



Asamblea General

Distr. limitada
26 de julio de 2004*
Español
Original: inglés

**Comisión de las Naciones Unidas para
el Derecho Mercantil Internacional**
Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales)
Sexto período de sesiones
Viena, 27 de septiembre a 1° de octubre de 2004

Garantías reales

Proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas

Informe del Secretario General

Adición

Índice

| | <i>Párrafos</i> | <i>Página</i> |
|--|-----------------|---------------|
| VI. Prelación | 1-97 | 3 |
| A. Observaciones generales | 1-97 | 3 |
| 1. El concepto de prelación y su importancia | 1-6 | 3 |
| 2. Métodos para establecer el orden de prelación | 7-17 | 5 |
| a) Orden de prelación basado en la fecha de inscripción | 8-12 | 5 |
| b) Orden de prelación basado en la posesión o el control del bien gravado | 13-15 | 6 |
| c) Otras reglas de prelación | 16-17 | 7 |

* El presente documento se presenta transcurridas ya dos de las diez semanas del plazo previo a la apertura del período de sesiones prescrito para su presentación, porque fue necesario finalizar las consultas.



| | <i>Párrafos</i> | <i>Página</i> |
|---|-----------------|---------------|
| 3. Alcance de las reglas de prelación | 18-36 | 8 |
| a) Obligaciones garantizadas afectadas | 19-22 | 8 |
| b) Bienes adquiridos ulteriormente | 23-25 | 9 |
| c) Prelación sobre el producto derivado de los bienes gravados | 26-36 | 10 |
| 4. Prelación de las garantías reales que no surten efecto frente a terceros ... | 37-44 | 12 |
| a) Acreedores no garantizados | 38-41 | 12 |
| b) Acreedores garantizados | 42-44 | 13 |
| 5. Prelación de las garantías reales con eficacia frente a terceros | 45-93 | 13 |
| a) Acreedores no garantizados | 45 | 13 |
| b) Acreedores garantizados | 46 | 14 |
| c) Garantía de financiación del precio de compra | 47-55 | 14 |
| d) Acreedores con sentencia ejecutoria | 56-61 | 16 |
| e) Compradores de bienes gravados | 62-72 | 18 |
| f) Reclamantes de devolución de mercancías | 73-76 | 21 |
| g) Arrendatarios financieros | 77-79 | 22 |
| h) Tenedores de títulos y otros documentos negociables | 80 | 22 |
| i) Garantía de la posesión de una suma de dinero | 81 | 22 |
| j) Acreedores con prelación legal (o privilegiada) | 82-85 | 23 |
| k) Titulares de una garantía real por restauración, mejora o almacenamiento de bienes gravados | 86-89 | 24 |
| l) Titulares de garantías reales sobre inmuebles con accesorios fijos ... | 90 | 25 |
| m) Donatarios | 91 | 25 |
| n) Representante de la insolvencia | 92-93 | 25 |
| 6. Acuerdos de subordinación | 94-95 | 26 |
| 7. Efectividad de la prelación con anterioridad a la ejecución | 96-97 | 26 |
| B. Recomendaciones | | 27 |

VI. Prelación

A. Observaciones generales

1. El concepto de prelación y su importancia

1. El término “garantía real” que se utiliza en la presente Guía denota, en principio, un derecho real (o sea, un derecho constituido directamente *in rem*, es decir, sobre cosas o sobre bienes corporales) otorgado a un acreedor, por el que se garantiza el pago u otro acto de cumplimiento de una obligación del deudor. El término “prelación” se refiere, en cambio, a la prioridad de que goza un acreedor garantizado para cobrar el producto económico de su garantía real con preferencia sobre el derecho que otros acreedores traten de hacer valer sobre el bien o bienes constituidos en garantía (véase la definición de “prelación” en A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.1, párr. 17 q)). Como se explica más adelante, dichos acreedores concurrentes podrán ser, entre otros, los acreedores ordinarios o sin garantía del otorgante, otros acreedores garantizados, el comprador, el vendedor o el arrendatario financiero de bienes, titulares de garantías reales no contractuales sobre los bienes (por ejemplo, de garantías reales creadas por sentencia ejecutoria de un crédito o por imperio de la ley) y el representante de la insolvencia que intervenga en el procedimiento de insolvencia del otorgante. El orden de prelación determinará el rango de las garantías reales y de los demás derechos sobre los bienes gravados, así como el resultado económico de dicha ordenación. En algunos casos, la aplicación de las reglas de prelación dará lugar a que una persona obtenga los bienes libres de todo crédito concurrente. Ambos casos se tratan en el presente capítulo.

2. Como el concepto de prelación constituye el eje de todo régimen legal eficaz de las garantías reales, se reconoce ampliamente que se necesitan reglas eficaces de prelación para fomentar la oferta de financiación garantizada a un precio asequible. Dos razones principales explican esa necesidad. En primer lugar, en la medida en que las reglas de prelación sean claras y su resultado sea previsible, todo acreedor garantizado eventual podrá determinar con eficiencia y un alto grado de certeza, antes de otorgar crédito alguno, la prelación de que gozará su garantía real frente a los derechos de los acreedores concurrentes. Ello a su vez disminuirá el riesgo financiero que habrá de asumir dicho acreedor y mejorará su oferta de financiación garantizada a un precio más asequible para el deudor. En segundo lugar, al establecer un mecanismo para la ordenación de los créditos en función de su rango, las reglas de prelación permiten que los otorgantes de garantías reales constituyan más de una garantía real sobre sus bienes, aprovechando así al máximo el valor de dichos bienes para obtener más crédito (uno de los objetivos clave de todo régimen eficaz y eficiente de las operaciones garantizadas (véase A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.1, párr. 31)).

3. Respecto de la primera razón descrita en el anterior párrafo 2, un acreedor sólo suele otorgar crédito en función del valor de ciertos bienes, ofrecidos en garantía, si puede determinar con la debida certeza, antes de hacerlo, cuál será la prelación de que gozará su garantía real frente a todo otro crédito sobre dicho bien. El factor crítico para todo acreedor que efectúe este análisis será la prelación que le corresponderá a su garantía en el supuesto de que sea preciso hacer valer la garantía real o de que el otorgante sea declarado insolvente, en particular cuando se prevea que el bien o los bienes gravados han de ser la principal o la única fuente disponible

para el cobro de su crédito. En la medida en que el acreedor albergue dudas, en el momento de sopesar si otorgará o no crédito, respecto de la firmeza de su prelación, los bienes gravados le merecerán menos confianza. Esta incertidumbre podrá inducir al acreedor a aumentar el precio del crédito otorgado en función del menor valor que asignará a los bienes gravados y pudiera tal vez inducirle a rehusar todo crédito a dicho deudor.

4. Para minimizar esa incertidumbre, es importante que el régimen de las operaciones garantizadas contenga reglas de prelación claras, cuyo resultado sea previsible. La existencia de tales reglas, complementadas por alguna vía eficiente para determinar con certeza la prelación en el momento de otorgar el crédito, tal vez sea tan importante para el acreedor como las particularidades del régimen de prelación en sí. Un acreedor aceptará con frecuencia que otro acreedor goce de mayor prelación que la suya, si le es posible determinar que, en última instancia, él también podrá obtener valor suficiente de los bienes gravados para reembolsar su préstamo, en un supuesto de impago por el otorgante. Por ejemplo, un prestamista que estudia la posibilidad de otorgar crédito a un deudor que le ofrezca en garantía todos los bienes de su empresa puede estar dispuesto a hacerlo aun cuando las existencias de dicha empresa estén gravadas por diversas garantías reales (como pudiera ser por una garantía real constituida a favor de una empresa depositaria que las almacene en su nombre), siempre y cuando el prestamista pueda determinar con certeza razonable el alcance y el importe de cada una de esas garantías reales.

5. Respecto de la segunda razón esgrimida en el párrafo 2 *supra*, muchos bancos e instituciones financieras están dispuestos a conceder crédito a cambio de una garantía real que no sea de primer rango, sino que esté subordinada a una o más garantías reales de rango superior, siempre que la entidad financiera estime que el valor de los bienes del otorgante será suficiente para cubrir el importe de su préstamo respaldado por su nueva garantía real, así como la prelación exacta del rango que corresponda a su propia garantía. Por ejemplo, en ordenamientos que reconozcan las garantías constituidas sobre todos los bienes de una empresa (véase A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.1, párr. 25), el prestamista B estará dispuesto a conceder crédito a un otorgante sobre cuyos bienes ya pese una garantía real de ese alcance constituida a favor del prestamista A, siempre que el prestamista B considere que el valor de los bienes del otorgante sobrepasa de tal modo la cuantía del préstamo ya garantizado con todos los bienes de dicho deudor que alcanzará para garantizar también el nuevo préstamo que él esté ahora dispuesto a conceder. Es mucho más probable que este resultado se logre en un país en cuyo ordenamiento se establece un régimen de prelación claro que permita que todo acreedor eventual pueda determinar con un alto grado de certeza la prelación de que gozará todo nuevo crédito garantizado. Al facilitar la constitución de dos o más garantías reales sobre unos mismos bienes, el régimen de prelación permite que el otorgante aproveche al máximo el valor de sus bienes para obtener crédito.

6. Es importante destacar que, independientemente del orden de prelación imperante en un ordenamiento determinado, ese orden sólo tendrá importancia en la medida en que sea declarado aplicable por las reglas de conflicto de leyes del foro competente. Esta cuestión se examina en el capítulo X (véase A/CN.9/WG.VI/WP.14/Add.4, párrs. 10 a 18).

2. Métodos para establecer el orden de prelación

7. Hay varios métodos posibles para determinar el orden de prelación. Es importante destacar que en un mismo ordenamiento jurídico pueden coexistir dos o más métodos, en la medida en que sean aplicables a diversos supuestos de conflictos de prelación.

a) Orden de prelación basado en la fecha de inscripción

8. Como se explicó anteriormente (véanse los párrafos 2 a 5), a fin de fomentar la oferta de financiación garantizada a un precio asequible, convendrá instituir un régimen de prelación que permita a los acreedores determinar con la debida certeza en el momento de otorgar crédito la prelación que les corresponderá y que permita que los otorgantes de la garantía saquen el máximo provecho del valor de sus bienes para obtener crédito. Según se explica en el capítulo V (véase A/CN.9/WG.VI/WP.14, párrs. 19 a 23), una de las formas más eficaces de dar certeza, al menos en el caso de las garantías reales sin desplazamiento, es que la prelación se base en algún régimen de inscripción pública de las garantías reales.

9. En la mayoría de los ordenamientos que disponen de un registro público fiable, la prelación se determina por el orden de inscripción (método con frecuencia denominado “prelación basada en la fecha de inscripción”). En ciertos ordenamientos jurídicos, este orden surtirá efecto, aun cuando no se hayan satisfecho uno o varios de los requisitos de constitución de una garantía real, desde el momento de efectuarse la inscripción, lo cual libra al acreedor de tener que volver a consultar dicho registro, tras haber cumplido plenamente los requisitos. De este modo, el acreedor tendrá la certeza de que, una vez efectuada la inscripción registral de su garantía real, ningún otro derecho que se inscriba tendrá prelación sobre su garantía. Los demás acreedores existentes o, en su caso, los acreedores potenciales también se benefician, puesto que la inscripción registral sirve de aviso de la existencia de una garantía real, o de su posible creación, lo que les permite adoptar medidas para protegerse (como sería exigir una fianza o garantía personal o garantías reales de menor prelación constituidas sobre los mismos bienes o garantías reales de mayor prelación sobre otros bienes). No obstante, cabe establecer un cierto número de excepciones a la regla de prelación basada en la fecha de inscripción en determinados supuestos, como en el caso de las garantías reales constituidas sobre bienes cuyo precio de compra se financia (véase la sección 5 c) *infra*) o de acreedores que gozan de algún privilegio legal (acreedores privilegiados) (véase la sección 5 j) *infra*).

10. Algunos ordenamientos prevén que, siempre que la inscripción se haga dentro de un “plazo de gracia” posterior a la fecha de constitución de la garantía real, la prelación se basará en esta fecha y no en la de inscripción. Conforme a esta regla, una garantía real que se cree antes, pero que se inscriba después, gozará de prelación sobre una garantía real cuya constitución sea posterior pero que se inscriba antes, siempre y cuando la inscripción del derecho que nazca primero se haga dentro del plazo de gracia aplicable. Ello supone que la fecha de inscripción no será un indicio fiable de la prelación del acreedor hasta que no haya expirado el plazo de gracia, lo cual puede ser fuente de incertidumbre, algo que no sucede en los ordenamientos que no reconocen ese plazo de gracia. Para no socavar la certidumbre que se adquiere con la regla que establece el orden de prelación basado en la fecha de inscripción, en algunos ordenamientos jurídicos se autorizan los

períodos de gracia sólo en supuestos muy particulares, como i) cuando se trate de una garantía real de la financiación del precio de compra de bienes de equipo (véase el párr. 53 *infra*), ii) cuando no sea logísticamente posible realizar la inscripción antes de la constitución o simultáneamente a ésta, o iii) cuando el desfase entre la creación y la inscripción no sea reducible a un mínimo mediante la inscripción por vía electrónica u otras técnicas de inscripción.

11. En muchos ordenamientos, el orden de prelación basado en la fecha de inscripción será válido aún para un acreedor que obtenga una garantía real sabiendo que existe ya otra garantía real no inscrita. Esta regla se sustenta por lo general en la teoría de que toda supeditación de la validez de una inscripción al conocimiento eventual por el autor de la inscripción de la existencia de un gravamen previamente constituido sobre el bien gravado exigirá la investigación fáctica de un estado mental de dicho autor, lo que de por sí es subjetivo y particularmente difícil tratándose de sociedades anónimas y de otras personas jurídicas. De ello se desprende que toda regla de prelación que dependa del conocimiento que pueda tener una persona de ciertos hechos no inscritos dará pie a que se impugne con cierta facilidad la validez de una inscripción y complicará la resolución de controversias, lo que restará certeza al orden de prelación de los acreedores garantizados y socavará la eficiencia y eficacia del sistema. Al igual que se dijo respecto de la denegación de un plazo de gracia, la aplicación estricta de este criterio de prelación no perjudicará a los acreedores garantizados, ya que podrán protegerse efectuando oportunamente su inscripción registral.

12. En muchos ordenamientos se establece una excepción a la regla de la prelación basada en la fecha de inscripción para cuando el sistema de inscripción utilizado sea un registro de la propiedad o el propio título de propiedad o certificado de la titularidad. Una garantía real inscrita en el marco de uno de esos sistemas suele tener prelación sobre todo aviso de constitución de la que se haya inscrito antes en un registro general de las garantías reales, como forma de garantizar la plena fiabilidad de los asientos efectuados en un registro de la propiedad o sobre el propio título de propiedad cuando un comprador de bienes así inscritos, se fíe de dicha inscripción para evaluar la calidad del título adquirido.

b) Orden de prelación basado en la posesión o el control del bien gravado

13. Como se señaló en los capítulos III y V (véanse A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1, párrs. 5 a 14 y A/CN.9/WG.VI/WP.14, párrs. 7 a 9), la garantía real posesoria o con desplazamiento ha sido un componente tradicional importante del régimen de las operaciones garantizadas de la mayoría de los ordenamientos. Ello explica que, incluso en algunos países en donde el orden de prelación se determina por la fecha de inscripción, la prelación pueda basarse también en la fecha en que el acreedor obtenga la posesión o el control del bien gravado, sin que medie ningún requisito de inscripción (véase la definición del término “control” en A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.1, párr. 17 bb)). En esos ordenamientos, la prelación corresponderá al acreedor que inscriba antes su garantía real sin desplazamiento, o al acreedor que adquiera antes su garantía real por entrega de la posesión o del control del bien gravado. Ahora bien, habida cuenta de que la entrega de la posesión o del control de un bien no es un acto dotado de publicidad, en muchos ordenamientos el titular de una garantía real, por entrega de la posesión o del control, deberá probar el momento

preciso en que obtuvo tal posesión o control, para que su garantía surta efecto frente a terceros.

14. Respecto de ciertas categorías de bienes gravados (por ejemplo, ciertos títulos negociales, como los valores bursátiles certificados, o ciertos documentos de titularidad también negociables, como los conocimientos de embarque o los recibos de almacén), el acreedor suele exigir que se le dé la posesión o el control del bien o de los bienes gravados, para impedir que el otorgante de la garantía infrinja su obligación de no enajenarlos. Tratándose de estas categorías de bienes, el ordenamiento de muchos países establece que el orden de prelación de la garantía real podrá establecerse mediante la posesión o el control de tales bienes o mediante inscripción. Ahora bien, la garantía real que surte efecto frente a terceros por medio de la posesión o el control suele tener prelación sobre una garantía real que se hace efectiva frente a terceros sólo mediante inscripción, aun cuando la inscripción se realice primero. Si se trata de documentos de titularidad y de otros títulos negociales, dicha solución coincide con las expectativas de las partes, ya que los derechos sobre esa categoría de bienes se transfieren normalmente por entrega de su posesión.

15. En los regímenes legales en que el orden de prelación sea determinable por más de un método (por ejemplo, inscripción, posesión o control) cabe preguntarse si de permitirse que un acreedor garantizado que haya establecido su prelación por uno de esos métodos opte luego por otro sin perder la prelación de que gozaba respecto de los bienes gravados. En principio, no habría inconveniente en permitir que un acreedor conserve su prelación en tales circunstancias, siempre que la inscripción, la posesión o el control se sucedan sin discontinuidad, para que la garantía real sea comprobable en todo momento por uno u otro método. Por ejemplo, si la ley dispone que una garantía real podrá surtir efecto frente a terceros mediante inscripción o mediante la posesión del bien gravado y una garantía real se hace valer en primer término mediante inscripción y el acreedor garantizado obtiene ulteriormente la posesión del bien, mientras que la inscripción sigue siendo válida, la garantía real conservará su validez frente a terceros y el orden de prelación se determinará por la fecha de inscripción. Si, por el contrario, el acreedor garantizado obtiene la posesión del bien después de que su inscripción haya caducado por algún motivo, el orden de prelación de su garantía real habrá de determinarse por la fecha en que el acreedor garantizado obtuvo la posesión del bien gravado.

c) Otras reglas de prelación

16. En los ordenamientos jurídicos con sistemas de inscripción poco fiables o sin sistema de inscripción alguno, la prelación y la validez frente a terceros de una garantía real suelen determinarse por la fecha de constitución de la garantía real. Si bien dichos regímenes, tal vez permitan las garantías reales sin desplazamiento (con frecuencia en forma de cláusulas de retención de la titularidad del bien o de transferencia del dominio a título de garantía), el acreedor suele fiarse de la declaración contractual del otorgante de la garantía o de la información que pueda obtener en el mercado para averiguar si existen o no créditos concurrentes. Como en dichos países no se dispone de un orden de prelación claro de las garantías reales de los acreedores sobre un mismo bien, es difícil o a veces imposible que un otorgante pueda constituir más de una garantía real sobre el mismo bien y, por ende, sacar el

máximo provecho de sus bienes para obtener crédito garantizado (véanse los párrs. 2 y 5 *supra*).

17. En algunos regímenes se ha previsto una regla de prelación especial para determinadas categorías de bienes gravados. Por ejemplo, en algunos de ellos, la validez frente a terceros de una garantía real sobre créditos por cobrar y de todo otro derecho concurrente sobre dichos créditos se regirá por la fecha en que se notifique la existencia de la garantía real a los deudores de los créditos por cobrar (“los deudores de dichos créditos”). Ahora bien, ese tipo de régimen no favorece la práctica de la financiación garantizada a un precio asequible por varios motivos. En primer término, no permite que el acreedor determine con la debida certeza al otorgar financiación si existen o no garantías reales concurrentes sobre los créditos por cobrar. En segundo término, dicho régimen no ofrece un mecanismo eficaz para la obtención de garantías reales sobre futuros créditos por cobrar, dado que, al no ser posible notificar la garantía a los deudores en el momento de otorgarse la financiación, dicha notificación deberá hacerse al nacer los futuros créditos por cobrar. En tercer término, de ser muchos los deudores de créditos por cobrar, el proceso de notificación puede resultar muy oneroso. En cuarto término, cabe que muchos otorgantes no deseen que se notifique directamente a sus clientes que sus créditos por cobrar nacen ya gravados.

3. Alcance de las reglas de prelación

18. Dada la importancia de la prelación, todo régimen de las operaciones garantizadas deberá ofrecer un juego completo de reglas de prelación para las diversas categorías, presentes y futuras, de obligaciones garantizadas y de bienes gravados, así como para la resolución de los conflictos de prelación eventuales entre diversas categorías de acreedores concurrentes (titulares de garantías reales tanto contractuales como no contractuales). Como se explicó anteriormente en el párrafo 1, un régimen global de la prelación no solo servirá para determinar el orden de prelación entre los créditos concurrentes sobre unos mismos bienes, sino que determinará también los supuestos en que una persona podrá obtener un bien libre de toda garantía real a favor de un acreedor concurrente.

a) Obligaciones garantizadas afectadas

19. A fin de determinar la cuantía y las condiciones del crédito que otorgará, todo acreedor ha de poder discernir, en el momento de concertar la operación garantizada, la porción exacta de su crédito que gozará de prelación.

20. Algunos ordenamientos restringen dicha prelación al importe de la deuda contraída al constituirse la garantía real. La ventaja de ese criterio radica en que la prelación cubrirá (aunque no necesariamente) la cuantía prevista por las partes en dicho momento. El inconveniente es que obliga a los acreedores a extremar su diligencia (por ejemplo, consultando toda nueva inscripción) y a concertar e inscribir nuevas garantías para cada préstamo adicional que concedan. Esto es particularmente problemático si se piensa que una de las técnicas más eficaces para facilitar financiación garantizada, y la que mejor responde a las necesidades crediticias del otorgante, es la línea de crédito renovable o rotatorio (véanse el ejemplo 2 en A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.1, párrs. 23 a 25 y Add.2, párr. 7). Cabe resolver este problema concediendo a toda futura entrega la misma prelación de que gozaba el crédito otorgado en el momento en que se constituyó la garantía real. Para

todo crédito otorgado para financiar entregas sucesivas de bienes o de servicios, la solución radicará en considerar que la totalidad de dicho crédito nació en el momento de firmarse el contrato de suministro, no al efectuarse cada entrega sucesiva de los bienes o servicios.

21. Otros ordenamientos restringen la prelación al importe máximo de una garantía real que figure en el aviso inscrito en un registro público, a fin de evitar que todos los bienes del otorgante queden gravados en provecho de un único acreedor, práctica que disminuiría el interés de los acreedores ulteriores en facilitar financiación al otorgante (véase A/CN.9/WG.VI/WP.14, párr. 38).

22. En algunos otros ordenamientos se da prelación a toda suma desembolsada por concepto del crédito otorgado, incluso a las negociadas después de la constitución de la garantía real, y a todas las obligaciones contingentes que pudieren surgir tras la constitución de la garantía real, sin que sea necesario precisar un importe máximo. En tales ordenamientos, una garantía real puede cubrir todas las obligaciones garantizadas, monetarias y no monetarias, que se adeuden al acreedor garantizado y estén respaldadas por la garantía real, lo que incluye el importe del crédito, los gastos, los intereses y las comisiones, las fianzas de cumplimiento y demás obligaciones contingentes. La prelación no se ve afectada por la fecha en que se efectúe un desembolso del crédito o se contraiga alguna otra obligación respaldada por la garantía real (vale decir que la cobertura de una garantía real será aplicable a los futuros desembolsos efectuados en el marco de una misma línea de crédito con idéntica prelación a la aplicable a los primeros desembolsos efectuados a raíz de la apertura de dicha línea de crédito y al tiempo en que se constituyó la garantía real).

b) Bienes adquiridos ulteriormente

23. Como se examina más en detalle en el capítulo IV (véase A/CN.9/WG.VI/ WP.11/Add.2, párrs. 16 a 18), en algunos ordenamientos cabe constituir una garantía real sobre los bienes que sea probable que un otorgante adquiera en el futuro. La garantía real nacerá automáticamente en el instante en que el otorgante adquiera dichos bienes, sin que medie ningún otro trámite. Gracias a ello se reducen al mínimo los gastos de constitución de una garantía real y se responde a las expectativas comerciales de las partes. Esto es particularmente importante para las garantías constituidas sobre existencias que una empresa adquiere continuamente para revender, o sobre los créditos por cobrar de una empresa, que se irán cobrando y seguirán naciendo constantemente (véase el ejemplo 2 en A/CN.9/WG.VI/ WP.11/Add.1, párrs. 23 a 25), así como para las constituidas sobre el equipo que la empresa del otorgante utiliza y que irá renovando en el giro normal de su negocio.

24. La constitución de garantías reales sobre bienes adquiridos ulteriormente plantea la cuestión de si la prelación sobre ellos surte efecto a partir de la fecha en que se crea la garantía (o sea, la fecha de validez de la garantía real frente a terceros) o de la fecha en que el otorgante adquiere efectivamente los bienes. En los distintos ordenamientos jurídicos se resuelve esta cuestión de diversa manera. En algunos, la fecha en que surte efecto la prelación varía en función del rango del acreedor que aspira a ella (determinado por la fecha de concesión originaria de su garantía real frente a la de los demás acreedores con garantías reales contractuales, o por la fecha de adquisición efectiva, por el otorgante de la garantía, del bien ya constituido en garantía). Se acepta en general que establecer la prelación a partir de

la fecha de concesión originaria de la garantía, en vez de a partir de la fecha de adquisición o de nacimiento eventual del bien futuro gravado, es el mecanismo más eficaz y efectivo para promover la oferta de crédito garantizado a precio asequible (véase, por ejemplo, el párrafo 2) del artículo 8 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internacional).

25. Los regímenes más eficientes de operaciones garantizadas son los que disponen que una garantía real sobre bienes que el otorgante adquiriera ulteriormente gozará del mismo rango de prelación que el de una garantía real constituida sobre bienes que el otorgante ya poseía o que existían en el momento en que la garantía otorgada adquirió originariamente validez frente a terceros.

c) Prelación sobre el producto derivado de los bienes gravados

26. Si el acreedor goza de una garantía real sobre el producto y los frutos civiles del bien inicialmente gravado, habrá que dirimir la prelación de esa garantía frente a los demás acreedores concurrentes. Cabe mencionar entre los acreedores concurrentes eventuales, dotados de una garantía real sobre el producto, a todo otro acreedor del otorgante que goce de una garantía real sobre dicho producto y a todo otro acreedor del otorgante que obtenga una garantía real sobre el producto por sentencia judicial declaratoria o ejecutoria (véase lo que se entiende por “producto” en A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.2, párrs. 30 a 34).

27. Los bienes que sean producto de la enajenación del bien originariamente gravado, a favor de un acreedor garantizado, pueden ser, a la vez, bienes que hayan sido originariamente gravados a favor de otro acreedor garantizado. Por ejemplo, el acreedor A puede tener una garantía real derivativa sobre todos los créditos por cobrar del otorgante, a raíz de la garantía real de que goza sobre todas las existencias, actuales y futuras, de la empresa del otorgante y sobre el producto de la venta o de algún otro acto de disposición de dichas existencias; el acreedor B puede tener una garantía real sobre todos los créditos por cobrar, existentes y futuros, del otorgante a título de garantía original sobre dichos créditos. Si el otorgante vende posteriormente a crédito las existencias constituidas en garantía a favor del acreedor A, ambos acreedores gozarán de una garantía real sobre los créditos por cobrar nacidos de dicha venta: el acreedor A tendrá una garantía real sobre los créditos por cobrar a título de que son producto de la venta de las existencias gravadas y el acreedor B tendrá una garantía real sobre los mismos créditos por cobrar, a raíz de una garantía real originaria sobre todos los créditos por cobrar, actuales y futuros, que obtuvo del mismo otorgante.

28. En todo régimen global de las garantías reales deben resolverse diversas cuestiones relativas a los derechos concurrentes de los acreedores garantizados anteriormente mencionados. La primera es la de si la garantía del acreedor A sobre el producto derivado de las existencias inicialmente gravadas surtirá efecto no sólo frente al otorgante, sino también frente a los demás acreedores concurrentes. La solución debe ser afirmativa, en la mayoría de las circunstancias; de lo contrario, el valor de garantía de los bienes inicialmente gravados (o sea, de las existencias) sería en buena parte ilusorio. Las garantías reales dan seguridad económica al acreedor garantizado únicamente en la medida en que el acreedor garantizado quede facultado para destinar el valor económico de los bienes gravados al reembolso de su crédito, con anterioridad al reembolso de los créditos de todo acreedor concurrente. Volviendo al ejemplo anterior, tras la venta de las existencias gravadas,

el valor económico que éstas tenían para el acreedor garantizado, ha pasado a estar incorporado a los créditos por cobrar o a todo otro producto de la venta de dichas existencias y, por consiguiente, dicho valor debe destinarse en primer lugar a la cobertura del crédito del acreedor A.

29. La segunda cuestión es la de determinar hasta qué punto el derecho al producto del bien gravado se extiende también al producto eventual de dicho producto; se trata, por ejemplo, de saber si un acreedor que goce de una garantía real sobre los créditos por cobrar, como producto de la venta de las existencias gravadas, tendrá también una garantía real en el dinero percibido por el otorgante al cobrar dichos créditos. La respuesta debe ser también afirmativa en la mayoría de los casos, ya que una regla contraria permitiría que el otorgante burlara fácilmente la garantía real del acreedor garantizado sobre el producto de la venta del bien originariamente gravado.

30. La tercera cuestión es si el derecho sobre el producto corresponde únicamente a un producto identificable (o sea, si una garantía real constituida sobre la suma cobrada como producto de la venta del bien gravado se extinguirá al mezclarse con otros fondos en una cuenta bancaria). Para resolver esta dificultad, en muchos países se han previsto diversas técnicas de “rastreo” para determinar cuáles son los fondos depositados en una cuenta bancaria propiamente identificables como el producto de una garantía real.

31. Las mismas consideraciones por las que la ley de algunos países exige la inscripción o algún otro acto, para que una garantía real sobre ciertos bienes sea válida frente a terceros, explican que en algunos de esos países también se exija al acreedor cumplir un nuevo acto para que su garantía real sobre el producto derivado de tales bienes surta efecto frente a terceros.

32. El nuevo acto consiste a veces en hacer inscribir la garantía real sobre el producto, mientras que otras veces consistirá en un acto distinto (la posesión, por ejemplo, si se trata de un título negociable). Siempre que se requiera un nuevo acto deberá darse cierto plazo, que correrá a partir de la fecha de la operación que haya reportado el producto, para que el acreedor pueda efectuar el acto sin que su garantía real sobre el producto pierda la prelación que le corresponde.

33. Si bien es muy importante determinar si se exigirá o no del acreedor un nuevo acto para que su garantía real sobre el producto de la venta surta efecto frente a terceros, ello no bastará para determinar el orden de prelación sobre el producto de la venta del bien gravado entre el titular de la garantía real originaria sobre el bien vendido y todo acreedor con alguna garantía real previa sobre dicho producto, es decir, se necesitará una regla que determine la prelación relativa de la garantía sobre el producto del bien gravado vendido frente a toda garantía eventual sobre dicho producto de algún acreedor concurrente.

34. Las reglas de prelación pueden diferir en función de la categoría de acreedor concurrente. Por ejemplo, cuando se trate de otro acreedor garantizado, el orden de prelación de las garantías reales sobre el producto de los bienes originariamente gravados podrá deducirse del orden de prelación aplicable al bien originariamente gravado y de los principios por los que se rija ese orden. En un ordenamiento en el que la primera garantía real sobre determinado bien, que conste en un registro, goce de prelación frente a toda garantía concurrente, ese mismo orden de prelación sería aplicable cuando se enajene el bien originariamente gravado y el acreedor

garantizado trate de hacer valer su derecho sobre el producto. Si su garantía real sobre el bien originariamente gravado fue inscrita antes de que el acreedor concurrente haya inscrito su garantía sobre el producto, la primera de esas dos garantías gozaría de prelación.

35. En supuestos en los que la fecha de inscripción no determine el orden de prelación de las garantías concurrentes sobre el bien originariamente gravado (como ocurriría, por ejemplo, con las garantías reales constituidas en cobertura de la financiación del precio de compra de cierto bien que gozan de una prelación suprema sobre dicho bien), habrá que determinar por separado la prelación aplicable a todo producto del bien originariamente gravado, que sea objeto de alguna excepción a la regla de la fecha de inscripción.

36. La prelación podrá depender de otros factores cuando el acreedor concurrente cuente con una sentencia validatoria de su crédito (véanse párrs. 56 a 61) o si es un administrador de la insolvencia (véanse párrs. 92 y 93).

4. Prelación de las garantías reales que no surten efecto frente a terceros

37. Como ya se explicó (véase párr. 18), todo régimen eficaz de las operaciones garantizadas debe tener reglas que determinen el orden de prelación de un acreedor garantizado respecto de una amplia gama de acreedores concurrentes. La prelación será distinta según que la garantía real de que se trate surta o no efecto frente a terceros. Si bien suele darse el grado de protección más alto a las garantías reales que surten efecto frente a terceros, en algunos supuestos, las que no se hacen valer frente a terceros reciben también un cierto grado de protección.

a) Acreedores no garantizados

38. El otorgante contrae a menudo deudas que no cuentan con el respaldo de una garantía real sobre ninguno de los bienes del deudor. De hecho estos créditos ordinarios o sin garantía suelen constituir el grueso de las obligaciones pendientes de pago del otorgante.

39. En general se admite que la prelación otorgada a los acreedores garantizados frente a los no garantizados sirve para fomentar la oferta de crédito garantizado y que, por ende, un acreedor garantizado debe gozar de prelación para cobrar el importe de su garantía real con preferencia a los créditos de los acreedores ordinarios del otorgante sin garantía real alguna sobre los bienes del deudor. Los acreedores no garantizados pueden adoptar otras medidas para proteger sus derechos, procurando, por ejemplo, informarse sobre la solvencia del deudor, cobrar los intereses devengados sobre sumas exigibles o demandar de los tribunales la ejecución de su crédito o créditos (como se explica en la sección 5 d) *infra*) en todo supuesto de impago. Además, la obtención de crédito garantizado puede aumentar el capital de explotación disponible del deudor otorgante, lo que en muchos casos redundaría en provecho de los acreedores no garantizados, al hacer más probable el reembolso de la deuda sin garantía. De hecho, las entregas o desembolsos sucesivos que se dan en el marco de una línea de crédito garantizado renovable o rotatorio para aumentar el capital de explotación de la empresa deudora (véase A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.1, párrs. 23 a 25) sirven a menudo de fuente financiera de una empresa para reembolsar lo ya adeudado a sus acreedores no garantizados en el giro normal de su negocio.

40. Así pues, un rasgo esencial de todo régimen eficaz del crédito financiero garantizado ha de ser que las garantías de los acreedores garantizados, debidamente creadas, tengan prelación sobre los créditos ordinarios no garantizados. Pese a ello, en algunas leyes se hace una excepción a dicha regla respecto de la garantía global sobre todos los bienes de una empresa (véase A/CN.9/WG.VI/ WP.11/Add.2, párrs. 23 a 25).

41. Otra cuestión a dilucidar es la de si debe darse o no prelación sobre los créditos ordinarios a una garantía real que no goce de validez frente a terceros. La solución dependerá, a menudo, de que dicha garantía sea o no invocada en el marco de un procedimiento de insolvencia del otorgante, quien quiera que lo haya abierto. Si así fuera, lo probable es que el representante de la insolvencia esté facultado para impugnar toda garantía real que no goce de validez frente a terceros, lo que relegará el crédito así garantizado a la condición de mero crédito ordinario. Cabe, no obstante, que una garantía real que carezca de validez frente a terceros, se haga valer frente al otorgante, al margen del procedimiento de insolvencia abierto al otorgante.

b) Acreedores garantizados

42. Como se explicó (véanse los párrafos 2 y 5), en muchos ordenamientos se permite que el otorgante constituya más de una garantía real sobre los mismos bienes y se establece que la prelación relativa de los derechos así creados se determinará en función del orden de prelación (la fecha de inscripción u otro método) imperante en ese ordenamiento o conforme a lo que convengan los acreedores (véanse los párrafos 94 y 95). La posibilidad de constituir múltiples garantías sobre el mismo bien permite al otorgante aprovechar el valor inherente a un determinado bien para obtener crédito de más de una fuente, explotando así al máximo el potencial de captación de préstamos del bien o bienes gravados.

43. En los regímenes de las operaciones garantizadas en que se distingue una garantía real que es eficaz frente a terceros de una que no lo es, se suele establecer también que, aun cuando ambas garantías reales surtan efecto frente al otorgante, la garantía real con eficacia frente a terceros tendrá prelación sobre la garantía real que no la tenga, independientemente del orden en que se hayan constituido tales garantías reales. Prever otra cosa equivaldría a despojar de todo sentido el concepto de eficacia de una garantía real frente a terceros.

44. En cambio, si ambas garantías no son eficaces frente a terceros, surten efecto, así y todo, frente al otorgante, la prelación se determinará por el orden en que se hayan constituido.

5. Prolación de las garantías reales con eficacia frente a terceros

a) Acreedores no garantizados

45. Como ya se explicó (véanse los párrafos 38 a 41), es un principio fundamental del régimen de las operaciones garantizadas de muchos ordenamientos que una garantía real que sea eficaz frente a terceros surte efecto frente a los acreedores no garantizados del otorgante.

b) Acreedores garantizados

46. En muchos ordenamientos, la prelación de dos garantías reales que gravan el mismo bien y son eficaces frente a terceros se determina, salvo en las pocas excepciones descritas en la sección 5 c) *infra*, por el orden en que se sucedieron las respectivas diligencias requeridas para que cada una adquiriera eficacia frente a terceros, aun cuando a la sazón no se hubiera cumplido uno o más de los requisitos de constitución de una garantía real.

c) Garantía de financiación del precio de compra

47. Todo deudor otorgante de una garantía suele adquirir muchos de sus bienes comprándolos. En ocasiones su compra se financiará con un crédito otorgado por el vendedor o por un prestamista con la cobertura de una garantía constituida sobre el bien comprado. Este mecanismo se denomina “financiación del precio de compra” y la garantía así otorgada recibe el nombre de “garantía de financiación del precio de compra” (véase A/CN.9.WG.VI/WP.11/Add.1, párr. 17 b) y 19 a 22, y A/CN.9.WG.VI/WP.9/Add.1, párrs. 35 a 45). En dicho supuesto cabe preguntarse cuál debe ser la prelación de esa garantía frente a toda otra garantía real sobre el mismo bien de que goce algún otro acreedor.

48. Dado que dicha garantía puede facilitar la compra de las mercancías necesarias para la marcha de una empresa, muchos ordenamientos dan prelación al titular de una garantía constituida para financiar una compra frente a otros acreedores (incluso frente a acreedores con una garantía real previamente inscrita) con respecto a los bienes adquiridos gracias a esa técnica de financiación, siempre que se inscriba, en un plazo razonable, la garantía real así constituida “un plazo de gracia” para ciertas categorías de bienes).

49. En tales ordenamientos el hecho de que en este caso se asigne una prelación superior (a veces denominada “prelación suprema o privilegiada”) constituye una notable excepción al principio de la prelación en función de la fecha de inscripción, examinado en la sección 2 a) *supra*, justificada por el deseo de fomentar la oferta de financiación del precio de compra. Al ser frecuente que las empresas constituyan garantías reales sobre la totalidad o parte de sus bienes de equipo o de sus existencias actuales y futuras a cambio de financiación a crédito, si en tales casos no se diese preferencia a la garantía del crédito negociado para financiar el precio de compra, poco podría confiar el financiador del precio de compra en su garantía real sobre los bienes comprados, ya que dicha garantía gozaría de una prelación inferior a la de toda garantía real anterior sobre los mismos bienes. En el ejemplo 1 (véase A/CN.9.WG.VI/WP.11/Add.1, párrs. 19 a 22), el vendedor A, el prestamista A y el arrendador financiero A se mostrarían reacios a financiar el precio de compra si el orden de prelación de que gozara su garantía real sobre las mercancías fuera inferior al de la garantía real preexistente del prestamista B del ejemplo 2 (véase A/CN.9.WG.VI/WP.11/Add.1, párr. 25).

50. No se considera en general que al darse mayor prelación a la garantía constituida para financiar la compra de bienes se esté perjudicando a los demás acreedores del otorgante, puesto que, en vez de disminuir el patrimonio (o sea, el activo neto o patrimonio neto) del otorgante, este tipo de financiación lo acrecienta permitiendo la adquisición de nuevos bienes. Cabe observar que las garantías reales de la financiación del precio de compra de existencias no menoscabarían las

garantías reales del prestamista B del ejemplo 2, ya que éste conserva todos los bienes gravados y, además, una garantía real subordinada a la garantía de financiación del precio de compra sobre los nuevos bienes cuyo precio de compra se ha financiado.

51. A fin de fomentar la oferta de financiación del precio de la compra de bienes gravados en cobertura de la misma sin desalentar la oferta de crédito garantizado sobre categorías de bienes más globales, es importante que la prelación superior reconocida a la garantía de financiación del precio de compra de un bien sea solamente aplicable a los bienes adquiridos con dicha financiación y no a otros bienes del otorgante de la garantía.

52. En algunos ordenamientos, no se exige la inscripción de las garantías de financiación del precio de compra (por estimarse, entre otras cosas, que una empresa vendedora de mercancías puede estar menos avezada que una entidad financiera en las técnicas de inscripción o de consulta de un registro), mientras que en otros, toda garantía de financiación del precio de compra deberá ser inscrita a fin de evitar que otros acreedores depositen erróneamente su confianza en bienes gravados por una garantía de financiación de su precio de compra (véase A/CN.9/WG.VI/WP.14, párrs. 56 y 57).

53. Para todo acreedor concurrente sería conveniente que se exigiera la inscripción de toda garantía de financiación del precio de compra en el momento de su constitución. De este modo, dicho acreedor podría consultar el registro público y determinar con certeza si uno o más de los bienes del patrimonio actual del otorgante estaba o no constituido en garantía de la financiación de su precio de compra. Con todo, a fin de agilizar la financiación inmediata de la venta y del arriendo financiero de bienes de equipo, en algunos países se ha previsto un plazo de gracia para la inscripción de la garantía de financiación del precio de compra de dichos bienes. Para conciliar lo mejor posible esos intereses concurrentes, dicho plazo de gracia deberá ser lo bastante largo para facilitar la inscripción de la garantía de financiación de la compra, pero no tan largo que reste eficacia al registro como mecanismo de alerta de los demás acreedores garantizados frente a la existencia de garantías reales concurrentes.

54. Dicho plazo de gracia no suele darse para la inscripción de las garantías de financiación del precio de compra de existencias inventariadas. Por el contrario, para gozar de una prelación suprema sobre las existencias inventariadas, en algunos ordenamientos el titular de dicha garantía real deberá, además de inscribirla, notificarla a los demás titulares de garantías reales constituidas sobre las existencias antes de que el comprador tome posesión de las mercancías. Tal aviso suele darse una única vez, al comienzo del acuerdo de financiación del precio de compra de las mercancías suministradas, en vez de cursarse cada vez que se efectúa un suministro cuyo precio vaya a ser financiado. El requisito de notificación se justifica por la necesidad de dar aviso, a todo financiador con una garantía sobre las existencias inventariadas, de la creación de la nueva garantía de financiación del precio de compra para que no otorgue otro préstamo tomando como garantía las nuevas existencias del deudor, creyendo erróneamente que su garantía anterior sobre las existencias seguiría gozando de la misma prelación. De otra forma, a fin de eliminar este riesgo, los financiadores de existencias inventariadas deberían consultar diariamente el registro antes de efectuar ninguna nueva entrega con cargo a su crédito garantizado sobre las existencias inventariadas para cerciorarse de que no

existe ninguna nueva garantía de financiación del precio de compra sobre alguna parte de dichas existencias (lo que provocaría un aumento importante del riesgo y del costo de su crédito) dado que la consulta diaria del registro no bastaría para cubrirse del riesgo si existe algún plazo de gracia para la inscripción de las garantías de financiación del precio de compra de existencias.

55. Al formular una regla de prelación suprema o privilegiada para la garantía de financiación del precio de compra, el legislador habrá de decidir si tal prelación beneficiará únicamente al vendedor de los bienes, o si beneficiará también a todo banco o prestamista que financie la compra de bienes. La restricción de la prelación a los vendedores tiene razones históricas, dado que la financiación de la compra por el proveedor de los bienes (por ejemplo, bajo la forma de pactos de retención de la titularidad) es una técnica que surgió como alternativa eficiente y económica de la financiación bancaria. Cabe aducir a favor de que los bancos y otros prestamistas se beneficien de dicha prelación suprema que esa equidad de trato estimulará la competencia, lo que a su vez repercutirá positivamente en la cuantía y el precio del crédito ofrecido.

d) Acreedores con sentencia ejecutoria

56. En muchos ordenamientos jurídicos se reconoce el equivalente de una garantía real sobre ciertos bienes a todo acreedor ordinario no garantizado que haya obtenido una sentencia ejecutoria de su crédito y haya efectuado todo acto prescrito por la ley para que se ejecute la sentencia (como obtener el embargo de tales bienes o hacer inscribir la sentencia). Ese derecho equivalente a una garantía real otorga efectivamente a dicho acreedor prelación frente a todo acreedor ordinario no garantizado del otorgante con respecto a tales bienes.

57. Los acreedores con sentencia ejecutoria gozan de tal prelación frente a los demás acreedores no garantizados en reconocimiento de la vía judicial seguida para hacer valer sus créditos. Ello no va en detrimento de los demás acreedores ordinarios, ya que a éstos les asiste también el derecho a recurrir ante los tribunales con el mismo fin. Sin embargo, para no dar a los acreedores con prelación judicial facultades excesivas en los ordenamientos que permiten que un único acreedor instituya un procedimiento de insolvencia, su régimen de la insolvencia suele facultar al representante de la insolvencia para impugnar toda garantía real creada por sentencia judicial que se dicte dentro de cierto plazo previo a la apertura del procedimiento de insolvencia.

58. Cuando se otorga a un acreedor con prelación judicial el equivalente de una garantía real, a todo otro acreedor que goce ya de una garantía real contractual anterior constituida sobre ciertos bienes del deudor tendrá interés en que su garantía conserve su prelación sobre la garantía real creada por vía judicial, en particular si se trata de bienes cuyo valor de garantía motivó su decisión de otorgar crédito. Todo acreedor con sentencia ejecutoria de su crédito tendrá, por su parte, interés por obtener prelación sobre bienes que tengan valor suficiente para reembolsar su crédito.

59. Muchos ordenamientos cuyo orden de prelación se basa en la fecha de inscripción determinan la prelación en este supuesto por la prioridad temporal de la garantía real, o sea, que una garantía real contractual que se haya inscrito antes tendrá prelación sobre toda garantía real sobre los mismos bienes que nazca

posteriormente por decisión judicial. De forma inversa, si se constituye una garantía real contractual sobre los bienes después de que un acreedor haya obtenido algún tipo de garantía real por decisión judicial, la prelación de la primera garantía quedará subordinada a la de la segunda. Los acreedores aceptan en general la aplicación de este criterio, siempre que se dé a conocer oportunamente la garantía real creada por un tribunal, a fin de que esa información sea utilizable al decidir si otorgarán o no crédito.

60. En general se hace una excepción a esta regla cuando se trata de los futuros desembolsos de un crédito ya otorgado (el tema se examina con detenimiento en la sección 3 a) *supra*). Si bien una garantía real que se haya inscrito antes suele gozar de prelación sobre toda garantía real impuesta por decisión judicial respecto de un crédito que se haya otorgado antes de la fecha en que surta efecto esa decisión, generalmente no tendrá prelación sobre la garantía judicial respecto de todo crédito otorgado después de la sentencia (salvo que dicho crédito estuviera ya negociado antes de la fecha en que surta efecto la sentencia). Así, en el ejemplo 2 (véase A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.1, párr. 25), el prestamista B otorga crédito periódicamente a ABC, que lo garantiza con sus existencias y créditos por cobrar, actuales y futuros. Si un acreedor ordinario demanda a ABC y obtiene una sentencia por la que se constituye una garantía real sobre las existencias de ABC a favor de dicho acreedor, la garantía real sobre las existencias de ABC del prestamista B tendría prelación sobre la garantía real nacida de tal decisión judicial respecto de todo crédito que el prestamista B haya otorgado antes de la fecha en que surta efecto la sentencia, así como todo préstamo que le haya otorgado durante un cierto plazo ulterior a dicha fecha. Ahora bien, la garantía real de origen judicial tendría prelación sobre todo otro crédito que otorgue el prestamista B después de dicho plazo, a menos que éste hubiese comprometido ese crédito antes de la fecha en que surta efecto la sentencia.

61. A fin de proteger a todo acreedor garantizado existente contra el riesgo de seguir efectuando desembolso de un crédito ya negociado en función del valor de unos bienes que hayan quedado sujetos a una garantía real constituida por vía judicial, tal vez proceda instituir un mecanismo que permita ponerlos sobre aviso de esa situación. La obligación de inscribir las garantías reales en un registro cumple esa función en muchos ordenamientos que disponen de esta institución. Cuando no exista un registro o no esté prevista la inscripción registral de las garantías reales constituidas por vía judicial, tal vez sea necesario exigir del acreedor garantizado por vía judicial que dé aviso oportuno a todo acreedor garantizado existente. Cabría disponer, además, que éste seguirá gozando de prelación (durante un cierto plazo, quizá de 45 a 60 días) tras la inscripción de la garantía real constituida por vía judicial (o tras la notificación dada al acreedor), a fin de que pueda adoptar las medidas que procedan para proteger su garantía. Cuanto menos margen se dé a un acreedor garantizado existente para responder adecuadamente a la imposición de garantías reales por vía judicial y cuanto menor publicidad se dé a esas garantías, tanto más afectará, el riesgo de su existencia, a la cuantía y el precio de las líneas de crédito abiertas para que una empresa pueda obtener entregas de fondos futuras, ya sea periódicas (rotatorias) o en función de sus necesidades eventuales (renovables).

e) Compradores de bienes gravados

62. Cuando un otorgante vende bienes que ya están gravados con garantías reales, al comprador le conviene recibir dichos bienes libres de todo gravamen, mientras que al acreedor garantizado le interesará mantener su garantía real sobre los bienes vendidos (salvo que haya accedido a su venta). Es importante que todo régimen de prelación tenga presentes y compagine los intereses de ambas partes. Si la garantía del acreedor garantizado sobre determinados bienes peligrara cada vez que el otorgante los vendiera, se depreciaría el valor como garantía de los bienes gravados y se desincentivaría la oferta de crédito a un precio asequible para el deudor.

63. Se aduce a veces que el acreedor garantizado no se ve perjudicado por la venta de los bienes exentos de su garantía real siempre que retenga un derecho de garantía sobre el producto de la venta. Ahora bien, los intereses del acreedor garantizado no quedarían necesariamente salvaguardados, puesto que el producto no suele ser tan valioso para el acreedor como los bienes gravados en sí. En muchos casos, el producto tendrá escaso valor como garantía para el acreedor o carecerá de él (por ejemplo, un crédito difícil de cobrar). En otros casos, le resultará difícil identificar el producto financiero de la venta, lo que haría ilusoria su garantía sobre dicho producto. Además, existe el riesgo de que, aunque el producto de la venta sea valioso para el acreedor garantizado, el vendedor que lo recibe lo dilapide y el acreedor se quede sin nada. Los países han aplicado diferentes criterios para compaginar los intereses de los acreedores garantizados con los de las personas que compran bienes gravados, tomándolos de manos de un otorgante en posesión de dichos bienes.

i. Criterio de la venta en el giro normal del negocio

64. Un criterio que se sigue en muchos ordenamientos es disponer que toda venta de bienes gravados asimilables a las existencias que de una empresa, que efectúe el otorgante en el giro normal de su negocio, entrañará la extinción de toda garantía real constituida sobre dichos bienes, sin que el comprador, el vendedor o el acreedor garantizado deban realizar ningún otro acto. El corolario de esa norma es que toda venta de bienes gravados no efectuada en el giro normal del negocio del otorgante no extinguirá la garantía real sobre el bien gravado y el acreedor garantizado podrá ejecutar su garantía sobre los bienes en poder del comprador, siempre que el otorgante incurra en incumplimiento (véase la definición de incumplimiento en A/CN.9/WG.VI/WP.14/Add.2, párr. 5), salvo, por supuesto, que el acreedor garantizado ha consentido en que se haga la venta. Cuando el acuerdo de constitución de la garantía real así lo estipule, la venta del bien gravado constituirá en sí un acto de incumplimiento, en cuyo caso el acreedor garantizado podrá ejecutar sin más su garantía real; de lo contrario, el acreedor garantizado no podrá hacerlo hasta que el otorgante incurra en incumplimiento.

65. A fin de ser tenido por “comprador de bienes vendidos en el giro normal de un negocio”, el vendedor deberá serlo “de bienes de ese tipo”. Además, el comprador no debe estar en antecedentes de que la venta quebranta los derechos reales de garantías o los derechos de otra índole sobre los bienes de otra persona, como sucedería, por ejemplo, si el comprador supiera fehacientemente que la venta se prohíbe en el acuerdo de garantía firmado entre el vendedor y un prestamista del vendedor con derechos reales de garantía sobre los bienes (véase la definición del

concepto de “comprador de bienes vendidos en el giro normal de un negocio” en A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.1, párr. 17 aa)).

66. Se argumenta que este criterio permite determinar de forma sencilla y clara si los bienes se venden o no libres de toda garantía real. Por ejemplo, la venta de un automóvil a un consumidor por una empresa de venta de automóviles es obviamente una operación de venta de existencias que forma parte del giro normal del negocio del concesionario y el consumidor recibirá automáticamente su automóvil libre de toda garantía real constituida, sobre dichas existencias, a favor de los acreedores del concesionario. Por el contrario, no cabría considerar que la venta de la totalidad o de una partida importante de automóviles a otra empresa de venta de automóviles constituye una operación efectuada en el giro normal del negocio del concesionario. Este criterio concuerda con la expectativa comercial de que un concesionario que sea otorgante de una garantía ha de vender sus existencias de mercancías (y, de hecho, ha de venderlas para mantener la viabilidad de su empresa) y de que el comprador de alguno de dichos bienes gravados los adquirirá libres de toda garantía real existente sobre dicha masa de mercancías. Sin tal exención, la capacidad del otorgante para vender esos bienes en el giro normal de su negocio se vería restringida sobremanera, puesto que los compradores se verían obligados a investigar todo gravamen que pudiera pesar sobre el bien comprado antes de adquirirlo. Ello acarrearía muchos gastos y obstaculizaría considerablemente las operaciones que forman parte del giro normal de todo negocio de venta.

67. A fin de salvaguardar ese giro normal de un negocio de venta y de eliminar toda incertidumbre derivada del hecho de que la prelación quede supeditada al desconocimiento efectivo, por el comprador, de la existencia de una garantía real anterior sobre el bien comprado (véase párr. 11), muchos ordenamientos establecen que todo comprador que compre de una empresa de venta, en el giro normal de su negocio, obtendrá el bien así comprado libre de toda garantía real, aun cuando el comprador actúe a sabiendas de la existencia de dicha garantía. Esta consideración es tan importante que en algunos ordenamientos se permite incluso que un comprador que actúe a sabiendas de la existencia de algún pacto que prohíba la propia venta de las mercancías gravadas, las obtenga libres de tal garantía, aun cuando ésta sea eficaz frente a terceros. Ahora bien, como se explicó anteriormente (véase párr. 65), en otros ordenamientos no se permite que un comprador obtenga el bien comprado libre de toda garantía real si sabe de antemano que la venta de dicho bien entraña el quebrantamiento de un pacto entre el vendedor y su acreedor por el que se estipule que los bienes no podrán venderse sin el consentimiento del acreedor garantizado.

68. Respecto de las ventas de bienes gravados que sean ajenas al giro normal del negocio del otorgante, siempre que se exija al acreedor que inscriba su garantía real en un registro público fidedigno y de fácil consulta, el comprador podrá protegerse verificando en él si los bienes que adquiere están sujetos o no a una garantía real; en caso afirmativo, el comprador podrá pedir al acreedor garantizado que levante ese gravamen. En algunos ordenamientos se exige de ese requisito a los bienes de bajo costo, puesto que tal vez no se justifiquen en este caso los gastos que esa consulta del registro entrañaría para el comprador eventual. Cabe argumentar, en sentido contrario, que el acreedor garantizado quizá no trate de ejecutar su garantía sobre el bien en poder del comprador si el bien carece efectivamente de valor. Además, la determinación de los bienes que merecen ser eximidos por su bajo costo

desembocaría en categorizaciones arbitrarias que tendrían que modificarse constantemente para adecuarlas a las fluctuaciones de precios debidas a la inflación y a otros factores.

69. En algunos países en que la consulta de un registro público se hace sólo por el nombre del otorgante, y no por la categoría de los bienes gravados, un comprador que adquiera los bienes de un vendedor que los haya comprado al otorgante (“un vendedor anterior”) obtendrá los bienes libres de toda garantía real constituida por ese otorgante remoto. Este criterio se aplica porque puede ser sumamente difícil para un comprador ulterior averiguar la existencia de una garantía real que haya otorgado un antiguo propietario (vendedor remoto) de los bienes gravados. En muchos casos, el comprador ulterior ni siquiera se enterará de que los bienes han pertenecido a dicho propietario remoto y, por consiguiente, no tendrá motivo alguno para buscar información al respecto.

70. Un posible inconveniente de aplicar el criterio del giro normal de un negocio es que tal vez un comprador no siempre distinga con claridad (en particular en el comercio internacional) qué actividades forman o no parte del giro normal del negocio del vendedor. Otro posible inconveniente sería que, si esta norma se aplicara sólo a las ventas de existencias y no de otros bienes, el comprador tal vez no sepa con certeza si el bien vendido forma, desde la perspectiva del vendedor, parte de sus existencias. Por otro lado, cabe observar que en una relación normal entre comprador y vendedor, es muy probable que el comprador sepa el tipo de negocio que realiza el vendedor y, en dicho caso, la aplicación de la regla del giro normal del negocio correspondería a la expectativa legítima de las partes. Además, este criterio propicia el comercio y permite a los acreedores garantizados y a los compradores proteger sus respectivos intereses de forma eficaz y rentable sin socavar el fomento del crédito garantizado. Por añadidura, estos posibles inconvenientes no se plantearían en el comercio al por menor (en el que se supone que la venta ha de formar parte del giro normal del negocio del vendedor y el comprador no está obligado a consultar el registro), en tanto que en otras situaciones, el comprador podría proteger sus intereses negociando con el vendedor (y con sus acreedores garantizados) a fin de obtener los bienes exentos de toda garantía real.

ii. Otros criterios

71. Otra forma de resolver este problema consiste en disponer que el comprador de bienes obtenga los bienes exentos de toda garantía real si los adquiere de buena fe (o sea, sin ningún conocimiento cabal o inferido de la existencia de la garantía real). Un argumento a favor de la aplicación de este criterio es que el concepto de buena fe se conoce en todos los ordenamientos y se ha aplicado extensamente tanto a nivel nacional como internacional. Se ha aducido también que debe presumirse que todo comprador actúa de buena fe a menos que se demuestre lo contrario.

72. Existen varios criterios posibles en los que se combinan los criterios de la “buena fe” y del “giro normal del negocio”. Por ejemplo, puede disponerse que la regla del “giro normal del negocio” se utilice como criterio básico y la de la “buena fe” se aplique respecto de las denominadas “operaciones remotas” (véase párr. 69). En este supuesto, un comprador ulterior adquirirá los bienes libres de toda garantía real que haya constituido la parte de la que el vendedor directo hubiera adquirido los bienes, salvo que el comprador ulterior o “remoto” tuviera conocimiento cabal o

inferido de la existencia de las garantías reales. Aun cuando la aplicación de este criterio pueda prestarse a algún abuso, ya que el otorgante de la garantía podría frustrar los derechos del acreedor garantizado vendiendo un bien gravado al margen del giro normal de su negocio a un comprador que lo fuera también a vender pero actuando, en cambio, en el giro normal de su negocio, existen razones de fondo para proteger al comprador remoto. Una forma de proteger al acreedor garantizado en dicho supuesto sería hacer responsable al otorgante desleal o descuidado de los daños causados al acreedor garantizado.

f) Reclamantes de devolución de mercancías

73. En muchos ordenamientos jurídicos se prevé que un proveedor que vende mercancías a crédito sin garantía podrá reclamar la devolución de esas mercancías al comprador dentro de cierto plazo (denominado “plazo de reclamación”). El proveedor podrá hacer dicha reclamación si descubre, por ejemplo, que el comprador es insolvente. Cuando las mercancías se devuelven al vendedor, el acuerdo de compraventa, conforme al cual el comprador las había adquirido inicialmente, se considera por lo general extinguido.

74. Mientras el proveedor a crédito querrá que ese plazo sea lo más largo posible para proteger sus intereses, otros acreedores del mismo deudor se mostrarán reacios a otorgarle crédito garantizado por bienes o mercancías cuya devolución pueda reclamarse. Además, si el riesgo crediticio le preocupa de verdad, el proveedor podrá insistir en que se le otorgue una garantía real por concepto de financiación del precio de compra sobre las mercancías que entrega a crédito. En resumen, si bien el derecho a reclamar la devolución es importante para los proveedores de mercancías entregadas a crédito sin garantía, el plazo de reclamación debe ser breve (de 30 a 45 días como máximo) para no obstaculizar la concesión de otros préstamos en función del valor asignable a dichas mercancías.

75. Una importante consideración de fondo es la de si las reclamaciones de devolución de determinadas mercancías gozará o no de prelación sobre garantías reales ya constituidas sobre esas mismas mercancías. En otras palabras, se habrá de determinar si todas las existencias del comprador (de las que, en principio, formarán parte las mercancías aún sujetas a un derecho de reclamación) están todas ellas válidamente constituidas en garantía a favor de un tercero prestamista, o si, por el contrario, las mercancías reclamables habrán de ser devueltas al vendedor exentas de dicha garantía real. En algunos ordenamientos, la reclamación tiene efecto retroactivo, lo que supone que el vendedor sigue estando en la misma situación en que estaba antes de la venta (o sea, en su condición de tenedor de ciertas mercancías que no estaban gravadas a favor de los acreedores de un eventual comprador). Sin embargo, en otros ordenamientos los derechos de garantía existentes siguen afectando a las mercancías, por considerarse que toda otra situación perjudicaría al acreedor anterior del comprador, que había otorgado el crédito en función de la existencia de tales mercancías, además de generar incertidumbre jurídica y, por ende, desalentar la financiación de bienes inventariados.

76. En muchos ordenamientos se prevé la extinción de todo derecho de reclamación de la mercancía cuando ésta pasa a formar parte del producto de un proceso de fabricación o pierden su identidad de algún otro modo, o se venden a un tercero.

g) Arrendatarios financieros

77. A veces surgen conflictos de prelación entre el titular de una garantía real constituida sobre un bien por el propietario/arrendador financiero del bien que tiene validez frente a terceros y el arrendatario financiero de dicho bien. La principal cuestión que se plantea en dicho caso es si procedería que, en el supuesto de que el titular de tal garantía real decida ejecutarla, el arrendatario pueda seguir, pese a ello, utilizando el bien, mientras siga pagando el arriendo financiero y respetando las demás condiciones de dicho contrato de arriendo con opción de compra.

78. En algunos ordenamientos la cuestión se resuelve estableciendo que todo arrendatario financiero de mercancías goza de prelación sobre el titular de una garantía real con que el arrendador financiero haya gravado las mercancías si el contrato de arriendo financiero, o con opción de compra, se concierta en el giro normal del negocio del arrendador, aun cuando el arrendatario financiero sepa cabalmente que existe la garantía real. Así pues, aun cuando en ese supuesto el acreedor ejecutara su garantía vendiendo el bien gravado a un tercero, dicho tercero adquiriría el bien así vendido sujeto a los términos del contrato de arriendo financiero y el arrendatario tendría derecho a seguir utilizando el bien conforme a los términos de dicho contrato, hasta adquirir su plena titularidad.

79. A veces se hace una excepción a esa regla si, al tiempo de concertar un arriendo financiero, el arrendatario sabía cabalmente que los términos de dicho contrato conculcaban los términos de la garantía del acreedor garantizado, como sucedería en el supuesto de que el arrendatario financiero obre a sabiendas de que en el acuerdo de constitución de tal garantía real se prohíbe específicamente que el otorgante venda el bien gravado por vía de un arriendo financiero de dicho bien. Con todo, el mero conocimiento de la existencia de una garantía real, por consulta de una inscripción registral, no bastaría para anular la prelación de que goza un arrendatario financiero.

h) Tenedores de títulos y otros documentos negociables

80. En muchos regímenes de las operaciones garantizadas se aplica una regla de prelación especial a los títulos negociables (como los pagarés) y los documentos negociables (como los recibos de almacén y los conocimientos de embarque) en virtud de la cual los tenedores de tales bienes pueden obtenerlos libres de los derechos de toda otra persona, incluidos los titulares de garantías reales válidas. El trato especial dispensado a los tenedores de títulos y documentos negociables revela la importancia que reviste el concepto de la negociabilidad de dichos instrumentos mercantiles en esos ordenamientos, así como el deseo de preservar el valor que ello supone. La ley (sea el régimen de las operaciones garantizadas u otra norma aplicable) suele dispensar dicho trato únicamente a los tenedores de títulos que respeten ciertas normas prescritas en materia de buena fe (con objeto de que no obren en connivencia con la persona de la que recibieron los títulos o instrumentos negociables).

i) Garantía de la posesión de una suma de dinero

81. Muchos regímenes de las operaciones garantizadas dispensan un trato análogo a toda persona que haya dado una contraprestación a cambio de dinero y esté en posesión del dinero, permitiendo que haga suya dicha suma de dinero exenta de los

derechos de toda otra persona, incluidos los de titulares de garantías reales válidas aplicables a dicha suma. Esta regla especial de prelación se aplica con objeto de preservar la libre circulación del dinero como medio de cambio sin gravamen. Con frecuencia será aplicable una regla distinta si dicha suma de dinero está depositada en una cuenta bancaria o si se establece que el tenedor de la suma ha actuado en connivencia con el otorgante de una garantía real para frustrar dicha garantía o algún otro derecho previo sobre la suma de dinero entregado.

j) Acreedores con prelación legal (o privilegiada)

82. Con el fin de lograr objetivos de interés social o público (por ejemplo, proteger ingresos fiscales o sueldos y salarios), en muchos derechos internos se da prelación legal a determinados créditos no garantizados, en el marco o incluso al margen de un procedimiento de insolvencia, sobre otros créditos del mismo rango y, en algunos casos, sobre créditos con garantía real (e incluso con garantía previamente inscrita en un registro). Por ejemplo, es frecuente que, para proteger los intereses de entidades públicas y de los empleados, los créditos fiscales y salariales adeudados gocen de prelación, en algunos ordenamientos, sobre las garantías reales ya existentes. Al diferir los objetivos sociales o de interés público de un país a otro, varía también la índole precisa de esos créditos (fiscales, salariales o de otro tipo) y el rango de prelación otorgado.

83. La razón aducida a favor de estos créditos privilegiados es la de que están al servicio de un objetivo social; su inconveniente radica en que puedan llegar a multiplicarse hasta tal punto que la situación se torne imprevisible para los acreedores, existentes y eventuales, lo cual desalentaría la oferta de crédito garantizado a un precio asequible. Además, aun cuando un acreedor, existente o eventual, pueda determinar con certeza el alcance de los créditos privilegiados, el riesgo de que se hagan valer (ya sea en el marco o al margen de un procedimiento de insolvencia) restringirá la oferta y elevará el precio de todo crédito negociable: dado que todo crédito privilegiado mermará el valor de garantía de un bien gravable, el acreedor garantizado tenderá a trasladar el mayor riesgo financiero de su crédito al otorgante de la garantía, ora elevando el tipo de interés, ora deduciendo del préstamo ofrecido el importe estimado de los créditos privilegiados.

84. A fin de no desalentar la oferta de crédito garantizado, lo que también constituye un objetivo social, habrá que sopesar detenidamente los distintos objetivos sociales al decidir si se instituirán o no créditos privilegiados. Ese privilegio debe limitarse en lo posible y otorgarse sólo cuando sea el único medio de salvaguardar el objetivo social subyacente y en la medida en que el país determine que la incidencia de tal privilegio en la oferta de crédito financiero a un precio asequible no sea netamente perjudicial. Por ejemplo, en algunos ordenamientos los ingresos fiscales se protegen dando incentivos al personal gestor para resolver con rapidez los problemas financieros de sus empresas so pena de incurrir en responsabilidad civil privada y se salvaguardan los créditos salariales mediante un fondo público.

85. Si se opta por instituir ciertos créditos privilegiados, la ley que los rijan ha de ser lo bastante clara como para permitir al acreedor calcular su importe o incidencia eventual a fin de protegerse. En algunos ordenamientos se ha logrado claridad y transparencia especificando todos los créditos privilegiados en una única ley o en un anexo de dicha ley, así como exigiendo que se inscriban en un registro público y

dándoles prelación únicamente sobre las garantías reales que se inscriban ulteriormente. Dichos regímenes darán prelación a las garantías que se hayan inscrito con anterioridad a la inscripción de los créditos privilegiados, o que se constituyan dentro de un plazo de, por ejemplo, 45 a 60 días tras la inscripción del crédito privilegiado, y siempre que la garantía real existente respalde el desembolso de futuras entregas de un crédito ya otorgado. Sin embargo, uno de los problemas de exigir la inscripción registral de ciertos créditos privilegiados que nazcan poco antes de la apertura de un procedimiento de insolvencia radica en que puede ser difícil calcular su importe o inscribirlos a tiempo.

k) Titulares de una garantía real por restauración, mejora o almacenamiento de bienes gravados

86. Algunos ordenamientos establecen que los acreedores que de alguna manera añaden valor a ciertos bienes, como sería repararlos, gozan de garantías reales sobre ellos y que tales garantías generalmente gozan de prelación sobre otros gravámenes creados sobre dichos bienes. La ventaja de esta prelación es que induce a todo el que añada valor a un bien gravado a seguir haciéndolo, facilitando así el mantenimiento y la preservación de dichos bienes. Con tal de que el importe de dicha garantía real sea justo reflejo de la cuantía por la que se haya apreciado el bien gravado, los acreedores garantizados existentes no deberían tener nada que objetar a esa garantía real ni a la prelación superior de la que goza.

87. Algunos ordenamientos también prevén que se constituyan garantías reales sobre bienes ya gravados a favor de ciertos acreedores, como el depositario que almacene esos bienes o el propietario que arriende al otorgante el local en donde se almacenan, en garantía del pago del almacenamiento o del alquiler de espacio, y generalmente prevén que esas garantías reales gozarán de prelación sobre otros créditos garantizados por esos mismos bienes.

88. Muchos ordenamientos no requieren la inscripción de las garantías reales descritas en los dos párrafos anteriores, de modo que su existencia saldrá a la luz únicamente si el acreedor eventual procede con la diligencia debida. Ello explica que a menudo se las denomine “secretas”. Si bien las garantías reales secretas tienen la ventaja de proteger los derechos de las partes a las que se conceden sin que éstas tengan que costear los gastos de inscripción, esas garantías suponen un notable riesgo para la oferta de crédito garantizado, habida cuenta de que disminuyen la capacidad de los acreedores para determinar la existencia de garantías reales concurrentes. Como se señaló en el capítulo V (véase A/CN.9/WG.VI/WP.14, párrs. 56 a 59) cabría exigir que se inscribieran esas garantías reales en el registro correspondiente.

89. Si el legislador da prelación a las garantías reales de esos proveedores de servicios, se plantea la cuestión de si cabría restringir su importe y reconocerlas como créditos privilegiados únicamente en determinadas circunstancias. Una posibilidad consiste en limitar el alcance de la cobertura de esas garantías a favor del proveedor de servicios (por ejemplo, a un mes de alquiler del local respecto de su propietario) y reconocer su prelación sobre otras garantías reales anteriores sólo cuando el valor añadido beneficie directamente al titular de estas últimas garantías. Otra solución sería evitar introducir tales limitaciones, ya que al hacerlo se coartaría injustamente la oferta de crédito a esos proveedores de servicios. Además, tal vez sea innecesario introducir esas limitaciones, habida cuenta de que los acreedores

garantizados pueden protegerse de las garantías en respaldo de la prestación de servicios de diversas maneras, por ejemplo, restringiendo contractualmente la facultad del otorgante de su garantía real para contratar servicios de esa índole o reservando una porción suficiente del crédito otorgado para pagar al proveedor de dichos servicios para el caso de que el otorgante no remunere sus servicios.

l) Titulares de garantías reales sobre inmuebles con accesorios fijos

90. Siempre que un régimen de las operaciones garantizadas permita la constitución de garantías reales sobre accesorios fijos (conforme se recomienda en la presente Guía), dicho régimen deberá también prever alguna regla que determine la prelación relativa de una garantía real constituida sobre algún accesorio fijo frente a la garantía real sobre el bien inmueble al que se haya incorporado el accesorio (dicho conflicto podría darse con toda persona, distinta del otorgante, que sea propietaria del inmueble, con todo comprador del mismo o con un acreedor que goce de una garantía real global sobre el inmueble). Tal regla de prelación debería prever el supuesto de que la garantía real sobre el accesorio fijo se haya constituido antes de que la garantía sobre el inmueble, así como los supuestos de que la garantía real sobre el bien incorporable se haya creado antes o después de que dicho bien pasara a ser accesorio fijo del inmueble. Al instituir reglas de prelación adecuadas para los accesorios fijos, deberá procurarse respetar los principios bien arraigados del régimen de la propiedad inmobiliaria.

m) Donatarios

91. La situación de una persona que acepta la transmisión gratuita de bienes gravados (“un donatario”) es bastante distinta de la de un comprador u otro cesionario comercial. Dado que el donatario no aporta nada, no hay prueba objetiva alguna de que se haya perjudicado por haber creído que el otorgante poseía los bienes exentos de gravámenes. Por ende, de surgir una controversia entre el donatario de un bien y el titular de una garantía real sobre el bien donado, que haya sido otorgada por el donante, cabe esgrimir razones de peso a favor de dar prelación al acreedor garantizado, aun en supuestos en que la garantía real no sea, por lo demás, válida frente a terceros. Ahora bien, tal vez haya motivos válidos para no atenerse a ese principio en determinadas circunstancias, como sería el supuesto en que el donatario haya efectuado algún cambio sustancial a raíz de la donación, a reserva del derecho del acreedor garantizado y del representante de la insolvencia del donante a impugnar la validez de la donación invocando el régimen de las transmisiones fraudulentas, cuando se pruebe que el donatario actuó en connivencia con el donante para frustrar los derechos del acreedor garantizado.

n) Representante de la insolvencia

92. Es particularmente importante que un acreedor garantizado pueda determinar de qué prelación gozará en el supuesto de que el otorgante se declare o sea declarado insolvente, puesto que lo más probable es que la masa de la insolvencia no alcance para pagar a todos los acreedores y que los bienes gravados sean la fuente principal o única de reembolso del préstamo del acreedor garantizado. A ello obedece que, al evaluar si otorgarán crédito y la prelación de su garantía, los acreedores garantizados por lo general presten atención a la prelación de que gozará su garantía real, caso de abrirse un procedimiento de insolvencia del otorgante. Por

consiguiente, es esencial que no se reduzca ni menoscabe la prelación de una garantía real debidamente constituida, caso de abrirse un procedimiento de insolvencia del otorgante, a reserva de las disposiciones aplicables del régimen de la insolvencia que rijan los créditos privilegiados y las acciones de impugnación. Sobre este punto habrá que hacer particular hincapié al elaborar un régimen eficaz aplicable a las operaciones garantizadas. Si en ese régimen y en el régimen de la insolvencia no se resuelve ese punto con claridad, se minará gravemente la disposición de los acreedores a otorgar crédito garantizado.

93. A fin de recompensar cabalmente la labor de los representantes en los procedimientos de insolvencia, generalmente se les otorga un crédito privilegiado supremo sobre la masa de la insolvencia. En el capítulo IX se examina detenidamente ese crédito y la facultad del representante de la insolvencia para impugnar la validez de una garantía real en ciertos supuestos.

6. Acuerdos de subordinación

94. En numerosos ordenamientos, el orden de prelación puede modificarse, y de hecho se modifica con frecuencia, por decisión unilateral de un acreedor garantizado o por acuerdo contractual con otros acreedores garantizados. Por ejemplo, el prestamista A, titular de una garantía real sobre todos los bienes actuales y ulteriormente adquiridos del otorgante, puede acceder a que éste constituya una garantía real sobre determinado bien, dotada de prelación suprema respecto de dicho bien, a favor del prestamista B con el propósito de aprovechar su valor para que el prestamista B le otorgue financiación adicional. Cabe diferenciar esos arreglos de los acuerdos de subordinación entre acreedores ordinarios o sin garantía alguna que renuncien entre sí al principio de la igualdad de trato que ha de otorgarse a sus respectivos créditos. El reconocimiento de la validez de una renuncia por el interesado a la prelación de su garantía real, por acto unilateral o por vía contractual, es un principio bien arraigado (véase, por ejemplo, el artículo 25 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internacional).

95. Todo acuerdo que altere el orden de prelación será perfectamente aceptable, siempre que afecte únicamente a las partes que consientan efectivamente en la modificación. Un acuerdo de subordinación no deberá afectar a los derechos de acreedores que no sean partes en él. Además, es importante que la prelación concedida por vía de un acuerdo de subordinación siga siendo aplicable en el supuesto de que se abra un procedimiento de insolvencia del otorgante y esa posibilidad ha de preverse en los regímenes de la insolvencia. En rigor, puede que en algunos ordenamientos sea necesario incluir una disposición al respecto en el régimen de la insolvencia con objeto de facultar a los tribunales para ordenar la ejecución de un acuerdo de subordinación y a los representantes de la insolvencia para resolver conflictos de prelación entre partes en un acuerdo de subordinación sin incurrir en responsabilidad (véase el capítulo IX).

7. Efectividad de la prelación con anterioridad a la ejecución

96. Otro aspecto importante es si la prelación sólo surte efectos después de que el otorgante incumpla su obligación subyacente o si también tendrá algún efecto antes del incumplimiento. En muchos ordenamientos se aplica el primer criterio, en virtud del cual se permite al titular de una garantía real contractual con prelación

subordinada cobrar la cuota periódica de amortización de su crédito, aun cuando no se haya abonado íntegramente el crédito garantizado que goce de prelación superior, salvo acuerdo en contrario entre el acreedor con prelación subordinada y el acreedor con prelación superior. El fundamento de este criterio es que, salvo acuerdo en contrario y antes de incurrir en incumplimiento, un otorgante ha de poder disponer de sus bienes y utilizar el producto de su venta para saldar sus obligaciones a medida que vayan venciendo, independientemente de la prelación que corresponda a cada garantía real constituida sobre esos bienes. Exigir al acreedor con prelación subordinada que remita las sumas así cobradas al acreedor con prelación superior sin que exista un acuerdo expreso tal vez le privaría de toda motivación para conceder financiación.

97. Ese resultado tal vez sea distinto si el acreedor con prelación subordinada recibe el producto de todo cobro, venta u otro acto de disposición del bien gravado. En tal supuesto, en algunos ordenamientos se exigirá que el acreedor con prelación subordinada remita el producto así cobrado al acreedor con prelación superior si recibió el producto a sabiendas de que el otorgante estaba obligado a entregarlo a ese acreedor. El fundamento de esta regla es análogo al que se analiza en la sección 5 e) *supra*, en relación con los compradores de bienes gravados.

B. Recomendaciones

[Nota para el Grupo de Trabajo: habida cuenta de que en los documentos A/CN.9/WG.VI/WP.13 y Add.1 se recoge un texto fusionado de recomendaciones relativas al proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas, no se incorporan en el presente documento las recomendaciones referidas a la prelación. Cuando se haya ultimado el texto de las recomendaciones, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si procede colocarlas al final de cada capítulo o en un anexo que figure al final de la Guía, o en uno y otro lugar.]