



# Asamblea General

Distr. general  
28 de noviembre de 2007  
Español  
Original: inglés

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

Continuación del 40º período de sesiones  
Viena, 10 a 14 de diciembre de 2007

### Garantías reales

### Proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas

#### Nota de la Secretaría\*

#### Adición

### Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
XII. Financiación de adquisiciones .....	1-213	4
A. Observaciones generales .....	1-213	4
1. Introducción .....	1-12	4
a) Naturaleza de la financiación de adquisiciones .....	1-6	4
b) Diversidad de las modalidades financiación de adquisiciones .....	7-11	5
c) Esbozo del capítulo .....	12	6
2. Contexto comercial .....	13-43	6
a) Observaciones generales .....	13	6
b) Créditos garantizados y no garantizados .....	14-19	6

\* Esta nota se presenta con retraso respecto del plazo establecido de diez semanas de antelación al comienzo de la reunión, en vista de la necesidad de completar las consultas y dar forma definitiva a las enmiendas propuestas.



	c) Retención de la titularidad y operaciones similares . . . . .	20-29	8
	d) Arrendamientos, ventas a plazos y arrendamientos financieros. . . . .	30-35	10
	e) Garantías del vendedor . . . . .	36-39	11
	f) Financiación de adquisiciones por un prestamista . . . . .	40-43	12
3.	Enfoques de la financiación de la adquisición de bienes corporales . . . . .	44-59	13
	a) Observaciones generales. . . . .	44-45	13
	b) Enfoques que favorecen la financiación de adquisiciones por el vendedor. . . . .	46-51	14
	c) Enfoques que promueven la financiación de adquisiciones por vendedores y prestamistas. . . . .	52-55	15
	d) Enfoque basado en la plena integración de las garantías reales de los “préstamos de dinero para financiar compras”. . . . .	56-59	16
4.	Opciones básicas . . . . .	60-84	18
	a) Observaciones generales. . . . .	60-65	18
	b) Equivalencia funcional: un concepto genérico de la financiación de la adquisición. . . . .	66-73	19
	c) Enfoques unitario y no unitario de la equivalencia funcional . . . . .	74-84	21
5.	Constitución (validez entre las partes) . . . . .	85-96	24
6.	Oponibilidad a terceros . . . . .	97-117	28
	a) Observaciones generales. . . . .	97-104	28
	b) Oponibilidad general a terceros en las operaciones de financiación de adquisiciones en general . . . . .	105-109	30
	c) Período de gracia para la inscripción de determinadas operaciones de financiación de adquisiciones. . . . .	110-113	30
	d) Excepciones al requisito de inscripción respecto de operaciones relacionadas con bienes de consumo. . . . .	114-117	31
7.	Prelación . . . . .	118-182	32
	a) Observaciones generales. . . . .	118	32
	b) Orden de prelación de los financiadores de la adquisición . . . . .	119-126	33
	c) Prelación de los derechos reales en garantía de la financiación de adquisiciones de bienes de consumo . . . . .	127-130	36
	d) Prelación de los derechos reales en garantía de la financiación de adquisiciones de bienes corporales distintos de las existencias y de los bienes de consumo. . . . .	131-134	37
	e) Prelación de los derechos reales en garantía de la financiación de las adquisiciones de existencias . . . . .	135-141	38
	f) Adquisiciones que entrañan operaciones múltiples . . . . .	142-146	39

g)	Prelación de los derechos de los financiadores de la adquisición frente a los derechos de los acreedores judiciales.....	147-150	40
h)	Prelación de los derechos del financiador de la adquisición en bienes incorporados a bienes muebles y en masas de productos ...	151-155	41
i)	Prelación de los derechos de los financiadores de la adquisición de bienes incorporados a bienes inmuebles .....	156-159	42
j)	Prelación general de la financiación de las adquisiciones en el producto .....	160-162	44
k)	Prelación de la financiación de la adquisición en el producto de bienes corporales que no sean existencias ni bienes de consumo ...	163-166	44
l)	Prelación de la financiación de la adquisición en el producto de la venta de existencias.....	167-172	46
m)	Prelación entre las garantías de los financiadores concurrentes de la adquisición.....	173-178	47
n)	Efecto de que el financiador de la adquisición no oponga sus garantías a terceros .....	179-182	49
8.	Derechos y obligaciones de las partes con anterioridad al incumplimiento.....	183-187	50
9.	Ejecución .....	188-196	52
10.	Conflicto entre ordenamientos jurídicos .....	197-200	54
11.	Transición .....	201-205	55
12.	Insolvencia .....	206-213	56
B.	Recomendaciones .....		58

## **XI. Financiación de adquisiciones**

### **A. Observaciones generales**

#### **1. Introducción**

##### **a) Naturaleza de la financiación de adquisiciones**

1. La compra y venta de bienes corporales (para la definición de “bienes corporales”, véase Introducción, secc. B, Terminología) es una actividad central de una economía comercial moderna. Prácticamente todas las empresas adquieren o venden este tipo de bienes corporales en uno u otro momento. Para algunas, tales operaciones (por ejemplo, la adquisición de materias primas y su manufactura y venta ulteriores, o la compra de existencias al por mayor para su distribución a minoristas o para la venta al detalle) son la actividad central. Para otras no, pero resultan igualmente importantes en la medida en que la empresa requiera inversiones en bienes de equipo y estos deban aumentarse, actualizarse o sustituirse periódicamente.

2. No obstante, la adquisición de bienes corporales no es una actividad limitada a las empresas. También los consumidores los adquieren constantemente. Dichos bienes van de artículos de consumo de bajo costo, pasando por bienes no perecederos como muebles, aparatos electrónicos o artículos y muebles de cocina, a bienes de alto valor, como vehículos de uso personal.

3. En muchos casos, empresas y consumidores adquieren estos bienes en efectivo. En muchos otros, sin embargo, lo hacen a crédito. Siempre que una empresa compra bienes corporales a crédito y estos fungen como garantía, la transacción es una operación garantizada, que la Guía denomina operación de financiación de adquisiciones. El derecho que el vendedor o financiador retiene o adquiere en los bienes entregados al comprador u otorgante se puede llamar, según su naturaleza particular, “garantía real del pago de la adquisición”, “garantía de retención de la titularidad” o “garantía de arrendamiento financiero” (para las definiciones de “otorgante”, “garantía real del pago de la adquisición”, “garantía de retención de la titularidad” y “garantía de arrendamiento financiero”, véase Introducción, secc. B. Terminología).

4. Las operaciones de financiación de adquisiciones se cuentan entre las fuentes más importantes de crédito para un gran número de compradores de bienes corporales. Además, resultan decisivas para muchos vendedores, incluso cuando los compradores no adquieren normalmente a crédito. Por ejemplo, en muchos Estados la venta de automóviles suele suponer una operación de este tipo. Si bien los compradores raramente conciertan operaciones de esta índole para otras adquisiciones, su disponibilidad es fundamental para el sector de venta de automotores. En muchos aspectos, esas operaciones son idénticas a las operaciones garantizadas corrientes analizadas en secciones anteriores de la Guía. Sin embargo, en otros aspectos presentan características particulares que han movido a los Estados a establecer reglas especiales en varias situaciones. En el presente capítulo se examinan las formas como los Estados pueden llegar a establecer un régimen eficiente y eficaz que regule todos los tipos de operación de financiación de la adquisición.

5. En vista del actual número y diversidad de operaciones de financiación de adquisiciones, a efectos del presente capítulo es importante dejar claramente

establecida la forma en que la Guía utiliza este y otros términos. En varios casos estos otros términos coinciden con los actualmente utilizados en muchos Estados. La Guía refleja un esfuerzo consciente por no introducir en el presente capítulo términos nuevos o desconocidos. En todo caso, el significado de los términos utilizados es el que figura en las definiciones y puede diferir del que se le asigne en determinado Estado.

6. El único término nuevo es “operación de financiación de adquisiciones”. Existe una operación de financiación de adquisiciones siempre que una persona pueda invocar un derecho de propiedad sobre bienes corporales para garantizar la obligación de otra persona de pagar toda parte no abonada del precio de compra (o su equivalente económico), sea ese derecho a favor de un vendedor, de un arrendador o de un prestamista. Una operación en virtud de la cual el vendedor retiene el título (propiedad) sobre los bienes vendidos es asimismo una operación de financiación de la adquisición. Las características básicas de la operación de financiación de adquisiciones son, pues, dos: a) el crédito se utiliza con la finalidad expresa de permitir al comprador adquirir un bien corporal; y b) los derechos reclamados se relacionan directamente con el bien adquirido.

**b) Diversidad de las modalidades financiación de adquisiciones**

7. Como se señala en la Sección B del capítulo I de la Guía (Criterios básicos aplicables a las operaciones garantizadas) de la Guía, los Estados han ideado una amplia diversidad de mecanismos jurídicos mediante los cuales quienes conceden créditos pueden asegurarse de que su deudor cumplirá la obligación contraída. Aunque solo algunos de esos mecanismos se conocen tradicionalmente como garantías reales, todos cumplen la función económica de garantizar el pago de la obligación.

8. Quienes financian la adquisición de bienes corporales (con frecuencia los vendedores) suelen disponer de una diversidad similar, si no mayor, de mecanismos jurídicos. La retención de la titularidad es solo uno de ellos. El vendedor puede también traspasar la titularidad al comprador con la condición de que la titularidad de que goza el comprador se extinguirá retroactivamente en caso de que este no pague el precio de compra acordado (la venta se efectúa bajo una “condición resolutoria”); o el vendedor puede traspasar la titularidad al comprador pero obteniendo una garantía real sobre el bien.

9. Los vendedores representan solo una de las categorías de financiadores que pueden ofrecer crédito para que una persona adquiera un bien corporal. Los prestamistas también pueden hacerlo. Dado que tanto vendedores como prestamistas pueden conceder crédito para la adquisición de bienes corporales, es posible que más de una persona invoque respecto del mismo bien derechos en virtud de las correspondientes operaciones de adquisición.

10. Otra forma de operación de financiación de adquisiciones puede incluso no incluir un contrato de venta. El arrendador que arrienda un bien al arrendatario en condiciones equivalentes a las de una venta a crédito está igualmente brindando financiación que permite a este utilizar el bien corporal de idéntica forma que si tuviera la propiedad del mismo, aun cuando la titularidad nunca pase del arrendador al arrendatario. Como en el caso de los vendedores, hay diferentes posibilidades para que los arrendadores estructuren el acuerdo a fin de que el arrendatario pueda adquirir el equivalente económico de un derecho de propiedad en el bien arrendado.

La Guía en estos casos llama el derecho del arrendador garantía de arrendamiento financiero.

11. Por último, el prestamista que concede crédito al arrendatario con el fin de abonar los pagos del arrendamiento puede, según las condiciones del crédito, ser acreedor garantizado financiador de la adquisición con derechos en el bien. Si el crédito permite efectivamente al arrendatario celebrar el acuerdo de arrendamiento financiero con el arrendador, el prestamista está financiando la utilización (y la adquisición teórica) de ese bien por parte del arrendatario.

**c) Esbozo del capítulo**

12. En el presente capítulo se examinan, en la sección A.2, el contexto comercial de las operaciones de financiación de la adquisición y, en la sección A.3, los diversos enfoques de la financiación de la adquisición que se han venido adoptando hasta ahora en diferentes ordenamientos jurídicos. En la sección A.4 se exponen las opciones básicas planteadas a los Estados que promulgan legislación para regular los diversos tipos de operaciones de financiación de la adquisición. En las secciones restantes se examina la forma en que los diversos componentes del régimen de operaciones garantizadas estudiados en otros capítulos de la Guía se aplican en el caso concreto de la financiación de la adquisición. La sección A.5 versa sobre la constitución de mecanismos de esa índole (su validez entre las partes), la sección A.6 sobre la oponibilidad de esos mecanismos a terceros, la sección A.7 sobre el orden de prelación entre demandantes concurrentes, la sección A.8 sobre los derechos y obligaciones de las partes con anterioridad al incumplimiento, la sección A.9 sobre los derechos de las partes con posterioridad al incumplimiento, la sección A.10 sobre el conflicto de leyes, la sección A.11 sobre las cuestiones de transición y la sección A.12 sobre las cuestiones atinentes al tratamiento de las operaciones de financiación de la adquisición en caso de insolvencia. En la sección B se ofrece una serie de recomendaciones concretas.

**2. Contexto comercial**

**a) Observaciones generales**

13. En los párrafos introductorios del presente capítulo se han resumido una serie de modalidades diferentes a las que puede recurrir un comprador para financiar la adquisición de bienes corporales, materias primas, existencias y bienes de equipo. En la presente sección se examina con mayor detalle el contexto comercial de esas diversas operaciones y su actual funcionamiento en diferentes Estados. Dicho análisis tiene por fin ilustrar la amplia gama de operaciones en la que participa una gama igualmente amplia de proveedores de crédito realizadas para financiar la adquisición de bienes corporales, así como la manera en que muchas operaciones sirven a tal fin aunque no se las denomine con ese nombre. El examen tiene asimismo por objeto mostrar que entre los diversos Estados que utilizan estas diferentes operaciones existe una gran variedad en cuanto a su alcance y efecto. Finalmente, se consideran sucintamente las ventajas y desventajas de cada una de estas operaciones tradicionales como mecanismos, con lo que se procura brindar un contexto para el enfoque de la financiación de la adquisición recomendado en la Guía.

**b) Créditos garantizados y no garantizados**

14. Al examinar la compra y venta de bienes corporales en un entorno comercial es preciso establecer una distinción inicial entre ventas en efectivo y ventas a

crédito. A veces, el comprador dispone de liquidez suficiente para adquirir bienes de equipo, materias primas y existencias en efectivo. Por lo general, sin embargo, las empresas comerciales adquirirán una parte considerable de sus materias primas, existencias y bienes de equipo a crédito.

15. Cuando los bienes corporales se adquieren a crédito, el comprador suele obtener el préstamo sin ofrecer garantía. Ello suele darse en una de las dos formas siguientes. En primer término, el comprador suele obtener de un tercero sin garantía en préstamo un monto igual al precio de venta. Por ejemplo, aunque la operación de venta sea en sí una operación en efectivo, puede ser financiada mediante una línea general de crédito otorgada por el prestamista primario de la empresa. Si bien se trata de un método sencillo, la calificación o reputación crediticia del comprador podría restringir la disponibilidad de ese tipo de crédito o hacerlo prohibitivo.

16. En segundo lugar, el comprador puede acordar con el vendedor adquirir el bien en condiciones crediticias que le permitan efectuar el pago (tal vez a plazos) una vez concluida la venta. En este caso, el vendedor traspasa la posesión y propiedad del bien al comprador y el precio de compra se le abona en fecha posterior, de una vez o en cuotas. Este mecanismo no difiere realmente de la financiación por terceros, salvo que el riesgo de incumplimiento lo asume el vendedor y no el tercero que financia el crédito. Muchos vendedores suelen no estar dispuestos a asumir ese tipo de riesgo no garantizado.

17. En consecuencia, los compradores a menudo hallan que, por razones de orden práctico, es necesario otorgar alguna forma de garantía para poder adquirir bienes corporales a crédito. Los bienes gravados bien podrían ser otros bienes del comprador. Por ejemplo, la empresa puede conceder una garantía sobre su fábrica o almacén a fin de garantizar el pago de un préstamo destinado a adquirir existencias o materias primas. Normalmente, sin embargo, el activo más evidente sobre el que se puede constituir la garantía, y frecuentemente el único de que dispone el comprador, es el bien que se adquiere.

18. La garantía en los bienes adquiridos a crédito puede nacer de varias formas. Por ejemplo, en algunos Estados, los vendedores gozan de derechos especiales que les permiten automáticamente cancelar la venta y recuperar el bien si el comprador no abona el precio de compra dentro de un plazo determinado después de la entrega. Igualmente, otros Estados dan a los vendedores un derecho automático (no consensual) a reclamar una prelación o preferencia en la distribución del producto de la venta (en ejecución judicial/) de los bienes que hayan entregado. No obstante, con frecuencia la garantía que invoca el financiador de la adquisición no nace en virtud de la ley sino que es el resultado de un acuerdo entre el vendedor o prestamista y el comprador.

19. En la práctica comercial, la mayoría de los créditos para adquisiciones obedecen a un acuerdo entre el comprador y el financiador. Como se ha señalado, estas operaciones consensuales pueden revestir muchas formas diversas e involucrar a gran cantidad de diferentes financiadores. Por ejemplo, el comprador puede otorgar formalmente una garantía real sobre los bienes al financiador o al vendedor; o bien comprador y vendedor pueden acordar algún otro mecanismo jurídico, que, aunque no adopte la forma de una garantía real, sea su equivalente económico. Dos de esos mecanismos de utilización de la propiedad sobre el bien como garantía de pago han desempeñado tradicionalmente una función central en la financiación de la adquisición: a) la retención por parte del vendedor de la titularidad del bien hasta tanto se haya pagado el precio de compra, y b) una operación documentada como

arrendamiento. Ambos se considerarán previamente al examen de los nuevos mecanismos financiación de las adquisiciones disponibles a vendedores y prestamistas.

**c) Retención de la titularidad y operaciones similares**

20. Es posible que el proveedor de materias primas, existencias o bienes de equipo entregue a su cliente los bienes en virtud de un acuerdo por el que la propiedad de estos no pasa al comprador hasta que se haya pagado por completo el precio de compra. En muchos casos el acuerdo se celebra entre el vendedor y el comprador sin intervención de ningún intermediario. A veces, no obstante, el vendedor puede vender los bienes en efectivo a una institución financiera o a otro prestamista que, a su vez, los vende luego al comprador en virtud de un acuerdo que le permite retener (o reservarse) la propiedad (o titularidad) hasta que se produzca el pago completo del precio de compra.

21. Hay muchos tipos de acuerdo mediante los cuales los compradores se reservan la propiedad de los bienes vendidos hasta que se complete el pago. El mecanismo de retención de la titularidad es muy común. En este tipo de transacción el derecho del vendedor a obtener la titularidad está supeditado a que abone por completo el precio de compra. Hasta tanto, el vendedor no está obligado a transferírselo. Aunque normalmente el comprador adquiere la posesión inmediata del bien, entonces, la titularidad de este sigue en poder del vendedor.

22. Los arreglos de retención de la titularidad se denominan a veces “ventas condicionales”. En general, sin embargo, en estos casos la venta en sí no es condicional (o sea, que el acuerdo de venta no depende de un hecho ajeno a ella). Lo condicional es, en cambio, el traspaso de la propiedad al comprador. El vendedor se reserva la propiedad del bien hasta que el comprador haya abonado íntegramente el precio de compra y cumplido todas las demás condiciones estipuladas en el acuerdo de venta.

23. Amén de los arreglos de retención de la titularidad existe una amplia panoplia de transacciones que permiten al vendedor garantizarse el pago del precio de compra de su bien. Por ejemplo, puede ocurrir que esta retención se estructure como venta a plazos, en la que la transferencia solo se produce al expirar el plazo estipulado. En otras operaciones, la posesión del bien se traspasa al comprador en virtud de una “promesa de venta” o una “opción de compra”. Algunos Estados procuran regular este tipo de transacciones estipulando que la promesa de venta acompañada de entrega equivale a una venta. Algunas veces, el vendedor traspasa la propiedad al comprador en el momento de la venta, con la condición de que la titularidad del comprador se extinguirá retroactivamente si no paga el precio de compra según las condiciones convenidas.

24. En cada uno de esos casos, la característica fundamental es que el acuerdo del vendedor de posponer el pago completo (es decir, de brindar crédito) queda protegido ya sea retrasando el traspaso de la titularidad del bien al comprador o, menos comúnmente, traspasando al comprador la titularidad pero reservándose el derecho a recuperarla en caso de que incumpla su obligación de pago.

25. Otra forma que pueden revestir las operaciones utilizadas para servir la misma función económica es la “consignación”. La estructura típica de la consignación es la siguiente. El consignador (vendedor teórico) retiene la propiedad de los bienes (por lo general, existencias destinadas a la reventa), pero traspasa la posesión al

consignatario que queda autorizado a venderlos a un tercero. En este caso, el consignatario tiene la obligación de pagar al consignador un monto convenido. En el caso de una consignación genuina, el consignatario no tiene una obligación absoluta de pagar el precio convenido, sino que debe o bien pagar el precio convenido o bien devolver los bienes al consignador (derecho que un comprador genuino no tiene). Es indispensable, entonces, examinar la índole de la obligación del consignatario. Si es pagar el precio, pero con el pago demorado hasta que haya vendido los bienes, y el consignador retiene la propiedad de estos en calidad de garantía (como en una operación de retención de la titularidad), la transacción entra dentro de la categoría de operación de financiación de adquisiciones analizada en el presente capítulo. Este es, por otra parte, el caso incluso si la propiedad de los bienes consignados nunca se traspaasa formalmente al consignatario porque se considera que han sido transferidos directamente del consignador al tercero.

26. El caso más común de los arreglos antedichos es el de la operación de retención de la titularidad. En algunos Estados, la operación básica puede ser objeto de modificaciones mediante determinadas cláusulas que aumentan considerablemente su utilidad como mecanismo de financiación de adquisiciones. Así, por ejemplo, se puede permitir a las partes que acuerden una cláusula sobre “todas las sumas adeudadas” o sobre “cuenta corriente”. Cuando se utilizan esas cláusulas, el vendedor retiene la propiedad del bien hasta que el comprador haya saldado todas las deudas contraídas con él (y no solo las derivadas del contrato de venta de que se trate). Ello significa, por ejemplo, que el vendedor puede hacer valer los derechos retenidos de propiedad sobre el bien contra todo otro posible demandante hasta tanto el precio de todos los demás bienes que haya vendido al comprador se le haya pagado por completo.

27. Además, en algunos Estados se permite a las partes que agreguen cláusulas sobre el “producto”, en virtud de las cuales la propiedad del vendedor se extiende a la totalidad del producto redituado a partir de los bienes cuya propiedad retiene o sobre los que se considera que tiene una garantía real. Igualmente, algunos Estados permiten acordar cláusulas sobre el “producto” de la enajenación (para la definición de “producto”, véase Introducción, secc. B, Terminología), en virtud de las cuales los vendedores pueden reclamar la propiedad o una garantía real sobre el producto redituado por la venta de los bienes cuya propiedad han retenido (para el tratamiento del producto en el caso de las garantías reales ordinarias, véase recomendaciones 19 y 20), si bien el caso es poco frecuente. En la mayoría de estos Estados, sin embargo, la garantía real del vendedor sobre el producto no disfruta de prelación especial alguna.

28. Si bien no existen grandes divergencias en cuanto al alcance de las modificaciones que los Estados permiten a la operación básica de retención de la titularidad, muchos han adoptado una postura tradicional. En ellos, el régimen aplicable restringe estrictamente el alcance de la propiedad retenida por el vendedor. Ese derecho puede invocarse a) únicamente en los bienes vendidos (o sea, ni en el producto de su enajenación ni en bienes de sustitución); b) únicamente mientras el bien conserve su estado original (es decir, que no haya sido modificado mediante un proceso de manufactura); c) únicamente para garantizar su precio de venta; o d) únicamente cuando se cumplan dos cualesquiera de las condiciones anteriores.

29. Dado el actual carácter fundamental de la retención de la titularidad en muchos Estados, a los efectos del presente capítulo, el término “garantía de retención de la titularidad” se aplicará en forma genérica a la garantía del proveedor en virtud de todos los tipos de operaciones de venta en las que el comprador no

adquiere irrevocablemente la propiedad del bien hasta tanto el precio haya sido pagado en su totalidad (para la definición de “garantía de retención de la titularidad”, véase Introducción, sección B, Terminología).

**d) Arrendamientos, ventas a plazos y arrendamientos financieros**

30. El proveedor puede recurrir también a la figura del arrendamiento para que su cliente pueda usufructuar del bien sin tener que pagar inmediatamente el precio de compra. Existe una amplia variedad de operaciones de arrendamiento que pueden utilizarse como mecanismos de financiación de la adquisición. Por ejemplo, el proveedor de bienes de equipo puede arrendar un componente a una empresa, que toma posesión de él y efectúa pagos de alquiler mensuales. En este tipo de acuerdo el proveedor retiene por fuerza la propiedad del equipo (en su calidad de arrendador) y el arrendatario se limita a pagar el alquiler. Si bien es concebible que el acuerdo verse sobre materias primas o existencias, lo más común es que las partes recurran a este tipo de operaciones para que las empresas puedan usufructuar del bien (por ejemplo, maquinaria, vehículos, computadoras, fotocopiadoras, estanterías, mobiliario de oficina y demás elementos).

31. En muchos casos, el acuerdo de arrendamiento se estructura con miras a lograr el equivalente funcional de una venta con retención de la titularidad. Por ejemplo, la duración puede acordarse por la vida útil del bien, con lo cual, expirado el contrato, el arrendatario habrá disfrutado de un beneficio equivalente al de haber adquirido propiedad sobre él (independientemente de que la titularidad le haya sido traspasada y de si tiene la obligación de comprar el equipo al expirar el arrendamiento). Otra posibilidad es que el período de arrendamiento sea inferior a la vida útil del equipo pero que, a su término, el arrendatario tenga la opción de comprarlo por un precio nominal o de prorrogar el arrendamiento por el resto de dicha vida útil. En algunos Estados, este tipo de arreglo solo es permisible si el arrendatario no tiene la obligación o incluso el derecho de adquirir el bien. En estos Estados, lo que distingue el arrendamiento de la venta con retención de la titularidad es que la propiedad no llega a traspasarse. Solo que esta transferencia no tiene que ver con que la transacción se califique de operación de adquisición de financiación. Toda vez que la operación se califica de contrato de arrendamiento, lo que verdaderamente cuenta es si el arrendatario adquiere el usufructo del bien por al menos la mayor parte de su vida útil a cambio de pagos de alquiler teóricos que representen el equivalente económico de su precio en virtud del acuerdo de venta.

32. En varios Estados se logra un resultado similar a una venta con retención de la titularidad mediante arreglos llamados “operaciones de venta a plazos con opción de compra”. Pero no todos utilizan la expresión para el mismo tipo de arreglo. En algunos, por ejemplo, el acuerdo correspondiente se inicia cuando el arrendatario elige el equipo que le ofrece el proveedor. Como ocurre con el arrendamiento financiero usual, a menudo el arrendamiento abarca la vida útil del equipo y, al final del período acordado, el arrendatario adquiere automáticamente la propiedad o tiene la opción de comprarlo por una suma nominal. En otros Estados, el término se aplica a las operaciones mediante las cuales la empresa arrienda el bien directamente del fabricante y adquiere, entonces, automáticamente propiedad sobre él o tiene la opción de adquirirlo al expirar el período de arrendamiento. A los efectos de la Guía, el término se aplica a toda operación que se inicie como arreglo de arrendamiento, pero previendo la posibilidad de que el arrendatario adquiera la titularidad al cabo del período correspondiente.

33. Otra operación de financiación de adquisiciones que reviste la forma de un arrendamiento es lo que muchos Estados llaman “arrendamiento financiero”. En ellos, los arrendamientos financieros son objeto de ventajas fiscales especiales cuyo efecto económico es reducir el costo al arrendatario. Sea el acuerdo entre dos partes, el arrendador y el arrendatario, o tripartito, la operación adopta la forma de un arrendamiento. En cada caso, no obstante, la realidad económica es que el arrendatario está pagando a plazos el precio de compra teórico del bien, mientras que el arrendador sigue siendo el propietario hasta que se le abone el pago completo. Cabe señalar, empero, que los efectos económicos de las transacciones de este tipo como operaciones de financiación de la adquisición no tienen necesariamente que ver con la caracterización del arrendamiento financiero con fines fiscales. En consecuencia, la operación puede considerarse arrendamiento financiero en tanto que operación garantizada aunque no lo sea a efectos fiscales o viceversa.

34. Los Estados que utilizan de modo general operaciones bajo la forma de arrendamientos como mecanismos de financiación no solo emplean términos diferentes para denominarlas sino que les atribuyen diferentes efectos. En algunos, por ejemplo, el arrendatario puede vender el bien arrendado, mientras que el comprador de buena fe tiene la posibilidad de hacer valer sus derechos contra los de aquel. En ciertos de ellos, sin embargo, el arrendador puede reclamar su derecho sobre el producto de la venta. En otros, el arrendador tiene siempre la posibilidad de reclamar su derecho contra todo comprador ostensible. En algunos otros, en cambio, el arrendador puede reclamar el bien sin necesidad de orden judicial en caso de que el arrendatario no haya pagado su deuda. En otros, debe solicitar la cesación formal del contrato y reclamar la posesión por vía judicial. Por último, en ciertos Estados estas operaciones se rigen estrictamente por normas obligatorias, mientras que en otros los arreglos se adaptan al flujo de efectivo del arrendatario, al régimen tributario vigente y a otras necesidades las partes.

35. El análisis precedente revela una gran diversidad en estas operaciones de arrendamiento. Según la naturaleza de los bienes de que se trate, los períodos de arrendamiento pueden ir de unos pocos meses a varios años y los bienes arrendados ser de mucho valor, como aeronaves, o poco, como computadoras. En todos los casos, no obstante, y cualquiera la definición de arrendamiento financiero con fines fiscales o contables en el Estado en cuestión, a efectos del presente capítulo la expresión “garantía de arrendamiento financiero” se aplica genéricamente a todas las operaciones que revistan la forma de un arrendamiento pero en virtud de las cuales el arrendatario disfrute del equivalente funcional de la propiedad, independientemente de que se le traspase formalmente la titularidad sobre el bien (para la definición de “garantía de arrendamiento financiero”, véase Introducción, Sección B, Terminología).

**e) Garantías reales del vendedor**

36. Hoy en día, en muchos Estados, existen varios otros mecanismos jurídicos para garantizar el cumplimiento de las obligaciones de pago del comprador. Como ya se ha indicado, algunos de ellos nacen en virtud de la ley. Estas garantías no consensuales de los vendedores suelen presuponer que la propiedad del bien se ha traspasado al comprador. Por ejemplo, en algunos Estados el vendedor de bienes corporales goza de un “privilegio” de categoría superior o “garantía preferente” sobre el producto de su venta en liquidación. Sentencia contra el comprador mediante, el vendedor podrá invocar prelación al margen de que la liquidación sea

resultado de su intervención, la de un acreedor judicial o la de otro acreedor garantizado. Más aún, tal derecho preferente (frecuentemente llamado privilegio del vendedor) suele tener una prelación superior incluso a la de los acreedores garantizados consensuales.

37. En algunos Estados, el vendedor tiene también el derecho a negarse a entregar los bienes al comprador que no esté dispuesto a pagar el precio en el momento de la entrega. Este derecho a denegar la entrega suele comprender el de interrumpir el transporte de los bienes (derecho de detención en tránsito). Ocasionalmente, tal derecho se extiende como derecho de reclamación por un período breve (por ejemplo, 30 días) tras la entrega. No obstante, ninguno de esos derechos es particularmente eficaz como garantía real, ya que ambos presuponen que la venta se realiza en efectivo y no a crédito.

38. Además de estos derechos adscritos al contrato de venta, los vendedores tradicionalmente han podido asumir una garantía real ordinaria en los bienes que han vendido. En muchos Estados, empero, este no era un recurso eficaz dada la ausencia de un mecanismo de garantía real sin desplazamiento. Por ejemplo, el vendedor que ha traspasado la titularidad al comprador tendrá que mantener o recuperar la posesión del bien como promesa. Otros Estados, en cambio, hace tiempo que permiten a los compradores constituir garantías reales sin desplazamiento, a menudo bajo la forma de la llamada “hipoteca prendaria”. Más recientemente, algunos Estados que no permitían “hipotecar bienes muebles” han modificado su legislación para que el comprador pueda negociar una garantía real sin desplazamiento sobre los bienes que vende. Ese tipo de garantía suele darse únicamente en Estados que han decidido permitir que también se otorgue a los prestamistas.

39. Normalmente, el desarrollo de las garantías reales sin desplazamiento a favor del vendedor se ha dado juntamente con el de otro factor. Los vendedores que adquieren la garantía pueden, si siguen el debido procedimiento, invocar prelación sobre todas las demás garantías en el bien otorgadas por el comprador. En algunos Estados, esta garantía real del comprador se llama “hipoteca del vendedor”; en otros “derecho de retención del proveedor”/ o “carga del proveedor”; en unos terceros “interés sobre la garantía de venta”. El nombre carece de trascendencia. Lo que importa es a) que la garantía real sin desplazamiento del vendedor sea formalmente idéntica a la garantía real sin desplazamiento que pueda constituir un prestamista ordinario y b) que tenga determinadas ventajas especiales. El vendedor que constituye tal garantía suele poder invocar una prelación preferente sobre todo otro acreedor que invoque garantías sobre el mismo bien.

**f) Financiación de la adquisición por un prestamista**

40. En la mayor parte de las economías modernas, los prestamistas representan un importante sector del mercado de financiación de adquisiciones. No obstante, muchos Estados han impuesto importantes limitaciones sobre la capacidad del prestamista en este sentido. Por ejemplo, solía no ser posible que los compradores les otorgasen garantías reales sin desplazamiento. Incluso hoy varios Estados que permiten que los prestamistas adquieran garantías reales sin desplazamiento no les permiten, sin embargo, obtener derechos de prelación especiales sobre los bienes cuya adquisición financian. Aun cuando el crédito esté destinado expresamente a comprarlos y se utilice de hecho con ese propósito, el prestamista es considerado como un acreedor garantizado supeditado a las reglas de prelación que rigen las garantías reales. En consecuencia, en tales Estados, el prestamista que financia una

adquisición tiene menor prelación que un prestamista garantizado preexistente que goce de una garantía real en los bienes del mismo tipo que el comprador adquiriera posteriormente.

41. El único mecanismo mediante el cual los prestamistas podían gozar de la misma prelación privilegiada de vendedores y arrendadores era adquirirles sus garantías. Así, por ejemplo, cuando el vendedor retenía la propiedad en garantía del pago, el prestamista le pagaba a veces directamente el precio de compra a cambio de la cesión de su garantía del pago, juntamente con su garantía de retención de la titularidad. Igualmente, en los casos en que el régimen permitía al vendedor obtener consensualmente una garantía real con prelación especial en los bienes, el prestamista podía comprársela. Por último, en los casos en que la garantía real derivaba de un arrendamiento financiero, el prestamista compraba a veces al arrendador el contrato de arrendamiento (incluida la garantía de arrendamiento financiero). La forma particular de operación conocida como venta a plazos es una adaptación moderna de esa antigua práctica. Si bien estas garantías permiten a los prestamistas ingresar en el mercado de financiación de la adquisición, no promueven la competencia abierta entre los proveedores de crédito por cuanto a) o bien el vendedor (con frecuencia a expensas del prestamista) debe prestar su consentimiento o el prestamista debe participar en múltiples operaciones (por ejemplo, la compra y subrogación/ de las garantías del comprador); y b) el prestamista debe adquirir la titularidad sobre el bien (cosa que tal vez no desee).

42. Hoy día, sin embargo, para promover la competencia en materia de financiación de la adquisición, algunos Estados permiten que los prestamistas que ofrecen a los compradores préstamos para la adquisición de bienes constituyan en su propio nombre una garantía real preferente en ellos. Es decir, que ahora pueden efectivamente gozar de la condición privilegiada a la que antes solo tenían acceso comprando su garantía preferente al vendedor. No todos los prestamistas que conceden crédito que pueda usarse llegado el caso para comprar bienes corporales pueden reclamar una garantía real. Para ello, a) el prestamista deberá conceder el crédito concretamente para la compra de los bienes, b) el crédito deberá utilizarse efectivamente con ese fin y c) la garantía solo podrá invocarse en los bienes adquiridos con él.

43. Aunque este tipo especial de garantía real existe en varios Estados, no tiene mucha aceptación la idea de que el prestamista pueda obtener directamente una garantía real preferente del pago de la adquisición. De hecho, la mayoría de los Estados que permiten a los vendedores garantizar el precio de compra mediante una garantía específica de retención de la titularidad no permiten, sin embargo, a los prestamistas invocar garantías reales preferentes. En estos Estados, tanto prestamistas como vendedores pueden constituir garantías reales sin desplazamiento, aunque lo más común es que solo los vendedores tengan la opción de invocar ese tipo de garantías, que pueden ejercer como alternativa a la retención de la titularidad.

### **3. Enfoques de la financiación de la adquisición de bienes corporales**

#### **a) Observaciones generales**

44. Hasta ahora, los Estados han adoptado una amplia diversidad de enfoques para regular las operaciones de financiación de adquisiciones. Sin embargo, como ya se ha señalado, el objetivo fundamental solía ser la protección de los derechos de los vendedores. Además, hasta hace poco, en muchos Estados el comprador no podía otorgar garantías reales sin desplazamiento en bienes corporales, ni siquiera al

vendedor. Por esas dos razones, la retención de la titularidad pasó a ser una práctica cotidiana tanto en los ordenamientos de tradición jurídica romana como en los del derecho anglosajón. En algunos casos, los Estados han promulgado legislación para reconocer y regular este mecanismo. Con mayor frecuencia, sin embargo, su desarrollo ha obedecido a la evolución de las prácticas contractuales, cambios que los tribunales han ido reconociendo y perfeccionando.

45. Para comprender las opciones que se ofrecen a los Estados, conviene considerar brevemente los tres enfoques más comunes en esta materia: a) los que favorecen la financiación por el vendedor, b) los que promueven la financiación tanto por el vendedor como por el prestamista, y c) los basados en un abordaje unitario que no distinguen conceptualmente entre vendedores y prestamistas.

**b) Enfoques que favorecen la financiación de adquisiciones por el vendedor**

46. En muchos Estados el desarrollo de la legislación se ha centrado en la protección del vendedor. No hay Estado en el que la legislatura o los tribunales hayan procurado impedir que las instituciones crediticias financien adquisiciones. No obstante, como esta esfera se consideraba accesoria a la legislación de ventas, los mecanismos de retención de la titularidad y los económicamente equivalentes de que disponían los vendedores pero no las instituciones crediticias eran los principales cuando no los únicos de financiación de adquisiciones que permitían al comprador adquirir la posesión de los bienes.

47. Como elemento de la legislación concretamente atinente a los aspectos de la operación relativos a la propiedad, el carácter y los efectos de los mecanismos de retención de la titularidad pueden variar ampliamente de Estado en Estado. Muchas de estas diferencias son producto de la historia y de prácticas contractuales concretas adoptadas como respuesta a las normas legales vigentes en los diferentes Estados (y a menudo para superar las limitaciones que imponían). De esta suerte, la legislación en la materia ha tendido a desarrollarse en forma aleatoria, mediante nuevos contratos o condiciones noveles añadidas asistemáticamente, según lo requirieran las circunstancias, como sucedáneos de un régimen plenamente desarrollado de reglamentación de las operaciones de financiación de la adquisición. En consecuencia, las prácticas contractuales cotidianas no son a veces coherentes con la legislación ni las que adoptarían las empresas si el régimen jurídico estuviese ideado para promover un crédito garantizado eficiente.

48. El enfoque que ve al vendedor como fuente principal de la adquisición de financiación se basa a veces en una política de protección de los pequeños y medianos proveedores frente a las grandes instituciones financieras. Dicho enfoque reconoce a la vez la importancia de estos fabricantes y distribuidores para la economía nacional y la posición dominante de las grandes instituciones financieras en los mercados de crédito. La decisión política de conceder un trato especial a los vendedores se fundamenta en una serie de premisas. Una de ellas es que a los proveedores les conviene ofrecer crédito a tasas bajas para aumentar el volumen de sus ventas. Otra es que en ese caso el costo del crédito es asequible ya que muchos proveedores solo cobran intereses en caso de incumplimiento. Una tercera es que, en vista de que normalmente habrá varios proveedores que traten de vender bienes a mismo comprador, le ofrecerán precios competitivos.

49. Un Estado que se plantee la posibilidad de reformar el régimen de operaciones garantizadas deberá sopesar cuidadosamente estos supuestos. Aunque algunos estén justificados, otros tal vez no. Por ejemplo, que un proveedor venda bienes a un

comprador en virtud de un acuerdo de retención de la titularidad no significa necesariamente que las condiciones de crédito que ofrece no tengan costo alguno para este. La obtención de fondos con miras a ofrecer esas condiciones crediticias tiene, por lo pronto, su costo para el propio proveedor. Cuando no se cobran intereses a menos que haya incumplimiento, el costo del crédito para el proveedor queda incluido entonces en el precio de los bienes y se traslada al comprador.

50. Aun si un Estado interesado en promover la fabricación y la oferta de bienes corporales desea alentar a los vendedores a financiar las ventas, no necesita -ni debe- hacerlo impidiendo que otros lo hagan en condiciones competitivas. De la misma manera como la competencia entre los vendedores suele reducir los precios para los compradores, la competencia entre los proveedores de crédito normalmente reduce su costo para los prestatarios y acrecienta la disponibilidad. Promover la competencia entre todos los proveedores de crédito no solo permitirá a los compradores acceso a créditos a tasas de interés más asequibles, sino que probablemente les abrirá otras fuentes de financiación. Ello, a su vez, aumentará su capacidad para adquirir bienes corporales sin necesidad de que los propios vendedores financien a todos los posibles compradores.

51. Existen otros aspectos de la ineficiencia de las barreras jurídicas que impiden a financiadores distintos de los vendedores y los arrendadores otorgar crédito para adquisiciones directamente a los compradores o que les exigen conceder créditos únicamente por conducto del vendedor o del arrendador (obteniendo, respectivamente, una cesión de las garantías de retención de la titularidad o de arrendamiento financiero). Y, lo que es más importante, tratar la financiación de la adquisición simplemente como una cuestión de protección de las garantías reales de vendedores y arrendadores puede de hecho reducir su alcance. Muchos ordenamientos modernos ofrecen a los acreedores garantizados una serie de derechos de los que no siempre o no a menudo han dispuesto los vendedores que constituyen una garantía retención de la titularidad. Entre ellos figuran, por ejemplo, el derecho automático a invocar una garantía a) sobre los productos fabricados a partir de los bienes en cuestión; b) sobre el producto que genere su venta; o c) a hacer extensiva la garantía real a todas las deudas del comprador con el vendedor.

**c) Enfoques que promueven la financiación de adquisiciones por vendedores y prestamistas**

52. En parte para ampliar el abanico de proveedores de crédito y en parte para que los vendedores puedan valerse de la panoplia completa de derechos anteriormente a disposición de los prestamistas que constituían garantías reales, muchos Estados han reestructurado su régimen de modo de promover ese tipo de financiación por parte tanto de los vendedores como de los prestamistas. Para ello se han adoptado enfoques diferentes.

53. En algunos Estados que reconocen garantías especiales a los vendedores sobre la base de la reserva de la propiedad, los vendedores que retienen la titularidad pueden ampliar sus derechos en virtud de un contrato mediante la inserción de cláusulas adicionales en el acuerdo de venta. Por ejemplo, algunos Estados les permiten incluir cláusulas sobre los productos fabricados a partir de los bienes y otras (comúnmente llamadas "cláusulas sobre todas las sumas adeudadas") que permiten la retención de la titularidad sobre determinados bienes como garantía de todas las obligaciones contraídas por el comprador respecto del vendedor. Excepcionalmente, el Estado permite igualmente al vendedor que haya retenido la titularidad insertar en el contrato de venta una cláusula que extienda su derecho a

los créditos por cobrar y otros productos derivados de la venta de los bienes. No obstante, en la mayoría de los Estados que mantienen los derechos especiales de los vendedores sobre la base de la reserva de la propiedad, solo la simple retención de la titularidad se trata como mecanismo de titularidad, en tanto que estos arreglos más complejos no se reconocen o se tratan como mecanismos que dan lugar a garantías reales, así como a derechos fiduciarios y de otro tipo. Cabe señalar igualmente que algunos Estados también han acrecentado los derechos de los compradores en virtud del acuerdo de retención de la titularidad reconociendo su derecho de expectativa en bienes adquiridos y permitiendo al comprador que otorgue sobre ellos una garantía real de menor prelación a favor de otro acreedor (o, en el caso de bienes por adquirirse, la expectativa de recibirlos).

54. Algunos Estados han reformado su legislación de manera que los vendedores puedan constituir garantías reales preferentes, pero continúan permitiendo que la retención de la titularidad, los arrendamientos financieros y otros mecanismos similares coexistan como operaciones separadas de financiación de la adquisición. En estos Estados, los diversos mecanismos que recurren a la propiedad para garantizar la obligación del comprador suelen estar, empero, regulados básicamente por el mismo conjunto de reglas aplicables a las garantías reales de que goza el vendedor. Otros Estados mantienen los tradicionales derechos en garantía real de la financiación y garantía real del pago de la adquisición del vendedor, pero también permiten a los prestamistas invocar garantías reales. Para obviar el riesgo de una coordinación deficiente entre los diversos tipos de adquisición de la financiación, esos Estados suelen dar un paso más y exigen que los compradores inscriban una notificación de su garantía de retención de la titularidad en el registro general de garantías reales y sigan los mismos procedimientos aplicables para hacerla.

55. Este último enfoque obedece a una política de tratar, hasta donde sea posible, en pie de igualdad todas las operaciones de financiación de la adquisición de bienes corporales. Se parte de que la creación de iguales oportunidades para todos los proveedores de crédito se traduce en una mayor competencia entre ellos, con lo cual aumenta el volumen disponible y disminuye el costo para beneficio tanto de compradores como de vendedores. Estos ordenamientos modernizados integran pues las garantías de vendedores y arrendadores en el régimen de operaciones garantizadas, facilitando así la financiación sobre la base de la expectativa del comprador o del arrendador, pero no permiten en cambio a otros financiadores competir directamente por una garantía de primer orden en los bienes adquiridos. En otras palabras, si bien han adoptado ordenamientos que promueven grandemente la igualdad de oportunidades para la provisión de créditos destinados a financiar adquisiciones, siguen privilegiando en este sentido a los vendedores sobre los prestamistas.

**d) Enfoque basado en la plena integración de las garantías reales de los “préstamos de dinero para financiar compras”**

56. Algunos Estados han ido aún más lejos. No solo han adoptado un enfoque que permite y promueve el otorgamiento de créditos de adquisición tanto por vendedores como por prestamistas, sino que han promulgado también ordenamientos que tratan en pie de igualdad a todos los proveedores de crédito destinados a tal fin. En tales Estados, los prestamistas pueden gozar de la misma prelación preferente que los vendedores que constituyen garantías reales. A efectos de la reglamentación, las diferentes garantías reales de que disponen los propietarios (retención de la titularidad, arrendamiento financiero y otros mecanismos similares) están a) plenamente integradas en un único tipo funcional de garantía real; y b) reciben

tratamiento idéntico a las garantías reales tradicionales del pago de las adquisiciones de que disponen vendedores y prestamistas. En muchos Estados que han adoptado este enfoque, esas diversas garantías de pago son calificadas todas como garantías reales de los “préstamos de dinero para financiar compras” (para la definición de “garantía real” y “garantía real del pago de la adquisición”, véase Introducción, secc. B, Terminología).

57. La aplicación del enfoque de las garantías reales de los “préstamos de dinero para financiar compras” se rige por importantes principios. El primero es que tal garantía, que en la Guía recibe el nombre de “garantía real del pago de la adquisición”, es un concepto genérico. O sea, que es aplicable a toda operación mediante la cual el financiador brinda crédito para que el comprador pueda adquirir bienes corporales y constituye sobre ellos una garantía para asegurarse el reembolso. El segundo principio es que se trata de un tipo de garantía real. Es decir, que, salvo cuando las circunstancias particulares de la financiación de la adquisición exijan una regla especial aplicable exclusivamente a tales garantías, todas las reglas aplicables a las garantías reales en general se aplican también a las del pago de la adquisición.

58. Las siguientes son las características fundamentales de las garantías reales del pago de la adquisición en los Estados que han adoptado el enfoque unitario de las garantías reales del crédito de compra:

a) La garantía está disponible no solo a los proveedores de bienes corporales, sino también a todos los demás financiadores, incluidos prestamistas y arrendadores financieros;

b) El acreedor garantizado recibe, a efectos de las operaciones garantizadas, una garantía real, independientemente de que retenga la titularidad de los bienes;

c) El comprador puede ofrecer a otros acreedores una garantía real de prelación inferior sobre los mismos bienes (y, por tanto, utilizar el valor total de su activo para obtener mayor crédito);

d) Independientemente de que el acuerdo mediante el cual se constituye una garantía real de adquisición se denomine garantía real, o de que se trate de una garantía de retención de la titularidad o de arrendamiento financiero, el acreedor con la garantía real del pago de la adquisición, al igual que todos los demás acreedores garantizados, debe normalmente inscribir la correspondiente notificación en el registro;

e) Una vez inscrita, la garantía es oponible a terceros;

f) Si la notificación es inscrita al poco tiempo de la entrega de los bienes, la garantía tendrá normalmente prelación frente a las de otros reclamantes, incluido todo acreedor con una garantía real preexistente en bienes futuros (o comprados con posterioridad);

g) Si el financiador garantizado es el vendedor o el arrendador, puede hacer valer sus garantías, dentro o fuera del marco del procedimiento de insolvencia, igual que todos los demás acreedores garantizados y carece de garantías adicionales en razón de la titularidad.

59. En los últimos decenios, un creciente número de Estados ha adoptado este enfoque unitario de la financiación de la adquisición. Esta tendencia puede observarse también a nivel internacional. Por ejemplo, el Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil, del Instituto

Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit), regula la oponibilidad de la retención de la titularidad y los arrendamientos financieros aplicando reglas separadas, aunque básicamente similares a las que rigen las garantías reales. En consecuencia, hace extensivo el registro internacional previsto en él, que ya era aplicable a las garantías reales, a los acuerdos de retención de la titularidad y de arrendamiento financiero. Además, en virtud de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional<sup>1</sup>, las mismas reglas se aplican a a) las cesiones a título de garantía; b) las cesiones puras a efectos de garantía; y c) las cesiones simples y puras (véase el apartado a) del artículo 2), con lo cual evita establecer una distinción entre garantías reales y mecanismos de titularidad. De hecho, el artículo 22 de la Convención, que aborda expresamente diversos conflictos de prelación, incluye el conflicto entre un cesionario de créditos por cobrar y un acreedor del cedente cuya garantía de retención de la titularidad sobre bienes corporales abarca los créditos por cobrar por concepto de su venta. Finalmente, el mismo enfoque de la financiación de la adquisición de bienes corporales lo siguen el Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo en su Ley Modelo sobre Operaciones Garantizadas, la Organización de los Estados Americanos en su Ley de Garantías Mobiliarias, y el Banco Asiático de Desarrollo en su Guía de Registros de Bienes Muebles.

#### **4. Opciones básicas**

##### **a) Observaciones generales**

60. La Guía (véase capítulo I, sección B, enfoques básicos de la reglamentación de operaciones garantizadas) examina los enfoques básicos de las garantías reales que podría adoptar un Estado que esté contemplando la posibilidad de reformar su régimen en la materia. Una cuestión fundamental que se aborda en dicho capítulo es la forma de tratar las operaciones que, aunque cumplen la función económica de operaciones garantizadas, se efectúan recurriendo a la titularidad de los bienes para garantizar el pago completo del crédito. La cuestión se plantea tanto en el contexto de la insolvencia como al margen de él.

61. Muchos Estados mantienen aún una diversidad formal de mecanismos de financiación en todas las situaciones. O sea, que reconocen a la vez los mecanismos de garantía y las transferencias fiduciarias de títulos e hipotecas y ventas con derecho de redención, mediante los cuales, para garantizar el cumplimiento de una obligación, el prestamista recurre al traspaso de la propiedad de los bienes del prestatario. Otros mantienen esta diversidad formal en situaciones ajenas a la insolvencia, pero en el marco de dicho régimen califican como mecanismos de garantía las operaciones en las que el derecho de propiedad (o titularidad) se utiliza para garantizar el pago del crédito. En ellos, todas las operaciones que cumplen la función económica de una garantía son tratadas como funcionalmente equivalentes a efectos de la insolvencia.

62. Otros Estados han hecho extensivo ese enfoque de “equivalencia funcional” a contextos relacionados y no relacionados con la insolvencia. Sus ordenamientos reconocen el carácter específico de esas diversas operaciones atinentes a la titularidad. Los vendedores siguen pudiendo realizar operaciones de venta con retención de la titularidad o venta resolutoria y se continúa permitiendo a los prestamistas que realicen operaciones hipotecarias o de venta con derecho de

---

<sup>1</sup> Publicación de las Naciones Unidas, N° de venta S.04.V.14.

redención. Sin embargo, a fin de velar por la coordinación adecuada entre esas diversas operaciones y asegurar en la medida posible su igualdad de tratamiento, tales Estados someten todas las operaciones de ese tipo, como quiera se denominen, a reglas que producen resultados funcionalmente equivalentes.

63. Por último, algunos Estados aplican esa lógica hasta sus últimas consecuencias y adoptan lo que cabría llamar enfoque “unitario” (o “integrado”). El régimen de operaciones garantizadas de esos Estados califica de garantías las diversas operaciones que cumplan la función económica de tales, independientemente de su forma, denominándolas expresamente “garantías reales” (para la definición de “garantía real”, véase Introducción, secc. B, Terminología). En estos Estados, pues, el ordenamiento no mantiene simplemente una diversidad de mecanismos tratados como “equivalencia funcional”, sino que los recharacteriza a todos como garantías reales en la medida en que desempeñen la función económica de tales.

64. La Guía recomienda este último enfoque respecto de las operaciones garantizadas sin fines de adquisición. Todas las operaciones en que los derechos sobre un bien, comprendida la propiedad, se utilizan para garantizar la obligación ordinaria de pago del prestatario deberían tratarse como mecanismos de garantía y ser identificadas como tales dentro y fuera del contexto de la insolvencia (véase recomendaciones 11 y 12). La Guía denomina esta opción enfoque “unitario y funcional”. Como se ha explicado (véase párrs [...] *supra*), sus principales ventajas son tres: a) promueve de manera más evidente la competencia entre los proveedores de crédito sobre la base del costo y, por lo tanto, ofrece mayores posibilidades de aumentar la oferta de crédito más barato; b) ofrece mayores posibilidades de que las decisiones legislativas obedezcan a razones de eficiencia comparativa; y c) como todas las operaciones mediante las cuales se constituyen garantías reales se tratan en pie de igualdad, el régimen resulta más sencillo de promulgar y aplicar.

65. Cuando la obligación garantizada es el pago del precio de compra de un bien corporal (o sea, cuando está de por medio una operación de financiación de la adquisición), la cuestión es conceptualmente más compleja, ya que además de prestamistas intervienen vendedores. Por consiguiente, los Estados tendrán que determinar en este caso: a) si la lógica de las operaciones garantizadas tiene más peso que la de la ley de ventas y arrendamientos (o más concretamente, la de la ley de propiedad) toda vez que vendedores y arrendadores recurren a esas operaciones para garantizar el pago del precio de compra (o su equivalente económico) de bienes corporales; o b) si en tales casos la lógica de la venta y del arrendamiento debe primar sobre la de las operaciones garantizadas. A tal fin, los Estados deben ante todo considerar si proporcionar resultados funcionalmente equivalentes es la manera más eficaz de alcanzar una equidad sustantiva entre los financiadores y, en ese caso, si toca adoptar el enfoque integrado como forma más idónea para crear un marco reglamentario que asegure la equivalencia funcional de los resultados.

**b) Equivalencia funcional: un concepto genérico de la financiación de la adquisición**

66. Como se ha señalado (véase párrafos [...]), si bien están estrechamente vinculados, los principios de funcionalidad e integración son independientes. El análisis destaca asimismo que la igualdad de oportunidades a la hora de otorgar créditos es uno de los objetivos que los Estados deben perseguir al acometer la reforma de su régimen general de operaciones garantizadas.

67. Hay buenas razones de política económica que podrían mover a los Estados a adoptar el principio de la funcionalidad respecto de la financiación de adquisiciones.

En las economías de mercado, la creación de iguales oportunidades para todos los proveedores de crédito aumentará la competencia entre ellos, con lo cual se acrecentará igualmente el volumen de crédito disponible y se reducirá su costo. No hay ninguna razón económica imperiosa para que el fabricante o el distribuidor de bienes corporales gocen de un monopolio de la financiación. Una vez que se acepte que los financiadores deben poder competir por ofrecer crédito a los compradores, el régimen jurídico en cuyo marco cumplan esa función no debería crear incentivos a favor de uno u otro subgrupo. La manera más eficiente de asegurar que tal competencia se base exclusivamente en las condiciones que ofrezca cada financiador es establecer reglas jurídicas que les den a todos un tratamiento funcionalmente equivalente.

68. Se sigue que debería permitirse a los compradores buscar la mejor oferta posible. Deberían, pues, tener iguales oportunidades para negociar con cualquier posible financiador las condiciones del préstamo y del pago, el tipo de interés, las circunstancias que constituirían un incumplimiento y el alcance de la garantía que otorgan. Si el régimen jurídico permite que algunos financiadores obtengan mejores garantías reales que otros, quedará comprometida esa igualdad. En otras palabras, desde el punto de vista económico, la financiación de adquisiciones no presenta ninguna peculiaridad que induzca a un Estado a adoptar en materia de competencia por la oferta de crédito para la financiación de adquisiciones un enfoque diferente del que adopta en relación con la financiación ordinaria sin fines de adquisición.

69. Hay también razones relacionadas con la estructura de las instituciones jurídicas que pueden inducir a un Estado a adoptar el principio de la equivalencia funcional. Como ya se ha señalado (véase párrs. 36 a 39), tradicionalmente los Estados han organizado la concesión de crédito a los compradores de bienes corporales otorgando ciertos derechos concretos a los vendedores (partiendo tal vez del supuesto de que estos proporcionarían la mayor parte del crédito y que la mayoría de las ventas serían operaciones que se realizarían una sola vez en relación con un bien determinado). La preocupación primordial era simplemente asegurarse de que en caso de que el comprador no pagase el precio de compra, el vendedor pudiera recuperar el bien expeditamente y libre de cualquier gravamen de terceros. O sea, que el crédito era simplemente un apéndice de la venta y el interés principal del vendedor recibir el valor económico de los bienes en cuestión. Dos novedades exigieron replantearse esta posición.

70. En primer lugar, a raíz de la expansión de las economías, aumentó la necesidad de crédito para adquisiciones y los vendedores se encontraron a menudo en una situación en la que no podían satisfacer en su totalidad las correspondientes necesidades de los compradores. Especialmente cuando fabricantes, mayoristas y minoristas compraban grandes cantidades de materias primas y existencias, se fue haciendo cada vez más común la práctica de que los bancos, empresas financieras y otros prestamistas concedieran créditos con la finalidad expresa de adquirir dichas materias primas y existencias. En segundo lugar, los tipos de equipo que se necesitaban para la fabricación y distribución de los bienes se volvían cada vez más complejos y costosos. Con frecuencia los proveedores no tenían cómo conceder la financiación requerida por sus respectivos compradores. Además, a menudo por razones fiscales, los compradores descubrieron que a veces era económicamente más ventajoso arrendar el equipo en lugar de comprarlo. Tales operaciones de arrendamiento fueron frecuentemente estructuradas como equivalentes económicos de una venta a crédito.

71. En ambos casos, una persona distinta del vendedor directo de los bienes suministraba al comprador (o comprador teórico) el crédito necesario para la adquisición. Los Estados tuvieron que decidir entonces si se justificaba o no seguir considerando los derechos del vendedor como fundamento paradigmático de la financiación de las adquisiciones. Los principales motivos de preocupación radicaban en que a) aunque tradicionalmente los vendedores podían obtener en el bien vendido una garantía real de máxima prelación respaldada por su derecho de propiedad, otros financiadores, como los prestamistas, no podían hacerlo; y b) cuando la operación se estructuraba como arrendamiento y no como venta en la que el vendedor traspasaba la titularidad al comprador a cambio del derecho a anular la venta en caso de incumplimiento, no era en general posible que el arrendatario presentara el bien arrendado como garantía para otro crédito. Esas inquietudes llevaron a los Estados a plantearse si un concepto genérico de operación de financiación de la adquisición no sería una fundamentación más apropiada para este aspecto del régimen de operaciones garantizadas.

72. Muchos Estados llegaron a la conclusión de que, aun cuando decidieran que se debería continuar permitiendo que los vendedores protegieran sus derechos mediante la retención de la propiedad de los bienes hasta que el comprador abonara el pago completo, el régimen jurídico sería menos incierto y daría lugar a menos litigios si no se trazaban distinciones puramente formales entre los derechos que pueden invocar los diferentes financiadores. Esas consideraciones los llevaron a simplificar sus ordenamientos adoptando el enfoque de la equivalencia funcional: todas las operaciones a que se recurriera para financiar la adquisición de bienes corporales serían tratadas básicamente de la misma manera, independientemente de la forma que adoptasen e independientemente de la condición jurídica del acreedor (vendedor, arrendador o prestamista).

73. De conformidad con la recomendación de que los Estados adopten el enfoque de la equivalencia funcional, en el presente capítulo la Guía recomienda que los Estados lo adopten también respecto de todas las operaciones de financiación de adquisiciones, como quiera se denominen (véase finalidad del enfoque unitario, capítulo I, seccs. A y B). En otras palabras, la Guía recomienda que los Estados promulguen ordenamientos que establezcan la funcionalidad equivalente, independientemente de que también decidan adoptar el enfoque unitario (véase recomendación 174 para el enfoque unitario y 185 para el no unitario).

#### **c) Enfoques unitario y no unitario de la equivalencia funcional**

74. La segunda opción fundamental que se plantea a los Estados se relaciona con la manera de formular su legislación para lograr la equivalencia funcional. Una vez más, el principal objetivo es asegurarse de que, en la medida posible, el régimen jurídico se conforme de modo de facilitar la oferta más amplia de crédito al costo más bajo posible. Hay dos formas posibles de lograrlo.

75. En primer término, los Estados pueden optar por dejar sin efecto las distinciones entre las diversas formas de operaciones de financiación de adquisiciones y adoptar una caracterización única. Es lo que la Guía recomienda para las garantías reales en general. El mecanismo para lograr la equivalencia funcional suele llamarse enfoque “integrado”. Dadas las alternativas examinadas en el presente capítulo, este enfoque se denomina enfoque unitario de la financiación de las adquisiciones. Todas las operaciones de financiación de la adquisición realizadas en virtud del enfoque unitario darán lugar a “garantías reales del pago de la adquisición” y todos los financiadores serán considerados “acreedores garantizados financiadores de la

adquisición” (para la definición de “garantía real del pago de la adquisición” y “acreedores garantizados financiadores de la adquisición”, véase Introducción, secc. B, Terminología).

76. La segunda posibilidad es que los Estados decidan mantener la modalidad de operaciones de financiación existentes y la denominación que las partes den a su acuerdo (por ejemplo, venta, arrendamiento o préstamo), a reserva de que un tribunal la declare ficticia. No obstante, para lograrlo será necesario que adapten y racionalicen las reglas técnicas que aplican a de cada operación, a fin de promover la equivalencia funcional general. La Guía denomina ese mecanismo de regulación del crédito para adquisiciones enfoque “no unitario”. Las operaciones de financiación de la adquisición realizadas con arreglo al enfoque no unitario darán lugar a “garantías de retención de la titularidad” o a “garantías de arrendamiento financiero”, toda vez que entre en juego un mecanismo de titularidad, o bien a “garantías reales del pago de la adquisición” a favor de acreedores garantizados financiadores de adquisiciones, en caso de que se constituya una garantía real (a favor de un prestamista o un vendedor que traspasa la titularidad al comprador) (para las definiciones de los términos mencionados en el presente párrafo, véase Introducción, secc. B, Terminología).

77. Con arreglo a un régimen distinto del de operaciones garantizadas, optar por uno u otro de esos dos enfoques podría tener importantes consecuencias. Por ejemplo, podría afectar a los derechos de terceros tanto en el marco de los procedimientos de insolvencia como al margen de ellos (las cuestiones de insolvencia se examinan en la secc. A *infra* y en el capítulo XIV, Efecto de la insolvencia en las garantías reales). Además, habiendo optado por uno u otro de estos enfoques, los Estados tendrán también que decidir exactamente de qué manera formularán las reglas concretas que regirán todos los aspectos de las operaciones de financiación de la adquisición e integrarlas en un régimen general de compras y arrendamientos.

78. La adopción del enfoque unitario tiene una triple consecuencia. En primer lugar, todos los mecanismos de financiación de adquisiciones, independientemente de su forma, se considerarán mecanismos de garantía y quedarán sujetos a las mismas reglas que gobiernan las operaciones garantizadas sin fines de adquisición. En segundo lugar, el derecho del acreedor en bienes corporales con arreglo a una venta con retención de la titularidad en virtud de condiciones resolutorias, acuerdo de compra a plazos, arrendamiento financiero u otra operación similar se considerará garantía real y se regirá por las mismas normas que gobernarían una garantía real concedida a un prestamista. Tercero, en tales casos se considerará que el comprador ha adquirido la propiedad del bien independientemente de que el vendedor retenga la titularidad por contrato.

79. Los Estados pueden seguir uno de dos caminos para promulgar el enfoque unitario en casos en que los vendedores recurren a un mecanismo de retención de la titularidad o de arrendamiento financiero. En primer término, pueden estipular que el comprador pasa a ser el propietario a todos los efectos, lo cual significa que tendrían que enmendar expresamente otras disposiciones legislativas (como los estatutos fiscales) si desean que en tales operaciones los vendedores queden sujetos al mismo régimen de tributación que los propietarios. La segunda posibilidad sería estipular que los compradores pasasen a ser propietarios únicamente a efectos del régimen de operaciones garantizadas y sus esferas conexas (en particular, el régimen de relaciones entre el deudor y el acreedor y el régimen de insolvencia). Es importante señalar, sin embargo, que la coherencia del ordenamiento requiere que se

adopte respecto de las operaciones de financiación de las adquisiciones el mismo criterio que para las operaciones sin fines de adquisición.

80. En vista de que la Guía recomienda el enfoque unitario, las operaciones tradicionales de los prestamistas, como las ventas con derecho de redención, las ventas con contra arrendamiento/ y las transferencias fiduciarias de titularidad se consideran todas garantías reales ordinarias. Solo en relación con las operaciones de los vendedores (y las “operaciones tipo vendedor” como los arrendamientos financieros) prevé un enfoque no unitario de las operaciones de financiación de la adquisición. Dicho lo cual, incluso cuando los Estados adopten el enfoque no unitario, deberán estructurar el régimen de modo que refleje el principio de la equivalencia funcional (véase recomendación 185). Debería, por ejemplo, tratar de manera funcionalmente equivalente a los vendedores que retienen la titularidad, a los que no retienen la titularidad pero sí el derecho a cancelar la venta, a los que retienen la titularidad pero obtienen en el bien vendido una garantía real ordinaria del pago de la adquisición, a los arrendadores que retienen la titularidad y a los prestamistas que retienen en el bien vendido o arrendado una garantía real ordinaria del pago de la adquisición.

81. En principio, los Estados que adoptan un enfoque no unitario podrían lograr de dos maneras la equivalencia funcional entre los derechos de los vendedores que retienen la titularidad y los arrendadores financieros, por una parte, y los de los acreedores garantizados financiadores de la adquisición, por otra: a) modelando los derechos otorgados a demandantes que retienen la titularidad y a demandantes similares ajustándolos a los derechos de que gozan los acreedores garantizados financiadores de la adquisición que no sean vendedores ni arrendadores; o b) modelando los derechos de esos otros acreedores garantizados financiadores de la adquisición ajustándolos a los derechos de que ya gozan los acreedores que retienen la titularidad. En el primer caso, aunque todos los financiadores de la adquisición recibirían el mismo tratamiento (como acreedores garantizados), los que retengan la propiedad tendrían derechos ligeramente diferentes de los propietarios propiamente dichos. En el segundo caso, aunque todos los financiadores de la adquisición y acreedores garantizados financiadores de la adquisición serían tratados de la misma forma (o sea, como propietarios), los acreedores garantizados financiadores de la adquisición y los acreedores garantizados que no sean financiadores de la adquisición estarían sujetos a reglas ligeramente diferentes. Si bien desde el punto de vista formal estas pueden parecer opciones igualmente viables, habida cuenta del objetivo general de permitir a las partes obtener crédito garantizado en forma sencilla y eficiente, hay varias razones que hacen aconsejable el primer enfoque para lograr la equivalencia funcional en un régimen no unitario.

82. Se puede comenzar por el fin perseguido. La pregunta es cuál de esos enfoques ofrece mayores probabilidades de obtener, independientemente de la fuente de crédito, la financiación más transparente y a más bajo costo. En primer lugar, sería una tarea muy compleja formular un conjunto de reglas que trataran a los prestamistas como propietarios (en vista especialmente de que los prestamistas normalmente no poseerán la competencia técnica necesaria para vender y mantener los bienes en cuestión). En segundo lugar, aunque estos prestamistas se consideraran propietarios, su propiedad no sería idéntica a la corriente, ya que sus derechos de ejercerla se ajustarían para proteger los de ciertos terceros que pudieran haber constituido una garantía en el derecho de expectativa del comprador. En tercer lugar sería muy complicado formular un conjunto de reglas que distingan entre los derechos accesorios que se conceden a dos clases de prestamistas, a saber, los

garantizados corrientes y los garantizados financiadores de la adquisición. En cuarto lugar, resulta mucho más sencillo modelar los derechos y obligaciones del vendedor que goza de un derecho en garantía del pago de la financiación (en relación, por ejemplo, con la constitución, oponibilidad a terceros, orden de prelación frente a demandantes concurrentes y ejecución), ajustándolos a los derechos y obligaciones del vendedor o del prestamista que dispone de una garantía real (acreedor garantizado financiador de la adquisición). La razón radica en que ese enfoque aumentaría la coherencia general del régimen de operaciones garantizadas, al tiempo que permitiría a los Estados introducir los ajustes necesarios para mantener la coherencia de su régimen de propiedad reflejado en el régimen de venta y arrendamiento. De ahí que la Guía recomiende que los Estados que opten por el enfoque no unitario procuren la equivalencia funcional modelando las garantías de retención de la titularidad y de arrendamiento financiero a tenor de las garantías reales del pago de la adquisición y no al revés (véase recomendación 185).

83. La Guía recomienda igualmente que los Estados adopten el enfoque unitario con miras a la equivalencia funcional de las operaciones garantizadas sin fines de adquisición. Sugiere, en consecuencia, que, en lo posible, los Estados adopten también el enfoque unitario para lograr la equivalencia funcional entre los mecanismos de financiación de la adquisición. Reconoce, no obstante, que algunos Estados consideren tal vez necesario retener los mecanismos de titularidad aplicables a los derechos de los vendedores, arrendadores financieros y otros proveedores. Por esa razón, en cada una de las subsecciones del presente capítulo (A.5-A.11) las cuestiones pertinentes se examinan según se plantean en los ordenamientos jurídicos contemporáneos. Cada subsección concluye con un examen de la mejor forma como se podría reformar el régimen de financiación de adquisiciones según se adopte uno u otro enfoque.

84. En la sección B figuran recomendaciones paralelas como opción A y opción B. En primer término se presentan recomendaciones acerca de la forma como los Estados deberían formular los detalles de un enfoque unitario y funcional de las operaciones de financiación de la adquisición. La Guía recomienda implícitamente este enfoque a los Estados que promulgan por primera vez disposiciones legislativas para regular toda la gama de operaciones garantizadas, aunque aquellos que tengan un régimen global pueden sin duda aprovechar asimismo este enfoque. La segunda serie de recomendaciones trata de la forma en que los Estados que escojan el enfoque no unitario deberían formular reglas para la financiación de las adquisiciones mediante mecanismos de titularidad y, en particular, de las operaciones de retención de la titularidad y arrendamiento financiero, así como de las garantías reales del pago de la adquisición, de modo que en el enfoque no unitario se puedan lograr igualmente las ventajas económicas del enfoque unitario.

## **5. Constitución (validez entre las partes)**

85. En el capítulo relativo a la constitución de una garantía real (validez entre las partes), la Guía examina los requisitos para que una garantía real sea válida entre las partes (el otorgante y el acreedor garantizado). En ese capítulo también se utiliza el término “constitución” para calificar los requisitos necesarios a efectos de la validez entre las partes. Como se explica allí, el criterio básico es hacer que los requisitos de validez sean lo más sencillos posible (véase párrs. [...]). La manera concreta en que esos requisitos podrán ser transpuestos a la regulación de la validez de los derechos que se derivan de una operación de financiación de la adquisición dependerá de que el Estado adopte el enfoque unitario o no unitario.

86. No obstante, en los Estados que continúan diferenciando las operaciones de retención de la titularidad de las de arrendamiento financiero, no es evidente que “constitución” sea el término más apropiado para denominar la manera como el vendedor en virtud del derecho de retención de la titularidad o el arrendador en razón del contrato de arrendamiento “adquieren” sus derechos. Por ejemplo, los derechos de propiedad del arrendador no se constituyen en virtud del contrato de arrendamiento, pues ya es propietario en el momento de firmar el contrato de arrendamiento. De igual manera, el vendedor que retiene la propiedad no se está constituyendo un nuevo derecho sino simplemente haciendo valer el derecho de propiedad que tenía previamente. No obstante, para facilitar la formulación, los acuerdos en virtud de los cuales el arrendador o el vendedor pueden continuar haciendo valer su derecho de propiedad frente a aquel al que han otorgado la posesión de los bienes se caracterizarán a veces como acuerdos por los que se “constituyen” derechos reales en garantía de la financiación de la adquisición. Se podrá argumentar, con todo, que en los Estados en los que en virtud de un acuerdo de retención de la titularidad el comprador adquiere una expectativa de propiedad, se crea un nuevo tipo de propiedad bifurcada y que, por tanto, cabe hablar de “constitución” de un derecho de retención de la titularidad distinto de la propiedad en el sentido tradicional.

87. Los Estados que no tratan de igual manera todas las operaciones de financiación de la adquisición imponen una amplia variedad de requisitos para que las garantías del pago correspondientes tengan validez entre las partes. Por lo pronto, tales requisitos pueden variar dentro de cada Estado según la operación de que se trate (retención de la titularidad, arrendamiento financiero o garantía real). Además, pueden variar también ampliamente entre los distintos Estados, incluso con respecto al mismo tipo de operación. En otras palabras, no todos los Estados conciben en forma idéntica los derechos de retención de la titularidad y de arrendamiento financiero y, por consiguiente, no todos imponen el mismo requisito para la constitución o reserva de ese derecho.

88. Como derecho en garantía de la financiación de la adquisición, la retención de la titularidad se suele considerar derecho de propiedad que nace como parte del contrato de venta (como cláusula de uno de los documentos que dan fe de la venta). Lo cual significa que, en muchos ordenamientos, los requisitos formales de constitución del derecho de retención de la titularidad son los aplicables a los contratos de venta en general, sin que se exijan nuevos requisitos concretos de forma. De ahí que, si un Estado acepta que un contrato para la venta de bienes corporales puede celebrarse verbalmente, la cláusula que estipula que el vendedor retiene la propiedad hasta que se abone completamente el precio de compra podrá también acordarse en forma verbal. En tales casos, la retención de la titularidad por el vendedor podrá convenirse de palabra o sobre la base de la correspondencia entre las partes, de una orden de compra o de una factura en la que consten las condiciones generales. Estos documentos pueden ni siquiera llevar la firma del comprador, pero este puede aceptar implícitamente las condiciones estipuladas al recibir la entrega de los bienes y abonar la parte del precio de compra indicado, por ejemplo, en la orden o en la factura. En otros Estados, aunque el contrato ordinario de venta se celebre verbalmente, se puede exigir una constancia escrita (así sea mínima), una fecha precisa, una inscripción notarial o incluso la inscripción en un registro, para que la cláusula de retención de la titularidad tenga validez entre las partes.

89. Los financiadores que celebren contratos de arrendamiento financiero, acuerdos de venta a plazos y operaciones similares pueden retener también la propiedad en vista de la propia naturaleza de tales arreglos. La validez del derecho del arrendador, por ejemplo, dependerá de que arrendador y arrendatario cumplan los requisitos formales corrientes de oponibilidad aplicables al correspondiente acuerdo de arrendamiento financiero o de venta a plazos.

90. En la mayoría de los Estados, solo el propio vendedor o arrendador financiero puede beneficiarse, según el caso, del derecho de retención de la titularidad o de arrendamiento financiero y puede exigírsele que cumpla con las correspondientes formalidades. Otros financiadores de la adquisición, como los prestamistas, no pueden adquirir directamente el derecho de retención de la titularidad ni el de arrendamiento financiero. Para ello, deben obtener del vendedor la cesión del saldo pendiente del precio de compra o del arrendador la del contrato de arrendamiento. Por consiguiente, los requisitos de forma para que ese derecho sea eficaz son, en primer lugar, los aplicables al acuerdo inicial con el comprador o con el arrendatario y, en segundo lugar, los aplicables a la cesión de ese tipo de contrato. En muchos de estos Estados resulta igualmente posible que el prestamista que ofrece el crédito para la adquisición constituya una garantía real. Así y todo, estos Estados suelen no permitir que dichos prestamistas adquieran los derechos preferentes del vendedor que retiene la titularidad, o incluso (en los Estados que permiten que los vendedores adquieran el derecho de posesión sin desplazamiento) conceden la posesión preferente al vendedor que constituye una garantía real.

91. Existen, empero, varias razones por las que los Estados pueden considerar conveniente permitir que los prestamistas adquieran la condición de acreedores garantizados (es decir, sin aceptar cesión de un derecho de retención de la titularidad o de arrendamiento financiero o de la garantía de adquisición del propio vendedor). Ante todo, una vez que se ha aceptado que el comprador puede otorgar una garantía en su derecho de expectativa, no hay en principio motivo para limitar a los prestamistas a operaciones sin fines de adquisición. En segundo término, permitir que los prestamistas otorguen financiación para las adquisiciones acrecentará la competencia entre vendedores, arrendadores y prestamistas (lo cual debiera afectar positivamente la disponibilidad y costo del crédito). En tercer lugar, sin la posibilidad de una financiación de adquisiciones directa otorgada por los prestamistas, los prestamistas que deseen conceder créditos a sus compradores/deudores contra un derecho de expectativa sobre los bienes adquiridos no tendrán prelación sobre otros acreedores garantizados respecto de tal derecho. Simplemente tendrán la prelación correspondiente a la fecha de oponibilidad de su garantía. Es decir, que el prestamista que desee extender crédito a determinado deudor para la adquisición de bienes corporales (a menos que medie un acuerdo de subordinación) quedará siempre a la zaga de un financiador general cuya garantía real se haya hecho oponible con anterioridad.

92. Los diversos Estados que no tratan las ventas con cláusula de retención de la titularidad ni los arrendamientos financieros como garantías reales adoptan también enfoques diferentes de la extensión de esos derechos a otros bienes. En algunos, si el bien cuya titularidad se retiene está mezclado con otros, la retención de la titularidad se extingue (en unos cuantos, en cambio, la retención de la titularidad continúa siendo oponible: en ellos, como excepción a los principios generales del derecho de propiedad, el vendedor no tiene necesidad de cumplir ningún otro trámite de forma para preservar su derecho de propiedad). Igualmente, en la mayor parte de los Estados, la retención de la titularidad no puede hacerse extensiva a

bienes elaborados para crear nuevos productos, mientras que en unos pocos se preserva automáticamente aun en ese caso. En algunos Estados que adoptan este último criterio, el vendedor tiene automáticamente derecho de invocar una garantía real en el nuevo producto, a la vez que en otros pasa a ser un acreedor ordinario. Algunos Estados también permiten que el arrendador continúe reclamando la propiedad de un bien que haya sido modificado ligeramente o, según las condiciones del contrato de arrendamiento, la participación en el producto de una enajenación autorizada. En esos casos tampoco se requiere ningún trámite adicional para preservar la validez de la garantía real en los bienes modificados o el producto.

93. Entre los Estados que han adoptado el enfoque unitario los principios que regulan los requisitos de oponibilidad de las garantías son más similares. De hecho, prácticamente no es posible encontrar diferencias en ese aspecto. Además, dentro de cada sistema, los requisitos son idénticos, independientemente de que la financiación sea proporcionada por el vendedor, el arrendador financiero, el prestamista o cualquier otra persona. Además, en vista de que el crédito garantizado para adquisiciones se considera simplemente una categoría especial de financiación garantizada (ya que una garantía real del pago de la adquisición es simplemente una forma de garantía real), esos requisitos son los mismos, relativamente mínimos, que se exigen para las operaciones garantizadas sin fines de adquisición (por ejemplo, un acuerdo escrito y firmado en el que queden identificadas las partes y consten aceptablemente los bienes y su precio; véase recomendaciones 13 a 15). Por último, dado que la garantía real del pago de la adquisición es una garantía real, pasará automáticamente a gravar los bienes manufacturados y el producto de la enajenación (véase recomendaciones 19 a 22).

94. La diferencia entre los dos enfoques y entre los distintos ordenamientos pocas veces radica decisivamente en el requisito de una constancia escrita. En la mayoría de esos ordenamientos se aceptaría igualmente la correspondencia, la factura, la orden de compra o documentos similares en que consten las condiciones generales, impresas o en forma electrónica. Este es, por otra parte, el criterio general que sugiere la Guía en lo que concierne al requisito de una constancia escrita (véase recomendaciones 9 y 10). La diferencia radica más en el requisito de una firma a menudo necesaria para la validez entre las partes. Empero, en algunos Estados, la firma del comprador es innecesaria siempre que el vendedor que retiene la titularidad, el acreedor garantizado financiador de la adquisición o el arrendador financiero pueda demostrar mediante la presentación de otras pruebas que el comprador o arrendatario ha aceptado las condiciones del acuerdo. Esa prueba podría consistir simplemente en la adquisición y utilización del bien por el comprador o arrendatario sin ninguna protesta tras haber recibido el escrito. Además, puesto que muchas operaciones de compra de bienes corporales están de hecho bien documentadas por otras razones, la cuestión raramente se plantea.

95. De acuerdo con el enfoque unitario, los requisitos de oponibilidad son los mismos que los aplicables a las garantías reales sin fines de adquisición y resultan idénticos, independientemente de la forma jurídica (garantía real, retención de la titularidad, condicionamiento de la titularidad o arrendamiento financiero) de la operación (véase recomendación 174).

96. De adoptar el enfoque no unitario, los Estados que deseen fomentar la competencia en pie de igualdad en la oferta de crédito tendrían que elaborar un régimen que permitiese a los prestamistas adquirir la condición privilegiada de que gozan los financiadores de la adquisición. Tendrán que asegurarse luego de que las reglas que rigen la oponibilidad surtan efectos funcionalmente equivalentes,

independientemente de la forma que adopte la operación (véase recomendación 185). En particular, las normas que rigen los siguientes aspectos: a) la condición de las partes; b) el carácter y modalidades concretos de la obligación garantizada; c) los objetos sobre los que se podrá constituir la garantía de la financiación de la adquisición; d) las obligaciones de orden probatorio, como constancia escrita y firma; y e) la fecha de oponibilidad tendrían que coordinarse cuidadosamente a fin de no dar preferencia a un tipo de operación respecto de otra (véase recomendación 185).

## **6. Oponibilidad a terceros**

### **a) Observaciones generales**

97. La Guía traza una distinción entre la validez de una garantía real entre el otorgante y el acreedor garantizado y su oponibilidad a terceros (véase capítulo sobre constitución de la garantía real, párrs. [...] y el capítulo sobre oponibilidad a terceros, párrs. [...]). El punto reviste particular importancia en relación con las garantías de la financiación de la adquisición ya que, según se adopte el enfoque unitario o el no unitario, la distinción entre esos dos tipos de figura posiblemente no exista en la práctica.

98. Muchos de los Estados que no tratan la retención de la titularidad como una garantía real no exigen que las operaciones correspondientes se inscriban en un registro. Tampoco exigen al vendedor ni al arrendador que adopten ninguna otra medida de carácter formal más allá de lo necesario para asegurar la oponibilidad a terceros. Por el contrario, en el momento en que el vendedor y el comprador celebran el acuerdo de venta con una cláusula de retención de la titularidad, el derecho de propiedad del vendedor sobre el bien corporal es oponible a terceros.

99. En algunos Estados se requiere, en cambio, la inscripción de la retención de la titularidad (en general o en el caso de determinados tipos de bienes corporales). En ellos, a menudo la inscripción es necesaria únicamente a efectos de su oponibilidad a terceros. Sin embargo, a veces no se establece distinción alguna entre la validez entre las partes y oponibilidad a terceros. O sea, que en algunos Estados la inscripción de la retención de la titularidad se considera requisito incluso de la validez entre las partes. No es de sorprender que una diversidad similar de enfoques pueda observarse en relación con las formalidades necesarias para oponer a terceros un derecho de arrendamiento.

100. En el marco de todos esos regímenes, el vendedor que retiene la titularidad goza de plenos derechos de propiedad sobre los bienes entregados al comprador. En consecuencia, lo normal será que el comprador no tenga derechos sobre el bien que adquiere hasta que se le traspase la titularidad, generalmente una vez que el precio se ha pagado en su totalidad. Esto significa que, salvo en los ordenamientos en que el comprador tiene un “derecho de expectativa”, ningún otro acreedor puede reclamar derechos sobre los bienes en tanto el vendedor retenga su titularidad. Así ocurriría incluso cuando un segundo acreedor ha brindado al comprador el crédito para adquirir los bienes y el valor de los bienes gravados con la retención de la titularidad fuese mayor que el monto de las obligaciones adeudadas al vendedor. En tales casos, el único bien en el que un segundo acreedor podría invocar garantías reales sería no corporal (el derecho del comprador al valor del precio de venta pagado). El resultado sería exactamente el mismo tratándose de un arrendamiento financiero. A menos que el contrato estipule el derecho del arrendatario a adquirir el bien al cabo del período de arrendamiento, dándole así un derecho de expectativa, el

único bien del arrendatario en el cual el acreedor podría invocar garantías reales sería no corporal (el derecho del arrendatario al valor del alquiler pagado).

101. Los Estados que no reconocen el derecho del comprador que adquiere un bien en virtud de una operación de retención de la titularidad, o del arrendatario que lo hace en virtud de un contrato de arrendamiento financiero, a otorgar una garantía en él impiden o dificultan a los prestatarios aprovechar el pleno valor de la participación que hayan adquirido en bienes corporales gravados con garantías de retención de la titularidad o de arrendamiento financiero. Vale decir que la lógica conceptual de un acuerdo de retención de la titularidad o de arrendamiento financiero inhabilita al comprador para otorgar sobre los mismos bienes una garantía real sin desplazamiento. Es interesante observar, sin embargo, que varios de esos mismos Estados permiten acreedores hipotecarios múltiples, cuyo orden de prelación se basa en el momento de la inscripción, incluso si los bienes se han vendido mediante una operación de retención de la titularidad y el precio de compra no se ha pagado aún en su totalidad.

102. En los Estados que siguen un enfoque unitario, la retención de la titularidad y sus equivalentes económicos están sujetos a la inscripción de una notificación en el registro general de garantías reales (o a algún otro requisito a efectos de la oponibilidad a terceros) de la misma forma que en cualquier otra operación garantizada. Con arreglo a ese enfoque, además, la garantía del vendedor que retiene la propiedad por contrato o del arrendador que sigue siendo propietario en virtud de la naturaleza del arrendamiento se transforma en la de un acreedor garantizado financiador de la adquisición. El resultado es que el comprador o arrendatario puede utilizar la participación que tiene en el bien que compra o arrienda como garantía para nuevos créditos. O sea, que el derecho del vendedor que ha retenido la titularidad o del arrendador financiero oponible a terceros no es de propiedad. Se trata, en cambio, de una garantía real con la misma oponibilidad que se da en el caso de un vendedor que hubiese vendido bienes corporales libres de gravámenes y simplemente hubiera constituido su propia garantía real en ellos.

103. De acuerdo con el enfoque unitario, los requisitos de oponibilidad a terceros (salvo en el caso de la adquisición de bienes de consumo; véase recomendación 175 y párrs. 114 a 117 *infra*) son los mismos aplicables a las garantías reales sin fines de adquisición y son idénticos, independientemente de la forma jurídica (garantía real, retención de la titularidad, condicionamiento de la titularidad o arrendamiento financiero) de la operación (véase recomendación 174).

104. De adoptar el enfoque no unitario, los Estados tendrían que velar por que en los requisitos de oponibilidad a terceros no hubiese diferencias sustanciales entre las distintas categorías de operaciones de financiación de adquisiciones (véase recomendaciones 185 y 189). Será preciso coordinar cuidadosamente una serie de reglas a fin de no dar preferencia a una forma de operación respecto de otra, en particular las que rigen a) las modalidades para hacer efectiva la oponibilidad a terceros; b) el momento en que surte efecto dicha oponibilidad si se han cumplido los requisitos; y c) sus efectos sobre el derecho del comprador o arrendatario a otorgar garantías. Concretamente, y a fin de que el comprador o arrendatario pueda beneficiarse al máximo de los bienes corporales adquiridos en el marco del enfoque no unitario, los Estados tendrían que declararse facultados para otorgar una garantía real en los bienes sujetos a las garantías de retención de la titularidad o de arrendamiento financiero (véase recomendación 187).

**b) Oponibilidad general a terceros en las operaciones de financiación de adquisiciones en general**

105. Como se señala en el capítulo sobre oponibilidad de una garantía real a terceros, el mecanismo general correspondiente en el caso de las garantías ordinarias es la inscripción (véase recomendación 32). La inscripción tiene por objeto notificar a terceros de la existencia de la garantía y servir de base para determinar la prelación entre demandantes concurrentes. En general, la inscripción promueve la competencia en el mercado de crédito pues brinda información que permite a los financiadores evaluar más ajustadamente los riesgos que corren.

106. Por esa razón, la Guía recomienda que la oponibilidad a terceros de todo tipo de operaciones de financiación de la adquisición (llámense garantía real, retención de la titularidad, arrendamiento financiero o de alguna otra manera) se haga depender normalmente de la inscripción de una notificación en el registro general de garantías reales. Dicha notificación mencionaría explícitamente que se ha invocado una garantía real. Cuando para lograr la oponibilidad a terceros respecto de operaciones garantizadas ordinarias la Guía recomienda también otros mecanismos (por ejemplo, posesión, inscripción en un registro especializado, constancia en un título o certificado), estos deberían también estar disponibles como recurso para lograr la oponibilidad de las garantías reales del pago de la adquisición (véase recomendaciones 174 y 185).

107. Con arreglo al enfoque unitario, será necesario coordinar la inscripción de las garantías reales del pago de la adquisición y sin fines de adquisición en el registro general correspondiente con miras a una mayor certeza en cuanto al orden de prelación de los demandantes concurrentes. Resultará necesario, en particular, que los acreedores indiquen en sus notificaciones que invocan una garantía real del pago de la adquisición.

108. Con arreglo al enfoque no unitario, las reglas que rigen la inscripción de una notificación de diferentes mecanismos de titularidad tendrán también que coordinarse con las reglas generales relativas a la inscripción de una notificación de garantías reales. Ello requiere adaptar las primeras a las segundas o, menos plausiblemente, al revés, y crear un registro general de garantías reales en el que puedan inscribirse las notificaciones correspondientes. Juntas, ambas medidas permitirían conocer con certeza la respectiva prelación de demandantes concurrentes que gozan de diferentes tipos de derechos (para un análisis más detallado del funcionamiento del registro, véase capítulo IV, Sistema de registro).

109. Los principios que deberían regular los conflictos de prelación en el marco del enfoque no unitario, incluidos los planteados cuando se utilizan mecanismos diferentes para la oponibilidad (véase recomendaciones 188 a 190, 192 y 194) se examinan más abajo, en la sección A.7.

**c) Período de gracia para la inscripción de determinadas operaciones de financiación de adquisiciones**

110. Muchos Estados no han exigido de los compradores otras medidas para oponer sus derechos frente a terceros. Idénticamente, en los casos en que el vendedor retenía su titularidad, solía ser innecesario inscribir la correspondiente garantía (con contadísimas excepciones). En cambio, y de conformidad con el enfoque adoptado por la mayoría de los Estados que recientemente han modernizado su legislación en la materia, la Guía recomienda que vendedores, arrendadores financieros y

prestamistas procedan a la inscripción (u otra medida) a fin de hacer efectiva la oponibilidad a terceros (véase recomendaciones 174 y 189).

111. Toda vez que los Estados requieren tal inscripción dentro del marco de la financiación de la adquisición, la mayor parte procura una mayor eficiencia del proceso concediendo a los vendedores y demás financiadores un breve “período de gracia” (por ejemplo, 20 ó 30 días) después de la entrega de los bienes vendidos o arrendados para inscribir la debida notificación. Esos períodos de gracia existen tanto en los Estados que no consideran como garantías reales la retención de la titularidad, los arriendos financieros y otros derechos constituidos en garantía de la financiación de la adquisición como en los que consideran que todos ellos equivalen a garantías reales del pago de la adquisición. La utilización del período de gracia permite, entre otras ventajas, que el vendedor entregue los bienes al comprador sin tener que esperar a que ni él ni ningún otro financiador inscriba una notificación.

112. Con arreglo al enfoque unitario, si la notificación se inscribe dentro del período de gracia, el acreedor garantizado financiador de la adquisición de bienes que no constituyan existencias goza frente a otros demandantes de la misma prelación que hubiera podido invocar de haber efectuado la inscripción en el momento de la entrega o previamente a ella. Esta norma puede limitarse a bienes que no constituyan existencias, ya que en este último caso la inscripción y la notificación deben preceder la entrega de los bienes (véase recomendación 176, variantes A y B).

113. En caso de que un Estado adoptase el enfoque no unitario, las mismas reglas relativas al período de gracia para la inscripción y a sus efectos se deberían aplicar a todas las operaciones de financiación de la adquisición, independientemente de la forma jurídica (garantía real, retención de la titularidad, condicionamiento de la titularidad o arrendamiento financiero) de la operación (véase recomendación 189, variantes A y B).

**d) Excepciones al requisito de inscripción respecto de operaciones relacionadas con bienes de consumo**

114. En algunos Estados en los que de otra forma se exigiría la inscripción de una notificación de las operaciones de financiación de la adquisición, se hace una excepción cuando dichas operaciones se relacionan con bienes de consumo (para la definición de este término, véase Introducción, secc. B, Terminología). Ello significa que el vendedor u otro financiador de la adquisición de bienes corporales destinados al uso personal, doméstico o familiar del comprador no está obligado a cumplir el requisito de inscripción, ni en general tampoco se requiere en estos casos que dicho vendedor o financiador tome ninguna de las medidas mediante las cuales suele establecerse la oponibilidad a terceros. Las operaciones de esa índole pasan a ser oponibles en momento en que adquieren validez entre las partes. La idea es que, en tales casos, la necesidad de advertir a otros posibles financiadores (a menos que los consumidores revendan rápidamente los bienes) resulta menos apremiante, en especial cuando los bienes son de escaso valor. En otros ordenamientos que por lo general exigen la inscripción, solo están exentas las operaciones de venta de bienes de consumo de un valor relativamente bajo (por ejemplo las relacionadas con bienes de un valor máximo de 3.000 euros o su equivalente, o sujetas a la jurisdicción de tribunales que se ocupan de demandas de menor cuantía).

115. En ambos tipos de ordenamientos el importante mercado de financiación de la compra de vehículos automotores normalmente funciona mediante un sistema que

requiere una notificación en un registro especializado o una constancia en el certificado de propiedad. Además, es importante señalar que en los Estados que no exigen el requisito de inscripción en el caso de bienes de consumo, esa excepción se aplica solo a las operaciones de venta. En otras palabras, la excepción no se aplica a una categoría determinada de bienes como tal (por ejemplo, de consumo), sino únicamente a una categoría de operaciones relacionadas con ellos. Sigue siendo necesario, pues, inscribir una notificación para lograr la oponibilidad a terceros respecto de bienes normalmente destinados a consumidores si son vendidos a un mayorista o minorista a título de existencias.

116. La exención del requisito de inscripción se extiende también a la financiación de bienes de equipo y existencias adquiridos a crédito y destinados al uso personal, doméstico o familiar del comprador. No obstante, si se fija un período de gracia para la inscripción de la notificación de una operación de financiación de la adquisición de bienes de equipo en el registro general de garantías reales, el propio período de gracia puede hacer las veces de una exención respecto de operaciones de crédito a corto plazo que se paguen íntegramente dentro del mismo, dado que, desde un punto de vista práctico, el financiador no tendrá ya que efectuar la inscripción. En cuanto a las operaciones de financiación de la adquisición de bienes de equipo con plazos más largos de reembolso y las relacionadas con existencias en general, la exención posiblemente no sea necesaria si el financiador puede inscribir en el registro de operaciones garantizadas una única notificación aplicable a una serie de operaciones a corto plazo que tengan lugar a lo largo de un período más prolongado (por ejemplo, cinco años) (véase recomendaciones 182 a 196). Estas cuestiones se examinan a fondo más abajo en la sección A.7.

117. Con arreglo al enfoque unitario, la exención del requisito de inscripción de operaciones relacionadas con bienes de consumo se aplicaría independientemente de que el acreedor garantizado sea vendedor, arrendador o prestamista, ya que todos reclamarían idénticos derechos. Si se adoptase el enfoque no unitario, las reglas relativas a las excepciones al requisito de inscripción de operaciones relacionadas con bienes de consumo (o a otro que permita hacer efectiva la oponibilidad a terceros) tendrían las mismas consecuencias, independientemente de la forma jurídica (garantía real, retención de la titularidad, condicionamiento de la titularidad o arrendamiento financiero) de la operación (véase recomendaciones 175 y 188).

## **7. Prelación**

### **a) Observaciones generales**

118. La Guía adopta el término prelación en el contexto de los posibles conflictos entre quienes puedan tener derechos sobre bienes gravados con una garantía real (para la definición de los términos “prelación” y “demandante concurrente”, véase Introducción, secc. B, Terminología). El concepto de prelación incluye, por tanto, los conflictos que se planteen con otros acreedores (acreedores garantizados, otros acreedores garantizados financiadores de la adquisición, acreedores que puedan invocar un privilegio estatutario y acreedores judiciales); y otros demandantes (comprendidos propietarios anteriores, compradores, arrendatarios, licenciarios y administrador de la insolvencia). No obstante, algunos Estados (y en especial algunos de los que no consideran las garantías de retención de la titularidad y arrendamiento financiero como garantías reales del pago de la adquisición) adoptan un criterio más taxativo respecto del concepto de prelación. Se considera que las reclamaciones de prelación entran en juego únicamente en los conflictos entre acreedores. Otros posibles conflictos (particularmente entre anteriores propietarios y

compradores posteriores) se resuelven en virtud del derecho de propiedad. Hecha esa aclaración, como quiera se caractericen los conflictos entre diversos demandantes eventuales, se deberán especificar cuidadosamente los derechos de cada uno.

**b) Orden de prelación de los financiadores de la adquisición**

119. En el capítulo sobre constitución de una garantía real (validez entre las partes), la Guía recomienda que se pueda constituir una garantía real ordinaria tanto en los bienes existentes en el momento del acuerdo como sobre los adquiridos con posterioridad (véase recomendación 13). Recomienda también en el capítulo sobre prelación de las garantías reales que, como regla general, la prelación se determine en función de la fecha de inscripción de la garantía, incluso cuando se trate de bienes adquiridos con posterioridad (véase recomendaciones 73 y 96). A fin de fomentar la concesión de nuevos créditos para la adquisición de otros bienes, es necesario establecer reglas especiales de prelación aplicables a los conflictos entre los vendedores que retienen la titularidad, los arrendadores financieros y los acreedores garantizados financiadores de la adquisición, por una parte, y, por la otra, los acreedores garantizados preexistentes que no sean financiadores de la adquisición pero tengan derechos sobre bienes futuros del otorgante.

120. En los Estados que no tratan las garantías de retención de la titularidad ni los arrendamientos financieros como mecanismos de garantía, la prelación relativa de las reclamaciones se determina sobre la base del derecho de propiedad del vendedor o el arrendador. El vendedor que retiene la titularidad o el arrendador financiero goza efectivamente, respecto de los bienes vendidos, de prelación frente a todos los demás demandantes concurrentes (con excepción de determinados compradores de buena fe). Además, en la mayoría de esos ordenamientos, hasta que el comprador adquiera la titularidad del bien (pagando la totalidad del precio o, en ciertos casos, efectuando el último pago del alquiler), ninguno de los demás acreedores del comprador o del arrendatario (incluidos los acreedores financieros garantizados que invoquen garantía real en los bienes adquiridos con posterioridad o los acreedores que procuren invocar una garantía real en los bienes) puede constituir garantías reales en los bienes en cuestión. En el mejor de los casos, pueden reclamar un derecho sobre el valor pagado por el comprador o el arrendatario, siempre y cuando hayan incluido este tipo de bien no corporal entre los cubiertos por su garantía real. Idénticamente, los acreedores judiciales y el administrador de la insolvencia pueden reclamar los derechos contractuales del comprador o del arrendatario, pero a menos que el ordenamiento permita al comprador hacer valer su derecho de expectativa, no podrán embargar los bienes mismos.

121. Por último, en la mayoría de tales Estados nunca puede haber un conflicto entre prestamistas que presenten sus reclamaciones como financiadores de la adquisición y el vendedor que retenga su titularidad o el arrendador financiero. En primer lugar, por las razones aducidas, el comprador o el arrendatario no tienen bienes sobre los cuales el prestamista pueda constituir una garantía real del pago de la adquisición. Por otra parte, es infrecuente que el prestamista pueda adquirir el derecho de expectativa del comprador o del arrendatario (por ejemplo, aceptando una cesión condicional del derecho con sujeción a la obligación de transferirlo nuevamente al comprador o arrendatario una vez pagado el préstamo). Y aunque pudiera asumir tal derecho, este se consideraría normalmente una especie de promesa, o venta con derecho de redención, y no un derecho derivado de una operación de financiación de la adquisición. Si el ordenamiento permitiese tales

operaciones, el prestamista que hubiera adquirido derecho de expectativa de propiedad tendría un derecho que podría oponerse a cualquier otro demandante que invocase derechos derivados del comprador o del arrendatario (incluidos los compradores, los acreedores garantizados, los acreedores judiciales y el administrador de insolvencia), aunque no a un vendedor que hubiera retenido la titularidad o a un arrendador financiero. En otras palabras, la forma fundamental (aunque no única) como un prestamista podría adquirir prelación frente a otros acreedores y demandantes sería adquiriendo la garantía de retención de la titularidad del comprador o de arrendamiento financiero del arrendador.

122. En los Estados que siguen el enfoque unitario están igualmente protegidos los derechos de prelación del vendedor o del arrendador que invocan un derecho real en garantía del pago de la financiación. Siempre que el vendedor que retiene la titularidad, el arrendador financiero o un demandante similar inscriba una notificación en el registro general de garantías reales dentro de un breve período de gracia y, en el caso de las existencias, tome ciertas medidas adicionales que se examinan más adelante, gozará de prelación frente a todos los demás demandantes (exceptuados determinados compradores de buena fe). Además, en estos Estados, el prestamista que brinde crédito al comprador para adquirir bienes será también un acreedor garantizado financiador de la adquisición con prelación frente a otros demandantes, al igual que un vendedor o arrendador. Ello significa que, a diferencia de la situación en los Estados que no siguen el enfoque unitario, puede haber más de un acreedor que demande una garantía real del pago de la adquisición. Por lo tanto, en virtud de dicho enfoque, es necesaria una nueva norma de prelación para tales casos. Estos Estados estipulan invariablemente que el vendedor que ha retenido la titularidad, el arrendador financiero y el vendedor que transfiere el título pero adquiere una garantía real de adquisición ordinaria tendrán prelación sobre cualquier otro financiador (por ejemplo, banco u otro prestamista), incluso si este hubiese opuesto su garantía real antes que el vendedor o arrendador. Así pues, en los Estados que siguen el enfoque unitario el vendedor y el arrendador tendrán, frente a todos los demás demandantes, la misma prelación preferente del vendedor que retiene la titularidad o del arrendador financiero en un régimen no unitario.

123. Si bien los derechos en virtud de las operaciones de financiación de la adquisición pasarán a ser oponibles mediante la inscripción en el registro general de garantías reales, muchos Estados prevén asimismo otros mecanismos para efectivizar la oponibilidad a terceros. Uno de ellos (por ejemplo, la posesión a manos de un acreedor garantizado) surtirá generalmente los mismos efectos que la inscripción y podrá considerarse alternativa a esta. Por consiguiente, en caso de que el financiador de la adquisición –como, por ejemplo, el vendedor que haya retenido la titularidad o el arrendador financiero o el vendedor que constituya una garantía real- haga oponibles sus derechos en virtud de la posesión dentro del período de gracia estipulado (situación sumamente improbable, aunque teóricamente posible dados los fines de la financiación de adquisiciones), sería aplicable el principio general de prelación. En los casos en que los Estados permitan también a los prestamistas obtener garantías reales, el resultado sería idéntico (véase recomendaciones 174 y 185).

124. Cuando el acreedor garantizado hace oponible su garantía real sin fines de adquisición mediante la inscripción en un registro especializado, la Guía recomienda que goce de prelación, incluso sobre inscripciones anteriores o sobre la oponibilidad establecida en virtud de previa posesión (véase recomendación 74). A fin de aumentar la utilidad de los registros especializados, se debería aplicar una

regla similar a los financiadores. Estos no deberían tener prelación privilegiada simplemente en virtud de la inscripción en el registro general de garantías reales o de la posesión dentro del período de gracia (véase recomendación 177). De ahí se desprende que, como principio general y con sujeción a cualquier nueva ley, la garantía de un financiador garantizado inscrita en el registro especializado tendría prelación sobre otra sin fines de adquisición aunque esta hubiese sido inscrita previamente. Aun así, en los Estados que no tratan la retención de la titularidad y las garantías de arrendamiento financiero como garantías reales, se hace preciso un cierto matiz. En ellos, el vendedor que retiene la titularidad o el arrendador financiero serán la parte inscrita como propietaria en el registro especializado. Ningún otro acreedor del comprador o arrendatario puede inscribir en dicho registro una garantía, de modo que el vendedor o arrendador tendrán prelación simplemente en virtud de haber inscrito su derecho de propiedad. Solo en los casos en que el vendedor transfiera la titularidad al comprador y constituya una garantía real del pago de la adquisición se aplicaría el principio relativo a la prelación de la inscripción en el registro especializado.

125. Con arreglo al enfoque unitario, todos los acreedores garantizados están sujetos al mismo régimen de prelación y deben adoptar idénticas medidas para asegurar su prelación relativa. Hecho eso, tienen derecho de reclamar prelación incluso sobre acreedores preexistentes que posean garantías reales sin fines de adquisición en los bienes que el otorgante haya comprado posteriormente (o futuros). Por cuanto la garantía real del pago de la adquisición tiene precedencia por encima de la norma general que establece la prelación sobre la base del momento de la inscripción, esta prelación preferente de la garantía real del pago de la adquisición con frecuencia se denomina “superprelación”. En los conflictos de prelación entre los acreedores garantizados que han tomado todas las medidas necesarias para efectivizar su oponibilidad a terceros, el momento de la inscripción suele determinar su prelación relativa en virtud de los mismos principios aplicables a las garantías reales del pago de la adquisición (véase recomendaciones 174 y 176). La única diferencia entre las diferentes categorías de acreedores garantizados es que, en un conflicto de prelación entre un vendedor o arrendador y otro acreedor que invocan una garantía real del pago de la adquisición, el vendedor o arrendador tendría siempre prelación, independientemente de las fechas de inscripción de las respectivas garantías (véase recomendación 178).

126. Si adoptan el enfoque no unitario para lograr la equivalencia funcional, los Estados tendrían probablemente que introducir ligeras modificaciones en el régimen existente. En primer lugar, sería necesario permitir a los financiadores, que no sean vendedores que han retenido la titularidad ni arrendadores financieros pero que hayan proporcionado crédito para la adquisición, la prelación privilegiada de vendedores y arrendadores por medio de su constitución de una garantía real del pago de la adquisición. En tales casos, es importante que se establezcan reglas equivalentes relativas a la prelación de los derechos de los vendedores o arrendadores, independientemente de la modalidad jurídica (garantía real, retención de la titularidad, condicionamiento de la titularidad o arrendamiento financiero) de la operación (véase recomendaciones 184 y 185). En segundo lugar, y de manera concomitante, en un conflicto entre el vendedor que retiene la titularidad, el arrendador financiero o el vendedor que constituye una garantía real del pago de la adquisición y el financiador de la adquisición que no sea el vendedor, sería necesario estipular que la prelación corresponde al vendedor o arrendador, independientemente de la fecha en que se hayan inscrito esos diversos derechos (véase recomendación 195). Ello se desprenderá naturalmente en el caso del

vendedor que retenga su titularidad o del arrendador financiero, pero si el vendedor transfiere la titularidad y constituye una garantía real, se haría necesario estipular que la garantía real del vendedor tendrá siempre prelación sobre cualquier otra.

**c) Prelación de los derechos reales en garantía de la financiación de adquisiciones de bienes de consumo**

127. Los principios generales de prelación que se acaban de exponer establecen un marco para la estructuración de los derechos de los financiadores de la adquisición cuando se plantee a más de uno de ellos un conflicto respecto del mismo bien corporal. Aun así, no todos los bienes corporales cumplen la misma función económica ni son objeto de operaciones comerciales del mismo tipo. Por esa razón, muchos Estados han establecido distinciones entre las distintas categorías (en particular, entre bienes de equipo y existencias, pero frecuentemente también entre bienes comerciales y de consumo) dentro del marco de la financiación sin fines de adquisición. Por ejemplo, en algunos existen mecanismos de garantía llamados de diferentes maneras según el tipo de bien (promesa de compra de equipos agrícolas o comerciales/, transferencia de bienes en existencia/ y cobro flotante por concepto de existencias/), En los Estados con sistemas unitarios en que impera un concepto genérico de garantía real, estos diferentes tipos de mecanismos han desaparecido. Sin embargo, incluso en dichos Estados, las distinciones entre los diferentes tipos de bienes subsisten cuando las garantías reales son un problema. Es instructivo, entonces, examinar la forma como los Estados han abordado la financiación de la adquisición con respecto a las diferentes categorías de bienes.

128. La Guía recomienda, como excepción a la regla general, que los derechos de los financiadores de la adquisición de bienes de consumo resulten oponibles a terceros sin necesidad de inscripción en el registro general de garantías reales o de la posesión por el acreedor (véase recomendaciones 175 y 188). En otras palabras, la fecha a partir de la cual se hace efectiva la oponibilidad a terceros es la del acuerdo entre el vendedor, arrendador o prestamista y el comprador, arrendatario o prestatario, según el caso. En consecuencia, la prelación de una garantía de retención de la titularidad o arrendamiento financiero sobre cualquier garantía real de adquisición constituida por el comprador, arrendador o prestatario se adquiere automáticamente desde el momento en que adquiere validez entre las partes.

129. En virtud del enfoque unitario, los financiadores de la adquisición de bienes de consumo pueden reclamar superprelación frente a los demás acreedores sin necesidad de oponer sus derechos a terceros mediante inscripción o posesión (véase recomendación 188).

130. Los Estados que adopten el enfoque no unitario tendrían que establecer reglas equivalentes relativas a la prelación de los derechos del vendedor o arrendador frente a derechos preexistentes sobre bienes de consumo futuros, independientemente de la forma jurídica (garantía real, retención de la titularidad, condicionamiento de la titularidad o arrendamiento financiero) de la operación. Esta prelación podría basarse en la propiedad del vendedor o arrendador, o, en el caso del vendedor o arrendador que constituye una garantía real, en el principio general aplicable a las garantías reales del pago de la adquisición de bienes de consumo (véase recomendación 188).

**d) Prelación de los derechos reales en garantía de la financiación de adquisiciones de bienes corporales distintos de las existencias y de los bienes de consumo**

131. En los Estados que no tratan las garantías de retención de la titularidad ni los arrendamientos financieros como mecanismos de garantía, no suelen plantearse conflictos de prelación entre financiadores de la adquisición y sin fines de adquisición. Los acreedores no garantizados preexistentes raramente pueden adquirir derechos sobre bienes que aún no son propiedad del garante, mientras que otros prestamistas carecen por lo general del derecho de reclamar prelación especial cuando financian la adquisición de bienes corporales. Además, incluso si es posible constituir una garantía real en la expectativa de propiedad, esta solo adquiere validez una vez que el vendedor o el arrendador han cobrado íntegramente las sumas que se les adeudan. Únicamente entonces puede darse un conflicto efectivo entre demandantes que derivan sus derechos del comprador o del arrendatario (por ejemplo, acreedores garantizados, acreedores judiciales, administrador de insolvencia, compradores o arrendadores). No obstante, en los casos en los que el propio vendedor constituye una garantía real del pago de la adquisición en vez de retener la titularidad y compite con una garantía real preexistente sin fines de adquisición, es preciso establecer reglas que estipulen en qué casos tendrá prelación la garantía del vendedor. Si se trata de bienes de equipo, suele existir un solo bien (o a lo sumo una cantidad reducida de bienes individualizables) que, por otra parte, no se compra para ser revendido en breve lapso. Por esta razón, la mayoría de los Estados no exige que los vendedores que retienen su titularidad o los arrendatarios financieros tomen más medidas para reclamar propiedad que las necesarias para la oponibilidad a terceros.

132. En los Estados que adoptan un enfoque unitario, la protección de la garantía real del acreedor tiene una base común. Efectuada la inscripción, antes o dentro del período de gracia, tras la entrega de los bienes al otorgante, la garantía real en el nuevo bien tiene prelación sobre las garantías preexistentes en los futuros bienes de equipo de aquel. Además, en estos Estados, por cuanto la financiación de los bienes de equipo suele tener por objeto un solo bien (o a lo sumo una cantidad reducida de bienes individualizables) que, por otra parte, no se compra para ser revendido en breve lapso. Por esta razón, la mayoría de los Estados no exige que los vendedores que retienen su titularidad o los arrendatarios financieros tomen más medidas para reclamar su propiedad que las necesarias para la oponibilidad a terceros.

133. En virtud del enfoque unitario, todos los acreedores garantizados financiadores de la adquisición de bienes de equipo pueden reclamar superprelación frente a los acreedores garantizados que no han financiado la adquisición, siempre y cuando hayan efectuado la inscripción correspondiente en el registro especializado dentro del período de gracia estipulado (véase recomendación 176).

134. Los Estados que adoptan el enfoque no unitario tendrían que promulgar normas equivalentes en materia de prelación (o, en la terminología del enfoque no unitario, la oponibilidad a terceros) de los derechos del vendedor o del Estado sobre derechos preexistentes en futuros bienes de equipo cualquiera la forma jurídica de la operación (garantía real, retención de la titularidad, condicionamiento de la titularidad o arrendamiento financiero). Es decir, que incluso si el comprador o arrendatario tiene autorización para otorgar una garantía sobre el bien de equipo sobre el cual solo tendrá derecho de expectativa hasta tanto el precio se haya pagado por completo o haya expirado el plazo de arrendamiento, y aun si dicha garantía abarca bienes adquiridos con posterioridad o futuros y sea oponible a terceros con anterioridad a la fecha de venta, el vendedor que haya retenido la titularidad (u otro

financiado similar de la adquisición) tendrá prelación si inscribe una notificación de su garantía dentro del mismo período de gracia concedido a un financiador de la adquisición. Idénticamente, el vendedor que traspa su titularidad pero retiene una garantía real del pago de la adquisición o el prestamista que financia la adquisición y constituye similar garantía también tendrá prelación si ha inscrito la notificación dentro del período de gracia estipulado (véase recomendación 189).

**e) Prolación de los derechos reales en garantía de la financiación de las adquisiciones de existencias**

135. Es frecuente que entre un acreedor garantizado financiador de la adquisición y otro con una garantía real sin fines de adquisición surja un conflicto de prelación respecto de existencias. En tales casos, entran en juego consideraciones diferentes de las aplicables a la adquisición de bienes de equipo. A distinción de los financiadores de la adquisición de este tipo de bienes, los de existencias suelen otorgar crédito sobre la base del conjunto de existencias actuales o futuras a corto plazo y tal vez hasta día a día. Este conjunto puede variar constantemente a medida que se venden, fabrican o adquieren existencias. A fin de obtener un nuevo crédito, el otorgante suele presentar al prestamista facturas o certificaciones que indican la situación de las existencias que servirán de garantía.

136. En los Estados que no tratan las garantías de retención de la titularidad y de arrendamiento financiero como garantía, la prelación (u oponibilidad) de los derechos se resuelve en función del derecho de propiedad del vendedor o arrendador. Es altamente improbable que las existencias se adquieran en virtud de un arrendamiento financiero, ya que su característica principal es que se van a vender. En los casos de los derechos de retención de la titularidad, la posesión por el prestamista que financia la adquisición de existencias es particularmente precaria. Todo nuevo adelanto suele efectuarse sobre la base de que las nuevas existencias se adquieren en virtud de una operación de retención de la titularidad. Se hace preciso entonces que el acreedor determine qué parte de las existencias ha sido efectivamente pagada en su totalidad. Ello dificulta al prestatario obtener nuevos adelantos garantizados sobre la base del conjunto de existencias. Así y todo, el vendedor tiene prelación sobre la base de su propiedad de las existencias que aún no han sido pagadas. Solo una vez que el comprador las haya pagado pueden otros acreedores invocar sus derechos sobre ellas.

137. En los Estados que siguen el enfoque unitario, los derechos de los financiadores de existencias están más asegurados. Si los bienes adquiridos adicionalmente por el otorgante representan existencias, la garantía real del pago de su adquisición tendrá prelación sobre cualquier garantía con otros fines si la notificación se ha inscrito en el registro correspondiente antes de que se hayan entregado al otorgante. Además, en algunos Estados que siguen este enfoque, los financiadores preexistentes que hayan inscrito sus derechos deben ser notificados directamente de que se ha invocado una garantía de mayor prelación. La razón es que no sería eficiente exigir que el financiador sin fines de adquisición vaya a comprobar el registro cada vez que efectúe un adelanto garantizado sobre la base de un conjunto inestable de existencias. A fin de no imponer una carga excesiva a los acreedores garantizados, sin embargo, puede efectuarse a todos los financiadores sin fines de adquisición preexistentes una sola notificación general de todos los envíos al mismo comprador realizados durante determinado lapso (por ejemplo, cinco años o el período de oponibilidad de la inscripción). Ello supondría que, una vez

notificados dichos financiadores, resultaría innecesario notificar luego cada una de las múltiples operaciones entre el acreedor y el comprador.

138. Los requisitos adicionales habituales en los Estados que actualmente siguen el enfoque unitario se adoptan para las garantías reales del pago de la adquisición de existencias. Es decir, que los acreedores garantizados correspondientes pueden invocar superprelación sobre los que no hayan concedido créditos con fines de adquisición únicamente si, con anterioridad a la entrega de las existencias al otorgante, inscriben una notificación de que invocan una garantía real y notifican, además, por escrito a estos últimos (véase recomendación 176, variante A). En virtud de este enfoque, los acreedores garantizados financiadores de la adquisición no dispondrán de período de gracia una vez que el comprador haya tomado posesión de los bienes correspondientes.

139. Si bien todos los Estados que han adoptado el enfoque unitario coinciden en lo que acaba de exponerse, es concebible que no se establezcan distinciones entre las existencias y los bienes de otro tipo y de consumo. En ese caso, los principios que rigen los bienes de otro tipo se aplicarían igualmente a las garantías reales del pago de la adquisición de existencias. A fin de mantener el paralelismo entre los enfoques unitario y no unitario, la Guía presenta estas opciones en las recomendaciones 176 y 189 como variantes A y B.

140. Si el Estado adopta el enfoque no unitario, afrontará idéntica alternativa. En virtud de la variante A de la recomendación 189, deben establecerse reglas equivalentes en relación con los derechos del comprador sobre los derechos preexistentes en existencias futuras independientemente de la forma jurídica (garantía real, retención de la titularidad, condicionamiento de la titularidad o arrendamiento financiero) de la operación. Es decir, que sin embargo de que el vendedor que ha retenido la titularidad siga siendo propietario de los bienes entregados, las reglas que rigen la venta de existencias deben adaptarse de modo que la titularidad del vendedor tenga prelación frente a los derechos preexistentes en las existencias futuras únicamente en las mismas condiciones que si sus derechos dimanaran de una garantía real del pago de la adquisición constituida por él (véase recomendación 189). En otras palabras, en virtud de la variante A, el vendedor que retiene la titularidad o el vendedor o prestamista que invoque una garantía real del pago de la adquisición debería inscribir, antes de la entrega de las existencias al comprador, la debida notificación en el registro correspondiente y notificar, además, por escrito a los financiadores sin fines de adquisición preexistentes.

141. Con arreglo a la variante B de la recomendación 189 del enfoque no unitario no se establecería distinción entre bienes de equipo y existencias. Un vendedor que retiene la titularidad, o un vendedor o prestamista que invoquen una garantía real del pago de la adquisición sobre las existencias solo tendrían que inscribir la debida notificación en el registro correspondiente antes o dentro del período de gracia, tras la entrega de los bienes al otorgante.

**f) Adquisiciones que entrañan operaciones múltiples**

142. En muchas situaciones, el vendedor u otro financiador de la adquisición brinda créditos para la compra de varios bienes. Puede tratarse, por ejemplo, de múltiples ventas con sendas entregas de existencias o ventas múltiples de diversos bienes de equipo. En estos casos, toca decidir si el financiador debe gozar de derechos de prelación especiales en la totalidad de las existencias o bienes de que se trate sin necesidad de consignar el precio de compra para cada una de las operaciones. De ser así, el régimen en cuestión permite las “garantías cruzadas”.

143. En la mayoría de los Estados que no tratan las garantías de retención de la titularidad ni los arrendamientos financieros como mecanismos de garantía, la cuestión de las garantías cruzadas suele no plantearse. En un caso habitual de retención de la titularidad u otra operación similar, el contrato de venta o arrendamiento se aplica únicamente a los bienes vendidos o arrendados en virtud de él. De modo que, aun cuando el mismo acuerdo pueda abarcar varias entregas, no abarca múltiples ventas. La prelación del vendedor o arrendador como propietario se limitaría a cada venta o alquiler concretos. Algunos de estos Estados, sin embargo, permiten que la garantía de retención de la titularidad se extienda estipulando, por ejemplo, que, toda vez que se trate de la compra de existencias, las partes pueden convenir una cláusula sobre “todas las sumas adeudadas” o sobre “cuenta corriente”. En tales casos, el vendedor retiene la titularidad de los bienes vendidos hasta tanto el comprador haya saldado todas sus deudas y no solo la dimanante del contrato o venta en cuestión. Con todo, en algunos Estados los tribunales suelen calificar las ventas con retención de la titularidad que contienen cláusulas sobre “todas las sumas adeudadas” o sobre una “cuenta corriente” como mecanismos de garantía.

144. En los Estados que han adoptado en enfoque unitario, la norma general es que las garantías cruzadas no obstan a la superprelación las garantías reales del pago de la adquisición, al menos en el caso de las existencias. Ello significa que el financiador garantizado puede invocar su prelación sin tener que vincular concretamente ninguna deuda pendiente con determinada venta o arrendamiento. En estos casos, la prelación no se extiende a otras existencias o bienes cuya adquisición no haya sido financiada por dicho acreedor.

145. Según el enfoque unitario, el objetivo es permitir una máxima flexibilidad al acreedor garantizado que financie la adquisición de existencias, minimizando los trámites para las operaciones múltiples de adquisición en que intervenga. Por este motivo basta una sola inscripción para abarcar operaciones múltiples y una sola notificación a los acreedores que tengan derechos de garantía en existencias del mismo tipo adquiridas con posterioridad puede abarcar garantías reales del pago de la adquisición en virtud de operaciones múltiples entre las mismas partes sin necesidad de especificar cada una de las operaciones (véase recomendaciones 65, 175 y 176, variante A, inciso c), y variante B, inciso b)).

146. En virtud del enfoque no unitario, dado que el contrato de venta o arrendamiento normalmente se aplica solo a los bienes vendidos esa vez, sería necesario modificar las reglas relativas a los derechos de retención de la titularidad y de arrendamiento financiero de modo de permitir las garantías cruzadas. Además, en virtud de la variante A de la recomendación 189, en el caso de que el vendedor u otro financiador garantizado constituyan una garantía real en los bienes, deben poder ejercer su derecho de garantías cruzadas de la misma forma que en virtud del régimen unitario (véase recomendación 190). De adoptarse la variante B de la recomendación 189, no sería preciso enviar una notificación de retención de la titularidad, arrendamiento financiero o garantía real del pago de la adquisición para que el financiador de la adquisición invocara su prelación preferente.

**g) Prelación de los derechos de los financiadores de la adquisición frente a los derechos de los acreedores judiciales**

147. En el capítulo II sobre la prelación de la garantía real, la Guía recomienda que los derechos de los acreedores judiciales que obtengan una sentencia contra el deudor y adopten las medidas requeridas para constituir derechos sobre el activo de este tengan, en general, prelación sobre los de acreedores garantizados existentes

respecto de los anticipos del crédito que se efectúen después de que sean informados de los derechos del acreedor judicial (véase recomendación 81). Cuando el derecho concurrente en cuestión es una garantía de retención de la titularidad, arrendamiento financiero o garantía real del pago de la financiación de la adquisición, se debe tener en cuenta, según la clase de bienes corporales de que se trate, una serie ligeramente diferente de consideraciones. Por ejemplo, si los bienes son de consumo, el financiador de la adquisición no tendrá la obligación de inscribir su garantía o tomar posesión de ellos para que resulte oponible a terceros. De ahí que el vendedor que retiene la titularidad o el arrendatario financiero en su calidad de propietario en virtud de la operación no entre en conflicto de prelación con el acreedor judicial puesto que este no puede incautar los bienes de alguien que no sea deudor suyo. Idénticamente, en el caso de bienes de consumo, difícilmente se den conflictos entre el acreedor garantizado y el judicial, ya que la operación raramente incluye anticipos del crédito.

148. Si se trata de existencias, el financiador de la adquisición debe tener posesión de los bienes o haber registrado su garantía y notificado a los terceros inscritos con anterioridad a la entrega de las existencias. Por ende, el acreedor judicial siempre estará notificado de los posibles derechos del financiador de la adquisición o del acreedor con garantía real de pago. En un caso (el de bienes de equipo), sin embargo, el financiador de la adquisición goza de un período de gracia para inscribir su garantía. Empero, como en el caso de los bienes de consumo, no es frecuente que el financiador de la adquisición efectúe anticipos del crédito. Hecha esta aclaración, cuando un acreedor judicial se proponga ejecutar la sentencia contra los bienes de su deudor, no debería, en general, poder frustrar los derechos de un financiador de la adquisición que haya añadido valor a la masa de la insolvencia del deudor.

149. De adoptarse el enfoque unitario debe estipularse que, en tanto el acreedor con garantía real del pago de la adquisición oponga sus derechos dentro del período de gracia, tendrá prelación sobre los acreedores judiciales que hayan inscrito los suyos durante ese mismo período (véase recomendación 179).

150. De adoptarse el enfoque no unitario, debe brindarse similar protección a los vendedores que han retenido la titularidad, los arrendadores financieros y los acreedores garantizados que hayan inscrito la debida notificación dentro del período de gracia estipulado (véase recomendación 189). Si se adopta la variante A, este principio se aplicaría únicamente en el caso de financiación de la adquisición de bienes de equipo. En cambio, de optarse por la variante B, el período de gracia se aplicaría igualmente a las existencias.

**h) Prelación de los derechos del financiador de la adquisición en bienes incorporados a bienes muebles y en masas de productos**

151. La Guía recomienda en el capítulo sobre prelación de las garantías reales que la garantía real sobre un bien incorporado a un bien mueble que se haga oponible a terceros mediante la inscripción en el registro especializado o una constancia en el certificado de titularidad tenga prelación sobre una garantía real en dicho bien mueble inscrita posteriormente (véase recomendación 86). La recomendación se basa en que las garantías reales oponibles a terceros conservan su validez incluso después de que el bien haya pasado a ser accesorio fijo de otro. En tales casos, si dos o más garantías reales gravan el bien en el momento en que se convierte en accesorio fijo, seguirían gozando de prelación relativa. Con respecto a una masa de bienes o producto acabado (o, en otras palabras, a bienes mezclados), la Guía recomienda que las

garantías reales pasen a ellos y, si se trata de dos o más, conserven su prelación relativa en ellos (véase recomendación 87).

152. Sin embargo, en ambas situaciones será necesario también determinar la prelación relativa de las garantías constituidas en los diferentes bienes corporales que pasen a quedar unidos por incorporación o mezcla. La Guía prevé que se apliquen las reglas ordinarias de prelación de modo que la fecha de inscripción en el registro general de garantías reales determine el grado de prelación, a menos que una de las garantías sea del pago de la adquisición. Una garantía real del pago de la adquisición constituida en una parte de un bien mezclado tendría prelación frente a una garantía real sin fines de adquisición registrada anteriormente (y posiblemente incluso sobre una garantía real del pago de la adquisición) concedida por el mismo otorgante sobre la totalidad de la masa de bienes o del producto (véase recomendación 89). No obstante, la Guía no se pronuncia respecto.

153. En los Estados que no consideran la retención de la titularidad ni los arrendamientos financieros como mecanismos de garantía, las reglas generales expuestas en el capítulo sobre prelación de las garantías reales no serían directamente aplicables a la financiación de adquisiciones. El capítulo examina situaciones en que todas las formas de operación garantizada son consideradas garantías reales en virtud del enfoque general unitario y funcional. Sin embargo, en el contexto de la financiación de adquisiciones los derechos relativos de las partes dependen de las reglas generales que rigen los accesorios fijos. Normalmente, si el accesorio puede ser separado sin ocasionar daño al bien al que está incorporado, el vendedor que haya retenido la titularidad conservaría la propiedad de aquel. Si no, será preciso determinar cuál de los dos tiene mayor valor. Si es el bien corporal cuya propiedad ha retenido el vendedor, este adquiere la propiedad del todo, con sujeción únicamente a la obligación de abonar el valor del otro bien. En caso contrario, el vendedor pierde su derecho de propiedad y podrá solamente reclamar el valor del bien que antes fue suyo.

154. Con arreglo al enfoque unitario, los acreedores garantizados financiadores de la adquisición que posean garantías en bienes incorporados y bienes mezclados podrán, por lo general, invocar una superprelación sobre los financiadores fines de adquisición. Es decir, que gozarán de prelación frente a todos los demás acreedores garantizados que reclamen un derecho sobre el bien accesorio o los bienes corporales mezclados o elaborados. Gozarán asimismo de prelación frente a los acreedores garantizados no financiadores de la adquisición del bien al que esté incorporado el accesorio o con el que esté mezclado, al menos con respecto al valor del accesorio, y tendrán igualmente prelación sobre los acreedores garantizados no financiadores de la adquisición que tengan una garantía en la totalidad de la masa de bienes o el producto acabado (véase recomendaciones 87 a 89).

155. En caso de que un Estado adopte el enfoque no unitario, se deberían establecer reglas equivalentes relativas a la prelación de los derechos del vendedor frente a todos los demás derechos sobre el accesorio o el bien corporal móvil que vaya a ser mezclado o elaborado, independientemente de la modalidad jurídica (garantía real de condicionamiento de la titularidad, retención de la titularidad, o arrendamiento financiero) de la operación. O sea que, pese a que el vendedor que retiene la titularidad de un accesorio fijo pueda perder la propiedad de este, debería poder invocar su prelación ya sea en la parte de la masa de bienes o en el producto acabado o en el accesorio. El mecanismo exacto mediante el cual tendrían que ajustarse las reglas relativas a los bienes incorporados a bienes muebles dependerá

de las disposiciones detalladas del régimen vigente en cada Estado que opte por adoptar el enfoque no unitario.

**i) Prelación de los derechos de los financiadores de la adquisición de bienes incorporados a bienes inmuebles**

156. En el capítulo sobre la prelación de las garantías reales la Guía recomienda que, tras la incorporación, una garantía real sobre bienes incorporados a bienes inmuebles oponible a terceros en virtud del régimen de propiedad inmobiliaria tenga prelación frente a una constituida en esos mismos accesorios oponible en virtud del régimen de operaciones garantizadas. Y, a la inversa, si la garantía real en bienes corporales se hace oponible antes de la incorporación y se inscribe en el registro de propiedad inmobiliaria, tendrá prelación frente a las garantías reales en los bienes inmuebles posteriormente (véase recomendaciones 84 y 85). Tal lógica se debería aplicar también a las garantías de retención de la titularidad, de arrendamiento financiero y del pago de la adquisición.

157. Los derechos del financiador de la adquisición sobre un bien corporal que pase a ser accesorio fijo deberían tener prelación frente a otros gravámenes existentes sobre el bien inmueble, siempre que el derecho del financiador se inscriba en el registro de la propiedad inmobiliaria dentro de un plazo razonable después de la incorporación. En ese caso, la persona que invoque un gravamen existente sobre el bien inmueble habrá efectuado los anticipos del crédito basándose en el valor del bien inmueble en ese momento y no habrá tenido expectativa de que el accesorio se podría utilizar para satisfacer su reclamación. En los casos en que el gravamen preexistente sobre el bien inmueble sea garantía de un préstamo destinado a financiar obras de construcción, ese mismo supuesto no tendría validez y las razones para preservar la prelación privilegiada del acreedor garantizado financiador de la adquisición resultarían menos convincentes.

158. En el marco del enfoque unitario, es posible establecer una regla única que rijan esos casos, ya que el derecho del acreedor garantizado financiador de la adquisición será siempre una garantía real (véase recomendación 180). El acreedor con garantía real del pago de la adquisición que tome las medidas necesarias para oponerla a terceros tendrá prelación, salvo contra un crédito para la construcción garantizado por el inmueble.

159. Si el Estado adopta un enfoque no unitario, sin embargo, será menester adaptar las reglas relativas a los bienes incorporados para que resulten equivalentemente funcionales independientemente de la forma de la operación. Sería preciso, en otras palabras, estipular que normalmente las garantías de retención de la titularidad y de arrendamiento financiero seguirán siendo oponibles a terceros que tengan derechos sobre el bien inmueble, siempre y cuando se hayan inscrito en el registro de propiedad inmobiliaria poco tiempo después de que el bien se convirtiera en accesorio del inmueble. Por el contrario, el vendedor que haya retenido la titularidad y el arrendador financiero perderán su prelación ante un financiador de la construcción incluso si la titularidad de los bienes accesorios no pasa automáticamente al propietario del bien inmueble (como sería el caso de los bienes vendidos con retención de la titularidad o alquilados en virtud de un arrendamiento financiero y que hayan quedado plenamente incorporados al inmueble) (véase recomendación 192). Idénticamente, el vendedor o prestamista con garantía real del pago de la adquisición tendrá prelación si vuelve a inscribirla en el registro de la propiedad inmobiliaria dentro del mismo breve período.

**j) Prelación general de la financiación de adquisiciones en el producto**

160. Muchas veces, el financiador de la adquisición sabe que el comprador volverá a vender los bienes. Es obviamente el caso de las existencias, pero puede suceder que un fabricante u otra empresa comercial venda bienes de equipo existentes a fin de adquirir otros más modernos. Como se veía en el capítulo sobre constitución de garantías reales, la garantía real ordinaria en bienes corporales suele extenderse al producto de su enajenación (véase recomendación 19). En el caso de la financiación de adquisiciones, esta extensión plantea claramente tres cuestiones. La primera tiene que ver con si idéntica extensión sería posible cuando la financiación de la adquisición se produce mediante una garantía de retención de la titularidad o de arrendamiento financiero. La segunda es si la prelación especial de la financiación de la adquisición se hace extensiva también al producto. La tercera es si las reglas que rigen tal reclamación deben ser las mismas independientemente de que se adquieran bienes de equipo o existencias.

161. Si bien el caso es por demás infrecuente, algunos Estados que no tratan las garantías de retención de la titularidad ni los arrendamientos financieros como mecanismos de garantía permiten que el vendedor o arrendador haga extensiva su reclamación de propiedad sobre el producto de la venta de los bienes cuando este reviste la forma de bienes corporales del mismo tipo, por ejemplo, un vehículo entregado como parte de pago para la compra de otro. Cuando el producto de la enajenación se da bajo la forma de créditos por cobrar, la propiedad se extingue automáticamente. Con todo, en algunos Estados, las garantías de retención de la titularidad y arrendamiento financiero en productos no corporales se convierten en garantías reales, aunque, una vez más, no se trata de una práctica habitual.

162. La Guía adopta como criterio que las garantías de retención de la titularidad o arrendamiento financiero deben permitir que el vendedor o arrendador reclame un derecho sobre el producto y que, de conformidad con la política de casi todos los pocos Estados que ya extienden la garantía de retención de la titularidad al producto, este derecho se considere siempre una garantía real y no una extensión de la propiedad (véase recomendación 193). Las cuestiones segunda y tercera, relativas al producto de los bienes vendidos con arreglo a retención de la titularidad o sujetos a arrendamiento financiero se examinan en las dos subsecciones que siguen.

**k) Prelación de la financiación de la adquisición en el producto de bienes corporales que no sean existencias ni bienes de consumo**

163. En los Estados que no tratan las garantías de retención de la titularidad ni los arrendamientos financieros como mecanismos de garantía, que el vendedor o arrendador reclamen derechos especiales sobre el producto de la venta de un bien de equipo, si bien posible en teoría, es una cuestión que normalmente no se plantea. Ello se debe a que la legislación de venta o arrendamiento suele limitar la garantía de retención de la titularidad del vendedor o el derecho de propiedad del arrendador únicamente a bienes vendidos o arrendados. En los casos de enajenación no autorizada, el vendedor o arrendador puede tener la posibilidad de recuperar el bien de la persona a la que ha sido traspasado. A veces, sin embargo, el bien es imposible de localizar, incluso si es posible identificar los bienes o la suma recibidos por su enajenación. Además, el vendedor o el arrendatario permiten en ciertos casos la venta a condición de que su titularidad se extienda al producto de los bienes sobre los cuales la hayan retenido. Como se ha observado, en estas dos situaciones, muy pocos Estados permiten que el vendedor o arrendatario reclame por subrogación real

la propiedad del producto de los bienes vendidos mediante una operación de retención de la titularidad o arrendamiento financiero que sean del mismo tipo. Cuando el contrato es de venta, suele hablarse de las garantías del vendedor como “retención prolongada de la titularidad”. En la mayoría de los casos en que tal extensión es posible, empero, la garantía de retención de la titularidad o de arrendamiento financiero se convierte en garantía en el producto.

164. En algunos Estados que siguen el enfoque unitario, la prelación especial de una garantía de la financiación de la adquisición se extiende solo a los bienes, mientras en otros puede extenderse también a su producto identificable, al menos en el caso de operaciones relativas a bienes de equipo. Por cuanto el otorgante suele no adquirir nuevos bienes de equipo con miras su inmediata reventa, no hay mayor motivo de inquietud de perjudicar a otros acreedores garantizados en caso de que la prelación especial de una garantía real del pago de la adquisición de un bien de equipo se extienda al producto de su enajenación. Si el bien se torna obsoleto o el otorgante ya no lo necesita, y si luego lo vende o enajena de otro modo, normalmente solicitará al acreedor garantizado que lo libere de la garantía para poder enajenarlo libre de gravámenes. En caso contrario, la enajenación quedará sujeta a la garantía, con lo que difícilmente un comprador u otro cesionario estarían dispuestos a pagar el valor íntegro del bien. A cambio de la liberación, lo común es que el acreedor garantizado vigile el pago del producto de la enajenación, por ejemplo, exigiendo que se le efectúe directamente contra las obligaciones garantizadas. En estas circunstancias, es improbable que otro acreedor invoque una garantía real constituida directamente en bienes del otorgante que sean producto de la enajenación de bienes de equipo inicialmente gravados con una garantía real del pago de la adquisición.

165. En virtud del enfoque unificado se supone que el bien de equipo no está normalmente sujeto a una constante reventa. La vigilancia del acreedor garantizado sobre su enajenación corrobora la conclusión de que la prelación especial concedida a los acreedores garantizados debe extenderse al producto de la enajenación y de los bienes abarcados por la garantía real del pago de la adquisición (véase recomendación 181).

166. Si adopta el enfoque no unitario, las reglas relativas al mantenimiento de una prelación especial en cuanto al producto de la enajenación de bienes de equipo deberían tener las mismas consecuencias frente a otros demandantes, independientemente de la forma jurídica (garantía real, retención de la titularidad, condicionamiento de la titularidad o arrendamiento financiero) de la operación. Vale decir que la prelación especial del vendedor que ha retenido la titularidad o el arrendador debería ser exigible sobre el producto de la enajenación, sea manteniendo la titularidad del vendedor o el arrendador sobre el producto o dándole el mismo derecho de prelación que el de un vendedor que haya constituido una garantía real del pago de la adquisición. Sería también necesario prever la oponibilidad a terceros de esta garantía sustituta sobre el producto mediante reglas relativas a la inscripción de la notificación u otro mecanismo de efectivización de dicha oponibilidad, así como estipular que, en tales casos, esta garantía tiene la misma prelación frente a otros demandantes que si fuera una garantía real del pago de la adquisición constituida por el vendedor o arrendador (véase recomendación 195).

**l) Prelación de la financiación de la adquisición en el producto de la venta de existencias**

167. La situación con respecto al producto de la venta de existencias difiere de la atinente al producto de la de bienes de equipo por tres razones. En primer lugar, se prevé que las existencias se vendan como parte de las operaciones comerciales habituales. En segundo lugar, el producto de la venta de existencias estará representado principalmente por créditos por cobrar y no por una combinación de permutas y créditos por cobrar. Es decir, por ejemplo, que no sería frecuente que un vendedor de muebles o prendas de vestir aceptara los muebles o prendas usados del comprador como parte del pago. En tercer término, a menudo un acreedor garantizado preexistente, al conceder al otorgante crédito para financiar capital de explotación, lo desembolsará en entregas periódicas o incluso diarias, basándose en su garantía real de mayor prelación en un conjunto siempre cambiante de créditos por cobrar existentes y futuros como bienes gravados originarios. Tal vez al otorgante no le resulte posible ni práctico separar los créditos que sean el producto de existencias gravadas con un derecho real constituido en garantía de la financiación de la adquisición o con una garantía real del pago de la adquisición de otros créditos por cobrar en los que un acreedor preexistente haya constituido una garantía real. Y aun si le resultase posible o práctico, tendría que hacerlo de manera que el resultado fuese transparente para ambos financiadores y redujese al mínimo la vigilancia que deben ejercer.

168. Sin tal separación transparente a ambos financiadores que minimizase su vigilancia, se correría un importante riesgo de que el acreedor garantizado preexistente que ha concedido financiación garantizada por créditos por cobrar haya supuesto erróneamente que gozaba de una garantía real de mayor prelación en todos los créditos por cobrar del otorgante. También existe el peligro de una controversia entre el acreedor garantizado preexistente y el vendedor que ha retenido la titularidad, el arrendador financiero o un acreedor garantizado en cuanto a quién de ellos tiene prelación sobre qué producto. Todos estos riesgos, sumados a cualquier costo concomitante de vigilancia, pueden redundar en que el crédito se deniegue o aumente de costo ya que si la prelación del financiador de la adquisición no se extiende al producto de la venta de las existencias, puede negarse a conceder el crédito u otorgarlo a un costo mayor.

169. No obstante, es posible reducir ese riesgo en un aspecto importante. Por ejemplo, si la prelación del derecho real en garantía de la financiación o la garantía real del pago constituidos en las existencias no se extienden al producto de los créditos por cobrar/, el acreedor garantizado preexistente que tenga una garantía real anterior en futuros créditos por cobrar probablemente se inclinará más a conceder al otorgante, sobre la base de su garantía real de mayor prelación en los créditos por cobrar, crédito para la adquisición de existencias. El importe del anticipo hecho por el acreedor garantizado preexistente deberá ser suficiente para que el otorgante pueda abonar el precio de compra. Ello obedece a que normalmente las tasas de los anticipos hechos contra créditos por cobrar son mucho más altas que las de los anticipos efectuados contra existencias, mientras que el monto de los créditos por cobrar refleja un precio de reventa para las existencias que está muy por encima del costo que tienen para el vendedor. Por ello, hay mayor probabilidad de que el precio de compra se pague a tiempo.

170. En el enfoque unitario la complejidad de la tarea de determinar qué créditos por cobrar se derivan de la enajenación de bienes gravados con una garantía real del pago de la adquisición, junto con la amplia utilización de créditos por cobrar como bienes originarios gravados con una garantía real separada son razones convincentes para limitar la prelación especial concedida a las garantías de pago en existencias al producto de la enajenación que no esté representado por créditos por cobrar u otros derechos de pago (por ejemplo, instrumentos negociables, derechos de pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria y derechos al producto en virtud de un emprendimiento independiente) (véase recomendación 182).

171. Si bien todos los Estados que aún no han adoptado el enfoque unitario asumen la postura antedicha, es concebible que no se establezca distinción alguna entre el producto de la venta de existencias y el de la venta de bienes distintos de las existencias y de los de consumo. En ese caso, los principios que rigen los bienes distintos de las existencias también se aplicarían a las garantías reales del pago de su adquisición. Sin embargo, como la garantía en el producto se extendería a las deudas por cobrar y otros derechos de pago, no gozará de la prelación especial de una garantía real del pago de la adquisición, sino que tendría prelación con arreglo a las reglas generales aplicables a las garantías reales ordinarias. A fin de mantener el paralelismo entre los enfoques unitario y no unitario, la Guía presenta estas opciones en las recomendaciones 182 y 196, variante A y variante B.

172. Si un Estado adopta el enfoque no unitario recomendado en la Guía, se vería ante idéntica alternativa. En virtud de la variante A, la prelación especial concedida a los financiadores de la adquisición y a acreedores con garantía real del pago de la adquisición no debe extenderse al producto de la enajenación en forma de deudas por cobrar y otras garantías de pago independientemente de la forma jurídica de la operación (garantía real, retención de la titularidad, condicionamiento de la titularidad o arrendamiento financiero). En particular, la prelación especial del vendedor que haya retenido la titularidad de existencias debiera ser invocable solo respecto de otros bienes corporales, y no respecto del producto de la enajenación de dichas existencias que adopte la forma de deudas por cobrar y otras garantías de pago (véase recomendación 196, variante A). En cambio, de conformidad con la variante B, el vendedor que haya retenido la titularidad, arrendador financiero o acreedor con garantía real del pago de la adquisición podría invocar una garantía real en el producto de la enajenación de las existencias, incluido el producto que revista la forma de deudas por cobrar y otras garantías de pago, pero solo tendría prelación con arreglo a las normas generales.

*[Nota a la Comisión: Las variantes que figuran en las recomendaciones 182 y 196 se presentan en una nota en razón de que no ha considerado aún el tema. Es posible que los párrafos 167 a 172 deban ser enmendados para reflejar la decisión final de la Comisión.]*

**m) Prolación entre las garantías de los financiadores concurrentes de la adquisición**

173. En los diversos conflictos de prelación ya analizados en la presente sección, los demandantes concurrentes hacen valer diferentes garantías en bienes corporales. O sea, que los conflictos se plantean entre las garantías de un vendedor que ha retenido la titularidad, financiador de la adquisición o acreedor garantizado financiador de la adquisición y principalmente un acreedor garantizado que no la ha financiado. Puede suceder, no obstante, que el conflicto se plantee entre dos

demandantes, cada uno de los cuales invoca garantías derivadas de una operación de financiación de la adquisición. La principal circunstancia en que, según el régimen aplicable, puede ser así es que el prestamista conceda crédito al comprador para que este pague un anticipo y el vendedor por el resto del precio de compra.

174. En los Estados que no tratan las garantías de retención de la titularidad ni los arrendamientos financieros como mecanismos de garantía, la prelación relativa de las garantías se determina sobre la base del derecho de propiedad del vendedor o arrendador. A menos que el ordenamiento permita a otros acreedores constituir una garantía real en el derecho de expectativa del comprador, no debería plantearse un conflicto entre propietarios y acreedores garantizados. Además, incluso si existiera la posibilidad de que un acreedor constituyese una garantía real en el derecho de expectativa de un comprador o un arrendatario, este no se haría efectivo hasta que se hubiera abonado íntegramente el pago al vendedor o arrendador. En otras palabras, en la mayoría de esos ordenamientos nunca podrá haber un conflicto entre prestamistas que invoquen derechos en virtud de una operación de financiación de la adquisición y un vendedor o arrendador. La única forma en que el prestamista podría obtener una garantía real del pago de la adquisición sería recibiendo del vendedor que retiene la titularidad o arrendador financiero una cesión de la obligación garantizada.

175. Por otra parte, en los Estados que no tratan las garantías de retención de la titularidad ni los arrendamientos financieros como mecanismos de garantía, con frecuencia es posible que un vendedor (aunque no un arrendador) traspase al comprador la titularidad del bien y obtenga a cambio una garantía real. Aunque algunas veces esos derechos del vendedor nacen en virtud de la ley (por ejemplo, el privilegio del vendedor), otras se derivan también de un acuerdo de garantía celebrado entre el vendedor y el comprador. En tales casos, el comprador bien puede otorgar garantías reales concurrentes en el bien que se adquiere. Esos derechos podrían ser garantías reales concedidas antes de que se haya comprado el bien. Menos comúnmente, en la mayoría de estos Estados, dichas garantías pueden constituirse de antemano, en virtud de una garantía real que se extienda a los bienes actuales y futuros. No obstante, incluso cuando el prestamista efectúa anticipos del crédito para que el comprador pueda adquirir los bienes, el derecho que obtiene sobre estos se considera invariablemente garantía real ordinaria. Lo cual significa que en la mayoría de los Estados que no tratan las garantías de retención de la titularidad ni los arrendamientos financieros como mecanismos de garantía no es posible que los prestamistas accedan directamente a la prelación preferente de a un vendedor que constituye una garantía real del pago de la adquisición. Una vez más, en la mayoría de esos Estados la única forma como un prestamista puede adquirir tal prelación preferente es obteniendo del vendedor que haya constituido para sí esa garantía real una cesión de la obligación garantizada.

176. En los Estados que siguen el enfoque unitario, los derechos de prelación de vendedor y arrendador están protegidos, ya que están caracterizados como garantías reales del pago de la adquisición y gozan de la misma prelación preferente en virtud de la prelación especial de la “garantía real de crédito para compra”. Tal prelación privilegiada se concede también a los vendedores que simplemente obtienen una garantía real en el bien y a los prestamistas que dan anticipos a los prestatarios para la adquisición de bienes corporales. En otras palabras, en el marco del enfoque unitario existe la posibilidad de un auténtico conflicto entre más de una garantía real del pago de la adquisición. La regla normal de prelación en tales Estados es que, al igual que entre garantías reales del mismo tipo concurrentes, prevalezca la primera

en inscribirse, o, si el mecanismo de oponibilidad es otro, la primera en hacerla valer. Así, por ejemplo, del mismo modo como entre dos prestamistas que invoquen un derecho real en garantía de la financiación de la adquisición, tendrá prelación la que se haya inscrito en primer término. Es posible, con todo, que un vendedor que invoque un derecho real en garantía de la financiación de la adquisición inscriba su notificación después de un prestamista que también ha financiado la adquisición. En tal caso, estos sistemas prevalecen sobre la regla normal de prelación, de manera de proteger al propietario anterior del bien. El vendedor que opone a terceros su garantía real del pago de la adquisición tendrá prelación incluso sobre prestamistas con garantías similares preexistentes.

177. Con arreglo al enfoque unitario, en todo conflicto entre un vendedor y un prestamista que invoquen una garantía real del pago de la adquisición, tendrá prelación la de aquel, independientemente de las fechas respectivas en que se hayan hecho oponibles a terceros (véase recomendación 178). En un conflicto entre dos garantías reales del pago de la adquisición constituidas por prestamistas, por otra parte, se aplica la regla normal, es decir, que la prelación será en función de la fecha de oponibilidad.

178. En los Estados que opten por el enfoque no unitario, una decisión inicial es determinar si se permitirá a los financiadores que no sean vendedores ni arrendadores constituir garantías reales en los bienes que adquiera su prestatario y si esas garantías confieren la prelación preferente de una garantía real del pago de la adquisición. En caso negativo, nunca se producirá un conflicto entre dos o más financiadores. La Guía recomienda que, incluso si el bien se vende mediante un arreglo de retención de la titularidad o está sujeto a arrendamiento financiero, el comprador pueda otorgar una garantía en él (véase recomendación 187). Recomienda, además, que los prestamistas financiadores de la adquisición tengan la posibilidad de invocar una garantía real de la financiación de la adquisición (véase recomendaciones 184 y 185). En consecuencia, los Estados que adopten el enfoque no unitario tendrán que afrontar una posible competencia entre los financiadores de la adquisición. Si esta se da entre un vendedor que haya retenido la titularidad o un arrendador financiero y un prestamista, el vendedor o el arrendador siempre tendrán prelación como corolario de su derecho de propiedad. Si, en cambio, se da entre un vendedor y un prestamista que invocan sendas garantías reales de la financiación de la adquisición, los Estados deberán adoptar una norma que estipule su prelación cualesquiera las respectivas fechas en que se hayan hecho oponibles a terceros. Por otra parte, deberán especificar también que, al igual que entre las garantías reales del pago de la adquisición constituidas por financiadores que no sean ni vendedores ni arrendadores, la prelación de estas se determinará en función de la fecha en que se hicieron oponibles a terceros, independientemente de la forma de la operación.

*[Nota: La Comisión podría considerar si también debe incluirse una recomendación similar a la 178 (enfoque unitario) en la sección relativa al enfoque no unitario del capítulo VII.]*

**n) Efecto de que el financiador de la adquisición no oponga sus garantías a terceros**

179. Normalmente, el vendedor que ha retenido la titularidad, el arrendador financiero o el vendedor o el prestamista que instituya una garantía real en bienes adquiridos por el comprador velarán por tomar todas las medidas necesarias para hacer su garantía oponible a terceros. En el caso de garantías de retención de la titularidad o de arrendamiento financiero ello significa adoptar una de las formas de

efectivización de la oponibilidad, y, de requerirse una inscripción en el registro general de garantías reales, efectuarla dentro del plazo estipulado (véase recomendación 189). Lo mismo se aplica a las garantías reales del pago de la adquisición (véase recomendaciones 176 y 189).

180. Que la oponibilidad a terceros no se instituya dentro del plazo aplicable tiene importantes consecuencias para todos los financiadores de la adquisición. En el caso de que el acreedor garantizado no realice la inscripción a tiempo (véase párr. 12 *supra*), ello no significa que pierda su garantía. Siempre que haya tomado las medidas necesarias para hacer valer la oponibilidad a terceros una vez expirado el período de gracia, el acreedor garantizado que invoque una garantía real de la financiación de la adquisición no podrá reclamar en este sentido una prelación especial. En este punto, pasará a ser simplemente un acreedor garantizado ordinario sujeto a la reglas generales de prelación aplicables a las garantías reales generales.

181. La situación varía ligeramente si el vendedor que haya retenido la titularidad o el arrendador financiero no efectivizan a tiempo la oponibilidad de sus garantías. En tales casos, el vendedor o el arrendatario pierden el beneficio de su propiedad, y en lo que respecta a las garantías de terceros, la titularidad del bien se transfiere al comprador o arrendatario. La pérdida total de garantías es una grave consecuencia de que no se tomen las medidas necesarias para hacer valer la oponibilidad a terceros. A fin de paliarla, y para que el resultado sea el mismo que en el caso de las garantías reales del pago de la adquisición, es necesario convertir la garantía del vendedor o del arrendador en una garantía real ordinaria, sujeta a las reglas generales de prioridad aplicables a las garantías reales (véase recomendación 193).

182. Similar resultado debiera lograrse en otros casos en que el vendedor que haya retenido la titularidad o el arrendador financiero se vean privados de su derecho de propiedad. Por ejemplo, cuando el vendedor o el arrendador de un bien que pasa a ser accesorio fijo de un bien inmueble no pueden hacer valer a tiempo su oponibilidad a terceros pierden su derecho de propiedad. Una vez instituida la oponibilidad, empero, pueden, en cambio, invocar una garantía real ordinaria.

[Nota: La Comisión podría considerar si cabría añadir una recomendación similar a la 193 en relación con lo que se sostiene en el párrafo 182.]

## **8. Derechos y obligaciones de las partes con anterioridad al incumplimiento**

183. Como se ha señalado en el capítulo sobre los derechos y obligaciones de las partes, en la mayoría de los Estados son muy pocas las reglas imperativas para determinar los derechos y obligaciones de las partes con anterioridad al incumplimiento. La inmensa mayoría de las reglas y principios aplicables son supletorios (no imperativos) y las partes pueden libremente desestimarlas. Además, la mayoría de los derechos y obligaciones de las partes previas al incumplimiento dependerá de la forma en que cada Estado conciba la naturaleza jurídica de la operación de financiación de la adquisición.

184. En los Estados que no tratan las garantías de retención de la titularidad ni los arrendamientos financieros como mecanismos de garantía, el régimen que regula los derechos y obligaciones previos al incumplimiento y es aplicable a las garantías reales sin fines de adquisición no puede simplemente transponerse a los derechos constituidos en garantía de la financiación de la adquisición. Las reglas aplicables a

las garantías reales sin fines de adquisición (constituidas por el vendedor o el prestamista) reflejarán las reglas aplicables a las garantías reales de pago. Sin embargo, cuando se trate de un mecanismo de titularidad (retención de la titularidad, arrendamiento financiero u operación similar), será necesario reajustar la formulación utilizada para expresar esas reglas.

185. Habida cuenta de que el objetivo es lograr la equivalencia funcional entre todas las operaciones de financiación, a menudo se requerirá la inversión de los supuestos de incumplimiento respecto de las prerrogativas de propiedad. En otras palabras, normalmente es el propietario (el vendedor que retiene la titularidad o el arrendador financiero) el que tiene el derecho de utilizar y percibir los frutos civiles y naturales que produzca un bien. Por lo general, es el propietario el que corre el riesgo de pérdida y, por consiguiente, tiene la obligación principal de cuidar del bien, mantenerlo, conservarlo en buen estado y asegurarlo. Y comúnmente el propietario es el que tiene el derecho a gravar el objeto y enajenarlo. En consecuencia, para lograr la equivalencia funcional, los Estados tendrán que establecer una combinación de reglas imperativas y no imperativas que confieran cada una de esas prerrogativas y obligaciones al comprador y no al vendedor o al arrendador.

186. Los Estados que adopten el enfoque unitario no necesitarán ocuparse directamente de esta cuestión, puesto que una garantía real del pago de la adquisición es simplemente un tipo de garantía real. Por ello, solo sería necesario aplicar las reglas ordinarias relativas a los derechos y obligaciones previos al incumplimiento a todas las operaciones de financiación de adquisiciones, independientemente de su forma concreta. O sea, que no hay razón para suponer que las obligaciones en materia de utilización, la obligación de proteger el valor del bien garantizado, la percepción de los frutos civiles y naturales, y los derechos a gravar o enajenar deban ser diferentes simplemente porque se tratara de una garantía real del pago de la adquisición. Si los acreedores garantizados financiadores de la adquisición y los otorgantes desean acordar una distribución diferente de los derechos y obligaciones, se les debería permitir hacerlo en el mismo marco aplicable a las garantías reales sin fines de la adquisición (véase recomendaciones 107 a 110).

187. No obstante, en caso de que un Estado adopte el enfoque no unitario, los derechos y obligaciones concretos de las partes con anterioridad al incumplimiento tendrán que formularse con mayor detalle a fin de lograr la equivalencia funcional. A menudo las reglas pertinentes tendrán que establecerse como excepciones al régimen ordinario de derechos de propiedad aplicable a los propietarios. Como se ha señalado en el capítulo sobre los derechos y obligaciones de las partes, la mayoría de las reglas aplicables con anterioridad al incumplimiento no serán de carácter imperativo. Sin embargo, puesto que el régimen no imperativo aplicable al incumplimiento deberá establecer un conjunto de condiciones aplicables a los derechos y obligaciones previos al incumplimiento que a juicio de la legislatura las partes elegirían para lograr más eficientemente el propósito de un mecanismo de garantía, los Estados que adopten el enfoque no unitario deberían cuidar de promulgar reglas de carácter no imperativo que reflejen las que hayan establecido para regular las garantías reales del pago de la adquisición constituidas por vendedores o prestamistas. Ello tendría la ventaja adicional de especificar claramente el derecho del comprador a otorgar una garantía en su derecho de expectativa y confirmar su derecho a utilizar, transformar o elaborar el bien en una

forma razonable compatible con su naturaleza y finalidad (véase recomendaciones 107 a 110).

## 9. Ejecución

188. El examen hecho en el capítulo sobre los derechos ejercitables a raíz del incumplimiento muestra que en la mayoría de los ordenamientos las reglas relativas a la ejecución de derechos con posterioridad al incumplimiento se derivan directamente de la manera en que ese ordenamiento caracterice el derecho sustantivo de que se trate. Por ejemplo, muchos ordenamientos consideran determinados derechos como “derechos reales” y establecen vías especiales para asegurar su ejecución efectiva. Otros derechos se caracterizan como “derechos personales” y normalmente se ejecutan interponiendo una acción judicial ordinaria. En tales ordenamientos tanto el derecho de propiedad como las garantías reales en bienes corporales se consideran “derecho real” ejecutable mediante una acción *in rem* (una “acción contra el bien”). Aunque los pormenores de la ejecución de derechos reales mediante acciones contra el bien pueden variar considerablemente según el derecho real en cuestión y la configuración de las leyes procesales del Estado, las reglas que rigen la ejecución de derechos con posterioridad al incumplimiento son, en su mayor parte, imperativas. Como tales, no podrán ser desestimadas por las partes en una operación de financiación de la adquisición.

189. En los Estados que no tratan las garantías de retención de la titularidad ni los arrendamientos financieros como mecanismos de garantía, el procedimiento para la ejecución de los derechos de un vendedor o un arrendador será normalmente el que está al alcance de toda persona que reclame la propiedad de un bien corporal. Así por ejemplo, en caso de incumplimiento por parte del comprador, el vendedor que retiene la titularidad puede dar por terminado el acuerdo de venta y exigir, en su calidad de propietario, la devolución del bien. En ese caso, y a reserva de cualquier estipulación contractual en contrario, normalmente se le exigirá también al vendedor que reembolse al menos parte del precio que le haya pagado el comprador. Con frecuencia, el importe del reembolso se determina descontando de las sumas que haya abonado el comprador el monto del alquiler mientras el bien se encontraba en su posesión más la correspondiente pérdida de valor (o indemnización por depreciación determinada con arreglo a una fórmula similar).

190. En estos Estados, el vendedor que cancela la venta no está normalmente obligado a dar cuenta al comprador de ninguna de las ganancias que obtenga por concepto de una reventa ulterior del bien, aunque, al mismo tiempo y salvo estipulación contractual en contrario, no tiene ningún derecho de reclamación contra el comprador por cualquier débito superior a los daños resultantes del incumplimiento del contrato de venta original. En algunos ordenamientos los tribunales han dictaminado también en ciertos casos que en los acuerdos de retención de la titularidad está implícito que el vendedor no puede recuperar una parte mayor del bien vendido de la que sea necesaria para pagar el saldo pendiente del precio de compra. Por último, en la mayoría de esos ordenamientos, ni el comprador moroso ni un tercero, por ejemplo un acreedor judicial o que haya constituido una garantía en el derecho de expectativa del comprador, puede exigir al vendedor que renuncie a su derecho a recuperarlo. Puesto que el vendedor es y ha sido siempre el propietario del bien que se reclama, no puede obligársele a que lo venda como si fuera simplemente un acreedor garantizado de la adquisición que ejecuta una garantía real del pago. Los únicos recursos de los acreedores judiciales, garantizados y otros con garantía real del pago de la adquisición son: a) si el

vendedor o arrendador aceptan, adquirir su garantía (quedando subrogados a las correspondientes garantías); o b) pagar cualquier saldo en virtud del contrato y luego ejercer sus derechos sobre los bienes que, en consecuencia, pasan a ser de su propiedad.

191. La posición del vendedor que reclama la propiedad y la posesión de un bien amparándose en que, habiendo traspasado la propiedad al comprador, puede anular retroactivamente la venta en caso de que el comprador no abone el precio acordado (condición resolutoria) es similar a la del vendedor que retiene la titularidad. En caso de incumplimiento, la venta se da por terminada y el vendedor recupera la propiedad. Puede entonces reclamar la posesión del bien en su calidad de propietario, a condición de rembolsar al comprador la suma que haya pagado (calculada como se ha indicado). En otras palabras, una vez que la condición resolutoria surte efecto, los derechos y obligaciones del vendedor que recupera la propiedad son idénticos a los del que retiene la titularidad.

192. La situación del arrendador financiero suele ser ligeramente diferente. Puesto que la forma del arrendamiento es tal que constituye un contrato de ejecución continua (el arrendatario tiene la posesión y uso continuos en tanto que el arrendador tiene un derecho al pago del alquiler), en la mayor parte de los ordenamientos se pondrá término al contrato de arrendamiento para el futuro únicamente. Ello significa que el arrendatario perderá el derecho a comprar el bien al final del período originalmente estipulado (o a adquirir automáticamente la propiedad si así está estipulado en el contrato), que el arrendador conservará la totalidad de los pagos recibidos en concepto de arrendamiento y que el arrendatario quedará obligado a devolverle todos los bienes. Sin embargo, a reserva de cualquier disposición contractual en contrario, el arrendador financiero no podrá presentar ninguna reclamación por la depreciación normal del bien. Solo podrá reclamar indemnización por concepto de deterioro o de depreciación extraordinaria. Además, a menos que el contrato prevea otra cosa, normalmente los arrendadores financieros no podrán reclamar la diferencia entre la suma que reciben en concepto de pagos de arrendamiento y la depreciación del bien arrendado.

193. En el enfoque unitario el acreedor garantizado financiador de la adquisición podrá recuperar el bien como cualquier otro acreedor garantizado. Sea financiador de la adquisición vendedor, arrendador o prestamista, podrá, como se señala en el capítulo sobre derechos ejercitables a raíz del incumplimiento, o bien vender el bien o, si el otorgante u otro acreedor garantizado no tienen objeción, tomar posesión de él en pago de la obligación garantizada. En el primer caso, el acreedor podrá vender el bien por vía judicial o privadamente. Tras ello, tendrá que reintegrar al otorgante cualquier superávit de la reventa, aunque simultáneamente tendrá un derecho no garantizado a cualquier débito pendiente (véase recomendación 174).

194. Si el Estado adopta el enfoque no unitario será preciso introducir varios ajustes en las reglas relativas a la ejecución del derecho de propiedad del vendedor que retiene la titularidad o del arrendador financiero a fin de lograr la igualdad de trato entre todos los financiadores de la adquisición. Esos ajustes comprenderían, por ejemplo, la concesión al comprador o al arrendatario o a cualquier acreedor garantizado que tenga una garantía en el derecho de expectativa del comprador o el arrendatario el derecho de obligar al vendedor o al arrendador a vender el bien sobre el que tiene un derecho de propiedad, y no simplemente a invocar ese derecho de propiedad para recuperar posesión de él y, en última instancia, enajenarlo. O sea que aunque un acreedor garantizado financiador de la adquisición pretenda que se le entregue el bien en pago de la obligación pendiente del comprador, el comprador u

otra parte interesada pueden obligarlo a venderlo. Lo mismo vale para vendedores y prestamistas que tengan garantías reales del pago de la adquisición. La plena equivalencia funcional supondría que los compradores y otras partes interesadas pudieran obligar al vendedor que haya retenido la titularidad (propietario) a desistir de reclamar su derecho de propiedad y vender el bien como si fuese simplemente un acreedor garantizado financiador de la adquisición. Se requeriría también adaptar los derechos del vendedor o del arrendador a fin de que tuviesen que dar cuenta de cualquier superávit que deje la posterior venta, al mismo tiempo que se les permitiría recuperar, como simples demandantes contractuales, cualquier débito sin tener que interponer una acción separada por daños y perjuicios.

195. Los débitos son mucho más comunes que los excedentes. Aun así, al exigir a todo financiador de la adquisición (incluidos los vendedores que hayan retenido la titularidad y los arrendadores financieros) que dé cuenta de todo superávit que quede a raíz de la ejecución al comprador y a otros acreedores que tengan una garantía en su derecho de expectativa, se alentará a estos a que sigan de cerca el proceso ejecutorio y con ello aumentarán las posibilidades de que se obtenga el valor más alto posible. De igual manera, al dar al acreedor el derecho a reclamar los débitos restantes se le permitirá ejercer su pleno derecho, lo cual aumenta la probabilidad de un pago completo. Una regla que denegara, en ausencia de una estipulación contractual sobre daños y perjuicios, una reclamación por los débitos restantes a determinado financiador de la adquisición (especialmente a los vendedores que han retenido la titularidad o a los arrendadores financieros), cuando una reclamación de esa índole fuese ejecutable por un vendedor o un prestamista que hicieran valer una garantía real del pago de la adquisición, no sería equitativa ni ineficiente. Los derechos del vendedor, especialmente, no deberían ser significativamente diferentes (a su favor o en su contra) y deberían depender únicamente de que haya optado por retener la titularidad o constituir una garantía real del pago de la adquisición.

196. Como cuestión de estricta lógica jurídica, es posible lograr en materia ejecutoria resultados funcionalmente equivalentes al margen de que se adopte el enfoque unitario o el no unitario. La necesidad de introducir esos diversos ajustes en los regímenes vigentes de retención de la titularidad y arrendamiento financiero a fin de beneficiarse plenamente del igual tratamiento de todos los financiadores de la adquisición, como recomienda Guía (véase recomendación 197) hace preferible tal vez que los Estados que no hayan logrado aun ese resultado coordinado mediante ajustes de orden legislativo, judicial o contractual a las reglas aplicables a las operaciones de retención de la titularidad y de arrendamiento financiero lo hagan adoptando el enfoque unitario. No obstante, el enfoque no unitario, si se aplica tal como recomienda la Guía (véase recomendación 197), producirá un régimen ejecutorio eficiente en lo que respecta a las operaciones de financiación de la adquisición.

## **10. Conflicto de leyes**

197. Al presentar las reglas relativas al derecho aplicable, muchos ordenamientos diferencian entre derechos de propiedad y garantías reales. Vale decir que las reglas en materia de conflicto de leyes relativas a las obligaciones (por ejemplo, no solo ventas y arrendamientos, sino también licencias y créditos por cobrar) pueden diferir de las aplicables a acuerdos en virtud de los cuales se instituya la garantía real en bienes corporales. El tratamiento del conflicto de leyes en relación con las garantías reales en general, junto con las recomendaciones concomitantes, se

presentan en el capítulo sobre conflicto de leyes. El presente análisis se limita a si las garantías de retención de la titularidad, arrendamiento financiero y del pago de la adquisición deben ser objeto de diferentes recomendaciones.

198. Sin embargo de las diferencias conceptuales entre los derechos que se desprenden de la propiedad y las garantías reales, en los casos en que se recurre a una garantía de retención de la titularidad para asegurar el cumplimiento de una obligación de pago y la posesión ha sido traspasada al comprador, la forma de la operación no difiere de aquella en virtud de la cual se constituye la garantía real. Además, el bien en cuestión es mueble, por lo que es igualmente probable que atraviese las fronteras internacionales. Como la Guía recomienda que los prestamistas puedan adquirir no solo garantías reales, sino también garantías reales del pago de la adquisición en la expectativa del comprador/, es posible que una vez que el mueble atraviesa una frontera, y a menos que las mismas reglas en materia de conflicto de leyes se apliquen a todas estas garantías, las garantías de retención de la titularidad y del pago de la financiación de la adquisición se rijan por normas diferentes. La eficiencia y transparencia de las operaciones aconsejaría que, de ser posible, este tipo de conflicto se evitara por completo.

199. En virtud del enfoque unitario, a efectos del conflicto de leyes es irrelevante que la operación de financiación de la adquisición suponga una garantía de retención de la titularidad, de arrendamiento financiero o del pago de la adquisición. Todas se considerarán garantías y se tratarán en consecuencia (véase recomendación 174).

200. Si el Estado opta por el enfoque no unitario, sin embargo, deberá decidir si las reglas de conflicto de leyes aplicables a la constitución, oponibilidad a terceros, prelación y ejecución de las garantías de los acuerdos de retención de titularidad, arrendamiento financiero y otros similares deben ser las mismas que se aplican a las garantías reales del pago de la adquisición o, de manera más general, a las garantías reales ordinarias que se constituyan en el mismo tipo de bienes. La equivalencia funcional es un argumento de peso para que los Estados califiquen los derechos de propiedad de los financiadores de la adquisición como garantías reales del pago de la adquisición a efectos del conflicto de leyes (véase recomendación 199).

## **11. Transición**

201. Las reglas recomendadas en la Guía relativas al tratamiento de operaciones que en muchos Estados no se consideran mecanismos de garantía representan un importante cambio para la mayoría de los ordenamientos jurídicos. En particular, la calificación de la retención de la titularidad y los arrendamientos financieros (comprendidos los acuerdos de venta a plazos) como garantías reales del pago de la adquisición significarán una importante modificación del alcance del régimen de operaciones garantizadas en ordenamientos que no hayan adoptado ya el enfoque unitario y funcional de las operaciones garantizadas en general. En el capítulo sobre la transición se examinan los principios que, según recomienda la Guía, deberían regir la transición a un nuevo régimen para las garantías reales ordinarias. Estos mismos principios deberían regir la transición cuando se trate operaciones de financiación de la adquisición.

202 Si el Estado adopta el enfoque unificado, una transición sin tropiezos dependerá de que se tengan presentes las disposiciones que anteriormente regían las garantías de retención de la titularidad y de arrendamiento financiero. Si ya era obligatorio que los acreedores que han retenido la titularidad y los arrendadores financieros

inscribieran sus garantías, solo sería necesario entonces establecer un determinado plazo de espera dentro del cual tendría que hacerse la nueva inscripción en el registro general de garantías reales recién creado. Otra posibilidad sería que el régimen determinara que la inscripción vigente siguiera siendo válida por un plazo suficientemente largo (por ejemplo, de tres a cinco años) para poder abarcar el período de vigencia de la mayoría de los acuerdos de retención de la titularidad o arrendamiento financiero (véase recomendación 228).

203. De no ser necesaria actualmente una inscripción en el registro, se podría lograr una transición expedita si, en consonancia con las reglas de transición aplicables a las operaciones de financiación sin fines de adquisición, la oponibilidad de las garantías de los vendedores que han retenido la titularidad y de los arrendadores financieros y su orden de prelación se preservan mediante la inscripción de una notificación apropiada en el registro de garantías reales. Otra posibilidad es que el requisito de inscripción se haga efectivo en una fecha suficientemente lejana después de que la nueva ley entre en vigor (por ejemplo, de tres a cinco años), que permita abarcar el período establecido en la mayor parte de los acuerdos de retención de la titularidad vigentes a la sazón (véase recomendación 228). A fin de asegurar una transición coherente y que se ajuste al enfoque adoptado en el capítulo sobre la transición, cualquiera el lapso que se adopte, debe ser el mismo para las garantías que debían registrarse en virtud la ley anterior, para las que estaban exentas de inscripción y para las reales sin fines de adquisición.

204. Incluso en caso de que un Estado decida adoptar el enfoque no unitario, a efectos de una ley idónea para las operaciones garantizadas, será necesario reorganizar una serie de reglas relativas a las garantías de retención de la titularidad y de arrendamiento financiero. Puesto que la Guía recomienda que se inscriban en el registro general de garantías reales, las mismas reglas de transición respecto de la inscripción aplicables al enfoque unitario se podrían adaptar al enfoque no unitario. En cuanto a las garantías reales del pago de la adquisición existentes, la transición debiera regirse por los principios aplicables en virtud del enfoque unificado.

205. No obstante, sería necesario introducir ajustes similares a fin de producir resultados que sean funcionalmente equivalentes a los logrados en el enfoque unitario. En particular, será preciso determinar cuándo entrarán en vigor las reglas relativas a las siguientes cuestiones: a) la prelación de los derechos reales en garantía de la financiación de la adquisición constituidos en el producto; b) los derechos de terceros a constituir garantías reales en bienes gravados con garantías de retención de la titularidad o de arrendamiento financiero; y c) los procedimientos para ejecutar esos tipos de mecanismo de financiación de la adquisición. Aunque la magnitud y el alcance de la transición requerida en el marco del enfoque no unitario tal vez no sean tan considerables, las cuestiones que se planteen en la práctica serán idénticas a las que se plantean en el contexto del enfoque unitario y los principios generales que rigen la adopción de un régimen unitario deberían aplicarse también a la transición a un régimen no unitario reformado.

## 12. Insolvencia

206. Uno de los temas centrales de la Guía es que la garantía real vale de poco o nada al acreedor garantizado a menos que sea debidamente reconocida en los procedimientos de insolvencia. De esta suerte, un régimen eficaz de las operaciones garantizadas debe ir de la mano de una ley de insolvencia igualmente eficaz. Ambos son fundamentales para promover el crédito garantizado. Por ello, la Guía va acompañada de la *Guía legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de insolvencia*.

207. La interacción general de los regímenes de insolvencia y de operaciones garantizadas se examina en el capítulo sobre los efectos de la insolvencia en las garantías reales. Las correspondientes recomendaciones de la Guía vienen en dos partes: la A, en que se reexponen las recomendaciones de la guía de la CNUDMI que tienen directamente que ver con las operaciones garantizadas, y la B, en la que figuran recomendaciones complementarias. La guía de la CNUDMI en general deja en manos del régimen de no insolvencia (por ejemplo, la ley de operaciones garantizadas de un Estado) la caracterización de una determinada operación de financiación de operaciones y sus implicaciones.

208. El principio de que el régimen de insolvencia deja la caracterización en manos del de no insolvencia significa que, en los Estados que integran todas las formas de garantías de la financiación de operaciones en su ley de operaciones garantizadas, las operaciones con garantías de retención de la titularidad y de arrendamiento financiero se tratarán, en caso de insolvencia, de la misma manera que una garantía real sin fines de adquisición, reconociéndose cualquier prelación acordada a la garantía real del pago de la adquisición en virtud del régimen de no insolvencia. En consecuencia, las disposiciones de la guía de la CNUDMI aplicables en general a las garantías reales se aplicarían igualmente a los bienes sujetos a garantías reales del pago de la adquisición (recomendación 183).

209. Un análisis un tanto más complejo se hace necesario en los Estados que no tratan las garantías de retención de la titularidad ni los arrendamientos financieros como mecanismos de garantía. Algunos de ellos distinguen terminológicamente las operaciones con garantía de retención de la titularidad de las con garantía de arrendamiento financiero pero las someten, junto a otros arreglos similares, a las mismas reglas aplicables a las garantías sin fines de adquisición, reconociéndose cualquier prelación acordada a la garantías reales del pago de la adquisición en virtud del régimen de no insolvencia. Es decir, que en estos Estados el régimen de operaciones garantizadas transforma la propiedad de los vendedores que retienen la titularidad y de los arrendadores financieros en garantías reales en caso de insolvencia del otorgante. En consecuencia, el correspondiente resultado es el mismo que en los Estados de régimen unitario. Así pues, las disposiciones de la guía de la CNUDMI aplicables a las garantías reales se aplicarían a estas operaciones, aunque en virtud del régimen de no insolvencia no se caracterizarían como garantías reales (recomendación 198, variante A).

210. Otros Estados que distinguen terminológicamente ambas operaciones prevén, sin embargo, una equivalencia funcional aproximada entre estas garantías y las del pago de la adquisición. En ellos, las operaciones con retención de la titularidad y de arrendamiento financiero se tratan como relativas a bienes propiedad del vendedor o del arrendador. En consecuencia, las disposiciones de la guía de la CNUDMI relativas a bienes propiedad de terceros se aplicarían a estas operaciones (véase recomendación 198, variante B).

211. Estas variantes pueden surtir diferentes efectos en los procedimientos por insolvencia, sobre todo en los casos en que es posible la reestructuración de la deuda. En el régimen de insolvencia de los Estados que integran todas las formas de garantías reales del pago de la adquisición en su régimen de operaciones garantizadas, las garantías de retención de la titularidad y de arrendamiento financiero se tratan de la misma manera que las reales sin fines de adquisición, reconociéndose cualquier prelación acordada a la garantías reales del pago de la adquisición en virtud del régimen de no insolvencia. En estos Estados, es habitual que el administrador de la insolvencia pueda utilizar, vender o arrendar los bienes

no gravados siempre y cuando entregue bienes de sustitución al acreedor garantizado o que el valor de la garantía que este tiene sobre la propiedad quede protegido contra la disminución/. En estos casos, cualquier parte de las obligaciones garantizadas por encima del valor de la garantía del acreedor se trata en general como derecho no garantizado y en el caso de la reestructuración de la deuda/, puede reestructurarse hasta el valor de la garantía real (como sucede con otras garantías reales sin fines de adquisición) con diferente vencimiento, cronograma de pago, tipo de interés, etc. (véase capítulo sobre los efectos de la insolvencia en las garantías reales, párrs. [...]).

212. El examen precedente revela que en los Estados que no tratan las garantías de retención de la titularidad ni los arrendamientos financieros como mecanismos de garantía, el administrador de la insolvencia suele tener el derecho, dentro del plazo prescrito y si desea y puede hacerlo, de: a) pagar el resto del precio e incorporar el bien en los activos; o b) seguir pagando el alquiler. En algunos casos, dicho administrador puede ceder a un tercero el contrato, junto con el derecho de usufructo del bien (como ocurre si el contrato de arrendamiento requiere el consentimiento del arrendador). Otra posibilidad es que pueda rechazar el contrato, devolver el bien y reclamar el reembolso de la parte del precio de venta pagada por el comprador a reserva de un descuento por concepto de amortización y uso previos a la insolvencia. Si se trata de un contrato de arrendamiento, el administrador puede desconocer el acuerdo/ y devolver el bien al arrendador. No obstante, si el bien es decisivo para la reestructuración de la deuda del comprador, el administrador no tendría más opción práctica que la primera (cumplimiento del contrato tal cual). La necesidad de que el administrador de la insolvencia cumpla el contrato tal cual puede tener por consecuencia, por ejemplo, cuando el valor actual del bien de equipo es inferior al saldo del precio de compra, que otros bienes del deudor se usen a tal efecto en vez de para financiar otros aspectos de la reorganización.

213. En los Estados en los que los bienes sujetos a garantías de retención de la titularidad y de arrendamiento financiero se tratan como bienes propiedad de terceros, los derechos del vendedor que ha retenido la titularidad y del arrendador financiero tendrán precedencia sobre los de otros acreedores. Ello afectará inevitablemente la capacidad del administrador de proceder con la reestructuración. En consecuencia, los Estados que adoptan un enfoque no unitario de la financiación de adquisiciones en situaciones de insolvencia deben considerar si procede mantener en tales casos esta caracterización de las garantías de retención de la titularidad, de arrendamiento financiero y otras similares. La opción legislativa es si la promoción de la provisión y financiación de bienes de equipo o de existencias concediendo garantías especiales a vendedores que han retenido la titularidad y a arrendadores financieros debe prevalecer sobre políticas de insolvencia que busquen promover la reestructuración.

## **B. Recomendaciones**

*[Nota para la Comisión: la Comisión tal ve desee tomar nota de que, en vista de que el documento A/CN.9/637 presenta en forma consolidada las recomendaciones del proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas, las recomendaciones no se reproducen aquí. Una vez terminadas, se consignarán al final de cada capítulo.]*