



# Asamblea General

Distr. general  
29 de mayo de 2007  
Español  
Original: inglés

## Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

40º período de sesiones

Viena, 25 de junio a 12 de julio de 2007

### Garantías reales

#### Proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas

#### Nota de la Secretaría \*

### Índice

|  | <i>Párrafos</i> | <i>Página</i> |
|--|-----------------|---------------|
| Introducción .....   | 1-19            | 5             |
| A. Finalidad de la Guía .....  | 1-12            | 5             |
| B. Terminología y reglas de interpretación .....   | 13-19           | 8             |
| I. Objetivos clave de todo régimen eficaz y eficiente de las operaciones<br>garantizadas .....   | 20-31           | 18            |
| A. Fomentar la concesión de crédito garantizado .....  | 21              | 18            |
| B. Ofrecer la posibilidad de aprovechar al máximo el valor de una<br>amplia gama de bienes para respaldar la mayor diversidad posible<br>de operaciones garantizadas ..... | 22              | 18            |
| C. Facilitar la obtención de garantías reales de manera sencilla y<br>eficiente .....  | 23              | 19            |
| D. Tratar por igual a las diversas fuentes de financiación y a las<br>distintas formas de operaciones garantizadas .....   | 24              | 19            |
| E. Reconocer la validez de las garantías reales sin desplazamiento. . . .  | 25              | 19            |

\* Esta nota se presentó seis semanas después de vencer el plazo requerido de 10 semanas antes del comienzo de la reunión, debido a la necesidad de concluir las consultas y ultimar las enmiendas consiguientes.



|      |   |        |    |
|------|---|--------|----|
| F.   | Aumentar la previsibilidad y la transparencia con respecto a los derechos que sirven para fines de garantía previendo la inscripción de una notificación en un registro general de las garantías reales . . . | 26     | 19 |
| G.   | Establecer un orden de prelación claro y previsible . . . . .   | 27     | 20 |
| H.   | Facilitar la ejecución de las garantías de los acreedores de forma previsible y eficiente . . . . .   | 28     | 20 |
| I.   | Compaginar los intereses de las personas afectadas . . . . .  | 29     | 20 |
| J.   | Reconocer la autonomía contractual de las partes . . . . .  | 30     | 20 |
| K.   | Armonizar los regímenes de las operaciones garantizadas, incluidas las normas de derecho internacional privado . . . . .  | 31     | 21 |
| II.  | Ámbito de aplicación y otras normas de carácter general . . . . .   | 32-77  | 21 |
| A.   | Ámbito de aplicación . . . . .  | 32-54  | 21 |
|      | 1. Bienes gravables, personas interesadas, obligaciones garantizables y garantías o derechos reales equiparables . . . . .  | 33-40  | 21 |
|      | 2. Cesión pura y simple de créditos por cobrar . . . . .  | 41-45  | 23 |
|      | 3. Aeronaves, material rodante ferroviario, objetos espaciales, buques, valores bursátiles y propiedad intelectual . . . . .  | 46-50  | 24 |
|      | 4. Bienes inmuebles . . . . .   | 51-52  | 26 |
|      | 5. Producto de un bien de alguna categoría excluida . . . . .   | 53     | 26 |
|      | 6. Otras excepciones . . . . .  | 54     | 26 |
| B.   | Otras normas generales . . . . .  | 55-56  | 27 |
|      | 1. Autonomía contractual . . . . .  | 55     | 27 |
|      | 2. Comunicaciones electrónicas . . . . .  | 56     | 27 |
| C.   | Ejemplos de prácticas de financiación que abarca la Guía . . . . .  | 57-77  | 27 |
|      | 1. Financiación de la adquisición de existencias y bienes de equipo . . . . .   | 58-63  | 28 |
|      | 2. Financiación de préstamos renovables con garantía sobre existencias y créditos por cobrar . . . . .  | 64-66  | 29 |
|      | 3. Facturaje . . . . .  | 67-69  | 30 |
|      | 4. Bursatilización . . . . .  | 70-72  | 30 |
|      | 5. Financiación a plazo . . . . .   | 73-75  | 31 |
|      | 6. Transferencia de la titularidad con fines de garantía . . . . .  | 76     | 32 |
|      | 7. Operaciones de venta con arriendo sucesivo del bien al vendedor . . . . .  | 77     | 32 |
| D.   | Recomendaciones . . . . .   |        | 32 |
| III. | Criterios básicos aplicables a las garantías reales . . . . .   | 78-141 | 32 |

|     |   |         |    |
|-----|---|---------|----|
| A.  | Observaciones generales .....   | 78-141  | 32 |
| 1.  | Introducción .....  | 78-81   | 32 |
| 2.  | Instrumentos que se utilizan habitualmente para servir de garantía .....                                  | 82-115  | 33 |
| a)  | Garantías reales sobre bienes corporales .....  | 82-108  | 33 |
| b)  | Garantías reales constituidas sobre bienes inmateriales ..  | 109-115 | 41 |
| 3.  | Utilización de la titularidad para fines de garantía .....  | 116-130 | 43 |
| a)  | Transferencia de la titularidad .....   | 117-121 | 43 |
| b)  | Retención de la titularidad .....   | 122-130 | 45 |
| 4.  | Enfoque integrado y funcional de la garantía .....  | 131-141 | 48 |
| B.  | Recomendaciones .....   |         | 51 |
| IV. | Constitución de una garantía real (oponibilidad a terceros) .....   | 142-247 | 51 |
| A.  | Observaciones generales .....   | 142-227 | 51 |
| 1.  | Introducción .....  | 142-147 | 51 |
| 2.  | Constitución de una garantía real .....   | 148-160 | 53 |
| 3.  | Elementos esenciales de una garantía real .....   | 161-165 | 56 |
| 4.  | Forma de un acuerdo de garantía .....   | 166-169 | 57 |
| 5.  | Obligaciones sujetas a un acuerdo de garantía .....   | 170-179 | 58 |
| 6.  | Bienes sujetos a un acuerdo de garantía .....   | 180-200 | 61 |
| a)  | Bienes futuros .....  | 181-185 | 61 |
| b)  | Bienes excluidos .....  | 186-187 | 63 |
| c)  | Identificación de los bienes .....  | 188-190 | 64 |
| d)  | Garantía sobre todos los bienes de un otorgante .....   | 191-199 | 64 |
| e)  | Responsabilidad del acreedor garantizado por las pérdidas o los daños causados por los bienes gravados .. | 200     | 68 |
| 7.  | Constitución de una garantía real sobre el producto .....   | 201-215 | 68 |
| a)  | Concepto del producto .....   | 201-206 | 68 |
| b)  | Alcance de una garantía real sobre el producto .....  | 207-213 | 70 |
| c)  | Constitución de una garantía real sobre el producto .....   | 214-215 | 71 |
| 8.  | Productos mezclados .....   | 216-218 | 72 |
| 9.  | Bienes corporales mezclados .....   | 219-221 | 73 |
| 10. | Bienes corporales mezclados en una masa o producto .....  | 222     | 74 |
| 11. | Constitución de una garantía real sobre un bien incorporado .....   | 223-225 | 74 |
| 12. | Constitución de una garantía real sobre una masa o producto .....   | 226-227 | 75 |

---

|    |   |         |    |
|----|---|---------|----|
| B. | Recomendaciones específicamente relacionadas con los bienes . . . . .   | 228-247 | 76 |
| 1. | Eficacia de una cesión global de créditos por cobrar y de una cesión de derecho futuros y partes de derechos y derechos indivisos sobre créditos por cobrar. . . . .  | 228     | 76 |
| 2. | Eficacia de una cesión de créditos por cobrar efectuada a pesar de la existencia de una cláusula de intransferibilidad. . . . .                                       | 229-232 | 76 |
| 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. . . . . | 233-244 | 77 |
| 4. | Constitución de una garantía real sobre el producto de una promesa independiente . . . . .  | 245-246 | 80 |
| 5. | Constitución de una garantía real sobre un documento negociable o sobre bienes que sean objeto de un documento negociable. . . . .                                    | 247     | 80 |
| C. | Recomendaciones. . . . .  |         | 80 |

## Introducción

### A. Finalidad de la Guía

1. La finalidad de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre las Operaciones Garantizadas (llamada en adelante “la Guía”), es prestar asistencia a los Estados en la elaboración de un régimen moderno de las operaciones garantizadas (es decir, las transacciones por las que se constituye una garantía real de propiedad (a diferencia de una de carácter personal) sobre bienes muebles; para la definición de “operación garantizada”, véase el párrafo 19 *infra*) 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 dispongan ya de un régimen operativo pero que deseen revisarlo o modernizarlo, o simplemente armonizar o coordinar 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. Para ser eficaz, 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 (véase *la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*<sup>1</sup>).

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. La Guía tiene por objeto propiciar la formulación de 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 elaborar y 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.

4. Todas las empresas, ya se trate de fabricantes o de distribuidores, de empresas de servicios o de minoristas, 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 (el Banco Mundial), 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.

---

<sup>1</sup> Publicación de las Naciones Unidas, N° de venta S.05.V.10.

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 que asume el acreedor, ofreciéndole con los bienes dados en garantía otro medio para cobrar su crédito en caso de incumplimiento de la obligación garantizada. Al disminuir el riesgo de incumplimiento del pago, es probable que aumenten las posibilidades de obtener crédito y disminuya su costo.

6. La adopción de un régimen jurídico que respalde las operaciones de crédito garantizado 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. Contribuir 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 sacar el máximo provecho del valor de sus bienes muebles con miras a obtener crédito. A este respecto, se adoptan dos de los conceptos más importantes para asegurar el éxito de todo régimen de las operaciones garantizadas: el de la prelación y el de la eficacia frente a terceros. El concepto 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. El concepto de eficacia de una garantía real frente a terceros, entendido como sistema que permita, entre otras cosas, que las garantías reales sean oponibles a terceros mediante su simple inscripción en un registro público, en forma rápida y poco costosa, tiene por objeto promover la seguridad jurídica con respecto al grado relativo de prelación de los derechos de los acreedores y reducir así los riesgos y costos derivados de las operaciones garantizadas.

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, también se procura regular el reconocimiento de las garantías reales y de los mecanismos de garantía basados en la titularidad, entre ellos el de retención de la titularidad de bienes corporales y los arrendamientos financieros, efectivamente constituidos en otros Estados. Eso 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 se 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 por el 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, se requieren otras salvaguardias para 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 aborde 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 no están 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 del BERD sobre Operaciones Garantizadas, concluida en 1994; los principios generales del BERD relativos al régimen legal de las operaciones garantizadas, concluidos en 1997; la Ley Uniforme de la Organización para la Armonización de la Legislación Empresarial en África (OHADA) relativa a las garantías reales, preparada en 1997; el estudio sobre la reforma del régimen legal de las operaciones garantizadas en Asia, preparado por el

Banco Asiático de Desarrollo en 2000<sup>2</sup>; la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional<sup>3</sup> (“la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos”), adoptada en 2001; el Convenio relativo a las garantías reales internacionales sobre bienes de equipo móvil, aprobado en 2001, y los protocolos pertinentes; 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 2001; la Ley Modelo Interamericana de Garantías Mobiliarias, preparada en 2002 por la Organización de los Estados Americanos (OEA); la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia, concluida en 2004, y el anteproyecto de convenio de UNIDROIT sobre reglas sustantivas armonizadas para los valores bursátiles en poder de un intermediario.

## **B. Terminología y reglas de interpretación**

13. En la presente Guía se ha adoptado cierta terminología para expresar los conceptos básicos de todo régimen eficaz de las operaciones garantizadas. Los términos utilizados no se han tomado de ningún ordenamiento jurídico en particular. Aun cuando un término resulte ser el mismo que el empleado en una determinada legislación nacional, el criterio de la presente Guía no es adoptar el significado que dicho término pueda tener en el ordenamiento jurídico de que se trate. Por el contrario, en la Guía se establece un significado específico para cada uno de los términos clave. Es importante observar que muchas de las definiciones también tienen como efecto restringir el alcance de las recomendaciones de la Guía en que se emplean dichos términos. En algunas recomendaciones se utilizan términos que se definen en ellas y el significado de algunos términos definidos en el presente capítulo se amplía en las recomendaciones en que se emplean esos términos. Por lo tanto, el alcance y el tenor de cada recomendación dependen del significado de cada término definido que se utilice.

14. El criterio que se adopta en la Guía de utilizar términos definidos tiene por objeto facilitar una comunicación precisa, independientemente de todo ordenamiento jurídico nacional, así como posibilitar que los lectores de la Guía interpreten de manera uniforme las recomendaciones que allí figuran, proporcionándoles un vocabulario y un marco conceptual comunes. Las definiciones deben leerse atentamente y los lectores deben remitirse a ellas cada vez que se utilice un término definido.

15. Aunque los términos no constituyen en sí un elemento imperativo de las recomendaciones de la Guía, la legislación que se base en la Guía por lo general contendrá definiciones específicas de los términos que allí se utilicen. Aun cuando los términos utilizados en la legislación difieran de los que se emplean en la Guía, pueden utilizarse con todo las definiciones que figuran en la terminología. Con ello se evitarán cambios sustantivos por inadvertencia y se incrementarán las posibilidades de una concepción uniforme, desde un principio, de los términos, para así lograr la interpretación más uniforme posible desde el mismo momento en que la

---

<sup>2</sup> Véase *Law and Policy Reform at the Asian Development Bank 2000*, vol. II (Banco Asiático de Desarrollo, 2000).

<sup>3</sup> *Ibid.*, N° de venta S.04.V.14.

nueva legislación entre en vigor. La utilización de los términos, y más importante aun, las definiciones previstas en la Guía propiciarán también la armonización de la legislación relativa a las garantías reales.

16. 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” indica una obligación; y las palabras “tales como” y “por ejemplo” deben interpretarse del mismo modo que las palabras “incluido” o “inclusive”. Por “acreedores” deberían entenderse los acreedores del Estado promulgante y 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.

17. Algunos Estados tal vez opten por aplicar las recomendaciones de la Guía mediante la adopción de una única ley amplia (un método que es más probable que tenga como resultado un texto uniforme sin errores por omisión o mala interpretación), mientras que otros Estados quizá traten de modificar su cuerpo de leyes mediante la inserción en varias de ellas, de algunas reglas específicas. En la Guía los términos “el régimen” o “el presente régimen” se entienden también referidos a las reglas recomendadas en su conjunto, independientemente del método elegido para su aplicación.

18. 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 normas de derecho internacional privado (para evitar el reenvío); c) toda remisión a “una ley distinta del régimen de las operaciones garantizadas” abarcará toda la legislación de un Estado (tanto de índole sustantiva como procesal) distinta de la que incorpora la ley que rige las operaciones garantizadas (ya sea preexistente, recientemente adoptada o modificada 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 que comporten 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 aplicable tras la apertura del procedimiento.

19. En los siguientes párrafos se enumeran los principales términos y conceptos empleados y se indica el significado básico que tienen en la presente Guía. Ese significado se define con mayor precisión en capítulos subsiguientes, en los que también se definen y utilizan otros términos y conceptos (como es el caso, por ejemplo, en el capítulo XI relativo a la insolvencia; véase A/CN.9/631/Add.8). Las definiciones deberán interpretarse a la luz de las recomendaciones pertinentes. Los términos principales se definen de la siguiente manera:

a) Por “acreedor garantizado” se entenderá todo acreedor que tenga un derecho de garantía. Con respecto a un crédito por cobrar, el término significa el “cesionario” del crédito (véase la definición del término “cesión”);

b) Por “acreedor garantizado financiador de adquisiciones” se entenderá, tanto en el contexto del enfoque unitario como en el del enfoque no unitario de las garantías reales del pago de una adquisición, todo acreedor garantizado que disponga de una garantía real para financiar adquisiciones, y, en el contexto del enfoque unitario, el concepto abarcará también al vendedor con retención de la titularidad, al arrendador financiero, al arrendador en operaciones de arrendamiento con opción de compra o a otro financiador de adquisiciones;

c) 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;

d) Por “arrendamiento financiero” se entenderá un arrendamiento, al final de cuyo plazo:

i) El arrendatario pasa automáticamente a ser el propietario de bienes corporales que no sean títulos negociables o documentos negociables objeto del arrendamiento;

ii) El arrendatario podrá adquirir los bienes objeto de arrendamiento mediante el pago de un precio nominal; o

iii) Los bienes corporales objeto del arrendamiento sólo tienen un valor residual nominal.

El término incluye también un acuerdo de arrendamiento con opción de compra.

e) Por “beneficiario de una transferencia para la financiación de adquisiciones”, concepto empleado únicamente en el contexto del enfoque no unitario de los derechos reales en garantía de la financiación de adquisiciones, se entenderá la persona cuyo derecho sobre los bienes esté sujeto a un derecho real en garantía de la financiación de adquisiciones (con lo cual el concepto abarca también al comprador con retención de la titularidad, al arrendatario financiero y a un acreedor en el contexto de cualquier otra operación de financiación de adquisiciones);

f) Por “bienes corporales” 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;

g) Por “bienes de consumo” se entenderán los bienes que el otorgante utilice o que se proponga utilizar para fines personales, familiares o domésticos;

h) Por “bienes de equipo” se entenderán los bienes corporales que una persona haya de utilizar en la explotación de su empresa;

i) Por “bienes incorporados a bienes inmuebles” 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;

j) Por “bienes incorporados a otros bienes muebles” se entenderá todo bien corporal que esté tan firmemente adherido o incorporado a otro bien corporal que, a pesar de no haber perdido su identidad propia, se lo considera como si fuese parte integrante de ese bien mueble conforme a la legislación distinta del presente régimen;

k) Por “bienes inmateriales” 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;

l) Por “bien gravado” se entenderá el bien mueble corporal o inmaterial sobre el que se haya constituido una garantía;

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

n) Por “cesión” se entenderá la constitución de una garantía real sobre un crédito por cobrar o la transferencia pura y simple de un crédito por cobrar. La constitución de una garantía real sobre un crédito por cobrar incluye toda transferencia pura y simple realizada a título de garantía;

o) Por “cesión subsiguiente” se entenderá toda cesión realizada por el cesionario inicial o por cualquier otro cesionario. En toda cesión subsiguiente, la persona que haga la cesión será el cedente y la persona a quien se le haga será el cesionario, y

p) Por “cesionario” se entenderá la persona a quien se ceda un crédito por cobrar;

q) Por “confirmante” se entenderá un banco u otra persona que agregue su propia promesa independiente a la del garante/emisor.

De conformidad con el artículo 6 e) de la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente<sup>4</sup>, 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;

r) Por “conocimiento” se entenderá todo dato o información real que se posea;

s) Por “contrato originario” se entenderá, en el contexto de una cesión, el contrato celebrado entre el cedente y el deudor del crédito por cobrar del que nazca el crédito cedido. Con respecto a los créditos por cobrar extracontractuales, por “contrato originario” se entenderá la fuente extracontractual del crédito por cobrar;

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

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

ii) Si el banco depositario ha celebrado un acuerdo de control con el otorgante y con el acreedor garantizado, corroborado por un documento autenticado, en virtud del cual el banco depositario haya accedido a seguir las instrucciones del acreedor garantizado con respecto al pago de fondos

---

<sup>4</sup> Publicación de las Naciones Unidas, N° de venta S.97.V.12.

acreditados en la cuenta bancaria sin necesidad del consentimiento del otorgante, o

iii) Si el acreedor garantizado es el titular de la cuenta.

El banco depositario no está obligado a celebrar un acuerdo de control. Además los derechos del acreedor garantizado estarán sujetos a los derechos y obligaciones del banco depositario de conformidad con la ley y la práctica que rijan las cuentas bancarias. Además, el acuerdo de control requerirá el consentimiento del otorgante (y también el del banco depositario), y el otorgante conservará el derecho a negociar con los fondos de la cuenta bancaria hasta que el acreedor garantizado dé al banco depositario otras instrucciones (aunque en algunos acuerdos de control, los fondos quedarían bloqueados a partir de la celebración del acuerdo de control). Ello abarca las situaciones en que a) una cuenta existente es transferida al acreedor garantizado, b) el acreedor garantizado conviene con el otorgante en que los fondos se depositen en una cuenta que se abra posteriormente, y c) el acreedor garantizado es el único titular de la cuenta (es decir, no meramente un titular conjunto de ella).

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

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

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

v) Por “crédito por cobrar” se entenderá todo derecho al cumplimiento de una obligación monetaria, así como todo derecho contractual al cumplimiento de una obligación no monetaria, a excepción de los derechos de cobro documentados por un título negociable, la obligación de efectuar un pago en virtud de una promesa independiente y la obligación de un banco de pagar fondos acreditados en una cuenta bancaria;

w) 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. Este concepto no incluye los créditos frente a un banco documentados por un título negociable.

El derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria abarcará el derecho al pago de fondos transferidos a una cuenta interna del banco y no aplicados a ninguna obligación adeudada a éste. Los fondos transferidos al banco mediante el reembolso anticipado de una obligación de pago futura que el banco haya aceptado en el curso ordinario de sus negocios bancarios también quedarán abarcados en la medida en que la persona que haya dado instrucciones al banco tenga un crédito con respecto a esos fondos si el banco no efectúa el pago futuro;

x) Por “derecho a la retención de la titularidad”, expresión utilizada únicamente en el contexto del enfoque no unitario, se entenderá el derecho de un vendedor sobre bienes corporales que no sean títulos negociables o documentos negociables, conforme a un acuerdo con el comprador en virtud del cual la titularidad de esos bienes no se transfiere del vendedor al comprador hasta que se haya cumplido la condición de que se abone la parte no pagada del precio de compra de los bienes;

y) Por “derecho real en garantía de la financiación de adquisiciones”, concepto únicamente utilizado en el contexto del enfoque no unitario de los derechos reales en garantía de la financiación de adquisiciones, se entenderá cualquiera de los siguientes derechos:

- i) Un derecho de retención de la titularidad;
- ii) El derecho de un arrendador en virtud de un arrendamiento financiero;
- iii) La propiedad retenida y los derechos conexos dimanantes de todo acuerdo que permita a una persona adquirir la posesión o la utilización de bienes corporales que no sean títulos negociables o documentos negociables y en virtud del cual la titularidad de esos bienes no pasa irrevocablemente a manos de la persona que los posea o utilice hasta que se pague el precio o a condición de que se pague, y
- iv) Un derecho dimanante de un acuerdo en virtud del cual el acreedor que haya otorgado el crédito financiero a una persona para facilitarle la adquisición de la posesión o la utilización de los bienes corporales, que no sean títulos negociables o documentos negociables, se reserva el derecho a convertirse en el propietario irrevocable de los bienes en satisfacción de la obligación de reembolso;

z) Por “deudor” se entenderá la persona a la que corresponda cumplir la obligación garantizada, lo cual incluye a los obligados secundarios, como, por ejemplo, los garantes de una obligación garantizada. El deudor no es necesariamente la persona que constituye la garantía real en beneficio de un acreedor garantizado (véase la definición del término “otorgante”);

aa) 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 de la cancelación del crédito.

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 es en sí misma un crédito por cobrar (es decir, existen dos créditos por cobrar);

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

cc) 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;

dd) Por “emisor” de un documento negociable se entenderá la persona que esté obligada a entregar los bienes corporales abarcados por el documento conforme a la ley que rija los documentos negociables;

En el caso del denominado “conocimiento de embarque multimodal” (si cumple los requisitos de la ley aplicable para considerarlo un documento negociable), el emisor podrá ser una persona que subcontrate a otras personas

diversos tramos del transporte de las mercancías, pero que aun así asuma la responsabilidad del transporte y de los eventuales daños que se produzcan durante éste;

ee) Por “existencias” se entenderá todo bien corporal almacenado para su venta o arriendo en el curso ordinario de los negocios del otorgante, así como las materias primas y los bienes semielaborados (en fase de elaboración);

ff) Por “financiador de adquisiciones”, concepto únicamente empleado en el contexto del enfoque no unitario de los derechos reales en garantía de la financiación de adquisiciones, se entenderá la persona que tenga un derecho real en garantía de la financiación de adquisiciones (con lo cual el concepto abarca también al vendedor con retención de la titularidad, al arrendador financiero y a la parte obligante en las operaciones de arrendamiento con opción de compra, o a un acreedor en cualquiera otra operación de financiación de adquisiciones y en cualquier otra de las operaciones descritas en los apartados iii) y iv) de la definición y));

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

hh) Por “garantía real” se entenderá un derecho de propiedad sobre bienes muebles o bienes incorporados (accesorios fijos) que se constituye mediante un acuerdo y que garantiza el pago u otro tipo de cumplimiento de una o más obligaciones, independientemente de que las partes lo hayan calificado de garantía real. En el contexto del enfoque unitario, la expresión incluye tanto las garantías reales del pago de adquisiciones como las no destinadas a adquisiciones, pero en el contexto del enfoque no unitario la expresión no incluye ningún derecho real en garantía de la financiación de adquisiciones. Con respecto a los créditos por cobrar, se entenderá también por garantía real el derecho del cesionario (véase la definición de “cesión” y otras definiciones que figuran más adelante en relación con la cesión de créditos por cobrar);

ii) Por “garantía real con desplazamiento” se entenderá toda garantía constituida sobre un bien corporal que esté efectivamente en posesión del acreedor garantizado o de otra persona (salvo el deudor u otro otorgante) que mantenga el bien en beneficio del acreedor garantizado;

jj) Por “garantía real del pago de una adquisición”, tanto en el contexto del enfoque unitario como en el del enfoque no unitario de los derechos reales en garantía de la financiación de adquisiciones, se entenderá una garantía real constituida sobre bienes corporales, que no sean títulos negociables, o 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 ellos. Una garantía real del pago de una adquisición no tiene que denominarse necesariamente así. En el enfoque unitario, el concepto incluye los derechos de un acreedor sobre los bienes en virtud de una venta con retención de la titularidad, una operación de arrendamiento con opción de compra, un arrendamiento financiero u otra operación de financiación de adquisiciones;

kk) Por “garantía real sin desplazamiento” se entenderá toda garantía real constituida sobre i) bienes corporales que no estén en posesión efectiva del acreedor

garantizado o de otra persona que tenga los bienes en beneficio de ese acreedor, o ii) bienes inmateriales;

ll) Por “masa de la insolvencia” se entenderá todo el conjunto de bienes y derechos del deudor que estén bajo el control o la supervisión del representante de la insolvencia y sujetos al procedimiento de insolvencia;

mm) Por “masa o producto” se entenderá todo bien corporal que no sea dinero, que esté tan estrechamente unido a otro bien corporal que haya perdido su identidad propia;

nn) Por “notificación” se entenderá toda comunicación hecha por escrito;

oo) 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 cesionario;

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

qq) Por “operación garantizada” se entenderá toda operación por la que se constituya una garantía real de propiedad (a diferencia de una de carácter personal) sobre bienes muebles (a diferencia de la constitución de ella sobre bienes inmuebles);

rr) Por “otorgante” se entenderá toda persona que constituya una garantía real sobre uno o más de sus bienes en favor de un acreedor garantizado con objeto de respaldar su propia obligación o la de otra persona (véase la definición del término “deudor del crédito por cobrar”). Con arreglo al enfoque unitario, el “otorgante” de una garantía real del pago de una adquisición incluye al comprador con retención de la titularidad, el comprador en un arrendamiento con opción de compra, un arrendatario financiero o el otorgante en una operación de préstamo de dinero para adquisiciones. Como las recomendaciones generales de la Guía no sólo se aplican a las garantías reales sobre créditos por cobrar, sino también a las cesiones de créditos con fines de garantía y a las transferencias puras y simples de créditos por cobrar, a menos que se disponga otra cosa, el uso del término “otorgante” en las recomendaciones generales también se entenderá referido al “cedente” (véase la definición del término “deudor”);

ss) 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 designado 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;

tt) Por “posesión” se entenderá, salvo en la forma en que se utiliza el término en las recomendaciones 29 y 52 a 54 con respecto al emisor de un documento negociable, 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 deducible, ficticia, supuesta o simbólica;

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

vv) Por “procedimiento de insolvencia” se entenderá todo procedimiento colectivo, ya sea judicial o administrativo, que se entable a efectos de una reorganización o liquidación de la empresa del deudor y que se lleve a cabo conforme al régimen de la insolvencia;

ww) Por “producto” se entenderá todo lo que se reciba respecto de los bienes gravados, que comprenderá todo lo que se perciba como consecuencia de la venta u otro acto de disposición o de cobro de los bienes, el arriendo o la licencia de un bien gravado, el producto del producto, sus frutos civiles y naturales, los dividendos que reporten, las distribuciones correspondientes, las sumas abonadas por compañías de seguros a título de indemnización en concepto de defectos que presente un bien gravado, de los daños que haya sufrido y de la pérdida de los bienes en sí;

xx) Por “producto de una promesa independiente” se entenderá el derecho a recibir un pago exigible, un giro aceptado, una obligación de pago diferido contraída u otro valor, que pagará o entregará en cada caso el garante/emisor, el confirmante o la persona designada que haya efectuado la prestación que justifique el cobro de la promesa independiente. La expresión también incluye el derecho de solicitar la compra por un banco negociador de un instrumento negociable o un documento mediante la presentación de documentos de conformidad con las condiciones de la promesa. La expresión no abarca:

- i) El derecho al cobro (es decir, a solicitar el pago) de una promesa independiente, o
- ii) Lo que se cobra al cumplir una promesa independiente o al enajenar el producto de una promesa independiente (es decir, el producto resultante del cobro o enajenación del producto de una promesa independiente).

La presente definición alude al “producto de una promesa independiente” para ajustarse a la terminología empleada por lo general en la legislación y la práctica en materia de promesas independientes. Tal como se emplea en la Guía, la expresión significa el derecho del otorgante, en calidad de beneficiario de una promesa independiente, a cobrar todo pago u otra forma de valor que se dé en virtud de la promesa independiente contra la presentación por el beneficiario de documentos de conformidad con las condiciones de la promesa. La expresión incluye el producto en sí, es decir, lo que se percibe efectivamente al realizar un cobro del garante/emisor, del confirmante o de la persona designada (la entrega de valor a un beneficiario por el banco negociador no debería considerarse como un cobro o una enajenación) o al enajenar un derecho al producto en virtud de una promesa independiente.

La expresión “producto de una promesa independiente” se refiere a un derecho a cobrar, aun cuando el término “producto”, tal como se emplea en la legislación y la práctica de las promesas independientes, pueda abarcar el derecho a cobrar y lo que se reciba en virtud de la promesa, y aun cuando en otras partes de la Guía el término “producto” se utilice para hacer referencia a todo lo que se percibe. Una garantía real sobre el producto de una promesa independiente (como bien gravado original) no es lo mismo que una garantía real sobre el “producto” (un concepto clave de la Guía) de los bienes abarcados por ésta;

yy) 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, una garantía bancaria 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;

zz) 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 parte;

aaa) Por “reclamante concurrente” se entenderá:

i) Otro acreedor respaldado por una garantía sobre el mismo bien gravado (ya sea en calidad de bien originalmente gravado o de producto);

ii) En el contexto del enfoque no unitario de los derechos reales en garantía de la financiación de adquisiciones, el vendedor, el arrendador financiero u otro financiador de adquisiciones del mismo bien gravado que haya conservado la titularidad de éste;

iii) Otro acreedor del otorgante que tenga un derecho sobre el mismo bien gravado (por ejemplo, en virtud de la ley, por embargo, decomiso o proceso análogo);

iv) El representante de la insolvencia en caso de insolvencia del otorgante (en el capítulo sobre la insolvencia se hace referencia a “la insolvencia del deudor” en aras de la coherencia con la terminología utilizada en la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia), o

v) Todo comprador o beneficiario de una transferencia (e incluso un arrendatario o un licenciataria) del bien gravado;

bbb) El “reconocimiento” con respecto al producto de una promesa independiente significa que el garante/emisor, el confirmante o la persona designada que pagarán o que entregarán valor al procederse al cobro de una promesa independiente:

i) Han reconocido o consentido, unilateralmente o mediante acuerdo (sin importar el modo en que tal reconocimiento o consentimiento se pruebe), la constitución en favor del acreedor garantizado de una garantía real (con independencia de que se denomine una cesión o de otro modo) sobre el producto de una promesa independiente, o

ii) Se han obligado, unilateralmente o por acuerdo, a pagar o a entregar valor al acreedor garantizado al procederse al cobro de una garantía independiente;

ccc) Por “representante de la insolvencia” se entenderá toda persona o todo órgano encargado de administrar la masa de la insolvencia;

ddd) Por “título negociable” se entenderá todo título, como, por ejemplo, un cheque, una letra de cambio o un pagaré, en el que se consigne un derecho de pago y que cumpla los requisitos de negociabilidad en virtud del régimen de los títulos negociables;

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

## **I. Objetivos clave de todo régimen eficaz y eficiente de las operaciones garantizadas**

20. Con miras a ofrecer a los legisladores soluciones prácticas y eficaces, en la Guía se ha tratado de estudiar y de formular más explícitamente los objetivos clave que debe tener todo régimen eficaz y eficiente de las operaciones garantizadas y los aspectos fundamentales que debería regular. Esos objetivos tienen la finalidad de crear un amplio marco normativo para el establecimiento y el desarrollo de dicho régimen, y podrían reflejarse en el preámbulo de la legislación que promulgasen los Estados. Esos objetivos deberían tenerse en cuenta al interpretar la legislación (para ese enfoque, véase, por ejemplo, el párrafo 1 del art. 7 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos).

### **A. Fomentar la concesión de crédito garantizado**

21. El objetivo primordial y general de la Guía es alentar a los legisladores de los Estados a que, adoptando un régimen de las operaciones garantizadas inspirado en las recomendaciones que en ella se enuncian, faciliten la concesión de crédito garantizado a un costo asequible, contribuyendo así a que el acceso a ese crédito permita a los particulares y a la economía de un país en general obtengan beneficios económicos (véase el párrafo 2 *supra*).

### **B. Ofrecer la posibilidad de aprovechar al máximo el valor de una amplia gama de bienes para respaldar la mayor diversidad posible de operaciones garantizadas**

22. La clave del éxito de un régimen legal de las operaciones garantizadas dependerá de que se dé a una gran diversidad de empresas la posibilidad de aprovechar plenamente el valor inherente a sus bienes con miras a obtener crédito mediante muy variadas operaciones crediticias. Para cumplir este objetivo, en la Guía se insiste en la importancia de formular el régimen en términos muy amplios, concretamente: a) permitiendo gravar una amplia gama de bienes (entre ellos los bienes ya existentes y los futuros); b) permitiendo constituir garantías reales para respaldar la más amplia gama posible de obligaciones (incluidas las obligaciones futuras y condicionadas, monetarias y no monetarias), y c) haciendo extensivas las

ventajas del régimen a la más amplia diversidad posible de deudores, acreedores y operaciones crediticias.

**C. Facilitar la obtención de garantías reales de manera sencilla y eficiente**

23. El costo del crédito disminuirá si el régimen permite constituir garantías de forma eficiente. Por esa razón, en la Guía se sugieren métodos para racionalizar los procedimientos correspondientes y reducir así los gastos de las operaciones. Con este fin, se propone que se elimine todo trámite innecesario, que se utilice un solo método para la constitución de garantías reales, en vez de prever múltiples mecanismos de garantía para los distintos tipos de bienes gravados, y que se permita constituir garantías reales sobre bienes futuros y efectuar futuros anticipos de crédito sin necesidad de que las partes presenten nuevos documentos ni adopten ninguna medida suplementaria.

**D. Tratar por igual a las diversas fuentes de financiación y a las distintas formas de operaciones garantizadas**

24. Reconociendo que la sana competencia entre todos las posibles entidades crediticias es una manera eficaz de reducir el costo del crédito, en la Guía se recomienda que el régimen de las operaciones garantizadas se aplique por igual a las distintas categorías de entidades crediticias, inclusive bancos y otras instituciones financieras, y proveedores, así como los acreedores nacionales como a los extranjeros en general.

**E. Reconocer la validez de las garantías reales sin desplazamiento**

25. Dado que la constitución de una garantía real no debería impedir que el deudor u otro otorgante mantuvieran la empresa en funcionamiento ni dificultar la continuación de los negocios, en la Guía se recomienda que el régimen de las operaciones garantizadas permita la constitución de garantías reales sin desplazamiento sobre una amplia variedad de bienes, y que al mismo tiempo prevea un sistema de inscripción registral para dar a conocer a terceros la posible existencia de esas garantías.

**F. Aumentar la previsibilidad y la transparencia con respecto a los derechos que sirven para fines de garantía previendo la inscripción de una notificación en un registro general de las garantías reales**

26. Dado que un régimen eficaz de las operaciones garantizadas debe inducir también a todas las partes que intervengan en una operación garantizada a actuar con responsabilidad, en la Guía se procura promover la previsibilidad y la transparencia a fin de que las partes puedan sopesar todas las cuestiones jurídicas que plantee sus operaciones y establecer sanciones apropiadas en caso de

incumplimiento de las normas aplicables, respetando al mismo tiempo el carácter confidencial de la información y teniendo en cuenta los problemas que puedan plantearse al respecto. Una medida primordial para lograr este objetivo es el establecimiento de un registro general de garantías reales en el que se inscriban las notificaciones relativas a tales garantías.

### **G. Establecer un orden de prelación claro y previsible**

27. De poco o de nada serviría una garantía real sobre un bien si en el momento en que se concluye la operación el acreedor no pudiera determinar qué grado de prelación tendrá su derecho sobre ese bien frente a los demás acreedores (incluido el representante de la insolvencia). Así pues, en la Guía se propone que se establezca un registro general de garantías reales y que, sobre la base de ese registro, se enuncien reglas claras que permitan que los acreedores, al iniciar una operación, determinen de forma fiable, oportuna y económica la prelación de sus garantías reales.

### **H. Facilitar la ejecución de las garantías de los acreedores de forma previsible y eficiente**

28. Tampoco serviría de mucho una garantía real si el acreedor no pudiera ejecutarla de manera previsible, oportuna y económica. Así pues, en la Guía se sugieren procedimientos que permiten a los acreedores hacer ejecutar sus garantías sometiendo la ejecución, en su caso, a control judicial o a otro tipo de control, supervisión o revisión oficial. La Guía también recomienda a los Estados que coordinen estrechamente las disposiciones de sus respectivos regímenes de las operaciones garantizadas con las de sus regímenes de la insolvencia a efectos de respetar la eficacia y la prelación que pueda tener una garantía real antes de la apertura de un procedimiento de insolvencia, así como su valor económico, a reserva de lo establecido en las disposiciones pertinentes del régimen de la insolvencia.

### **I. Compaginar los intereses de las personas afectadas**

29. Como las operaciones garantizadas afectan a los intereses de diversas personas, inclusive el deudor, otros otorgantes, los acreedores concurrentes (por ejemplo, los acreedores garantizados, privilegiados y ordinarios), los compradores y otros cesionarios de los bienes gravados, así como a los intereses del Estado, en la Guía se proponen normas que permitan tener en cuenta todos esos legítimos intereses y alcanzar de forma equilibrada todos los objetivos mencionados más arriba.

### **J. Reconocer la autonomía contractual de las partes**

30. Habida cuenta de que un régimen eficaz de las operaciones garantizadas debe brindar máxima flexibilidad a fin de abarcar una amplia gama de operaciones de crédito, incluso las que vayan surgiendo y evolucionando con el tiempo, en la Guía

se insiste en la necesidad de reducir al mínimo las normas imperativas con objeto de que las partes puedan adaptar a sus necesidades concretas las operaciones crediticias que realicen. Al mismo tiempo, se toma en consideración el hecho de que puede haber otras leyes que amparen los intereses legítimos de los consumidores o de otras personas y se especifica que el régimen de las operaciones garantizadas no debería primar sobre esas leyes.

## **K. Armonizar los regímenes de las operaciones garantizadas, incluidas las normas de derecho internacional privado**

31. La adopción de legislación basada en las recomendaciones enunciadas en la Guía dará lugar a la armonización de los regímenes de las operaciones garantizadas (concretamente mediante la promulgación de leyes sustantivas análogas que facilitarán el reconocimiento transfronterizo de las garantías reales). Este resultado ya promoverá de por sí la financiación del comercio internacional y la circulación de bienes y servicios entre los países. Por otra parte, si no fuera posible armonizar del todo los regímenes nacionales, las normas de derecho internacional privado serían particularmente útiles para facilitar las operaciones transfronterizas. En cualquier caso, esas normas serían útiles, por ejemplo, para ayudar a los acreedores garantizados a determinar la manera de hacer oponibles a terceros sus garantías reales (es decir, en virtud de la legislación del lugar en que estén ubicados los bienes gravados, la del domicilio del otorgante o de otra legislación).

## **II. Ámbito de aplicación y otras normas de carácter general**

### **A. Ámbito de aplicación**

32. El régimen previsto en la Guía pretende constituir un único y extenso régimen de las operaciones garantizadas, que afecte a la más amplia gama posible de bienes, partes interesadas, obligaciones garantizadas, garantías reales y prácticas de financiación.

#### **1. Bienes gravables, personas interesadas, obligaciones garantizables y garantías o derechos reales equiparables**

33. La Guía se centra fundamentalmente en los bienes comerciales esenciales como las mercancías (existencias y bienes de equipo) y en los créditos por cobrar de carácter comercial. Sin embargo, en ella se propugna que todos los tipos de bienes puedan ser objeto de garantías reales, incluidos los bienes que una empresa tenga en un momento dado y los que vaya a tener en el futuro, y abarcan todos los bienes, tanto corporales como inmateriales (véase A/CN.9/631, apartado a) de la recomendación 2), salvo los que se excluyan expresamente (véase A/CN.9/631, apartado a) de la recomendaciones 4 a 6).

34. La Guía abarca todos los tipos de bienes muebles y bienes incorporados o accesorios fijos, bienes corporales e inmateriales, presentes o futuros, inclusive existencias, bienes de equipo y otros bienes, créditos por cobrar contractuales y extracontractuales, créditos contractuales no monetarios, títulos negociables,

documentos negociables, derechos al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria, el producto de una promesa independiente y propiedad intelectual. En cuanto a los créditos por cobrar (que no incluyen los títulos negociables, los documentos negociables ni las cuentas bancarias; véase la definición de “crédito por cobrar” en el párrafo 19 *supra*), las recomendaciones generales, complementadas por las relativas a los créditos por cobrar, son aplicables a: a) los créditos contractuales y extracontractuales, salvo que las recomendaciones 24 (Eficacia de una cesión de créditos por cobrar en bloque y una cesión de créditos por cobrar futuros, las partes de derechos o los derechos indivisos sobre créditos) y 111 (Declaraciones del cedente) no sean aplicables a los créditos extracontractuales; y b) las obligaciones contractuales no monetarias. Sin embargo, los derechos de las partes obligadas de las obligaciones contractuales no monetarias están sujetos a un régimen legal distinto del régimen que se recomienda en la Guía.

35. En la Guía 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” o los “adquiridos posteriormente” (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 el reconocimiento de una garantía real sobre todos los bienes existentes y futuros de un otorgante mediante un único acuerdo de garantía, un concepto que ya existe en algunos ordenamientos jurídicos, en forma de “hipoteca sobre la empresa” o una combinación de cargas fijas y flotantes o de una “garantía real sobre todos los bienes”.

36. A los efectos de la presente Guía, toda persona, sea física o jurídica, podrá revestir la calidad de deudor, otorgante o acreedor garantizado. A menos que se establezca expresamente otra cosa, la Guía también es aplicable a los consumidores, ya que no hay motivo alguno para que éstos se vean privados de los beneficios del régimen previsto en ella. Sin embargo, y en la medida en que alguna regla de derecho del régimen contemplado en la Guía entre en conflicto con la legislación de protección del consumidor, prevalecerá esta legislación. Tal vez los Estados que no tengan un régimen legal para proteger a los consumidores deseen analizar si la promulgación de una ley basada en las recomendaciones de la Guía afectaría los derechos de los consumidores y haría pues necesaria la adopción de legislación de protección del consumidor (véase A/CN.9/631, apartado b) de la recomendación 2).

37. En la Guía también se recomienda que se garantice una amplia diversidad de obligaciones, pecuniarias o no. Además, la Guía tiene por finalidad abarcar una amplia gama de operaciones que cumplen funciones de garantía, inclusive las relativas a las garantías reales con y sin desplazamiento (véase A/CN.9/631, apartados c) y d) de la recomendación 2).

38. En la Guía se abordan las garantías reales contractuales. Sin embargo, también hace referencia a otras garantías, como las creadas por ley o por resolución judicial, cuando los mismos bienes están sujetos, a la vez, a garantías contractuales y a derechos legales o de otra índole, y el régimen debe prever la prelación relativa de tales garantías y derechos (véase A/CN.9/631, recomendaciones 89 a 92).

39. Para asegurar una amplia cobertura de todos los mecanismos que cumplen funciones de garantía, la Guía trata también de los derechos que, aun cuando no se califican de garantías reales, sirven para fines de garantía (por ejemplo, las transferencias de la titularidad de bienes corporales para fines de garantía, las cesiones puras y simples de créditos por cobrar para los mismos fines y las diversas formas de retención de la titularidad (véase A/CN.9/631, apartado e) de la recomendación 2)).

40. Los únicos mecanismos abordados en la Guía que no cumplen funciones de garantía son los que entrañan una cesión pura y simple de créditos por cobrar. Este criterio está justificado por la necesidad de evitar problemas de caracterización y para asegurar que el sistema de inscripción registral y las normas en materia de prelación de la Guía se apliquen a todas las cesiones de créditos por cobrar (véanse los párrafos 41 a 45 *infra*).

## **2. Cesión pura y simple de créditos por cobrar**

41. La Guía no se aplica a los mecanismos que no cumplen funciones de garantía. La sola excepción a esta regla se refiere a la cesión pura y simple de créditos por cobrar, a la cual se aplica la Guía para asegurar que todas las cesiones de tales créditos estén sujetas a las mismas reglas (véase A/CN.9/631, recomendaciones 3 y 162 a 164). Sin embargo, y como la definición de “crédito por cobrar” (para esta definición, véase el párrafo 19 *supra*) excluye los derechos al pago en virtud de un título negociable, de la obligación de pagar conforme a una promesa independiente y de la obligación de un banco a pagar fondos acreditados en una cuenta bancaria, la Guía no se aplica a las cesiones puras y simples de tales bienes (con todo, la Guía se aplica a toda cesión de tales bienes que se haga para fines de garantía).

42. La transferencia pura y simple de títulos negociables, el producto de una promesa independiente y los derechos al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria se han excluido del ámbito de aplicación de la Guía porque plantean diferentes cuestiones y exigían normas especiales (las mismas consideraciones se aplicarían a los valores bursátiles no intermediados, si se los fuera a incluir en la Guía). Además, en el caso de los créditos por cobrar, la cesión de una garantía real y una cesión pura y simple competirían en cuanto a prelación sobre la base del orden de la inscripción registral. Sin embargo, la situación es diferente en el caso de un título negociable, del producto de una promesa independiente y del derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria. Cuando se trate de un título negociable, el acreedor garantizado puede siempre obtener un grado superior de prelación mediante la toma de posesión del título. De manera análoga, con respecto al producto de una promesa independiente y al derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria, el acreedor garantizado siempre puede lograr un grado superior de prelación por medio del control.

43. Aunque los principios del régimen de las operaciones garantizadas pueden hacerse fácilmente aplicables a la transferencia pura y simple de un pagaré, y tal vez de una letra de cambio que no sea un cheque, de modo similar a la inclusión en la Guía de la cesión pura y simple de créditos por cobrar, esos principios no se ajustan bien a la transferencia pura y simple de cheques. Este último tema es regulado en medida suficiente por el régimen legal de los títulos negociables y la legislación sobre los cobros bancarios.

44. Todo Estado promulgante que desee ampliar el alcance de su régimen de operaciones garantizadas para hacerle 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” para que abarque el derecho del cesionario en una transacción de esa índole) quizás quiera considerar la posibilidad de prever que una garantía real que sea una cesión pura y simple de tal título negociable será automáticamente eficaz frente a terceros al efectuarse la cesión. Tal norma evitará toda perturbación de las actuales prácticas financieras.

45. En cuanto a la prelación de esa garantía real, serían aplicables los principios generales en materia de prelación. En particular, regiría el principio general contenido en la recomendación 99. 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 ulterior del cedente, a reserva de los derechos de las partes obligadas en virtud del título negociable, tal como se describe en el capítulo X relativo a los derechos ejercitables a raíz del incumplimiento (véase A/CN.9/631/Add.7).

### **3. Aeronaves, material rodante ferroviario, objetos espaciales, buques, valores bursátiles y propiedad intelectual**

46. Las disposiciones de la Guía no se aplican a bienes tales como aeronaves, material rodante ferroviario, objetos espaciales o buques ni a otras categorías de bienes de equipo móvil, en la medida en que 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 dicha norma y dicho acuerdo sean aplicables a las cuestiones abordadas en el presente régimen (véase A/CN.9/631, apartado a) de la recomendación 4). La referencia a aeronaves, material rodante ferroviario, objetos espaciales y buques debe interpretarse con arreglo al significado de esos términos y expresiones en el derecho interno o en las convenciones internacionales relativas a ellos.

47. En vista de la importancia y el valor económico crecientes 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 la propiedad intelectual. No obstante, como las recomendaciones no se han preparado teniendo presentes las cuestiones planteadas por la propiedad intelectual, en caso de cualquier incompatibilidad con el derecho interno, o con algún acuerdo internacional en el que sea parte un Estado, la Guía no sería aplicable (véase A/CN.9/631, apartado b) de la recomendación 4). A fin de evitar esa incompatibilidad, el Estado promulgante debería examinar su legislación actual en materia de propiedad intelectual, así como su derecho interno y cualquier acuerdo internacional en el que sea parte, y, si las recomendaciones de la Guía fueran incompatibles con esa legislación, el derecho interno o las convenciones [y las cuestiones específicas incluidas en las recomendaciones de la Guía se abordararan en dicha legislación, el derecho interno o algún acuerdo internacional], en el régimen de las operaciones garantizadas del Estado debería confirmar que esa legislación, el derecho interno y convenciones existentes regían tales cuestiones. Al examinar si es apropiado introducir algún ajuste en las recomendaciones tal como se aplican a las garantías reales sobre la propiedad intelectual, un Estado debería analizar cada caso, punto por punto, y tenerlo debidamente en cuenta tanto para establecer un régimen eficiente de las

operaciones garantizadas como para asegurar la protección y el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual de conformidad con su derecho interno y los acuerdos internacionales.

48. Los apartados a) y b) de la recomendación 4 se han preparado con el trasfondo de la cuestión de si existen leyes especiales y acuerdos internacionales pertinentes que regulen las cuestiones especiales del ámbito de aplicación del presente régimen. Por ejemplo, la mayoría de los países tienen registros y normas detalladas acerca de las garantías reales y otros derechos sobre buques, aeronaves y los demás tipos de bienes de equipo móvil que se describen en el apartado a) de la recomendación 4. Los registros son de origen reciente o se han mantenido al día debido a la necesidad de financiar esos tipos de bienes. Las leyes especiales y los acuerdos internacionales referentes a los bienes de equipo móvil abarcan en todos los casos, con diverso grado de precisión, las garantías reales. En contraste, hay varias categorías de propiedad intelectual que con frecuencia no están inscritas en un registro, o bien los registros son únicamente prueba de que el gobierno ha otorgado o reconocido un derecho y no están destinados a la inscripción registral de garantías reales. Además, algunas categorías de propiedad intelectual no han sido tradicionalmente objeto del otorgamiento de garantías reales y la legislación sobre ese tipo de propiedad no regula en general las cuestiones especiales incluidas en el ámbito de aplicación del presente régimen.

49. Además, en la Guía no se abordan 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. Las cuestiones de derecho sustantivo relativas a las garantías reales y demás derechos sobre los valores bursátiles depositados en poder de un intermediario se regulan en un proyecto de convenio que elabora actualmente el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit). En la Guía no se aborda el régimen aplicable a los derechos sobre los valores bursátiles [intermediados], ya que se regulan en el Convenio sobre la ley aplicable a ciertos derechos sobre valores depositados en poder de un intermediario. [Sin embargo, la Guía regula los valores bursátiles no intermediados a causa de la importancia que revisten para las operaciones garantizadas en las que participan pequeñas y medianas empresas (véase A/CN.9/631, apartado c) de la recomendación 4)].

*[Nota para la Comisión: si la Comisión decide que, en espera de la futura labor sobre los valores bursátiles no intermediados, se aborden esos valores en la Guía, habrá que incluir un texto al respecto en el apartado c) de la recomendación 4, siguiendo el enunciado del apartado a) o b), a fin de salvaguardar la aplicación de ciertas disposiciones de la legislación sobre valores bursátiles, al menos hasta que se preparen las recomendaciones necesarias relativas concretamente a los valores bursátiles no intermediados. Además, estos valores tendrán que excluirse de la definición de “créditos por cobrar”, con objeto de asegurar que las normas sobre estos créditos no sean aplicables a dichos valores. Por otra parte, habrá que remitirse a las definiciones de “valores bursátiles” y “valores bursátiles intermediados” contenidas en el anteproyecto de convenio del Unidroit sobre el régimen sustantivo aplicable a los valores intermediados (véase el documento del UNIDROIT Study LXXVIII-Doc. 57, noviembre de 2006, apartados a) y b) del artículo 1).]*

50. 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 Créditos y la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia* (véase el párrafo 12 *supra*).

#### **4. Bienes inmuebles**

51. Los bienes inmuebles (salvo los bienes incorporados, que pueden estar sujetos a garantías reales y están comprendidos en el ámbito de la Guía) se excluyen porque plantean cuestiones diferentes y están regulados por un sistema especial de registro de la titularidad indizado según el bien de que se trate y no según el otorgante.

52. Aunque los bienes inmuebles están excluidos del ámbito de aplicación de la Guía cuando como bienes gravados inicialmente, pueden no obstante verse afectados por las recomendaciones de la Guía. Por ejemplo, si una garantía real sobre una hipoteca respalda un crédito por cobrar, un título negociable u otro bien corporal, y ese crédito, ese título o ese bien son cedidos, la garantía real sobre dichos valores o sobre la hipoteca seguirá a éstos. Esta regla no afectará a los derechos de terceros, al orden de prelación ni a los requisitos relativos a la vía ejecutoria que existan en virtud de la normativa legal referente a los bienes inmuebles (véase A/CN.9/631, recomendación 26).

#### **5. Producto de un bien de alguna categoría excluida**

53. Si se excluye algún bien del ámbito de aplicación de la Guía, una normativa distinta del régimen de las operaciones garantizadas debería determinar si una garantía real constituida sobre ese bien confiere no obstante un derecho real sobre los tipos de producto a los cuales no se aplica ese régimen (por ejemplo, créditos por cobrar que representen el producto de bienes inmuebles). De conformidad con la Guía, si esa otra normativa establece que no existe una garantía real sobre ese producto, se aplicará entonces a esa garantía real el régimen de las operaciones garantizadas, salvo en la medida en que esa otra legislación sea aplicable a [la oponibilidad a terceros, la prelación o la ejecutoriedad de dicha garantía real] [esa garantía real] (véase A/CN.9/631, recomendación 6).

#### **6. Otras excepciones**

54. Como los objetivos de la Guía pueden alcanzarse mejor mediante un amplio régimen de las operaciones garantizadas, en la Guía se recomienda que se limiten cualesquiera otras excepciones a su ámbito de aplicación no enunciadas concretamente en ella, y si se formula alguna, el régimen debería enunciarlas en términos claros y concisos (véase A/CN.9/631, recomendación 7).

## **B. Otras normas generales**

### **1. Autonomía contractual**

55. En los regímenes modernos de las operaciones garantizadas se hace gran hincapié en la autonomía contractual, es decir, la capacidad de las partes para excluir la aplicación de determinadas normas del régimen de las transacciones garantizadas o para alterarlas, salvo que ello esté limitado por ciertas reglas imperativas especificadas que reflejen importantes consideraciones normativas. Sin embargo, esos regímenes también dejan claramente sentado que los acuerdos involucrados no afectarán los derechos de terceros que no sean partes en ellos. Tal enfoque es necesario para dar la máxima flexibilidad posible a las partes en operaciones garantizadas, a fin de permitirles adaptar debidamente sus operaciones para que satisfagan sus necesidades específicas en forma compatible con los principios reconocidos del derecho del Estado promulgante. Es ésta una de las formas más importantes en las que un régimen de las operaciones garantizadas puede promover la concesión de crédito garantizado. La Guía adopta este enfoque (véase A/CN.9/631, recomendación 8).

### **2. Comunicaciones electrónicas**

56. Los modernos regímenes de las operaciones garantizadas no solamente reflejan los conceptos contemporáneos relativos a la normativa sobre esas operaciones, sino que también se ajustan a las prácticas comerciales modernas al facilitar las comunicaciones electrónicas. Con este espíritu, y en consonancia con las disposiciones de 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<sup>5</sup>, y los artículos 6 y 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico<sup>6</sup>; la Guía contiene varias recomendaciones en las que se reconoce la capacidad de las partes para realizar operaciones comerciales con la utilización de las comunicaciones electrónicas (véase A/CN.9/631, recomendaciones 9 y 10; véase también las observaciones artículo por artículo acerca de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, párrafos 143 a 165<sup>5</sup> y la *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico con la Guía para su incorporación al derecho interno, de 1996, con el nuevo artículo 5 bis aprobado en 1998*, párrafos 47 a 61)<sup>6</sup>.

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

57. En los párrafos siguientes se dan breves ejemplos de los tipos de operaciones de crédito garantizado que la Guía tiene por objeto promover, y a los que se remitirá en todo su texto para ilustrar cuestiones concretas. Estos ejemplos representan sólo algunos de los numerosos tipos de operaciones de crédito garantizado que se realizan actualmente, y todo régimen eficaz en la materia debe ser suficientemente flexible para abarcar tanto las numerosas modalidades actuales de financiación como las que surjan en el futuro.

<sup>5</sup> Véase Publicación de las Naciones Unidas, N° de venta S.07.V.2

<sup>6</sup> *Ibid.*, N° de venta S.99.V.4.

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

58. Con frecuencia las empresas desean obtener crédito para algunas de sus compras de existencias o de bienes de equipo. En muchos casos, la financiación de esos bienes corporales (existencias y bienes de equipo) es facilitada por el propio vendedor. En otros, el crédito es concedido por un prestamista, que si bien puede ser un tercero independiente, algunas veces es una filial de la empresa vendedora. El vendedor retiene la titularidad de los bienes corporales adquiridos o el prestamista obtiene una garantía real sobre los bienes, de modo que quede asegurado el reembolso del crédito o préstamo.

59. A continuación se da un ejemplo de “financiación de la adquisición”. La fábrica de muebles ABC desea adquirir determinadas existencias y bienes de equipo para utilizarlos en sus actividades de fabricación. ABC desea comprar pintura (que es una materia prima y, por lo tanto, forma parte de las existencias) al vendedor A. También desea comprar taladros fijos (bienes de equipo) al vendedor B y equipo con cinta transportadora al vendedor C. Por último, desea alquilar equipo informático al arrendador A.

60. En virtud del contrato de compraventa celebrado con el vendedor A, ABC deberá pagar la pintura dentro de un plazo de 30 días contados a partir de la fecha de la factura del vendedor A y otorga a éste una garantía sobre la mercancía para respaldar el pago. En virtud del contrato de compraventa celebrado con el vendedor B, ABC deberá pagar los taladros en de un plazo de diez días contados a partir del momento de la entrega de los instrumentos en la fábrica. Para financiar esa compra al vendedor B, ABC solicita un crédito al prestamista A, respaldado por una garantía real constituida sobre los propios taladros. ABC también tiene una cuenta bancaria en la oficina del prestamista A y ha constituido en su favor una garantía real sobre el derecho al pago de fondos acreditados en la cuenta como respaldo suplementario para el reembolso del crédito

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

62. En virtud del contrato de arrendamiento celebrado con el arrendador A, 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 A 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 arriendo 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 arriendo 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.

63. En cada uno de los cuatro casos mencionados, la compra de los bienes se hace posible mediante la financiación de la adquisición facilitada por otra persona (el vendedor, un prestamista o un arrendador financiero), a quien se otorgan derechos sobre el bien adquirido con objeto de garantizar el crédito. Cabe señalar, como se desprende de los ejemplos, que esta clase de financiación es posible tanto con respecto a la adquisición de existencias como a la de bienes de equipo.

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

64. Las empresas suelen tener que invertir capital antes de generar o percibir ingresos. Por ejemplo, para que una empresa pueda generar créditos y cobrarlos, normalmente deberá invertir fondos en la adquisición de materias primas con miras a transformarlas en bienes acabados y venderlos en el mercado. 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.

65. 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 existencias para fabricar productos y reembolsa los préstamos cuando vende las mercancías y cobra su precio de venta. 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 (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), 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.

66. 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 B 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 por un importe total máximo equivalente al 50% del valor de sus existencias que el prestamista B considere aceptable cubrir (basándose, por ejemplo, en criterios como el tipo de existencias y en otros criterios) y al 80% del valor de sus créditos por cobrar que el prestamista B considere aceptable cubrir (basándose en criterios como la solvencia de los deudores de los créditos por cobrar). ABC deberá reembolsar estos préstamos periódicamente, a medida que sus clientes le paguen las facturas. 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).

### 3. Facturaje

67. El facturaje es una forma muy eficaz de financiación de créditos por cobrar que data de miles de años. En general, el facturaje consiste en la compra directamente al otorgante de créditos por cobrar, como vendedor (cedente) al factor (cesionario). Esta transferencia pura y simple de créditos por cobrar se ajusta a la definición de una garantía real constituida a los efectos de la Guía (para la definición de “garantía real”, véase el párrafo 19 *supra*).

68. Existen diversos tipos de acuerdos de facturaje. El factor 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 transferidos en virtud de un acuerdo de facturaje (“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). 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. 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.

69. He aquí una ilustración de un típico acuerdo de facturaje: ABC celebra un acuerdo de facturaje de descuento con el factor, en virtud del cual éste conviene en adquirir los créditos por cobrar que estime que tengan posibilidades de reembolso. El factor adelanta a ABC una suma equivalente al 90% del valor nominal de tales créditos, reteniendo el 10% restante como reserva para hacer frente a posible reclamaciones de los clientes y gastos que reducirían el valor de los créditos. El acuerdo de facturaje prevé la notificación a los clientes de ABC.

### 4. Bursatilización

70. 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 a un costo más asequible 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.

71. La bursatilización tiene la finalidad de disminuir los costos de la financiación porque el “dispositivo para fines especiales” está estructurado de tal modo que hace muy remota (es decir, teóricamente imposible) su insolvencia, al limitar el monto de la deuda que ese dispositivo permita contraer. Con ella se reduce 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.

72. Como ejemplo de una operación de bursatilización cabe imaginar que una filial de una empresa de fabricación de automóviles crea un “dispositivo para fines especiales” para adquirir los fondos derivados de arrendamientos de automóviles negociados por concesionarios de automóviles de un determinado mercado geográfico. Los arrendamientos de automóviles son comprados a los concesionarios con un descuento respecto del valor previsto de las corrientes de pagos que se espera que generen tales arrendamientos. 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 asegurado por esas corrientes de ingresos. A medida que se efectúen los pagos en virtud de los arriendos, el dispositivo utilizará ese producto para pagar los títulos de deuda.

## **5. Financiación a plazo**

73. Con frecuencia las empresas necesitan sumas elevadas para financiar gastos extraordinarios al margen del curso ordinario de los negocios como la adquisición de equipo esencial o de una empresa. En estos casos, las empresas por lo general procuran obtener crédito que puedan rembolsar en un plazo determinado (amortizándolos en cuotas mensuales, trimestrales o de otra duración, con arreglo a un plan convenido, o en un único pago al final del plazo estipulado).

74. 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 garantías reales sobre su patrimonio para respaldar esa financiación. El importe del crédito dependerá, en parte, del valor de liquidación neto que, según los cálculos del acreedor, se pueda obtener de los bienes que se graven. En muchos Estados, los bienes inmuebles suelen ser los únicos que se aceptan como garantía para conceder crédito a plazo y, por ende, es posible que no se les conceda este tipo de crédito si se trata de otras importantes categorías de bienes, como los bienes de equipo, o dando como garantía el valor global de toda la empresa. Este caso se dará con toda probabilidad en los Estados que no cuenten con un régimen actualizado de las operaciones garantizadas. No obstante, muchas empresas, en particular las de reciente creación, no disponen de bienes inmuebles y es posible que por ello no se les conceda financiación a plazo. En otros Estados, en cambio, es corriente obtener financiación a plazo dando en garantía bienes muebles, como los bienes de equipo o, incluso, los derechos de propiedad intelectual y el valor global de toda la empresa.

75. A continuación se da un ejemplo de este tipo de financiación. La empresa ABC desea expandirse y adquirir una empresa en el Estado Y. Para financiar esa adquisición solicita un préstamo al prestamista C dando en garantía una mayoría

sustancial de los bienes de la empresa que desea adquirir. El préstamo es reembolsable en cuotas mensuales iguales, pagaderas a lo largo de un período de diez años. Como garantía del pago se gravan, en beneficio del prestamista, los bienes actuales y futuros de ABC y de la entidad que se está adquiriendo.

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

76. En los Estados que reconocen una forma de transferencia de la propiedad aun cuando no entrañe la cesión de la posesión a efectos de la concesión de créditos, existe un tipo de operación denominada transferencia de la titularidad como garantía (o algunas veces cesión “fiduciaria” de la titularidad). Esas operaciones constituyen, en principio, garantías reales sin desplazamiento y se utilizan sobre todo en los Estados cuyo régimen de las operaciones garantizadas todavía no ha reconocido debidamente las garantías reales sin desplazamiento.

#### **7. Operaciones de venta con arriendo sucesivo del bien al vendedor**

77. La operación de venta con arriendo 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 estipulados en el contrato de arrendamiento. Con frecuencia se trata de un “arrendamiento financiero”, y no de un “arrendamiento simple”.

### **D. Recomendaciones**

*[Nota para la Comisión: tal vez la Comisión desee tomar nota de que, como el documento A/CN.9/631 contiene el texto refundido de las recomendaciones del proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas, las recomendaciones no se reproducen en el presente documento. Una vez que se finalicen las recomendaciones, se reproducirán al final de cada capítulo.]*

## **III. Criterios básicos aplicables a las garantías reales**

### **A. Observaciones generales**

#### **1. Introducción**

78. A lo largo del tiempo se ha ido estableciendo una gran diversidad de figuras jurídicas en los diversos Estados para alentar a los prestamistas y vendedores a conceder crédito a los prestatarios y compradores. Con frecuencia, los Estados han introducido derechos legales especiales en favor de los prestamistas y vendedores a fin de estimularlos a que otorguen crédito. Por lo común, los Estados también han establecido regímenes para permitir a los acreedores y deudores concertar contratos en relación con los derechos especiales. En ambos casos, el objetivo era dar al acreedor preferencia respecto de otros acreedores en la distribución del producto

generado por el embargo y venta de los bienes de un deudor cuando éste incumplía la obligación prometida. Estos diversos tipos de derechos pueden considerarse, en términos generales, como garantías reales (para la definición de “garantía real”, véase el párrafo 19 *supra*).

79. La principal finalidad del presente capítulo es hacer una reseña de los principales criterios que permiten proporcionar garantías a los acreedores. En el capítulo se examinan las ventajas y desventajas de cada criterio para las partes inmediatamente interesadas (es decir, el acreedor y el otorgante) y para los terceros, y en él se esbozan las principales opciones normativas con que cuenta el legislador al hacer una selección entre los diversos criterios posibles. En el capítulo también se ponen de relieve las razones por las que es necesaria la modernización del régimen legal en este ámbito a fin de promover el crédito garantizado, y los contextos en los que es más acuciante la necesidad de tal modernización.

80. En general, los mecanismos que se utilizan actualmente para fines de garantía corresponden a tres amplias categorías: en primer lugar, mecanismos específicos que se utilizan para servir de garantía, y que se denominan a las claras garantías (véase la sección A.2 *infra*), en segundo lugar, los mecanismos de titularidad (propiedad), combinados con diversas categorías de disposiciones contractuales (véase la sección A.3 *infra*), y, en tercer lugar, los mecanismos integrados y globales para fines de garantía, que comprenden el concepto genérico de garantía real definido en términos funcionales (véase la sección A.4 *infra*).

81. Como ya se ha indicado, en muchos Estados no todos los mecanismos legales utilizados por los prestamistas, vendedores y otras partes para conceder crédito se basan en un acuerdo. Los más importantes de ellos se señalarán en cada una de las secciones que figuran más adelante, pero, como las garantías reales legales caen en su mayor parte fuera del ámbito de aplicación de la presente Guía (a excepción del capítulo VII relativo a la prelación; véase A/CN.9/631/Add.4), el examen que figura en los párrafos siguientes se centrará en los mecanismos de garantía basados en un acuerdo.

## **2. Instrumentos que se utilizan habitualmente para servir de garantía**

### **a) Garantías reales sobre bienes corporales**

82. En la mayoría de los Estados se hace una distinción entre los derechos reales de garantía sobre bienes corporales y los derechos reales de garantía sobre bienes inmateriales (para las definiciones de “bienes inmateriales” y “bienes corporales”, véase el párrafo 19 *supra*). Como los bienes corporales pueden ser objeto de posesión física, y debido a que muchos Estados atribuyen importantes consecuencias jurídicas a la posesión de estos bienes, sucede con frecuencia que en los ordenamientos jurídicos se permite la constitución de ciertos tipos de garantías reales sobre bienes corporales de las que no se dispone en relación con los bienes inmateriales.

83. Con respecto a las garantías reales sobre bienes corporales, la mayoría de los Estados hace una distinción entre una garantía real con desplazamiento y una sin desplazamiento (para las definiciones de “garantía real sin desplazamiento” y “garantía real con desplazamiento”, véase el párrafo 19 *supra*). En el caso de una garantía real con desplazamiento, la posesión del bien gravado se transfiere al acreedor garantizado, a un tercero o a una persona que actúa en nombre de ese

acreedor. En el caso de una garantía real sin desplazamiento, el otorgante, que suele ser el deudor pero que también puede serlo un tercero, conserva la posesión del bien gravado (para las definiciones de “deudor”, “bien gravado”, “otorgante” y “acreedor garantizado”, véase el párrafo 19 *supra*).

i) *Prendas*

84. La forma más común, con mucho, de garantía real sobre bienes corporales es la prenda. Habitualmente, la prenda requiere para tener validez que el otorgante renuncie a la posesión del bien gravado. Hoy día, muchos Estados han ampliado el alcance del término “prenda” para que abarque las situaciones en que el otorgante conserva la posesión física del bien gravado. En la presente Guía se considera que estos tipos modernos de prenda son garantías reales sin desplazamiento y no prendas propiamente dichas.

85. Una prenda ordinaria nace cuando el otorgante renuncia efectivamente a la posesión de un bien gravado y lo entrega al acreedor garantizado o a un tercero designado por acuerdo entre las partes (por ejemplo un almacén). El verdadero tenedor puede ser también un agente o un fideicomisario que mantenga la garantía en nombre o por cuenta del acreedor, o de un consorcio de acreedores. La desposesión requerida del otorgante no sólo se produce cuando la garantía real se constituye, sino que debe también mantenerse por todo el tiempo que dure la prenda. La devolución del bien gravado al otorgante suele extinguir la prenda.

86. En muchos Estados, la desposesión no siempre requiere necesariamente el traslado de los bienes gravados desde los locales del otorgante, siempre y cuando se excluya de otra forma el acceso del otorgante a los bienes. Esto puede lograrse, por ejemplo, dando al acreedor garantizado las llaves del almacén en las que estén depositados los bienes gravados (mercancías o materias primas), a condición de que al hacerlo se impida todo acceso por parte del otorgante sin previa autorización. Se puede lograr el mismo resultado mediante la entrega de los bienes gravados a un tercero. Por ejemplo, se puede contratar a una empresa “depositaria” independiente para que ejerza control sobre los bienes gravados, en calidad de agente del acreedor garantizado, en los locales del otorgante. En virtud de ese arreglo (conocido a veces con el nombre de “depósito de bienes en prenda”), los bienes gravados se almacenan en una zona de los locales del otorgante, que esté delimitada o de alguna otra forma bajo el control exclusivo de la empresa depositaria. Para que estos tipos de arreglo sean válidos, deben cumplirse habitualmente varias condiciones. Debe ser evidente a un tercero que el otorgante no tiene libre acceso a los bienes gravados. Además, el otorgante no puede acceder sin previa autorización a la zona en la que están almacenados los bienes pignoralados. Por otra parte, los empleados de la empresa depositaria no pueden trabajar para el otorgante. Si se seleccionan de entre la fuerza laboral de éste a causa de sus conocimientos especializados o por otros motivos, deben ajustarse las condiciones de su empleo a fin de que ya no trabajen para el otorgante.

87. Aunque la mayoría de las prendas se toman sobre bienes corporales, éstos abarcan un conjunto más amplio de artículos. Los bienes de naturaleza especial, como los documentos y títulos (negociables o no negociables), comportan derechos sobre bienes corporales (por ejemplo, los conocimientos de embarque o los recibos de almacén) o sobre derechos de pago inmateriales (por ejemplo, los títulos

negociables). En esos casos, el otorgante se ve desposeído mediante la transferencia de la posesión física del documento o título al acreedor garantizado.

88. Como garantía real la prenda entraña cinco ventajas importantes para el acreedor garantizado, las cuales se deben al hecho de que el otorgante es desposeído de los bienes gravados y el acreedor garantizado tiene la posesión efectiva de ellos. En primer lugar, el otorgante no puede enajenar los bienes pignorados sin el consentimiento del acreedor garantizado. En segundo lugar, éste no corre el riesgo de que el valor efectivo de los bienes pignorados se reduzca porque el otorgante no lleve a cabo la conservación o el mantenimiento necesarios de ellos. En tercer lugar, en los casos en que el acreedor puede utilizar los bienes pignorados, las partes acordarán con frecuencia que el acreedor lo haga, siempre y cuando se encargue de custodiarlos debidamente. En cuarto lugar, si el bien pignorado es un título que devenga intereses pagaderos al tenedor, la prenda facilita el cobro por el acreedor de la obligación de reembolso a medida que venzan los plazos. En quinto lugar, si se hiciera necesaria la ejecución, el acreedor garantizado evitaría las molestias, la pérdida de tiempo, el gasto y el riesgo de tener que tratar de obtener la entrega de los bienes gravados por el otorgante.

89. La prenda reporta también ventajas a los terceros, en particular cuando éstos son otros acreedores del otorgante. La desposesión requerida de éste evita el riesgo de dar una falsa impresión de riqueza del otorgante (por ejemplo, que éste posee efectivamente los bienes pignorados o los posee libres de todo gravamen) y también reduce al mínimo el riesgo de fraude.

90. En cambio, la prenda tiene también notables desventajas. El principal inconveniente para el otorgante es la propia desposesión requerida, que le priva de utilizar los bienes gravados de su empresa. Esta desventaja es gravosa en las situaciones en que la posesión de los bienes gravados es necesaria para que el otorgante comercial pueda generar los ingresos necesarios para rembolsar el préstamo, como sucede, por ejemplo, con las materias primas, los bienes semiacabados (productos en curso de elaboración), bienes de equipo y existencias. Esta desventaja de por sí hace que la prenda sea poco viable desde el punto de vista económico en muchos contextos empresariales. Otro importante inconveniente es que los bienes que no existan o sobre los cuales no tenga derechos el otorgante en el momento en que se haga la prenda no pueden pignorarse. Ello significa que varias prácticas, como la financiación de la adquisición de existencias sobre la base de un servicio de crédito rotatorio, no pueden llevarse a cabo.

91. En el caso del acreedor garantizado, la prenda tiene la desventaja de que le obliga a almacenar, custodiar y mantener los bienes gravados, a menos que estas tareas se asignen a un tercero. Cuando ese acreedor no puede o no quiere realizar esas tareas, el encomendarlas a terceros supondrá gastos adicionales que directa o indirectamente recaerán sobre el otorgante. Otra desventaja es la responsabilidad en que podría incurrir un acreedor garantizado en posesión de bienes gravados (por ejemplo, un acreedor prendario o un tenedor de un certificado de depósito de mercancías o un conocimiento de embarque) según el tipo de bien que se trate podrá incurrir en responsabilidad en varias circunstancias por la pérdida o el daño que puedan causar los bienes gravados, cuyo monto puede exceder del importe del crédito concedido, como en el caso en que el bien gravado contamine el medio ambiente (véase el capítulo IV, relativo a la constitución de una garantía real, párrafo 200 *infra*).

92. Sin embargo, cuando las partes pueden evitar esas desventajas e inconvenientes, la prenda puede utilizarse satisfactoria y eficientemente como mecanismo de garantía. Hay dos esferas importantes de aplicación. La primera es en el caso en que los bienes gravados ya estén, o puedan ponerse fácilmente en posesión de un tercero, en especial una persona o entidad como, por ejemplo, un depositario o almacén, dedicada al negocio de mantener la posesión o tener la custodia de bienes ajenos. La segunda esfera la constituyen los títulos negociables y los documentos negociables, que el propio acreedor garantizado puede tener fácilmente en su poder

ii) *Derecho de retención de la posesión*

93. Aunque los derechos legales de retención de un bien caen en general fuera del ámbito de aplicación de la presente Guía (con la excepción del capítulo VII relativo a la prelación; véase A/CN.9/631/Add.4), se examinan brevemente aquí, ya que garantizan el pago de una obligación. Muchos Estados cuentan con amplios regímenes que regulan los derechos legales de retención. Habitualmente, esos regímenes abarcan los portadores, los almacenes, los reparadores y los operarios que se dedican a introducir mejoras en los bienes. En algunos Estados, a los abogados, los contables, los arquitectos y otros profesionales se les otorga también el derecho de retención de los documentos pertenecientes a sus clientes. Todos estos tipos de derechos de retención nacen del principio jurídico general de que a ninguna parte se le puede exigir que cumpla su obligación hasta que la otra parte esté preparada, dispuesta y en condiciones de cumplir la obligación correlativa. La mayoría de estos tipos de derechos legales de retención no le otorgan a la parte que retiene la posesión ningún derecho especial de ejecución, y algunos no permiten ni siquiera a esta parte que embarque y venda los bienes retenidos, reclamar prelación sobre el producto de la venta en el contexto de la vía ejecutoria.

94. Además de estos limitados derechos legales de retención, muchos Estados permiten a las partes contratantes ampliar el ámbito de aplicación del principio jurídico general y convenir en que, si una de ellas incumple una obligación contractual la otra podrá suspender su propio cumplimiento, incluso cuando éste se refiera a otro contrato entre las partes. En particular, estos Estados permiten a una parte que retenga un bien que, en virtud de las condiciones de algún otro contrato, la parte que lo retenga esté obligada a entregarlo a la parte que haya incumplido la obligación. Por ejemplo, un banco no tiene que devolver un documento negociable (por ejemplo, un conocimiento de embarque) o un título negociable (por ejemplo, una letra de cambio o un pagaré) que tenga en su posesión en nombre de un cliente suyo, ni permitir la retirada de fondos de la cuenta bancaria del cliente, si éste no ha cumplido su obligación de reembolso de un crédito y hubiera convenido en otorgar al banco un derecho de retención. Cuando este derecho esté respaldado por un poder válido para vender el documento o título retenido, algunos ordenamientos jurídicos consideran ese derecho de retención como un tipo de prenda, aunque el método de su constitución difiere del correspondiente a la prenda propiamente dicha. Alternativamente, podrá considerarse que todo derecho reforzado de retención produce algunos de los efectos de una prenda. La consecuencia más importante de esa asimilación a una prenda es que el acreedor que tenga la posesión gozará de prelación sobre los bienes retenidos, a menos que estén sujetos a una garantía real constituida en fecha anterior y oponible a terceros que no haya nacido de la posesión.

*iii) Garantías reales sin desplazamiento*

95. Como ya se ha indicado (véase el párrafo 90), toda prenda constituida sobre bienes corporales requeridos para el proceso de producción o destinados a la venta (como los bienes de equipo, las materias primas, los artículos semiacabados y las existencias) es económicamente inviable. En el caso de un otorgante comercial, éste debe estar en posesión de esos bienes para poder explotar su empresa. Sin acceso a los bienes y sin el derecho de disposición de ellos, el otorgante no podrá obtener los ingresos necesarios para reembolsar el préstamo que haya obtenido.

96. Para resolver este problema, los Estados, sobre todo en la segunda mitad del siglo XX, comenzaron a reconocer las garantías reales constituidas sobre bienes muebles fuera del marco restrictivo de la prenda. Mientras que, en algunos casos, ese reconocimiento quedó reflejado en la promulgación de nuevas leyes, en muchos casos surgió de la práctica y de resoluciones judiciales. Aunque algunos Estados introdujeron una nueva garantía real que abarcaba diversos mecanismos de constitución de garantías, la mayoría de ellos siguieron la tradición del siglo XIX (que hacía caso omiso de una actitud anterior de carácter más liberal) e insistieron en mantener la prenda con desplazamiento como único método legítimo para constituir una garantía sobre bienes muebles. Durante el siglo XX, los legisladores y los tribunales de esos Estados han reconocido la urgente necesidad económica de prever alguna forma de constitución de garantía real sin desplazamiento.

97. Cada Estado ha intentado encontrar soluciones apropiadas para esta dificultad conforme a sus necesidades y peculiaridades locales y con arreglo al marco general de su ordenamiento jurídico. El resultado es una variada gama de soluciones. Una indicación externa de la diversidad existente es la variedad de denominaciones empleadas, incluso dentro de un solo Estado. Los nombres y técnicas más comunes son la desposesión “ficticia” del otorgante, la prenda sin desplazamiento, la prenda inscrita en un registro, *nantissement* (prenda de inmuebles), el certificado de prenda, la *hypothèque mobilière*, el “privilegio contractual”, el certificado de venta, la hipoteca mobiliaria del “*common law*”, el gravamen fluctuante y el recibo fiduciario. Ello significa que, mientras que algunos Estados han tratado de crear un denominado “mecanismo de garantía real sin desplazamiento” en relación con los bienes muebles, otros han modificado simplemente las normas que regulan los mecanismos ya existentes, como, por ejemplo, la prenda, a fin de permitir la constitución de garantías reales sin desplazamiento.

98. Un rasgo aún más relevante de estas reformas legislativas es que la mayoría de ellas se concibieron como una respuesta limitada a determinados problemas y, por consiguiente, sólo se les dio un ámbito restringido de aplicación. Por ejemplo, en algunos Estados hay un tipo de mecanismo de garantía sin desplazamiento aplicable al equipo comercial y de las empresas, otro aplicable a la financiación de materias primas y un tercero que sólo se aplica a las existencias al por menor. Únicamente unos pocos Estados han promulgado un régimen legal de carácter general por el que se ha creado una garantía real sin desplazamiento aplicable a todas las formas de bienes muebles. Además, algunos Estados tienen diferentes conjuntos de legislación referentes a las garantías reales sin desplazamiento que dependen del tipo de empresa comercial de que se trate: uno de ellos trata de las garantías para la financiación de empresas industriales y de artesanía, otro de las garantías para la financiación de empresas un tercero de las garantías para la financiación de industrias mineras y extractivas, y un cuarto que se refiere a las operaciones entre

particulares. Por último, en muchos Estados hay diversos regímenes legales sobre las garantías reales sin desplazamiento, cada uno de los cuales abarca exclusivamente un pequeño sector económico, como el de la adquisición de automóviles o maquinaria agrícola, o la producción de películas.

99. Algunos Estados han abordado esta cuestión mediante un dispositivo conocido por el nombre de “gravamen fijo” o “gravamen fluctuante”. En el marco de este dispositivo, una garantía real recibe el nombre de “gravamen fijo” o “gravamen fluctuante” según el grado de control que el acreedor garantizado ejerce sobre el bien gravado. En general, el acreedor tiene un gravamen fijo si no se permite al otorgante vender o disponer de otra forma del bien sin el consentimiento del acreedor (por lo general, se trata de los bienes de equipo que el otorgante utiliza en su empresa) y tiene un gravamen fluctuante sobre un bien gravado si se permite al otorgante vender, o disponer de otra forma, de ese bien sin el consentimiento del acreedor garantizado (por lo general, se trata de las existencias que el otorgante puede vender en el curso ordinario de sus negocios). La relevancia de la diferencia entre un gravamen fijo y uno fluctuante sobre un bien radica en la distinta prelación que tienen: uno fijo suele representar un gravamen de rango superior sobre el bien, en tanto que uno fluctuante puede estar sujeto a ciertos créditos preferentes en favor de las autoridades fiscales y otros terceros, o cierta parte en favor de acreedores ordinarios (véase también el párrafo 196 *infra*).

100. En algunos Estados, hay cierta renuencia a permitir la constitución de garantías reales sin desplazamiento sobre las existencias. Ello se basa a veces en una presunta incompatibilidad entre la garantía real del acreedor y el derecho del otorgante a vender, que es indispensable para convertir las existencias en dinero en efectivo con el cual el otorgante podrá reembolsar un préstamo garantizado. Otra razón es que la disposición de existencias da con frecuencia lugar a graves conflictos entre los diversos cesionarios de los bienes gravados o los múltiples acreedores garantizados. Otro motivo puede radicar en una decisión eventual de reservar las existencias para satisfacer los créditos de los acreedores ordinarios del otorgante.

101. Por muy diverso que sea el régimen legal de las garantías reales sin desplazamiento, ese régimen tiene un rasgo común, a saber, que se suele exigir la publicidad de la garantía real, o disponer de alguna forma de esa publicidad. La finalidad de ésta es contrarrestar la falsa impresión de riqueza que podría crearse si la garantía real constituida sobre los bienes en posesión del otorgante no es evidente a terceros. Sin embargo, se argumenta a menudo que, en una economía moderna en la que predomina el crédito, las partes deberían suponer que los bienes pueden estar gravados por una garantía real constituida en favor de un prestamista, o pueden quedar sujetos a la retención de la titularidad por un vendedor. Se argumenta además que, por este motivo no se necesita un requisito de que se dé publicidad a las garantías reales sin desplazamiento para proteger a terceros. Sin embargo, tales suposiciones generales aumentarían el costo del crédito. Incluso en los casos en que la persona en posesión de los bienes sea el propietario y los bienes no estén gravados, un acreedor no correrá el riesgo de que haya algún gravamen oculto, y ajustará el costo del crédito en consecuencia. Alternativamente, el acreedor tratará de evitar el riesgo (solamente en parte) a costa de una investigación exhaustiva y onerosa. Por último, en los sistemas fundados en la hipótesis general de que los bienes estarán gravados y que, en consecuencia, no tienen registros integrados y

plenamente transparentes, no hay ninguna base objetiva para que un acreedor conozca la verdadera medida en que tales bienes están gravados y la prelación relativa de las garantías reales concurrentes. El resultado de todo ello será que el otorgante tal vez no pueda valerse del valor íntegro de sus bienes para obtener crédito.

102. Parece existir una necesidad generalmente reconocida de colmar la brecha entre la demanda económica general de garantías reales sin desplazamiento y el acceso, a menudo limitado, a esas garantías en virtud de la legislación actualmente vigente en muchos Estados. Una finalidad importante de la reforma jurídica en el campo de las operaciones garantizadas es introducir mejoras en el ámbito de las garantías reales sin desplazamiento y en la esfera conexas de las garantías sobre bienes inmateriales (véase la sección A.2 b) *infra*).

103. Aunque los regímenes modernos demuestran que las dificultades son superables, la experiencia indica que la legislación sobre las garantías reales sin desplazamiento requiere más esfuerzo que el representado simplemente por la acción de “modernizar” la prenda tradicional con desplazamiento. Ello se debe en buena parte a las siguientes cuatro características básicas de la garantía real sin desplazamiento. En primer lugar, como el otorgante retiene la posesión del bien gravado, conserva la facultad de disponer de éste o de constituir una garantía real concurrente sobre ese bien, incluso en contra de la voluntad del acreedor que goce de una garantía real sobre el mismo. Esta situación obliga a introducir ciertas reglas sobre los efectos de esos actos de disposición y sobre el orden de prelación de los derechos así creados (véase el capítulo VII relativo a la prelación; A/CN.9/631/Add.4). En segundo lugar, el acreedor garantizado deberá cerciorarse de que el otorgante en posesión del bien gravado lo custodia con la diligencia debida, lo asegura en forma apropiada y lo protege para preservar su valor comercial. El acreedor garantizado deberá por ello estipular estas obligaciones del otorgante en el acuerdo de garantía concertado con él (véase el capítulo VIII relativo a los derechos y obligaciones de las partes; A/CN.9/631/Add.5). En tercer lugar, si debe proceder a la ejecución de la garantía real, el acreedor garantizado preferirá a menudo hacerse con la posesión de los bienes gravados. Ahora bien, si el otorgante no está dispuesto a desprenderse de la posesión de esos bienes, tal vez haya que entablar un procedimiento judicial o extrajudicial, para lo cual quizá convenga prever alguna acción o vía procesal agilizada (véase el capítulo X relativo a los derechos ejercitables a raíz del incumplimiento; A/CN.9/631/Add.7). En cuarto lugar es posible que haya que contrarrestar, mediante distintas formas de publicidad, la falsa impresión de riqueza del otorgante imputable al hecho de que se hayan constituido garantías reales “secretas” de terceros sobre bienes en poder del otorgante (véase el capítulo VI relativo al sistema de registro; A/CN.9/631/Add.3).

104. A la luz de la necesidad económica generalmente reconocida de permitir la constitución de garantías reales sin desplazamiento y de las diferencias básicas que se examinan más arriba entre las garantías con desplazamiento y sin desplazamiento, en muchos Estados será preciso promulgar nueva legislación teniendo en cuenta las ventajas y desventajas relativas correspondientes.

105. Dada la existencia de los modelos legislativos examinados más arriba, el legislador puede tener ante sí tres opciones. Una de ellas puede consistir en adoptar un régimen legal integrado para las garantías reales con y sin desplazamiento (véase la sección A.4 *infra*). Éste es el criterio seguido, por ejemplo, en la Ley Modelo

Interamericana de Garantías Mobiliarias adoptada por la Organización de los Estados Americanos en febrero de 2002. Una segunda opción puede ser introducir un nuevo régimen legal integrado para la garantía real sin desplazamiento, dejando el régimen de la garantía real con desplazamiento al arbitrio del derecho interno aplicable. Un tercer criterio puede ser mantener un sistema fragmentado de distintas garantías reales para distintos tipos de otorgante, diferentes categorías de bienes y diversos tipos de garantía (con y sin desplazamiento), pero asegurar que todas las cuestiones referentes a la oponibilidad, prelación y ejecución se abordan en el mismo conjunto de normas legales.

106. La tendencia dominante en los regímenes modernos, tanto a nivel interno como internacional, es hacia la aplicación de un criterio integrado, al menos en lo que se refiere a la garantía real sin desplazamiento. La regulación selectiva de determinados tipos de garantías reales sin desplazamiento podría ser fuente de lagunas, superposiciones, incoherencias y falta de transparencia, así como de quejas provenientes de los sectores industriales que podrían verse excluidos. Además, esa regulación selectiva dificultaría aún más la solución de los conflictos de prelación que pudieran surgir entre las garantías reales con desplazamiento y aquélla, sin desplazamiento en los Estados que opten por mantener regímenes separados en relación con estas dos categorías de garantía real.

iv) *Derechos legales sin desplazamiento*

107. Muchos Estados no tienen un régimen integrado que regule las garantías reales sin desplazamiento y ni siquiera una serie de regímenes especializados que regulen estas garantías. En esos Estados se alienta la concesión de crédito por medio de leyes que otorgan derechos no contractuales especiales a ciertas categorías de acreedores. Entre los beneficiarios más comunes de esos derechos legales se encuentran los vendedores, los proveedores de materiales, los artesanos, los comerciantes y los especialistas en reparaciones. Los regímenes en cuestión no otorgan habitualmente al acreedor designado el derecho a ejercitar una acción ejecutoria especial. El beneficiario del derecho debe obtener una resolución judicial y después tomar posesión por medios legales de los bienes del deudor en la forma ordinaria. La única ventaja que tiene el acreedor es un derecho de prelación con respecto al pago (o privilegio) que puede invocarse sobre el producto de la venta en el contexto de la vía ejecutoria. Además como el beneficiario del derecho no tiene normalmente que dar publicidad a su derecho legal sin desplazamiento, raras veces puede invocarse ese derecho con respecto a bienes que ya no pertenecen al deudor.

108. La existencia de estos tipos de derecho legal sin desplazamiento alientan en cierta medida a los beneficiarios designados a conceder crédito a sus deudores. Sin embargo entrañan varias desventajas. En primer lugar no todas las categorías de entidades crediticias tienen acceso a ellos. En segundo lugar, son de índole secreta, en el sentido de que no les resulta fácil a otros terceros conocer su existencia. Por otra parte, no proporcionan a los acreedores el acceso a vías expeditivas de recurso con fines de ejecución, que es probable que permitan obtener un precio más alto al venderse el bien. Por último, esos derechos legales sólo proporcionan a los acreedores una frágil protección al no poder hacerse valer cuando el deudor ya no posea el bien. Por todos estos motivos, la tendencia moderna es que los Estados reduzcan el número de esos derechos y privilegios sin desplazamiento, y amplíen tanto las categorías de acreedores que pueden concertar un contrato que prevea la

constitución de una garantía real sin desplazamiento como los tipos de bienes sobre los cuales puede constituirse una garantía real sin desplazamiento mediante la conclusión de un acuerdo.

**b) Garantías reales constituidas sobre bienes inmateriales**

109. Los bienes inmateriales comprenden una amplia gama de derechos, como, por ejemplo, créditos por cobrar y propiedad intelectual (para las definiciones de “bienes inmateriales”, “propiedad intelectual” y “crédito por cobrar”, véase el párrafo 19 *supra*). En vista de la enorme importancia económica adquirida en los últimos años por esos bienes, está creciendo la demanda para la utilización de esos derechos como si fueran bienes, para la constitución de garantías. Los bienes inmateriales (especialmente en la forma de propiedad intelectual) suelen representar un componente significativo del valor de otros bienes, como en el caso de las existencias y los bienes de equipo (por ejemplo, los bienes que llevan una marca comercial valiosa y el software indispensable para el funcionamiento de equipo). Además, el producto de existencias o bienes de equipo puede adoptar la forma de bienes inmateriales. [con excepción de determinados tipos de valores bursátiles no intermediados], en la Guía no se tratan los valores bursátiles, porque plantean un conjunto de problemas que exigen tratamiento especial y se analizan en un texto que está preparando el Unidroit y también en el Convenio sobre la ley aplicable a ciertos derechos sobre valores depositados en poder de un intermediario. Sin embargo, en la Guía se examinan las garantías reales constituidas sobre créditos por cobrar, así como las constituidas sobre otras categorías de bienes inmateriales.

110. Por definición, un bien inmaterial no se presta a ser poseído físicamente. No obstante, en los códigos de muchos Estados (inclusive los llamados Estados de derecho civil o “romano”) se ha abordado la constitución de garantías reales sobre esos bienes, al menos en el caso de los créditos por cobrar, mediante la modificación del régimen que regula la constitución de una prenda con desplazamiento. En algunos códigos se ha tratado de establecer requisitos similares a una desposesión exigiendo al otorgante que transfiera al acreedor todo escrito o documento relacionado con el crédito por cobrar constituido en prenda (como, por ejemplo, el contrato del cual nace el crédito por cobrar). Ahora bien, esa transferencia no basta para constituir la prenda. En lugar de ello, en muchos Estados, la “desposesión” del otorgante es sustituida simbólicamente por el requisito de la entrega al deudor del crédito por cobrar de una notificación de la prenda constituida.

111. En algunos Estados se han elaborado técnicas que permiten lograr fines comparables a los de la entrega en posesión de un bien corporal. La más radical de ella es la de la transferencia plena del derecho gravado (o de la porción gravada de este derecho) al acreedor garantizado. Sin embargo, esta técnica va más allá de la constitución de una garantía real y es equiparable a una transferencia ya sea en forma condicional o incondicional (véase la sección A.3 a)). Conforme a un criterio de alcance más restringido, la titularidad de los bienes gravados no se verá afectada, pero será inválido todo acto de disposición del otorgante efectuado sin autorización del acreedor garantizado. En el supuesto de una cuenta bancaria, si el otorgante (el acreedor de la cuenta gravada) consiente, en su calidad de titular de la cuenta, en que ésta sea bloqueada en favor del acreedor garantizado, éste dispondrá sobre la cuenta de un poder equivalente al que le daría la posesión de un bien corporal. Ello sucede especialmente cuando el propio banco depositario es el acreedor garantizado.

112. Esas técnicas para obtener la “posesión” de bienes inmateriales se denominan a veces técnicas de “control” en los regímenes modernos de las operaciones garantizadas. En general, se considera que un acreedor garantizado tiene el control de un bien si posee el derecho contractual a manejar y dirigir la disposición del mismo. Por ejemplo, en algunos Estados puede considerarse que un acreedor garantizado tiene el control del derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria si el banco depositario se ha comprometido contractualmente (en un documento denominado con frecuencia “acuerdo de control”) a disponer de los fondos depositados solamente siguiendo instrucciones del acreedor garantizado (para la definición de “control” con respecto a un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria, véase el párrafo 19 *supra*). El grado de control puede variar; en algunos casos, el control tiene carácter absoluto y se impide toda disposición por parte del otorgante. En otros, se permite al otorgante realizar ciertos actos de disposición o de disponer hasta una cantidad total máxima determinada, o hasta que se produzca un hecho especificado (llamado a veces “hecho desencadenante”).

113. En el contexto de las actividades para crear un régimen global de las garantías reales sin desplazamiento constituidas sobre bienes corporales (véase la sección A.2 a) *supra*), es común integrar las garantías reales constituidas sobre una de las más importantes categorías de bienes inmateriales, es decir, los créditos por cobrar, en el régimen legal aplicable a las garantías reales con desplazamiento constituidas sobre bienes corporales. Este criterio es lógico, ya que la venta de existencias se traduce por lo general en créditos por cobrar y con frecuencia conviene que la garantía que se constituya sobre las existencias abarque también el producto generado por ellas. El sistema de registro general utilizado para las garantías constituidas sobre bienes corporales puede cumplir también las mismas funciones positivas en el caso de las garantías reales constituidas sobre bienes inmateriales, como los créditos por cobrar (para los detalles relativos al sistema de registro, véase A/CN.9/631/Add.3). Esto puede tener la ventaja adicional de obviar el envío de una notificación al deudor del crédito por cobrar, que en ciertas operaciones garantizadas que entrañen una masa de bienes presentes y futuros no identificados completamente puede no ser factible o viable. Incluso si esa notificación es factible o viable, tal vez no sea conveniente por razones de confidencialidad.

114. A la luz de la experiencia con diferentes modelos destinados a regular las garantías reales constituidas sobre bienes inmateriales, en muchos Estados será necesario promulgar nueva legislación. Teniendo en cuenta las ventajas y desventajas de esos criterios, los Estados tendrán ante sí una elección básica. Podrán tratar de regular las garantías reales constituidas sobre bienes inmateriales en un régimen independiente del que rige las garantías reales constituidas sobre bienes corporales (en cuyo caso, la técnica para generar garantías será muy análoga a una cesión de la titularidad), o podrán tratar de crear un régimen integrado que tenga por finalidad establecer un conjunto común de principios para regular la constitución de garantías, la oponibilidad, la prelación y la ejecución de garantías reales constituidas sobre bienes corporales e inmateriales.

115. La tendencia predominante en la legislación moderna es desarrollar regímenes que aborden las garantías reales constituidas sobre bienes inmateriales en el marco de un régimen integrado que rijan también las constituidas sobre bienes corporales.

Este criterio permite a los otorgantes y los acreedores determinar, desde el mismo comienzo de la operación que realicen, los bienes gravables, establecer la relación entre los derechos constituidos sobre créditos por cobrar que nazcan como producto y los que nazcan cuando los mismos créditos por cobrar son el bien inicialmente gravado, y evitar incoherencias y falta de transparencia.

### **3. Utilización de la titularidad para fines de garantía**

116. En muchos Estados, además de haber varios mecanismos y técnicas cuya finalidad es servir como garantías reales (véase la sección A.2 *supra*), existe una diversidad de otros instrumentos legales que pueden emplearse para generar el equivalente de una garantía real. La mayoría de esos instrumentos fueron desarrollados a través de las prácticas comerciales, y su validez fue confirmada por los tribunales, pero algunos de ellos fueron establecidos o perfeccionados mediante la promulgación de legislación. Por lo que se refiere a la constitución del equivalente de las garantías reales sin desplazamiento sobre bienes corporales e inmateriales, los instrumentos y técnicas alternativos más comunes entrañan la utilización de la titularidad (o propiedad) del bien que sirve para fines de garantía. La titularidad puede ser empleada de esta forma bien por el otorgante que la transfiere al acreedor (véase la sección A.3 a) *infra*) bien por un acreedor (habitualmente un vendedor o arrendador) que retiene la titularidad del bien que se venda o se arriende (véase la sección A.3 b) *infra*). Tanto la transferencia como la retención de la titularidad permiten al acreedor gozar de derechos que son equivalentes a garantías reales sin desplazamiento, que, como ya se ha examinado, son indispensables desde el punto de vista económico.

#### **a) Transferencia de la titularidad**

117. Como los diversos regímenes no regularon las garantías reales sin desplazamiento, los deudores y acreedores recurrieron a otras disposiciones legales para encontrar principios que pudieran utilizarse para colmar las lagunas o salvar ciertos obstáculos a la constitución de dichas garantías reales. La transferencia de la titularidad de los bienes al acreedor garantizado (ya sea en forma condicional hasta que se reembolse el préstamo o con sujeción a una retransferencia al prestatario en una segunda venta en virtud de la cual el acreedor retiene la titularidad hasta que se reembolse el préstamo) es la técnica más usual empleada para ese fin.

118. En la actualidad, la transferencia como garantía de la titularidad sigue siendo atractiva para los acreedores de muchos Estados a causa de dos de sus características. En primer lugar, los requisitos formales y sustantivos para la transferencia a otra persona de la titularidad de bienes corporales o inmateriales son a menudo menos estrictos y, por lo tanto, menos costosos, que los exigidos para la constitución de una garantía real. En segundo lugar, en un supuesto de ejecución de la garantía o de insolvencia del otorgante, el acreedor se encontrará a menudo en mejor situación si es titular de un derecho de propiedad que si es titular de un derecho real. Esto es lo que sucede en particular si se determina que los bienes del propietario, aunque estén en posesión del otorgante de la garantía, no forman parte de la masa de la insolvencia, en contraste con la situación en la que los bienes del otorgante, si están gravados por una mera garantía real a favor del acreedor, se consideran que forman parte de esa masa (véase el capítulo XI relativo a la insolvencia; A/CN.9/631/Add.8). Sin embargo, no se dan invariablemente en el

derecho interno esas dos características. Por ejemplo, en muchos Estados la diferencia formal entre la titularidad para fines de garantía y las garantías reales, con respecto a los requisitos exigidos para su constitución o ejecución, ha sido eliminada hasta tal punto que los mecanismos de constitución de derechos de titularidad y las garantías reales reciben el mismo tratamiento con respecto a su constitución. En otros Estados, las transferencias de garantía se rigen por las mismas normas aplicables a las transferencias de la titularidad, en tanto que en el caso de ejecución e insolvencia, son equiparadas a los mecanismos de constitución de garantías reales.

119. La transferencia de la titularidad para fines de garantía se ha establecido por ley en algunos Estados (habitualmente en virtud de los regímenes relativos a las ventas con derecho a una acción reivindicatoria o a recompra), y mediante la práctica y por conducto de los tribunales en otros Estados. En la actualidad, los Estados aplican diversos enfoques a la transferencia de la titularidad para fines de garantía. Como ya se ha indicado, en algunos Estados su constitución está sujeta a normas menos estrictas que rigen la transferencia de la titularidad, y tiene el efecto de una transferencia plena de ésta. En otros Estados, su constitución se rige por normas más engorrosas que regulan el régimen de las garantías reales, y sólo tiene el efecto de una operación garantizada. En un tercer grupo de Estados, especialmente en el denominado mundo del derecho civil, muchas de esas transferencias de la titularidad, si no todas, se consideran como una forma de eludir el régimen normal de las garantías reales, por lo que se tienen por nulas. En los Estados que han adoptado un régimen global e integrado de las garantías reales sin desplazamiento, la transferencia de la titularidad para fines de garantía está permitida pero se la equipara a un mecanismo de garantía. En estos Estados, la constitución, la eficacia frente a terceros, la prelación y la ejecución de una transferencia de la titularidad para fines de garantía están sujetas a los mismos requisitos aplicables a las garantías reales (véase la sección A.4 *infra*).

120. Con respecto al tratamiento de la transferencia de la titularidad con fines de garantía, el legislador tiene ante sí dos opciones de política legislativa. Una opción es admitir esa transferencia con sujeción a los requisitos (habitualmente) menores y con los mayores efectos propios de una transferencia plena, con lo que se soslayaría el régimen general de las garantías reales. Con esta opción se fortalece la posición del acreedor garantizado (aunque ello entraña el riesgo de que se aumente su responsabilidad; véase el capítulo IV relativo a la constitución de una garantía real, párrafo 200 *infra*), al tiempo que se debilita la posición del otorgante y de los demás acreedores de éste.

121. La otra opción es permitir la transferencia de la titularidad para fines de garantía, pero limitando los requisitos exigidos o los efectos, o ambos a la vez, a los de una mera garantía real. Esto puede hacerse de una de dos maneras. Por una parte, los Estados podrían especificar las operaciones de transferencia de la titularidad que se permitirían, prohibiendo todas las demás, y someter a estos mecanismos permitidos al régimen de la constitución, la oponibilidad, la prelación y la ejecución aplicable a las garantías reales. Algunos Estados de tradición jurídica romanista han adoptado este criterio. Por otro lado, los Estados podrían simplemente prever que esas operaciones de transferencia de la titularidad con fines de garantía se consideraran garantías reales. En muchos Estados de *common law* han adoptado este criterio. En ambas variantes, es posible una reducción graduada de las ventajas

reportadas al acreedor garantizado y de las desventajas correlativas de las otras partes, especialmente si los requisitos de la transferencia de la titularidad o sus efectos, o unos y otros, se limitan a los relativos a una garantía real. La segunda variante es el enfoque aplicado por los Estados que cuentan con un régimen de operaciones garantizadas global e integrado, y también el enfoque recomendado en la presente Guía (véase A/CN.9/631, recomendación 11).

**b) Retención de la titularidad**

122. El segundo método de utilización de la titularidad del bien como forma de garantía se aplica mediante técnicas que permiten a los vendedores utilizar la titularidad de los bienes corporales que vendan a un comprador como medio para garantizar el pago del precio de compra. El mecanismo más común, pero no exclusivo, para hacerlo es la retención contractual de esa titularidad (reserva de dominio). No obstante, hay varios otros mecanismos que permiten a los vendedores hacer valer la titularidad, algunos de los cuales establecidos por ley y otros establecidos por acuerdo entre las partes.

123. En muchos Estados, el régimen legal de las ventas permite a los acreedores que hayan transferido efectivamente la titularidad del bien al comprador recabar la anulación de la venta si el comprador no paga el precio convenido. Al producirse la anulación, el vendedor puede reivindicar la propiedad y posesión de los bienes libres de todo gravamen que el comprador pueda haber constituido sobre el mismo. Esos derechos de acción reivindicadora nacen habitualmente por disposición legal, aunque en algunos Estados los vendedores pueden extender el derecho contractual de rescate más allá del previsto en el régimen legal de las ventas. Como la presente Guía se centra en las garantías reales constituidas mediante la concertación de un acuerdo, estos recursos legales del vendedor no se examinarán aquí más a fondo (para un examen más completo, véase el capítulo XII relativo a los derechos reales en garantía de la financiación de adquisiciones; A/CN.9/631/Add.9).

124. En el marco de un mecanismo simple de retención de la titularidad, el vendedor puede retener la propiedad de los bienes vendidos hasta que se pague íntegramente el precio de compra. Los prestamistas también pueden participar en esa financiación aceptando la cesión por el vendedor de la obligación garantizada. Hay diversas variaciones en el caso de las operaciones de retención de la titularidad. A veces, el vendedor promete únicamente vender los bienes al comprador, y la venta (y la transferencia de la titularidad) se ultima solamente al efectuarse el pago completo del precio. Algunas veces, la venta se hace supeditada a la condición de que el comprador pague el precio íntegro. Sin embargo, muy a menudo la venta es inmediata, y es solamente la transferencia de la titularidad la que está sujeta a la condición de que el comprador pague el precio. El rasgo común de todas estas variaciones es que, incluso si el comprador puede tener la posesión y el derecho de utilización de los bienes (y, en algunos casos, puede incluso tener el derecho a enajenarlos), no obtiene efectivamente derechos sobre ellos hasta que se pague plenamente el precio de compra. Hasta ese momento es el vendedor el que está investido de la titularidad de los bienes.

125. Los Estados también permiten ciertas variaciones en lo tocante al ámbito de aplicación de los acuerdos de retención de la titularidad. Algunas veces éstos se refieren a la obligación garantizada y otras a los bienes objeto de la retención. Por ejemplo, en virtud de una cláusula de “totalidad de las cuantías” o de “cuenta

corriente” en materia de retención de la titularidad el vendedor retiene la titularidad de los bienes vendidos hasta que el comprador haya cumplido todas sus obligaciones, independientemente de que éstas se refieran a esos bienes o a otros adquiridos por el comprador al vendedor. En un mecanismo “ampliado” de retención de la titularidad, los derechos del vendedor pueden también abarcar créditos por cobrar u otro producto derivado de la venta de los bienes. Sin embargo, este mecanismo sólo existe en muy pocos Estados. En todo caso, incluso en éstos, el derecho al producto suele extinguirse cuando esté mezclado con otro producto. En la gran mayoría de los Estados, la retención de la titularidad no abarca el producto. Además, en casi todos los Estados, esa retención sólo comprende los bienes mientras conserven su identidad, y el derecho se extingue cuando los bienes se incorporan a otros en el proceso de fabricación, o bien pierden su identidad inicial.

126. Una variante del acuerdo de retención de la titularidad, pero que produce los mismos resultados económicos, puede lograrse combinando un contrato de arrendamiento con una opción para el arrendatario de compra del objeto arrendado por una suma nominal, que sólo podrá ejercitar cuando haya pagado la mayor parte del “precio de compra hipotético” mediante el pago de cuotas periódicas de arriendo (véase el ejemplo presentado en el capítulo II, sección C.1, párrafo 62 *supra*). En algunos supuestos, en los que el arrendamiento abarca toda la vida útil del equipo arrendado, cabe considerar ese arrendamiento como un acuerdo de retención de la titularidad aunque no haya opción de compra. Se pretende que todas estas variaciones funcionen como mecanismos para permitir a un prestatario financiar la “adquisición” de bienes de equipo o de existencias (véase el capítulo XII relativo a los derechos reales en garantía de la financiación de adquisiciones; A/CN.9/631/Add.9). En los párrafos siguientes, el término “vendedor” al menos respecto de los arriendos que funcionan como garantía, incluye el término “arrendador”, y el término “comprador” el término “arrendatario”.

127. Desde el punto de vista económico, un acuerdo de retención de la titularidad entraña una garantía real que satisface particularmente bien las necesidades de crédito garantizado de los vendedores para financiar el precio de compra de los bienes. En muchos Estados, ese tipo de crédito, que los proveedores suelen ofrecer, se utiliza ampliamente como variante del crédito bancario de carácter general y goza de preferencia a causa de la importancia que reviste para la economía de los pequeños y medianos proveedores de bienes. En otros Estados, los bancos también financian las adquisiciones con mayor regularidad, y, como consecuencia de ello, han desarrollado prácticas que les permite sacar provecho del mecanismo de retención de la titularidad. Por ejemplo, un vendedor puede vender bienes a un banco cobrando dinero en efectivo, y el banco puede después revenderlas al comprador a crédito en virtud de un acuerdo de retención de la titularidad; o bien un comprador podría pagar al vendedor en efectivo con el importe de un préstamo y después transferir la titularidad al banco como garantía del préstamo. En esos Estados, a esta fuente de crédito y a su garantía específica consiguiente se les concede un privilegio especial en la forma de una mayor prelación respecto de las garantías reales concurrentes constituidas sobre los mismos bienes, siempre y cuando se cumplan ciertos requisitos formales.

128. Debido a su origen como simple cláusula de un contrato de compraventa o arrendamiento, muchos Estados (inclusive varios de ellos que tratan los mecanismos de transferencia de la titularidad para fines de garantía como el equivalente de los

dispositivos de garantía) siguen considerando el acuerdo de retención de la titularidad como una mera cuasigarantía. Como consecuencia de ello, no someten los mecanismos de retención de la titularidad a las normas generales que regulan las garantías reales, sobre todo en cuanto a la forma por lo que respecta a la constitución, el método de oponibilidad, la prelación y la ejecución. Otra de las ventajas de la retención de la titularidad que puede constituirse de manera económica ya que, en muchos Estados, no está sujeta al requisito de publicidad. La retención de la titularidad se ajusta perfectamente a la financiación a corto plazo y, en algunos Estados, da lugar a un derecho de propiedad del comprador. En los Estados que sólo permiten la constitución de garantías reales sin desplazamiento sobre determinados tipos de bienes, pero no sobre las existencias, la retención de la titularidad se utiliza para la financiación de éstas. Otra ventaja es que el comprador que retiene la titularidad tiene, en muchos Estados, una posición privilegiada. Ello puede estar justificado por el deseo de prestar normalmente apoyo a los pequeños y medianos proveedores y promover la financiación de las adquisiciones por los proveedores como alternativa al crédito bancario de carácter general.

129. Al mismo tiempo, los mecanismos de retención de la titularidad presentan ciertas desventajas. La posición del comprador y de sus acreedores se debilita, y, a falta de requisitos de publicidad, los terceros tienen que basarse en las declaraciones del comprador o recabar información de otras fuentes, lo que lleva tiempo e implica gastos. Otra desventaja es que puede impedir, o al menos dificultar, que el comprador utilice el bien comprado para constituir una garantía de menor prelación a favor de otro acreedor. Un tercer inconveniente de esta técnica es que hace imposible o difícil la ejecución de los derechos de los demás acreedores del comprador sin el consentimiento del vendedor. Por estas razones, en algunos Estados a los acuerdos de retención de la titularidad se les aplica, en todos sus aspectos, el régimen de las garantías reales, mientras que, en otros Estados son tratados como garantías reales en algunos pero no en todos los aspectos (por ejemplo, están sujetos a los requisitos de publicidad pero se les otorga un orden especial de prelación). Además, en otros Estados, las cláusulas de retención de la titularidad no son oponibles a terceros en general o solamente si se refieren a determinados bienes, sobre todo las existencias, por estimarse que la retención por el vendedor de la titularidad es incompatible con el derecho y la facultad otorgados al comprador de disponer de las existencias.

130. Los Estados pueden tomar en consideración varias opciones de política legislativa. Una de ellas es la de preservar el carácter especial de la retención de la titularidad como dispositivo jurídico. Conforme a este criterio, la retención de la titularidad no estaría sujeta a ningún requisito de forma o de publicidad. Otra opción ligeramente diferente sería preservar el carácter especial de esa retención pero limitar sus efectos a garantizar únicamente el precio de compra del bien involucrado con exclusión de cualquier otro crédito, y restringirla al bien adquirido con exclusión del producto o los frutos del bien. Una tercera opción sería integrar los acuerdos de retención de la titularidad en el régimen ordinario de las garantías reales. En este caso, los aspectos de la constitución, oponibilidad, prelación y ejecución, incluso en el caso de insolvencia del comprador, de un acuerdo de esa índole quedarían sujetos a las mismas normas que se aplican a las garantías reales. Con arreglo a este criterio, y por las razones de política legislativa mencionadas más arriba, sería posible otorgar al vendedor ciertas ventajas (por ejemplo, prelación a partir de la fecha de la conclusión del contrato de compraventa que preveía la

retención de la titularidad, o a partir de la fecha de la entrega de los bienes). Una cuarta opción podría ser mantener la retención de la titularidad como operación independiente, pero tratarla en igualdad de condiciones con cualquier otra garantía real (es decir, sin conceder al vendedor que retiene la titularidad ningún privilegio especial con respecto a la constitución, oponibilidad, prelación y ejecución correspondientes). Estas opciones se examinan en forma más detallada en el capítulo XII relativo a los derechos reales en garantía de la financiación de adquisiciones (véase A/CN.9/631/Add.9).

#### **4. Enfoque integrado y funcional de la garantía**

131. Durante todo el siglo XX, las demandas de crédito del sector empresarial no fueron a menudo atendidas por la falta de un marco jurídico apropiado con ayuda del cual los prestatarios pudieran otorgar garantías reales a los prestamistas y otras instituciones crediticias. A veces, la legislación prohibía explícitamente el otorgamiento de garantías sobre determinados tipos de bienes. Algunas veces no existía simplemente un dispositivo jurídico apropiado al respecto. Otras veces, las partes pudieron idear un dispositivo jurídico que servía a sus fines, pero su funcionamiento era ineficiente, costoso y complejo. Esos problemas fueron la causa de muchos de los aspectos de la evolución que acaban de examinarse. Por ejemplo, dichos problemas dieron lugar a prácticas contractuales e innovaciones legislativas que permitían “prendas” ficticias, así como al nacimiento de operaciones jurídicas especializadas cuya finalidad era resolver las dificultades planteadas en determinados sectores de la actividad económica; también estimularon la elaboración de diversos mecanismos de transferencia de la titularidad, y dejaron tras de sí una amplia utilización de los acuerdos de retención de la titularidad y diferentes variaciones de esa retención destinadas a aumentar su eficiencia como dispositivo jurídico para garantizar el cumplimiento de una obligación.

132. Ante la complejidad, la ineficiencia y las lagunas provocadas por esos enfoques especiales para ajustar los regímenes legales a fin de poder atender las necesidades crediticias de las empresas, a mediados del siglo XX algunos Estados decidieron reconsiderar todo el ámbito de las garantías reales constituidas sobre bienes muebles. El resultado de esa reflexión fue la constitución de una sola garantía real integrada, amplia y funcionalmente definida sobre todas las categorías de bienes muebles. Este enfoque de las garantías reales se inspiró en la observación de que muchas categorías diferentes de garantías reales sin desplazamiento, la prenda tradicional con desplazamiento y las diversas variaciones de los mecanismos de transferencia y retención de la titularidad se basaban en todos los casos en unos pocos principios rectores que eran idénticos y tenían por finalidad lograr los mismos resultados funcionales.

133. El principal tema de este nuevo enfoque de las garantías reales es que el fondo debe primar sobre la forma. No es accidental el hecho de que esta idea surgiera ante todo en los Estados federales, como los Estados Unidos de América y el Canadá. El Código Comercial Uniforme de los Estados Unidos, una ley modelo adoptada actualmente por los 50 estados (inclusive el estado de Luisiana con un sistema mixto de *common law* y de tradición romanista), estableció una sola garantía real global sobre bienes muebles, unificando numerosos y diversos derechos, con y sin desplazamiento, sobre bienes corporales e inmateriales, inclusive los acuerdos de transferencia y retención de la titularidad existentes en virtud de las leyes estatales y

el *common law*. La idea se difundió pasando al Canadá (incluido el ordenamiento jurídico de Quebec de tradición romanista), Nueva Zelandia, la India y varios otros Estados (muchos de los cuales tienen ordenamientos jurídicos de tradición romanista en Europa central y oriental). La Ley Modelo Interamericana (de la OEA) de Garantías Mobiliarias sigue un criterio análogo en muchos aspectos. La Ley Modelo del BERD sobre Operaciones Garantizadas también aplica un criterio análogo en la medida en que prevé una “garantía real” específica que puede funcionar junto con otros mecanismos con fines de garantía (por ejemplo, el arrendamiento) y vuelve a caracterizar la retención de la titularidad como derecho real de garantía.

134. Como enfoque para crear un régimen eficiente que promueva la concesión de crédito de bajo costo a las empresas y los consumidores, el régimen global integrado de garantías presenta ciertas ventajas importantes.

135. En primer lugar, todas las leyes pertinentes relativas a las garantías reales sin desplazamiento (cuyo número suele ser elevado) pueden refundirse en un solo texto, enfoque que asegura la exhaustividad, coherencia y transparencia de las normas. En segundo lugar, pueden abarcarse las normas relativas a las garantías reales con desplazamiento, en particular la prenda con desplazamiento, y, al mismo tiempo, adaptarse a las necesidades contemporáneas (por ejemplo, introduciendo el concepto de control en relación con las garantías reales constituidas sobre bienes inmateriales). En tercer lugar, los mecanismos relacionados con la titularidad, como, por ejemplo, la transferencia de la titularidad para fines de garantía y la retención de la titularidad, pueden integrarse en el sistema de un modo que no solamente proporcione a los vendedores la protección que desean, sino que también permita a los compradores utilizar cualquier valor que hayan adquirido en los bienes comprados a fin de obtener más crédito. En cuarto lugar, los instrumentos contractuales que cumplen una función de garantía, como los contratos de arriendo, la venta y la reventa, también pueden incluirse y regularse en forma que reduzca al mínimo los conflictos y la confusión acerca de la prelación de los derechos de los distintos acreedores.

136. Además, con arreglo a este enfoque un acreedor que se proponga conceder un préstamo garantizado no se verá obligado a investigar los diversos mecanismos de constitución de garantías reales ni a determinar sus respectivas exigencias y limitaciones, ni tampoco a sopesar las ventajas e inconvenientes. De manera análoga, se aligerará la carga de los acreedores del otorgante de la garantía real o, en su caso, del representante de la insolvencia de éste, que deban tener presentes, sus derechos (y obligaciones) frente al acreedor garantizado, si, en vez de ocuparse de distintos regímenes, sólo tienen que examinar un único régimen que prevé una garantía real global. Por otra parte, la existencia de tal régimen reducirá el costo de la constitución de garantías reales y, por ende, abaratará el crédito garantizado.

137. En las operaciones transfronterizas, el reconocimiento de las garantías reales constituidas sobre bienes ubicados en un Estado que después se trasladan a otro se verá también facilitado, si el Estado al que se trasladen los bienes reconoce un régimen de garantías reales globales. Tal régimen podrá regular mucho más fácilmente una amplia variedad de garantías reales extranjeras, independientemente de que éstas sean restringidas o de carácter tan global como la del propio régimen.

138. Con todo, el enfoque integrado global presenta algunas desventajas. En primer lugar, puede requerir una nueva caracterización de determinadas operaciones (por ejemplo, la transferencia de la titularidad con fines de garantía o la retención de la titularidad), al menos a los efectos del régimen de las operaciones garantizadas. En el caso de los Estados que ya no aceptan la “relatividad de la titularidad” de bienes muebles, será necesario que prevean un amplio programa de reducción de abogados y empresarios acerca de la forma en que funcionará en la práctica esa nueva caracterización. Además, este enfoque exige que se ajuste la lógica jurídica básica que hasta la fecha ha servido de fundamento para el régimen de las garantías reales en muchos Estados. En ellos, las garantías reales se conciben como excepciones al principio general de igualdad de los acreedores y, por lo tanto, deben interpretarse en forma restrictiva. Por otra parte, la garantía se suele concebir como un derecho específico sobre bienes concretos, a fin de garantizar una obligación específica de un deudor concreto a un acreedor concreto. El enfoque integrado y global parte de la presunción de que estas limitaciones tradicionales serán desplazadas por un principio general que favorezca la difusión del crédito garantizado. Por último, en este enfoque se suele suponer que el nuevo régimen se pondrá en vigor mediante un solo instrumento legislativo. En el caso de algunos Estados ello comportará la introducción de un importante ajuste en la forma en que están organizados sus códigos civiles, sus códigos comerciales y otras leyes.

139. Muchas de las citadas desventajas pueden reducirse o eliminarse si se presta una atención detenida al método elegido por el Estado para elaborar la legislación de la cual nazca la garantía real integrada y global. Por ejemplo, se podrían lograr la mayoría de las ventajas, al tiempo que se evitan la mayor parte de los inconvenientes, mediante a) una amplia reforma de los regímenes legales existentes en lo que respecta a las garantías reales, los mecanismos de titularidad para fines de garantía, la cesión de créditos por cobrar y los arrendamientos financieros, y b) la promulgación de disposiciones legales concretas para regular las prácticas contractuales que se han desarrollado con miras a colmar las lagunas en la legislación. En todo caso, será considerable la magnitud del esfuerzo requerido para hacerlo de forma que permita lograr los objetivos de coherencia, transparencia y eficiencia, así como el establecimiento de una competencia auténtica entre todas las instituciones crediticias sobre la base del precio.

140. Si un Estado deseara adoptar un enfoque que favoreciera la promulgación de un régimen global integrado, desde el punto de vista técnico podrían utilizarse dos criterios diferentes. Conforme a uno de ellos, se conservarían y utilizarían las designaciones de los antiguos mecanismos de garantía, tales como la prenda, el gravamen fluctuante, la transferencia de la titularidad para fines de garantía y la retención de la titularidad. Ahora bien, su constitución y sus efectos como garantías reales quedarían sujetos a un conjunto integrado de reglas, aun cuando seguirían surtiendo pleno efecto de titularidad para otros fines (por ejemplo, la tributación o la contabilidad). Con arreglo a un criterio ligeramente distinto, todas las categorías de derechos para fines de garantía se incluirían en un concepto unitario de garantía real y las normas aplicables a determinados tipos básicos de contratos que puedan utilizarse con fines de garantía, como los contratos de compraventa, arrendamiento o cesión, serían complementados por ciertas normas adicionales concretas (por ejemplo, en relación con los aspectos de la oponibilidad, la prelación y la ejecución).

141. En la Guía se recomienda el establecimiento de un régimen global integrado de las operaciones garantizadas como el enfoque que promoverá más eficazmente el crédito garantizado. En principio, también se recomienda en ella que los Estados adopten para hacerlo la segunda de las dos técnicas que acaban de exponerse (un enfoque que puede describirse como funcional y unitario). Aún así, la Guía también reconoce que algunos Estados tal vez no estén en condiciones de adoptar el enfoque funcional y unitario de los derechos reales en garantía de la financiación de adquisiciones y, por consiguiente, contempla que, en esta situación concreta, los Estados podrían optar por el primer enfoque para lograr un régimen integrado y global, enfoque que cabría caracterizar como funcional y no unitario (para un examen más detallado de la cuestión, véase el capítulo XII relativo a los derechos reales en garantía de la financiación de adquisiciones; A/CN.9/631/Add.9).

## **B. Recomendaciones**

*[Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee tomar nota de que, ya que en el documento A/CN.9/631 figura un texto refundido de la recomendaciones del proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas, tales recomendaciones no se han reproducido aquí. Una vez que estén ultimadas las recomendaciones, se insertarán al final de los capítulos a los que correspondan.]*

## **IV. Constitución de una garantía real (oponibilidad a terceros)**

### **A. Observaciones generales**

#### **1. Introducción**

142. En virtud de la Guía, una garantía real es un derecho real (por oposición a un derecho personal) sobre bienes muebles (por oposición a bienes inmuebles) constituida mediante acuerdo (y no mediante derechos legislativos o judiciales) entre el otorgante y el acreedor garantizado, que en principio respalda el cumplimiento de una obligación contraída por el otorgante o por otra persona frente a dicho acreedor (véase la definición “garantía real” en el párrafo 19 *supra*). Por consiguiente, es de importancia fundamental determinar las medidas que deben adoptarse para que una garantía real adquiera plena eficacia entre las partes y plena oponibilidad a terceros.

143. En algunos Estados sólo queda constituida una garantía real sobre un bien plenamente oponible cuando se celebra un acuerdo de garantía y se realiza un acto adicional, como la entrega de la posesión del bien gravado. Según la naturaleza del bien, puede requerirse que se dé notificación a un tercero (como en el caso de los créditos por cobrar) o que se inscriba en un registro (como en el caso de los buques o las aeronaves). Mientras no se lleven a cabo dichos actos, la garantía real no se dará por constituida y no será por tanto ni siquiera exigible entre las partes. Sin embargo, una vez que se hayan producido los mencionados actos, la garantía real será exigible entre las partes y también oponible a toda otra persona que sea o no parte en el acuerdo de garantía (esta consecuencia se denomina a menudo efecto *erga omnes* de los derechos reales).

144. En otros Estados se hace una distinción entre la eficacia de una garantía real entre las partes (*inter partes*) y su oponibilidad a terceros. La garantía real empieza a existir al concertarse el acuerdo de garantía, pero es sólo exigible entre las partes. Se requiere un acto adicional para que la garantía real pase también a ser oponible a terceros. Este acto adicional sirve también de base para determinar el grado de prelación de la garantía real frente al de los reclamantes concurrentes (véanse las definiciones de “reclamante concurrente” y de “prelación” en el párrafo 19 *supra*). La principal ventaja de este enfoque es de orden práctico, pues hace posible que un otorgante ofrezca en garantía los mismos bienes a más de un acreedor (incrementando así el importe del crédito que un otorgante puede obtener sobre la base del valor de dichos bienes), estableciendo al mismo tiempo la base para determinar la clasificación de esos acreedores según su grado de prelación.

145. Este enfoque se basa en la idea de que toda garantía real consta de dos elementos: en primer lugar, una relación entre las partes; y, en segundo lugar, un elemento de propiedad de la garantía que producirá efectos que afectarán directamente a los derechos de terceros. En otras palabras, el acuerdo de garantía es suficiente para que la garantía real sea exigible entre las partes, pero no basta para establecer su oponibilidad a terceros, como a los acreedores garantizados, los acreedores judiciales o el representante de la insolvencia en la insolvencia del otorgante. Además, este enfoque se basa en la suposición de que no es preciso que la eficacia entre las partes deba ser objeto de notificación o de inscripción y de que, por el contrario, podría constituir un obstáculo para las operaciones que, aun teniendo fines de garantía, se basaran en técnicas informales de venta o de arrendamiento (por ejemplo, las ventas con retención de la titularidad, los arrendamientos financieros o los acuerdos de venta a plazos).

146. Algunos Estados adoptan un tercer criterio, que es un enfoque híbrido entre los dos primeros. Consiste en dar a la garantía real eficacia frente a todas las partes desde el momento de su constitución (inclusive los acreedores no garantizados del otorgante, los acreedores judiciales y el representante de la insolvencia del otorgante, los beneficiarios de donaciones y de transferencias de bienes gravados fuera del curso ordinario de los negocios del otorgante), pero previendo la aplicación de reglas especiales a la oponibilidad a terceros y a la prelación en el caso de que haya reclamantes concurrentes que reclamen derechos específicos sobre los bienes gravados (por ejemplo, los acreedores garantizados concurrentes o los beneficiarios de transferencias de bienes gravados en el curso ordinario de los negocios). Este enfoque produce generalmente los mismos resultados que el segundo enfoque, con una ligera variación en lo que respecta a los derechos de determinados acreedores, como los acreedores no garantizados, los acreedores judiciales y el representante de la insolvencia (véase A/CN.9/631/Add.2, párrs. [...]).

147. En la presente Guía se adopta el segundo de los tres enfoques generales de la constitución y la eficacia de las garantías reales que acaban de examinarse. Es decir, la Guía recomienda un enfoque en el que se haga una distinción entre los requisitos necesarios para que una garantía real sea exigible entre las partes y los requisitos indispensables para que las partes consigan que la garantía real sea oponible a terceros (véanse los párrafos 144 y 145 *supra*). En el presente capítulo se abordan cuestiones relativas a la constitución de una garantía real sobre un bien mediante acuerdo y a su eficacia entre las partes en el acuerdo de garantía. La oponibilidad de una garantía real a terceros se examina en el capítulo V (véase A/CN.9/631/Add.2).

Las reglas que rigen la clasificación de los acreedores por grado de prelación que reclamen derechos sobre los mismos bienes se analizan en el capítulo VII referente a la prelación (véase A/CN.9/631/Add.4). Las cuestiones relativas a la eficacia de una garantía real en caso de insolvencia se tratan en el capítulo XI referente a la insolvencia (véase A/CN.9/631/Add.8).

## 2. Constitución de una garantía real

148. Al examinar la constitución de una garantía real y su eficacia entre el otorgante y el acreedor garantizado, deben abordarse dos cuestiones diferentes. Ante todo es importante la cuestión de la constitución de la garantía, es decir, el momento y las condiciones en que se constituye la garantía real. Se plantea también la cuestión de la exigibilidad entre las partes en general, que consiste en determinar a partir de qué momento y en qué condiciones una garantía real adquiere eficacia entre las partes. Normalmente, la respuesta a ambas cuestiones es la misma. Una vez adoptadas las medidas para la constitución de una garantía real, ésta adquiere, a partir de ese momento, eficacia entre las partes. No obstante, puede ocurrir que una garantía real que se haya constituido deje posteriormente de ser eficaz entre las partes. En tales casos, es importante determinar exactamente el momento en que la garantía ha cesado de ser exigible entre las partes. Estas dos facetas de la cuestión son analizadas a su vez en el presente documento.

149. En la mayoría de los Estados la constitución de una garantía real sobre bienes muebles requiere que el otorgante y el acreedor garantizado celebren un acuerdo (véase la definición de “acuerdo de garantía” en el párrafo 19 *supra*) en virtud del cual quede constituida la garantía (véase A/CN.9/631, recomendación 12).

150. El acuerdo de garantía puede cumplir varias funciones, concretamente las de: a) constituir la base legal para la concesión de una garantía real; b) establecer la conexión entre la garantía real y la obligación que ésta respalda; c) regular en general la relación entre el otorgante y el acreedor garantizado (los derechos previos al incumplimiento se analizan en el capítulo VIII de A/CN.9/631/Add.5); y d) minimizar el riesgo de controversias acerca del contenido del acuerdo de garantía, así como el riesgo de manipulación a raíz de un incumplimiento (los derechos ejercitables a raíz de un incumplimiento se analizan en el capítulo X de A/CN.9/631/Add.7).

151. Si bien a veces el acuerdo de garantía puede constituir un acuerdo separado entre las partes, a veces dicho acuerdo está consignado en el contrato financiero pertinente o en otro contrato similar celebrado entre el otorgante y el acreedor garantizado, como un contrato de compraventa de bienes mediante crédito.

152. Como ya se ha señalado más arriba, en muchos Estados, el acuerdo de garantía es de por sí suficiente para constituir la garantía real entre el otorgante y el acreedor garantizado. En cambio, en otros Estados, además del acuerdo de garantía, se requiere la realización de otro acto para que una garantía real quede constituida, incluso entre las partes (por ejemplo la transferencia de posesión, la notificación o la inscripción). Ese tipo de acto varía de un Estado a otro, e incluso dentro de cada Estado, según el tipo de garantía real o de bien de que se trate.

153. Determinados acuerdos relativos a la titularidad de bienes muebles pueden cumplir fines de garantía. Este es el caso, por ejemplo, de la retención de la titularidad por el vendedor, la transferencia de la titularidad con fines de garantía, la

cesión de créditos por cobrar con fines de garantía, así como la venta y la reventa, la venta y el arrendamiento al vendedor, la venta a plazos y el arrendamiento financiero (véanse las definiciones de “cesión”, “arrendamiento financiero” y “derecho de retención de la titularidad” en el párrafo 19 *supra*).

154. En los ordenamientos jurídicos que disponen de un régimen amplio e integrado de las operaciones garantizadas, los mecanismos basados en la titularidad que cumplen funciones de garantía suelen tener que constituirse del mismo modo que cualquier otra garantía real. Son sustituidos por un concepto uniforme de la garantía real o, manteniendo sus diversas condiciones, los requisitos específicos para su constitución entre la partes son los mismos que los aplicables a las garantías reales.

155. En otros ordenamientos jurídicos, los dispositivos basados en la titularidad son el principal mecanismo mediante el cual pueden constituirse garantías reales sin desplazamiento de la posesión. En tales Estados, los mecanismos de titularidad suelen regularse de conformidad con las normas aplicables a la operación pertinente por la que se pretende transmitir la titularidad entre las partes (por ejemplo, una venta, un intercambio, un arrendamiento con opción a compra, etc.). A veces, dada su función de garantía, esas normas que rigen las operaciones están también sujetas a diversas reglas legislativas y de origen judicial. Los detalles de los regímenes de los ordenamientos jurídicos que preservan la especificidad de los mecanismos de titularidad pueden diferir ampliamente de un Estado a otro. En algunos ordenamientos, únicamente la retención de la titularidad está sujeta a un régimen especial, mientras que la transferencia de titularidad para fines de garantía de un prestatario a un prestamista y la cesión de créditos por cobrar con fines de garantía están sujetos a las mismas reglas que rigen la constitución de las garantías reales. En otros ordenamientos, algunas transferencias de mecanismos de titularidad, como la venta con derecho de retrocompra, están también sujetos a un régimen específico, del mismo modo que los mecanismos para la retención de la titularidad.

156. El trato dado a los mecanismos de retención de la titularidad constituye un indicador clave de cómo se concibe en general en un ordenamiento una garantía basada en la titularidad. Los ordenamientos que no tratan los mecanismos basados en la titularidad como garantías reales suelen hacer especial hincapié en la retención de la titularidad, aun cuando puedan disponer de requisitos muy diversos para la constitución de mecanismos de retención de la titularidad. Es decir, en esos ordenamientos, la retención de la titularidad está muy difundida y es oponible a todas las partes. En cambio, en otros ordenamientos jurídicos, la retención de la titularidad desempeña un papel de escasa importancia y suele ser generalmente ineficaz, o al menos ineficaz frente al representante de la insolvencia en caso de insolvencia del comprador. Un punto en el que muchos ordenamientos convergen es el de que sólo se tratan como auténticos mecanismos de titularidad los simples acuerdos de retención de la titularidad, mientras que los acuerdos que contienen cláusulas que abarcan todas las sumas y cláusulas sobre el producto se tratan como auténticos mecanismos de garantía. Otro punto en el que muchos ordenamientos coinciden es el de que únicamente el vendedor puede retener la titularidad. Otros proveedores de crédito pueden beneficiarse de una retención de la titularidad únicamente si reciben una cesión del saldo pendiente del precio de venta del vendedor (véase el capítulo XII sobre las garantías reales del pago de una adquisición en A/CN.9/631/Add.9).

157. En la mayoría de los ordenamientos jurídicos que reconocen la retención de la titularidad, los derechos del vendedor se derivan de una cláusula del acuerdo de compraventa. En pocos Estados se presume la retención de titularidad en todas las ventas efectuadas mediante crédito, y ni siquiera es necesario que el derecho de retención del vendedor figure expresamente enunciado en el acuerdo de compraventa. En otros Estados, el derecho contractual de retención puede concertarse entre las partes incluso verbalmente, o por referencia a condiciones generales impresas que figuren en documento de suministro o en una factura. Hay también otros ordenamientos jurídicos en que puede requerirse algún tipo de escrito, una determinada fecha para el acuerdo e incluso la inscripción.

158. Los ordenamientos jurídicos también difieren sustancialmente en la terminología empleada y en los requisitos para las transferencias de titularidad con fines de garantía. Por ejemplo, éstas pueden denominarse transferencias fiduciarias de titularidad con fines de garantía, ventas con derecho del vendedor a reclamar el bien, ventas dobles, y venta con arrendamiento al vendedor y con opción de compra. Lo primero que cabe señalar es que, en algunos ordenamientos, una transferencia de titularidad con fines de garantía es nula frente a terceros y, ocasionalmente, incluso entre el cedente y el beneficiario de la transferencia. En otros ordenamientos, si bien tiene eficacia una transferencia de titularidad con fines de garantía, ese tipo de transferencia no se utiliza ampliamente a causa de la existencia de otras garantías reales sin desplazamiento. En la mayoría de los ordenamientos jurídicos que reconocen la transferencia de la titularidad con fines de garantía, las reglas aplicables a su constitución son las mismas que se aplican a las operaciones garantizadas en general o, al menos, en el caso de la insolvencia del cedente. Así, por ejemplo, una venta con derecho del vendedor a reclamar el bien o una doble venta estarán habitualmente sujetas, con respecto a la forma y al contenido del acuerdo, a las mismas reglas aplicables a las operaciones garantizadas.

159. Muchos ordenamientos jurídicos reconocen también que las operaciones realizadas sobre la base de un arrendamiento (venta a plazos y arrendamiento financiero en el contexto de la financiación de adquisiciones, y la venta y arrendamiento al vendedor en el contexto de una operación de concesión de crédito) cumplen a menudo funciones de garantía. En algunos ordenamientos, son tratadas como mecanismos de garantía y los requisitos para su constitución y su eficacia entre las partes son los mismos que se aplican a todos los demás mecanismos de garantía. En otros ordenamientos, esas operaciones no se tratan como mecanismos de garantía sino como acuerdos contractuales de creación de derechos personales. En esos ordenamientos, los requisitos para su constitución serán normalmente los aplicables a la creación de un derecho contractual de esta índole entre las partes.

160. La segunda cuestión con la que los Estados se enfrentan al decidir los requisitos básicos para la constitución de una garantía real es la determinación del momento en que la garantía real adquiere efectivamente eficacia entre las partes. En la mayoría de los Estados, ya que la garantía real nace de un acuerdo entre las partes, adquiere eficacia entre ellas a partir del momento en que se celebra el acuerdo. Naturalmente, las partes pueden convenir en aplazar la eficacia de la garantía real, pero normalmente no lo hacen (en cualquier caso, no pueden convenir en un momento anterior al de la celebración del acuerdo). También es necesario determinar a partir de cuándo la garantía real empieza a afectar a los bienes que están gravados. Aquí debe hacerse una distinción entre los bienes actuales del

otorgante y los bienes futuros. Cuando el acuerdo de garantía disponga la constitución de una garantía real sobre bienes respecto de los cuales el otorgante disponga de derechos, o de la facultad para gravarlos, en el momento en que se concierte el acuerdo de garantía, la garantía real será eficaz entre las partes en relación con esos bienes a partir de aquel momento, a reserva de todo acuerdo entre las partes de aplazar la eficacia respecto de algunos de esos bienes o de todos ellos. En cambio, cuando el acuerdo de garantía prevea la constitución de una garantía real sobre bienes respecto de los cuales el otorgante espere adquirir derechos, o la facultad de gravarlos, en el futuro, la garantía real será eficaz entre las partes en relación con esos bienes únicamente a partir del momento en que el otorgante adquiera tales derechos o la facultad para gravar, salvo, por supuesto, si las partes convienen en aplazar la fecha de eficacia (véase A/CN.9/631, recomendación 12; véase también el párrafo 185 *infra*).

### 3. Elementos esenciales de una garantía real

161. Los ordenamientos jurídicos difieren respecto de los elementos esenciales que deben figurar en un acuerdo de garantía a fin de que éste sea eficaz entre las partes. No obstante, ciertos elementos son comunes a la mayoría de los ordenamientos. Habitualmente, los Estados requieren que en el acuerdo de garantía: a) se especifique la identidad de las partes; b) se enuncie la obligación que debe garantizarse; y c) se describan los bienes que deban gravarse. En algunos Estados se impone también el requisito de que en el acuerdo de garantía se fije la cantidad máxima por la que pueda reclamarse la garantía real sobre los bienes gravados.

162. El grado de especificidad requerido para la identificación de la obligación garantizada y de los bienes gravados varía de un Estado a otro. La ventaja de una descripción concreta es la certeza, pero al mismo tiempo tiene el inconveniente de su falta de flexibilidad para abordar importantes operaciones de financiación con variables cuantías de las obligaciones garantizadas y un conjunto variable de bienes gravados, inclusive bienes adquiridos después de la constitución de la garantía (como, por ejemplo, los acuerdos para la concesión de créditos rotatorios o renovables respecto de existencias o créditos por cobrar). En cualquier caso, independientemente de que en la legislación se exija o no la especificación de la identidad de las partes, la descripción de la obligación que se va a garantizar y los bienes que van a gravarse como contenido mínimo de un acuerdo de garantía, el hecho de que no se regulen esas condiciones en el acuerdo de garantía puede originar controversias en cuanto al alcance de los bienes gravados y de la obligación garantizada, a menos que los elementos ausentes puedan establecerse por otros medios.

163. Las partes en el acuerdo de garantía pueden utilizarlo también para aclarar cuestiones adicionales, tales como el deber de diligencia debida que tiene la parte que está en posesión de los bienes gravados y las declaraciones efectuadas con respecto a los bienes gravados. En ausencia de un acuerdo, pueden ser aplicables reglas supletorias que aclaren la relación entre las partes (véanse las cuestiones previas al incumplimiento en el capítulo VIII de A/CN.9/631/Add.5, y las cuestiones posteriores al incumplimiento, en el capítulo X de A/CN.9/631/Add.7).

164. Muchos regímenes modernos de las operaciones garantizadas se abstienen de fijar requisitos complejos para la eficacia de un acuerdo de garantía y, en vez de ello, reflejan la opinión de que se facilitará el fomento del crédito garantizado

disponiendo que un acuerdo será oponible cuando cumpla ciertos requisitos mínimos, concretamente que: a) refleje la intención de las partes de constituir una garantía real; b) especifique la identidad de las partes (por ejemplo, del otorgante y del acreedor garantizado); c) describa la obligación que vaya a respaldarse con la garantía real; y d) describa los bienes que vayan a gravarse (véase A/CN.9/631, recomendación 13).

165. Al igual que en el análisis más detallado que figura a continuación (véanse los párrafos 188 a 190), en la presente Guía se adopta el criterio de que es suficiente una descripción genérica de los bienes gravados, como de “todos los bienes actuales y futuros” o de “todas las existencias actuales y futuras”.

#### **4. Forma de un acuerdo de garantía**

166. Los ordenamientos jurídicos también adoptan distintos criterios en cuanto a los requisitos para los acuerdos de garantía y la función de dichos requisitos. En particular, en algunos ordenamientos no se requiere la existencia de un acuerdo de garantía efectuado por escrito, mientras que en otros se exige algún tipo de escrito. En un número limitado de Estados, basta con un simple escrito no firmado. En otros Estados, se requiere un escrito firmado. En algunos otros Estados, el acuerdo de garantía debe figurar en una escritura notarial o en un documento equivalente. Normalmente, el requisito de la forma escrita constituye una advertencia a las partes sobre las consecuencias jurídicas de su acuerdo, deja constancia del acuerdo y, en el caso de documentos autenticados, protege a los terceros de toda práctica fraudulenta por la que se antedate la fecha del acuerdo de garantía. La forma escrita puede también cumplir otras funciones, además de ser un requisito para la eficacia del acuerdo entre las partes. Por ejemplo, en muchos Estados es una condición para la oponibilidad a terceros, o para la prelación entre reclamantes concurrentes. En muchos de estos Estados la forma escrita puede constituir también una condición para obtener la posesión de los bienes gravados o para invocar el acuerdo de garantía en caso de ejecución, ya sea en el contexto de la insolvencia o al margen de ella.

167. En algunos ordenamientos jurídicos se requiere que una autoridad pública certifique la fecha para las garantías reales con desplazamiento, a excepción de los préstamos de poca cuantía en los que se permite la prueba mediante testigos. Si bien esta certificación puede regular el problema del fraude consistente en indicar una fecha anterior a la real, puede plantear el problema del tiempo y del costo que requiere la operación. En otros ordenamientos jurídicos se requiere una fecha certificada o una autenticación del acuerdo de garantía para diversos tipos de garantías sin desplazamiento (véanse, por ejemplo, los artículos 65, 70, 94 y 101 de la Ley Uniforme relativa a las garantías reales de la Organización para la Armonización de la Legislación Empresarial en África). En algunos de esos ordenamientos se requiere este tipo de certificación en vez de la inscripción. En cambio, cuando es necesaria una inscripción, no se requiere una certificación adicional de la fecha del acuerdo de garantía.

168. En muchos ordenamientos jurídicos con el fin de ahorrar tiempo y costos, se reducen al mínimo los requisitos formales de carácter imperativo. Basta con un simple escrito (como, por ejemplo, las condiciones generales enunciadas en una factura), siempre y cuando el escrito, ya sea por sí solo o teniendo en cuenta la conducta de las partes, indique la intención del otorgante de conceder una garantía

real. Conforme a la idea de simplificar en la medida de lo posible el proceso de constitución de una garantía real, que es uno de los objetivos fundamentales de la Guía (véase el párrafo 23 *supra*), la Guía adopta esta posición (véase A/CN.9/631, recomendación 1, apartado c), y recomendación 14). El concepto de escrito abarca también las comunicaciones electrónicas (véase A/CN.9/631, recomendación 9). La única excepción a las reglas antes mencionadas es la de que el acuerdo de garantía puede ser verbal si va acompañado de una transferencia al acreedor garantizado de la posesión del bien gravado (véase A/CN.9/631, recomendación 14). No obstante, si la garantía real se constituye por acuerdo verbal y transferencia de la posesión, y si posteriormente el acreedor garantizado renuncia a la posesión, es necesario un acuerdo escrito para que la garantía real siga existiendo.

*[Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee plantearse la revisión de la recomendación 14 para aclarar que, si el acreedor garantizado renuncia a la posesión de un bien gravado sobre el que se haya constituido una garantía real mediante acuerdo verbal o transferencia de la posesión, es preciso un acuerdo escrito para que la garantía real siga existiendo.]*

169. El acuerdo de garantía se celebra normalmente entre el deudor, como otorgante de la garantía real, y el acreedor garantizado. En ocasiones, si un tercero otorga la garantía en beneficio del deudor, esa persona pasa a ser parte en el acuerdo en lugar del deudor o además de él. En el caso de grandes préstamos otorgados colectivamente por varios prestamistas (especialmente en el caso de los préstamos mancomunados), un tercero que actúe como agente o fideicomisario de los prestamistas, puede ser el depositario de garantías reales en nombre de todos los prestamistas. Los acuerdos de garantía pueden concebirse en función de cada una de estas situaciones. Si bien en algunos ordenamientos se introducen limitaciones (por ejemplo, cuando únicamente las empresas pueden conceder una hipoteca sobre empresas), en otros ordenamientos las partes en el acuerdo de garantía pueden ser tanto personas físicas como personas jurídicas.

## **5. Obligaciones sujetas a un acuerdo de garantía**

170. Las garantías reales son accesorias a la obligación que respaldan y dependen de ella. Esto significa que la validez y las cláusulas del acuerdo de garantía dependen de la validez y de las cláusulas del acuerdo por el que se establece la obligación garantizada. En particular, en lo que respecta a las operaciones con créditos rotatorios, una garantía real es accesoria en el sentido de que si bien puede garantizar futuros adelantos y obligaciones fluctuantes, no puede ser ejecutada si no se ha pagado ningún adelanto sobre el préstamo y no puede rebasar la cuantía de la obligación adeudada en el momento de la ejecución.

171. En algunos Estados, las garantías reales sin desplazamiento pueden guardar relación únicamente con los tipos concretos de obligaciones descritas en la legislación (por ejemplo, los préstamos para la adquisición de automóviles o los créditos concedidos a agricultores o granjeros). En otros Estados que disponen de un régimen general sólo para las garantías reales con desplazamiento o para las garantías reales con desplazamiento y sin desplazamiento, no existen tales limitaciones. Ese enfoque amplio (véase A/CN.9/631, recomendación 15) tiene potencial para esparcir los principales beneficios derivados de la financiación garantizada entre una amplia gama de operaciones (por ejemplo, promoviendo una mayor oferta de crédito que tenga, además, un costo más asequible). Además, ese

enfoque fomenta la coherencia y la igualdad de tratamiento de todos los deudores y acreedores garantizados. En la medida en que esos regímenes especiales sean necesarios por razones socioeconómicas concretas, es posible minimizar los efectos adversos si tales regímenes se establecen de forma clara y transparente y se limitan a una serie restringida de operaciones.

172. Los Estados que no vinculan determinadas formas de garantía a ciertos tipos de obligación no suelen limitar los tipos de obligación para los que pueda otorgarse una garantía real. Además, a menos que exista un régimen especial para las garantías reales sobre determinados tipos de obligación (por ejemplo, para los préstamos concedidos por prestamistas de casas de empeño), los Estados suelen enumerar en la legislación todos los tipos de obligación que pueden ser garantizados. Dado el ritmo con que se crean nuevos tipos de obligaciones de crédito, toda lista exhaustiva que se promulgara quedaría rápidamente desfasada. No obstante, es práctica común de los Estados ofrecer una lista indicativa. En dicha lista figurarían normalmente las obligaciones derivadas de los préstamos y de la adquisición mediante crédito de bienes, inclusive existencias y bienes de equipo.

173. Los ordenamientos jurídicos adoptan distintas posiciones sobre la cuestión de si puede constituirse una garantía real, y en qué medida cabe hacerlo, para respaldar obligaciones futuras. Los ordenamientos difieren también en la definición de lo que efectivamente es una obligación futura. En algunos ordenamientos, las obligaciones futuras son aquellas que no han sido objeto de contrato (tal es el enfoque de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos; véase el artículo 5, apartado b)). En otros ordenamientos, incluso las obligaciones que han sido objeto de contrato pero que no son exigibles en el momento del acuerdo de garantía (debido a que el préstamo aún no se ha adelantado o porque consiste en un acuerdo de préstamos rotatorios) se tratan como obligaciones futuras. Además, las obligaciones sujetas a una condición subsiguiente se tratan siempre como obligaciones actuales, mientras que las obligaciones sujetas a una condición precedente se tratan normalmente como obligaciones futuras.

174. La distinción entre obligaciones actuales y futuras es importante en los ordenamientos jurídicos en que, por razones de certeza y de protección del deudor, las obligaciones futuras tal vez no puedan ser objeto de una garantía o sólo puedan garantizarse hasta un importe máximo, o tal vez no puedan garantizarse en absoluto si son indeterminadas (por ejemplo, cuando en el acuerdo de garantía se pretende abarcar “todas las obligaciones actuales y futuras de cualquier índole que puedan surgir entre las partes”). En los Estados que limitan el otorgamiento de garantías reales para respaldar obligaciones futuras, los deudores tal vez no puedan beneficiarse de ciertas operaciones, como de los acuerdos de créditos rotatorios o de los préstamos de plazo convertible cuyas condiciones puedan variar. En otros ordenamientos jurídicos, las obligaciones futuras pueden garantizarse libremente. En esos ordenamientos, un acuerdo de garantía es suficiente para regir a la vez las obligaciones presentes y las futuras. A consecuencia de ello, no es necesario que, cada vez que se prorrogue o incremente el crédito, se modifique la garantía real correspondiente ni que se constituya una nueva, todo lo cual repercute positivamente en la oferta de créditos y en su costo. Si bien puede constituirse una garantía real sobre una obligación futura, esa garantía no puede ejecutarse hasta que nazca la obligación y sea exigible. Algunos Estados imponen diversos requisitos

sobre la forma en que puede enunciarse el tipo de obligación garantizada y su importe.

175. En algunos ordenamientos jurídicos, es necesario que las partes describan de forma precisa en su acuerdo las obligaciones garantizadas, a fin de fijar un límite máximo del importe por el que el bien pueda gravarse como garantía de las obligaciones garantizadas, o incluso para reducir el monto de la garantía de modo que refleje el saldo actualmente adeudado en concepto de esa obligación. Se considera que tal descripción o limitación beneficia al deudor, ya que éste estaría protegido de un sobreendeudamiento y tendría la opción de obtener crédito adicional de otra parte. No obstante, estos requisitos pueden tener como consecuencia que se limite la cantidad de crédito que puede facilitar el acreedor inicial o que se induzca a los acreedores a indicar una suma considerablemente superior a la cantidad efectiva que están dispuestos a adelantar al otorgante. Por consiguiente, muchas veces a resultas de ello el otorgante se ve privado de la capacidad para utilizar el valor pleno de sus bienes para garantizar obligaciones adicionales a su actual acreedor o nuevas obligaciones contraídas con otros acreedores.

176. Muchas veces, las operaciones modernas de financiación ya no entrañan un pago único sino que frecuentemente prevén el pago de adelantos en diferentes momentos que están en función de las necesidades del otorgante (por ejemplo, acuerdo de créditos rotatorios para que el otorgante compre existencias). Esa financiación puede realizarse sobre la base de una cuenta corriente cuyo saldo fluctúa de un día a otro. Si se redujera la cuantía de la obligación garantizada en un valor equivalente al pago efectuado, los prestamistas no estarían incentivados para facilitar otros adelantos, a menos que se les otorgara una garantía adicional. Ello resultaría sumamente ineficaz, dado que incrementaría el costo y el tiempo necesarios para que el otorgante adquiriera los nuevos bienes requeridos para llevar adelante su negocio. Por último, algunos Estados tratan de controlar el crédito limitando el importe de la garantía sobre un bien, y calculando ese valor como porcentaje del crédito adelantado al otorgante (por ejemplo, el 125% de la obligación adeudada). Estos tipos de límites legislativos sobre la cantidad garantizable son inevitablemente arbitrarios, habitualmente no pueden ajustarse con precisión a las necesidades de crédito de los distintos otorgantes y normalmente sería preciso modificarlos constantemente para reflejar los cambios que se produzcan en la relación crediticia entre el otorgante y el acreedor garantizado.

177. Por todas las razones mencionadas, en muchos ordenamientos jurídicos no se exigen descripciones concretas de las obligaciones garantizadas y se permite a las partes negociar libremente la cantidad que quedará garantizada, incluidas todas las sumas adeudadas por el deudor al acreedor garantizado. En esos ordenamientos, la obligación garantizada debe determinarse o debe poder determinarse sobre la base del acuerdo de garantía siempre que sea preciso determinarla (tal como ocurre, por ejemplo, cuando el acreedor garantizado ejecuta sus garantías reales). Además, el otorgante queda protegido porque el acreedor garantizado no puede reclamar de los bienes gravados una cantidad superior a la adeudada y, si la obligación está plenamente garantizada, es probable que el acreedor garantizado ofrezca al otorgante mejores condiciones crediticias.

178. Los Estados también adoptan distintas posiciones sobre la cuestión de si la cantidad efectiva de la obligación garantizada (incluido el tipo de interés, si lo

hubiere) deben especificarse o no en el propio acuerdo de garantía, sobre la cuestión de si el importe debe expresarse en una determinada moneda y, en tal caso, en cuál. Por ejemplo, algunos Estados exigen que en el acuerdo de garantía se indique no sólo el tipo de obligación que se garantiza sino también su valor (por ejemplo, la cuantía efectiva del crédito otorgado). Otros Estados, en cambio, sólo requieren que se especifique el tipo de obligación, dejando que los detalles se concierten en el acuerdo de préstamo o de crédito. Además, algunos Estados exigen que la obligación se exprese en una determinada moneda, mientras que otros permiten que las partes expresen del modo que deseen la obligación de reembolso. En la actualidad son muchos los Estados que no imponen restricciones aplicables a la moneda en que debe expresarse el importe de la obligación garantizada, aparte de las restricciones aplicables a las obligaciones en general.

179. En caso de incumplimiento (o de insolvencia) del deudor o de enajenamiento de los bienes gravados, el producto puede abonarse en una moneda (por ejemplo, dólares) distinta de la moneda (por ejemplo, euros) en la que estuviera cifrada la obligación garantizada. En tales casos, será necesario efectuar una conversión monetaria del producto de la enajenación de los bienes gravados, de modo que la obligación garantizada y los bienes gravados estén expresados en la misma moneda. No obstante, esta cuestión suele dejarse en manos de las partes en el contrato del que nazca la obligación garantizada y en manos del derecho aplicable (por ejemplo, en ausencia de un acuerdo, prevalecerá el tipo de cambio vigente en el lugar en que se produzca la ejecución o en que se lleve a cabo el procedimiento de insolvencia).

## **6. Bienes sujetos a un acuerdo de garantía**

180. Un aspecto primordial del acuerdo de garantía es la identificación de los bienes que estarán sujetos a la garantía real. Habitualmente se exige a los Estados que, al determinar la forma en que deberían identificarse los bienes que pudieran quedar gravados por la garantía real, que aborden cuatro cuestiones distintas. En primer lugar, debe tratarse la cuestión de si puede otorgarse garantía sobre bienes que no sean, o que todavía no sean, propiedad del otorgante. En segundo lugar, la cuestión de si determinados tipos de bienes no debieran poderse gravar mediante una garantía real. En tercer lugar, la forma en que pueden describirse los bienes (por ejemplo, si deben describirse individualmente o si pueden ser objeto de una descripción genérica). Por último, los Estados deben decidir si puede permitirse a un otorgante constituir una garantía real que cubra de forma general todos sus bienes (por ejemplo, un acuerdo que en muchos Estados reviste la forma de una “hipoteca sobre empresas”).

### **a) Bienes futuros**

181. En muchos ordenamientos jurídicos, el otorgante de la garantía tiene que ser el propietario de los bienes que vayan a gravarse o debe, por lo menos, disponer de un derecho de propiedad limitado (por ejemplo, el derecho de utilización) sobre los bienes gravados. Ello significa que el acuerdo de garantía no puede concertarse hasta que el otorgante disponga efectivamente de derechos sobre los bienes que el acuerdo se proponga abarcar. Con ello se plantea inmediatamente la cuestión de si el acuerdo de garantía puede celebrarse con el fin de abarcar: a) los bienes sobre los que el otorgante sólo disponga de un derecho contractual (por ejemplo, en muchos ordenamientos jurídicos un arrendatario no tiene ningún derecho de propiedad sobre

el bien arrendado); y b) los bienes futuros (por ejemplo, los bienes que estén en proceso de adquisición por parte del otorgante o que éste se proponga adquirir, pero que aún pertenezcan al vendedor, o los bienes que serán fabricados en el futuro a partir de materias primas que ya sean propiedad del otorgante, o que no lo sean, es decir, bienes que ni siquiera existen todavía).

182. Al regular esas cuestiones, la mayoría de los Estados parten del principio de que el otorgante no puede conceder al acreedor garantizado más derechos de los que aquél tenga o pueda adquirir en el futuro (*nemo dat quod non habet*). Esto significa, por ejemplo, que si el otorgante sólo dispone de un derecho contractual a utilizar un bien, toda garantía real que conceda sólo podrá afectar a su derecho contractual. Un arrendatario sólo puede constituir una garantía sobre el acuerdo de arrendamiento, pero no directamente sobre el objeto arrendado. A reserva de las reglas que los Estados adopten acerca del detalle requerido para la descripción del bien gravado, esto significa que en el acuerdo debe especificarse que el bien es un arrendamiento, pero que no constituye el objeto arrendado propiamente dicho. De modo similar, también significa que si el otorgante sólo tiene un derecho limitado de propiedad (por ejemplo, el derecho de usufructo), la garantía real gravará únicamente el derecho de usufructo. Sin embargo, cada vez es más frecuente que los Estados deban abordar la cuestión de si los bienes “futuros” pueden quedar englobados en un acuerdo de garantía.

183. En algunos Estados no se puede utilizar como garantía ningún bien futuro del tipo que sea. Este criterio se basa en parte en conceptos técnicos del derecho de propiedad (por ejemplo, lo que no existe no puede transferirse ni gravarse). También se basa en el temor de que si se adoptan disposiciones amplias sobre los bienes futuros se corre el riesgo de que se produzcan casos de sobreendeudamiento y de que el otorgante pase a depender excesivamente de un acreedor, lo cual impediría al otorgante obtener crédito garantizado adicional de otras fuentes. Otro argumento que se aduce para no permitir la constitución de garantías reales sobre bienes futuros es el de que, en caso de ser permitida, podría reducirse notablemente la posibilidad de que los acreedores no garantizados del otorgante vieran satisfechos sus créditos. Sin embargo, no deberían invocarse conceptos técnicos de derecho de propiedad para obstaculizar la satisfacción de la necesidad práctica de utilizar bienes futuros como garantía para la obtención de crédito. Además, los otorgantes empresariales pueden proteger sus propios intereses y no necesitan que se impongan limitaciones legales a la transferibilidad de derechos sobre bienes futuros. Por otra parte, el hecho de que se permita gravar bienes futuros ofrece a los otorgantes con insuficientes bienes actuales la posibilidad de obtener crédito, lo cual podrá fomentar sus negocios y beneficiar a todos los acreedores, inclusive a los no garantizados.

184. En otros Estados, las partes pueden convenir en constituir una garantía real sobre un bien futuro. Aunque la disposición sea actual, sólo adquiere eficacia respecto del bien futuro cuando el otorgante se convierte en propietario del bien o cuando el bien empieza a existir. En la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos se adopta este enfoque (véase el artículo 8, párrafo 2, y el artículo 2, párrafo a)). El hecho de que se permita la utilización de bienes futuros como garantía para respaldar un crédito financiero es importante, en particular, para garantizar los créditos nacidos de operaciones realizadas en el marco de créditos rotatorios con un conjunto de bienes renovables. Los bienes a los que suele aplicarse

más esta técnica son las existencias, que por su naturaleza deben venderse y sustituirse por nuevas existencias, y los créditos por cobrar, los cuales son reemplazados, tras el cobro, por nuevos créditos por cobrar. La principal ventaja de este enfoque radica en que un acuerdo de garantía puede abarcar un conjunto no fijo de bienes que se ajusten a la descripción enunciada en el acuerdo de garantía. De otro modo, sería necesario enmendar continuamente los acuerdos de garantía o concertar nuevos acuerdos, lo cual podría redundar en un incremento de los costos de las operaciones y en la disminución del crédito financiero disponible, en particular sobre la base de acuerdos de créditos rotatorios.

185. En la Guía se prevé que un acuerdo de garantía puede abarcar bienes futuros. Cuando el acuerdo de garantía prevea la constitución de una garantía real sobre bienes respecto de los cuales el otorgante tenga derechos, o tenga la facultad de gravarlos, en el momento en que se celebre el acuerdo de garantía, la garantía real sobre esos bienes quedará constituida en el momento en que se concierte el acuerdo de garantía. No obstante, cuando el acuerdo de garantía prevea la constitución de una garantía real sobre bienes respecto de los cuales el otorgante vaya a adquirir en el futuro derechos o la facultad para gravarlos, la garantía real quedará constituida sólo cuando el otorgante adquiera tales derechos o la facultad para gravar (véase A/CN.9/631, recomendaciones 12 y 16).

**b) Bienes excluidos**

186. En algunos ordenamientos jurídicos existen leyes especiales sobre determinados tipos de garantías reales sin desplazamiento que introducen limitaciones referentes a los tipos de bienes que pueden utilizarse como garantía o a la parte del valor de los bienes que puede gravarse. Entre los ejemplos de limitaciones justificadas por razones de orden público cabe destacar las prestaciones de empleo (por ejemplo, los sueldos y las pensiones) por debajo de un determinado límite mínimo. En otros ordenamientos, se limitan las finalidades con que ciertas categorías de otorgantes pueden conceder garantía. Por ejemplo, algunos Estados no permiten a los otorgantes constituir garantías sobre bienes domésticos, a menos que la garantía real se constituya con el fin de garantizar el pago del precio de compra de dichos bienes. Por otra parte, otros Estados limitan la capacidad de ciertos otorgantes para constituir determinados tipos de garantías reales. Por ejemplo, en algunos ordenamientos, las personas que no lleven un negocio no pueden otorgar garantías reales sin desplazamiento, y únicamente pueden pignorar sus bienes. En otros ordenamientos, no se permite a esas mismas personas otorgar una garantía real sobre bienes futuros o una garantía real sobre una categoría de bienes. Las garantías reales sólo pueden constituirse sobre bienes existentes, y sólo en el caso en que esos bienes se describan uno a uno.

187. Todas estas limitaciones, cuya finalidad suele ser proteger a los otorgantes, también impiden a éstos utilizar el pleno valor de sus bienes para obtener crédito financiero. Por consiguiente, es preciso ponderar cuidadosamente los beneficios y las repercusiones negativas de tales limitaciones. Algunos Estados efectúan esta ponderación necesaria, no incluyendo estas limitaciones en la legislación general por la que se establece el régimen de las garantías reales, sino elaborando reglas concretas en las que se fijan limitaciones apropiadas para la constitución de garantías reales y que se incluyen en legislación especial como, por ejemplo, la de protección del consumidor. Este enfoque tiene la ventaja de permitir a los Estados

concebir las limitaciones de forma más ajustada de modo que se promuevan los objetivos directamente relacionados con la protección de los otorgantes que se considere que la necesitan.

**c) Identificación de los bienes**

188. En algunos ordenamientos jurídicos, los bienes gravados deben identificarse específicamente. Si bien este requisito tiene la finalidad de proteger al otorgante para que no conceda garantías reales excesivas, también limita la oferta de crédito financiero en muchos casos. Por ejemplo, es posible que la identificación específica de cada bien no resulte práctica o sea incluso imposible tratándose de bienes como las existencias y, en cierto grado, los créditos por cobrar. A fin de regular esta cuestión, muchos Estados han formulado reglas que permiten a las partes describir sólo de forma general los bienes que vayan a gravarse. La identificación específica, generalmente requerida, no se aplica a cada uno de los bienes sino a un conjunto de bienes, que a su vez debe identificarse de forma general.

189. Estas descripciones generales pueden revestir muchas formas. Por ejemplo, las partes pueden disponer que la garantía real grava “todas las existencias”, o “todas las existencias en el almacén ABC”, o “todos los barcos de vela y todas las canoas”, o “todas las vacas”, o “todas las imprentas” o “todos los créditos por cobrar”. El factor clave no es el tipo de bien (bienes de equipo, existencias, créditos por cobrar) ni la magnitud o el alcance de la categoría (“todos los bienes depositados en el lugar “X””, o “todas las barcas de vela y todas las canoas” por oposición a “todas las naves”). Más bien, los Estados que permiten descripciones generales exigen simplemente que la descripción sea suficiente para que los terceros puedan saber, en cualquier momento determinado, qué bienes están gravados por el acuerdo de garantía.

190. En algunos ordenamientos jurídicos, es posible identificar los bienes gravados con una descripción formulada con un criterio muy general. En esos Estados, es incluso suficiente una descripción referida a “todos los bienes” o a “todas las existencias actuales y futuras”. El objetivo consiste en reducir la complejidad y el costo de la constitución de una garantía real, permitiendo a las partes describir los bienes gravados con los términos más simples que quepa emplear. Sin embargo, como ya se ha señalado, en muchos de estos ordenamientos jurídicos que permiten la identificación por referencia a una categoría de bienes, tal identificación genérica de los bienes gravados no está permitida si se trata de bienes de consumidores o incluso de pequeños comerciantes. A reserva de asegurar que la identificación de los bienes gravados sea suficientemente clara y de las limitaciones de orden público que los Estados puedan desear imponer con fines de protección del consumidor, la presente Guía recomienda que se permitan las descripciones generales de existencias tanto actuales como futuras (véase A/CN.9/631, recomendaciones 13 y 16).

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

191. Como se acaba de mencionar, algunos Estados no permiten a los otorgantes constituir garantías reales sobre bienes que estén descritos de forma general. En cambio, muchos otros Estados sí lo permiten. Ahora bien, incluso en algunos ordenamientos que permiten la identificación general de categorías de bienes gravados e incluso permiten una identificación general de los bienes actuales y

futuros, ocurre a veces que no se autoriza a los otorgantes constituir una garantía real sobre la totalidad de sus bienes (es decir, incluso sobre “todos los bienes actuales y futuros”). En otros ordenamientos jurídicos se permite a los otorgantes constituir una garantía real sobre la totalidad de sus bienes, pero sólo hasta un determinado porcentaje de su valor total. Esas restricciones, cuya finalidad es dar cierta protección a los otorgantes y a los acreedores no garantizados, limitan inevitablemente el crédito financiero disponible e incrementan el costo de los créditos.

192. A fin de fomentar la disponibilidad de crédito garantizado, algunos ordenamientos evitan imponer tales limitaciones. Se permite a los otorgantes constituir una garantía real sin desplazamiento sobre todos sus bienes, inclusive los corporales e inmateriales, muebles e inmuebles (si bien pueden ser aplicables reglas diferentes a las garantías sobre bienes inmuebles), y actuales y futuros. Los aspectos más esenciales de tal garantía real sobre todos los bienes son, en primer lugar, que esa garantía abarca todos los bienes de un otorgante comprendidos en un único acuerdo de garantía y, en segundo lugar, que el otorgante tiene derecho a enajenar algunos de sus bienes gravados (como las existencias) en el curso ordinario de sus negocios (mientras que la garantía se hace automáticamente extensiva al producto de los bienes enajenados). Los Estados reglamentan de forma diferente cada uno de estos aspectos de las garantías reales sobre la totalidad de los bienes.

193. En muchos ordenamientos jurídicos, los elementos esenciales tanto sobre el contenido como sobre la forma para la constitución de una garantía real que grave todos los bienes resultan más onerosos que los aplicables a las garantías reales ordinarias. En otros ordenamientos, mientras no se graven bienes inmuebles en virtud del acuerdo de garantía, los requisitos para la constitución de la garantía real son idénticos a los establecidos para las garantías reales ordinarias. Cuando se gravan también bienes inmuebles, es preciso que el acuerdo respete los requisitos de fondo y de forma para la constitución de un gravamen sobre bienes inmuebles. En cuanto al derecho del otorgante a enajenar bienes gravados sin que la garantía real resulte afectada, la mayoría de los ordenamientos jurídicos prevén que el otorgante tiene tal derecho, aunque requiere la autorización del acreedor garantizado. Algunos ordenamientos jurídicos disponen que, en tales casos, la garantía real ya no grava el bien, mientras que otros consideran que la garantía real sigue afectando al bien. No obstante, en algunos ordenamientos jurídicos, la enajenación de bienes gravados por parte del otorgante, aunque esté autorizada por el acreedor, no se estima conciliable con el concepto de garantía real. A fin de simplificar la constitución de una garantía real sobre todos los bienes de una empresa, en que el proveedor de crédito financie el mantenimiento en marcha de la empresa, la presente Guía recomienda que se permitan los acuerdos de garantía de la totalidad de los bienes consignadas en un único documento (véase A/CN.9/631, recomendación 16).

*i) Hipotecas sobre empresas*

194. El concepto de “garantías reales sobre todos los bienes” no es nuevo. En algunos Estados, la idea de una garantía real que cubra todos los bienes ha existido desde hace tiempo revistiendo la forma de lo que a menudo se denomina una “hipoteca sobre empresas”. Al igual que una garantía real sobre la totalidad de los bienes, una hipoteca sobre empresas puede englobar todos los bienes de una empresa (inclusive, en algunos Estados, los bienes inmuebles). Puede abarcar, por

ejemplo, los ingresos en efectivo, las nuevas existencias y los bienes de equipo, así como los bienes futuros de una empresa, mientras que quedan liberados de tal gravamen los bienes actuales que se enajenan en el curso ordinario de los negocios. La principal ventaja de una hipoteca sobre empresas es que permite a una empresa que disponga de más valor en su conjunto obtener más crédito financiero a un costo más asequible. Una característica interesante de algunas formas de hipoteca sobre empresas es que a raíz de la ejecución por un acreedor garantizado y por otro acreedor, puede nombrarse un administrador para la empresa. De este modo se puede contribuir a evitar la liquidación y a facilitar la reorganización de la empresa con efectos beneficiosos para los acreedores, el personal y la economía en general. No obstante, en la práctica los administradores nombrados por el acreedor garantizado pueden favorecer a éste. Tal problema puede mitigarse hasta cierto punto si el administrador es nombrado por un tribunal u otra autoridad y está sujeto a la supervisión de tal tribunal o autoridad. Esta característica de una hipoteca sobre empresas puede hacerse útilmente extensiva a las garantías reales sobre la totalidad de los bienes, en el sentido de que el administrador podría ser nombrado mediante acuerdo entre el otorgante y el acreedor garantizado, o por el tribunal, y ser responsable de la ejecución al margen de la insolvencia.

195. Las hipotecas sobre empresas pueden tener ciertos inconvenientes en la práctica. Una de las desventajas radica en que habitualmente el acreedor garantizado es o pasa a ser el principal proveedor de crédito de la empresa, cuando no el único, y ello puede afectar a la competencia entre proveedores de crédito y de este modo repercutir negativamente en la oferta de crédito financiero y en su costo, en la medida en que otros acreedores no estén protegidos (si bien la competencia no se ve necesariamente obstaculizada, ya que un único proveedor importante de crédito puede ofrecer condiciones crediticias particularmente competitivas). A fin de resolver este problema, algunos Estados introdujeron limitaciones en el alcance de las hipotecas sobre empresas, preservando un porcentaje del valor de la empresa para los acreedores no garantizados en caso de insolvencia. Sin embargo, esas limitaciones pueden repercutir negativamente en la oferta de crédito al reducir efectivamente el valor de los bienes disponibles para servir de garantía para la obtención de crédito. Otro posible inconveniente de las hipotecas sobre empresas es que, en la práctica, el titular de la hipoteca tal vez no supervise suficientemente las actividades comerciales de la empresa y no participe activamente en el procedimiento de reorganización, ya que el acreedor hipotecario está respaldado por amplias garantías. A fin de contrarrestar la posición excesivamente fuerte del acreedor hipotecario, puede concederse a la empresa deudora un derecho a exigir la devolución de la garantía ostensiblemente excesiva.

ii) *Gravámenes flotantes*

196. En otros Estados, las garantías reales sobre todos los bienes revisten la forma de los denominados “gravámenes flotantes”, que son meramente garantías reales potenciales en las que el otorgante tiene derecho a enajenar determinados bienes gravados (como las existencias) en el curso ordinario de los negocios. No se permiten enajenaciones a partir del momento en que el deudor esté en una situación de incumplimiento, cuando el gravamen flotante se “cristaliza” y pasa a ser un gravamen “fijo” plenamente eficaz. Una vez que un ordenamiento jurídico permita la constitución de garantías reales sin desplazamiento sobre todos los bienes de un otorgante, mientras que se autorice al otorgante a enajenar determinados bienes en

el curso ordinario de sus negocios, ya no es necesario preservar la estructura o la terminología de las hipotecas sobre empresas o de los gravámenes flotantes (véase también el párrafo 199 *infra*).

iii) *Valor de los bienes dados en garantía superior al importe de la obligación garantizada*

197. Una cuestión relacionada con los problemas que plantean las garantías sobre todos los bienes, aunque diferenciada de ellos, es la de la entrega en garantía de un valor superior al necesario. Este problema se plantea cuando el valor de los bienes gravados excede notablemente del importe de la obligación garantizada. Mientras que el acreedor garantizado no pueda reclamar más que la obligación garantizada, además de los intereses y gastos (y tal vez los daños y perjuicios), esta situación puede crear problemas. Los bienes del otorgante pueden gravarse hasta un valor que haga difícil o incluso imposible al otorgante (al menos en ausencia de un acuerdo de subordinación entre los acreedores) obtener una garantía de otro acreedor con un segundo nivel de prelación. Además, la ejecución por los acreedores no garantizados del otorgante puede verse impedida o al menos resultar más difícil (a no ser que haya un exceso de valor).

198. En algunos Estados se ha adoptado la solución de declarar nula toda garantía real cuyo valor exceda ostensiblemente del importe de la obligación garantizada, más los intereses, gastos y daños y perjuicios, o de conceder al otorgante un derecho a exigir la devolución de esa garantía excesiva. Esta solución podría funcionar en la práctica si pudiera determinarse un margen comercialmente adecuado y concederse al acreedor garantizado, lo cual tal vez no resulte fácil en todos los casos. Si bien el problema de la entrega de bienes en garantía con un valor superior al de la obligación garantizada representa, en muchos casos, un auténtico problema, la solución apropiada varía probablemente de un Estado a otro y a veces puede radicar en la regulación de estas prácticas en otras leyes. Por esta razón, la Guía no recomienda que se adopte como solución el concepto de una declaración judicial de valor de los bienes gravados superior a la obligación garantizada (con la consiguiente reducción del alcance de los bienes gravados).

iv) *Conclusión*

199. Una vez que un ordenamiento jurídico permita la constitución de garantías reales sin desplazamiento sobre todos los bienes actuales y futuros de un otorgante conforme a un régimen que autorice al otorgante enajenar algunos de los bienes en el curso ordinario de sus negocios, ya no son necesarios muchos de los mecanismos especiales que los Estados han concebido a fin de que las empresas pudieran obtener crédito financiero otorgando garantías reales sobre la empresa en su conjunto. Es decir, conceptos y expresiones como “hipotecas sobre empresas” y “gravámenes flotantes” eran importantes porque desempeñaban un papel en la financiación de las empresas que las garantías reales ordinarias no podían conseguir. No obstante, cuando los Estados optan por crear regímenes integrados y funcionalmente organizados para el otorgamiento de garantías, y permiten a los otorgantes gravar todos sus bienes actuales y futuros en un mismo acuerdo, se reduce notablemente, o incluso se elimina la necesidad de recurrir a estos mecanismos existentes. Si bien la Guía no recomienda, como ya se ha señalado, que los Estados prescindan de las “hipotecas sobre empresas” y de los “gravámenes flotantes”, recomienda en cambio

que los Estados adopten el concepto de la garantía real sobre la totalidad de los bienes, que cumple las funciones desempeñadas por esos otros mecanismos (véase A/CN.9/631, recomendación 16).

**e) Responsabilidad del acreedor garantizado por las pérdidas o los daños causados por los bienes gravados**

200. Si bien la responsabilidad por una pérdida o un daño causado por bienes gravados (a consecuencia de un incumplimiento de contrato o de un daño extracontractual) no es una cuestión que esté sujeta al régimen de las operaciones garantizadas, es importante abordarla, pues puede repercutir en la oferta de crédito y en su costo. Una cuestión que reviste particular importancia es la de la responsabilidad por daños ambientales causados por bienes sujetos a garantías reales con o sin desplazamiento, dado que las consecuencias monetarias y el perjuicio causado a la reputación del prestamista pueden exceder del valor de los bienes gravados. Algunas legislaciones eximen explícitamente a los acreedores garantizados de toda responsabilidad, mientras que otras subordinan esa responsabilidad a determinadas condiciones (por ejemplo, cuando el acreedor garantizado no disponga de la posesión ni del control del bien gravado). Cuando no exista ninguna exoneración o limitación de la responsabilidad de esta índole, el prestamista puede correr un riesgo demasiado importante al otorgar crédito financiero. Todo seguro que exista incrementará inevitablemente y de forma notable el costo del crédito.

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

**a) Concepto del producto**

201. Un rasgo característico de los bienes muebles consiste en que muchas veces se producen con el fin de ser vendidos o arrendados o de conceder una licencia sobre ellos. Cuando se venden, se intercambian o se enajenan de otro modo o se arriendan bienes gravados, o se concede una licencia sobre ellos 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 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 o enajenados. Así, por 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 hace 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 los bienes recibidos en la enajenación son otros objetos, dinero en efectivo, un crédito por cobrar o un título negociable. Lo que importa es si la garantía real puede hacerse extensiva a estos nuevos bienes.

202. en algunos casos, el producto de los bienes inicialmente gravados puede 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 gravados, debería hacerse extensivo al producto del producto. Si el acreedor garantizado pierde su derecho sobre el producto una vez que éste adopte otra forma, el acreedor garantizado estaría sujeto a los mismos riesgos crediticios que en el caso de que no existieran derechos sobre el producto.

203. Otra característica de los bienes muebles consiste en que pueden ser objeto, con el tiempo, de numerosas transformaciones jurídicas y físicas. Por ejemplo, si el bien mueble corporal es un animal, cabe prever diversas modificaciones. Las hembras tienen crías y producen leche. Otros animales son esquilados para obtener su lana. Hay también otros animales valorados que pueden producir productos 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 los primeros. En muchos ordenamientos jurídicos, este tipo de bienes se denominan “frutos naturales”.

204. También se producen transformaciones con los bienes inmateriales. Por ejemplo, un derecho a cobrar puede entrañar intereses; el arrendamiento de bienes corporales implica pagos de arriendo. Es lo que se denomina a veces “frutos civiles” o “ingresos”. Además, si el bien corporal es un objeto, puede fabricarse o transformarse. La madera puede convertirse en una silla. El acero puede formar parte de un automóvil. En este caso, el bien inicialmente gravado no se enajena, pero a través del proceso de fabricación se convierte en otro objeto de mayor valor. Los bienes resultantes de tal transformación suelen denominarse “productos”.

205. En otras palabras, en la terminología del derecho de propiedad, estos distintos tipos nuevos de bienes muebles se denominan “frutos, ingresos, proliferación natural de animales, o productos”. Sin embargo, a los 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, ingresos y productos. 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 el objeto sujeto a arrendamiento, puede hacerse extensiva a cualquiera de los bienes “producidos” por ese bien original.

206. En algunos ordenamientos jurídicos, los frutos civiles o naturales se distinguen claramente del producto derivado de la enajenación de bienes 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 con la necesidad de proteger los derechos de los terceros sobre el producto. En otros ordenamientos no se hace ninguna distinción entre los frutos civiles o naturales y el producto de una enajenación, quedando todos sujetos a las mismas reglas. Entre las razones aducidas para justificar este enfoque cabe citar la dificultad para distinguir entre frutos civiles y naturales y producto, el hecho de que tanto los frutos civiles y naturales como el producto se derivan de los bienes gravados, ocupan su lugar o pueden afectar su valor. Además, las partes disponen normalmente en sus acuerdos de garantía que la garantía constituida sobre el bien inicial se hace extensiva a todos estos tipos de bienes. Por esta razón, algunos Estados consideran que todas estas transformaciones constituyen un “producto” del bien inicialmente gravado. Dado que esta es la práctica contractual normalmente seguida en los regímenes actuales de las operaciones garantizadas, en la presente Guía, todas las transformaciones

mencionadas se consideran “producto” derivado de los bienes inicialmente gravados (véase la definición del concepto de “producto” en el párrafo 19 *supra*).

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

207. Un ordenamiento jurídico que rija las garantías reales debe abordar dos cuestiones distintas con respecto al producto. La primera de ellas es la de si el acreedor garantizado retiene la garantía real cuando el otorgante transfiere el bien gravado a otra persona en la operación que genera el producto. Desde un punto de vista estricto, esta cuestión no se refiere al producto, sino más bien a si una garantía real comprende lo que cabría denominar un “derecho de seguimiento” (esta cuestión se analiza en A/CN.9/631, recomendación 85; y en el capítulo VII referente a la prelación de una garantía real frente a los derechos de reclamantes concurrentes; véase A/CN.9/631/Add.4, párrafo 57).

208. La segunda cuestión que debe abordar un régimen de las operaciones garantizadas es la de los derechos del acreedor garantizado con respecto al producto. La justificación de una garantía real sobre el producto radica en el hecho de que, si el acreedor garantizado no obtiene tal garantía, sus derechos sobre los bienes gravados pueden verse reducidos o eliminados mediante la enajenación de dichos bienes, con lo cual se frustrarían sus expectativas de obtener ingresos generados por los bienes. Si el ordenamiento jurídico no permitiera la constitución de una garantía real sobre el producto cuando se enajenaran bienes gravados, no protegería adecuadamente al acreedor garantizado frente a todo incumplimiento y disminuiría así el valor de los bienes gravados como fuente de crédito. Este resultado, que repercutiría negativamente en la oferta de crédito y en su costo, sería el mismo incluso en el caso de que la garantía real sobre los bienes inicialmente gravados sobreviviera a la enajenación de los bienes en beneficio de un tercero. Este resultado obedece a la posibilidad de que una transferencia de los bienes gravados podría dificultar más la localización de los bienes y la obtención de su posesión, además de incrementar los costos de ejecución y de hacer disminuir el valor de los bienes.

209. Normalmente, un derecho sobre el producto nace cuando se enajenan los bienes gravados, ya que el producto reemplaza los bienes inicialmente gravados como bienes del otorgante. En los ordenamientos que tratan los frutos civiles o naturales como producto, puede nacer un derecho sobre tal producto aun cuando no se realice ninguna operación con respecto a los bienes gravados (por ejemplo, los dividendos devengados por acciones), ya que ello se ajusta a las expectativas de las partes.

210. Si el derecho del acreedor garantizado sobre el producto es un derecho de propiedad, el acreedor garantizado no sufrirá ninguna pérdida por motivo de la operación o de otro hecho, 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 hubieran obtenido derechos reales sobre dicho producto como bienes inicialmente gravados. No obstante, en los ordenamientos jurídicos en que la constitución de una garantía se diferencia de su oponibilidad a terceros y de su grado de prelación, este resultado sólo se daría cuando el acreedor con un derecho de propiedad sobre el producto gozara de prelación sobre los acreedores que tuvieran un derecho sobre el producto como bien inicialmente gravado, y tal

prelación se determinara sobre la base del momento de la inscripción de un aviso de operación en un registro público. Así, en esos ordenamientos, 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 entre acreedores.

211. Se tienen en cuenta consideraciones ligeramente distintas cuando el producto de que se trata no sea producto de una enajenación sino que consista en frutos, ingresos, reproducción de animales o productos de fabricación. En el último caso, la expectativa normal de las partes sería que las materias primas fueran elaboradas. Por consiguiente, la cuestión normativa sería la de si un Estado debería adoptar una regla en virtud de la cual un acuerdo de garantía debiera disponer explícitamente que la garantía no se constituye únicamente sobre las materias primas sino también sobre todo producto que se elabore a partir de ellas, o si debería asumirse que los productos fabricados quedan automáticamente englobados por la garantía real y, de oponerse a ello las partes, debieran hacerlo constar en el acuerdo de garantía. La mayoría de los Estados no requieren a las partes que especifiquen que la garantía real pasa de la materia prima al bien elaborado, siempre que puede determinarse claramente que el producto proviene de dichas materias primas.

212. Se tienen en cuenta consideraciones similares a la hora de decidir si las partes deberían especificar que la garantía real se hace extensiva a las crías de los animales, o si éstas ya quedan automáticamente comprendidas en la garantía real. Dado que la expectativa normal de las partes es que la garantía abarcaría a las crías de los animales, la mayoría de los Estados disponen que una garantía real sobre un animal hembra cubre también automáticamente a sus crías. En cuanto a los frutos naturales (por ejemplo, la lana, la leche, los huevos no incubados, y la miel), los Estados adoptan posturas diferentes. Muchos de ellos requieren a las partes que especifiquen en el acuerdo de garantía si esos frutos naturales quedarán abarcados por el acuerdo. En cambio, otros Estados disponen que los frutos naturales quedarán automáticamente englobados, a menos 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 normal de las partes en un acuerdo de garantía, el enfoque adoptado es el de considerar que estos frutos naturales quedan automáticamente abarcados por el acuerdo de garantía sobre el animal que produce tales frutos.

213. Por último, en lo que se refiere a los frutos civiles o a los ingresos, por razones de eficiencia económica normalmente una garantía real sobre el pago de capital (por ejemplo, un título negociable o un crédito por cobrar) debería abarcar también un 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 e intereses. Sólo en el caso de que fuera fácil disociar el reembolso del capital de lo que fueran intereses, y cuando las partes convinieran que la garantía real sobre la cuantía del capital no se haría extensiva a los intereses generados por separado, la ley debería permitir que los intereses se disociaran de la obligación inicial.

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

214. Del análisis anterior se desprende que existen razones prácticas por las que muchos ordenamientos jurídicos deberían hacer extensivas las garantías reales sobre

bienes gravados a diversos tipos de producto (inclusive al producto del producto) mediante reglas supletorias 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 respecto del producto de una enajenación o en relación con una o más categorías de frutos, la reproducción de animales, los ingresos o los productos, normalmente se permite a las partes especificar que constituirán garantías reales sobre todos los tipos de bien como bienes inicialmente gravados. En tales ordenamientos, las partes pueden tener la libertad de disponer, por ejemplo, que una garantía se constituye sobre la práctica 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 inicialmente gravado y queda cubierto por la garantía real del acreedor aunque ninguna regla jurídica prevea automáticamente un derecho sobre el producto. En algunos de estos ordenamientos jurídicos, las partes pueden también, mediante acuerdo, hacer extensivas al producto ciertas garantías reales basadas en la titularidad (por ejemplo, la retención de la titularidad).

215. Independientemente de si un derecho sobre el producto se deriva automáticamente de un derecho sobre los bienes inicialmente gravados, o de si tal derecho debe mencionarse explícitamente en el acuerdo de garantía, no se imponen trámites suplementarios a las partes que tratan de reclamar un derecho sobre alguna de estas formas de producto. El único requisito, en el primer caso, consiste en que el acuerdo de garantía debería especificar un derecho sobre el producto, e indicar los tipos de productos que deben quedar incluidos en la misma garantía real, mientras que en el segundo caso, es suficiente identificar claramente los bienes que estén sujetos a la garantía real inicial. Conforme a su objetivo general de facilitar el crédito garantizado, la presente Guía recomienda métodos que reflejen las expectativas normales de los otorgantes y de los acreedores garantizados, a saber, que una garantía real sobre bienes gravados se hace automáticamente extensiva a su producto identificable sin necesidad de que las partes lo dispongan en sus acuerdos de garantía (véase A/CN.9/631, recomendación 18).

## **8. Productos mezclados**

216. Cuando los bienes que constituyan el producto de bienes gravados no se mantengan separados de otros bienes del otorgante, se plantea la cuestión de si se preserva 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 mantenga junto con otros bienes del otorgante puede identificarse como producto de cualquier manera que resulte suficiente para determinar que los elementos de los bienes corporales son producto. A este respecto, muchos Estados disponen que el mismo principio que rige la preservación del derecho del acreedor garantizado sobre los bienes inicialmente gravados que se hayan mezclado debería aplicarse también a los bienes corporales que constituyen un producto mezclado. Así, por ejemplo, si un otorgante recibe una determinada cantidad de gasolina a cambio de petróleo crudo que se haya vendido, y si la gasolina está mezclada en un depósito, la garantía real debería mantenerse en función de la proporción de gasolina en el depósito mientras el acreedor garantizado pueda demostrar que esa cantidad de gasolina fue recibida como producto, y no se

requieren medidas adicionales para constituir (o preservar) la garantía real sobre este producto corporal mezclado.

217. Si, en cambio, el bien que constituya 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 otros bienes de la misma índole del otorgante, ese bien inmaterial podrá identificarse como producto, siempre que pueda asociarse a los bienes inicialmente gravados. Por ejemplo, mientras el acreedor garantizado pueda demostrar que se ha depositado una determinada cantidad de dinero en efectivo como producto de la enajenación de bienes gravados, podría presentarse 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.

218. Muchos Estados disponen de reglas bastante complicadas que se han elaborado 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 asume que el primer bien que pasa a formar parte de una masa mezclada es el primer bien que se retira de dicha masa; b) “last-in, first-out” (“LIFO”) (“último en entrar, primero en salir”), que asume que el último bien que pasa a formar parte de una masa mezclada es el primer bien que se retira de dicha masa; y c) la “regla del saldo intermedio más bajo” (“LIBR”), que asume, 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. Cuando la cuantía total sea inferior al importe total del producto depositado en la cuenta, el producto identificable se determina 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, 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 A/CN.9/631, recomendaciones 19 y 20; sobre la prelación en el producto, véase el capítulo VII, A/CN.9/631/Add.4, párrafos 48 a 51).

## **9. Bienes corporales mezclados**

219. A lo largo de la historia, los regímenes de las operaciones garantizadas no afrontaron el problema del mantenimiento de la identificación de 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 Estados permiten a las partes constituir una garantía real sobre una categoría general de bienes (habitualmente fungibles). Por ejemplo, la garantía podría constituirse sobre bienes con la siguiente descripción: “todas mis existencias actuales de ordenadores personales”; conforme a otra posibilidad, un vendedor podría constituir una garantía sobre todos los ordenadores personales que vendiera a un 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 otros bienes de la misma índole que no estén sujetos a la garantía real.

220. Existen dos vías posibles. Algunos Estados disponen que, una vez que los bienes estén mezclados, ya no es posible identificarlos, por lo que el acreedor pierde su garantía real. Este enfoque impone al acreedor garantizado la carga de asegurar que el otorgante mantenga los bienes gravados separados de otros bienes de naturaleza similar, a fin de impedir que se mezclen. En cambio, otros Estados prevén que la garantía real sobrevive y que puede reclamarse de los bienes mezclados en la misma proporción que el bien gravado representaba de la cantidad total de los bienes mezclados. Según ese criterio, si una cantidad de petróleo con un valor de 100.000 dólares se mezcla en el mismo depósito con otra cantidad de petróleo cuyo valor es de 50.000 dólares, se considera que el acreedor garantizado dispone de una garantía sobre dos terceras partes del tipo de petróleo que quede en el depósito en el momento en que sea necesario ejecutar la garantía.

221. Dado que la presente Guía adopta el principio general de que deben protegerse las garantías reales en la medida de lo posible, recomienda que se adopte el segundo enfoque (es decir, la preservación de la garantía real sobre los bienes mezclados en la misma proporción de la masa que tenían 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 a quedar mezclado con bienes similares de la misma índole que no estuvieran sujetos a la garantía real (véase A/CN.9/631, recomendación 21).

#### **10. Bienes corporales mezclados en una masa o producto**

222. Cuando bienes corporales se encuentren mezclados con otros bienes corporales de tal modo que pierdan su respectiva identidad dentro del producto o la masa, es preciso determinar las condiciones en que puede reclamarse una garantía real sobre el bien original frente al producto resultante. Por ejemplo, podría darse el caso de que se constituyera una garantía real sobre harina destinada a la elaboración o producción de pan. En los diversos ordenamientos jurídicos se adoptan dos criterios básicos. En algunos Estados, una vez que la harina pierde su identidad como tal, la garantía real queda extinguida. Si las partes desean que la garantía real pase a gravar el pan, es necesario prever que la garantía original grave tanto la harina como cualquier producto en que pueda transformarse la harina o que pueda elaborarse con ella. En cambio, otros Estados adoptan la posición consistente en que la garantía real pasa automáticamente a gravar el producto fabricado, siempre que pueda determinarse que el producto se deriva de las materias primas sujetas a la garantía real. Dado que la expectativa normal de las partes es que las materias primas pasarán por un proceso de elaboración, la presente Guía adopta la postura de que no debería ser necesario disponer en el acuerdo de garantía que la garantía real pasará a gravar el producto elaborado. En cierto sentido, el producto resultante viene a sustituir la garantía real constituida sobre la materia prima que ya no existe (véase A/CN.9/631, recomendación 21).

#### **11. Constitución de una garantía real sobre un bien incorporado**

223. Los bienes muebles pueden incorporarse a bienes muebles o inmuebles sin que por ello pierdan su identidad, tras lo cual se convierten en bienes incorporados

(véanse las definiciones de “bien incorporado a un bien mueble” y “bien incorporado a un bien inmueble” en el párrafo 19 *supra*). En estos casos, se plantea la cuestión de si queda preservada una garantía real a la que el bien mueble original estaba sujeta antes de su incorporación al otro bien.

224. En algunos Estados no es posible constituir una garantía real sobre un bien incorporado cuando ya se haya adherido o incorporado a otro bien (ya sea mueble o inmueble). A fin de que la garantía real sea eficaz frente al bien incorporado, es preciso constituirla antes de la incorporación. No obstante, en esos Estados, una garantía real sobre un elemento de un bien mueble puede seguir teniendo eficacia si dicho elemento se incorpora a un bien mueble o inmueble, independientemente de lo que cueste o de la dificultad que entrañe separar el elemento del bien al cual estaba incorporado, y sin importar si el bien incorporado se ha convertido en parte integral del otro bien (véase A/CN.9/631, recomendación 22). En otros Estados, también es posible constituir una garantía real sobre un elemento de un bien mueble que ya esté incorporado, ya sea a un bien inmueble o a otro bien mueble. Para esos Estados, el costo o la dificultad de la separación del bien incorporado tampoco es pertinente para determinar si la garantía real puede constituirse. En algunos Estados, puede constituirse una garantía real sobre un elemento de un bien mueble que esté a su vez incorporado a un bien inmueble. En ambos casos, la cuestión de si el bien incorporado puede separarse fácilmente, y sin causar daños, del bien al que está incorporado es un factor pertinente para determinar el grado de prelación entre reclamantes concurrentes (véase A/CN.9/631, recomendaciones 93 a 95), pero no es determinante para la cuestión de si puede constituirse la garantía real.

225. La cuestión clave consiste en determinar si deben adoptarse medidas suplementarias para constituir una garantía real sobre un elemento de un bien que sea un bien incorporado, además de las que sean necesarias para constituir una garantía real ordinaria. Salvo en los Estados en que no se hace una distinción entre la constitución, la oponibilidad y la prelación, no se requieren medidas suplementarias, puesto que se trata de una cuestión de constitución, y no de prelación.

## **12. Constitución de una garantía real sobre una masa o producto**

226. Como se ha señalado, un elemento de un bien corporal puede mezclarse con uno o más elementos de bienes corporales de tal modo que todos ellos pierdan su identidad. En tal caso, se plantea la cuestión de si queda preservada una garantía real a la que el elemento original del bien corporal estuviera sujeta antes de la mezcla. La mayoría de los Estados consideran que la garantía real queda preservada después de la mezcla, asumiendo que la fuente de al menos algunos de los bienes mezclados puede identificarse como bien inicialmente gravado (véase A/CN.9/631, recomendación 23). La garantía real sobre el bien originalmente separado se convierte en una garantía real sobre el producto o la masa (sobre la cuestión de la prelación de las reclamaciones concurrentes sobre bienes mezclados, véase A/CN.9/631, recomendaciones 96 a 98).

227. 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 Estados no pueden constituirse garantías reales sobre elementos de bienes corporales después de que hayan sido mezclados. Esto significa que aunque siempre pueda considerarse que un bien incorporado tiene al menos en teoría una identidad

separada, cuando el petróleo se mezcla en un depósito, o cuando con la harina se elabora pan, la identidad separada del bien inicialmente gravado desaparece. Por esta razón, no es posible en general constituir una garantía real separada sobre elementos de bienes que ya hayan sido mezclados. Este es el enfoque adoptado en la presente Guía (véase A/CN.9/631, recomendación 23).

## **B. Recomendaciones específicamente relacionadas con los bienes**

### **1. Eficacia de una cesión global de créditos por cobrar y de una cesión de derecho futuros y partes de derechos y derechos indivisos sobre créditos por cobrar**

228. Con respecto a la cesión de créditos, que se utiliza ampliamente en importantes operaciones de financiación, ha surgido la tendencia de hacer la cesión objeto de las mismas disposiciones, tanto si se trata de una transferencia pura y simple como de una transferencia pura y simple con fines de garantía o de una transferencia con fines de garantía. Esta tendencia se justifica principalmente por el hecho de que sería muy difícil para los terceros determinar la naturaleza de una cesión y por la necesidad de que todos los tipos de cesión se rijan por las mismas reglas de prelación. Esta tendencia se ha plasmado en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos (véase el artículo 2). No obstante, los requisitos que prevén los distintos ordenamientos jurídicos para que una cesión sea eficaz difieren. Algunos ordenamientos exigen un escrito o una notificación del deudor del crédito por cobrar. En otros ordenamientos se requiere un escrito, para que la cesión sea eficaz entre el cedente y el cesionario, y la inscripción registral para que también sea oponible a terceros. Los ordenamientos jurídicos difieren asimismo en lo que respecta a la eficacia de las cesiones de créditos por cobrar futuros y de los créditos no identificados específicamente, y también en lo relativo a la eficacia de las cesiones efectuadas a pesar de la existencia de cláusulas de intransferibilidad en los contratos de los que nazcan los créditos por cobrar cedidos. La Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos valida todas estas cesiones (véase el artículo 8 de la Convención, reflejado en la recomendación 24 del documento A/CN.9/631).

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

229. En algunos Estados se da efecto a restricciones contractuales sobre las enajenaciones a fin de proteger el interés de la parte en cuyo favor se haya convenido la restricción (por ejemplo, el cedente o el deudor del crédito por cobrar). En otros Estados se da un efecto limitado o nulo a las restricciones contractuales impuestas a las enajenaciones, a fin de preservar la libertad del otorgante para enajenar bienes, en particular si la persona que adquiera un derecho sobre un bien no tiene constancia de la restricción contractual.

230. La Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos adopta un enfoque similar al apoyar la transferibilidad de los créditos por cobrar, la cual redundará en beneficio de toda la economía. Si el cedente puede obtener crédito financiero sobre la base de sus créditos por cobrar, es probable que otorgue crédito al deudor del crédito por cobrar; la eficacia de la cesión redundará también en beneficio de un cesionario que otorgue crédito financiero al cedente. Los deudores

que requieran protección, como los consumidores o un Estado, pueden salvaguardar sus intereses mediante prohibiciones legales.

231. 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, sólo se aplica a los créditos comerciales definidos de forma amplia (véase el párrafo 3 del artículo 9 de la Convención); y en segundo lugar, si dicha restricción contractual es válida con arreglo al derecho por lo demás aplicable al margen del régimen de la Convención, el artículo 9 no la invalida entre el cedente y el deudor del crédito por cobrar (véase el párrafo 2 del artículo 9). 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 originario del crédito cedido (véase el párrafo 2 del artículo 9).

232. Este criterio promueve las operaciones de financiación mediante 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 transferencia de éstos estaba prohibida o condicionada. De no ser así, los prestamistas deberían examinar probablemente un gran número de contratos, lo cual resultaría muy costoso o incluso imposible (por ejemplo, en el caso de los créditos futuros por cobrar, véase A/CN.9/631, recomendación 25).

### **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**

233. 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 de una hipoteca sobre un bien inmueble) que respalden el pago del crédito por cobrar, del título negociable o de la otra reclamación de pago.

234. Cabría defender con vehemencia la postura de que la constitución de la garantía real sobre el crédito por cobrar, el título negociable u otro bien inmaterial debería dar también automáticamente al acreedor garantizado el pleno beneficio de todo el conjunto de derechos que tuviera 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 debería también beneficiarse de los derechos del otorgante con respecto a la garantía real constituida sobre el bien del deudor (véase A/CN.9/631, recomendación 26, apartado a)).

235. La recomendación descrita en el párrafo anterior debería aplicarse independientemente de si el otorgante estuviera limitado en virtud de algún acuerdo con el deudor del crédito por cobrar o con el deudor del título negociable o de otro bien inmaterial, que le impidiera constituir una garantía real sobre: a) el crédito por cobrar, el título negociable u otro bien inmaterial; o b) el derecho personal o real que garantice el pago o cumplimiento, según sea el caso, del crédito por cobrar, del título negociable o de otro bien inmaterial (véase A/CN.9/631, recomendación 26, apartado d)). Sin embargo, nada de lo establecido en esa recomendación debería afectar a la responsabilidad del otorgante por incumplimiento de ese acuerdo, salvo que la otra parte en el acuerdo no pudiera dar por nulo el acuerdo por el que naciera el crédito por cobrar, el título negociable u otro bien inmaterial, ni el derecho de propiedad que los respaldara, únicamente por razón de dicho incumplimiento (véase A/CN.9/631, recomendación 26, apartado e)).

236. 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.

237. 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 a cobrar en virtud de la promesa independiente, sino que, en una promesa independiente, se aplica únicamente al producto (véase A/CN.9/631, recomendación 26, apartado b)). Ello está en consonancia con el tema 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.

238. Existen varias razones de orden práctico que respaldan la recomendación en virtud de la cual el acreedor garantizado debería tener una garantía real sobre el producto de una promesa independiente. En primer lugar, ello hace meramente innecesario que el acreedor garantizado adopte determinadas medidas suplementarias al documentar su préstamo con el otorgante. Ello se debe a que, aun cuando en la Guía se hiciera la distinción entre un derecho accesorio y un derecho independiente, dado que se hace también en la legislación de varios Estados, tal distinción no impediría al acreedor garantizado obtener una garantía real sobre el producto de una promesa independiente. El acreedor garantizado tan sólo tendría que adoptar medidas formales consistentes en incorporar a su acuerdo de garantía con el otorgante la constitución expresa de una garantía real sobre el producto de una promesa independiente. Con la eliminación de la necesidad de tal formalismo se promueve el objetivo de la Guía de reducir los costos del crédito financiero y de incrementar la oferta de crédito reduciendo el costo de las operaciones.

239. En segundo lugar, la regla de la constitución automática de una garantía real sobre 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 considerara bienes gravados los créditos por cobrar del otorgante esperaría normalmente que, independientemente del modo en que se pagaran los créditos adeudados (por ejemplo, ya sea pagando directamente los deudores los créditos por cobrar, o mediante el cobro en virtud de una promesa independiente que garantice uno o más de los créditos por cobrar), el acreedor garantizado dispondría de una garantía real sobre el pago como producto de los créditos por cobrar. De

hecho, en algunos casos, un acreedor garantizado puede estar dispuesto a otorgar crédito financiero a un determinado prestatario a un tipo de interés inferior si el acreedor garantizado tiene constancia de que su garantía real sobre los créditos por cobrar adeudados a su prestatario incluye una garantía real sobre el derecho al producto de una promesa independiente en la medida en que esos créditos por cobrar estén garantizados por la promesa independiente. Con una regla que se ajuste a las expectativas normales de las partes se evitarán sorpresas injustas y se dará una mayor certeza y seguridad a los Estados que promulguen las recomendaciones de la Guía. El mayor grado de certeza hará que los proveedores de créditos tengan más confianza a la hora de otorgar crédito financiero y, en consecuencia, se fomentará el objetivo de la Guía de incrementar la oferta de crédito garantizado.

240. En tercer lugar, la recomendación no afecta en modo alguno a los derechos del garante/emisor, del confirmante ni de otra persona designada conforme a la promesa independiente. Ni el garante/emisor ni cualquier confirmante ni cualquier persona designada están obligados a aceptar una solicitud de cobro de una persona que no sea el beneficiario de la promesa independiente o a efectuar el pago a persona alguna que no sea el beneficiario, salvo que el garante/emisor, el confirmante o la persona designada hayan dado su consentimiento.

241. La Guía matiza la anterior recomendación en varios aspectos importantes. En primer lugar, no afecta a un derecho sobre un bien inmueble que, conforme a legislación distinta del régimen de las operaciones garantizadas, sea transferible independientemente del crédito por cobrar, del título negociable o de otro bien inmaterial que garantice. Esta recomendación aborda el mecanismo que puede existir en algunos Estados, el cual permite a un propietario de bienes inmuebles constituir una garantía (hipoteca) sobre los bienes inmuebles, 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.

242. 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 A/CN.9/631, recomendación 26, apartado f)), como los “créditos comerciales por cobrar” (por ejemplo, los créditos por cobrar que evidencien la venta de bienes y servicios).

243. 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 en relación con un título negociable u otro bien inmaterial (véase A/CN.9/631, recomendación 26, apartado g)).

244. Por último, la recomendación no afectaría a ningún requisito enunciado en legislación que no fuera el régimen de las operaciones garantizadas en cuanto 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 A/CN.9/631, recomendación 26, apartado h)).

**4. Constitución de una garantía real sobre el producto de una promesa independiente**

245. En la legislación y en la práctica que rigen las promesas independientes en muchos Estados está bien arraigado el hecho de que el derecho a cobrar en virtud de una promesa independiente no puede transferirse sin el consentimiento del garante/emisor, del confirmante o de la persona designada en la promesa independiente. La Guía reconoce y respeta este principio.

246. 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 en virtud de una promesa independiente. Además, en la Guía se adopta el criterio de que nada de lo que disponga la legislación o de lo que constituya la práctica que rige las promesas independientes impide al beneficiario de una promesa independiente constituir una garantía real sobre el producto de la promesa (por ejemplo, el derecho a percibir el producto una vez efectuado el pago), aun cuando el derecho a cobrar en virtud de la promesa no sea en sí transferible en virtud de la legislación aplicable y de la práctica seguida (véase A/CN.9/631, recomendación 28).

**5. Constitución de una garantía real sobre un documento negociable o sobre bienes que sean objeto de un documento negociable**

247. Cuando se haya emitido un documento negociable con respecto a bienes y esté pendiente, el documento incluye la titularidad sobre los bienes. Por consiguiente, es apropiado que la constitución de una garantía real sobre el documento negociable funcione también como constitución de una garantía real sobre los bienes propiamente dichos, siempre y cuando la garantía real sobre el documento se constituya mientras el emisor esté en posesión de los bienes (véase A/CN.9/631, recomendación 29). A tal efecto, la posesión puede ser directa (por ejemplo, la posesión por el emisor del documento) o indirecta (por ejemplo, la posesión por un agente en representación del emisor del documento; véase la definición de “posesión” en el párrafo 19 *supra*).

**C. Recomendaciones**

*[Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee tomar nota de que, dado que el documento A/CN.9/631 incluye un texto refundido de las recomendaciones del proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas, las recomendaciones no se reproducen aquí. Una vez ultimadas las recomendaciones, se insertarán al final de los capítulos a los que correspondan.]*