



Asamblea General

Distr. general
20 de junio de 2017
Español
Original: español/francés/inglés

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

50º período de sesiones

Viena, 3 a 21 de julio de 2017

Posible labor futura en el ámbito de las garantías mobiliarias: propuesta de una guía de prácticas relativa a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Garantías Mobiliarias

**Propuesta de los Gobiernos de Australia, el Canadá, el Japón y
el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte**

Nota de la Secretaría

En el anexo de la presente nota figura una propuesta de los Gobiernos de Australia, el Canadá, el Japón y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, de que la Comisión prepare una guía de prácticas relativa a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Garantías Mobiliarias, recibida en español, francés e inglés.



Anexo

1. Introducción

En el Cuarto Coloquio Internacional sobre las Operaciones Garantizadas (15 a 17 de marzo de 2017), tres paneles trataron diversos asuntos sobre los que se podría brindar más orientación y asesoramiento a quienes utilicen efectivamente la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Garantías Mobiliarias en un Estado una vez que este la haya incorporado a su derecho interno. Las categorías de posibles usuarios incluyen a los acreedores garantizados y los otorgantes (incluidas las microempresas), sus abogados y asesores, los demás acreedores del otorgante y el representante de la insolvencia, los adquirentes de los bienes gravados del otorgante, las autoridades reguladoras, los jueces, los árbitros y, en general, quienes participen en la enseñanza del nuevo régimen.

La idea de preparar una guía de prácticas que integre y afine las ideas debatidas en los tres paneles mencionados tuvo amplio apoyo entre los participantes en el Coloquio. Se expresó el temor de que, sin una guía de este tipo, incluso aunque un Estado promulgara la Ley Modelo según se recomendaba, los beneficios económicos que esta perseguía (incrementar la oferta de crédito financiero a un costo inferior merced a la utilización de bienes muebles como garantía del cumplimiento de obligaciones) no llegaran a materializarse. Los participantes señalaron que la Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Garantías Mobiliarias ofrece una ayuda esencial a los legisladores a la hora de incorporar la Ley Modelo al ordenamiento jurídico de un Estado. Sin embargo, observaron que la Guía para la incorporación al derecho interno no ofrece suficiente orientación práctica y concreta a quienes participan efectivamente en la concesión o recepción de crédito con arreglo a la Ley Modelo o se ven afectados por esas operaciones. Tampoco ofrece asesoramiento alguno en relación con el entorno regulador y operacional necesario para integrar el nuevo régimen de garantías mobiliarias en los más amplios objetivos económicos y de políticas del Estado promulgante.

En vista de lo anterior, se propone que el Grupo de Trabajo VI prepare una guía de prácticas en el sentido propuesto por los participantes en el Coloquio. Así pues, la guía propuesta, por lo tanto, incluiría todos o la mayor parte de los asuntos debatidos por los tres primeros paneles del Coloquio, que se presentan como tres temas posibles distintos para la labor futura en los párrafos 8 a 44 del documento [A/CN.9/913](#). Como se explica en mayor detalle más adelante, la guía propuesta abarcaría aspectos como el modo de redactar contratos, notificaciones, listas de verificación y otros documentos necesarios para celebrar y gestionar operaciones garantizadas de conformidad con la Ley Modelo. También explicaría la conveniencia de que los usuarios adquieran los conocimientos prácticos necesarios para llevar a cabo satisfactoriamente las operaciones, entre ellos los relativos a la evaluación del riesgo, la valoración del bien ofrecido en garantía y la ejecución extrajudicial. Además, se explicaría cómo puede integrarse de manera adecuada un nuevo régimen de operaciones garantizadas en el marco general de la reglamentación jurídica y financiera del Estado promulgante y en los objetivos de esa reglamentación. Y si bien la guía propuesta se referiría a la financiación otorgada a empresas de todos los tamaños, prestaría especial atención a los problemas que plantea la financiación ofrecida a las microempresas, indicados en los párrafos 31 a 44 del documento [A/CN.9/913](#).

2. Conveniencia

Hubo acuerdo general entre los participantes en el Coloquio sobre el hecho de que existen asuntos ajenos a la reforma y la modernización formales de la legislación de un Estado en materia de operaciones garantizadas que desempeñan un papel relevante a la hora de determinar si ese Estado cuenta con mercados de crédito garantizado dinámicos y con un funcionamiento adecuado que contribuyan al objetivo general de aumentar la oferta de crédito financiero a un costo inferior. Esos asuntos incluyen el

“fortalecimiento de la capacidad”, en particular de los financiadores y sus asesores, pero también de los prestatarios, otros acreedores, jueces, árbitros y académicos; y también la elaboración de normas reglamentarias apropiadas a ese respecto.

Por “fortalecimiento de la capacidad” se entiende el desarrollo de conocimientos prácticos para utilizar los instrumentos previstos en la Ley Modelo a fin de participar de manera eficiente y lucrativa en operaciones de crédito, con un menor riesgo de pérdida en caso de incumplimiento. En general se reconoce que la adopción por un Estado de un régimen moderno de garantías mobiliarias como el de la Ley Modelo no implica que los financiadores adquieran automáticamente los conocimientos prácticos necesarios para conceder crédito de un modo eficaz. Más bien al contrario, los acreedores no suelen recurrir a operaciones nuevas que pueden realizarse de manera lucrativa a raíz de una reforma del régimen legal de garantías mobiliarias hasta que cuentan con la capacidad práctica necesaria para utilizar con eficiencia las nuevas normas e instituciones. Además, en tanto otros involucrados en la implementación del nuevo sistema, como administradores, abogados y jueces, no sean capaces de aplicarlo eficazmente y con conocimiento, el sistema no funcionará adecuadamente y los acreedores serán reacios a utilizarlo. En consecuencia, una reforma legislativa por sí sola, sin un esfuerzo paralelo de fortalecimiento de la capacidad, puede no ser suficiente para lograr sus objetivos.

Por ejemplo, hay evidencia empírica que sugiere que, incluso en los Estados que han aprobado una ley moderna de garantías mobiliarias, los financiadores que no están familiarizados con las prácticas de financiación relacionadas con bienes muebles previstas en la nueva ley, como los préstamos garantizados con existencias o con créditos por cobrar, siguen exigiendo garantías reales sobre bienes inmuebles para conceder crédito. Dado que, a menudo, la mayor parte de los bienes inmuebles pertenece a un porcentaje pequeño de la población de un Estado, esto significa que, aunque se apruebe un régimen legal moderno en materia de operaciones garantizadas, es posible que el crédito siga estando fuera del alcance del sector de la economía que más lo necesita, es decir, las microempresas y las pequeñas y medianas empresas (“MPYME”).

Especiales problemas plantea la financiación concedida a las microempresas, que son una parte esencial de la economía mundial (constituyen más del 90% del número total de empresas) y revisten una importancia crítica en las economías en desarrollo. Los bienes que pueden darse en garantía son habitualmente muy escasos y de distinto tipo a los que suelen ofrecer las empresas de mayor tamaño, por lo que se recurre con mucha frecuencia a las garantías personales. Las empresas y sus fiadores son, en la mayoría de los casos, personas físicas. Las cantidades prestadas son a menudo muy pequeñas y esto puede repercutir en el costo de la operación y en el comportamiento de los financiadores, tanto en el momento de celebrarse la operación como durante su ciclo de vida. Por todo ello es necesario analizar y explicar cómo funcionan generalmente las operaciones garantizadas (bajo el régimen de la Ley Modelo) en el caso de las microempresas y, a nivel más general, cómo interactúan con las garantías personales. Además, el pequeño tamaño de las microempresas sitúa al empresario en una posición negociadora débil en relación con los financiadores. Este desequilibrio a menudo genera problemas de exceso de valor de las garantías en comparación con el crédito concedido. También puede dar lugar a que se impongan tipos de interés abusivos, especialmente en el caso de los intereses de mora.

Además, es preciso asegurar que exista una coordinación entre la financiación garantizada con bienes muebles y los marcos reguladores nacionales, especialmente en lo que respecta a los requisitos de capital exigidos por el Estado promulgante. Sin esa coordinación, se induce a las instituciones financieras reguladas a asignar el mismo nivel de riesgo a las operaciones garantizadas con bienes muebles o con créditos por cobrar, que a las operaciones de financiación no garantizadas, frustrando así la finalidad de la Ley Modelo de incrementar el acceso al crédito.

Una guía de prácticas relativa a la Ley Modelo sería un paso importante hacia la atenuación de todos estos problemas. En ella se podrían explicar los diversos tipos de operaciones y prácticas de financiación a las que se puede recurrir utilizando la Ley Modelo. Podría ofrecerse orientación a los usuarios en relación con la forma y la estructura de los contratos y otros documentos necesarios para conseguir los beneficios económicos que se derivan de esas operaciones. También podría brindarse orientación con respecto al marco jurídico y la infraestructura práctica que deben existir para que esa financiación funcione eficazmente, como, por ejemplo, orientación sobre la evaluación del riesgo, incluida la valoración del bien ofrecido en garantía, y sobre el modo de realizar la ejecución extrajudicial. Esta guía permitiría a los usuarios adquirir los conocimientos y las habilidades prácticas mencionados más arriba. Asimismo, sería de utilidad para los encargados del fortalecimiento de la capacidad (ya sean organismos o asesores externos, o educadores o facilitadores internos) en los Estados en que se promulgue el régimen de la Ley Modelo. La guía podría también orientar a jueces y reguladores en relación con el marco jurídico y regulador necesario para que un régimen de garantías mobiliarias moderno florezca y, en particular, ofrezca soluciones a los problemas específicos que surgen en dos aspectos de importancia crítica: la financiación concedida a las microempresas y la coordinación con los requisitos de capital aplicables a las entidades financieras reguladas.

3. Viabilidad

A fin de demostrar la viabilidad de la guía de prácticas propuesta, en esta sección se sugiere cuál podría ser su contenido. A diferencia de la Guía para la incorporación al derecho interno, que está estructurada como un comentario artículo por artículo de la Ley Modelo, la guía propuesta adopta un enfoque más temático, pues de ese modo se daría mejor respuesta a las necesidades de aquellos usuarios que tienen poca o ninguna experiencia con una ley moderna de garantías mobiliarias. El contenido sugerido se basa en gran medida en los resúmenes de los debates de los tres paneles del Coloquio que figuran en el documento [A/CN.9/913](#), donde puede encontrarse un análisis más detallado de las distintas cuestiones.

a) Mejores prácticas contractuales y documentales

i) *Tipos de financiación garantizada previstos en la Ley Modelo*

En la guía podrían explicarse las características y ventajas de los diferentes tipos de financiación garantizada que hace posible la Ley Modelo, con referencias cruzadas a las disposiciones pertinentes de la Ley Modelo (por ejemplo, financiación para la adquisición de existencias y equipo, líneas de crédito renovable, facturaje, forfetización, titulización, o financiación a plazos). Podría explicarse asimismo cómo la Ley Modelo prevé la concesión de crédito no solo por parte de proveedores de préstamos dinerarios, sino también por parte de vendedores o arrendadores financieros, incluyendo, también en este caso, referencias cruzadas a las disposiciones de la Ley Modelo que prevén y regulan esos tipos de financiación.

ii) *Aspectos esenciales de que deben ocuparse las partes durante el ciclo de vida de la operación garantizada*

En la guía podrían analizarse distintas cuestiones que se plantean en cada una de las etapas de una operación garantizada (por ejemplo, los objetivos iniciales del acreedor garantizado y del otorgante, los documentos precontractuales necesarios, los aspectos relativos a la conclusión del negocio, y el seguimiento de la situación del otorgante y del bien gravado una vez celebrada la operación).

iii) *Diligencia debida*

En la guía podrían examinarse los aspectos relacionados con la diligencia debida que deberán tener en cuenta los futuros acreedores garantizados (por ejemplo, la necesidad de obtener información esencial sobre el otorgante y el bien ofrecido en garantía,

con ejemplos de listas de verificación; la necesidad de realizar búsquedas en registros de garantías mobiliarias y otros registros especializados, como los registros de propiedad intelectual; y la necesidad de conseguir información sobre resoluciones judiciales y gravámenes de origen legal por deudas fiscales o similares).

iv) *Redacción clara y simple*

En la guía podrían explicarse los beneficios de redactar de manera clara y sencilla los acuerdos de garantía, las notificaciones y demás documentos relacionados con las operaciones garantizadas (por ejemplo, para evitar litigios, o para asegurarse de que el contenido es comprendido por las partes o destinatarios y tiene en cuenta su experiencia y grado de dominio del tema). Podría ponerse énfasis en la importancia de emplear técnicas de redacción que utilicen un lenguaje claro y sencillo, incluyendo ejemplos de redacción ineficaz (por ejemplo, evitando el uso de jerga legal pero utilizando términos que sean compatibles con la Ley Modelo, evitando oraciones o párrafos excesivamente largos, y no usando tipos de letra que sean difíciles de leer).

v) *Autonomía de las partes y normas imperativas*

Se podría demostrar en la guía de qué manera el principio de autonomía de las partes recogido en el artículo 3, párrafo 1, de la Ley Modelo permite a las partes contratantes adaptar el acuerdo a sus necesidades, dando ejemplos de disposiciones concretas que las partes pueden excluir o modificar de común acuerdo, y explicando cómo y por qué puede convenir a las partes aprovechar esa flexibilidad.

vi) *Modelos de documentos*

Se podrían incluir en la guía modelos de acuerdos de garantía para los distintos tipos de operaciones de financiación garantizadas, basados en las mejores prácticas internacionales que gocen de amplia aceptación. Se podrían explicar las cláusulas principales de los modelos proporcionados y las disposiciones de la Ley Modelo con las que guardan relación. También se podrían incluir modelos en los que se estipule que la garantía mobiliaria se hará oponible a terceros por métodos distintos de la inscripción registral (por ejemplo, la celebración de “acuerdos de control”). Se podría ofrecer orientación sobre la forma correcta de preparar formularios de notificación y presentarlos al registro (por ejemplo, modelos de descripción de los bienes gravados), y sobre el modo de preparar las notificaciones que han de enviarse al otorgante y a los terceros en el contexto de la ejecución extrajudicial de una garantía mobiliaria. Las dificultades en la notificación a personas físicas es un aspecto potencialmente problemático que se plantea en el contexto de la financiación ofrecida a las microempresas, y en la guía podrían proponerse distintas soluciones para ese problema.

b) Evaluación del riesgo, valoración del bien ofrecido en garantía y posibilidad de ejecución eficaz

i) *Valoración del bien ofrecido en garantía*

El valor de la protección contra pérdidas que ofrece una garantía mobiliaria depende en última instancia del valor que tenga el bien gravado en el momento en que probablemente vaya a enajenarse. Se podría por lo tanto explicar en la guía que es esencial para los usuarios que adquieran u obtengan (por ejemplo, mediante la contratación de tasadores profesionales) los conocimientos especializados necesarios para estimar la cantidad que probablemente vayan a recibir en caso de enajenación del bien gravado.

ii) *Administración de préstamos garantizados*

Los acreedores garantizados necesitan entablar una relación de confianza con sus deudores, pero la diligencia debida requiere además que sean capaces de verificar los hechos en que se funda la decisión de conceder crédito de un modo continuado. En consecuencia, necesitan desarrollar su capacidad técnica en materia de contabilidad

y en cuanto al seguimiento del perfil de riesgo del deudor y la situación del bien gravado, para cerciorarse de que este último continúa existiendo y mantiene su valor. La guía podría explicar estas cuestiones y ayudar a crear esa capacidad.

iii) *Embargo y enajenación del bien gravado por vía extrajudicial y distribución del producto de la enajenación*

El embargo y la enajenación extrajudiciales de bienes gravados en caso de incumplimiento pueden no conocerse en un Estado que incorpore la Ley Modelo a su derecho interno. Por lo tanto, se podría explicar en la guía el ejercicio extrajudicial de los derechos de ejecución posteriores al incumplimiento y, en particular, la protección del otorgante y de los derechos de terceros, así como las circunstancias en que pueden existir mecanismos alternativos de solución de controversias. Este es otro caso en el que también podrían abordarse los problemas específicos que se plantean en relación con las microempresas. En la guía se podría asimismo analizar los mercados secundarios de venta de bienes gravados, entre ellos las plataformas electrónicas, con sus ventajas y desventajas.

iv) *Obtención del pago de créditos por cobrar*

La concesión de financiación garantizada con créditos por cobrar y otros derechos a recibir el pago de sumas de dinero (por ejemplo, títulos de deuda) puede no haber sido algo común o, incluso, posible conforme a las leyes de un Estado con anterioridad a la incorporación de la Ley Modelo a su derecho interno. El cobro de una suma de dinero al deudor o a otro obligado al pago requiere habilidades diferentes y está sometido a normas distintas de las que regulan la recuperación de la posesión y la enajenación de bienes corporales; por consiguiente, en la guía se podría ofrecer orientación a efectos de crear esa capacidad.

v) *Inversión en capacidad en el ámbito jurídico*

Las leyes modernas de operaciones garantizadas son complejas, y el ejercicio de los derechos previstos en ellas se rige por normas también complejas. La Ley Modelo, una vez incorporada al derecho interno de un Estado, no se aplicará de modo aislado con respecto a las demás leyes del Estado promulgante. Por lo tanto, los usuarios necesitarán conocimientos especializados en esferas conexas del derecho, como el régimen legal de la insolvencia, o las normas jurídicas que rigen las garantías personales y su interacción con la Ley Modelo, dado que a menudo se otorgan garantías personales, además de garantías mobiliarias, para respaldar el pago de préstamos (algo especialmente frecuente en el contexto de la financiación concedida a las microempresas).

c) Capacidad de regulación

i) *Operaciones garantizadas y requisitos de capital*

En la guía se podría indicar cómo se puede lograr que exista coordinación entre el marco regulador nacional y la Ley Modelo. En términos generales, los Acuerdos de Basilea –emanados del Comité de Basilea de Supervisión Bancaria– tratan de manera favorable el crédito garantizado, toda vez que la garantía permite reducir los requisitos de capital (ponderados en función del riesgo). Sin embargo, generalmente se reconoce que los requisitos del marco regulador son excesivamente cautos, si no escépticos, en lo que respecta a la constitución de garantías reales sobre bienes muebles y créditos por cobrar. De hecho, se presume que los bienes muebles no pueden convertirse en dinero rápidamente –lo que se debe a la idea de que los mercados secundarios son limitados– y que los créditos por cobrar tienden a depreciarse. Los requisitos de capital permiten considerar que los bienes muebles y los créditos por cobrar son medios eficaces de protección del crédito solo si se cumplen determinadas condiciones (por ejemplo, que el valor del bien ofrecido en garantía pueda determinarse sobre la base de datos fiables; que sea efectivamente posible ejecutar la garantía mobiliaria y hacerlo rápidamente, y que exista un mercado secundario suficientemente líquido).

Si estos aspectos tan relevantes no se comprenden y tratan en el plano nacional, es posible que los financiadores no estén dispuestos a conceder préstamos, o que solo lo hagan a un costo más alto para los prestatarios.

En la guía se podría mostrar a los reguladores nacionales cómo cumplir estas condiciones. Se prestaría especial atención a los criterios para determinar los bienes que podrían aceptarse como garantía y los préstamos ya vencidos que sería admisible garantizar. De esa manera se fomentaría prácticas adecuadas de gestión del riesgo y, al mismo tiempo, se facilitaría el acceso al crédito garantizado a un costo menor.

ii) *Concesión de financiación a microempresas*

Es posible que, debido a algunas características específicas de la financiación ofrecida a las microempresas en el marco de un régimen moderno de operaciones garantizadas, sea necesario aprobar normas especiales. Con frecuencia, el desequilibrio en el poder de negociación lleva a que se estipulen condiciones injustas en los contratos de préstamo y los acuerdos de garantía (como, por ejemplo, altos tipos de interés de mora, cláusulas de rescisión injustas y definiciones inapropiadas de lo que constituye incumplimiento). En la guía podría analizarse la forma de evitar esas situaciones injustas.

También sería necesario analizar la forma de regular el comportamiento de los acreedores garantizados con respecto a la financiación ofrecida a las microempresas. Los problemas que surgen en ese ámbito son, entre otros, el hecho de que el muy bajo monto de los préstamos reduce los incentivos para que los financiadores evalúen adecuadamente el riesgo y hagan el debido seguimiento de la operación, lo que a su vez contribuye a que se exijan garantías excesivas para conceder los préstamos, circunstancia esta que se ve facilitada por el gran desequilibrio en el poder de negociación. La falta de un seguimiento suficiente y la ineficacia de las reacciones ante las dificultades financieras generan problemas tanto para los prestatarios como para los financiadores. En la guía podrían analizarse las posibles soluciones a estos problemas, entre ellas el acceso a información crediticia suficiente y fiable (a través de sistemas de información sobre antecedentes de crédito), prácticas de seguimiento más eficaces, una distribución de tareas más eficiente dentro de las instituciones financieras, una aplicación adecuada de la reglamentación en lo que respecta a los créditos morosos, y quizás incluso una reforma de los mecanismos de ejecución para hacerlos menos costosos, más rápidos y sencillos.

4. Conclusiones

Los argumentos que anteceden han demostrado que una guía de prácticas sobre la Ley Modelo es de la máxima importancia si se quiere que su incorporación al derecho interno de los Estados lleve a un incremento apreciable en la oferta de crédito (o a la reducción del costo del crédito, o a ambas cosas) para las empresas de los Estados promulgantes. El Grupo de Trabajo VI tiene los conocimientos especializados necesarios para preparar una guía de este tipo, como lo demuestra su experiencia en la preparación de la Convención sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional, la *Guía legislativa sobre las operaciones garantizadas*, la *Guía sobre la creación de un registro de garantías reales* y la Ley Modelo. Sería lamentable que un Estado reformase su legislación interna en consonancia con la Ley Modelo y luego descubriese que sus financiadores, empresas y órganos judiciales no pueden aplicar eficazmente la nueva normativa debido a la falta de comprensión práctica de la forma en que los textos legales deben funcionar en los hechos. Las iniciativas de asistencia técnica de la CNUDMI y otros organismos internacionales tienen limitaciones intrínsecas. Una guía de prácticas permitiría a esos organismos llevar a cabo su labor de un modo mucho más eficiente y a un costo menor.

Como también lo demuestra lo expuesto anteriormente, el trabajo ya realizado de preparación para el Coloquio y los resúmenes emanados de este que figuran en los párrafos 8 a 44 del documento [A/CN.9/913](#) pueden adaptarse a fin de que sirvan de

base para definir en líneas generales el contenido de la guía de prácticas aquí propuesta. En su primer período de sesiones, el Grupo de Trabajo VI podría debatir y afinar los temas y la estructura de la guía, para que se pueda comenzar a redactar el texto en detalle. Con el compromiso de los delegados y su colaboración activa entre períodos de sesiones, se estima que un proyecto de guía de prácticas podría prepararse en tres períodos de sesiones.
