las necesidades de los posibles usuarios.

Seguridad e integridad del registro

55. A fin de salvaguardar la seguridad e integridad del registro, el régimen debería disponer que su marco jurídico y funcional cumpla con los siguientes requisitos:

a) Si bien cabrá delegar en alguna entidad privada la gestión cotidiana del registro, el Estado deberá hacerse responsable de que funcione con arreglo al marco legal establecido;

b) Se deberá exigir y anotar en el registro la identidad del autor de la inscripción³⁰;

c) El autor de la inscripción deberá enviar una copia de la notificación al otorgante mencionado en ella. El incumplimiento de este requisito por el acreedor garantizado dará únicamente lugar a sanciones menores y al resarcimiento de todo daño probado que haya resultado de dicho incumplimiento;

d) El registro deberá estar obligado a enviar prontamente una copia de todo cambio de la notificación inscrita a la persona que en dicha notificación conste como acreedor garantizado;

e) El autor de la inscripción deberá poder obtener una copia de la misma tan pronto como los datos hayan sido inscritos en el registro; y

f) Deberán mantenerse múltiples ejemplares de los datos inscritos a fin de que la inscripción pueda ser reconstituida en caso de pérdida o daño.

Responsabilidad en caso de pérdida o daño

56. El régimen debería prever la asignación de la responsabilidad por toda pérdida o daño que sea debido a error en la gestión o al funcionamiento del sistema de registro o de consulta. Cuando el sistema esté concebido de modo tal que los interesados puedan efectuar inscripciones y consultas directas sin necesidad de intervención alguna del personal del registro, la responsabilidad del registro debería limitarse al supuesto de una deficiencia en el funcionamiento del sistema.

Contenido obligatorio de la notificación

57. El régimen debería disponer que la notificación deberá contener únicamente los siguientes datos:

³⁰En lo que respecta a la verificación de la identidad del autor de la inscripción, véase la recomendación 54 d).

- a) El dato de identificación del otorgante, que se ajuste a lo previsto en las recomendaciones 58 a 60, así como la identidad del acreedor garantizado o de su representante, y sus direcciones;
- b) Una descripción del bien gravado objeto de la notificación, que sea conforme a lo prescrito en la recomendación 63;
- c) La duración de la inscripción conforme a lo prescrito en la recomendación 69; y
- d) La cuantía monetaria máxima realizable al ejecutar la garantía, cuando la autoridad competente determine que la indicación de esa cuantía máxima facilitará la negociación de préstamos subordinados.

Suficiencia del dato de identificación del otorgante

58. El régimen debería disponer que la notificación sólo surtirá efecto si facilita el dato correcto para identificar al otorgante o, de haberse producido algún error, si cabe encontrar la notificación efectuando una búsqueda en el fichero del registro en la que se dé como referencia el dato de identificación correcto.

59. El régimen debería disponer que, si el otorgante es una persona física, el dato de identificación del otorgante requerido para la validez de la inscripción será el nombre del otorgante, conforme aparezca en el documento oficial prescrito para dicho fin. Siempre que sea necesario para identificar debidamente al otorgante, deberá exigirse algún dato suplementario, como su fecha de nacimiento o el número de su tarjeta de identidad.

60. El régimen debería disponer que, si el otorgante es una persona jurídica, el dato de identificación requerido para la validez de la inscripción será el nombre que aparezca en la escritura constitutiva de dicha persona jurídica.

Efecto de algún cambio en el dato de identificación del otorgante sobre la validez de la inscripción

61. El régimen debería disponer que si, estando ya inscrita la notificación, el dato de identificación del otorgante utilizado en ella sufre algún cambio, y si a resultas de ello ese dato no satisface ya lo prescrito en las recomendaciones 58 a 60, el acreedor garantizado podrá enmendar la notificación inscrita haciendo constar el nuevo dato de identificación que cumpla con lo prescrito. Si el acreedor garantizado no hace inscribir la enmienda antes de que transcurran [indíquese un breve plazo] días después del cambio, la garantía real no será oponible:

- a) Al titular de una garantía real concurrente respecto de la cual se haya inscrito la correspondiente notificación o que se haya hecho de algún otro modo oponible a terceros después del cambio del dato de identificación del otorgante, pero antes de haberse inscrito dicha enmienda; ni
- b) A una persona que compre, arriende o ponga bajo licencia el bien gravado después del cambio del dato de identificación del otorgante, pero antes de haberse inscrito la enmienda.

Efecto de una transferencia del bien gravado sobre la validez de la inscripción

62. El régimen debería regular las consecuencias que la cesión de un bien gravado puede tener en la validez de la inscripción.

Suficiencia de la descripción del bien que sea objeto de una notificación

63. El régimen debería disponer que la descripción dada de un bien gravado en una notificación será tenida por suficiente si cumple los requisitos previstos en la recomendación 14 d) (capítulo II, relativo a la constitución de una garantía real).

Consecuencias de una indicación incorrecta o de una descripción insuficiente

64. El régimen debería disponer que la indicación incorrecta, por parte del autor de una inscripción, del dato de identificación o de la dirección del acreedor garantizado, o una descripción del bien gravado que no se ajuste a lo requerido en la recomendación 63, no invalidarán una notificación inscrita, a menos que tal indicación o descripción puedan inducir a grave error a toda persona razonable que consulte el registro.

65. El régimen debería disponer que una descripción de determinados bienes gravados que no esté en consonancia con lo requerido en la recomendación 63 no invalidará una notificación inscrita con respecto a otros bienes que sí estén suficientemente descritos.

66. El régimen debería disponer que si la notificación contiene una indicación incorrecta sobre la duración de la inscripción o, en su caso, sobre la cuantía máxima garantizada, la notificación no quedará invalidada. Debería protegerse a los terceros que hayan confiado en la veracidad de indicaciones incorrectas.

Momento en que puede inscribirse una notificación

67. El régimen debería disponer que cabrá inscribir una notificación concerniente a una garantía real antes o después de:

- a) La constitución de dicha garantía real; o
- b) La concertación del acuerdo constitutivo de la garantía.

Suficiencia de una única notificación respecto de diversas garantías reales nacidas de más de un acuerdo concertado entre las mismas partes

68. El régimen debería disponer que bastará con hacer inscribir una única notificación para dotar de oponibilidad a una o más garantías reales, independientemente de que estén ya constituidas en el momento de la inscripción o de que se constituyan ulteriormente, y de que nazcan de uno o más acuerdos de garantía concertados entre las mismas partes.

Duración y prórroga de la inscripción de una notificación

69. El régimen debería o bien especificar la duración de la validez de la notificación inscrita o permitir que el autor de una inscripción especifique en la notificación dicha duración al efectuar su inscripción y la prorrogue en cualquier momento antes de su vencimiento. En ambos casos, el acreedor garantizado debería estar facultado para prorrogar la validez de la inscripción notificando al registro una enmienda en cualquier momento antes de que expire la validez de la notificación. Si el propio régimen especifica la duración de la validez de la inscripción, toda prórroga solicitada al inscribir la notificación de enmienda deberá ser de duración igual a la del plazo de validez inicial. De autorizar el

régimen que el autor de la inscripción especifique la duración de su validez, la duración de toda prórroga debería ser la especificada en la notificación de enmienda.

Momento en que surtirá efecto la inscripción de una notificación o de una enmienda

70. El régimen debería disponer que la inscripción de una notificación inicial o de una enmienda surtirá efecto a partir del momento en que la información consignada en la notificación o en la enmienda sea inscrita en el fichero del registro, de modo que pueda ser encontrada por toda persona que lo consulte.

Autorización para efectuar una inscripción

71. El régimen debería disponer que la inscripción de una notificación no será válida a menos que el otorgante la haya autorizado por escrito. Esa autorización podrá darse antes o después de la inscripción. Un acuerdo escrito constitutivo de la garantía será suficiente para autorizar la inscripción. La validez de una inscripción no dependerá de la identidad de su autor.

Cancelación o enmienda de una notificación

72. El régimen debería prever que, de no haberse concertado acuerdo alguno constitutivo de una garantía, de haberse extinguido la garantía real por pago íntegro o por haberse cumplido de algún otro modo la operación garantizada, o de no estar autorizada por el otorgante la notificación inscrita:

a) El acreedor garantizado estará obligado a presentar en el registro un aviso de cancelación o de enmienda, según proceda, de la notificación inscrita antes de que transcurran [indíquese un breve plazo] días después de que el acreedor garantizado haya recibido la solicitud escrita pertinente del otorgante;

b) El otorgante tendrá derecho a exigir la cancelación o la enmienda debida de la notificación inscrita por alguna vía sumaria judicial o administrativa;

c) El otorgante tendrá derecho a exigir la cancelación o la debida enmienda de la notificación, conforme a lo previsto en el apartado b), incluso antes de haber expirado el plazo previsto en el apartado a), siempre y cuando se disponga de algún dispositivo adecuado para amparar al acreedor garantizado.

73. El régimen debería disponer que el acreedor garantizado estará facultado para presentar en cualquier momento en el registro un aviso de cancelación o de enmienda, según proceda, de la notificación inscrita.

74. El régimen debería disponer que, en un breve plazo tras la expiración de la validez de la notificación inscrita, conforme a lo previsto en la recomendación 69, o a raíz de su cancelación, conforme a lo previsto en la recomendación 72 ó 73, los datos de información consignados en dicha notificación deberán ser retirados del fichero del registro al que el público tenga acceso. Ahora bien, la información recogida en la notificación cancelada, enmendada o que haya expirado, y el dato de su cancelación, enmienda o expiración, deberán ser archivados a fin de que, si es necesario, puedan ser consultados.

75. El régimen debería disponer que, de haberse efectuado una cesión de la obligación garantizada, cabrá enmendar la notificación para dar a conocer el nombre del nuevo acreedor garantizado. Sin embargo, la notificación no enmendada seguirá siendo válida.

V. Prelación de una garantía real

Finalidad

La finalidad de las disposiciones en materia de prelación de una garantía real es:

- a) Prever reglas para determinar la prelación de una garantía real respecto de los derechos de acreedores concurrentes de manera eficaz, justa y previsible; y
- b) Facilitar las operaciones que dejen al otorgante margen para crear más de una garantía real sobre el mismo bien, aprovechando así todo el valor que tengan sus bienes para obtener crédito.

A. *Recomendaciones generales*

Prelación entre garantías reales constituidas por el mismo otorgante sobre los mismos bienes gravados

76. El régimen debería disponer que la prelación entre garantías reales concurrentes constituidas por el mismo otorgante sobre los mismos bienes gravados se determinará de la manera siguiente:

- a) Entre garantías reales oponibles a terceros por inscripción de un aviso, la prelación estará determinada por el orden temporal de su inscripción, cualquiera que sea la fecha de constitución de la garantía real;
- b) Entre garantías reales oponibles a terceros por algún otro método que no sea su inscripción, la prelación será determinada por el orden temporal de su oponibilidad a terceros; y
- c) Entre una garantía real que se haya hecho oponible a terceros por inscripción y una garantía real oponible a terceros por algún otro método, la prelación será determinada (cualquiera que sea la fecha de constitución) por el orden temporal de su inscripción o por la fecha de su oponibilidad a terceros, de ser ésta anterior.

Esta recomendación está sujeta a las reglas previstas en las recomendaciones 77, 78 y 87 a 109, y en las recomendaciones 178 a 185 (capítulo IX, relativo a la financiación de adquisiciones, opción A: enfoque unitario).

Prelación de una garantía real inscrita en un registro especial o anotada en un certificado de titularidad

77. El régimen debería disponer que la garantía constituida sobre un bien que pase a ser oponible a terceros por inscripción en un registro especial o por anotación en un certificado de titularidad, conforme a lo previsto en la recomendación 38 (capítulo III, relativo a la oponibilidad de una garantía real), gozará de prelación sobre:

- a) Toda garantía real sobre el mismo bien que haya sido inscrita en un registro general de las garantías reales o que se haya hecho oponible a terceros por algún método que no sea la inscripción en un registro especial o la anotación en un certificado de titularidad, cualquiera que sea la fecha de su oponibilidad; y
- b) Toda garantía real sobre el mismo bien que sea subsiguientemente inscrita en el registro especial o anotada en un certificado de titularidad.

78. El régimen debería disponer que, si el bien gravado por una garantía real es transferido, arrendado o licenciado y, en el momento de la transferencia, del arrendamiento o

de la concesión de la licencia, la garantía real es oponible a terceros por inscripción en un registro especial o por anotación en un certificado de titularidad, conforme a lo previsto en la recomendación 38 (capítulo III, relativo a la oponibilidad a terceros de una garantía real), el cesionario, el arrendatario o el licenciataria del bien gravado adquirirá dicho bien sujeto a la garantía real, a reserva de lo previsto en las recomendaciones 80 a 82. Ahora bien, si dicha garantía real no se hizo oponible a terceros por inscripción en un registro especial o por anotación en un certificado de titularidad, el cesionario, el arrendatario o el licenciataria adquirirá sus derechos libres de dicho gravamen.

Prelación de los derechos del cesionario, del arrendatario o del licenciataria de un bien gravado

79. El régimen debería disponer que, si se transfiere, arrienda o licencia un bien gravado y una garantía sobre ese bien es oponible a terceros en el momento de efectuarse la transferencia, el arrendamiento o el otorgamiento de la licencia, el cesionario, el arrendatario o el licenciataria adquirirá sus derechos sujetos a la garantía real sobre dicho bien, a reserva de lo dispuesto en las recomendaciones 78 y 80 a 82.

80. El régimen debería disponer que:

a) Un bien gravado dejará de estarlo si el otorgante lo vendió o dispuso de él de algún otro modo con la autorización del acreedor garantizado de que dicha venta u otro acto de disposición del bien gravado podía efectuarse libre de todo gravamen; y

b) Los derechos que adquiera el arrendatario o el licenciataria de un bien gravado no se verán afectados por una garantía real si el acreedor garantizado autorizó al otorgante para arrendar o licenciar ese bien libre de todo gravamen.

81. El régimen debería disponer que:

a) Un comprador de bienes corporales (distintos de los títulos negociables o los documentos negociables) vendidos en el curso normal de los negocios del vendedor, sin que dicho comprador tenga conocimiento de que esa venta se hace en violación de los derechos de un acreedor garantizado a raíz de un acuerdo de garantía, adquirirá los bienes libres de todo gravamen;

b) Los derechos del arrendatario de un bien corporal (distintos de los títulos negociables o de los documentos negociables) arrendado en el curso normal de los negocios del arrendador, sin que el arrendatario tenga conocimiento de que ese arriendo se hace en violación de algún derecho de un acreedor garantizado a raíz de un acuerdo de garantía, no se verán afectados por la garantía real sobre el bien; y

c) Los derechos del licenciataria de una licencia no exclusiva de bienes inmateriales licenciados en el curso normal de los negocios del licenciante, sin que el licenciataria tenga conocimiento de que esa licencia se otorga en violación de algún derecho de un acreedor garantizado a raíz de un acuerdo de garantía, no se verán afectados por la garantía real sobre el bien.

82. El régimen debería disponer que cuando un cesionario adquiera un derecho sobre un bien gravado libre de todo gravamen, toda persona que adquiera de él un derecho sobre dicho bien, lo adquirirá también libre de todo gravamen. Cuando los derechos de un arrendatario o de un licenciataria no se vean afectados por una garantía real, los derechos de todo subarrendatario o de todo sublicenciataria no se verán tampoco afectados por dicha garantía real.

Prelación de los créditos privilegiados

83. El régimen debería prever que se limiten tanto el tipo como el monto de los créditos privilegiados nacidos por imperio de la ley que gocen de prelación sobre las garantías reales y que, en la medida en que existan dichos créditos, sean descritos en el régimen en términos a la vez claros y concisos.

Prelación de los derechos de los acreedores judiciales

84. El régimen debería prever que una garantía real gozará de prelación frente a los derechos de un acreedor ordinario, salvo que el acreedor ordinario haya obtenido, con arreglo a la ley, una sentencia o una medida cautelar contra el otorgante y haya adoptado toda medida requerida para hacer valer sus derechos sobre el bien gravado a raíz de dicha sentencia o medida cautelar, antes de que la garantía real fuera oponible a terceros. La prelación de la garantía real será también aplicable al crédito otorgado por el acreedor garantizado:

a) Antes de la expiración de un plazo de [un breve plazo que se indicará] días antes de que el acreedor ordinario hubiera dado aviso de que había adoptado las medidas necesarias para adquirir derechos sobre el bien gravado; o

b) A raíz de un compromiso irrevocable, contraído por el acreedor garantizado, de otorgar crédito (por una cuantía fija o por una cuantía que se haya de fijar con arreglo a una fórmula prescrita), siempre que dicho compromiso haya sido asumido por el acreedor garantizado antes de que el acreedor ordinario le diera aviso de que había adoptado las medidas necesarias para hacer valer sus derechos sobre el bien gravado.

Esta recomendación está sujeta a la excepción prevista en la recomendación 183 (capítulo IX, relativo a la financiación de adquisiciones, opción A: enfoque unitario).

Prelación de los derechos de personas que presten algún servicio con respecto al bien gravado

85. El régimen debería disponer que si la ley aplicable al margen del presente régimen confiere un derecho equivalente a una garantía real al acreedor que haya prestado servicios respecto de un bien gravado (por ejemplo, reparándolo, almacenándolo o transportándolo), esos derechos estarán limitados al bien que esté en posesión de ese acreedor hasta un valor razonable de los servicios prestados y gozarán de prelación sobre toda garantía real sobre el bien que haya pasado a ser oponible a terceros por alguno de los métodos mencionados en las recomendaciones 32 ó 34 (capítulo III, relativo a la oponibilidad a terceros de una garantía real).

Prelación de todo derecho reivindicatorio reconocido al proveedor

86. El régimen debería disponer que si la ley por lo demás aplicable reconoce al proveedor de bienes corporales un derecho reivindicatorio sobre los mismos, ese derecho estará subordinado a toda garantía real que se haya hecho oponible a terceros antes de que el proveedor lo ejerciera.

Prelación de una garantía real sobre un bien incorporado fijo de un inmueble

87. El régimen debería disponer que una garantía real o cualquier otro derecho (como pudiera ser el derecho de un comprador o arrendatario) sobre un bien incorporado fijo de

un inmueble que haya sido creado y hecho oponible a terceros con arreglo al régimen de la propiedad inmobiliaria, conforme a lo previsto en las recomendaciones 21 (capítulo II, relativo a la constitución de una garantía real) y 43 (capítulo III, relativo a la oponibilidad a terceros de una garantía real), gozará de prelación frente a una garantía real sobre dicho bien incorporado que se haya hecho oponible a terceros por alguno de los métodos mencionados en las recomendaciones 32 ó 34 (capítulo III, relativo a la oponibilidad a terceros de una garantía real).

88. El régimen debería disponer que una garantía real sobre un bien corporal que sea un bien incorporado fijo de un inmueble al hacerse oponible la garantía a terceros o que haya pasado a ser un bien incorporado fijo de un inmueble subsiguientemente, y se haya hecho oponible a terceros por inscripción en el registro de la propiedad inmobiliaria, conforme a lo previsto en la recomendación 43 (capítulo III, relativo a la oponibilidad a terceros de una garantía real), gozará de prelación frente a toda garantía real o cualquier otro derecho (como pudiera ser el derecho de un comprador o de un arrendatario) sobre el bien inmueble conexo que sea inscrito posteriormente en dicho registro.

Prelación de una garantía real sobre un bien incorporado a bienes muebles

89. El régimen debería disponer que una garantía real o cualquier otro derecho (como pudiera ser el derecho de un comprador o de un arrendatario) sobre un bien incorporado a un bien mueble que se haga oponible a terceros por inscripción en un registro especial o por anotación en un certificado de titularidad con arreglo a la recomendación 42 (capítulo III, relativo a la oponibilidad a terceros de una garantía real), gozará de prelación sobre toda garantía real o cualquier otro derecho sobre el bien mueble conexo que subsiguientemente sea inscrito en el registro especial o anotado en el certificado de titularidad.

Prelación de una garantía real sobre una masa de bienes o sobre un producto acabado

90. El régimen debería disponer que, cuando dos o más garantías reales constituidas sobre un mismo bien corporal conserven su validez sobre una masa de bienes o sobre un producto acabado, conforme a lo previsto en la recomendación 22 (capítulo II, relativo a la constitución de una garantía real), esas garantías reales gozarán entre sí de la misma prelación que tuvieran sobre el bien gravado inmediatamente antes de que ese bien pasara a formar parte de la masa de bienes o del producto acabado.

91. El régimen debería disponer que, si unas garantías reales constituidas sobre distintos bienes corporales conservan su validez sobre la masa de bienes o sobre el producto acabado del que esos bienes pasen a formar parte, y si cada garantía real es oponible a terceros, esos acreedores garantizados tendrán derecho a compartir el valor agregado máximo exigible por concepto de sus garantías reales sobre la masa o el producto resultante con arreglo a la relación que existiera entre el valor de sus respectivas garantías reales. Para los fines de esta fórmula, el valor máximo de una garantía real será su valor con arreglo a la recomendación 22 (capítulo II, relativo a la constitución de una garantía real) o el valor efectivamente garantizado por concepto de esa garantía, de ser éste inferior.

92. El régimen debería disponer que una garantía real sobre bienes corporales originalmente separados que siga siendo válida sobre la masa de bienes o el producto acabado del que los bienes gravados hayan pasado a formar parte y que sea oponible a terceros,

gozará de prelación frente a una garantía real otorgada por el mismo otorgante sobre la masa de bienes o el producto acabado.

Incidencia nula sobre la prelación del conocimiento de la existencia de una garantía real

93. El régimen debería disponer que el conocimiento por parte del reclamante concurrente de la existencia de una garantía real no afectará el orden de prelación³¹.

Subordinación

94. El régimen debería disponer que un reclamante concurrente que goce de prelación podrá renunciar en cualquier momento a su prelación por un acto unilateral o por acuerdo en favor de algún reclamante concurrente existente o futuro.

Repercusión de la continuidad de la oponibilidad a terceros sobre el orden de prelación

95. El régimen debería disponer que, a efectos de la recomendación 76, la prelación de una garantía real no se verá afectada por algún cambio en el método por el que se haga oponible a terceros, siempre y cuando no deje en ningún momento de ser oponible a terceros.

96. El régimen debería disponer que, si una garantía real se ha inscrito o se ha hecho oponible a terceros, pero después dejó de estar inscrita o de ser oponible a terceros durante cierto período, la prelación de esa garantía real datará, en adelante, de la fecha en que sea subsiguientemente inscrita o hecha oponible a terceros, de ser esta fecha anterior.

Prelación de una garantía real de una obligación futura

97. El régimen debería disponer que, a reserva de lo dispuesto en la recomendación 84, la prelación de una garantía real se hará extensiva a todas las obligaciones garantizadas, independientemente del momento en que hayan nacido.

Alcance de la prelación

98. El régimen debería disponer que si un Estado aplica el apartado *d*) de la recomendación 57 (la recomendación 57 *d*) (capítulo IV, relativo al sistema de registro), la prelación de la garantía real se limitará al importe máximo indicado en el aviso de inscripción.

Aplicación de las reglas de prelación a una garantía real sobre bienes futuros

99. El régimen debería disponer que, para los fines de los apartados *a*) y *c*) de la recomendación 76, la prelación de una garantía real se hará extensiva a todos los bienes gravados incluidos en la notificación de inscripción, con independencia de si esos bienes están ya adquiridos por el otorgante o de si su existencia data de la propia fecha de inscripción o de antes o después de esa fecha.

³¹Respecto de la incidencia que pueda tener el hecho de saber que una operación viola los derechos de un acreedor garantizado, véanse las recomendaciones 81, 102 *b*), 105 y 106.

Aplicación de las reglas de prelación a una garantía real sobre el producto

100. El régimen debería disponer que, para los fines de la recomendación 76, el momento en que una garantía real sobre un bien gravado pase a ser oponible a terceros o el momento en que se inscriba la notificación de esa garantía será también el momento aplicable a la oponibilidad a terceros o a la inscripción de la garantía real subsistente sobre el producto del bien gravado.

B. Recomendaciones específicamente relacionadas con los bienes

Prelación de una garantía real sobre un título negociable

101. El régimen debería disponer que una garantía real sobre un título negociable que se haga oponible a terceros por posesión del título, conforme a lo previsto en la recomendación 37 (capítulo III, relativo a la oponibilidad a terceros de una garantía real), gozará de prelación sobre toda garantía real constituida sobre dicho título negociable que se haga oponible a terceros por cualquier otro método.

102. El régimen debería disponer que una garantía real sobre un título negociable que se haga oponible a terceros por un método distinto de la posesión del título estará subordinada al derecho adquirido (mediante un acuerdo) por un acreedor garantizado, un comprador o algún otro cesionario que:

a) Goce de la condición de tenedor protegido con arreglo al régimen legal aplicable a los títulos negociables; o

b) Tome posesión del título negociable a raíz de alguna contraprestación efectuada de buena fe y sin conocimiento de que la entrega de ese título se hace en violación de una garantía real adquirida por el acreedor garantizado con arreglo a un acuerdo de garantía.

Prelación de una garantía real sobre el derecho al cobro de los fondos acreditados en una cuenta bancaria

103. El régimen debería disponer que una garantía real constituida sobre el derecho al cobro de los fondos acreditados en una cuenta bancaria que sea oponible a terceros mediante control de la cuenta, conforme a lo previsto en la recomendación 49 (capítulo III, relativo a la oponibilidad a terceros de una garantía real), gozará de prelación sobre toda garantía real concurrente que se haga oponible a terceros por cualquier otro método. Si el banco depositario concierta un acuerdo de control con más de un acreedor garantizado, la prelación entre esos acreedores vendrá determinada por la fecha del respectivo acuerdo de control. En caso de que el propio banco depositario sea el acreedor garantizado, su garantía real gozará de prelación frente a toda otra garantía real (aun cuando dicha garantía se haga oponible a terceros por un acuerdo de control con el banco depositario o aun cuando la garantía real del banco depositario se haya constituido posteriormente) que no sea una garantía real de un acreedor garantizado que haya adquirido control pasando a ser tenedor de la cuenta.

104. El régimen debería disponer que todo derecho real de un banco depositario, que sea válido con arreglo a otro régimen, a compensar las obligaciones que le sean debidas al banco depositario por el otorgante con el derecho del otorgante al cobro de los fondos acreditados en una cuenta bancaria, gozará de prelación frente a toda garantía real sobre el derecho al cobro de los fondos acreditados en una cuenta bancaria, excepto una garantía

real de un acreedor garantizado que adquiriera un derecho de control pasando a ser tenedor de la cuenta.

105. El régimen debería disponer que cuando un otorgante transfiera fondos desde una cuenta bancaria, el cesionario de esos fondos los adquiere libres de toda garantía real sobre el cobro de los fondos acreditados en esa cuenta bancaria, salvo que el cesionario obrara a sabiendas de que esa transferencia violaba el derecho de un acreedor garantizado por un acuerdo de garantía. La presente recomendación no aminorará derecho alguno que algún otro régimen reconozca al beneficiario de una transferencia de fondos provenientes de una cuenta bancaria.

Prelación de una garantía real constituida sobre una suma monetaria

106. El régimen debería prever que una persona que esté en posesión de una suma monetaria que sea objeto de una garantía real adquirirá la posesión de esa suma monetaria libre de ese gravamen, salvo que esa persona obrara a sabiendas de que esa transferencia se hacía en violación de los derechos del acreedor garantizado con arreglo al acuerdo de garantía. La presente recomendación no menoscaba los derechos de quienes estén en posesión de dinero en virtud de otro régimen.

Prelación de una garantía real sobre el producto de una promesa independiente

107. El régimen debería prever que una garantía real sobre el producto de una promesa independiente que se haya hecho oponible a terceros mediante control gozará de prelación frente a una garantía real que se haya hecho oponible a terceros con arreglo a lo previsto en la recomendación 48 (capítulo III, relativo a la oponibilidad a terceros de una garantía real). Si el control se obtuvo por el reconocimiento otorgado por la persona indicada y esa persona otorgó reconocimientos contradictorios a más de un acreedor garantizado, la prelación entre esos acreedores garantizados se determinará por el orden en que esos acreedores obtuvieron ese reconocimiento.

Prelación de una garantía real sobre un documento negociable o sobre un bien corporal que sea objeto de un documento negociable

108. El régimen debería disponer que una garantía real sobre un documento negociable y sobre los bienes corporales que sean objeto de dicho documento estará subordinada a todo derecho de rango superior conferido por la ley que rijan los documentos negociables a la persona a la que ese documento negociable haya sido transferido.

109. El régimen debería disponer que una garantía real sobre un bien corporal que haya pasado a ser oponible a terceros en virtud de la posesión de un documento negociable tendrá prelación frente a una garantía real concurrente que haya pasado a ser oponible a terceros por algún otro método. Esta regla no se aplica a una garantía real sobre bienes distintos de las existencias cuando la garantía real del acreedor garantizado que no está en posesión del documento negociable haya pasado a ser oponible a terceros con anterioridad al momento en que:

- a) El bien haya pasado a ser objeto del documento negociable; o
- b) El otorgante y el acreedor garantizado que tenga la posesión del documento negociable hayan celebrado un acuerdo en que se estipule que el bien pasará a ser objeto

del documento negociable, siempre que ello se produzca dentro de [un breve período que se indicará] días a contar de la fecha del acuerdo.

VI. Derechos y obligaciones de las partes en un acuerdo de garantía

Finalidad

La finalidad de las disposiciones sobre los derechos y obligaciones de las partes en un acuerdo de garantía es incrementar la eficiencia de las operaciones garantizadas y reducir los costos de las operaciones y las posibles controversias, concretamente:

- a) Previendo reglas imperativas sobre los derechos y obligaciones de la parte que está en posesión del bien gravado;
- b) Previendo reglas no imperativas sobre los derechos y obligaciones de las partes para su aplicación cuando las partes no hayan abordado esas cuestiones en su acuerdo; y
- c) Previendo reglas no imperativas que sirvan de ayuda para la formulación de las cuestiones que las partes deseen abordar en su acuerdo y para la preparación de una lista guía de dichas cuestiones.

A. Recomendaciones generales

*Derechos y obligaciones de las partes en un acuerdo de garantía*³²

110. El régimen debería disponer que los derechos y obligaciones mutuos de las partes en un acuerdo de garantía están determinados por:

- a) Los términos y condiciones que se enuncian en el acuerdo, incluidas las reglas o condiciones generales a que se haga referencia en ellos;
- b) Cualquier uso que hayan convenido; y
- c) A menos que se haya acordado otra cosa, por cualquier práctica que hayan establecido entre ellos.

Reglas imperativas

111. El régimen debería disponer que la parte que esté en posesión de un bien gravado deberá adoptar medidas razonables para preservar dicho bien y conservar su valor.

112. El acreedor garantizado deberá devolver el bien gravado que esté en su posesión cuando, una vez liquidados los compromisos de otorgar crédito, la obligación garantizada se haya pagado íntegramente o haya sido satisfecha de alguna otra manera y la garantía real haya quedado, por tanto, extinguida³³.

Reglas no imperativas

113. El régimen debería disponer que, a menos que se convenga otra cosa, el acreedor garantizado tendrá derecho:

³²Respecto de la recomendación 110, véase el artículo 11 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos.

³³Respecto de la obligación del acreedor garantizado de cancelar la notificación inscrita en el registro, véase recomendación 72, capítulo IV, relativo al sistema registral.

- a) A que se le reembolsen los gastos razonablemente realizados con miras a preservar un bien gravado que esté en su posesión;
- b) A hacer un uso razonable de un bien gravado que esté en su posesión y a destinar los ingresos que produzca al pago de la obligación garantizada; y
- c) A inspeccionar todo bien gravado que esté en posesión del otorgante.

B. Recomendaciones específicamente relacionadas con los bienes

*Declaraciones del cedente*³⁴

114. Con respecto a la cesión de un crédito contractual, el régimen debería disponer que:

- a) A menos que el cedente y el cesionario acuerden otra cosa, el cedente asegure, en el momento de la celebración del contrato de cesión, que:
 - i) El cedente tiene el derecho a ceder el crédito;
 - ii) El cedente no ha cedido con anterioridad el crédito a ningún otro cesionario; y
 - iii) El deudor del crédito no puede ni podrá oponer excepciones ni gozar de derechos de compensación; y
- b) A menos que el cedente y el cesionario hayan convenido otra cosa, el cedente no declare que el deudor del crédito tiene o tendrá la capacidad para pagar.

Derecho de notificación del deudor del crédito

115. El régimen debería disponer que:

- a) Salvo acuerdo en contrario entre el cedente y el cesionario, el cedente o el cesionario, o ambos, podrán enviar al deudor del crédito una notificación de la cesión e instrucciones de pago, pero que, una vez enviado el aviso, sólo el cesionario podrá enviar tales instrucciones; y
- b) La notificación de la cesión o de las instrucciones de pago efectuada en violación del acuerdo a que se hace referencia en el apartado a) de la presente recomendación no será inválida a efectos de la recomendación 120 (capítulo VII, sobre los derechos y obligaciones de terceros deudores) a causa de tal violación. Sin embargo, nada de lo dispuesto en la presente recomendación afectará a las obligaciones o a la responsabilidad de la parte que incumpla tal acuerdo en lo que respecta a los daños y perjuicios a que dé lugar dicho incumplimiento.

Derecho al pago

116. El régimen debería disponer que:

- a) Entre el cedente y el cesionario, a menos que se convenga otra cosa, e independientemente de que se haya enviado o no la notificación de la cesión:
 - i) Si el pago del crédito cedido se efectúa en beneficio del cesionario, éste tendrá derecho a retener el producto y los bienes corporales devueltos en relación con el crédito cedido;

³⁴Respecto de las recomendaciones 114 a 116, véanse los artículos 12 a 14 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos.

- ii) Si el pago del crédito cedido se realiza en beneficio del cedente, el cesionario tendrá derecho al pago del producto y también a los bienes corporales devueltos al cedente en relación con el crédito cedido; y
 - iii) Si el pago del crédito cedido se hace en beneficio de otra persona respecto de la cual el cesionario goce de prelación, el cesionario tendrá derecho al pago del producto y también a los bienes corporales devueltos a esa persona en relación con el crédito cedido;
- b) El cesionario no podrá retener un valor superior al de su derecho sobre el crédito.

VII. Derechos y obligaciones de terceros deudores

Finalidad

La finalidad de las disposiciones relativas a los derechos y obligaciones de terceros deudores es incrementar la eficiencia de las operaciones garantizadas cuando el bien gravado garantice el pago u otra forma de cumplimiento de una obligación de un tercero con el otorgante, concretamente:

- a) Previendo reglas relativas a los derechos y obligaciones de las partes en la cesión de crédito y a la protección del deudor del crédito;
- b) Previendo reglas para garantizar la coherencia del régimen de las operaciones garantizadas con otros regímenes que se ocupen de los derechos y obligaciones dimanantes de los títulos negociables y los documentos negociables; y
- c) Previendo reglas para garantizar la coherencia del régimen de las operaciones garantizadas con otros regímenes que rijan los derechos y obligaciones de los bancos depositarios y del garante emisor, el confirmante o la persona designada en una promesa independiente.

A. *Derechos y obligaciones del deudor del crédito*³⁵

Protección del deudor del crédito

117. El régimen debería disponer que:

- a) De no disponer otra cosa la presente ley, y salvo el consentimiento del deudor del crédito, la cesión no afectará a los derechos y obligaciones de éste ni a las condiciones de pago estipuladas en el contrato originario; y
- b) En las instrucciones de pago se podrá cambiar el nombre de la persona, la dirección o la cuenta en la cual el deudor deba hacer el pago; sin embargo, no se podrá cambiar:
 - i) La moneda en que se deba hacer el pago según el contrato originario; o
 - ii) El Estado donde se deba hacer el pago según el contrato originario por otro que no sea aquel en donde esté situado el deudor del crédito.

Notificación de la cesión

118. El régimen debería disponer que:

³⁵Respecto de las recomendaciones 117 a 123, véanse los artículos 15 a 21 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos.

a) Tanto la notificación de la cesión como las instrucciones de pago surtirán efecto una vez recibidas por el deudor del crédito si constan en un idioma en el que razonablemente quepa prever que el deudor quedará informado de su contenido. Es suficiente que la notificación de la cesión o las instrucciones de pago consten en el idioma del contrato originario;

b) La notificación de la cesión o las instrucciones de pago podrán corresponder a créditos nacidos con posterioridad a la notificación; y

c) La notificación de una cesión subsiguiente constituye notificación de toda cesión anterior.

Pago liberatorio del deudor del crédito

119. El régimen debería disponer que:

a) Hasta que reciba la notificación de la cesión, el deudor del crédito podrá liberarse de su obligación efectuando el pago de conformidad con el contrato originario;

b) Una vez recibida la notificación de la cesión y a reserva de lo dispuesto en los apartados c) a h) de la presente recomendación, el deudor del crédito podrá efectuar el pago liberatorio únicamente en favor del cesionario o de conformidad con las nuevas instrucciones de pago que reciba en la notificación de la cesión o que le dé ulteriormente el cesionario por escrito;

c) El deudor del crédito, si recibe más de una instrucción de pago relativa a una única cesión de los mismos créditos efectuada por el mismo cedente, quedará liberado de su obligación haciendo el pago de conformidad con las últimas instrucciones de pago que haya recibido del cesionario antes de hacerlo;

d) El deudor del crédito, de serle notificada más de una cesión efectuada por el mismo cedente de unos mismos créditos, quedará liberado de su obligación haciendo el pago de conformidad con la primera notificación que reciba;

e) El deudor del crédito, si recibe notificación de una o más cesiones subsiguientes, quedará liberado de su obligación haciendo el pago de conformidad con la notificación de la última de las cesiones subsiguientes;

f) El deudor del crédito, de serle notificada la cesión de una parte de uno o más créditos o de un derecho indiviso sobre tales créditos, quedará liberado de su obligación pagando de conformidad con la notificación o de acuerdo con lo dispuesto en la presente recomendación como si no hubiera recibido la notificación. Si el deudor paga de conformidad con la notificación, sólo quedará liberado de su obligación en lo que respecta a la parte o al derecho indiviso pagado;

g) El deudor del crédito, de serle notificada la cesión por el cesionario, tendrá derecho a pedirle que presente en un plazo razonable prueba suficiente de que la cesión del cedente inicial en beneficio del cesionario inicial y todas las cesiones intermedias han tenido lugar y, de no hacerlo el cesionario, el deudor del crédito quedará liberado de su obligación haciendo el pago de conformidad con lo dispuesto en la presente recomendación como si no hubiera recibido la notificación del cesionario. Por prueba suficiente de la cesión se entenderá cualquier escrito emitido por el cedente, o cualquier prueba equivalente, en que se indique que la cesión ha tenido lugar; y

h) Lo dispuesto en la presente recomendación se entenderá sin perjuicio de cualquier otro motivo por el cual el deudor del crédito quede liberado de su obligación

haciendo el pago a quien tenga derecho a percibirlo, a una autoridad judicial o de otra índole, o a una caja pública de depósitos.

Excepciones y derechos de compensación del deudor del crédito

120. El régimen debería disponer que:

a) El deudor del crédito, frente a la acción del cesionario para reclamarle el pago de los créditos cedidos, podrá oponer las excepciones o los derechos de compensación derivados del contrato originario, o de cualquier otro contrato que sea parte de la misma operación, que tendría si la cesión no hubiera tenido lugar y si la acción hubiese sido ejercitada por el cedente;

b) El deudor del crédito podrá oponer al cesionario cualquier otro derecho de compensación, siempre que lo hubiera podido invocar en el momento de recibir la notificación de la cesión; y

c) No obstante lo dispuesto en los apartados a) y b) de la presente recomendación, el deudor del crédito no podrá oponer al cesionario las excepciones y los derechos de compensación que tenga contra el cedente de conformidad con el apartado b) de la recomendación 24 o el apartado e) de la recomendación 25 (capítulo II, relativo a la constitución de una garantía real) en razón del incumplimiento de un acuerdo por el que se limite de alguna manera el derecho del cedente a efectuar la cesión.

Acuerdo de no oponer excepciones ni derechos de compensación

121. El régimen debería disponer que:

a) El deudor del crédito, mediante escrito firmado por él, podrá convenir con el cedente en no oponer al cesionario las excepciones ni los derechos de compensación que tenga en virtud de la recomendación 120. Ese acuerdo impedirá al deudor oponer al cesionario tales excepciones y derechos;

b) El deudor del crédito no podrá renunciar a oponer excepciones:

- i) Derivadas de actos fraudulentos imputables al cesionario; ni
- ii) Basadas en su propia incapacidad; y

c) Este acuerdo podrá modificarse únicamente mediante otro acuerdo por escrito firmado por el deudor del crédito. Los efectos de estas modificaciones respecto del cesionario se regirán por lo dispuesto en el apartado b) de la recomendación 122.

Modificación del contrato originario

122. El régimen debería disponer que:

a) El acuerdo concertado antes de la notificación de la cesión entre el cedente y el deudor del crédito que afecte a los derechos del cesionario será válido respecto de éste, el cual adquirirá los derechos correspondientes;

b) El acuerdo concertado después de la notificación de la cesión entre el cedente y el deudor del crédito que afecte a los derechos del cesionario no será válido respecto de éste salvo si:

- i) El cesionario consiente en él; o si

- ii) El crédito no es completamente exigible por la falta de pleno cumplimiento del contrato originario y, o bien éste prevé la modificación, o cualquier cesionario razonable consentiría en tal modificación en el contexto de dicho contrato; y

c) Lo dispuesto en los apartados *a)* y *b)* de la presente recomendación no afectará a los derechos del cedente o del cesionario en razón del incumplimiento de un acuerdo concertado entre ellos.

Reintegro de la suma pagada

123. El régimen debería disponer que el incumplimiento por el cedente del contrato originario no dará derecho al deudor del crédito a recuperar del cesionario la suma que hubiese pagado al cedente o al cesionario.

B. *Derechos y obligaciones de la parte obligada en virtud de un título negociable*

124. El régimen debería disponer que los derechos de un acreedor garantizado sobre un título negociable frente a una persona obligada en virtud del título negociable se determinarán por la ley que rija los títulos negociables.

C. *Derechos y obligaciones del banco depositario*

125. El régimen debería disponer que:

a) La constitución de una garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria no afectará a los derechos y obligaciones del banco depositario sin que éste lo consienta; y

b) Cualesquiera derechos de compensación que el banco depositario pueda tener en virtud de una ley que no sea la presente ley no se verán afectados por ninguna garantía real que pueda tener dicho banco sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria.

126. El régimen debería disponer que sus disposiciones no obligan a un banco depositario:

a) A pagar a una persona que no sea la persona que controle los fondos acreditados en una cuenta bancaria;

b) A atender a solicitudes de información sobre si existe un acuerdo de control o una garantía real a favor suyo y sobre si el otorgante mantiene el derecho a disponer de los fondos acreditados en la cuenta; ni

c) A celebrar un acuerdo de control.

D. *Derechos y obligaciones del garante/emisor, el confirmante o la persona designada en una promesa independiente*

127. El régimen debería disponer que:

a) Los derechos de un acreedor garantizado sobre el derecho a percibir el producto de una promesa independiente están sujetos a los derechos, enunciados en la legislación y

seguidos en la práctica que rigen las promesas independientes, del garante/emisor, el confirmante o la persona designada y de cualquier otro beneficiario designado en la promesa o a quien se haya efectuado una transferencia de los derechos de cobro;

b) Los derechos de un cesionario de una promesa independiente no se ven afectados por las garantías reales constituidas sobre el derecho a percibir el producto de la promesa independiente adquiridas del cedente o de cualquier otro cedente anterior; y

c) Los derechos independientes de un garante/emisor, un confirmante, una persona designada o un cesionario de una promesa independiente no se verán afectados negativamente por ninguna garantía real que puedan tener sobre el derecho a percibir el producto de la promesa independiente.

128. El régimen debería disponer que ningún garante/emisor ni ningún confirmante o persona designada tendrán la obligación de pagar a cualquier persona que no sea un confirmante, una persona designada, un beneficiario designado, un cesionario aceptado de la promesa independiente o un cesionario aceptado del derecho a percibir el producto de una promesa independiente.

129. El régimen debería disponer que si un acreedor garantizado ha obtenido el control sobre el producto de una promesa independiente al ser aceptado como cesionario de ese derecho, el acreedor garantizado tendrá el derecho a hacer valer esa aceptación frente al garante/emisor, al confirmante o a la persona designada que diera la aceptación.

E. Derechos y obligaciones del emisor de un documento negociable

130. El régimen debería disponer que los derechos de un acreedor garantizado sobre un documento negociable con respecto al emisor o cualquier otra persona obligada por el documento negociable se registrarán por la ley que regule los documentos negociables.

VIII. Ejecución de una garantía real

Finalidad

Las disposiciones sobre la ejecución de las garantías reales tienen por objeto:

a) Prever métodos claros, sencillos y eficientes para ejecutar las garantías reales al producirse un incumplimiento por parte del deudor;

b) Prever métodos concebidos para incrementar al máximo la suma neta que reporte la liquidación de los bienes gravados, en beneficio del otorgante, del deudor o de otra persona que adeude el pago de la obligación garantizada, del acreedor garantizado y de otros acreedores que tengan algún derecho sobre los bienes gravados; y

c) Prever la aplicación de métodos judiciales agilizados y, a reserva de la aplicación de las salvaguardias apropiadas, de métodos extrajudiciales para que el acreedor garantizado ejerza sus derechos.

A. Recomendaciones generales

Normas generales de conducta en el contexto de la ejecución

131. El régimen debería prever que todas las partes deberán ejecutar sus derechos y cumplir sus obligaciones conforme a las disposiciones sobre la ejecución, actuando de buena fe y de forma razonable desde el punto de vista mercantil.

Limitaciones de la autonomía de las partes

132. El régimen debería disponer que las normas generales de conducta previstas en la recomendación 131 no podrán ser objeto de una renuncia unilateral ni podrán modificarse mediante acuerdo en ningún momento.

133. El régimen debería disponer que, a reserva de lo establecido en la recomendación 132, el otorgante y cualquier otra persona que adeude un pago o que deba cumplir una obligación garantizada frente a otra persona podrá renunciar unilateralmente a cualquiera de los derechos que le confieren las disposiciones relativas a la ejecución o modificarlos mediante acuerdo únicamente cuando haya habido incumplimiento.

134. El régimen debería disponer que, a reserva de lo que establece la recomendación 132, el acreedor garantizado podrá en todo momento renunciar unilateralmente a cualquiera de los derechos que le confieren las disposiciones relativas a la ejecución o modificarlos mediante acuerdo.

135. El régimen debería disponer que una modificación de los derechos mediante acuerdo no afectará a los derechos de cualquier persona que no sea parte en el acuerdo. La carga de la prueba corresponderá a la persona que impugne la validez del acuerdo argumentando que es incompatible con las recomendaciones 132, 133 ó 134.

Responsabilidad

136. El régimen debería disponer que si una persona incumple las obligaciones establecidas en las disposiciones relativas a la ejecución, estará sujeta al pago de los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento.

Recursos judiciales y de otra índole con respecto al incumplimiento

137. En el régimen debería preverse que el deudor, el otorgante u otras personas interesadas (por ejemplo, un acreedor garantizado con un grado de prelación inferior al del acreedor garantizado ejecutante, un garante o un copropietario de los bienes gravados) tendrán derecho a recurrir en cualquier momento a un tribunal o a otra autoridad en caso de que el acreedor garantizado no cumpla con sus obligaciones previstas en las disposiciones relativas a la ejecución.

Procedimientos judiciales sumarios

138. El régimen debería prever procedimientos judiciales sumarios para dar cabida a situaciones en que el acreedor garantizado, el otorgante o cualquier otra persona que deba cumplir la obligación garantizada o que pretenda tener algún derecho sobre un bien gravado recurra a un tribunal o a otra autoridad en relación con el ejercicio de los derechos que tiene a raíz del incumplimiento.

Derechos del otorgante tras el incumplimiento

139. El régimen debería prever que, al producirse el incumplimiento, el otorgante tendrá derecho a ejercer uno o más de los siguientes derechos:

a) Pagar íntegramente la obligación garantizada, y quedar liberado de la garantía real constituida sobre todos los bienes gravados que respalden la obligación, conforme a la recomendación 140;

b) Apelar ante un tribunal u otra autoridad en caso de que el acreedor garantizado no esté cumpliendo sus obligaciones previstas en las disposiciones del presente régimen, conforme a las recomendación 137;

c) Proponer al acreedor garantizado, o rechazar la propuesta del acreedor garantizado, de aceptar un bien gravado a modo de satisfacción total o parcial de la obligación garantizada, conforme a las recomendaciones 158 y 159; y

d) Ejercer cualquier otro derecho previsto en el acuerdo de garantía o en otra regla de derecho.

Extinción de la garantía real tras el pago íntegro de la obligación garantizada

140. El régimen debería prever que el deudor, el otorgante o cualquier otra parte interesada (por ejemplo, un acreedor garantizado cuya garantía real goce de un grado de prelación inferior al del acreedor garantizado ejecutante, un garante o uno de los copropietarios de los bienes gravados) tendrán derecho a pagar íntegramente la obligación garantizada, incluidos los gastos de ejecución hasta la fecha del pago íntegro. Ese derecho se podrá ejercer hasta que el acreedor garantizado enajene o adquiera el bien gravado o cobre su importe o hasta que el acreedor garantizado celebre un acuerdo para enajenar el bien gravado, según lo que ocurra primero. Si se han cancelado todos los compromisos de otorgar crédito financiero, con este pago todos los bienes gravados que respaldan esa obligación dejarán de estar sujetos a la garantía real, a reserva de todo derecho de subrogación en beneficio de la persona que efectúe el pago.

Derechos del acreedor garantizado tras el incumplimiento

141. El régimen debería disponer que, tras el incumplimiento, el acreedor garantizado tendrá derecho a ejercer uno o más de los siguientes derechos con respecto a un bien gravado:

a) Obtener la posesión de un bien corporal gravado, conforme a las recomendaciones 146 y 147;

b) Vender o enajenar de algún otro modo un bien gravado, arrendarlo o conceder una licencia respecto de él, conforme a las recomendaciones 148 a 155;

c) Proponer al otorgante que el acreedor garantizado acepte un bien gravado a modo de cumplimiento total o parcial de la obligación garantizada, conforme a las recomendaciones 156 a 158;

d) Ejercer su garantía real sobre un bien incorporado, conforme a las recomendaciones 165 y 166;

e) Cobrar el valor o ejecutar de otro modo una garantía real sobre un bien gravado que sea un crédito por cobrar, un título negociable, un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria o el derecho a percibir el producto de una promesa independiente, conforme a las recomendaciones 167 a 176;

f) Ejercer sus derechos en virtud de un documento negociable, conforme a la recomendación 177; y

g) Ejercitar cualquier otro derecho previsto en el acuerdo de garantía (excepto si es incompatible con las disposiciones del presente régimen) o en cualquier regla de derecho.

Métodos de ejecución judicial y extrajudicial para ejercitar derechos a raíz del incumplimiento

142. El régimen debería disponer que, tras un incumplimiento, el acreedor garantizado podrá ejercer los derechos previstos en la recomendación 141 recurriendo a un tribunal o a otra autoridad, o sin tener que interponer ese tipo de recurso. El ejercicio de los derechos del acreedor garantizado por vía extrajudicial está supeditado a lo establecido en la norma general de conducta enunciada en la recomendación 131 y a los requisitos establecidos en las recomendaciones 147 a 155 en lo que respecta a la obtención de la posesión y a la enajenación de un bien gravado.

Derechos acumulativos posteriores al incumplimiento

143. El régimen debería prever que el ejercicio de un derecho tras el incumplimiento no invalidará la posibilidad de acogerse a otro derecho, salvo que el ejercicio de un derecho haya hecho imposible ejercitar otro derecho.

Derechos ejercitables a raíz del incumplimiento con respecto a la obligación garantizada

144. El régimen debería prever que el ejercicio de los derechos posteriores al incumplimiento con respecto a un bien gravado no impide ejercitar derechos posteriores al incumplimiento con respecto a la obligación garantizada por dicho bien gravado, y viceversa.

Derecho del acreedor garantizado con mayor grado de prelación a hacerse cargo de la ejecución

145. En el régimen debería preverse que, cuando un acreedor garantizado haya iniciado la ejecución adoptando alguna de las medidas descritas en las disposiciones relativas a la ejecución o un acreedor judicial haya adoptado las medidas enunciadas en la recomendación 84 (capítulo V, relativo a la prelación de una garantía real), el acreedor garantizado cuya garantía real goce de prelación sobre la del acreedor garantizado ejecutante o sobre la del acreedor judicial ejecutante tendrá derecho a hacerse cargo del proceso de ejecución en cualquier momento anterior a la enajenación, a la adquisición o al cobro de un bien gravado o a la celebración de un acuerdo por parte del acreedor garantizado ejecutante para enajenar el bien gravado, según lo que ocurra primero. El derecho a hacerse cargo del proceso incluye el de proceder a la ejecución mediante cualquier método previsto en las recomendaciones del presente capítulo.

Derecho del acreedor garantizado a la posesión de un bien gravado

146. El régimen debería prever que, al producirse un incumplimiento, el acreedor garantizado tendrá derecho a la posesión de un bien corporal gravado.

Obtención por vía extrajudicial de la posesión de un bien gravado

147. El régimen debería disponer que el acreedor garantizado podrá optar por obtener la posesión de un bien gravado corporal sin recurrir a un tribunal o a otra autoridad únicamente si:

- a) El otorgante ha dado su consentimiento, en el acuerdo de garantía, a que el acreedor garantizado pueda obtener la posesión sin recurrir a un tribunal o a otra autoridad;
- b) El acreedor garantizado ha notificado al otorgante y a cualquier persona que esté en posesión del bien gravado el incumplimiento y la intención del acreedor garantizado de obtener la posesión sin recurrir a un tribunal o a otra autoridad; y
- c) En el momento en que el acreedor garantizado trate de obtener la posesión del bien gravado, el otorgante y cualquier otra persona en cuya posesión se halle el bien gravado no ponga ningún reparo.

Enajenación extrajudicial de un bien gravado

148. El régimen debería prever que, tras producirse un incumplimiento, el acreedor garantizado tendrá derecho, sin recurrir a ningún tribunal ni a otra autoridad, a vender o a enajenar de otro modo un bien gravado, a arrendarlo o a conceder licencias sobre él, hasta donde corresponda a los derechos que el otorgante tenga sobre el bien gravado. A reserva de lo dispuesto en la recomendación 131 sobre la norma de conducta, un acreedor garantizado que opte por ejercer ese derecho podrá seleccionar el método, la manera, el momento, el lugar y otros aspectos de la enajenación, el arrendamiento o la concesión de la licencia.

Notificación anticipada de la enajenación extrajudicial de un bien gravado

149. El régimen debería disponer que, tras un incumplimiento, el acreedor garantizado deberá dar notificación de su intención de proceder a la venta o a otro tipo de enajenación de un bien gravado, a su arrendamiento o a la concesión de una licencia sobre él, sin recurrir a ningún tribunal ni a otra autoridad. No será preciso efectuar la notificación si el bien gravado es un bien perecedero, si puede perder valor rápidamente o si es un tipo de bien que se puede vender en un mercado reconocido.

150. El régimen debería prever disposiciones que garantizaran que la notificación mencionada en la recomendación 149 pudiera darse de forma eficiente, puntual y fiable, a fin de proteger al otorgante o a otras partes interesadas, evitando al mismo tiempo toda repercusión negativa en los recursos del acreedor garantizado y en el valor potencial neto de liquidación de los bienes gravados.

151. Respecto de la notificación mencionada en la recomendación 149, el régimen debería:

- a) Especificar que la notificación deberá darse:
 - i) Al otorgante, al deudor y a cualquier otra persona que adeude el pago de la obligación garantizada;
 - ii) A cualquier persona que tenga derechos sobre el bien gravado y que, más de [se especificará el número] días antes de que el acreedor garantizado haya notificado al otorgante, haya dado a conocer por escrito esos derechos al acreedor garantizado;
 - iii) A cualquier otro acreedor garantizado que, más de [un breve plazo que se especificará] días antes de que se envíe la notificación al otorgante, haya registrado una notificación de garantía real sobre el bien gravado que quede indizada bajo el dato identificador del otorgante; y

- iv) A cualquier otro acreedor garantizado que haya estado en posesión del bien gravado cuando el acreedor garantizado ejecutante tomó posesión de dicho bien;

b) Especificar la forma y el momento en que deberá darse tal notificación, así como la fecha y el contenido mínimo, determinando incluso si dicha notificación debería especificar el cálculo de la cuantía adeudada en ese momento y una indicación del derecho del deudor o del otorgante a obtener que los bienes gravados queden liberados de la garantía real con arreglo a la recomendación 140; y

c) Disponer que la notificación esté redactada en un idioma que quepa razonablemente prever que será entendido por los destinatarios, de modo que queden informados de su contenido. Bastará con que la notificación al otorgante conste en el idioma en que esté redactado el acuerdo relativo a la garantía que se ejecuta.

Distribución del producto de la enajenación de un bien gravado

152. En el régimen debería preverse que, en caso de enajenación extrajudicial de un bien gravado, el acreedor garantizado ejecutante deberá destinar el producto neto de su ejecución (previa deducción de los costos de ejecución) al pago de la obligación garantizada. A reserva de lo previsto en la recomendación 153, el acreedor garantizado ejecutante deberá cancelar todo superávit que subsista tras este pago a los acreedores concurrentes subordinados que, antes de toda distribución del superávit, hayan notificado al acreedor garantizado ejecutante su reclamación concurrente subordinada, hasta por el monto que corresponda a su reclamación. El saldo restante, si lo hubiere, deberá remitirse al otorgante.

153. Además, en el régimen debería disponerse que, en caso de ejecución extrajudicial de un bien gravado, exista o no controversia sobre el derecho de algún reclamante concurrente a cobrar o sobre el grado de prelación en el cobro, el acreedor garantizado ejecutante podrá, de conformidad con las reglas procesales generalmente aplicables, hacer efectivo el superávit a una autoridad judicial competente u otra autoridad o a una caja pública de depósitos para su distribución. En caso de efectuarse tal pago, el superávit debería repartirse en función de las reglas que rigen la prelación en el presente régimen.

154. En el régimen debería preverse que la distribución del producto resultante de una liquidación judicial o de otro procedimiento administrado oficialmente deberá efectuarse conforme a las normas generales del Estado que rijan los procedimientos de ejecución, pero con sujeción a las reglas de prelación del presente régimen.

155. En el régimen debería disponerse que el deudor y toda otra persona que adeude el pago de la obligación garantizada deberán abonar todo déficit en el saldo pagado que quede pendiente tras la aplicación del producto neto de la ejecución al cumplimiento de la obligación garantizada.

Recibo de un bien gravado como forma de pago de la obligación garantizada

156. En el régimen debería disponerse que, al producirse un incumplimiento, el acreedor garantizado podrá proponer por escrito que recibiría uno o más de los bienes gravados a modo de pago total o parcial de la obligación garantizada.

157. Con respecto a la propuesta mencionada en la recomendación 156, el régimen debería:

- a) Disponer que la propuesta deberá enviarse a las siguientes personas:
- i) El otorgante, el deudor y cualquier otra persona que adeude pagos correspondientes a la obligación garantizada o deba cumplirla de alguna otra forma (por ejemplo, un garante);
 - ii) A toda persona a la que asistan derechos sobre el bien gravado que haya notificado esos derechos por escrito al acreedor garantizado más de [se especificará el número] días antes del envío de la propuesta por parte del acreedor garantizado al otorgante;
 - iii) A cualquier otro acreedor garantizado que más de [un breve plazo que se especificará] días antes de que la propuesta sea enviada por el acreedor garantizado al otorgante, haya inscrito en un registro una notificación de una garantía real sobre el bien gravado indizada bajo el dato identificador del otorgante; y
 - iv) A cualquier otro acreedor garantizado que se halle en posesión del bien gravado en el momento en que se hubiera hecho cargo de él el acreedor garantizado; y

b) Disponer que en la propuesta deberá especificarse la suma adeudada en la fecha en que se envió la propuesta, así como la cuantía de la obligación que se propone dar por satisfecha al aceptar el bien gravado.

158. El régimen debería disponer que el acreedor garantizado podrá hacerse cargo del bien gravado, de conformidad con lo previsto en la recomendación 156, a menos que reciba de una persona a la que, en virtud de la recomendación 157, haya de enviarse una propuesta, una objeción por escrito a dicha propuesta dentro de [un breve plazo que se especificará] días a partir de la fecha de envío de la propuesta. En caso de una propuesta de aceptación del bien gravado como satisfacción parcial de la obligación garantizada, será necesario el consentimiento afirmativo por parte de cada destinatario de la propuesta.

159. El régimen debería disponer que el otorgante podrá formular una propuesta como la mencionada en la recomendación 156 y si el acreedor garantizado la acepta, el acreedor garantizado deberá proceder conforme a lo dispuesto en las recomendaciones 157 y 158.

Derechos adquiridos mediante enajenación judicial

160. En el régimen debería preverse que, si un acreedor garantizado enajena un bien gravado mediante un procedimiento judicial u otro procedimiento oficial, los derechos adquiridos por el cesionario deberán determinarse conforme a las normas generales del Estado que regulen los procedimientos de ejecución.

Derechos adquiridos mediante enajenación extrajudicial

161. El régimen debería prever que, si un acreedor garantizado vende o enajena de otra manera un bien gravado sin recurrir a un tribunal ni a otra autoridad, de conformidad con el régimen, una persona que adquiera el derecho del otorgante sobre el bien estará sujeta a los derechos que tengan mayor grado de prelación sobre la garantía real del acreedor garantizado ejecutante, pero estará libre de los derechos del acreedor garantizado ejecutante y de los de otra parte reclamante concurrente cuyo grado de prelación sea inferior al del acreedor garantizado ejecutante. La misma norma se aplicará a los derechos sobre

un bien gravado adquirido por un acreedor garantizado que haya recibido el bien gravado como pago total o parcial de la obligación garantizada.

162. El régimen debería disponer que, si un acreedor garantizado arrienda o concede una licencia sobre un bien gravado sin recurrir a un tribunal ni a ninguna otra autoridad, de conformidad con el presente régimen, el arrendatario o el licenciataria adquirirán el beneficio del arriendo o de la licencia durante el período correspondiente, a reserva de los derechos que tuvieran prelación sobre la garantía real del acreedor garantizado ejecutante.

163. El régimen debería disponer que, si el acreedor garantizado vende o enajena de otro modo el bien gravado, o si lo arrienda o concede una licencia sobre él de manera no conforme a las recomendaciones del presente capítulo, todo adquirente, arrendatario o licenciataria del bien gravado que actúe de buena fe adquirirá los derechos o beneficios descritos en las recomendaciones 161 y 162.

Concurrencia de regímenes de ejecución relacionados con bienes muebles y bienes inmuebles

164. El régimen debería prever lo siguiente:

a) El acreedor garantizado podrá optar por ejecutar una garantía real sobre un bien incorporado a un bien inmueble con arreglo a las recomendaciones del presente capítulo o de conformidad con el régimen que regule la ejecución de gravámenes sobre bienes inmuebles; y

b) Si una obligación frente a un acreedor garantizado está respaldada tanto por un bien mueble como por un bien inmueble del otorgante, el acreedor garantizado podrá ejecutar:

- i) La garantía real sobre el bien mueble conforme a las disposiciones pertinentes del presente régimen y el gravamen sobre el bien inmueble conforme al régimen que regule la ejecución de gravámenes sobre bienes inmuebles; o
- ii) Ambas garantías reales conforme al régimen que regule la ejecución de gravámenes sobre bienes inmuebles.

Ejecución de una garantía real sobre bienes incorporados a bienes inmuebles

165. El régimen debería disponer que un acreedor garantizado que tenga una garantía real sobre un bien incorporado a un bien inmueble sólo tendrá derecho a ejecutar su garantía real si goza de prelación respecto de los derechos concurrentes sobre el bien inmueble. En caso de tal tipo de ejecución, un acreedor que tenga un derecho concurrente sobre un bien inmueble con un grado inferior de prelación tendrá derecho a liquidar la obligación respaldada por una garantía real del acreedor garantizado ejecutante sobre el bien incorporado. El acreedor garantizado ejecutante será responsable de los daños sufridos por el bien inmueble al separar de él el bien incorporado, pero no de ninguna pérdida de valor que se deba únicamente a la ausencia del bien incorporado.

166. El régimen debería disponer que un acreedor garantizado que tenga una garantía real sobre un bien incorporado a un bien mueble tendrá derecho a ejecutar su garantía real sobre el bien incorporado. El acreedor que goce de un grado de prelación más alto tendrá derecho a hacerse cargo del proceso de ejecución, de conformidad con lo previsto en la recomendación 145. El acreedor que tenga un grado de prelación inferior tendrá

derecho a liquidar la obligación respaldada por la garantía real del acreedor garantizado ejecutante sobre el bien incorporado. El acreedor garantizado ejecutante será responsable de los daños sufridos por el bien mueble al separar de él el bien incorporado, pero no de la pérdida de valor que se deba únicamente a la ausencia del bien incorporado.

B. Recomendaciones específicamente relacionadas con los bienes

Aplicación del capítulo relativo a la ejecución a la transferencia absoluta de un crédito por cobrar

167. El régimen debería disponer que las recomendaciones del presente capítulo no serán aplicables al cobro o a otro tipo de ejecución de un crédito por cobrar transferido mediante una cesión pura y simple, exceptuando:

- a) Las recomendaciones 131 y 132, en el caso de una transferencia pura y simple con recurso; y
- b) Las recomendaciones 168 y 169.

Ejecución de una garantía real sobre un crédito por cobrar

168. El régimen debería disponer que, en el caso de un crédito por cobrar transferido mediante una cesión pura y simple, a reserva de las recomendaciones 117 a 123 (capítulo VII, relativo a los derechos y obligaciones de terceros deudores), el cesionario tendrá el derecho a cobrar o a hacer ejecutar de algún otro modo el crédito. En el caso de un crédito por cobrar, transferido por otro medio distinto de una cesión pura y simple, el cesionario, a reserva de las recomendaciones 117 a 123, tendrá el derecho a cobrar o a hacer cumplir de otro modo el crédito después del incumplimiento, o antes del incumplimiento con el acuerdo del cedente.

169. El régimen debería prever que el derecho del cesionario a cobrar o a hacer ejecutar de otro modo el pago de un crédito exigible incluye el derecho a cobrar o, si no, a hacer ejecutar cualquier derecho personal o real que respalde el pago del crédito.

Ejecución de una garantía real sobre un título negociable

170. En el régimen debería preverse que, después de incurrirse en incumplimiento, o antes de él y con el acuerdo del otorgante, el acreedor garantizado tendrá derecho, a reserva de lo dispuesto en la recomendación 124 (capítulo VII, relativo a los derechos y obligaciones de terceros deudores), a cobrar o a hacer valer de algún otro modo un título negociable que sea un bien gravado frente a una persona que se halle obligada por ese título.

171. El régimen debería disponer que el derecho del acreedor garantizado a cobrar o a hacer valer de algún otro modo un título negociable incluye el derecho a cobrar o a hacer ejecutar de algún otro modo cualquier derecho personal o real que respalde el pago del título negociable.

Distribución del producto de la enajenación cuando el bien gravado sea un crédito por cobrar, un título negociable u otra reclamación

172. El régimen debería disponer que, cuando se trate del cobro u otro tipo de ejecución de un crédito por cobrar o de un título negociable o de la ejecución de una reclamación,

el acreedor garantizado ejecutante deberá aplicar el producto neto de su ejecución (tras deducir los costos de ejecución) a la obligación garantizada. El acreedor garantizado ejecutante deberá pagar todo excedente a todo demandante concurrente subordinado que, antes de cualquier distribución del excedente, haya notificado el importe de su reclamación al acreedor garantizado ejecutante. En caso de que quede algún saldo, éste se deberá remitir al otorgante.

Ejecución de una garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria

173. En el régimen debería preverse que, después de incurrirse en incumplimiento, o antes de él y con el consentimiento del otorgante, el acreedor garantizado que disponga de una garantía real sobre el derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria, a reserva de lo dispuesto en las recomendaciones 125 y 126 (capítulo VII, relativo a los derechos y obligaciones de terceros deudores), tendrá derecho a cobrar o a hacer valer de algún otro modo su derecho al cobro de los fondos.

174. En el régimen debería preverse que el acreedor garantizado que tenga el control tendrá el derecho, a reserva de las recomendaciones 125 y 126 (capítulo VII, relativo a los derechos y obligaciones de terceros deudores), a ejecutar su garantía real sin tener que recurrir a un tribunal ni a ninguna otra autoridad.

175. El régimen debería disponer que el acreedor garantizado que no tenga el control tendrá derecho, a reserva de las recomendaciones 125 y 126 (capítulo VII, relativo a los derechos y obligaciones de terceros deudores), a cobrar o a ejecutar de algún otro modo la garantía real sobre el derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria frente al banco depositario únicamente en virtud de un mandamiento judicial, a menos que el banco depositario convenga en un procedimiento de otra índole.

Ejecución de una garantía real sobre el derecho a percibir el producto de una promesa independiente

176. El régimen debería disponer que, después de incurrir en incumplimiento, o antes de él y con el acuerdo del otorgante, el acreedor garantizado que tenga una garantía real sobre el derecho a percibir el producto de una promesa independiente tendrá el derecho, a reserva de las recomendaciones 127 a 129 (capítulo VII, relativo a los derechos y obligaciones de terceros deudores), a cobrar o a hacer valer de otro modo su derecho a percibir el producto de la promesa independiente.

Ejecución de una garantía real sobre un documento negociable o sobre un bien corporal abarcado por un documento negociable

177. En el régimen debería preverse que, al producirse un incumplimiento, o antes de él y con el consentimiento del otorgante, el acreedor garantizado tendrá derecho, a reserva de lo dispuesto en la recomendación 130 (capítulo VII, relativo a los derechos y obligaciones de terceros deudores), a ejecutar una garantía real sobre un documento negociable o sobre un bien corporal abarcado por el documento negociable.

IX. Financiación garantizada de adquisiciones

Opción A: Enfoque unitario*

Finalidad

Las disposiciones destinadas a las garantías reales del pago de una adquisición tienen por finalidad:

- a) Reconocer la importancia de la financiación garantizada de adquisiciones y facilitar el recurso a ella como fuente asequible de crédito, particularmente para la pequeña y mediana empresa;
- b) Prever igual trato para todos los proveedores de financiación garantizada de adquisiciones; y
- c) Facilitar toda operación garantizada en general, dotando de transparencia al régimen aplicable a las garantías reales del pago de una adquisición.

Equivalencia entre una garantía real del pago de una adquisición y una garantía real en general

178. El régimen debería prever que toda garantía real del pago de una adquisición constituye una garantía real. Por ello, todas las recomendaciones respecto de las garantías reales, comprendidas las relativas a su constitución, oponibilidad a terceros (a reserva de lo dispuesto en la recomendación 179), inscripción registral, ejecutoriedad y derecho aplicable a una garantía real, son aplicables a toda garantía real del pago de una adquisición. Las recomendaciones sobre la prelación también son aplicables (a reserva de lo dispuesto en las recomendaciones 180 a 185).

Oponibilidad y prelación de una garantía real del pago de bienes de consumo

179. El régimen debería prever que toda garantía real del pago de bienes de consumo es oponible a terceros a raíz de su constitución y, a reserva de lo dispuesto en la recomendación 181, gozará de prelación sobre una garantía real concurrente sin fines de adquisición constituida por el otorgante.

Prelación de las garantías reales del pago de bienes corporales

180. El régimen debería prever que, a reserva de lo dispuesto en la recomendación 181:

Variante A**

- a) Toda garantía real del pago de un bien corporal, que no sea un bien de consumo ni forme parte de existencias, gozará de prelación frente a toda garantía concurrente constituida por el otorgante para fines que no sean garantizar el pago (aun cuando se haya inscrito una notificación de dicha garantía en el registro general

*Un Estado podrá adoptar la opción A (enfoque unitario), es decir, las recomendaciones 178 a 186, o la opción B (enfoque no unitario), es decir, las recomendaciones 187 a 202. Las recomendaciones que no figuran en el presente capítulo son aplicables por lo general a la financiación de adquisiciones, salvo en la medida en que hayan sido modificadas por las recomendaciones del presente capítulo.

**Un Estado podrá adoptar la variante A o la variante B de la recomendación 180.

de las garantías reales antes que la notificación concerniente a la garantía del pago de su adquisición), siempre y cuando:

- i) El acreedor garantizado por la garantía de adquisición retenga la posesión del bien corporal; o
- ii) Se inscriba una notificación de la garantía real del pago en el registro general de las garantías reales dentro de un plazo de [se especificará un breve plazo, tal vez de 20 a 30 días] días a partir de la entrega al otorgante del bien corporal gravado;

b) Una garantía real del pago de existencias gozará de prelación frente a toda garantía real concurrente sin fines de adquisición constituida por el otorgante (aun cuando la segunda haya pasado a ser oponible a terceros antes que la primera), siempre y cuando:

- i) El acreedor garantizado que haya financiado la adquisición retenga la posesión de las existencias; o
- ii) Previo a la entrega al otorgante de las existencias:

a. Se haya inscrito una notificación de la garantía real del pago de su adquisición en el registro general de las garantías reales; y

b. El acreedor garantizado que financie la adquisición notifique al acreedor garantizado de la garantía sin fines de adquisición antes inscrita, constituida por el otorgante sobre existencias de la misma índole, que tiene una garantía real del pago de una adquisición o que pretende obtenerla. Esa notificación deberá describir con suficiente claridad las existencias para que el acreedor garantizado de la garantía real sin fines de adquisición pueda concretar las existencias que son objeto de la garantía real del pago de una adquisición;

c) Una única notificación, efectuada con arreglo al apartado ii) b. del párrafo b) de la presente recomendación, podrá abarcar garantías reales del pago de una adquisición en el marco de las operaciones múltiples entre las mismas partes sin necesidad de que cada operación sea precisada en la notificación. La notificación será válida únicamente para las garantías reales del pago de los bienes corporales cuya posesión obtenga el otorgante en plazo de [indíquese un plazo, por ejemplo, de cinco años] a partir de la fecha del aviso.

Variante B

Toda garantía real del pago de un bien corporal, que no sea un bien de consumo, gozará de prelación frente a toda garantía concurrente constituida por el otorgante para fines que no sean garantizar el pago (aun cuando se haya inscrito una notificación de dicha garantía en el registro general de las garantías reales antes que la notificación referente a la garantía del pago de su adquisición), siempre y cuando:

a) El acreedor garantizado por la garantía de adquisición retenga la posesión del bien corporal; o

b) Se inscriba una notificación de la garantía real del pago en el registro general de las garantías reales dentro de un plazo de [indíquese un plazo breve, por ejemplo, 20 ó 30 días] a partir de la entrega al otorgante del bien corporal.

Prelación de una garantía real inscrita en un registro especial o anotada en un certificado de titularidad

181. El régimen debería prever que la prelación de una garantía real del pago de una adquisición con arreglo a la recomendación 179 ó 180 no primará sobre la prelación de una garantía real u otro derecho inscrito en un registro especial o anotado en un certificado de titularidad en virtud de las recomendaciones 77 y 78 (capítulo V, sobre la prelación de una garantía real).

Prelación entre garantías reales del pago de una adquisición concurrentes

182. El régimen debería prever que la prelación entre garantías reales del pago de una adquisición concurrentes vendrá determinada con arreglo a las reglas generales de prelación aplicables a las garantías reales no destinadas al pago de una adquisición, a reserva de que una de las garantías reales del pago de una adquisición lo sea de un proveedor que se hizo oponible a terceros dentro del plazo previsto en la recomendación 180, en cuyo caso la garantía real del pago de una adquisición del proveedor gozará de prelación respecto de todas las garantías reales del pago de una adquisición concurrentes.

Prelación de una garantía real del pago de una adquisición frente al derecho de un acreedor judicial

183. El régimen debería prever que una garantía real del pago de una adquisición que se haga oponible a terceros dentro del plazo previsto en la recomendación 180 gozará de prelación frente a los derechos de un acreedor no garantizado, que de lo contrario gozaría de prioridad con arreglo a la recomendación 84 (capítulo V, sobre la prelación de una garantía real).

Prelación de una garantía real del pago de una adquisición sobre un bien fijo o incorporado a un inmueble frente a todo gravamen anteriormente inscrito sobre dicho inmueble

184. El régimen debería prever que una garantía real del pago de un bien corporal que vaya a convertirse en un bien fijo o incorporado a un inmueble gozará de prelación frente a terceros con derechos existentes sobre dicho inmueble (que no sea un gravamen por el que se garantice un préstamo obtenido para la construcción del inmueble), a condición de que se haya inscrito en el registro de la propiedad inmobiliaria una notificación de la garantía real del pago de una adquisición en un plazo de [indíquese un breve plazo de unos 20 a 30 días] días a partir del momento en que el bien corporal pasó a ser un bien fijo de dicho inmueble.

Prelación de una garantía real del pago de una adquisición sobre el producto de un bien corporal

185. El régimen debería disponer que:

Variante A*

a) Una garantía real del pago del producto de un bien corporal que no sean existencias ni bienes de consumo gozará de la misma prelación que una garantía real del pago de una adquisición sobre ese bien; y

b) Una garantía real sobre el producto de existencias gozará de la misma prelación que una garantía real del pago de esas existencias, salvo si el producto reviste la forma de créditos por cobrar, títulos negociables, derechos al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria o derechos a percibir el producto de una promesa independiente. No obstante, esa prelación estará supeditada a que el acreedor garantizado que financie la adquisición notifique a los acreedores garantizados que, antes de que ese producto nazca, ha inscrito una notificación respecto de una garantía real sobre bienes de la misma índole que el producto de dichas existencias.

Variante B

Si una garantía real del pago de una adquisición constituida sobre un bien corporal es oponible a terceros, la garantía real sobre el producto gozará de la misma prelación que una garantía real no destinada a respaldar el pago de una adquisición.

Las garantías reales del pago de una adquisición como garantías reales en el procedimiento de insolvencia

186. El régimen debería prever que, en el caso de un procedimiento de insolvencia relacionado con el deudor, las disposiciones aplicables a las garantías reales se aplicarán también a las garantías reales del pago de adquisiciones.

Opción B: Enfoque no unitario***Finalidad*

Las disposiciones del régimen destinadas a la financiación de adquisiciones, con inclusión de las garantías reales del pago de una adquisición, los derechos de retención de la titularidad y los de arrendamiento financiero, tienen por finalidad:

a) Reconocer la importancia de la financiación de adquisiciones y facilitar el recurso a esa financiación como fuente asequible de crédito, particularmente para la pequeña y mediana empresa;

b) Prever igual trato para todo financiador de adquisiciones; y

c) Facilitar toda operación garantizada en general, dotando de transparencia al régimen aplicable a la financiación de adquisiciones.

Métodos de financiación de las adquisiciones

187. El régimen debería prever que:

*Un Estado podrá adoptar la variante A de la recomendación 185, si adopta la variante A de la recomendación 180, o la variante B de la recomendación 185 si adopta la variante B de la recomendación 180.

**Un Estado podrá adoptar la opción A (enfoque unitario), es decir, las recomendaciones 178 a 186, o la opción B (enfoque no unitario), es decir, las recomendaciones 187 a 202.

a) Las disposiciones sobre las garantías reales del pago de una adquisición en el contexto del enfoque no unitario son idénticas a las adoptadas en el contexto del enfoque unitario;

b) Todos los acreedores, tanto los proveedores como los prestamistas, podrán adquirir una garantía real del pago de una adquisición de conformidad con las disposiciones que rigen las garantías reales del pago de una adquisición;

c) Podrá preverse un régimen de financiación de adquisiciones basado en los derechos de retención de la titularidad y los derechos de arrendamiento financiero de conformidad con la recomendación 188; y

d) Un prestamista podrá adquirir el beneficio de un derecho de retención de la titularidad y de un derecho de arrendamiento financiero mediante una cesión o una subrogación.

Equivalencia entre un derecho de retención de la titularidad y un derecho de arrendamiento financiero y una garantía real del pago de una adquisición

188. El régimen debería prever que las reglas aplicables a la financiación de adquisiciones reportarán resultados económicos que sean funcionalmente equivalentes entre sí con independencia de que el derecho del acreedor sea un derecho de retención de la titularidad, un derecho de arrendamiento financiero o una garantía real del pago de una adquisición.

Eficacia jurídica de un derecho de retención de la titularidad y de un derecho de arrendamiento financiero

189. El régimen debería prever que un derecho de retención de la titularidad o un derecho de arrendamiento financiero tendrá eficacia jurídica únicamente si el acuerdo de venta o de arrendamiento se ha concertado o se prueba por un escrito que, en combinación con la conducta entre las partes, indique la intención del vendedor o del arrendador de retener la propiedad. El escrito deberá existir a más tardar en el momento en que el comprador o el arrendador obtenga la posesión del bien corporal.

Derecho del comprador o del arrendatario a constituir una garantía real

190. El régimen debería disponer que un comprador o un arrendatario podrán constituir una garantía real sobre un bien corporal objeto de un derecho de retención de la titularidad o de un derecho de arrendamiento financiero. El importe máximo que cabrá obtener mediante la garantía real corresponderá al valor del bien corporal que rebase la suma adeudada al vendedor o al arrendador financiero.

Oponibilidad a terceros de un derecho de retención de la titularidad o de un derecho de arrendamiento financiero sobre bienes de consumo

191. El régimen debería prever que un derecho de retención de la titularidad y un derecho de arrendamiento financiero sobre bienes de consumo serán oponibles a terceros una vez celebrado el contrato de venta o de arrendamiento, siempre y cuando este derecho se haga constar de conformidad con la recomendación 189.

Oponibilidad a terceros de un derecho de retención de la titularidad sobre un bien corporal o de un derecho de arrendamiento financiero de tal bien

192. El régimen debería prever que:

Variante A*

a) El derecho de retención de la titularidad o el derecho de arrendamiento financiero sobre un bien corporal que no constituya existencias ni bienes de consumo será oponible a terceros únicamente si:

- i) El comprador o el arrendador conserva la posesión del bien corporal; o
- ii) Se inscribe una notificación al respecto en el registro general de garantías reales a más tardar [indíquese un plazo breve, por ejemplo de 20 ó 30 días] días después de que el comprador o el arrendatario obtenga la posesión del bien corporal;

b) El derecho de retención de la titularidad o el derecho de arrendamiento financiero sobre existencias serán oponibles a terceros únicamente si:

- i) El vendedor o el arrendador conserva la posesión de las existencias; o si
- ii) Antes de la entrega de las existencias al comprador o al arrendatario:
 - a. Se inscribe una notificación al respecto en el registro general de las garantías reales; y
 - b. Un acreedor garantizado que goce de una garantía real sin fines de adquisición inscrita anteriormente y constituida por el comprador o el arrendatario sobre existencias del mismo tipo recibe una notificación del vendedor o del arrendador en el sentido de que el vendedor o el arrendador se proponen invocar el derecho de retención de la titularidad o el derecho de arrendamiento financiero. En esa notificación se deberían describir las existencias con precisión suficiente para que el acreedor garantizado pueda determinar la naturaleza de las existencias sujetas al derecho de retención de la titularidad o al derecho de arrendamiento financiero;

c) Una única notificación, efectuada con arreglo al apartado ii) b. del párrafo b) de la presente recomendación, podrá abarcar los derechos de retención de la titularidad y los derechos de arrendamiento financiero en el marco de operaciones múltiples entre las mismas partes sin necesidad de que se especifique cada operación en la notificación. La notificación será válida únicamente para los derechos sobre bienes corporales cuya posesión obtenga el comprador o el arrendatario en un plazo de [indíquese un plazo, por ejemplo, de cinco años] años a partir de la fecha de la notificación.

Variante B

El derecho de retención de la titularidad o el derecho de arrendamiento financiero sobre los bienes corporales que no sean bienes de consumo serán oponibles a terceros únicamente si:

*Un Estado podrá adoptar la variante A o la variante B de la recomendación 192.

- a) El vendedor o el arrendador conservan la posesión del bien corporal; o
- b) Se inscribe una notificación al respecto en el registro general de las garantías reales a más tardar [indíquese un plazo breve, por ejemplo de 20 ó 30 días] días después de que el comprador o el arrendatario obtengan la posesión del bien corporal.

La regla enunciada en esta recomendación se aplica también a una garantía real del pago de un bien corporal que no sea un bien de consumo.

Suficiencia de una sola notificación

193. El régimen debería prever que bastará con hacer inscribir una sola notificación en el registro general de las garantías reales para obtener la oponibilidad a terceros de un derecho de retención de la titularidad o un derecho de arrendamiento financiero en el marco de todas las operaciones concertadas entre las mismas partes antes o después de la inscripción, en la medida en que recaigan sobre bienes corporales que correspondan a la descripción dada en la notificación. Las disposiciones del sistema de registro se aplicarán, con las modificaciones terminológicas pertinentes, a la inscripción de un derecho de retención de la titularidad y de un derecho de arrendamiento financiero.

Consecuencias de que no se obtenga la oponibilidad a terceros de un derecho de retención de la titularidad o de un derecho de arrendamiento financiero

194. El régimen debería disponer que si un derecho de retención de la titularidad o un derecho de arrendamiento financiero no es oponible a terceros, la propiedad del bien corporal frente a terceros pasará al comprador o al arrendatario, y el vendedor o el arrendador dispondrán de una garantía real sobre el bien corporal objeto de las recomendaciones aplicables a las garantías reales.

Oponibilidad a terceros del derecho de retención de la titularidad o del derecho de arrendamiento financiero sobre un bien incorporado a un bien inmueble

195. El régimen debería disponer que el derecho de retención de la titularidad o el derecho de arrendamiento financiero sobre un bien corporal que se convierta en un bien fijo de un bien inmueble será oponible a terceros con derechos sobre el bien inmueble que estén inscritos en el registro de propiedad inmobiliaria solamente si se ha inscrito en el registro de propiedad inmobiliaria a más tardar [especifíquese un breve período de tiempo, como 20 a 30 días] días después de que el bien corporal haya pasado a ser un bien fijo del inmueble.

196. El régimen debería disponer que si un vendedor o un arrendador no inscribe, en el plazo previsto en la recomendación 195, una notificación de su derecho de retención de la titularidad o de su derecho de arrendamiento financiero sobre un bien corporal que haya pasado a ser un bien incorporado a un inmueble, se considerará que el derecho de retención de la titularidad del vendedor o el derecho de arrendamiento financiero del arrendador constituye una garantía real.

Existencia de una garantía real sobre el producto de bienes corporales objeto de un derecho de retención de la titularidad o un derecho de arrendamiento financiero

197. El régimen debería prever que un vendedor o un arrendador que gocen de un derecho de retención de la titularidad o un derecho de arrendamiento financiero sobre un bien corporal tendrán una garantía real sobre el producto de dicho bien corporal.

Oponibilidad a terceros de una garantía real sobre el producto de un bien corporal objeto de un derecho de retención de la titularidad o un derecho de arrendamiento financiero

198. El régimen debería prever que:

a) Toda garantía real sobre el producto a que se hace referencia en la recomendación 197 será oponible a terceros únicamente si el producto ha sido descrito en términos genéricos en la notificación inscrita por la que se hizo oponible a terceros el derecho de retención de la titularidad o el derecho de arrendamiento financiero o si el producto consiste en dinero, créditos por cobrar, títulos negociables o derechos al cobro de fondos acreditados en una cuenta bancaria;

b) Si el producto no ha sido descrito en términos genéricos en la notificación inscrita o no consiste en los tipos de bienes enumerados en el apartado a) de la presente recomendación, la garantía real sobre el producto será oponible a terceros durante [indíquese un breve plazo de tiempo] días después de que nazca el producto y con carácter continuo posteriormente, si se le dio eficacia frente a terceros por uno de los métodos enumerados en la recomendación 32 ó 34 (capítulo III, relativo a la oponibilidad de una garantía real a terceros) antes del vencimiento de ese plazo.

Prelación de una garantía real sobre el producto de un bien corporal

199. El régimen debería prever que:

Variante A*

a) Si un derecho de retención de titularidad o un derecho de arrendamiento financiero es oponible a terceros, la garantía real sobre el producto al que se hace referencia en la recomendación 197 gozará de prioridad frente a toda garantía real sobre el mismo bien; y

b) Si un derecho de retención de la titularidad o un derecho de arrendamiento financiero es oponible a terceros, la garantía real sobre el producto de las existencias adquiridas a que se hace referencia en la recomendación 197 gozará de la misma prelación que un derecho de retención de la titularidad o de arrendamiento financiero sobre dichas existencias, salvo cuando el producto consista en efectos a cobrar, títulos negociables, derechos al cobro de fondos acreditados en una cuenta bancaria y derechos a recibir el producto de una promesa independiente. Ahora bien, dicha prelación estará supeditada a que el vendedor o el arrendador notifiquen al respecto

*Un Estado podrá adoptar la variante A de la recomendación 199, si adopta la variante A de la recomendación 192, o la variante B de la recomendación 199 si adopta la variante B de la recomendación 192.

a todo acreedor garantizado que, antes de que ese producto nazca, hayan inscrito una notificación respecto de una garantía real sobre bienes de la misma índole que el producto de las existencias.

Variante B

Si un derecho de retención de la titularidad o un derecho de arrendamiento financiero sobre un bien corporal es oponible a terceros, la garantía real sobre el producto a que se hace referencia en la recomendación 197 gozará de la misma prioridad que una garantía real no destinada a la adquisición si la garantía real sobre el producto es oponible a terceros con arreglo a la recomendación 198. Esta regla se aplicará también al producto de un bien corporal sujeto a una garantía real del pago de una adquisición.

Ejecución de un derecho de retención de la titularidad o de un derecho de arrendamiento financiero

200. El régimen debería prever que:

a) Las reglas relativas a la ejecución de un derecho de retención de la titularidad o un derecho de arrendamiento financiero sobre un bien corporal a raíz de un incumplimiento deberían ocuparse de:

- i) La forma en que el vendedor o el arrendador podrán obtener la posesión del bien corporal;
- ii) Si el vendedor o el arrendador están obligados o no a enajenar el bien corporal y, en caso afirmativo, la forma de hacerlo;
- iii) La cuestión de si el vendedor o el arrendador pueden retener un superávit; y
- iv) La cuestión de si el vendedor o el arrendador tienen alguna reclamación frente al comprador o el arrendatario por eventuales deficiencias;

b) El régimen que se aplique a la ejecución de una garantía real a raíz de un incumplimiento será aplicable a la ejecución de un derecho de retención de la titularidad o de un derecho de arrendamiento financiero tras un incumplimiento, sin que con ello se menoscabe la coherencia del régimen aplicable a la venta y al arrendamiento.

Ley aplicable a un derecho de retención de la titularidad o a un derecho de arrendamiento financiero

201. El régimen debería prever que las disposiciones sobre conflicto de leyes que se apliquen a las garantías reales se aplicarán también a los derechos de retención de la titularidad y a los derechos de arrendamiento financiero.

Derecho de retención de la titularidad o derecho de arrendamiento financiero en un procedimiento de insolvencia

202. El régimen debería prever que, en caso de un procedimiento de insolvencia respecto del deudor,

Variante A*

las disposiciones que se apliquen a las garantías reales se aplicarán también a los derechos de retención de la titularidad y a los derechos de arrendamiento financiero.

Variante B

las disposiciones de la legislación del Estado promulgante que se apliquen a los derechos de propiedad de terceros se aplicarán también a los derechos de retención de la titularidad y a los derechos de arrendamiento financiero.

X. Conflicto de leyes***Finalidad*

La finalidad de las normas de conflicto de leyes es determinar la ley aplicable a: la constitución, oponibilidad a terceros y prelación de una garantía real; y los derechos y obligaciones del otorgante, el acreedor garantizado y los terceros con anterioridad y posterioridad al incumplimiento³⁶.

A. Recomendaciones generales*Ley aplicable a las garantías reales sobre bienes corporales*

203. El régimen³⁷ debería disponer, salvo que en las recomendaciones 204 a 207 y 211 se disponga otra cosa, que la ley aplicable a la constitución de toda garantía real sobre bienes corporales, su oponibilidad a terceros y su grado de prelación será la ley del Estado en que esté situado el bien.

204. El régimen debería prever que la ley aplicable a las cuestiones mencionadas en la recomendación 203 respecto de una garantía real sobre un bien corporal de una especie que suele utilizarse en más de un Estado será la ley del Estado en que esté situado el otorgante.

205. El régimen debería prever que, si una garantía real sobre un bien corporal es objeto de inscripción en un registro especial o de anotación en un certificado de titularidad, la ley aplicable a las cuestiones mencionadas en la recomendación 203 será la ley del Estado bajo cuya jurisdicción se mantenga el registro o se expida el certificado de titularidad.

206. El régimen debería prever que la ley aplicable al grado de prelación de una garantía real sobre un bien corporal que se haya hecho oponible a terceros mediante la posesión de un documento negociable frente a otra garantía real concurrente que se haya hecho oponible a terceros mediante otro método será la ley del Estado en que esté situado el documento.

*Un Estado podrá adoptar la variante A o la variante B de la recomendación 202.

**Las recomendaciones sobre conflictos de leyes se prepararon en estrecha colaboración con la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

³⁶Las cuestiones de conflicto de leyes relativas a la financiación de adquisiciones se abordan en el capítulo IX. Las cuestiones de conflicto de leyes relativas a la insolvencia se abordan en el presente capítulo y en el capítulo XII.

³⁷En el presente capítulo se entiende por "régimen" el régimen de las operaciones garantizadas u otro régimen en el que un Estado podrá incluir disposiciones sobre conflicto de leyes.

Ley aplicable a las garantías reales sobre bienes corporales en tránsito o destinados a la exportación

207. El régimen debería disponer que toda garantía real sobre bienes corporales (que no sean títulos negociables ni documentos negociables) que estén en tránsito, o que se vayan a exportar del Estado en que se encuentren en el momento de constituirse la garantía real, podrá constituirse y hacerse valer frente a terceros con arreglo a las leyes del Estado en que estuviesen situados inicialmente los bienes, de conformidad con la recomendación 203, o con arreglo a las leyes del Estado de destino final, siempre y cuando los bienes lleguen a ese Estado en un plazo de [indíquese un plazo breve] días a contar desde el momento en que se haya constituido la garantía real.

Ley aplicable a las garantías reales sobre bienes inmateriales

208. El régimen debería disponer que la ley aplicable a la constitución de toda garantía real sobre un bien inmaterial, a su oponibilidad a terceros y a su grado de prelación será la ley del Estado en que esté situado el otorgante.

Ley aplicable a una garantía real sobre créditos por cobrar nacidos de una venta, de un arrendamiento o de una operación respaldada por un acuerdo de garantía relativo a un bien inmueble

209. El régimen debería disponer que la ley aplicable a la constitución de toda garantía real sobre un crédito por cobrar nacido de una venta, de un arrendamiento o de una operación respaldada por un acuerdo de garantía relativo a un bien inmueble, a su oponibilidad a terceros y a su grado de prelación será la ley del Estado en que esté situado el cedente. No obstante, la ley aplicable a los conflictos de prelación relativos a los derechos de un demandante concurrente inscrito en el registro de la propiedad inmobiliaria será la ley del Estado bajo cuya jurisdicción se mantenga dicho registro. La regla que figura en la oración anterior se aplicará únicamente si la inscripción es pertinente en virtud de dicha ley a la prelación de una garantía real sobre el crédito por cobrar.

Ley aplicable a las garantías reales sobre el derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria

210. El régimen debería disponer que la ley aplicable a la constitución de toda garantía real sobre el derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria, su oponibilidad a terceros, su grado de prelación y su ejecución, así como los derechos y obligaciones del banco depositario con respecto a dicha garantía, será

Variante A*

la ley del Estado en que el banco que administre la cuenta bancaria tenga su establecimiento. Si tuviera establecimiento en más de un Estado, se hará remisión al lugar en que se encuentre la filial que administra la cuenta.

*Un Estado podrá adoptar la variante A o la variante B de la recomendación 210.

Variante B

la ley del Estado expresamente designado en el acuerdo sobre la cuenta para regularlo o, si en ese acuerdo se estipulara expresamente la aplicabilidad de otra ley a todas esas cuestiones, esa otra ley. No obstante, la ley del Estado determinada conforme a la oración anterior únicamente será aplicable si el banco depositario, en el momento de concertar el acuerdo sobre la cuenta, posee en ese Estado una oficina normalmente encargada de administrar cuentas bancarias. De no ser determinada la ley aplicable conforme a las dos oraciones anteriores, la ley aplicable habrá de determinarse en virtud de reglas supletorias basadas en el artículo 5 del Convenio de La Haya sobre la ley aplicable a ciertos derechos sobre valores depositados en poder de un intermediario³⁸.

La presente recomendación está sujeta a la excepción prevista en la recomendación 211.

Ley aplicable a la oponibilidad a terceros de garantías reales sobre determinados tipos de bienes mediante inscripción registral

211. El régimen debería disponer que, si el Estado en que está situado el otorgante reconoce la inscripción registral como método para que una garantía real sobre un título negociable o un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria surta efecto frente a terceros, sea la ley de ese Estado la que determine si esa garantía ha pasado a ser oponible a terceros mediante la inscripción registral efectuada conforme a sus leyes.

Ley aplicable a las garantías reales sobre el derecho de recibir el producto de una promesa independiente

212. El régimen debería disponer que la ley del Estado especificado en una promesa independiente del garante/emisor, del confirmante o de la persona designada registrará:

a) Los derechos y obligaciones del garante/emisor, del confirmante o de la persona designada que haya recibido una solicitud de aceptación o que haya pagado o pueda pagar o dar valor de otra forma en virtud de una promesa independiente;

b) El derecho a ejecutar la garantía real constituida sobre el derecho a recibir el producto de una promesa independiente frente al garante/emisor, al confirmante o a la persona designada; y

c) Salvo que en la recomendación 213 se disponga otra cosa, la oponibilidad a terceros y la prelación de la garantía real constituida sobre el derecho a recibir el producto de una promesa independiente.

213. Si la ley aplicable no queda determinada por la promesa independiente del garante/emisor o del confirmante, la ley que registrará las cuestiones enunciadas en la recomendación 212 será la del Estado en el que esté situada la filial u oficina del garante/emisor o del confirmante que se indique en la promesa independiente. Sin embargo, cuando se trate de una persona designada, la ley aplicable será la del Estado en que esté situada la filial u oficina de la persona designada que haya pagado o que pueda pagar o dar valor de otra forma en virtud de la promesa independiente.

³⁸Un Estado que adopte la variante B de la recomendación 210 tiene que adoptar también las recomendaciones 226 y 227.

214. El régimen debería disponer que la ley aplicable a la constitución y oponibilidad a terceros de una garantía real sobre un crédito por cobrar, un título negociable u otra demanda, cuyo pago u otra forma de cumplimiento esté respaldado por la promesa independiente, será también la ley aplicable a la cuestión de si se constituye una garantía real sobre el derecho a recibir el producto de una promesa independiente y pasa a ser oponible a terceros automáticamente como se prevé en las recomendaciones 25 (capítulo II, relativo a la constitución de una garantía real) y 48 (capítulo III, relativo a la oponibilidad a terceros de una garantía real).

Ley aplicable a las garantías reales sobre el producto de un bien

215. El régimen debería disponer que:

a) La constitución de toda garantía real sobre el producto de un bien se registrará por la ley aplicable a la constitución de la garantía real sobre el bien originalmente gravado del cual se obtenga el producto; y

b) La ley aplicable a la oponibilidad a terceros de toda garantía real sobre el producto de un bien y su prelación será la ley que rijan la oponibilidad a terceros y la prelación de una garantía real constituida sobre bienes del mismo tipo que el producto.

Ley aplicable a los derechos y obligaciones del otorgante y del acreedor garantizado

216. El régimen debería disponer que la ley aplicable a los derechos y obligaciones recíprocos del otorgante y el acreedor garantizado emanados del acuerdo de garantía será la ley que hayan elegido y, si no hubieran elegido la ley aplicable, la ley que regule el acuerdo de garantía.

Ley aplicable a los derechos y obligaciones de los terceros deudores y los acreedores garantizados

217. El régimen debería disponer que la ley aplicable a los créditos por cobrar, los títulos negociables o los documentos negociables será también la ley que rijan:

a) La relación entre el deudor y el cesionario del crédito por cobrar, y la relación entre una parte obligada en virtud de un título negociable y el titular de una garantía real sobre dicho título;

b) Las condiciones en que la cesión de un crédito por cobrar, una garantía real sobre el título negociable o una garantía real sobre el documento negociable podrá invocarse frente al deudor del crédito, frente a la parte obligada en virtud del título negociable o frente al emisor del documento negociable (incluso la posibilidad de que el deudor, la parte obligada o el emisor hiciera valer o no un acuerdo de intransferibilidad); y

c) La determinación de que las obligaciones del deudor del crédito, de la parte obligada en virtud del título negociable o del emisor del documento negociable se han cumplido o no.

Ley aplicable a la ejecución de las garantías reales

218. El régimen debería disponer que, a reserva de la recomendación 223, la ley aplicable a:

- a) Las cuestiones relativas a la ejecución de las garantías reales constituidas sobre bienes corporales será la ley del Estado en que tenga lugar la ejecución; y
- b) Las cuestiones relativas a la ejecución de las garantías reales constituidas sobre bienes inmateriales será la ley que rijan la prelación de la garantía.

Significado de la “ubicación” del otorgante

219. El régimen debería disponer que, a efectos de las disposiciones del presente régimen relativas al conflicto de leyes, el otorgante estará situado en el Estado en que se encuentre su establecimiento. Si está establecido en más de un Estado, su establecimiento será aquel en que se ejerza la administración central. Si no tiene un establecimiento, se hará referencia a su residencia habitual.

Momento aplicable al determinar la ubicación

220. El régimen debería disponer que:

a) Salvo en lo dispuesto en el apartado b) de la presente recomendación, cuando en las disposiciones del presente régimen relativas al conflicto de leyes se mencione la ubicación de los bienes o del otorgante, se interprete que se hace referencia, a efectos de las cuestiones relacionadas con la constitución de la garantía real, al lugar en que se encontraban los bienes o el otorgante en el momento de constituirse la garantía real y, a efectos de las cuestiones relativas a la oponibilidad a terceros y la prelación, al lugar en que se encontraban los bienes o el otorgante en el momento de plantearse la cuestión;

b) Si los derechos de las partes reclamantes concurrentes sobre un bien gravado se constituyeron y pasaron a ser oponibles a terceros antes del cambio de ubicación del bien o del otorgante, cuando en las disposiciones del presente régimen relativas al conflicto de leyes se mencione la ubicación de los bienes o del otorgante se entenderá, en lo que respecta a la oponibilidad a terceros y a las cuestiones de prelación, como una referencia al lugar anterior al cambio de ubicación.

Exclusión de la remisión

221. El régimen debería disponer que toda remisión, en las disposiciones del presente régimen relativas al conflicto de leyes, a “la ley” de otro Estado como ley que rige una determinada cuestión deberá entenderse como la ley vigente en ese Estado para cuestiones que no sean las reglas de conflicto de leyes.

Orden público y reglas imperativas desde una perspectiva internacional

222. El régimen debería disponer que:

a) El tribunal del foro sólo puede negarse a aplicar la ley determinada en las disposiciones del presente régimen relativas al conflicto de leyes cuando los efectos de su aplicación sean manifiestamente contrarios al orden público del foro;

b) Las disposiciones sobre conflicto de leyes no impiden que el tribunal del foro aplique las disposiciones de su propia ley que, independientemente de las reglas de conflicto de leyes, deban aplicarse incluso a situaciones internacionales; y

c) Las reglas enunciadas en los apartados a) y b) de la presente recomendación no permiten la aplicación de disposiciones de la ley del foro a la oponibilidad a terceros o a la prelación de una garantía real.

Efecto de la apertura de un procedimiento de insolvencia en la ley aplicable a las garantías reales

223. El régimen debería disponer que la apertura de un procedimiento de insolvencia no sustituye a las normas sobre conflicto de leyes que determinan la ley aplicable a la constitución, la oponibilidad a terceros, la prelación y la ejecución de una garantía real (y, en el contexto del enfoque no unitario, un derecho de retención de titularidad y un derecho de arrendamiento financiero). Ahora bien, esta disposición estará sujeta a los efectos que tenga en esas cuestiones la aplicación del régimen de insolvencia del Estado en el que se abra el procedimiento de insolvencia (*lex fori concursus*) a cuestiones como la elusión, el trato de los acreedores garantizados, la clasificación de demandas o la distribución del producto³⁹.

B. Recomendaciones especiales cuando el derecho aplicable es el de un Estado con varias unidades territoriales

224. El régimen debería disponer que, en aquellas situaciones en que la ley aplicable a una cuestión sea la de un Estado integrado por varias unidades territoriales, a reserva de lo dispuesto en la recomendación 225, toda referencia a la ley de un Estado compuesto por varias unidades territoriales se entenderá referida a la ley de la unidad territorial pertinente (determinada en función de la ubicación del otorgante o de un bien gravado o, si no, en virtud de las normas sobre conflicto de leyes) y, en la medida en que sea aplicable a dicha unidad territorial, se entenderá referida a la ley del Estado integrado por varias unidades territoriales propiamente dicho.

225. El régimen debería disponer que si, en virtud de sus disposiciones relativas al conflicto de leyes, la ley aplicable es la de un Estado compuesto por varias unidades territoriales o la de una de sus unidades territoriales, serán las reglas internas sobre conflicto de leyes vigentes de dicho Estado multiterritorial o su unidad territorial las que determinarán si se aplicarán las reglas sustantivas de derecho del Estado multiterritorial o las de una determinada unidad territorial de dicho Estado.

226. El régimen debería disponer que, cuando el titular de una cuenta y el banco depositario hayan convenido en aplicar al acuerdo sobre la cuenta la ley de una determinada unidad territorial de un Estado integrado por varias unidades territoriales:

a) La palabra “Estado”, que figura en la primera oración de la recomendación 210 (variante B) se entenderá referida a dicha unidad territorial;

b) Las palabras “ese Estado”, en la segunda oración de la recomendación 210 (variante B) se entenderán referidas al Estado multiterritorial propiamente dicho.

227. El régimen debería disponer que se aplicará la ley de una unidad territorial cuando:

a) En virtud de la recomendación 210 (variante B) y de la recomendación 226, la ley designada sea la de la unidad territorial de dicho Estado multiterritorial;

³⁹ Véase la recomendación 31 de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia.

b) En virtud de la ley de dicho Estado, la ley de una unidad territorial se aplique únicamente cuando el banco depositario tenga una oficina en el territorio de la unidad territorial que cumpla los requisitos especificados en la segunda oración de la recomendación 210 (variante B); y

c) La regla descrita en el apartado b) de la presente recomendación esté vigente en el momento en que se haya constituido la garantía real sobre la cuenta bancaria⁴⁰.

XI. Transición

Finalidad

La finalidad de las disposiciones del régimen relativas a la transición es lograr una transición justa y eficiente entre el régimen anteriormente aplicable y el presente régimen una vez que éste entre en vigor.

Fecha de entrada en vigor

228. En el régimen debería especificarse ya sea una fecha posterior a su promulgación para su entrada en vigor (la “fecha de entrada en vigor”), o un mecanismo por el que se fije esa fecha. A partir de dicha fecha, el régimen se aplicará a todas las operaciones comprendidas en su ámbito, concertadas antes o después de dicha fecha, a reserva de lo dispuesto en las recomendaciones 229 a 234.

Inaplicabilidad del régimen a las actuaciones abiertas antes de su entrada en vigor

229. El régimen debería disponer que no será aplicable a las cuestiones que estén siendo dirimidas en el marco de un litigio o de otro procedimiento vinculante de solución de controversias antes de la fecha de entrada en vigor. Si la ejecución de una garantía real ha comenzado antes de la fecha de entrada en vigor, podrá continuar en virtud del régimen vigente antes de la fecha de entrada en vigor (“normativa legal anterior”).

Constitución de una garantía real

230. El régimen debería disponer que la normativa legal anterior determinará si se constituyó una garantía real antes de la fecha de entrada en vigor.

Oponibilidad a terceros de una garantía real

231. El régimen debería disponer que una garantía real que haya pasado a ser oponible a terceros conforme a la normativa legal anterior conservará su eficacia frente a terceros hasta uno de los siguientes momentos, según cuál se dé primero:

a) El momento en que deje de ser oponible en virtud de la normativa legal anterior; y

b) Hasta la expiración de un plazo de [especificar el plazo] meses después de la fecha de entrada en vigor (“el período de transición”).

⁴⁰Únicamente los Estados que adopten la recomendación 210 (variante B) tienen que adoptar las recomendaciones 226 y 227.

Si se cumplen las prescripciones relativas a la oponibilidad a terceros antes de que ésta haya cesado en virtud de la oración precedente, la oponibilidad a terceros mantendrá su continuidad.

Prelación de una garantía real

232. A reserva de lo dispuesto en las recomendaciones 233 y 234, el régimen debería prever que la prelación de una garantía real se regirá por el presente régimen. El momento en que una garantía real referida en la recomendación 231 pasó a ser oponible a terceros o fue objeto de una inscripción de notificación en virtud de la normativa legal anterior será el momento que servirá para determinar la prelación de dicha garantía.

233. El régimen debería prever que la prelación de una garantía real será determinada por la normativa legal anterior cuando:

a) La garantía real y los derechos de todos los reclamantes concurrentes hubieran nacido antes de la fecha de entrada en vigor; y

b) No se haya producido ningún cambio en la situación jurídica de esos derechos desde la fecha de entrada en vigor.

234. El régimen debería prever que el grado de prelación de una garantía real ha cambiado si:

a) La garantía real era oponible a terceros en la fecha de entrada en vigor, conforme se prevé en la recomendación 231, y posteriormente dejó de ser oponible a terceros; o

b) La garantía real no era oponible a terceros en la fecha de entrada en vigor y posteriormente pasó a ser oponible a terceros.

XII. Las repercusiones de la insolvencia en las garantías reales

Finalidad

Las recomendaciones que se formulan en el presente capítulo tienen por objeto abordar las repercusiones de la insolvencia en las garantías reales de manera integral y en consonancia con la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia. Así pues, figuran en él las recomendaciones básicas de esa Guía relacionadas particularmente con las garantías reales. No obstante, para obtener un análisis más completo de las repercusiones del procedimiento de insolvencia en las garantías reales, el presente capítulo debe leerse juntamente con el comentario y las recomendaciones de la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia. También se examinan en el presente capítulo otras recomendaciones encaminadas a precisar determinadas cuestiones que, si bien se examinan en la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia, no son objeto allí de recomendaciones.

A. Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia⁴¹: *definiciones y recomendaciones*

1. Definiciones

12. b) Por “bienes del deudor” se entenderá todo bien y derecho del deudor, así como todo derecho real sobre bienes que obren o no en su posesión, ya sean corporales

⁴¹Publicación de las Naciones Unidas, Núm. de venta: S.05.V.10.

o inmateriales, muebles o inmuebles, y todo derecho del deudor sobre bienes gravados o sobre bienes que sean propiedad de un tercero;

12. r) Por “contrato financiero” se entenderá toda operación al contado, a plazo, de futuros, de opción o de permuta financiera relativa a tipos de interés, productos básicos, monedas, acciones, obligaciones, índices u otros instrumentos financieros, toda operación de préstamo o de recompra o rescate de valores negociables, y cualquier otra operación similar a alguna de las anteriormente mencionadas que se concierte en un mercado financiero, así como toda combinación de las operaciones anteriormente mencionadas;

12. x) Por “*lex fori concursus*” se entenderá la ley del foro ante el que se haya abierto el procedimiento de insolvencia;

12. y) Por “*lex rei sitae*” se entenderá la ley del Estado en que esté ubicado el bien de que se trate;

12. z) Por “compensación global por saldos netos” se entenderá la compensación global de obligaciones monetarias o no monetarias en virtud de contratos financieros;

12. aa) Por “acuerdo de compensación global” se entenderá todo acuerdo celebrado entre dos o más partes que contenga una o varias de las siguientes estipulaciones:

- i) La liquidación neta de los pagos abonables en una misma moneda y vencidos en una misma fecha, ya sea por novación o de alguna otra forma;
- ii) A raíz de la insolvencia o de otro tipo de incumplimiento de una de las partes en dicho acuerdo, la liquidación de todas las operaciones pendientes a su valor real de mercado o a su valor de sustitución, para la conversión de las sumas resultantes a una sola moneda y a un único saldo neto que una de las partes abonará a la otra; o
- iii) La compensación de los saldos calculados en la forma indicada en el inciso ii) que sean adeudados en virtud de dos o más acuerdos de compensación global⁴².

12. dd) Por “parte interesada” se entenderá toda persona cuyos derechos, obligaciones u otros intereses puedan verse afectados por el procedimiento de insolvencia o por algún incidente dimanante del mismo, incluidos el deudor, el representante de la insolvencia, todo acreedor, todo socio de la empresa, el comité de acreedores, toda entidad pública o cualquier otra persona que pueda verse igualmente afectada. Ello no deberá dar lugar a que una persona con un interés remoto o difuso que pueda verse afectado por el procedimiento de insolvencia pueda ser considerada parte interesada en dicho procedimiento;

12. ff) Por “preferencia” se entenderá aquella operación mediante la cual un acreedor obtiene una ventaja o percibe un pago especial;

12. gg) Por “prelación” se entenderá el derecho de toda persona a gozar de prioridad en el cobro, respecto de otra persona, cuando tal derecho haya nacido por efecto de la ley;

12. hh) Por “crédito prioritario” se entenderá todo crédito que sea abonable con anterioridad al pago a los acreedores ordinarios no garantizados;

12. ii) Por “protección del valor” se entenderá toda medida destinada a preservar el valor económico de los bienes gravados y los bienes pertenecientes a terceros durante el

⁴² Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos, artículo 5, párrafo 1.

procedimiento de insolvencia (en algunos ordenamientos se habla del “amparo debido”). Dicho valor podrá protegerse mediante pagos en efectivo, la constitución de una garantía real sobre bienes adicionales o sustitutivos, o por cualquier otro medio que, a juicio del tribunal, proporcione la protección requerida;

12. *pp*) Por “garantía real” se entenderá el derecho sobre un bien que se haya constituido en garantía del pago o cumplimiento de una o varias obligaciones.

2. Recomendaciones

Objetivos fundamentales de un régimen de la insolvencia eficaz y eficiente

1. A fin de establecer y desarrollar un régimen eficaz de la insolvencia deberían tenerse en cuenta los siguientes objetivos fundamentales:

a) Dar seguridad en el mercado para promover la estabilidad y el crecimiento económicos;

b) Obtener el máximo valor posible de los bienes;

c) Ponderar adecuadamente las respectivas ventajas de la vía de liquidación y de la vía de reorganización;

d) Tratar de manera equitativa a los acreedores que se encuentren en circunstancias similares;

e) Lograr una solución oportuna, eficiente e imparcial de la situación de insolvencia;

f) Preservar la masa de la insolvencia para que pueda efectuarse una distribución equitativa entre los acreedores;

g) Garantizar un régimen de la insolvencia transparente y previsible que comprenda incentivos para reunir y facilitar información; y

h) Reconocer los derechos existentes de los acreedores y establecer reglas claras para determinar el grado de prelación de los créditos.

4. El régimen de la insolvencia debería especificar que, cuando una garantía real sea válida y ejecutoria en virtud de una norma ajena al régimen de la insolvencia, será reconocida en un procedimiento de insolvencia como válida y ejecutoria.

7. A fin de elaborar un régimen eficaz y eficiente de la insolvencia, procederá considerar los siguientes rasgos comunes:

a) a d) ...

e) La protección de la masa de la insolvencia contra las acciones de los acreedores, del propio deudor y del representante de la insolvencia y, cuando las medidas de protección de la masa sean aplicables a los acreedores garantizados, la determinación del modo en que deberá salvaguardarse el valor económico de sus garantías reales durante el procedimiento de insolvencia;

f) a r) ...

Régimen aplicable a la validez y efectividad de los derechos y créditos

30. El régimen aplicable a la validez y efectividad de los derechos y créditos existentes en el momento de la apertura del procedimiento de insolvencia deberá establecerse

conforme a las normas de derecho internacional privado del Estado en el que se abra el procedimiento de insolvencia.

Régimen aplicable a los procedimientos de insolvencia: lex fori concursus

31. El régimen de la insolvencia del Estado en el que se abra el procedimiento de insolvencia (*lex fori concursus*) deberá aplicarse a todos los aspectos de la apertura, la sustanciación, la administración y la conclusión de dicho procedimiento y sus efectos. Entre ellos cabe citar los siguientes:

- a) a i) ...
- j) El tratamiento de los acreedores garantizados;
- k) a n) ...
- o) La clasificación de los créditos;
- p) a s) ...

Excepciones a la aplicación del régimen del procedimiento de insolvencia

...

34. Si, además de las recomendaciones 32 y 33, se añadieran nuevas excepciones, su número debería ser limitado y su contenido habría de exponerse o señalarse claramente en el régimen de la insolvencia.

Bienes que constituyen la masa de la insolvencia

35. El régimen de la insolvencia debería especificar que la masa de la insolvencia estará integrada por:

- a) Los bienes del deudor⁴³, incluidos los derechos que pueda tener el deudor sobre bienes gravados y sobre bienes que sean propiedad de terceros;
- b) Los bienes adquiridos tras la apertura del procedimiento de insolvencia; y
- c) ...

Medidas cautelares⁴⁴

39. El régimen de la insolvencia debería especificar que el tribunal podrá conceder una exención de carácter provisional, a petición del deudor, de los acreedores o de terceros, si tal exención es necesaria para proteger y preservar el valor de los bienes del deudor⁴⁵ o los intereses de los acreedores entre el momento de la presentación de una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia y la apertura del procedimiento⁴⁶, concretamente:

⁴³La propiedad de los bienes se determinaría con arreglo al derecho pertinente aplicable, en que el término “bienes”, definido en sentido amplio, abarque las propiedades, los derechos y los créditos del deudor, incluidos sus derechos y créditos sobre los bienes que sean propiedad de terceros.

⁴⁴Estos artículos se ajustan a los artículos correspondientes de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza; véase el artículo 19 (véase el anexo III de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre la Insolvencia).

⁴⁵Los bienes a que se hace referencia en los apartados a) a c) son únicamente los que forman parte de la masa de la insolvencia una vez iniciado el procedimiento.

⁴⁶El régimen de la insolvencia debería especificar el momento a partir del cual surtirá efecto la orden relativa a las medidas cautelares, por ejemplo, el momento en que se haya dictado la orden, retroactivamente desde la primera hora del día en que se dicte la medida, o en cualquier otro momento (véase el párrafo 44 de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre la Insolvencia).

a) Paralizando la ejecución de medidas contra los bienes del deudor, incluidas las acciones encaminadas a dar eficacia a las garantías reales frente a terceros o la ejecución de garantías reales;

b) a d) ...

Indemnización por los efectos de las medidas cautelares

40. El régimen de la insolvencia podrá facultar al tribunal para:

a) Exigir a quien solicite medidas cautelares que aporte una indemnización y, en su caso, pague las costas u otros gastos; o

b) Imponer sanciones en relación con una solicitud de medidas cautelares.

Equilibrio entre los derechos del deudor y los del representante de la insolvencia

41. El régimen de la insolvencia debería establecer claramente el equilibrio entre los derechos y obligaciones del deudor y de todo representante de la insolvencia designado en el marco de una medida cautelar. En el período comprendido entre la presentación de una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia y la apertura de dicho procedimiento, el deudor tiene derecho a seguir dirigiendo su empresa y a utilizar y disponer de los bienes en el curso ordinario de los negocios, a reserva de las restricciones que le imponga el tribunal.

Notificación

42. El régimen de la insolvencia debería especificar que, a menos que el tribunal dispense a una parte del deber de notificación o limite esa obligación, habrá que notificar debidamente a las partes interesadas que se vean afectadas por:

a) Una solicitud u orden judicial de medidas cautelares (incluidas las solicitudes de revisión y modificación o revocación de tales medidas); y

b) Una orden judicial de medidas suplementarias aplicables en el momento de la apertura, a menos que el tribunal dispense a una parte del deber de notificación o limite esa obligación.

Medidas cautelares a instancia de parte

43. El régimen de la insolvencia debería especificar que, cuando no se notifique una solicitud de medida cautelar al deudor o a otra parte interesada que se vea afectada por dicha medida, el deudor u otra parte interesada que se vea afectada por la medida cautelar tendrá derecho, previa solicitud urgente, a ser oído con la mayor prontitud⁴⁷ para que exponga sus argumentos antes de que el tribunal decida si debe mantenerse o no.

Modificación o revocación de medidas cautelares

44. El régimen de la insolvencia debería especificar que el tribunal podrá, por iniciativa propia o a petición del representante de la insolvencia, del deudor, de un acreedor o de toda otra persona afectada por las medidas cautelares, revisar y modificar o revocar éstas.

⁴⁷ Todo plazo legal que se incluye en el régimen de la insolvencia debería ser breve para impedir que disminuyera el valor del negocio del deudor.

Revocación de medidas cautelares

45. El régimen de la insolvencia debería especificar que quedarán revocadas las medidas cautelares cuando:

- a) Se desestime una solicitud de apertura de procedimiento;
- b) Se impugne con éxito, en virtud de la recomendación 43, una orden de adopción de tales medidas; y
- c) Entren en vigor las medidas aplicables en el momento de la apertura del procedimiento, salvo si el tribunal opta por mantenerlas.

Medidas aplicables en el momento de la apertura

46. El régimen de la insolvencia debería especificar que, en el momento de la apertura de un procedimiento de insolvencia⁴⁸:

- a) Se paralizará el inicio o la continuación de acciones individuales o de procedimientos⁴⁹ que afecten a los bienes del deudor, así como sus derechos, obligaciones o responsabilidades;
- b) Se paralizará toda acción encaminada a que las garantías reales sean eficaces frente a terceros y a la ejecución de garantías reales⁵⁰;
- c) Se paralizará toda medida ejecutiva contra los bienes de la masa de la insolvencia;
- d) Se suspenderá el derecho de otra parte a poner fin a todo contrato con el deudor⁵¹; y
- e) Se suspenderá el derecho a transmitir o gravar cualquier bien de la masa de la insolvencia o a disponer de él de algún otro modo⁵².

Duración de las medidas automáticamente aplicables al iniciarse un procedimiento

49. El régimen de la insolvencia debería especificar que las medidas aplicables en el momento de la apertura de un procedimiento de insolvencia mantendrán sus efectos durante todo ese procedimiento hasta que:

⁴⁸Por lo general, las medidas enunciadas surtirían efecto en el momento de dictarse la orden de apertura.

⁴⁹Véase el artículo 20 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza (véase el anexo III de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre la Insolvencia). Se pretende que las acciones individuales mencionadas en el apartado a) de la recomendación 46 abarquen también las acciones entabladas ante un tribunal arbitral. Sin embargo, tal vez no sea siempre posible paralizar automáticamente las actuaciones arbitrales, como en los supuestos en que el arbitraje no se celebre en el propio Estado, sino en el extranjero.

⁵⁰Si la ley aplicable al margen del régimen de la insolvencia permite que las garantías reales se hagan oponibles dentro de ciertos plazos, es conveniente que ese régimen reconozca esos plazos y permita que la garantía se haga oponible cuando la apertura del procedimiento de insolvencia tenga lugar dentro del plazo correspondiente. Cuando la ley ajena al régimen de la insolvencia no prevea esos plazos, la paralización aplicable en el momento de la apertura de un procedimiento de insolvencia impedirá que la garantía real pase a ser oponible. (Para un examen más a fondo de la cuestión, véase el párrafo 32 de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre la Insolvencia y la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre las Operaciones Garantizadas*).

⁵¹Véanse los párrafos 114 a 119 de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre la Insolvencia. Esta recomendación no tiene la finalidad de evitar que se ponga fin a un contrato si éste estipula una fecha de terminación que resulte ser posterior a la apertura del procedimiento de insolvencia.

⁵²La limitación del derecho a transmitir o gravar bienes de la masa de la insolvencia o a disponer de ellos de alguna otra forma puede ser objeto de una excepción en los casos en que se autorice al deudor a continuar sus actividades comerciales y en que éste pueda transmitir o gravar sus bienes o disponer de ellos de otra manera en el curso ordinario de sus negocios.

- a) El tribunal otorgue una exención al respecto⁵³;
- b) En un procedimiento de reorganización, entre en vigor un plan de reorganización⁵⁴; o
- c) En el caso de los acreedores garantizados en procedimientos de liquidación, expire⁵⁵ el período fijado por la ley, a menos que el tribunal prorrogue ese período cuando se demuestre que:
 - i) La prórroga es necesaria para obtener el máximo valor posible de los bienes en beneficio de los acreedores; y
 - ii) El acreedor garantizado quedará protegido de toda disminución del valor del bien gravado sobre el que tenga una garantía real.

Protección frente a una disminución del valor de bienes gravados

50. El régimen de la insolvencia debería especificar que, previa solicitud al tribunal, el acreedor garantizado deberá gozar del derecho a que se preserve el valor de los bienes gravados que respalden su crédito. El tribunal podrá otorgar medidas cautelares, concretamente:

- a) Pagos en efectivo con cargo a la masa;
- b) La aportación de garantías reales suplementarias; o
- c) Otras medidas que el tribunal considere apropiadas.

Exención de los efectos de las medidas aplicables en el momento de la apertura de un procedimiento

51. El régimen de la insolvencia debería especificar que un acreedor garantizado podrá solicitar al tribunal que lo exima de los efectos de las medidas aplicables en el momento de la apertura de un procedimiento de insolvencia por motivos que pueden ser, entre otros:

- a) El hecho de que el bien gravado no sea necesario para una eventual reorganización o venta de la empresa del deudor;
- b) El hecho de que el valor del bien gravado esté disminuyendo como consecuencia de la apertura de un procedimiento de insolvencia y de que el acreedor garantizado no esté protegido contra esa reducción del valor; y
- c) En una reorganización, el hecho de que no se haya aprobado un plan de reorganización en el plazo pertinente.

Facultad para usar los bienes de la masa de la insolvencia y disponer de ellos

52. El régimen de la insolvencia debería permitir:

⁵³Las medidas de exención deberían otorgarse por los motivos enunciados en la recomendación 51 de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre la Insolvencia.

⁵⁴El plan puede entrar en vigor al ser aprobado por los acreedores o confirmado por el tribunal, según lo que prevea el régimen de la insolvencia (véase la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre la Insolvencia, capítulo IV, párrafos 54 y siguientes).

⁵⁵La finalidad es que la paralización sólo se aplique a los acreedores garantizados durante un breve período, por ejemplo de 30 a 60 días, y que el régimen de la insolvencia especifique claramente el período de aplicación.

a) La utilización y disposición de los bienes de la masa de la insolvencia (incluidos los bienes gravados) en el curso ordinario de los negocios, excepto el producto líquido de su venta; y

b) La utilización y disposición de los bienes de la masa de la insolvencia (incluidos los bienes gravados) al margen del curso ordinario de los negocios, a reserva de lo previsto en las recomendaciones 55 y 58.

Imposición de nuevos gravámenes sobre bienes gravados

53. El régimen de la insolvencia debería especificar que podrán imponerse nuevos gravámenes sobre bienes ya gravados, a reserva de lo previsto en las recomendaciones 65 a 67.

Utilización de bienes que sean propiedad de terceros

54. El régimen de la insolvencia debería especificar que el representante de la insolvencia podrá utilizar un bien que sea propiedad de terceros o que esté en posesión del deudor, siempre y cuando se cumplan, entre otras, las siguientes condiciones:

a) Los intereses del tercero queden protegidos contra toda disminución del valor del bien; y

b) Los gastos derivados de la continuación del contrato y de la utilización del bien tengan carácter de gastos administrativos.

Facultad de vender bienes de la masa que no estén gravados ni sujetos a otras cargas

58. El régimen de la insolvencia debería permitir al representante de la insolvencia vender todo bien que esté gravado o sujeto a otros derechos reales, sin ningún tipo de gravámenes y al margen del curso ordinario de los negocios, a condición de que:

a) El representante de la insolvencia notifique la venta propuesta a los titulares de garantías reales o de otros gravámenes;

b) Los titulares de dichos gravámenes tengan la oportunidad de exponer sus argumentos ante el tribunal cuando tengan objeciones a la venta propuesta;

c) No se haya dictado ninguna limitación de la paralización; y

d) Se preserve la prelación de los derechos sobre el producto de la venta del bien.

Utilización del producto líquido

59. El régimen de la insolvencia debería permitir al representante de la insolvencia utilizar el producto líquido o disponer de él, siempre que:

a) El acreedor garantizado que tenga una garantía real sobre ese producto líquido dé su consentimiento a que se utilice o se disponga de él; o

b) Se haya notificado al acreedor garantizado la utilización o disposición propuesta y se le haya dado la oportunidad de exponer sus argumentos ante el tribunal; y

c) Se hayan previsto salvaguardias para preservar los intereses del acreedor garantizado contra toda disminución del valor del producto líquido.

Bienes gravosos

62. El régimen de la insolvencia debería permitir al representante de la insolvencia determinar la forma de proceder respecto de los bienes que resulten gravosos para la masa. En particular, el régimen podrá permitir al representante renunciar a los bienes gravosos, después de notificar a los acreedores al respecto y de darles la oportunidad de oponerse a la medida propuesta. No obstante, cuando el valor del crédito garantizado sea superior al del bien gravado, y cuando dicho bien no sea necesario para la reorganización o la venta de la empresa como negocio en marcha, el régimen de la insolvencia podrá permitir que el representante de la insolvencia renuncie al bien y lo entregue al acreedor garantizado sin notificar a los demás acreedores.

Obtención y autorización del crédito después de la apertura del procedimiento

63. El régimen de la insolvencia debería dar facilidades e incentivos al representante de la insolvencia para que obtuviera crédito tras la apertura del procedimiento si el representante lo estimase necesario para mantener en marcha la empresa del deudor o garantizar su supervivencia o para preservar o incrementar el valor de la masa. El régimen de la insolvencia podrá requerir la autorización previa del tribunal o de los acreedores para la concesión de crédito tras la apertura.

Garantías en respaldo de toda financiación posterior a la apertura de un procedimiento

65. El régimen de la insolvencia debería permitir que se constituyera una garantía real para el reembolso de la financiación posterior a la apertura de un procedimiento, incluso sobre bienes no gravados, como los bienes adquiridos ulteriormente, o una garantía nueva o con menor prelación sobre bienes de la masa ya gravados.

66. El régimen⁵⁶ de la insolvencia debería especificar que una garantía real sobre los bienes del deudor encaminada a garantizar la financiación posterior a la apertura del procedimiento no tendrá prelación respecto de otra garantía real ya existente sobre los mismos bienes, a menos que el representante de la insolvencia obtenga el consentimiento del acreedor o los acreedores garantizados beneficiarios de la garantía o aplique el procedimiento enunciado en la recomendación 67.

67. El régimen de la insolvencia debería especificar que, cuando el acreedor garantizado ya existente no dé su consentimiento, el tribunal podrá autorizar la constitución de una garantía real que goce de prelación sobre las garantías preexistentes, siempre que se satisfagan determinadas condiciones, a saber, que:

- a) Se notifique al acreedor garantizado ya existente y se le dé la oportunidad de ser oído por el tribunal;
- b) El deudor pueda probar que no le es posible obtener la financiación de otra manera; y
- c) Se protejan los intereses del acreedor garantizado ya existente⁵⁷.

⁵⁶Esta norma puede estar enunciada en la legislación sobre otra materia. En tal caso, el régimen de la insolvencia debería señalar la existencia de tal disposición.

⁵⁷Véanse los párrafos 63 a 69 de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre la Insolvencia.

Efectos de un cambio de procedimiento en la financiación posterior a la apertura

68. El régimen de la insolvencia debería especificar que, cuando el procedimiento de reorganización pase a ser un procedimiento de liquidación, toda prelación concedida a la financiación posterior a la apertura del procedimiento en la reorganización deberá seguir reconociéndose en la liquidación⁵⁸.

Cláusulas de extinción y de agilización automáticas

70. El régimen de la insolvencia debería especificar que no será invocable, frente al representante de la insolvencia o al deudor, ninguna cláusula contractual por la que se estipule la extinción o la agilización automática de un contrato cuando:

a) Se haya presentado una solicitud de apertura o se haya iniciado un procedimiento de insolvencia;

b) Se haya nombrado un representante de la insolvencia⁵⁹.

71. El régimen de la insolvencia debería indicar claramente los contratos a los que no podrá aplicarse la recomendación 70, como los contratos financieros, o los que estén sujetos a reglas especiales, como los contratos de trabajo.

Mantenimiento o rechazo de un contrato

72. El régimen de la insolvencia debería especificar que el representante de la insolvencia podrá decidir que continúe cumpliéndose un contrato del que tenga conocimiento cuando ello resulte beneficioso para la masa de la insolvencia⁶⁰. El régimen de la insolvencia debería especificar que:

a) El derecho a mantener un contrato es aplicable a la totalidad de éste; y

b) Al mantenerse dicho contrato, resultarán ejecutables todas sus cláusulas.

73. El régimen de la insolvencia puede permitir que el representante de ésta decida rechazar un contrato⁶¹. El régimen debería especificar que la decisión de rechazo será aplicable al contrato en su totalidad.

Mantenimiento de un contrato incumplido por el deudor

79. El régimen de la insolvencia debería especificar que cuando el deudor hubiera incumplido un contrato, el representante de la insolvencia podrá decidir que siga cumpliéndose

⁵⁸No se reconocerá necesariamente el mismo grado de prelación. Por ejemplo, es posible que los préstamos otorgados después de la apertura sólo sean reembolsables tras el pago de los créditos administrativos relacionados con los gastos de la liquidación.

⁵⁹Esta recomendación sólo sería aplicable a los contratos en que puedan dejarse sin efecto tales cláusulas (véase el comentario sobre las excepciones en los párrafos 143 a 145 de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre la Insolvencia) y no pretende ser excluyente, sino establecer un criterio mínimo. Por consiguiente, el tribunal debe poder examinar toda otra cláusula contractual que prevea la extinción de un contrato cuando se den circunstancias análogas.

⁶⁰Siempre que pueda invocarse la paralización automática a raíz de la apertura del procedimiento con objeto de evitar la extinción (en virtud de una cláusula de extinción automática) de contratos celebrados con el deudor, todos los contratos deberán conservar su validez para que el representante de la insolvencia pueda estudiar la posibilidad de mantenerlos, a menos que la fecha de extinción estipulada en el contrato sea posterior a la apertura del procedimiento.

⁶¹En vez de la facultad de rechazar un contrato, algunos ordenamientos prevén que se interrumpa simplemente el cumplimiento del contrato, salvo que el representante de la insolvencia decida lo contrario.

dicho contrato, siempre y cuando se subsane el incumplimiento, se restablezca la situación económica que tenía la parte perjudicada antes del incumplimiento y la masa de la insolvencia tenga la capacidad suficiente para cumplir el contrato mantenido.

Cumplimiento previo al mantenimiento o al rechazo de un contrato

80. El régimen de la insolvencia debería especificar que el representante de la insolvencia podrá aceptar o requerir de la otra parte el cumplimiento de un contrato antes de la decisión de mantener o rechazar éste. Las reclamaciones de la otra parte que se deriven del cumplimiento aceptado o requerido por el representante de la insolvencia antes del mantenimiento o del rechazo del contrato serán pagaderas en concepto de gastos de administración de la masa:

a) Si la otra parte ha cumplido el contrato, el importe de los gastos de administración deberá corresponder al precio contractual del cumplimiento; o

b) Si el representante de la insolvencia utiliza bienes que sean propiedad de terceros y que estén en posesión del deudor en virtud de un contrato, deberá protegerse al tercero de toda pérdida de valor de sus bienes y dicha parte tendrá derecho a que se le abone una suma en concepto de gastos de administración de la masa, conforme al apartado a).

Reclamaciones por ulterior incumplimiento de un contrato mantenido

81. El régimen de la insolvencia debería especificar que cuando se haya decidido mantener un contrato y seguir cumpliéndolo, los daños y perjuicios derivados de un ulterior incumplimiento serán pagaderos en concepto de gastos de administración de la masa.

Daños y perjuicios derivados del rechazo de un contrato

82. El régimen de la insolvencia debería especificar que los daños y perjuicios derivados del rechazo de un contrato anterior a la apertura serán determinados de conformidad con el derecho aplicable y que deberían tratarse como créditos de acreedores ordinarios no garantizados. El régimen de la insolvencia podría limitar las reclamaciones derivadas del rechazo de un contrato de larga duración.

Cesión de contratos

83. El régimen de la insolvencia podrá especificar que el representante de la insolvencia podrá optar por ceder un contrato, pese a las restricciones estipuladas en él, siempre y cuando la cesión sea beneficiosa para la masa.

84. Si la otra parte en un contrato se opone a su cesión, el régimen de la insolvencia podrá facultar, no obstante, al tribunal para aprobar la cesión, siempre y cuando:

a) El representante de la insolvencia mantenga el contrato;

b) El cesionario pueda cumplir las obligaciones contractuales cedidas;

c) La otra parte en el contrato no quede en clara situación de desventaja a consecuencia de la cesión; y

d) Antes de la cesión se subsane el incumplimiento del contrato por parte del deudor.

85. El régimen de la insolvencia podrá especificar que, cuando se ceda un contrato, el cesionario pasará a sustituir al deudor como parte contratante a partir de la fecha de la cesión, y que la masa ya no tendrá ninguna obligación en virtud del contrato.

*Operaciones anulables*⁶²

87. El régimen de la insolvencia debería establecer disposiciones con efecto retroactivo concebidas para revocar toda operación realizada por el deudor o de la que hayan sido objeto bienes de la masa y que haya disminuido el valor de ésta o violado el principio del trato equitativo de los acreedores. El régimen de la insolvencia debería especificar que serán anulables los siguientes tipos de operaciones:

a) Toda operación cuya finalidad sea impedir, demorar u obstaculizar el cobro de los respectivos créditos de los acreedores, cuando la operación pueda dejar ciertos bienes fuera del alcance de acreedores ya existentes o potenciales o perjudicar de algún otro modo los intereses de los acreedores;

b) Toda operación por la que el deudor transmita un derecho real sobre sus bienes o contraiga una obligación y tal transmisión o compromiso constituyan una donación y que se haya realizado o contraído por un contravalor nominal inferior o insuficiente siendo el deudor ya insolvente o cuando, a raíz de la operación, el deudor haya pasado a ser insolvente (operaciones infravaloradas); y

c) Toda operación en que intervengan los acreedores por la que alguno de ellos obtenga una proporción de los bienes del deudor superior a su cuota de la masa prorrateada o perciba beneficios de dicha proporción y que se realice siendo ya el deudor insolvente (operaciones preferentes).

Anulación de las garantías reales

88. El régimen de la insolvencia debería especificar que, cuando una garantía real sea eficaz y ejecutable en virtud de una regla de derecho distinta del régimen de la insolvencia, podrá quedar sujeta a las disposiciones de anulación del régimen por los mismos motivos que otras operaciones.

Operaciones no anulables

92. El régimen de la insolvencia debería especificar las operaciones no anulables, incluidos los contratos financieros.

Contratos financieros y compensación global por saldos netos

103. Una vez rescindidos los contratos financieros del deudor, el régimen de la insolvencia debería permitir que la parte hiciera efectivas sus garantías reales, destinando su producto al cumplimiento de las obligaciones dimanantes de dichos contratos. Los contratos deberían quedar exentos de toda paralización impuesta por el régimen de la insolvencia a la ejecución de una garantía real.

⁶² En la presente sección, el término “operación” se entenderá referido en general a una amplia variedad de actos jurídicos mediante los cuales cabe disponer de bienes o contraer obligaciones mediante transmisión, un pago, la constitución de una garantía real o de otro tipo, un préstamo o algún acto de renuncia, o una acción encaminada a dar eficacia a las garantías reales frente a terceros, y puede consistir en una combinación de operaciones.

Participación de los acreedores

126. El régimen de la insolvencia debería especificar que los acreedores, estén o no amparados por una garantía, tendrán derecho a participar en el procedimiento de insolvencia, e indicar las funciones que, en el ejercicio de ese derecho, podrán desempeñar.

Derecho a ser oído y a solicitar una revisión

137. El régimen de la insolvencia debería especificar que toda parte interesada tendrá derecho a ser oída respecto de cualquier cuestión del procedimiento de insolvencia que afecte a sus derechos, obligaciones o garantías reales. Por ejemplo, la parte interesada debería estar legitimada para:

- a) Impugnar todo acto que requiera aprobación judicial;
- b) Solicitar que el tribunal revise cualquier acto que no requiera aprobación judicial o cuya aprobación no haya sido solicitada al tribunal; y
- c) Solicitar cualquier medida de amparo o exoneración que pueda reclamar en el procedimiento de insolvencia.

*Derecho de apelación*⁶³

138. El régimen de la insolvencia debería especificar que toda parte interesada podrá apelar contra cualquier resolución del tribunal que afecte a sus derechos, obligaciones o garantías reales.

Plan de reorganización

Mecanismos de votación

145. El régimen de la insolvencia debería establecer un mecanismo de votación para la aprobación del plan. Este mecanismo debería prever los acreedores y los titulares de acciones que tendrán derecho a votar respecto del plan; el modo en que se efectuará la votación, ya sea en una junta convocada al efecto, por correo o por algún otro medio, como por vía electrónica y mediante el voto por poder; y la posibilidad de que los acreedores y dichos titulares voten por categorías en función de sus respectivos derechos.

146. El régimen de la insolvencia debería especificar que los acreedores o titulares de acciones cuyos derechos sean modificados o se vean afectados por el plan no quedarán vinculados por las condiciones del plan, salvo que se les haya dado la oportunidad de votar respecto de la aprobación del mismo.

147. El régimen de la insolvencia debería especificar que cuando el plan no vaya a modificar los derechos de un acreedor o accionista o de una categoría de acreedores o accionistas, ni a afectar a esos derechos, dicho acreedor o accionista, o dicha categoría de acreedores o accionistas, no podrá votar respecto de la aprobación del plan.

⁶³De conformidad con sus objetivos fundamentales, el régimen de la insolvencia debería disponer que las apelaciones en el procedimiento de insolvencia no dejaran en suspenso las decisiones recurridas, a menos que así lo determinara el tribunal. Ello permitiría que los casos de insolvencia pudieran abordarse y resolverse de forma ordenada, rápida y eficiente y sin perturbaciones indebidas. Los plazos para presentar apelaciones deberían ajustarse a los previstos en el derecho generalmente aplicable, aunque en la insolvencia tienen que ser más breves para evitar la interrupción del procedimiento.

148. El régimen de la insolvencia debería especificar que los acreedores que tengan derecho a votar sobre el plan deberán clasificarse por separado con arreglo a sus respectivos derechos y que cada categoría deberá votar por separado.

149. El régimen de la insolvencia debería especificar que habrá que otorgar el mismo trato a todos los acreedores y titulares de acciones de una misma categoría.

Aprobación por categorías

150. Cuando la votación para la aprobación del plan se realice por categorías de acreedores, el régimen de la insolvencia debería especificar cuál será el efecto, para la aprobación del plan, del resultado obtenido en la votación de cada categoría. Cabe prever diversos criterios, como el de exigir que el plan sea aprobado por una determinada mayoría de categorías o por todas ellas, pero que al menos una de las categorías de acreedores cuyos derechos sean modificados o se vean afectados por el plan deberá aprobarlo.

151. Cuando el régimen de la insolvencia no exija que el plan sea aprobado por todas las categorías, debería prever el trato que se ha de dar a las categorías que no voten a favor de un plan que sea, por lo demás, aprobado por las categorías cuya aceptación sea exigida. Ese trato debería tener como base las condiciones enumeradas en la recomendación 152.

Confirmación de un plan aprobado

152. Cuando el régimen de la insolvencia exija la confirmación judicial de un plan aprobado, debería exigir que el tribunal confirmara el plan si éste cumple las condiciones siguientes:

a) Que se haya obtenido la aprobación requerida y se haya seguido debidamente el procedimiento prescrito para la aprobación;

b) Que los acreedores reciban con arreglo al plan un valor que sea al menos equivalente al que habrían recibido en un procedimiento de liquidación, salvo que dichos acreedores hayan expresamente convenido en recibir un trato menos favorable;

c) Que nada de lo dispuesto en el plan sea contrario a derecho;

d) Que se vaya a pagar plenamente todo crédito o gasto administrativo, salvo en la medida en que el beneficiario de dicho crédito o gasto convenga en que se le otorgue un trato distinto; y

e) Salvo en la medida en que las categorías de acreedores afectadas hayan acordado otra cosa, si una categoría de acreedores ha votado contra el plan, esa categoría se reconocerá como tal, con arreglo al plan, en el régimen de la insolvencia, y en la distribución que se efectúe conforme al plan deberá tenerse en cuenta la prelación reconocida.

Impugnación de la aprobación del plan (cuando no se exija su confirmación judicial)

153. Cuando un plan pase a ser vinculante a raíz de su aprobación por los acreedores sin que se requiera confirmación judicial alguna, el régimen de la insolvencia debería permitir a toda parte interesada, incluido el deudor, impugnar su aprobación. El régimen debería especificar los criterios para la evaluación de toda impugnación interpuesta, entre los que cabe citar:

- a) Que se cumplan las condiciones enunciadas en la recomendación 152; y
- b) Que medie un supuesto de dolo, en cuyo caso serán aplicables los requisitos enunciados en la recomendación 154.

Créditos garantizados

172. El régimen de la insolvencia debería especificar si los acreedores garantizados tendrán que comunicar sus créditos.

Créditos indeterminados

178. El régimen de la insolvencia debería permitir que los créditos no cuantificados pudieran reconocerse provisionalmente, a la espera de que el representante de la insolvencia fije su valor.

Valoración de los créditos garantizados

179. El régimen de la insolvencia debería disponer que el representante de la insolvencia pudiera determinar, mediante una valoración del bien gravado, la parte del crédito de un acreedor garantizado que está respaldada por la garantía y la que no lo está.

Créditos garantizados

188. El régimen de la insolvencia debería especificar que un crédito garantizado deberá reembolsarse con cargo al bien gravado en una liquidación, o con arreglo a lo dispuesto en un plan de reorganización, subordinándolo a los créditos que tengan eventualmente mayor prelación. El régimen debería reducir al mínimo y enunciar claramente los créditos que tuvieran un mayor grado de prelación que los créditos garantizados. Cuando el valor del bien gravado sea insuficiente para satisfacer el crédito del acreedor garantizado, éste podrá participar en el procedimiento como si fuera un acreedor ordinario sin garantía.

B. Recomendaciones adicionales relativas a la insolvencia

Bienes adquiridos después de la apertura del procedimiento de insolvencia

235. Salvo por lo dispuesto en la recomendación 236, el régimen de la insolvencia debería especificar que un bien de la masa adquirido después de la apertura de un procedimiento de insolvencia no estará sujeto a ninguna garantía real constituida por el deudor antes de la apertura del procedimiento.

236. El régimen de la insolvencia debería especificar que un bien de la masa adquirido después de la apertura de un procedimiento de insolvencia con respecto al deudor estará sujeto a una garantía real que haya constituido el deudor antes de la apertura del procedimiento de insolvencia en la medida en que el bien sea el producto (líquido o no) de un bien gravado que hubiera pertenecido al deudor antes de la apertura.

Cláusulas de extinción automática en el procedimiento de insolvencia

237. Si el régimen de la insolvencia dispone que una cláusula contractual en virtud de la cual, una vez abierto el procedimiento de insolvencia, o una vez que se haya producido

otro hecho relacionado con la insolvencia, se extinga automáticamente cualquier obligación contraída en virtud de un contrato, o se agilice el vencimiento de cualquier obligación contraída en virtud de un contrato, sea inejecutable respecto del representante de la insolvencia o del deudor, el régimen de la insolvencia deberá especificar también que esa disposición no hará inejecutable ni invalidará una cláusula contractual que exonere al acreedor de la obligación de conceder un préstamo o de otorgar crédito u otras facilidades financieras en beneficio del deudor.

Posibilidad de oponer una garantía real a terceros en el procedimiento de insolvencia

238. El régimen de la insolvencia debería disponer que, si una garantía real era oponible a terceros en el momento de la apertura del procedimiento de insolvencia, se pudieran adoptar medidas después de la apertura del procedimiento para prolongar, preservar o mantener su validez frente a terceros en la medida y en la forma permitida en el régimen de las operaciones garantizadas.

Prelación de una garantía real en el procedimiento de insolvencia

239. El régimen de la insolvencia debería disponer que si una garantía real gozara de prelación en virtud de reglas de derecho distintas del régimen de la insolvencia, esa prelación siguiera intacta en el procedimiento de insolvencia, salvo que, de conformidad con el régimen de la insolvencia, se diera prelación a otro crédito. Esas excepciones deberían reducirse al mínimo y deberían establecerse claramente en el régimen de la insolvencia. La presente recomendación se subordina a la recomendación 188 de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre la Insolvencia.

Efecto de un acuerdo de subordinación en el procedimiento de insolvencia

240. El régimen de la insolvencia debería disponer que, si el titular de una garantía real sobre un bien de la masa de la insolvencia subordinara su prelación, unilateralmente o en virtud de un acuerdo, en favor de un demandante concurrente existente o futuro, esa subordinación fuera vinculante en el procedimiento de insolvencia con respecto al deudor en la misma medida que lo sería con arreglo a otro régimen.

Costos y gastos de conservación del valor del bien gravado en el procedimiento de insolvencia

241. El régimen de la insolvencia debería disponer que el representante de la insolvencia gozara de prelación absoluta para recuperar con cargo al valor de un bien gravado los costos o gastos en que hubiera incurrido razonablemente para conservar, preservar o aumentar el valor del bien gravado en beneficio del acreedor garantizado.

Valoración de los bienes gravados en el procedimiento de reorganización

242. El régimen de la insolvencia debería disponer que en el procedimiento de reorganización, al determinar el valor de liquidación de los bienes gravados, se tuviera en cuenta el uso de esos bienes y la finalidad de la valoración. El valor de liquidación de esos bienes puede basarse en su valor como parte de un negocio en marcha.

Anexo II

Resolución de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, y resolución 63/121 de la Asamblea General

A. Resolución de la Comisión

1. En su 864a. sesión, celebrada el 14 de diciembre de 2007, la Comisión adoptó la resolución siguiente:

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional,

Reconociendo la importancia que reviste para todos los países el disponer de regímenes eficientes de las operaciones garantizadas que promuevan el acceso al crédito garantizado,

Reconociendo asimismo que el acceso al crédito garantizado habrá de ayudar probablemente a todos los países y, en particular, a los países en desarrollo y a los países con economías en transición en su desarrollo económico y en la lucha contra la pobreza,

Observando que el mayor acceso al crédito garantizado sobre la base de regímenes modernos y armonizados de las operaciones garantizadas promoverá de manera demostrable el movimiento de bienes y servicios a través de las fronteras nacionales,

Observando asimismo que el desarrollo del comercio internacional sobre la base de la igualdad y el beneficio mutuo es un elemento importante de la promoción de relaciones de amistad entre los Estados,

Observando además la importancia de compaginar los intereses de todas las partes interesadas, comprendidos los otorgantes de garantías reales, los acreedores garantizados y no garantizados, los vendedores con retención de la titularidad y los arrendadores financieros, los acreedores privilegiados y el representante de la insolvencia en caso de insolvencia del otorgante,

Teniendo en cuenta la necesidad de reforma en la esfera de los regímenes de las operaciones garantizadas tanto a nivel nacional como internacional, como lo han demostrado las numerosas iniciativas de reforma en curso de la legislación nacional pertinente y la labor de organizaciones internacionales como el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y la Organización de los Estados Americanos, y de instituciones financieras internacionales como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, el Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo, el Banco Asiático de Desarrollo y el Banco Interamericano de Desarrollo,

Expresando su reconocimiento a las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales internacionales que toman parte activa en la reforma del régimen de las operaciones garantizadas por su participación y apoyo en la elaboración del proyecto de Guía Legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas,

Expresando también su reconocimiento a Kathryn Sabo, Presidenta del Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) y Presidenta interina de la continuación del 40.º período de sesiones de la Comisión, así como a la Secretaría, por su contribución especial a la elaboración del proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas,

Observando con satisfacción que el proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas es compatible con la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia en lo que respecta al tratamiento de las garantías reales en los procedimientos de insolvencia,

1. *Aprueba* la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre las Operaciones Garantizadas, conformada por el texto que figura en los documentos A/CN.9/631/Add.1 a 3 y A/CN.9/637 y Add.1 a 8, con las enmiendas aprobadas por la Comisión en su 40.º período de sesiones, y autoriza a la Secretaría a editar y dar forma definitiva al texto de la Guía a raíz de las deliberaciones mantenidas en dicho período de sesiones;

2. *Pide* al Secretario General que difunda ampliamente el texto de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre las Operaciones Garantizadas y lo transmita a los gobiernos y a otros órganos interesados, como las instituciones financieras internacionales y nacionales y las cámaras de comercio;

3. *Recomienda* que todos los Estados utilicen la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre las Operaciones Garantizadas para evaluar la eficiencia económica de sus regímenes de las operaciones garantizadas y la tomen favorablemente en consideración al revisar o aprobar normas legales aplicables a las operaciones garantizadas, e invita a los Estados que hayan utilizado la Guía a informar a la Comisión a dicho respecto.

B. Resolución 63/121 de la Asamblea General

2. En su 67a. sesión plenaria, celebrada el 11 de diciembre de 2008, la Asamblea General aprobó, basándose en el informe del Sexto Comité (A/63/438), la resolución siguiente:

Guía Legislativa de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre las Operaciones Garantizadas

La Asamblea General,

Reconociendo la importancia que reviste para todos los países el disponer de regímenes eficientes de las operaciones garantizadas que promuevan el acceso al crédito garantizado,

Reconociendo asimismo que el acceso al crédito garantizado habrá de ayudar probablemente a todos los países y, en particular, a los países en desarrollo y a los países con economías en transición en su desarrollo económico y en la lucha contra la pobreza,

Poniendo de relieve que es de esperar que unos regímenes modernos y armonizados de operaciones garantizadas que compaginen los intereses de todas las partes interesadas (comprendidos los otorgantes de garantías reales, los acreedores garantizados y no garantizados, los vendedores con retención de la titularidad y los arrendadores financieros, los acreedores privilegiados y el representante de la insolvencia en caso de insolvencia del otorgante) facilitarán notablemente el acceso a los créditos garantizados, promoviendo así el movimiento de bienes y servicios a través de las fronteras nacionales,

Observando que el desarrollo del comercio internacional sobre la base de la igualdad y el beneficio mutuo es un elemento importante para promover las relaciones de amistad entre los Estados,

Teniendo en cuenta la necesidad de reformar la normativa sobre las operaciones garantizadas tanto a nivel nacional como internacional, como lo demuestran las numerosas iniciativas actuales de reforma de la legislación nacional y la labor de organizaciones internacionales como la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado y la Organización de los Estados Americanos, y de instituciones financieras internacionales como el Banco Asiático de Desarrollo, el Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo, el Banco Interamericano de Desarrollo, el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial,

Expresando su reconocimiento a las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales internacionales que toman parte activa en la reforma del derecho de las operaciones garantizadas por su participación y apoyo en la elaboración de la Guía Legislativa de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre las Operaciones Garantizadas,

1. *Expresa su agradecimiento* a la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional por la finalización y aprobación de la Guía Legislativa sobre las Operaciones Garantizadas¹;

2. *Pide* al Secretario General que difunda ampliamente el texto de la Guía Legislativa y lo transmita a los gobiernos y otros órganos interesados, como las instituciones financieras y las cámaras de comercio nacionales e internacionales;

3. *Recomienda* que todos los Estados tomen debidamente en consideración la Guía Legislativa al revisar o aprobar legislación relativa a las operaciones garantizadas, e invita a los Estados que hayan utilizado la Guía Legislativa a informar a la Comisión al respecto;

4. *Recomienda también* que todos los Estados continúen estudiando la posibilidad de pasar a ser partes en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional², cuyos principios se reflejan también en la Guía Legislativa.

¹Véanse *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo segundo período de sesiones, Suplemento Núm. 17 (A/62/17; segunda parte)*, párrafo 100.

²Resolución 56/81, anexo.

Índice alfabético

Acreedor garantizado

Ámbito de aplicación	I	10-11
Constitución de una garantía real	II	34-37
Derechos y obligaciones de las partes en un acuerdo de garantía (reglas no imperativas)	VI	50-58
Sistema de registro (consulta por referencia)	IV	29-30
Sistema de registro (derecho a recibir una copia)	IV	52
Sistema de registro (identificación)	IV	81

Acreedores

Véase *Prelación de una garantía real (garantizada y ordinaria)*

Acuerdo

Véase *Acuerdo de garantía*

Ámbito de aplicación

Aeronaves	I	32
Autonomía de las partes	I	115-119
Bienes	I	5-9
Bienes corporales	I	50-77
Bienes inmateriales	I	78-84
Buques	I	32
Contratos financieros	I	39
Créditos por cobrar (transferencia)	I	25-31
Garantías reales	I	13-15
Material rodante ferroviario	I	32
Objetos espaciales	I	32
Obligaciones	I	12
Operaciones con divisas	I	39
Operaciones garantizadas (criterios básicos aplicables a las)	I	45-112
Operaciones garantizadas (enfoque funcional)	I	101-109
Otras excepciones al ámbito de aplicación	I	44
Partes	I	10-11
Prenda	I	51-59
Producto de un bien de alguna categoría excluida	I	43
Productos	I	16-24
Propiedad intelectual	I	33-36
Propiedad mobiliaria	I	40-42
Retención de la titularidad	I	92-100

Tecnología electrónica (utilización de la moderna)	I	119-122
Transferencia de la titularidad	I	86-91
Valores bursátiles	I	37-38

Autonomía de las partes

Véase *Ámbito de aplicación*

Véase *Derechos y obligaciones de las partes en un acuerdo de garantía*

Véase *Ejecución de una garantía real*

Bien gravado

Constitución de una garantía real (responsabilidad del acreedor garantizado)	II	71
Derechos y obligaciones de las partes en un acuerdo de garantía (deber de preservar el valor de, deber de preservar, deber de devolver)	IV	24-39
Ejecución de una garantía real (adquisición de)	VIII	65-70
Ejecución de una garantía real (sustracción de los bienes gravados a la posesión del otorgante)	VIII	51-56
Ejecución de una garantía real (venta u otro tipo de enajenación)	VIII	57-59
Insolvencia	XII	18-36
Prelación de una garantía real (los derechos de los cesionarios, arrendatarios y licenciatarios)	V	60-83
Prelación de una garantía real (prestadores de servicios)	V	103-106
Sistema de registro (efecto de una cesión)	IV	78-80

Bien incorporado

Adquisición sobre los bienes incorporados a bienes muebles, masas o productos (prelación)	IX	149-157
Bienes inmuebles	I	40-42
Conflicto de leyes	X	28-38
Constitución o continuidad de una garantía real	II	96-99
Ejecución	VIII	90-92
Oponibilidad a terceros de una garantía real	III	97-107
Prelación	V	110-116

Bienes corporales

Ámbito de aplicación	I	50-77
Conflicto de leyes	X	28-38
Creación de una garantía real	II	86-95, 128
Financiación de la adquisición	IX	129-132, IX 161-165, IX 44-59

Bienes inmateriales

Ámbito de aplicación	I	78-84
----------------------	---	-------

Conflicto de leyes	X	39-54
Constitución de una garantía real	II	103-127
Derechos y obligaciones de las partes	VI	73-80
Obligaciones de terceros deudores (véase <i>Derechos y obligaciones de terceros deudores</i>)		
Oponibilidad de una garantía real a terceros	III	138-148
Prelación de una garantía real	V	154-163,
	V	165-166
<i>Bienes inmuebles</i>		
Ámbito de aplicación	I	40-42
Créditos por cobrar relacionados con un bien inmueble	X	54
Créditos respaldados por un gravamen sobre bienes inmuebles	II	111-122,
	III	135-137
Ejecución	VIII	85-89
Incorporaciones a bienes inmuebles	II	96-99,
	III	102-104,
	V	111-114,
	IX	154-157
Oponibilidad de una garantía real a un registro especial	III	67-82
Prelación de una garantía real	V	56-57
<i>Buen sentido comercial</i>		
Ejecución de una garantía real	VIII	15
<i>Buena fe</i>		
Ejecución de una garantía real	VIII	15
<i>Cargas fijas y flotantes</i>		
Creación de una garantía real	II	61-78
<i>Conflicto de leyes</i>		
Alcance	X	9-13
Bienes corporales	X	28-38
Bienes inmateriales	X	39-54
Constitución de la garantía real	X	15-27
Créditos por cobrar relacionados con un bien inmueble	X	54
Derechos y obligaciones de las partes	X	61
Derechos y obligaciones de terceros deudores	X	62-63
Documentos negociables	X	28-33
Ejecución de una garantía real	X	64-72
Estados que tienen varias unidades territoriales	X	83-87
Excepciones a la norma <i>lex situs</i>	X	35-38
Excepciones a la regla de la ubicación del otorgante	X	48-54
Finalidad	X	1-8
<i>Lex fori concursus</i>	X	80-82

<i>Lex rei sitae</i>	X	29-30
<i>Lex situs</i>	X	29-30
Mercancías de exportación	X	31-33
Mercancías en tránsito	X	31-33
Obligaciones de terceros deudores	X	62-63
Oponibilidad de una garantía real a terceros	X	15-27
Orden público	X	79
Prelación	X	15-27
Procedimientos de insolvencia	X	80-82
Producto	X	55-60
Reglas de derecho internacional	X	79
Títulos negociables	X	34
Ubicación	X	73-78
Ubicación del otorgante	X	39-47
 <i>Constitución de una garantía real</i>		
Beneficiario, de la garantía real	II	72-85
Bien	II	49-50
Bien (otorgante)	II	61-70
Bien inmaterial	II	111-122
Bienes corporales	II	86-95,
<i>Véase <i>Ámbito de aplicación y Operaciones garantizadas</i></i>		128
Bienes futuros	II	51-55
Cargas fijas y flotantes	II	67
Cesión	II	103-105
	II	111-122
Cláusula de intransferibilidad	II	106-110
Cuenta bancaria	II	123-125
Daño causado (responsabilidad del acreedor garantizado)	II	71
Documento negociable	II	128
Elementos esenciales	II	26-29
Garantía constituida	II	61-71
Hipoteca sobre la empresa	II	64-66
Incorporación	II	96-98
Masa, garantía real sobre	II	100-102
Pérdida (daño causado por)	II	71
Pérdida (responsabilidad por la)	II	71
Producto	II	100-102
Productos mezclados	II	86-95
Promesa independiente	II	126-127
Responsabilidad del acreedor garantizado	II	71
Título negociable	II	111-122
Valor excedentario	II	68-69
 <i>Contratos financieros</i>		
Ámbito de aplicación	I	39

Créditos por cobrar

Ámbito de aplicación (cesiones puras y simples)	I	25-31
Cláusula de intransferibilidad	II	106-110
Constitución de una garantía real	II	111-112
Ejecución de una garantía real	VIII	94-98
Ejecución de una garantía real (cesión pura y simple)	VIII	99-101
Insolvencia (sujetos a una cesión pura y simple)	XII	67
Oponibilidad de una garantía real a terceros	III	128-131

Cuenta bancaria (derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria)

Conflicto de leyes	X	48-51
Constitución de una garantía real	II	123-125
Derechos y obligaciones del banco depositario	VII	32-37
Ejecución de una garantía real	VIII	104-107
Oponibilidad a terceros de una garantía real	III	138-148
Prelación de una garantía real	V	157-163

Derechos y obligaciones de las partes en un acuerdo de garantía

Acreeedor garantizado (reglas no imperativas)	VI	50-58
Autonomía de las partes	VI	8-15
Bienes gravados (deber de devolver)	VI	35-39
Bienes gravados (obligación de preservar el valor de los)	VI	32-34
Bienes gravados (obligación de preservar)	VI	24-31
Declaraciones del cedente	VI	73
Derecho al cobro del crédito	VI	76-80
Origen de los derechos y obligaciones	VI	14-15
Véase también <i>Derechos y obligaciones de terceros deudores</i>		
Otorgante (reglas no imperativas)	VI	59-65
Reglas imperativas	VI	16-39
Reglas no imperativas	VI	40-68

Derechos y obligaciones de terceros deudores

Banco depositario	VII	32-37
Derecho del acreedor garantizado a la notificación de terceros deudores	VII	16
Deudor de un crédito (obligaciones)	VII	9-11
Deudor de un crédito por cobrar (protección)	VII	12-16
Deudor del crédito por cobrar (excepciones y derechos de compensación)	VII	21-22
Deudor en virtud de un título negociable	VII	27-31
Deudor respecto del crédito (pago liberatorio)	VII	17-20
Efecto de una garantía real	VII	7-44
Emisor u otro deudor en virtud de un documento negociable	VII	43-44
Garante/emisor	VII	38-42
Modificación del contrato originario	VII	23-24

Recuperación de pagos ya efectuados	VII	25-26
<i>Deudor</i>		
Ámbito de aplicación	I	10-11
Constitución de una garantía real	II	34-37
Excepciones y derechos de compensación	VII	21-22
Obligaciones	VII	9-11
Pago liberatorio	VII	17-20
Protección	VII	12-16
<i>Documento negociable</i>		
Bienes objeto	I	6
Conflicto de leyes	X	28-33
Constitución de una garantía real	II	128
Documentos electrónicos negociables	I	119-122
Ejecución de una garantía real	VIII	111-112
Oponibilidad de una garantía real a terceros	III	154-158
Prelación de una garantía real	V	167-169
Prenda	I	60
<i>Ejecución de una garantía real</i>		
Accesorio	VIII	90-92
Adquisición de una garantía real		
Asignación del producto de la venta	VIII	60-64
Asignación del producto de la venta u otra enajenación	VIII	60-64
Autonomía de las partes	VIII	16-17
Autonomía de las partes para aceptar el procedimiento de ejecución	VIII	16-17
Bienes corporales	VIII	90-92
Bienes gravados (adquisición de)	VIII	65-70
Bienes gravados (sustracción a la posesión del otorgante)	VIII	51-56
Bienes gravados (venta u otro tipo de enajenación)	VIII	57-59
Buen sentido comercial	VIII	15
Buena fe y buen sentido comercial	VIII	15
Crédito por cobrar	VIII	94-98
Crédito por cobrar (cesión del derecho)	VIII	99-101
Cuenta bancaria	VIII	105-108
Derechos ejercitables a título acumulativo	VIII	34-35
Documento negociable	VIII	111-112
Efectos	VIII	74-81
Ejecución (de una garantía real)	VIII	82-84
Ejecución de una garantía real sobre el producto de la venta del bien gravado	VIII	82-84
Ejecución extrajudicial	VIII	29-33, 74-80

Ejecución judicial	VIII	18-20, 29-33, 74-76
Extinción de la garantía real tras el pago total	VIII	22-26
Finalidad	VIII	81
Gestión y venta de un negocio	VIII	71-73
Gestión y venta de un negocio	VIII	71-73
Incumplimiento	VIII	11-14
Instrumento negociable	VIII	102-104
Intersección de la propiedad mobiliaria e inmobiliaria	VIII	85-89
Masa o producto	VIII	90-92
Medios procesales previos a la ejecución	VIII	37-48
Notificación (forma y contenido)	VIII	44-47
Notificación de la intención de proceder a la ejecución	VIII	38-43
Otorgante (autorización dada al)	VIII	48
Otorgante (derechos del)	VIII	37-48
Principios generales	VIII	10-36
Producto	VIII	90-92
Promesa independiente	VIII	109-110
Regímenes ejecutorios	VIII	85-89
Supervisión judicial	VIII	18-20
Venta u otro tipo de enajenación de bienes	VIII	57-59
<i>Financiación de adquisiciones</i>		
Acreeedores judiciales (prelación)	IX	145-148
Adquisición de bienes incorporados a bienes inmuebles (prelación de los derechos de los financiadores)	IX	154-157
Bienes inmuebles (prelación de los derechos de los financiadores)	IX	154-157
Adquisiciones sobre el producto (prelación)	IX	158-172
Arrendamientos	IX	30-35
Bienes corporales	IX	44-59
Bienes corporales distintos de las existencias y de los bienes de consumo	IX	129-132, 161-165
Bienes de consumo (prelación)	IX	125-128
Productos (prelación)	IX	149-153
Bienes muebles (prelación)	IX	149-153
Conflicto de leyes	IX	197-200
Constitución	IX	85-95
Contexto comercial	IX	13-43
Derechos y obligaciones de las partes	IX	183-187
Ejecución	IX	188-196
Equivalencia funcional	IX	67-73
Equivalencia funcional (enfoques unitario y no unitario)	IX	74-84
Existencias (prelación)	IX	133-139, 166-172

Financiación de la adquisición por un prestamista	IX	40-43
Financiación garantizada y no garantizada	IX	14-19
Financiadore concurrentes	IX	173-178
Financiadore de la adquisición (orden de prelación de)	IX	117-124
Inscripción	IX	108-115
Insolvencia	IX	206-213
Opciones normativas básicas	IX	60-95
Operaciones con bienes de consumo (excepciones al requisito de inscripción)	IX	112-115
“Operaciones de préstamo para financiar compras” (plena integración)	IX	56-59
Operaciones múltiples de financiación de adquisiciones	IX	140-144
Oponibilidad a terceros	IX	96-107
Oponibilidad a terceros	IX	96-115
Período de gracia	IX	108-111
Prelación	IX	116-182
Retención de la titularidad	IX	20-29
Terminología	IX	6-12
Transición	IX	201-205
Vendedor (garantías reales y otras garantías privilegiadas del)	IX	36-39
Vendedor-financiación de adquisiciones (enfoques que favorecen la financiación)	IX	46-51, 52-55

Frutos (frutos civiles y naturales o ingresos)

Véase *Producto*

Garantía real

Accesorios	II	96-99
Bienes corporales mezclados en una masa	II	90-95
Bienes objeto de un acuerdo de garantía	II	49-71
Cesión global	II	103-105
Cláusula de intransferibilidad	II	106-110
Cuenta bancaria	II	123-125
Derecho personal o real que respalde un crédito por cobrar, un título negociable o cualquier otro bien inmaterial	II	111-122
Documentos negociables	II	128
Elementos esenciales	II	26-29
Fecha de validez	II	24-25
Véase también <i>Derechos y obligaciones de las partes en un acuerdo de garantía</i>		
Forma	II	30-34
Ley aplicable a	X	61
Masa o producto	II	100-101
Obligaciones garantizadas	II	38-48
Partes	II	34-37
Procedimiento	II	72-85

Productos mezclados	II	86-89
Promesa independiente	II	126-127
<i>Hipoteca sobre la empresa</i>		
Creación de una garantía real (cargas fijas y flotantes)	II	61-78
<i>Inflación</i>		
Incidencia en la prelación	V	124
<i>Insolvencia</i>		
Acreedores garantizados	XII	45-46
Bienes	XII	18-25
Bienes gravados	XII	18-36
Clasificación de los créditos garantizados por el grado de prelación	XII	59-63
Conflicto de leyes	X	80-82
Contratos	XII	39-42
Créditos garantizados	XII	56-58
Créditos por cobrar sujetos a una cesión pura y simple antes de la apertura	XII	67
Financiación de adquisiciones	XII	64-66
Financiación posterior a la apertura	XII	37-38
<i>Lex fori concursus</i>	XII	15-17
Ley aplicable a los procedimientos de insolvencia	XII	14-17
Paralización	XII	26-34
Principios generales relativos a las garantías reales	XII	13
Procedimiento de reorganización	XII	47-53
Procedimiento de reorganización agilizado	XII	54-55
Procedimientos de impugnación y anulación	XII	43-44
Terminología	XII	7-12
Utilización y enajenación de bienes	XII	35-36
<i>Instrumento negociable</i>		
Bienes objeto	I	5
Conflicto de leyes	X	34
Constitución de una garantía real	II	111-112
Ejecución de una garantía real	VIII	102-164
Oponibilidad de una garantía real a terceros	III	128-131, III 154-158
<i>Lex fori concursus</i>		
Véase <i>Conflicto de leyes</i>		
Véase <i>Insolvencia</i>		
<i>Lex rei sitae o lex situs</i>		
Véase <i>Conflicto de leyes</i>		

Masa

Constitución de una garantía real	II	100-102
Ejecución de una garantía real	VIII	90-92
Oponibilidad a terceros	III	108-116
Prelación de una garantía real	V	117-124

Oponibilidad de una garantía real a terceros

Accesorio	III	97-107
Bienes inmateriales	III	128-131
Certificado de titularidad	III	83-86
<i>Véase Sistemas de registro</i>		
Constitución y oponibilidad a terceros	III	6-8
Créditos por cobrar	III	128-131
Cuenta bancaria	III	138-148
Cuestiones de política	III	5
Derecho personal o real que garantiza el pago de un crédito por cobrar	III	128-137
Documento negociable	III	154-158
Inscripción en un registro especial	III	67-86
Inscripción en un registro general de garantías reales	III	29-46
Masa o producto	III	108-116
Métodos para lograr la oponibilidad a terceros	III	19-28
Oponibilidad	III	87-96
Oponibilidad a terceros y orden de prelación	III	15-18
Posesión	III	47-66
Promesas independientes	III	132-134, 149-153
Relación entre oponibilidad a terceros y orden de prelación	III	15-18
Subsistencia	III	117-127
Terceros (significado)	III	9-15
Titularidad de los bienes inmuebles	III	135-137
Título negociable	III	128-131, 154-158
Ubicación del bien o del otorgante, cambio en la	III	117-119

Otorgante

Ámbito de aplicación	I	10-11
<i>Véase Sistema de registro</i>		
Creación de una garantía real	II	34-37
Derechos y obligaciones de las partes en un acuerdo de seguridad (reglas no imperativas)	VI	59-65

Prelación de una garantía real

Acreeedores concurrentes (reglas para determinar la prelación)	V	42-124
Acreeedores garantizados y no garantizados	V	43-44

Acreeedores judiciales	V	94-102
Acuerdos de control	V	58
Ámbito e interpretación	V	125-150
Arrendatarios	V	77-79
Bienes futuros	V	141-143
Bienes gravados	V	45-59
Bienes mezclados	V	117-124
Certificado de titularidad	V	56-57
Compradores, arrendatarios y licenciatarios lejanos	V	84-88
Concepto	V	1-9
Conocimiento (intrascendencia)	V	125-127
Continuidad en la oponibilidad a terceros	V	132-134
Créditos preferentes	V	90-93
Criterio de la buena fe	V	74-75
Criterio del curso ordinario de los negocios	V	67-73
Criterios para establecer reglas de prelación	V	20-26
Cuenta bancaria	V	157-163
Derechos de reclamación de un proveedor	V	107-109
Documento negociable	V	167-169
Donatorios	V	89
Elementos esenciales de un acuerdo de garantía	V	27-41
Garantía real sobre el producto	V	144-150
Incorporación	V	110-116
Instrumento negociable	V	154-156
Licenciatarios	V	80-83
Masa	V	117-124
Métodos para lograr la oponibilidad a terceros	V	33-41
Obligaciones condicionales y futuras	V	135-140
Observaciones específicamente relacionadas con los bienes	V	151-169
Plazo de prescripción	V	76-89
Prestadores de servicios relacionados con un bien gravado	V	103-106
Principio de la prelación	V	45-54
Principio de la prelación (excepciones al)	V	55-59
Principios fundamentales	V	29-32
Producto	V	117-124
Promesa independiente	V	165-166
Registro especial	V	56-57
Subordinación	V	128-131
Suma monetaria	V	164
Tipos de conflictos de prelación	V	10-14
Transferencias	V	60-76

Prenda

Véase *Ámbito de aplicación*

*Producto*Véase *Masa**Promesa*Véase *Promesa independiente**Promesa independiente*

Bienes incorporados	I	6
Confirmación	Introducción	20
Conflicto de leyes	IX	52-53, 62-63
Conocimiento	Introducción	20
Control	Introducción	20
Creación de una garantía de seguridad	II	126-127
Crédito por cobrar	Introducción	20
Derecho a percibir el producto de	Introducción	20
Derechos de las partes en el acuerdo de seguridad	VI	30, 70-71
Ejecución de una garantía real	VIII	109-110
Garante/emisor	Introducción	20
Oponibilidad de una garantía real a terceros	III	132-134
Prelación de una garantía real	V	165-166
Tercero deudor	VII	2, 4, 7-8, 38-42
Transferencias de cesión	I	26-27

Propiedad intelectual

Ámbito de aplicación	I	33-36
Conflicto de leyes	X	23
Constitución de garantías reales	II	79
Derechos de las partes	VI	30
Oponibilidad de una garantía real a terceros	III	68, 76-77
Prelación de una garantía real	IV	83

Responsabilidad

Pérdida o daño causado por un bien gravado	II	71
Violación de los principios de conducta en el contexto de ejecución	VIII	15

*Retención de la titularidad*Véase *Financiación de la adquisición**Sistema de registro*

Acceso al registro de documentación	IV	18-19
Acceso público	IV	25-26

Acreeedor garantizado (consulta por referencia al)	IV	29-30
Acreeedor garantizado (derecho a recibir una copia de todo cambio en la inscripción registral)	IV	52
Ámbito	IV	1-2
Autorización para efectuar una inscripción	IV	106
Bien gravado (efecto de una cesión)	IV	78-80
Bienes futuros	IV	83
Cancelación	IV	107-116
Confirmación	IV	53
Constancia de la identidad	IV	48
Contenido obligatorio	IV	65
Derecho a consultar	IV	27-28
Derechos	IV	37
Descripción de los bienes gravados	IV	82-86
Distinción entre personas físicas y personas jurídicas	IV	73-74
Duración	IV	87-91
Efecto de un cambio del dato de identificación del otorgante	IV	75-77
Enmienda	IV	107-116
Error	IV	66-67
Horario de servicio	IV	42
Identificación (de las personas físicas)	IV	68-71
Identificación (de las personas jurídicas)	IV	72
Identificación (del acreeedor garantizado)	IV	81
Idioma	IV	44-46
Importe máximo	IV	92-97
Inscripción anticipada	IV	98-101
Integridad	IV	47-54
Integridad de los datos	IV	54
Métodos de acceso	IV	38-41
Momento en que surtirá efecto	IV	102-105
<i>Véase también Oponibilidad a terceros</i>		
Múltiples garantías reales (para una sola inscripción)	IV	98-101
Notificaciones en un registro (concepto de)	IV	10-14
Otorgante (consulta por referencia)	IV	29-30
Otorgante (derecho a que se le facilite una copia de la notificación inscrita)	IV	49-51
Otorgante (indización por referencia al bien)	IV	31-36
Otorgante (información)	IV	66-80
Otorgante (protección del)	IV	20
Prórroga	IV	87-91
Registro centralizado	IV	21-24
Registros especiales	IV	117
Requisitos previos para efectuar una inscripción	IV	15-17
Responsabilidad (por la pérdida o el daño)	IV	55-64
Responsabilidad del Estado	IV	47

Seguridad	IV	47-54
Tecnología electrónica	IV	43
<i>Suma monetaria</i>		
Orden de prelación de una garantía real	V	164
<i>Tecnología electrónica</i>		
Ámbito de aplicación	I	119-122
Sistema de registro	IV	43
<i>Transición</i>		
Conflictos de prelación	XI	23-26
Controversias sometidas a un tribunal judicial o a un tribunal arbitral	XI	15-16
Eficacia frente a terceros antes de la fecha de entrada en vigor	XI	20-22
Fecha de entrada en vigor del nuevo régimen legal	XI	4-6
Método general	XI	7-12
Validez entre las partes antes de la fecha de la entrada en vigor	XI	17-19
Vía ejecutoria	XI	27-33
<i>Valores bursátiles</i>		
Ámbito de aplicación	I	37-38

كيفية الحصول على منشورات الأمم المتحدة
يمكن الحصول على منشورات الأمم المتحدة من المكتبات ودور التوزيع في جميع أنحاء العالم. استعلم عنها من المكتبة التي تتعامل معها أو اكتب إلى: الأمم المتحدة، قسم البيع في نيويورك أو في جنيف.

如何购取联合国出版物

联合国出版物在全世界各地的书店和经营处均有发售。 请向书店询问或写信到纽约或日内瓦的联合国销售组。

HOW TO OBTAIN UNITED NATIONS PUBLICATIONS

United Nations publications may be obtained from bookstores and distributors throughout the world. Consult your bookstore or write to: United Nations, Sales Section, New York or Geneva.

COMMENT SE PROCURER LES PUBLICATIONS DES NATIONS UNIES

Les publications des Nations Unies sont en vente dans les librairies et les agences dépositaires du monde entier. Informez-vous auprès de votre libraire ou adressez-vous à: Nations Unies, Section des ventes, New York ou Genève.

КАК ПОЛУЧИТЬ ИЗДАНИЯ ОРГАНИЗАЦИИ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ

Издания Организации Объединенных Наций можно купить в книжных магазинах и агентствах во всех районах мира. Наводите справки об изданиях в вашем книжном магазине или пишите по адресу: Организация Объединенных Наций, Секция по продаже изданий, Нью-Йорк или Женева.

CÓMO CONSEGUIR PUBLICACIONES DE LAS NACIONES UNIDAS

Las publicaciones de las Naciones Unidas están en venta en librerías y casas distribuidoras en todas partes del mundo. Consulte a su librero o diríjase a: Naciones Unidas, Sección de Ventas, Nueva York o Ginebra.

Publicación de las Naciones Unidas
Impreso en Austria

Número de venta: S.09.V.12



V.09-82673—Noviembre de 2010—730

USD 85
ISBN 978-92-1-333421-8



9 789213 334218