Naciones Unidas A/CN.9/631/Add.5

Asamblea General

Distr. general
2 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*

Adición

Índice

	Párrafos	Página
VIII. Derechos y obligaciones de las partes		3
A. Observaciones generales	1-58	3
1. Introducción	1-6	3
2. Autonomía contractual de las partes	7-12	4
3. Reglas imperativas aplicables antes del incumplimiento	13-32	6
a) Generalidades	13-20	6
b) Deber de conservar los bienes gravados	21-27	8
c) Deber de devolver el bien gravado y de cancelar la notificación	28-32	9
4. Reglas no imperativas aplicables antes del incumplimiento	33-39	11

* Esta nota se presenta tres semanas después de vencer el plazo prescrito de diez semanas antes del inicio del período de sesiones debido a la necesidad de concluir las consultas y finalizar las consiguientes enmiendas.

V.07-83045 (S) 070607 080607

5. Reglas no imperativas típicas aplicables antes del incumplimiento 40-58 13

a) Generalidades 40-42 13

b) Garantías reales cuando el acreedor está en posesión 43-51 13

c) Garantías reales cuando el otorgante está en posesión 52-56 15

d) Garantías reales con y sin desplazamiento de la posesión 57-58 17

B. Observaciones específicamente relacionadas con los bienes. 59-69 18

C. Recomendaciones 21

VIII. Derechos y obligaciones de las partes

A. Observaciones generales

1. Introducción

1. Un acuerdo de garantía es la expresión del pacto concertado entre el otorgante y el acreedor garantizado. Su contenido sustantivo variará según las necesidades y deseos de las partes. Por lo general, las cláusulas de los acuerdos de garantía contemplan tres temas principales. En primer lugar, hay algunas disposiciones que se insertan porque forman parte de los requisitos imperativos para constituir una garantía real. Son de este tipo las reglas relativas a la identificación del bien gravado y la obligación garantizada (véase la definición de "bien gravado" y "obligación garantizada" en A/CN.9/631/Add.1, Introducción, secc. B, Terminología y reglas de interpretación). En el Capítulo IV (Constitución de una garantía real (eficacia entre las partes)) de la presente Guía, se recomienda que sean mínimos y fáciles de satisfacer los requisitos formales necesarios para concertar un acuerdo de garantía que tenga efectividad entre las partes (véase A/CN.9/631, recomendaciones 12 a 14).

2. Un acuerdo de garantía típico contendrá también varias estipulaciones que especifiquen los derechos y obligaciones de las partes una vez que el acuerdo haya cobrado efectividad entre ellas. Muchas de esas estipulaciones tratan de las consecuencias de un incumplimiento por parte del otorgante o del quebrantamiento de una obligación por parte del acreedor garantizado. Se suelen enumerar con detalle los supuestos que constituyen un incumplimiento por parte del otorgante y los recursos de que dispone el acreedor garantizado para imponer la ejecución de lo estipulado en el acuerdo de garantía. Las considerables repercusiones que la ejecución puede tener en los derechos de terceros han inducido por lo general a los Estados a especificar con cierto detalle una serie de reglas imperativas que rigen el cumplimiento y la vía ejecutoria (véase el capitulo X, Derechos ejercitables a raíz del incumplimiento). No obstante, a menos que las estipulaciones del acuerdo de garantía relativas a los derechos y recursos contractuales del acreedor estén en conflicto con las reglas imperativas o que el otorgante renuncie a ellas tras el incumplimiento (véase A/CN.9/631, recomendación 130) o que el acreedor garantizado renuncie a ellas en cualquier momento (véase A/CN.9/631, recomendación 131), tales estipulaciones regirán la relación entre las partes una vez que se produzca el incumplimiento.

3. Además, los acuerdos de garantía contienen normalmente una serie distinta de disposiciones cuyo fin es regular la relación existente entre las partes tras la constitución de la garantía pero antes del incumplimiento. Es decir, la eficacia y la previsibilidad en materia de operaciones garantizadas exigen a menudo cláusulas suplementarias detalladas con el fin especificar ciertos aspectos de la operación en curso. Muchos Estados estimulan de manera activa a las partes para que ellas mismas adapten las estipulaciones del acuerdo de garantía a sus propias necesidades. Sin embargo, esos mismos Estados también tienen buen cuidado de formular ciertas reglas imperativas que rigen los derechos y obligaciones antes del incumplimiento (sobre todo cuando pueden entrar en juego derechos de terceros). De todas formas, con el fin de aumentar la flexibilidad ofrecida a los otorgantes y acreedores garantizados para concertar un acuerdo a la medida de sus necesidades,

los Estados suelen reducir al mínimo esas reglas imperativas aplicables antes del incumplimiento.

4. Los Estados se muestran por lo general reacios a especificar un catálogo completo de reglas imperativas aplicables a la relación entre las partes antes del incumplimiento, pero ello no significa que no tengan interés en ofrecer orientación a los otorgantes y los acreedores garantizados. En efecto, muchos Estados establecen una serie mayor o menor de reglas distintas, no imperativas (o supletorias) que detallan los derechos y obligaciones de las partes antes del incumplimiento, en el caso en que éstas no especifiquen tales puntos en el acuerdo de garantía. En este capítulo no se consideran todas las situaciones en que los Estados pueden considerar oportuno establecer reglas no imperativas. Se ofrece solamente una lista indicativa y no exhaustiva de las reglas no imperativas sobre los derechos y las obligaciones anteriores al incumplimiento que figuran corrientemente en las legislaciones nacionales contemporáneas.

5. La exposición que sigue se centra en tres cuestiones de estrategia. La primera, examinada en la sección A.2, se refiere al principio de la autonomía contractual de las partes y a la medida en que éstas deben tener libertad para formular las estipulaciones de su acuerdo de garantía a la medida de sus necesidades (suponiendo que el acuerdo satisfaga los requisitos sustantivos y formales prescritos para la constitución de una garantía real). La segunda, considerada en la sección A.3, se refiere a las reglas imperativas que deben regir los derechos y obligaciones de los otorgantes y los acreedores garantizados antes del incumplimiento. La tercera, que es tema de las secciones A.4 y A.5, se refiere al tipo y número de reglas no imperativas que podría incorporar una legislación moderna sobre las operaciones garantizadas, para abarcar las formas nuevas y en evolución de tales operaciones.

6. La sección B de este capítulo trata de las diversas reglas imperativas y no imperativas que cabría considerar para abordar los derechos y obligaciones anteriores al incumplimiento en relación con determinados tipos de bienes y operaciones. El capítulo concluye con una serie de recomendaciones, en la sección C.

2. Autonomía contractual de las partes

7. En el capítulo II (Ámbito de aplicación y otras reglas generales) de la presente Guía se enuncia el principio de la autonomía contractual de las partes como uno de los fundamentos del enfoque básico adoptado (véase A/CN.9/631, recomendación 8). La idea central es que, salvo si el Estado dispone otra cosa, el acreedor garantizado y el otorgante deben tener libertad para elaborar su acuerdo de garantía como estimen oportuno. Aunque la autonomía contractual de las partes da a los que conceden crédito un poder considerable a la hora de determinar el contenido del acuerdo de garantía, es de suponer que, dando al acreedor garantizado y al otorgante la posibilidad de estructurar su operación y distribuir los derechos y obligaciones anteriores al incumplimiento como mejor convenga a sus objetivos, se permitirá normalmente a los otorgantes conseguir más amplio acceso al crédito garantizado.

8. El principio de la autonomía contractual de las partes presenta dos dimensiones distintas cuando se aplica a los derechos y obligaciones anteriores al incumplimiento. La primera se orienta a los Estados. Los Estados deben tener libertad para establecer reglas imperativas que rijan la relación en curso entre las

partes, pero conviene que el número de reglas sea limitado y que se indique claramente su campo de aplicación. La segunda se orienta al otorgante y al acreedor garantizado. Todo acuerdo que se aparte de las reglas no imperativas o las modifique es vinculante sólo para las partes en el acuerdo y no afecta a los derechos de terceros.

9. Las limitaciones de tipo legislativo a la autonomía contractual de las partes en forma de reglas imperativas se dan tanto en el régimen jurídico de las operaciones garantizadas como en otros regímenes. Así, por ejemplo, muchos Estados regulan ampliamente las operaciones realizadas con consumidores, limitando a menudo estrictamente la capacidad de los acreedores garantizados y los otorgantes para configurar su propio régimen de derechos y obligaciones anteriores al incumplimiento. Un ejemplo sería una regla que prohibiese a los acreedores garantizados limitar el derecho de los consumidores otorgantes a vender o enajenar los bienes gravados. Análogamente, muchos Estados imponen limitaciones cuando entran en juego bienes denominados "bienes de familia" o "bienes comunitarios". Un ejemplo sería una regla que impidiese a los acreedores garantizados limitar el uso que los otorgantes puedan hacer de tales "bienes de familia".

10. Además de esas reglas imperativas aplicables a los particulares otorgantes y la propiedad particular, es corriente que los Estados impongan reglas imperativas diversas de carácter más general. Éstas figuran por lo común en la legislación que establece el régimen de las operaciones garantizadas y, como se ha señalado, lo más corriente es que se refieran a cuestiones de incumplimiento y ejecución. Pero algunas tratan también de los derechos y obligaciones anteriores al incumplimiento. Este último tipo de reglas imperativas se considera en la siguiente sección de este capítulo.

11. Dado que la autonomía contractual de las partes es el principio básico, el acreedor garantizado y el otorgante especificarán por lo general con detalle una serie de elementos estructurales de su acuerdo. En general, las dimensiones del acuerdo aplicables con anterioridad al incumplimiento que especifican el otorgante y el acreedor garantizado son al menos seis:

a) Suelen acordar los bienes que han de ser gravados y las condiciones en que bienes no gravados inicialmente puedan serlo más adelante;

b) Suelen definir la obligación que se ha de garantizar y disponer lo relativo a toda obligación futura que pueda garantizarse con arreglo al acuerdo;

c) Tratan de especificar lo que el otorgante puede y no puede hacer con los bienes gravados (en particular el derecho de utilizar, transformar, percibir los frutos dados por el bien o enajenarlo);

d) Suelen especificar si el acreedor puede entrar, antes del incumplimiento, en posesión de los bienes gravados y cuándo y cómo puede hacerlo, así como los derechos del acreedor respecto de esos bienes gravados en su posesión;

e) Suelen especificar una serie de declaraciones, seguridades y obligaciones de las que se responsabiliza el otorgante; y

f) Suelen definir los hechos determinantes del incumplimiento (principalmente por parte del otorgante, pero también del acreedor garantizado) con arreglo al acuerdo.

12. La lectura de las diferentes reglas imperativas y no imperativas debe efectuarse sobre este telón de fondo de la autonomía contractual de las partes y de su alcance habitual manifestado en el acuerdo de garantía.

3. Reglas imperativas aplicables antes del incumplimiento

a) Generalidades

13. Existen reglas imperativas sobre los derechos y obligaciones de las partes anteriores al incumplimiento en el régimen de las operaciones garantizadas y en otros regímenes jurídicos. Por lo general, estas reglas pertenecen a tres grandes grupos. Algunas de ellas, que los Estados suelen establecer en la legislación sobre protección de los consumidores o sobre bienes de familia, son de alcance y aplicación muy particular. En esta Guía se reconoce la importancia que los Estados pueden dar a esos asuntos (véase el capítulo II, Ámbito de aplicación y otras reglas generales). No obstante, a fin de sacar el mayor provecho económico del régimen de las operaciones garantizadas, los Estados deben especificar claramente el alcance de esas limitaciones sobre la libertad de las partes para adaptar a la medida de sus necesidades y deseos los derechos y obligaciones aplicables con anterioridad al incumplimiento.

14. Otras reglas imperativas aplicables antes del incumplimiento se centran en el contenido sustantivo que las partes pueden estipular en su acuerdo. Por lo común estas reglas se conciben como limitaciones generales de los derechos de los acreedores garantizados. Pueden variar ampliamente de un Estado a otro. Por ejemplo, algunos Estados procuran impedir extralimitaciones y excesos por parte del acreedor en el gravamen de bienes como garantía estableciendo reglas que obligan a los acreedores a acceder a la liberación de los bienes que ya no sean necesarios para asegurar el saldo pendiente de la obligación exigible. De igual modo, algunos Estados no permiten que los acreedores restrinjan el derecho del otorgante a usar o transformar los bienes gravados siempre que este uso o transformación sea compatible con la índole y la función de los bienes.

15. Dada la importancia que en la presente Guía se atribuye al principio de la autonomía contractual de las partes, se adopta la posición de que, en general, los Estados no debieran establecer reglas imperativas aplicables antes del incumplimiento que restrinjan el número o la índole de las obligaciones que los acreedores garantizados y los otorgantes pueden exigirse recíprocamente. Con todo, las inquietudes antes señaladas suelen ser reales y, según el carácter particular de su economía nacional, los Estados pueden sentir la necesidad de regular más estrictamente ciertos aspectos de la relación entre las partes garantizadas y los otorgantes con anterioridad al incumplimiento. Ahora bien, en caso de hacerlo, es corolario del principio de la autonomía contractual de las partes que esas reglas imperativas deben a) formularse en términos claros y concisos; y b) al igual que las reglas análogas aplicables a raíz del incumplimiento, fundarse en razones respetables de orden público (*ordre public*) como una actuación de buena fe, equitativa y razonable desde el punto de vista mercantil (véase A/CN.9/631, recomendaciones 128 y 129).

16. Un tercer grupo de reglas imperativas lo forman las destinadas a asegurar que no se distorsionen los fines fundamentales del régimen de las operaciones garantizadas. Por lo general, los Estados establecen reglas de este tipo para imponer

el mínimo de deberes a la parte en cuya posesión o control están los bienes gravados. Así, por ejemplo, como el objeto de la garantía real es dar al acreedor un derecho de prelación a reclamar, en caso de incumplimiento, el pago con cargo al valor del bien gravado, estaría en consonancia con la lógica de la institución que los otorgantes asumieran la obligación de no desperdiciar ni dejar de otro modo que los bienes gravados se deterioren en medida mayor de lo que cabe esperar de un uso normal.

17. Las reglas que obligan al otorgante y, cuando ostenta la posesión el acreedor garantizado, a este último a cuidar razonablemente los bienes gravados, y más en general las reglas destinadas a preservar el valor de dichos bienes, persiguen el fin de estimular el comportamiento responsable de las partes en un acuerdo de garantía. No obstante, las reglas imperativas de este tipo no tienen un impacto idéntico al de las reglas de protección del consumidor ni al de las reglas imperativas que estipulan el contenido sustantivo de un acuerdo de garantía. Las reglas imperativas de esta última clase son elementos constitutivos de la garantía real misma y no puede prescindirse de ellas en el momento de negociar el acuerdo ni después.

18. El acuerdo de garantía no puede desviarse de las reglas imperativas que establecen los derechos y obligaciones aplicables antes del incumplimiento (ni de ninguna otra regla imperativa) por ejemplo, las partes no pueden hacer excepciones en el contrato a su deber de cuidarse razonablemente de los bienes gravados. Sin embargo, esto no priva siempre a las partes de la posibilidad de condonar una vulneración del deber a posteriori. Muchos Estados disponen que el acreedor garantizado puede liberar más tarde al otorgante de sus obligaciones anteriores al incumplimiento o puede condonar cualquier vulneración cometida por el otorgante (incluso de obligaciones impuestas por reglas imperativas). En cambio, dada la dinámica habitual existente entre el acreedor garantizado y el otorgante, muchos de esos mismos Estados disponen también que este último no puede liberar al acreedor garantizado de ningún deber impuesto por reglas imperativas.

19. Las reglas imperativas aplicables antes del incumplimiento que se recomiendan en esta Guía obedecen a objetivos de estrategia concordantes con lo que se ha definido como principios básicos de un régimen eficaz y eficiente de las operaciones garantizadas. Dichas reglas establecen derechos y obligaciones aplicables antes del incumplimiento que: a) estimulan a las partes que estén en posesión de los bienes gravados a preservar el valor de los mismos anterior al incumplimiento; y b) dan seguridades de que, una vez satisfecha la obligación de pagar, el otorgante recupera el pleno uso y disfrute de los bienes antes gravados.

20. En el capítulo XII (Derechos reales en garantía de la financiación de adquisiciones) de esta Guía se prevé que algunos Estados tal vez opten por mantener las operaciones de retención de la titularidad y arrendamiento financiero como formas independientes de los mencionados derechos reales. En tales situaciones, el derecho del vendedor no es una garantía real sino que consiste en la propiedad del bien vendido hasta el pago íntegro del precio de compra (véanse las definiciones de los términos “garantía real”, “derechos reales en garantía de la financiación de adquisiciones”, “retención de la titularidad” y “arrendamiento financiero” en A/CN.9/631/Add.1, Introducción, secc. B, Terminología y reglas de interpretación). Por esta razón, aunque los objetivos económicos fundamentales de la operación sean idénticos a los de una garantía real corriente, las reglas imperativas referentes a los derechos y obligaciones de las partes vigentes antes del incumplimiento

(el vendedor que retiene la propiedad y el comprador que goza de la posesión pero sólo con una expectativa de propiedad) tendrán que redactarse en términos ligeramente diferentes. Estas adaptaciones necesarias se examinan en el capítulo XII de la sección A.8.

b) Deber de conservar los bienes gravados

21. El bien gravado es una de las principales seguridades que tiene el acreedor del reembolso del valor de la obligación garantizada. Asimismo, es un bien que el otorgante normalmente espera y da por descontado conseguir utilizando libremente una vez que el préstamo o crédito sea restituido. Por estas razones, tanto los acreedores garantizados como lo otorgantes tienen interés en preservar el valor del bien gravado.

22. En la gran mayoría de los casos, la persona que está en posesión de un bien gravado será la mejor situada para asegurar su conservación. Ello explica por qué los Estados imponen normalmente a esa parte el deber de cuidar razonablemente el bien gravado. La posibilidad de que una persona que no tenga la posesión convencional esté en situación óptima para cuidar del bien gravado se dará sólo excepcionalmente y casi siempre en relación con un bien inmaterial. Puesto que el objetivo es velar por una atribución equitativa de la responsabilidad de cuidar los bienes gravados y estimular a las partes para que preserven su valor, importa poco que sea el otorgante o el acreedor garantizado el que goce de la posesión. Los deberes imperativos impuestos a la persona que esté en posesión deben ser idénticos en los dos casos.

23. El contenido específico de ese deber puede variar considerablemente según la naturaleza del bien gravado. En el caso de un bien corporal, el deber se orienta en primer lugar a la conservación física del bien (véanse las definiciones de “bien corporal” y “bien inmaterial” en A/CN.9/631,Add.1, Introducción, secc. B, Terminología y reglas de interpretación). Cuando se trate de un bien corporal inanimado ello supondrá normalmente conservarlo en buen estado de mantenimiento y no usarlo con un fin distinto del normal en las circunstancias del caso. Por ejemplo, si se trata de un componente de maquinaria, no hay que dejarlo expuesto a la lluvia, y la parte que lo tenga en su posesión y lo utilice ha de ocuparse de su mantenimiento habitual. Si la garantía se constituye sobre un vehículo automóvil de pasajeros, la persona que goce de la posesión no puede utilizarlo como camión ligero con fines comerciales.

24. En el caso de los bienes corporales vivos como los animales, el deber ha de ser análogo. No basta con mantener simplemente vivo al animal. La persona que lo tenga en su posesión ha de cuidar de que esté adecuadamente alimentado y se mantenga en buen estado de salud (por ejemplo, reciba atención veterinaria adecuada). Cuando el animal requiera servicios especiales para conservar su valor (por ejemplo, entrenamiento apropiado si es un caballo de carreras, u ordeño con regularidad si se trata de una vaca), el deber de cuido comprende la prestación de estos servicios. Finalmente, lo mismo que en el caso del equipo, el deber significa también que el animal no puede ser utilizado con fines anormales. Así, un toro premiado cuyo valor estribe en el pago de sus servicios de semental no puede ser utilizado como bestia de carga.

25. Si el bien gravado consiste en un bien corporal como un derecho al pago de efectivo inscrito en un título negociable, el deber incluirá sin duda la conservación física del documento. Ahora bien, en tal caso, el deber de cuido comprenderá la adopción de las medidas necesarias para mantener o preservar los derechos del otorgante frente a las partes precedentes obligadas a tenor del título negociable (por ejemplo, la presentación del título, el protesto si lo prescribe la ley, así como notificar la no aceptación). También puede incumbir a la persona que esté en posesión de un título negociable preservar su valor tomando medidas contra las personas obligadas subsidiariamente por el título (por ejemplo los garantes). Cuando el bien corporal es un documento negociable, la persona que esté en su posesión también ha de conservarlo físicamente. Además, si es un documento con plazo de validez, la persona que lo tenga en su posesión ha de presentarlo antes de que expire el plazo para reivindicar la posesión física del bien al que se refiere el documento.

26. Si el bien gravado consiste en un bien inmaterial, es más difícil concretar el deber de ejercer un cuidado razonable por referencia a la persona que goza de la posesión. A menudo el bien inmaterial es simplemente un derecho contractual a recibir un pago. El carácter del deber de conservación en tales casos se examina en la sección B *infra*. Cuando el bien gravado es un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria, un derecho de propiedad intelectual o un derecho al producto de una promesa independiente, lo habitual es que los Estados estipulen los derechos y obligaciones respectivos de las partes en la operación en las leyes especiales que regulan esa forma particular de bien.

27. En congruencia con las anteriores consideraciones, en la presente Guía se recomienda que los Estados establezcan una regla imperativa general, aplicable antes del incumplimiento, destinada a asegurar una atribución equitativa de la responsabilidad de cuido de los bienes gravados y estimular a las partes que estén en su posesión para que preserven el valor de los mismos anterior al incumplimiento (véase A/CN.9/631, apartado a) de la recomendación 109).

c) Deber de devolver el bien gravado y de cancelar la notificación

28. La finalidad principal de una garantía real es aumentar la probabilidad de que el deudor reembolse por toda obligación debida al acreedor garantizado. Una garantía real no es un medio de expropiar plusvalías al deudor o una cesión disfrazada de ese bien al acreedor. Por esta razón la mayoría de los Estados establecen reglas imperativas que regulan los deberes del acreedor garantizado una vez que se ha reembolsado totalmente el valor de la obligación garantizada y se han clausurado todos los compromisos de crédito. Estos deberes son de dos tipos. Algunos se refieren a la devolución de los bienes gravados al otorgante, si el acreedor garantizado está en posesión de ellos mientras dura el acuerdo; otros deberes son los relativos a velar por que los derechos del otorgante a los bienes gravados queden libres de todo gravamen residual.

29. En esta Guía se prevé que los acreedores garantizados pueden hacer sus derechos oponibles a terceros tomando posesión del bien garantizado (véase A/CN.9/631, recomendación 35). Además, incluso cuando el acreedor no tome posesión para lograr la oponibilidad a terceros, dado el principio de autonomía contractual de las partes, se admite la posibilidad de que los otorgantes permitan a los acreedores garantizados tomar posesión de sus bienes en el momento de constituir la garantía real o en cierto momento posterior, aunque no hayan caído en incumplimiento. No obstante, en cualquier caso,

la posesión del acreedor garantizado se funda en el acuerdo entre las partes y se relaciona con los objetivos concretos de ese acuerdo. Por esta razón, la mayoría de los Estados establecen reglas imperativas aplicables a los deberes del acreedor garantizado que ostenta la posesión o el control de los bienes gravados una vez que se ha reembolsado el valor de la obligación garantizada o que se ha clausurado todo compromiso de conceder nuevo crédito.

30. Puesto que la finalidad de una garantía real es asegurar el cumplimiento de una obligación, una vez que el cumplimiento se ha efectuado el otorgante debe tener la posibilidad de recuperar la posesión de los bienes gravados o de acceder a ellos sin trabas, o bien ambas cosas. Esto explica el deber formal que muchos Estados imponen a los acreedores garantizados de devolver los bienes gravados al otorgante una vez reembolsado totalmente el valor de la obligación garantizada (y clausurados todos los compromisos de crédito). Se impone al acreedor la carga de entregar los bienes gravados, y no al otorgante la de reclamarlos o llevárselos consigo. Análogamente, cuando el acreedor garantizado y la institución depositaria han concertado un acuerdo de control, muchos Estados estipulan que dicho acreedor debe informar específicamente a la institución depositaria de que el acuerdo de control no tiene ya vigencia. La finalidad de estos dos requisitos es asegurar que el otorgante adquiera automáticamente el libre uso de los bienes gravados una vez que la obligación de pagar garantizada se ha cumplido plenamente y se han clausurado todos los compromisos de crédito.

31. Algunos Estados estiman que el acreedor ha de actuar también positivamente para hacer que el otorgante vuelva a la misma situación que tenía antes de constituirse la garantía real. En el caso de un bien inmaterial, ello requerirá enviar una notificación a todo tercero deudor (por ejemplo, el deudor de un crédito por cobrar) indicando que la obligación garantizada de pago se ha cumplido plenamente y que el otorgante tiene de nuevo derecho a percibir el pago del crédito por cobrar (véanse las definiciones de “crédito por cobrar” y “deudor del crédito por cobrar” en A/CN.9/631/Add.1, Introducción, secc. B, Terminología y reglas de interpretación). Más en general, algunos Estados obligan a los acreedores garantizados a liberar de la garantía real los bienes gravados y cuidar de que se cancele la inscripción de esa garantía en el registro correspondiente. Así, por ejemplo, cuando las inscripciones no son eliminadas automáticamente del registro, se exige a los acreedores que, al cabo de un período relativamente breve de tiempo, pidan al registro que anule la inscripción. De igual modo, cuando la garantía real ha sido objeto de anotación en un certificado de titularidad, algunos Estados exigen que el acreedor garantizado se cuide de que se cancele esa anotación en el certificado. El nexo de unión de estos requisitos es la idea de que el acreedor garantizado debe tomar las medidas necesarias para asegurarse de que ningún tercero pueda creer que los bienes del otorgante pudieran aún estar sujetos a su garantía real.

32. La regla imperativa que se recomienda en la presente Guía para regir la relación de las partes una vez que se ha cumplido la obligación garantizada de pagar obedece a estas consideraciones. Su objetivo primario es dar la seguridad de que el otorgante recupera el pleno uso y disfrute del bien antes gravado y pueda negociar de manera práctica con él en operaciones con terceros (véase A/CN.9/631, apartado b) recomendación 109).

4. Reglas no imperativas aplicables antes del incumplimiento

33. Además de las diversas reglas imperativas que rigen los derechos y obligaciones de las partes antes del incumplimiento, la mayoría de los Estados establecen una lista más o menos larga de reglas no imperativas referentes a las mismas cuestiones. Los términos utilizados para designar esas reglas, concebidas "a reserva de acuerdo en contrario entre las partes", varían de un Estado a otro (por ejemplo *jus dispositivum, lois supplétives, normas supletorias*, reglas no imperativas, reglas de derecho supletorio). Pero su característica común es: se consideran automáticamente aplicables a no ser que haya pruebas de que la intención de las partes era excluirlas o modificarlas.

34. En favor del concepto de reglas no imperativas se dan diferentes razones de estrategia. Algunos Estados hacen uso de ellas para proteger a las partes más débiles. Otros las conciben como reglas que son un simple reflejo exacto de las condiciones de un acuerdo que las partes habrían negociado de poner su atención en determinados puntos. En esta Guía se adopta la postura de que la verdadera justificación de las reglas no imperativas radica en el hecho de que se pueden utilizar en pro de los objetivos de estrategia congruentes con la lógica de un régimen de operaciones garantizadas. No es difícil encontrar ejemplos de reglas no imperativas fundadas en este criterio. En muchos Estados la ley dispone que, de no acordar las partes otra cosa, el otorgante ingresará todo producto de un seguro, obtenido a causa de la pérdida de un bien gravado, en una cuenta de depósito controlada por el acreedor garantizado; o también, en muchos Estados la ley dispone que, a menos que las partes convengan otra cosa, las rentas derivadas del bien gravado podrán ser retenidas por el acreedor garantizado mientras esté vigente el acuerdo de garantía, de modo que en caso de incumplimiento esas rentas puedan destinarse al pago de la obligación garantizada. Cuenta habida de este objetivo general, existen al menos cuatro razones por las que los Estados posiblemente decidan establecer un conjunto de reglas no imperativas.

35. Primero, si los derechos y las obligaciones se distribuyen entre el acreedor garantizado y el otorgante de una manera a la que ellos mismos habrían dado su acuerdo con suma probabilidad, cuenta habida de los propósitos fundamentales de un régimen de operaciones garantizadas, un conjunto de reglas no imperativas contribuye a reducir los gastos de las operaciones, eliminando la necesidad de que las partes negocien y elaboren nuevas disposiciones, pues ya están adecuadamente previstas en esas reglas. En este caso las reglas no imperativas funcionan como estipulaciones implícitas o supletorias (es decir aplicables de no existir convenio en contrario) las cuales se considera que forman parte del acuerdo de garantía, a no ser que se exprese en el mismo una intención contraria. Ejemplo de tal estipulación implícita sería una regla que permita al acreedor garantizado que esté en posesión del bien gravado retener las rentas producidas por el bien y aplicarlas directamente al pago de la obligación garantizada.

36. Segundo, incluso para las partes mejor aconsejadas y más experimentadas es imposible una visión infalible del futuro. Por muy minuciosamente que esté elaborado el acuerdo, habrá circunstancias imprevistas. Para obviar la necesidad de una decisión judicial o arbitral que colme esas lagunas cuando surjan y reducir el número de posibles controversias, los Estados suelen establecer reglas básicas de caracterización. Estas reglas no imperativas remiten a las partes a otros principios jurídicos más generales, a los que puede recurrirse para orientar la solución de los

problemas imprevistos. Un ejemplo de tal regla es la que prescribe que el otorgante de una garantía real sigue siendo el titular del derecho sustantivo (sea este la propiedad, un derecho menor sobre el bien o un derecho personal) en base al cual se ha constituido la garantía. En consecuencia, al hacer frente a un hecho determinado imprevisto, las partes pueden partir del principio de que el ejercicio de todo derecho no asignado específicamente al acreedor garantizado es conferido al otorgante.

37. Tercero, una elaboración legislativa relativamente completa de los derechos y obligaciones de las partes antes del incumplimiento aumenta la eficacia y previsibilidad canalizando la atención de las partes hacia las cuestiones que deben considerar al negociar su acuerdo. Una serie de reglas supletorias de las que puedan apartarse les servirá de ayuda para la redacción, ofreciendo una lista guía de puntos que posiblemente convenga considerar a la hora de finalizar el acuerdo de garantía. Aunque las partes decidan modificar las reglas no imperativas establecidas para así lograr mejor sus fines, el hecho de haberles prestado atención da la seguridad de que esos asuntos se tienen en cuenta y no se dejan de lado por inadvertencia.

38. Por último, las reglas no imperativas hacen posible el funcionamiento más eficiente del principio de autonomía contractual de las partes. Esta ventaja se pone especialmente de manifiesto en las operaciones a largo plazo, u otras operaciones especulativas en que las partes no pueden prever todas las eventualidades. Dichas reglas favorecen la flexibilidad y reducen los gastos de cumplimiento. Por ejemplo considerar el acuerdo completo de por sí y prescribir que las partes formalicen todas las modificaciones y enmiendas subsiguientes al mismo sencillamente supone gastos adicionales de operación para el otorgante.

39. Las ventajas de permitir a las partes definir su relación con ayuda de un conjunto de reglas no imperativas se reconocen ampliamente en muchos ordenamientos jurídicos nacionales (por ejemplo en los artículos 2736 a 2742 del Código Civil de Québec (Canadá) y los artículos 9-207 a 9-210 del Código de Comercio Uniforme de los Estados Unidos), las organizaciones que promueven leyes modelo regionales (por ejemplo el art. 15 de la Ley Modelo sobre Operaciones Garantizadas del Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo y el art. 33 de la Ley Modelo Interamericana de Garantías Mobiliarias, de la Organización de los Estados Americanos), y en las convenciones internacionales relativas a compraventas internacionales (por ejemplo el art. 6 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías)[1] o en algún aspecto de las operaciones garantizadas sobre bienes muebles (por ejemplo el párr. 1 del art. 11 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional[2] (denominada en adelante la "Convención de las Naciones Unidas sobre cesión de créditos")) y en el art. 15 del Convenio relativo a las garantías reales internacionales sobre bienes de equipo móvil del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit).

[1] Publicación de las Naciones Unidas, Nº de venta S.95.V.12.
[2] Ibíd., Nº de venta S.04.V.14.

5. Reglas no imperativas típicas aplicables antes del incumplimiento

a) Generalidades

40. En este capítulo no se consideran todas las situaciones en las que los Estados tal vez deseen establecer reglas no imperativas. Por ejemplo, no se trata de las reglas no imperativas que pueden establecerse en relación con las estipulaciones básicas necesarias para la existencia de una garantía real (es decir, el contenido mínimo del acuerdo de garantía). Las reglas no imperativas cumplen en este contexto una función diferente y, por tanto, su conveniencia, alcance y contenido se guían por otras consideraciones de estrategia. Además, y por la misma razón, no se consideran las reglas no imperativas destinadas a regir los derechos y obligaciones de las partes a raíz del incumplimiento. Estas reglas no imperativas son tema del capítulo X (Derechos ejercitables a raíz del incumplimiento).

41. Las reglas no imperativas de las que trata esta sección son las que se orientan a los derechos y obligaciones de las partes antes del incumplimiento. Como tales reglas serán por lo general un reflejo de las necesidades, prácticas y estrategias de los distintos Estados, su configuración específica varía enormemente. Sin embargo, existe un núcleo de reglas no imperativas que figuran por lo general en las legislaciones nacionales contemporáneas. Sirven de complemento a las reglas imperativas referentes a los derechos y deberes las personas que están en posesión de los bienes gravados.

42. Al igual que las reglas imperativas, las no imperativas se formulan con la intención de estimular un comportamiento responsable por parte de quienes tienen el control y la custodia de los bienes gravados. En consecuencia, los Estados las organizan en función de que sea el acreedor garantizado o el otorgante quién está en posesión de tales bienes. No obstante, algunas de las reglas no imperativas son aplicables independientemente de que la garantía sea de índole posesoria o no posesoria. Estas tres situaciones se examinan sucesivamente.

b) Garantías reales cuando el acreedor está en posesión

43. Como se ha señalado, la mayoría de los Estados tienen establecidas reglas imperativas que obligan a los acreedores garantizados que están en posesión de los bienes gravados a cuidarlos razonablemente, conservarlos y mantenerlos. Por lo general, el acreedor garantizado está también obligado a encargarse de todas las reparaciones necesarias para mantener el bien gravado en buen estado. Ya se ha examinado el contenido básico de tales reglas. Además, algunos Estados establecen una serie de reglas no imperativas que especifican obligaciones adicionales de los acreedores acerca del cuido de los bienes gravados que estén en su posesión, especialmente cuando el bien gravado dé frutos civiles o naturales, o produzca ingresos de otra forma. Los párrafos siguientes tratan de las reglas no imperativas más comunes de este tipo.

44. En lo que respecta a la obligación básica de cuido y conservación, muchos Estados estipulan específicamente, en el caso de los bienes corporales, que el acreedor garantizado tiene la obligación de mantener el bien gravado en forma que sea claramente identificable. Si es fungible y está mezclado con otros bines de la misma naturaleza, este deber se transforma en la obligación de mantener bienes de la misma cantidad, calidad y valor que el inicialmente gravado. Además, cuando el mantenimiento requiere medidas que excedan de la capacidad del acreedor, los

Estados suelen estipular que éste ha de notificar al otorgante y, de ser necesario, permitirle que tome posesión temporal para reparar, cuidar o conservar el bien o su valor.

45. Cuando el bien gravado consiste en un título que lleva incorporado el derecho del otorgante a un pago de efectivo, la obligación de cuido por parte del acreedor garantizado no se limita a la conservación física de ese documento. Muchos Estados exigen que dicho acreedor tome las medidas necesarias para mantener o preservar los derechos del otorgante frente a las partes anteriores obligadas por el título negociable o sean subsidiariamente responsables, y permiten también al otorgante o al acreedor garantizado demandar la ejecución de la obligación de pago.

46. Otra regla no imperativa (corolario del deber que tiene el acreedor garantizado de cuidar el bien gravado cuando está en posesión del mismo) es que dicho acreedor tiene derecho a obtener el reembolso de los gastos razonables requeridos para conservar el bien y hacer que esos gastos se incluyan en la obligación garantizada. Además, muchos Estados permiten al acreedor garantizado hacer un uso razonable del bien gravado u opera con él (véase A/CN.9/631, recomendación 108). Como elemento concomitante de este derecho, el acreedor garantizado tiene que permitir al otorgante que inspeccione el mencionado bien en cualquier momento razonable y será responsable de los daños debidos a todo deterioro del bien superior al que implica el uso normal.

47. Dado que el acreedor garantizado ejerce la posesión, está casi siempre mejor situado para percibir el producto monetario (rentas o frutos civiles) o no monetario (frutos naturales incluidos en la definición de producto, (véase A/CN.9/631/Add.1, Introducción, secc. B, Terminología y reglas de interpretación) que se derive del bien gravado. Por esta razón, los Estados suelen establecer una regla no imperativa que prescribe que tanto el producto monetario como el no monetario ha de ser percibido por el acreedor garantizado que esté en posesión. Normalmente, es el otorgante el que está en condiciones de obtener el mejor precio por los frutos naturales que genere el bien gravado como garantía (por ejemplo la leche producida por un rebaño de vacas, los huevos producidos por gallinas, la lana producida por ovejas). En consecuencia, los Estados estipulan también por lo general que el acreedor garantizado debe entregar los frutos al otorgante para que disponga de ellos. En otros casos, por ejemplo cuando el fruto consiste en la multiplicación natural de animales, una regla no imperativa corriente es que las crías quedan automáticamente gravadas y en manos del acreedor con arreglo a las mismas condiciones.

48. Cuando el producto es monetario tiene poco sentido obligar al acreedor a que lo entregue al otorgante después de percibirlo. La regla no imperativa habitual es que el acreedor garantizado puede destinar el producto en efectivo al reembolso del valor de la obligación garantizada o mantenerlo en una cuenta aparte como garantía adicional. Este principio se aplica tanto si el dinero percibido consiste en intereses, un abono mixto de intereses y capital, o dividendos de acciones. Algunos Estados incluso permiten al acreedor vender las acciones adicionales recibidas como dividendo o retenerlas (a la manera de las crías de animales) como bienes gravados suplementarios.

49. En cuanto al derecho de disposición, las reglas no imperativas que establecen los Estados presentan gran diversidad. En todo caso, el acreedor no puede desperdiciar el bien gravado. Algunos Estados disponen que el acreedor garantizado puede ceder la obligación garantizada y la garantía real. Es decir, el acreedor puede transferir la posesión del bien gravado a la persona a la que ha cedido la obligación garantizada. Algunos Estados estipulan también que el acreedor garantizado puede constituir una garantía real sobre el bien gravado como garantía de su propia deuda ("nueva pignoración del bien gravado") siempre que no se menoscabe el derecho del otorgante a obtener los bienes una vez satisfecho el pago de la obligación garantizada. A menudo esos acuerdos de nueva pignoración se limitan a las acciones, obligaciones y otros títulos mantenidos en una cuenta de valores, pero en algunos Estados los acreedores pueden repignorar bienes corporales tales como diamantes, metales preciosos y obras de arte. En cambio, muchos Estados prohíben al acreedor garantizado que ejerza la posesión repignorar los bienes gravados, incluso aunque pueda hacerlo en condiciones que no menoscaben el derecho del otorgante a recuperar sus bienes una vez cumplida la obligación garantizada.

50. El riesgo de pérdida o deterioro de los bienes se canaliza normalmente hacia la propiedad, no hacia la posesión. No obstante, muchos Estados estipulan que cuando se destruyan o sufran un deterioro anormal bienes gravados que estén en posesión del acreedor garantizado, se presume que éste ha incurrido en culpa y tiene que compensar la pérdida. Pero, por lo común, la misma regla no imperativa establece que el acreedor no es responsable de la pérdida si puede probar que tal pérdida o deterioro se produjo sin culpa suya. Dado que siempre interesará al acreedor garantizado cuidar de que se mantenga el valor de los bienes gravados, muchos Estados disponen que el acreedor tiene un interés asegurable. Si en tal supuesto el acreedor garantizado se asegura contra la pérdida o el daño, sea cual fuere la causa, tiene derecho a sumar el costo del seguro a la obligación garantizada.

51. Esta última regla es un ejemplo particular de un principio más general establecido como regla no imperativa en muchos Estados y recomendado en la presente Guía. Los gastos razonables que efectúe el acreedor garantizado al cumplir su obligación como custodio de cuidar razonablemente del bien gravado son imputables al otorgante y se suman automáticamente a la obligación garantizada (véase A/CN.9/631, apartado a) de la recomendación 108). Ejemplo de tales gastos razonables son pagos de impuestos, facturas de reparación y gastos de almacenaje, de los que el otorgante es en definitiva responsable.

c) Garantías reales cuando el otorgante está en posesión

52. Un objetivo estratégico clave de un régimen eficaz de las operaciones garantizadas es estimular un comportamiento responsable por parte del otorgante que sigue en posesión de los bienes gravados. Mantener el valor de estos bienes anterior al incumplimiento es congruente con tal objetivo. Pero la estrategia que inspira las reglas no imperativas en materia de garantías cuando el otorgante está en posesión de los bienes gravados persigue también el fin de maximizar el potencial económico de los mismos. En particular, favorecer el uso y la explotación de tales bienes es un modo de facilitar la generación de renta y el reembolso por parte del otorgante del valor de la obligación garantizada.

53. Por esta razón, la mayoría de los Estados estipulan que el otorgante que está en posesión no renuncia a las prerrogativas generales de la propiedad simplemente por haberse constituido una garantía real. A no ser que las partes convengan otra cosa, el otorgante tiene derecho a utilizar, mezclar, procesar y entremezclar los bienes gravados con otros bienes de manera razonable y compatible con su naturaleza y función y con los fines del acuerdo de garantía. En tal caso, el acreedor garantizado debe tener derecho a observar las condiciones en que el otorgante en posesión del bien gravado lo mantiene, utiliza y procesa, así como a inspeccionar el bien en todo momento razonable (véase A/CN.9/631, apartado b) de la recomendación 108). El deber de cuido que recae en el otorgante que está en posesión del bien gravado incluye mantenerlo adecuadamente asegurado y velar por el pronto pago de los impuestos. Si estos gastos los realiza el acreedor garantizado, aunque el otorgante siga en posesión del bien, el acreedor garantizado tiene derecho a ser reembolsado por el otorgante y puede sumar estos gastos a la obligación garantizada.

54. Si los bienes gravados son bienes productores de ingresos en posesión del otorgante, siempre que la garantía real del acreedor se extienda a los ingresos o las rentas generados por el bien, los deberes del otorgante pueden comprender el de llevar una documentación adecuada y rendir cuentas razonables sobre la disposición y el manejo del producto derivado de los bienes gravados. Las obligaciones específicas del otorgante en el caso de los bienes inmateriales (por ejemplo cuentas bancarias, derechos por el uso de patentes, derechos de propiedad intelectual y marcas registradas), y en particular el derecho del otorgante al pago en forma de créditos por cobrar, son temas de la sección siguiente.

55. En la actualidad, muchos Estados establecen una regla que protege los frutos y rentas (a diferencia del producto de la disposición en sentido estricto) de un nuevo gravamen automático en virtud del acuerdo de garantía. En cambio, en la presente Guía se prevé que una garantía real se extiende a todo el producto generado por el bien gravado. Es decir, a menos que se convenga otra cosa, todo incremento del valor o beneficio derivado de los bienes gravados en posesión del otorgante queda sujeto automáticamente a la garantía real, con independencia de que esos bienes suplementarios se consideren frutos civiles o naturales o bien producto. Siempre que los frutos sean en especie (por ejemplo multiplicación de animales, dividendos de acciones), el otorgante puede utilizarlos y explotarlos en las mismas condiciones que los bienes gravados originarios. Cuando se trate de productos agrícolas como leche, huevos y lana, la mayoría de los Estados disponen que el otorgante puede venderlos y que el acreedor garantizado puede exigir sus derechos sobre el producto percibido. Cuando los frutos civiles son rentas, la garantía real se extiende a ellos siempre que permanezcan identificables. No obstante, como regla, el otorgante no sólo percibe los frutos y rentas, sino que dispone de ellos libres de la garantía real en el curso normal de su negocio.

56. El deber de conservar el bien gravado significa normalmente que el otorgante en posesión del mismo es responsable de su pérdida o deterioro, tanto si éstos son causados por culpa suya o por un hecho fortuito. En principio, el otorgante no tiene derecho a disponer de los bienes gravados sin autorización del acreedor garantizado. Si el otorgante lo hace, el comprador recibe el bien sujeto a la garantía real. Ahora bien, como excepción, el otorgante puede disponer de los bienes gravados libres de la garantía si consisten en existencias de inventario o bienes de consumo y se venden en el curso normal del negocio del vendedor (véase A/CN.9/631,

recomendación 87). Pese a esta restricción del derecho a disponer, dado que el otorgante normalmente retiene la plena utilización del bien gravado, la mayoría de los Estados establecen reglas no imperativas que lo autorizan a constituir garantías reales suplementarias sobre los bienes ya gravados, los frutos y rentas que generan y el producto de su enajenación.

d) Garantías reales con y sin desplazamiento de la posesión

57. Además de los derechos taxativamente reconocidos y de las obligaciones taxativamente impuestas a los acreedores garantizados y los otorgantes atendiendo a la posesión de los bienes gravados, hay corrientemente dos reglas no imperativas que se orientan tanto al acreedor garantizado en posesión (garantía con desplazamiento de la posesión) como al otorgante en posesión (garantía sin desplazamiento de la posesión). La primera es corolario de la idea de que las partes que están en posesión deben mantener el valor de los bienes gravados. Si ocurriera que el valor de dichos bienes disminuyese considerablemente por razones imprevisibles en el momento de concertar el acuerdo de garantía, y ajenas a toda falta de atención de la parte que esté en posesión, algunos Estados establecen que el otorgante tiene que ofrecer una garantía suplementaria para compensar la disminución de valor imprevista. Estos Estados estipulan por lo común otras reglas que restringen la capacidad de los acreedores garantizados para extralimitarse en cuanto a los bienes gravados como garantía (es decir, constituir una garantía real sobre bienes de valor considerablemente más elevado que el de las obligaciones garantizadas). La hipótesis es que, a cambio de esta limitación, el acreedor garantizado debe tener la posibilidad de exigir al otorgante que ofrezca más bienes en garantía si el valor normal de los bienes gravados cae vertiginosamente. Además, esta regla se suele extender a la disminución normal del valor de los bienes gravados a causa de su desgaste y deterioro corriente o de la situación del mercado, siempre que esa disminución suponga un porcentaje considerable del valor inicial de los bienes.

58. La segunda regla no imperativa habitual se refiere al derecho que tiene el acreedor garantizado de ceder tanto la obligación garantizada como la garantía real conexa. De no acordarse lo contrario, un acreedor garantizado puede ceder libremente la obligación garantizada y la garantía real que ésta conlleva (véase, por ejemplo, el art. 10 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos y A/CN.9/631, recomendación 26). Algunos Estados estipulan también que el acreedor garantizado puede hacerlo incluso a pesar de las limitaciones contractuales que existan sobre la cesión (véase el párr. 1 del art. 9, de la Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos y A/CN.9/631, recomendación 25). Cuando el acreedor garantizado está en posesión, ello implica que puede también transferir la posesión al nuevo acreedor garantizado. En ambos casos, el cesionario de la obligación garantizada no puede adquirir mayores derechos con respecto al otorgante o con respecto al bien gravado que los que podía exigir el cedente.

B. Observaciones específicamente relacionadas con los bienes

59. La mayoría de las reglas imperativas y no imperativas concernientes a los derechos y obligaciones de las partes antes del incumplimiento se refieren a la manera en que se distribuyen las prerrogativas y responsabilidades de la propiedad entre el otorgante y el acreedor garantizado. Entre ellas figuran sobre todo: a) la obligación (invariablemente impuesta a la parte que está en posesión del bien gravado de cuidarlo, mantenerlo y adoptar las medidas necesarias para preservar su valor); b) el derecho a utilizar, transformar, mezclar y manufacturar el bien gravado; c) el derecho a percibir los frutos, rentas y el producto generados por el bien así como a posesionarse de ellos para uso propio; y d) el derecho a pignorar, volver a pignorar o enajenar los bienes gravados, bien sea liberados de la garantía real o sujetos a ella.

60. En esas reglas se consideran los casos en que el bien gravado es corporal. No obstante, en el capítulo III de la presente Guía (Criterios básicos aplicables a las garantías reales), se señala la importancia de los bienes inmateriales y, en particular, de los derechos a un cobro como bien que el otorgante podría gravar. Ciertas categorías de bienes inmateriales se excluyen de la Guía (por ejemplo los valores bursátiles, véase A/CN.9/631, recomendación 4), pero muchos otros tipos de bienes inmateriales sí se incluyen: en particular los créditos por cobrar contractuales y extracontractuales, los derechos al cobro de fondos acreditados en una cuenta bancaria y el producto de una promesa independiente (véase A/CN.9/631, apartado a) de la recomendación 2).

61. La constitución de una garantía real sobre un derecho a cobro implica necesariamente a partes que no sean el otorgante ni el acreedor garantizado, y con toda evidencia, al deudor del crédito por cobrar. Por estas razones, los Estados han establecido reglas detalladas para regular los derechos y obligaciones de las partes y de terceros, tanto si el derecho nace de un bien corporal (por ejemplo un título negociable o un documento negociable) o de un bien inmaterial (por ejemplo un crédito por cobrar, derechos al cobro de fondos acreditados en una cuenta bancaria, producto de una promesa independiente). La mayoría de las reglas referentes a la relación entre el otorgante y el acreedor garantizado por una parte, y el deudor sujeto a la obligación (lo que en esta Guía se denomina terceros deudores) por otra, son imperativas pero algunas de ellas son no imperativas. Los derechos y obligaciones de los terceros deudores se examinan con detalle en el capítulo IX.

62. El tema central de este capítulo son los derechos y obligaciones anteriores al incumplimiento en lo que respecta al cedente y al cesionario. En armonía con el principio de la autonomía contractual de las partes, muchos Estados adoptan la postura de que deben ser éstas las que determinen sus recíprocos derechos y obligaciones anteriores al incumplimiento. En consecuencia, la mayoría de las reglas relativas a esos derechos y obligaciones son no imperativas. En cambio, en el caso de las cesiones internacionales, los artículos 11 a 14 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión prescriben una serie de reglas imperativas.

63. El principio fundamental en este terreno puede enunciarse con brevedad y es característico en la legislación nacional de la mayoría de los Estados. Establece que, dado que el acuerdo de garantía puede referirse a una relación en curso existente entre las partes, a no ser que éstas decidan otra cosa, deben quedar obligadas por sus

propias prácticas y usos. En esta Guía se adopta la idea de que el acuerdo entre las partes es la fuente primordial de sus derechos y obligaciones recíprocos y que, de no haberse acordado otra cosa, las prácticas y usos que tengan establecidos serán también obligatorios para ellas (véase A/CN.9/631, recomendación 110).

64. Algunas de las partes más importantes del acuerdo entre el cedente y el cesionario guardan relación con las declaraciones que el cedente hace al cesionario. Normalmente se presume que a) el cedente tiene el derecho a ceder el crédito por cobrar; b) dicho crédito no se ha cedido con anterioridad; y c) el deudor del crédito no tiene excepciones ni derechos de compensación que pueda oponer contra el cedente. Dicho de otro modo, si el cedente tiene dudas acerca de algunas de estas cuestiones, ha de mencionarlas explícitamente en el acuerdo o declarar explícitamente que no hace declaraciones sobre el particular. En todo caso, paralelamente a las obligaciones del otorgante anteriores al incumplimiento con respecto a los bienes corporales, el cedente ha de adoptar todas las medidas razonables necesarias para preservar el valor del crédito por cobrar. Esto significa que ha de continuar asegurándose de que retiene el derecho legal al cobro con cargo al crédito. Por otra parte, a menos que el cedente declare específicamente otra cosa, se presume que no asegura la capacidad real de pago del deudor del crédito. Estas diversas obligaciones aparecen en forma de reglas no imperativas en la legislación nacional de la mayoría de los Estados y se recomiendan como tales en la presente Guía (véase A/CN.9/631, recomendación 111).

65. Como el valor del crédito cedido consiste en el pago hecho por el deudor de la obligación, y el deudor del crédito sólo está obligado a pagar al cesionario si conoce realmente los derechos del mismo (véase A/CN.9/631 recomendaciones 114 y 115), es importante que el cesionario tenga las máximas posibilidades de poner la cesión en conocimiento del deudor. Por está razón, muchos Estados establecen que el cedente o el cesionario podrá notificar al deudor y darle instrucciones sobre cómo ha de hacerse el pago. No obstante, para evitar que se impartan instrucciones contradictorias, es normal que, a continuación, solo el cesionario pueda instruir al deudor acerca de la forma y lugar del pago.

66. Por supuesto, puede haber situaciones en que tanto el cedente como el cesionario (o solo uno de ellos) no quieran que el deudor del crédito tenga conocimiento de la cesión. Este deseo puede tener que ver con las particularidades propias del negocio en cuestión o con la situación económica general. Por tal razón, los Estados suelen estipular que el cedente y el cesionario pueden convenir en aplazar hasta cierto momento posterior la notificación al deudor acerca de la cesión realizada. Hasta que la notificación se efectúe, el deudor del crédito continuará pagando al cedente conforme al acuerdo concertado entre ellos o a eventuales instrucciones de pago subsiguientes. Si una parte (por lo general el cesionario) viola la obligación de no notificar ello no debe redundar en perjuicio del deudor del crédito. El deudor podrá pagar según las instrucciones dadas y ser liberado de su obligación por las sumas así pagadas (véase A/CN.9/631, recomendación 116). No obstante, muchas Estados disponen también que, a menos que el cedente y el cesionario convengan otra cosa, tal violación puede originar responsabilidad por los eventuales perjuicios resultantes. En esta Guía se recomienda que estos principios generales se apliquen a la notificación de la cesión al deudor del crédito (véase A/CN.9/631, recomendación 112).

67. Puesto que el objeto real de la garantía es el derecho al cobro, es importante especificar el efecto de cualquier pago hecho por el deudor del crédito (ya sea al cedente o al cesionario) sobre los derechos respectivos de estos últimos. Muchos Estados han establecido reglas no imperativas que estipulan las consecuencias de los pagos hechos de buena fe pero que tal vez no se hayan efectuado realmente conforme a las intenciones del cedente o el cesionario. Por ejemplo, incluso aunque la cesión no se notifique al deudor del crédito, podría ser que el pago se hiciera realmente al cesionario o éste lo recibiera. Dada la finalidad de la garantía real sobre tal crédito, es más lógico que el cesionario tenga derecho a retener el pago, aplicándolo para reducir la obligación del cedente. Análogamente, si el pago se hace al cedente después de realizar la cesión, y también con independencia de si el deudor del crédito por cobrar ha recibido notificación, debe estipularse que el cedente está obligado a remitir al cesionario el pago recibido. De igual modo, una vez efectuada la notificación, si la obligación de pago consiste en parte en devolver bienes al cedente, los Estados suelen estipular que esos bienes se entreguen al cesionario. Ahora bien, en todos estos casos, las reglas adoptadas por muchos Estados son no imperativas y, en consecuencia, el cedente y el cesionario pueden estipular en su acuerdo consecuencias diferentes.

68. En caso de cesiones múltiples de un crédito por cobrar, el deudor del mismo puede recibir notificaciones múltiples y no estar seguro de cuál es el cesionario con mejor derecho al pago. A veces, el pago se hace de buena fe a un cesionario cuya prelación es menor. En tales casos, los Estados establecen por lo general que el cesionario con mayor rango de prelación no sea privado de sus derechos a obtener el pago y, cuando la obligación de pagar lleva aparejada la devolución de bienes al cedente, a recibir también estos bienes. Sin embargo, en todos los casos el cesionario puede retener el pago sólo en la medida de sus derechos sobre el crédito, de modo que si el pago efectuado por el deudor de dicho crédito excede del endeudamiento pendiente del cedente, el cesionario ha de remitir el excedente a la persona que tenga derecho a él (el cesionario o el cedente, según el caso, de menor rango siguiente). En concordancia con este criterio general de distribuir los derechos y obligaciones anteriores al incumplimiento entre el cedente y el cesionario, en la presente Guía se recomienda que estos principios generales se apliquen a los casos en que el pago se ha efectuado de buena fe a una persona que no tenga realmente derecho a percibirlo (véase A/CN.9/631, recomendación 113).

69. Estas reglas no imperativas referentes a los derechos y obligaciones, anteriores al incumplimiento, de los cedentes y cesionarios de bienes inmateriales son de utilidad para estructurar la relación entre ellos. En muchos aspectos, son una muestra paradigmática de la función que se pretende dar a tales reglas, razón por la cual se establecen explícitamente en la legislación nacional de muchos Estados. También por esta razón, en la presente Guía se recomienda insertarlas en las leyes relativas a las operaciones garantizadas para facilitar la cesión y el cobro de créditos con eficacia, permitiendo no obstante al mismo tiempo a los cedentes y los cesionarios estructurar sus operaciones de manera diferente que responda a sus deseos y necesidades particulares.

C. Recomendaciones

[*Nota para la Comisión: Tal vez la Comisión estime oportuno tomar nota de que, puesto que en el documento A/CN.9/631 contiene un conjunto refundido de las recomendaciones del proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas, tales recomendaciones no se reproducen aquí. Una vez finalizadas, figurarán al final de cada capítulo.*]