



Asamblea General

Distr. limitada
1° de diciembre de 2004*
Español
Original: inglés

**Comisión de las Naciones Unidas para
el Derecho Mercantil Internacional**
Grupo de Trabajo VI (Garantías reales)
Séptimo período de sesiones
Nueva York, 24 a 28 de enero de 2005

Garantías reales

Proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas

Informe del Secretario General

Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
XII. Mecanismos de financiación de las compras	1-48	2
A. Observaciones generales	1-48	2
1. Introducción	1-5	2
2. Antecedentes comerciales	6-8	3
3. Enfoques de la financiación de la adquisición de bienes	9-17	5
4. Creación por las partes	18-22	9
5. Eficacia frente a terceros	23-28	10
6. Prelación sobre acreedores concurrentes	29-38	12
7. Ejecución de la garantía	39-42	15
8. Insolvencia	43-46	16
9. Conflicto de leyes	47	18
10. Transición	48	18

* Este documento no se ha podido presentar en el plazo requerido de diez semanas antes del comienzo de la reunión sino dos semanas después de dicho plazo debido a la necesidad de concluir las consultas y de introducir las consiguientes enmiendas.



XII. Mecanismos de financiación de las compras

A. Observaciones Generales

1. Introducción

1. El vendedor que retiene la titularidad de los bienes, concede un crédito al comprador, y de este modo financia la adquisición por éste de los bienes (de equipo o inventariados) que vende. Sin embargo, el vendedor que retiene la titularidad no es más que uno de los diversos financiadores a los que puede recurrir una persona para que le financie la compra de bienes. En concreto, un prestamista puede conceder un crédito al comprador con el fin de permitirle comprar los bienes al vendedor. Por otra parte, el arrendador que ceda los bienes al arrendatario a través de un contrato de arrendamiento financiero que tenga unas condiciones equivalentes en términos económicos a las de una venta estará concediéndole igualmente un crédito que le permitirá adquirir los bienes.

2. Una de las principales cuestiones que han de tener en cuenta los Estados que estén considerando la posibilidad de reformar la legislación relativa a las operaciones garantizadas es qué trato debe darse a las operaciones que cumplen la misma función económica que las operaciones garantizadas pero que se realizan a través de mecanismos en los que el vendedor o arrendador retiene la titularidad de los bienes hasta que no se completa el pago, momento en el que se transfiere la titularidad de los bienes al comprador o arrendatario. La respuesta a esta cuestión depende del enfoque que cada Estado quiera darle: i) o bien adopta un enfoque unitario y funcional, en virtud del cual las operaciones que cumplen funciones de garantía reciben básicamente el mismo trato (sea sometiénolas a normas diferentes pero esencialmente idénticas, sea integrándolas bajo el mismo conjunto de normas de la legislación sobre operaciones garantizadas; ii) o bien adopta un enfoque que condiciona el trato que reciben las operaciones a la forma que adopten (la etiqueta que les apliquen las partes) y no a su función real. Esta decisión de carácter político influye necesariamente en los derechos de los terceros (en los procedimientos de insolvencia o fuera de ellos) y, por tanto, en la disponibilidad de créditos y en el costo de éstos.

3. La Guía recomienda un enfoque unitario y funcional (véase el capítulo III, Enfoques básicos de las garantías, recomendaciones 6 y 7, en el documento A/CN.9/WG.VI/WP.16). Este enfoque promueve la competencia entre los proveedores de créditos y, por consiguiente, es más probable que aumente la disponibilidad de créditos a un costo inferior al que derivaría de un enfoque que tratara de forma sustancialmente distinta las operaciones que cumplen funciones de garantía. Una ventaja adicional de este enfoque es que facilita mejor que otros que las decisiones de carácter político se adopten de forma transparente y atendiendo a razones de eficacia. De acuerdo con este enfoque unitario y funcional, en el presente capítulo se propone que las operaciones de financiación de las adquisiciones se aborden, a través de la legislación sobre las operaciones garantizadas o a través de unas normas sustancialmente idénticas pero diferenciadas, sin tener en cuenta la forma que adopte la operación, a saber, un acuerdo de retención de la titularidad, una operación garantizada o un contrato de arrendamiento financiero.

4. Esto no quiere decir que en un Estado concreto no pueda funcionar bien un régimen diferenciado de la retención de la titularidad, con sus propias normas especiales, si dicho régimen se considera aisladamente. La cuestión más bien es establecer si, habida cuenta de las demás recomendaciones de esta Guía con respecto al establecimiento de un sistema eficiente y moderno que reconozca las garantías reales sin desplazamiento, las garantías reales de la financiación del precio de compra y la anotación de las operaciones en un registro de operaciones garantizadas, tiene sentido que se recomiende también en esta Guía un régimen diferenciado de la retención de la titularidad, con sus propias normas distintas de las del régimen de operaciones garantizadas. En este Capítulo se adopta la posición de que tal cosa no tiene sentido.

5. En el apartado 2 de esta parte A del presente capítulo se examinan los antecedentes comerciales, en el apartado 3, los distintos enfoques de la financiación de las compras adoptados por sistemas jurídicos, en el apartado 4, la creación de mecanismos de este tipo por las partes, en el apartado 5, la eficacia de estos mecanismos frente a terceros, en el apartado 6, la cuestión de la prelación frente a los acreedores concurrentes, en el apartado 7, las reclamaciones, en el apartado 8, la insolvencia, en el apartado 9, los conflictos de leyes y, en el apartado 10, las cuestiones relacionadas con la transición. En la parte B se recogen las recomendaciones al cuerpo legislativo que examine la reforma de la legislación relativa a las operaciones garantizadas¹

2. Antecedentes comerciales

6. Un comprador puede financiar la adquisición de bienes a través de diversas vías. En primer lugar, el comprador puede sencillamente pedir en préstamo a un tercero el precio de compra sin ofrecer ninguna garantía. Este método es sencillo, pero la calificación crediticia del comprador o su reputación pueden limitar la disponibilidad de créditos de este tipo o hacer que su costo sea prohibitivamente elevado. En segundo lugar, el vendedor puede aceptar la venta de los bienes al comprador en unas condiciones (sin garantía) que permitan a éste pagarlos (quizá a plazos) después de la ultimación de la venta. Por supuesto, este método no es realmente distinto de la financiación por un tercero, salvo que el riesgo de impago corresponde ahora al vendedor y no al tercero que actúa como financiador. Muchos vendedores no están dispuestos a asumir un riesgo de este tipo sin garantías. En consecuencia, muchos compradores necesitan, en la práctica, ofrecer algún tipo de garantía para adquirir los bienes a crédito. Aunque las propiedades sobre las que se constituye la garantía pueden ser otras propiedades del comprador, lo normal es que la fuente de garantía más evidente, y con frecuencia la única, será la constituida por los propios bienes adquiridos. La utilización de estos bienes como garantía se puede realizar mediante la constitución formal de una garantía real sobre los bienes en

¹ En el capítulo I, Introducción, se define la “garantía real de la financiación del precio de compra” (véase el párrafo 17 b) del documento A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.1). Sin embargo, en el presente capítulo se hace referencia a los términos “retención de la titularidad” (vendedor y comprador) y sus equivalentes, como “garantía real de la financiación del precio de compra” (acreedor garantizado y otorgante) o “arrendamiento financiero” (arrendador financiero y arrendatario financiero), para poner de manifiesto que deben ser tratados del mismo modo. *[Nota para el Grupo de Trabajo: tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar si sería preferible utilizar los términos “garantía real de la adquisición”.]*

favor de un tercero que actúa como financiador o del propio vendedor, o mediante la utilización de un mecanismo que, aunque no adopte la forma de una garantía real, sea equivalente a ésta en términos económicos. Dos mecanismos de este tipo son el arrendamiento financiero y la retención de la titularidad (o, como a veces se denomina, una “venta condicionada”, aunque no sea la venta la que está condicionada sino la transmisión de la propiedad).

Retención de la titularidad y “ventas condicionadas”

7. Es posible que el proveedor de existencias o equipo acepte satisfacer la necesidad de crédito de su cliente sea entregándole los bienes directamente, sea entregándolos a una empresa financiadora o a un prestamista distinto, quienes podrán a continuación vender los bienes al comprador a través de una “venta condicionada”. Cuando se produce una “venta condicionada”, el vendedor se reserva la titularidad de los bienes vendidos hasta que se haya pagado la totalidad del precio de compra o hasta que el comprador haya cumplido cualquier otra condición establecida en el contrato de venta. En otros términos, cuando el vendedor acepta aplazar el cobro completo del precio de venta se protege mediante una demora en la transmisión al comprador del título sobre los bienes. En algunas jurisdicciones, estos acuerdos simples de retención de la titularidad pueden variar gracias a la introducción de algunas cláusulas, entre ellas, las cláusulas “saldo pendiente” o “cuenta corriente”, en virtud de las cuales el vendedor retiene la titularidad hasta que el comprador no le ha pagado todas las deudas pendientes con él (y no sólo las derivadas de ese contrato específico de venta), y las cláusulas sobre resultados y productos, en virtud de las cuales el título del vendedor se amplía para abarcar los resultados y productos de los bienes cuya titularidad conserva, o se considera que el vendedor tiene una garantía real sobre dichos resultados y productos (véanse los párrafos 35 a 45 del documento A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1). Sin embargo, es frecuente que la legislación aplicable limite la propiedad retenida únicamente a los bienes vendidos, y sólo mientras éstos conserven su condición original (es decir, se mantengan inalterados por un proceso de producción), o la reduzca a garantizar el reembolso del precio de venta de esos bienes, o ambas cosas.

Arrendamientos financieros y operaciones de alquiler-compra

8. Los proveedores pueden también valerse del concepto de arrendamiento financiero para vender bienes a un comprador. Por ejemplo, un proveedor de bienes de equipo puede arrendar una pieza de equipo a un comprador, quien tomará posesión del equipo y lo pagará a plazos. El proveedor se reserva la titularidad del equipo como garantía del pago de los plazos según vayan venciendo. Las operaciones de alquiler-compra se basan en un principio similar. Una operación típica de arrendamiento financiero comienza con la selección por el arrendatario (comprador) del equipo del proveedor (vendedor). El arrendatario se dirige a continuación a una empresa de arrendamiento financiero (normalmente una institución financiera o una filial de la misma) para pedirle que compre el equipo al proveedor y se lo arriende. Por lo general, el arrendamiento financiero abarca toda la vida útil del equipo y el arrendatario tiene la posibilidad de comprar éste al final del período de vigencia del contrato por una suma nominal. Como alternativa, el arrendamiento puede tener un plazo de vigencia más corto que la vida útil del equipo, y el arrendatario tendrá al final de ese plazo la posibilidad de comprar el equipo a un precio de saldo. Aunque esta operación se denomine arrendamiento

financiero, la realidad es que el arrendatario está pagando a plazos el precio de compra del equipo, mientras que el arrendador sigue siendo el propietario hasta que se termina el pago. Los plazos de vigencia del arrendamiento pueden oscilar entre unos pocos meses y varios años, y los bienes arrendados pueden ser desde bienes de equipo de valor elevado, como una aeronave, hasta bienes de equipo de menor valor, como una computadora. Con frecuencia, los contratos de arrendamiento se adaptan a las circunstancias singulares de los flujos de caja del arrendatario y otras necesidades.

3. Enfoques de la financiación de la adquisición de bienes

9. La técnica de la retención de la titularidad es reconocida por la mayoría de los sistemas jurídicos, tanto los continentales como los anglosajones, en su legislación sobre la propiedad (o las ventas). Sin embargo, sus condiciones y efectos varían mucho. Muchas de estas diferencias son producto de la historia (debidas muchas veces a la necesidad de colmar lagunas o evitar normas inflexibles), más que del análisis económico contemporáneo. En efecto, en muchos países las prácticas empresariales actuales no ofrecen ningún apoyo al mantenimiento del *statu quo* jurídico, ya que no reflejan ninguna política legislativa ni la libertad de decisión de las partes, sino que sencillamente son el producto de la inflexibilidad de las normas jurídicas vigentes y la ausencia de intervención legislativa, lo que permite que el derecho sea establecido por unos tribunales que carecen de la capacidad institucional necesaria para modernizar la estructura legal.

10. En los sistemas jurídicos que no adoptan un enfoque unitario y funcional en su legislación sobre las operaciones garantizadas, los distintos tipos de operaciones garantizadas, o de operaciones que desempeñan funciones de garantía, están regulados por disposiciones legislativas o normas de jurisprudencia diferentes, y se denominan de distintas formas. En algunos de estos sistemas, la retención de la titularidad y otros mecanismos económicamente equivalentes, que muchas veces han sido desarrollados en la práctica, o por los tribunales, ante la ausencia de legislación, son la vía principal, o única, para ofrecer seguridad al vendedor si el deudor está en posesión de los activos ofrecidos como garantía (“garantía real sin desplazamiento” desde el punto de vista del acreedor). Este enfoque se basa algunas veces en la decisión política de proteger a los pequeños y medianos proveedores de bienes a crédito, frente a las grandes instituciones financieras, debido a la importancia de las pequeñas y medianas empresas (fabricantes y distribuidores) para la economía, y a la posición dominante de las instituciones financieras en los mercados crediticios. En estos países, se parte de una serie de supuestos para justificar el uso de la retención de la titularidad y otros mecanismos económicamente equivalentes, entre ellos: que los proveedores están interesados en ofrecer créditos a tipos de interés bajos para aumentar el volumen de sus ventas; que el costo de estos créditos es soportable en la medida en que los proveedores no cobran intereses y que, a consecuencia de la competencia entre estos proveedores, se ofrecen precios competitivos de venta a los compradores; y que los compradores se pueden beneficiar de la competencia entre los proveedores y los bancos en la oferta de créditos ya que sólo los proveedores pueden recurrir a la retención de la titularidad, mientras que los bancos sólo pueden utilizar este mecanismo si se les cede el derecho a reclamar el reembolso del precio de compra.

11. Sin embargo, si un Estado está considerando la posibilidad de proceder a una reforma legislativa en la esfera de las operaciones garantizadas, tiene que evaluar cuidadosamente estos supuestos. El hecho de que un proveedor venda bienes a un comprador mediante un contrato en el que se estipule la retención de la titularidad no significa siempre que las condiciones crediticias del vendedor no tienen ningún costo para el comprador. El propio proveedor tiene que asumir el costo que para él tiene obtener los fondos con los que conceder un crédito al comprador. El costo de los fondos obtenidos por el proveedor se incluye en el precio pagado por el comprador por los bienes. Además, los Estados interesados en promover la manufactura y el suministro de bienes no siempre tienen que favorecer a los proveedores de estos bienes frente a las partes que financian su adquisición. Lo mismo que la competencia entre los proveedores de bienes hace bajar el precio de éstos, la competencia entre los proveedores de créditos hará bajar el costo de esto último. La promoción de la competencia entre todos los proveedores de crédito no sólo hará que se ofrezcan al comprador créditos para la adquisición de los bienes con los tipos de interés más bajos posible, sino que también hará que se abran otras fuentes de crédito que permitirán a los compradores pagar a los proveedores de los bienes suministrados. Este hecho tiene especial importancia para los Estados que pretendan ampliar las fuentes de crédito. La ampliación de las fuentes de que disponen los compradores para pagar los bienes alentará por sí misma la manufactura y el suministro de bienes debido a la flexibilidad de que disfrutarán los vendedores para vender y cobrar los bienes sin necesidad de ser ellos mismos quienes ofrezcan financiación a los compradores.

12. Además, los financiadores de la adquisición de bienes no sólo son los vendedores de éstos y los prestamistas que facilitan capital de explotación al otorgante y que retienen una garantía real sobre los bienes actuales y futuros del otorgante. Aunque en algunos Estados quizá sea así actualmente, esta situación puede deberse a unas estructuras jurídicas anticuadas y no es ineludible económicamente. Las normas jurídicas de un Estado que establecen su régimen de operaciones garantizadas no deben obstaculizar la aparición de otros financiadores que concedan crédito al comprador para que adquiera las mercancías. Las normas jurídicas deben abrir la posibilidad de que compitan por el derecho a ofrecer financiación a los compradores (otorgantes y arrendatarios) no sólo los vendedores que retienen la titularidad y los acreedores garantizados anteriores sino también otros bancos, compañías financieras y arrendadores financieros.

13. En algunos sistemas jurídicos que no adoptan un enfoque unitario y funcional se reconocen algunos tipos amplios de cláusulas de retención de la titularidad, como las cláusulas de retención del producto (frecuentemente denominadas cláusulas de “retención de la titularidad ampliada”). Sin embargo, si en estos sistemas jurídicos no existen normas específicas que permitan establecer el origen de los bienes, la titularidad sólo abarcará de hecho el producto si éste es fácilmente identificable. En estos sistemas jurídicos, sólo pueden retener la titularidad los prestamistas que financian al vendedor aceptando como garantía el derecho de este último a recuperar el precio de compra garantizado mediante la retención de la titularidad. En algunos de estos sistemas que reconocen al comprador una expectativa de derecho sobre los bienes, éste puede constituir una garantía real de menor rango sobre los bienes en favor de otro acreedor. En otros sistemas jurídicos que no adoptan un enfoque unitario y funcional sólo se considera aceptable la simple retención de la titularidad y las cláusulas más complejas de retención de la titularidad, como las cláusulas

referentes a todos los débitos o a los resultados o productos, o bien no están reconocidas o bien son tratadas como garantías reales.

14. Todavía hay otros sistemas jurídicos que tienen una legislación funcional que regula las operaciones garantizadas, en los que las operaciones de financiación de las compras son tratadas o bien a través de normas diferenciadas, pero sustantivamente idénticas, a las de las leyes sobre las operaciones garantizadas o bien a través de su integración en este último conjunto de normas. Si las operaciones de financiación de las compras están reguladas por normas legales diferenciadas o por un cuerpo legal desarrollado judicialmente, es necesario coordinar las distintas normas, y sus consecuencias, con las normas que regulan en estos Estados las operaciones garantizadas. Para evitar el riesgo de una coordinación imperfecta, algunos de estos sistemas jurídicos integran las operaciones de financiación de las compras en el ámbito de las mismas normas que regulan las garantías reales y tratan a todas ellas como operaciones garantizadas. Los dos enfoques se basan en la decisión de carácter político de considerar iguales todas las operaciones que desempeñan funciones de garantía y de crear una igualdad de oportunidades entre todos los proveedores de crédito en el supuesto de que se promoverá así la competencia entre los proveedores de crédito y de que esta competencia hará aumentar el volumen de los créditos disponibles y bajar su costo.

15. En estas jurisdicciones, se puede recurrir a la retención de la titularidad bajo la forma de lo que se denomina “garantía real de la financiación del precio de compra” (véase la definición en el párrafo 17 b) del capítulo I, Introducción, del documento A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.1). La garantía real de la financiación del precio de compra: i) no sólo puede ser utilizada por los proveedores de bienes sino también por los proveedores de créditos, incluidos los prestamistas y los arrendadores financieros; ii) el acreedor que ha concedido un crédito para financiar el precio de compra recibe una garantía real, con independencia de sí, a efectos de las operaciones garantizadas, retiene la titularidad de los bienes; iii) el comprador puede constituir una garantía real de menor rango sobre los mismos bienes en favor de otros acreedores y por tanto puede utilizar todo el valor de sus activos para obtener crédito, aumentando de este modo la movilización de capital dentro de la economía; iv) el acreedor que ha concedido un crédito para financiar el precio de compra tiene que anotar su garantía real en un registro de operaciones garantizadas para establecer su prioridad sobre otros acreedores concurrentes y ofrecer a los terceros la posibilidad de informarse de que otro acreedor pretende tener una garantía real sobre los mismos bienes; v) una vez que se ha anotado en el registro de operaciones garantizadas la garantía real, esta garantía es eficaz frente a terceros; vi) si la anotación se hace poco tiempo después de la entrega de los bienes al comprador, el titular de la garantía real de la financiación del precio de compra tendrá prelación frente al titular de un derecho reconocido judicialmente, o frente al administrador de la insolvencia del comprador, durante el período comprendido entre el momento de la entrega de los bienes al comprador y la anotación de la garantía en el registro; vii) si se trata de bienes de equipo y la anotación se realiza poco tiempo después de su entrega al comprador, la garantía real de la financiación del precio de compra tendrá prioridad frente a la garantía real de un acreedor garantizado anterior que tenga una garantía real sobre los bienes de equipo futuros del comprador; viii) si se trata de existencias y el acreedor que ha financiado el precio de compra hace la anotación en el registro de operaciones garantizadas antes de que las existencias se entreguen al comprador y notifica también a un acreedor

garantizado anterior que tenga una garantía real sobre las existencias futuras del comprador, y que haya anotado su garantía en el registro de operaciones garantizadas, que ha financiado el precio de compra y que pretende disponer de una garantía real de mayor rango sobre las existencias por la financiación del precio de compra, su garantía real de la financiación del precio de compra tendrá prioridad frente a la garantía real del acreedor garantizado anterior; y ix) el vendedor que sea acreedor del precio de compra podrá ejercer sus derechos, en el marco de un procedimiento de insolvencia o fuera de él, en los mismos términos que cualquier otro acreedor garantizado.

16. La tendencia moderna de las reformas legislativas en la esfera de las operaciones garantizadas, en particular en los Estados que necesitan introducir o mejorar una economía crediticia, es adoptar un enfoque unitario y funcional y, de este modo, tratar de forma global y coherente todas las operaciones que desempeñan funciones de garantía, con independencia de su denominación o su forma. A escala internacional también predomina la misma tendencia. Por ejemplo, el Convenio relativo a las garantías reales internacionales sobre bienes de equipo móvil somete la retención de la titularidad y los arrendamientos financieros a unas normas diferentes, pero sustancialmente idénticas, y sobre todo amplía el ámbito del registro internacional contemplado en el propio Convenio para abarcar, además de las garantías reales, la retención de la titularidad en favor de los vendedores y los contratos de arrendamiento financiero; la Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internacional aplica las mismas normas a: i) las cesiones de garantías, ii) las cesiones de créditos a título de garantía, y iii) incluso las cesiones puras de créditos (artículo 2), evitando establecer una distinción entre mecanismos de garantía y de titularidad, pues de forma no intencional podría dar lugar a incertidumbres y litigios (y, sobre todo, el artículo 22 de la Convención abarca diversos conflictos de prelación, entre ellos el conflicto entre un cesionario de un crédito por cobrar y un acreedor del cedente, si este último ha retenido la titularidad de los bienes de forma tal que están incluidos los créditos por cobrar derivados de la venta de los bienes). El mismo enfoque adoptan la Ley Modelo sobre operaciones garantizadas del DERD, la Ley Modelo Interamericana de garantías mobiliarias y la Guía de registros de bienes muebles del Banco Asiático de Desarrollo.

17. Carece de excesiva importancia la terminología concreta utilizada y si los mecanismos de financiación de las adquisiciones se califican como garantías reales o se tratan como transacciones garantizadas a través de normas diferentes, pero idénticas (aunque puede ser preferible el primer enfoque para evitar el problema de coordinar las distintas normas legales). Lo que importa es que se apliquen unas normas básicamente iguales a todas las transacciones que desempeñen funciones de garantía. No tiene sentido que un régimen de operaciones garantizadas aplique normas sustancialmente distintas a los proveedores de financiación del precio de compra en función de la forma de la operación. Si los vendedores que retienen la titularidad, los prestamistas que financian el precio de compra y los arrendadores financieros son sometidos a normas sustancialmente distintas, la competencia entre ellos no se basará únicamente en el precio. Al contrario, la diferencia de normas ofrecerá ventajas a algunos proveedores de créditos frente a otros, obstaculizando la pura competencia de precios.

4. Creación por las partes

18. Los sistemas jurídicos que consideran que la retención de la titularidad no es un mecanismo de garantía difieren ampliamente en lo que respecta a los requisitos para su constitución. En muchos de estos sistemas, la cuestión de la constitución normalmente se rige por la legislación general sobre contratos. En consecuencia, la retención de la titularidad, que normalmente deriva de una cláusula de un contrato de venta, se puede establecer incluso oralmente o mediante una carta, una orden de compra o una factura en la que estén impresos los términos y las condiciones generales. Es posible que estos documentos no hayan sido firmados por el comprador sino que hayan sido aceptados implícitamente por éste a través de la aceptación de la entrega de los bienes y del pago de una parte de su precio de compra según conste, por ejemplo, en la orden de compra o en la factura.

19. En alguno de estos sistemas jurídicos sólo el vendedor puede retener la titularidad, mientras que los demás prestamistas sólo pueden obtener dicha retención de la titularidad si reciben del prestamista una cesión del saldo pendiente de pago del precio de compra. Sin embargo, los prestamistas pueden retener la titularidad si se trata de arrendamientos financieros u operaciones de arrendamiento-compra u otras operaciones semejantes.

20. En otros sistemas jurídicos puede exigirse un texto escrito (incluso mínimo), una fecha cierta, la intervención de un notario o incluso el registro para que una cláusula de retención de la titularidad surta efectos. En algunos de estos sistemas, si los bienes que son objeto de la retención de la titularidad se mezclan con otros bienes dicha retención de la titularidad, se extinguirá, mientras que en otros pocos sistemas la retención de la titularidad se mantiene en la medida en que se encuentren en manos del comprador bienes similares, considerándose que el vendedor retiene la titularidad sobre esos bienes similares. En algunos sistemas jurídicos, la retención de la titularidad se mantiene incluso si los bienes se procesan para obtener nuevos productos, mientras que en otros sistemas la retención de la titularidad no puede abarcar productos nuevos.

21. En los sistemas jurídicos que cuentan con una legislación unitaria y funcional que regula las operaciones garantizadas, la financiación de la compra de bienes se considera una categoría especial de financiación garantizada, sea sometiéndola a unas normas paralelas pero sustancialmente idénticas a las normas que regulan las operaciones garantizadas, sea integrándola en el ámbito de la legislación sobre las operaciones garantizadas. Esta financiación puede ser proporcionada por el vendedor o por otra persona y los requisitos de forma son iguales a los exigidos para otras operaciones garantizadas (por ejemplo, un contrato escrito y firmado, en el que se identifique a las partes y se describa de forma razonable los bienes vendidos y su precio).

22. Las diferencias entre los sistemas jurídicos que acaban de describirse estriban pocas veces, de un modo significativo, en el requisito de que haya un texto escrito, ya que la mayoría de ellos aceptan una carta, una factura, una orden de compra o un documento similar con unas condiciones y términos generales, tanto si está escrito sobre papel como si se presenta en forma electrónica. Las diferencias parecen estribar más en el requisito de la firma, que puede no ser necesaria si el vendedor que retiene la titularidad, el prestamista que financia el precio de adquisición o el arrendador financiero pueden demostrar por medio de otras pruebas que las

condiciones que constan en el texto escrito han sido aceptadas por el comprador o arrendatario financiero. Estas pruebas pueden consistir simplemente en la adquisición y utilización de los bienes por el comprador o arrendatario financiero sin que éste haya protestado después de haber recibido el escrito. Así pues, estos requisitos mínimos de forma no son onerosos. Además, como de hecho un gran número de las operaciones de compra de bienes está bien documentado por otros motivos, esta cuestión pocas veces se plantea.

5. Eficacia frente a terceros

23. Con muy escasas excepciones, los mecanismos de retención de la titularidad no están sometidos, en la mayoría de las jurisdicciones que consideran que los mecanismos de retención de la titularidad no son mecanismos de garantía, a la exigencia de registro. Además, aunque se exija el registro, no se establece ninguna distinción entre la creación de un derecho de propiedad entre las partes y su eficacia frente a terceros. Al contrario, los derechos de propiedad, desde su creación, tienen eficacia frente a todas las partes. El acreedor que retiene la titularidad tiene unos derechos plenos de propiedad y ningún acreedor distinto tiene nada, ni siquiera si ha proporcionado un crédito al comprador y si el valor de los bienes sobre los que el vendedor ha retenido la titularidad es superior a la cuantía de las obligaciones del comprador con él (a excepción de aquellos sistemas jurídicos en los que el comprador puede ofrecer en garantía su expectativa de derecho de propiedad). Estos sistemas jurídicos impiden o dificultan que los prestatarios utilicen todo el valor de sus bienes muebles sometidos a derechos de retención de la titularidad, ofreciendo a varios acreedores una garantía real sin desplazamiento sobre los mismos bienes o valiéndose de un sistema que clasifique a esos acreedores en función de su prelación en el pago (aunque exista tal sistema en lo que respecta a la propiedad inmobiliaria, sobre la que se pueden establecer múltiples hipotecas definiéndose la prelación de los titulares de las mismas en función de la fecha del registro).

24. En las jurisdicciones que adoptan un enfoque unitario y funcional, la retención de la titularidad y sus equivalentes económicos están condicionados a su anotación en el registro de operaciones garantizadas del mismo modo que cualquier otra operación garantizada. La anotación en el registro no crea la garantía real sino que sirve más bien de base para establecer la prelación y de aviso a terceros de que podría existir tal derecho. La anotación promueve eficazmente la competencia en el mercado crediticio, entre otras cosas, porque el registro ofrece información a la que pueden acceder todos los acreedores. En el marco de un sistema basado en la funcionalidad, el registro aumenta la calidad de las oportunidades de que disponen los proveedores. El sistema permite a los financiadores calcular mejor sus riesgos y aumenta la seguridad en la financiación de la compra de bienes. Si los acreedores no pudieran fiarse del registro de garantías reales para conocer la posible existencia de contratos anteriores de retención de la titularidad, se socavaría la integridad y utilidad del propio registro. Si los acreedores no pudieran fiarse del registro, su incertidumbre con respecto a la prelación de su garantía real reduciría la disponibilidad de créditos o se traduciría en un aumento del costo de los mismos, aun en caso de que no haya un contrato de retención de la titularidad sobre los bienes de que se trate.

Eficacia de las operaciones de financiación del precio de compra de bienes de equipo o de inventario frente a terceros

25. En algunas jurisdicciones, las normas generales sobre la eficacia frente a terceros de las operaciones de financiación del precio de compra sin garantía real se aplican a las operaciones con garantía real. Sin embargo, a efectos de la prelación frente a otros acreedores concurrentes, se aplican unas normas especiales que se examinan más adelante.

Período de gracia para el registro de las garantías reales de la financiación del precio de compra

26. El procedimiento de registro se potencia cuando se permite que un derecho de retención de la titularidad se registre durante un breve período de tiempo (“período de gracia”) posterior a su creación (por ejemplo, 20 ó 30 días contados a partir de la fecha de la entrega de los bienes al otorgante. El reconocimiento de este período de gracia tiene la ventaja de que permite la entrega de los bienes sin esperar a que se haya hecho la anotación en el registro. Si la anotación en el registro se hace durante el período de gracia, la garantía real de la financiación del precio de compra tiene prelación frente a un derecho reconocido judicialmente sobre los bienes o frente a los derechos de los demás acreedores en caso de insolvencia del otorgante (comprador), si estos derechos se han adquirido durante el período de gracia.

Exenciones al registro

27. En algunos sistemas jurídicos, las operaciones de préstamo para la financiación del precio de compra de bienes de consumo (por ejemplo, bienes comprados para fines personales, familiares o del hogar del comprador) están por lo general exentas del requisito de registro. Esto significa que el vendedor que financia el precio de compra de bienes de consumo no tiene que soportar la carga de la obligación de registro. Estas operaciones tienen eficacia frente a terceros desde el momento en que se realizan. En cualquier caso, la necesidad de advertir a los terceros que pudieran actuar como financiadores potenciales es menos aguda (salvo si los consumidores revenden esos bienes), en particular si se trata de operaciones con bienes de consumo de poco valor. En otros sistemas jurídicos, sólo las operaciones con bienes de consumo de poco valor están exentas del registro (por ejemplo, las operaciones con bienes de consumo de un valor máximo de tres mil euros, o su equivalente, que estén sometidas a la jurisdicción de los tribunales de menor cuantía), mientras que el importante sector del mercado de automóviles en el que media un crédito al consumidor es atendido mediante un sistema que no exige la anotación en el registro de operaciones garantizadas sino sólo una anotación en el propio título certificado. Incluso si las empresas y las operaciones que se relacionan con bienes de consumo de poco valor están exentas del registro, en ningún caso la exención se aplica a las operaciones con bienes en existencia de poco valor (los artículos individuales de poco valor incluidos en unas existencias pueden adquirir un gran valor si se han comprometido todas las existencias como una unidad).

28. Si se establece un período de gracia para anotar en el registro de operaciones garantizadas una operación de préstamo para financiar el precio de compra de bienes de equipo, dicho período de gracia puede actuar en sí mismo como exención de las operaciones a corto plazo completadas (es decir, pagadas totalmente) durante su transcurso porque, en la práctica el prestamista no tendrá que registrar la

operación hasta que no expire. Sin embargo, si se trata de operaciones de préstamo para financiar el precio de compra de bienes de equipo con unos plazos de reembolso más largos, o si se trata de operaciones de préstamo a corto plazo para financiar el precio de compra de existencias en general, es posible que no sea necesaria una exención si el prestamista puede hacer una sola anotación en el registro de operaciones garantizadas válida para la serie de operaciones a corto plazo que se produzcan durante un período de tiempo más largo (por ejemplo, cinco años).

6. Prelación sobre acreedores concurrentes

29. En los sistemas jurídicos que consideran que las operaciones con retención de la titularidad son operaciones no garantizadas, el vendedor que retiene la titularidad prevalece de hecho sobre todos los demás acreedores concurrentes (salvo los compradores *bona fide*) en lo que respecta a los bienes vendidos. En los sistemas jurídicos que cuentan con regímenes unitarios y funcionales de operaciones garantizadas, es posible que se llegue a este resultado siempre que el vendedor que retiene la titularidad, y que es tratado del mismo modo que el prestamista que financia el precio de compra o que el arrendador financiero, haga una anotación en el registro de operaciones garantizadas antes de que transcurra un breve período de gracia o, si se trata de existencias, adopte algunas de las medidas que posteriormente se examinan para obtener la prelación frente a los acreedores garantizados anteriores con una garantía real sobre las existencias futuras del comprador. Así pues, la retención de la titularidad fuera del régimen de operaciones garantizadas no es fundamental para lograr los resultados de prelación deseados.

Prelación de las garantías reales de la financiación del precio de compra frente a las garantías reales anteriores sobre bienes de equipo futuros

30. Si se quiere potenciar la oferta de nuevos créditos para la compra de bienes adicionales de forma que se estimule la producción y el comercio de mercancías, es importante que se apliquen normas especiales de prelación en los conflictos que surjan por dicha prelación con acreedores garantizados anteriores que no hayan financiado el precio de compra y que sean titulares de derechos sobre los bienes futuros del otorgante. Si se trata de bienes de equipo, y el registro de la operación se realiza antes de que transcurra un determinado período de tiempo después de la entrega de los bienes al otorgante, se reconoce la prelación de las garantías reales de la financiación del precio de compra frente a las garantías reales anteriores sobre los bienes de equipo futuros del otorgante. Esto significa que, en la medida en que se anote en el registro de operaciones garantizadas la garantía real de la financiación del precio de compra dentro del período de gracia, esta garantía real sobre los nuevos bienes de equipo tendrá prelación frente a las garantías reales anteriores sobre los bienes de equipo futuros del otorgante (lo que se denomina frecuentemente “superprelación”, ya que deroga la norma general que atribuye la prelación en función de la fecha del registro).

Prelación de las garantías reales de la financiación del precio de compra frente a las garantías reales anteriores sobre las existencias futuras

31. Si los nuevos bienes adquiridos por el otorgante son existencias, para que la garantía real de la financiación del precio de compra tenga prelación frente a las

garantías reales de la financiación de otras operaciones que se hayan constituido sobre las existencias futuras, la anotación en el registro de operaciones garantizadas ha de hacerse antes de la entrega de las nuevas existencias al otorgante. Además, en algunas jurisdicciones se ha de notificar directamente a los financiadores anteriores de operaciones relacionadas con existencias que estén registrados que se ha pedido la anotación de una garantía real de la financiación del precio de compra de rango más elevado sobre las nuevas existencias. El motivo de que se exija esta notificación a los financiadores anteriores de existencias que consten en el registro es que normalmente los financiadores de existencias conceden sus créditos basándose en que hay un conjunto de existencias actuales o futuras en plazos periódicos breves, incluso a veces día a día. El conjunto de existencias puede cambiar constantemente ya que algunas de ellas se venden y otras nuevas se manufacturan o adquieren (debiendo presentar el otorgante facturas o certificados para obtener nuevos libramientos del crédito sobre ellas). En estas circunstancias, sería poco eficiente que se obligue al financiador de existencias a consultar el registro de operaciones garantizadas cada vez que vaya a hacer un libramiento del crédito basado en la existencia de un conjunto de existencias que cambia continuamente. Además, si el acreedor que ha financiado el precio de compra no está obligado a hacer una notificación a los financiadores anteriores de existencias y éstos no descubren por otra vía, con tiempo suficiente, la anotación en el registro de operaciones garantizadas de la adquisición de nuevas existencias, los nuevos libramientos que los financiadores anteriores de existencias hagan podrían ser utilizados por el otorgante para otros fines (lo que daría lugar a la doble financiación de las mismas existencias).

32. Para evitar que los financiadores del precio de compra sean sometidos a una carga indebida, puede ser eficaz que se establezca una notificación general única a los financiadores anteriores de existencias inscritos en el registro de todos los envíos que se vayan a hacer al mismo comprador durante un período significativo de tiempo (por ejemplo, cinco años o el mismo plazo de validez de la anotación en el registro para hacer efectiva una garantía real frente a terceros). Esto significaría que, una vez se haya hecho la notificación a los financiadores anteriores de existencias inscritos en el registro, no sería necesario durante el período de tiempo establecido hacer una nueva notificación cada vez que se produzca una operación con existencias entre el prestamista que financia el precio de compra y la parte que adquiere las existencias.

Garantías cruzadas

33. Además, en las jurisdicciones que adoptan un enfoque unitario y funcional, la superprelación de las garantías reales de la financiación del precio de compra no resulta perjudicada por el establecimiento de garantías cruzadas. Esto significa que, si el acreedor que ha financiado el precio de compra concede un crédito adicional al otorgante garantizado por una garantía real sobre bienes de equipo o inventariados adicionales, la superprelación sigue actuando en beneficio de la garantía real en la medida en que asegura el pago del precio de compra o el cumplimiento de las obligaciones aceptadas para pagar el precio de compra de los bienes de equipo o inventariados. Igualmente, si el prestamista que financia el precio de compra obtiene una garantía real sobre otros activos del otorgante para asegurar este precio de compra o el cumplimiento de las obligaciones en que se haya incurrido para pagar el precio de compra de los bienes de equipo o inventariados, la superprelación

del financiador sobre los bienes de equipo o inventariados sigue siendo efectiva (aunque la superprelación no afecte a los demás activos que no fueron financiados directamente por el acreedor que financió el precio de compra).

Superprelación sobre el producto

34. En algunas jurisdicciones que han adoptado un enfoque unitario y funcional, la superprelación sólo abarca los bienes cuya adquisición ha sido financiada, mientras que en otras jurisdicciones abarca también sus beneficios y productos, al menos si se trata de operaciones relacionadas con bienes de equipo.

35. Como normalmente los bienes de equipo no son adquiridos por el otorgante con el fin de revenderlos, no preocupa excesivamente que la superprelación de una garantía real de la financiación del precio de compra constituida sobre los bienes de equipo abarque también el producto de esos bienes de equipo. Si el equipo, debido quizá a su antigüedad o a que ya no lo necesita el otorgante, es vendido posteriormente por él o éste dispone de él de otro modo, dicho otorgante se pondrá muchas veces en contacto con el acreedor garantizado para que renuncie a la garantía real con el fin de permitirle disponer del equipo liberado de esta garantía real. Ello se debe a que, sin esa renuncia, la garantía real seguirá vigente aunque se disponga del equipo y es improbable que un comprador u otra persona a la que se transfiera el equipo pague todo el valor de éste si está constituida una garantía real sobre él. Como contraprestación de la renuncia, el acreedor garantizado normalmente controlará el pago del precio obtenido. Por ejemplo, el acreedor garantizado puede exigir que los ingresos obtenidos de la disposición de los bienes se le paguen directamente para satisfacer las obligaciones garantizadas. En estas circunstancias, es improbable que otro acreedor que conceda un crédito al otorgante confíe en la prelación de una garantía real constituida sobre un activo que deriva de los ingresos obtenidos de la disposición del equipo.

36. Sin embargo, la situación varía si se trata de existencias, ya que su producto normalmente consiste en efectos pendientes de cobro. Frecuentemente lo que sucede es que un acreedor garantizado anterior, al conceder un crédito al otorgante para financiar el capital de explotación, libra este crédito al otorgante en breves plazos periódicos, o incluso diariamente, basándose en su garantía real superior sobre un conjunto de efectos por cobrar actuales y futuros en continua evolución que hacen las veces de activos originales sobre los que se ha constituido la garantía. A veces no será posible o practicable que el otorgante separe los efectos por cobrar que son producto de las existencias cuya compra se financió, de los demás efectos por cobrar financiados por el anterior acreedor garantizado. Incluso si es posible o practicable que el otorgante lo haga, puede no ser posible que éste separe con prontitud el producto obtenido de las existencias cuyo precio se financió. E incluso si es posible o practicable que el otorgante separe con prontitud el producto obtenido de las existencias cuya compra se financió, tendría que hacerlo de una forma que sea transparente para ambos financieros y que reduzca al mínimo la vigilancia que éstos deben ejercer.

37. Sin esta pronta separación, que sea transparente para ambos financieros y que reduzca al mínimo la vigilancia, habrá un riesgo significativo de que el acreedor garantizado anterior que conceda un crédito contra efectos por cobrar suponga equivocadamente que tiene una garantía real de mayor rango sobre todos los efectos por cobrar del otorgante. Existe igualmente el riesgo de que se plantee un conflicto

entre el acreedor garantizado anterior y el vendedor que retiene la titularidad, el prestamista que financia el precio de compra o el arrendador financiero, sobre cuál de estos financiadores tiene un derecho de prelación y sobre cuáles productos. Todos estos riesgos y todos los gastos concomitantes de vigilancia pueden dar lugar a que no se concedan créditos o se cobre por ellos un precio más elevado.

38. Por supuesto, si la prelación de la garantía real de la financiación del precio de compra constituida sobre las existencias no abarca los ingresos pendientes de cobro, el acreedor garantizado que ha financiado el precio de compra puede retener el libramiento del crédito u ofrecerlo sólo a un precio más elevado. Sin embargo, ese riesgo se puede reducir en un aspecto importante. En primer lugar, si la prelación de la garantía real de la financiación del precio de compra de existencias no abarca los ingresos pendientes de cobro, resultará más probable que el acreedor garantizado anterior que disponga de una garantía real prioritaria sobre los efectos futuros por cobrar del otorgante conceda un crédito a éste basándose en el rango superior de su garantía real sobre los efectos por cobrar, lo que permitirá al otorgante pagar las existencias que ha adquirido gracias a la financiación del precio de compra. La cuantía de los libramientos del acreedor garantizado anterior debe bastar para que el otorgante pague el precio de compra de las existencias que fue financiado. Ello se debe a que normalmente los tipos pagados por los libramientos de créditos contra efectos por cobrar son muy superiores a los tipos pagados por créditos contra existencias y a que la cuantía de los efectos por cobrar refleja el precio de reventa de las existencias, que es muy superior al costo de estos bienes para el vendedor. Así pues, hay una mayor probabilidad de que la obligación derivada de la financiación del precio de compra se pague a su debido tiempo. Esta consecuencia es a la vez eficaz y conveniente para las partes en la operación.

7. Ejecución de la garantía

39. En algunos sistemas jurídicos en los que la retención de la titularidad se considera como un mecanismo de garantía, si el comprador no paga, el vendedor puede romper el contrato de venta y pedir la devolución de los bienes como propietario de los mismos. En este caso, el vendedor está obligado a reembolsar la parte del precio que ya se hubiera pagado, tras deducir de ella el valor del arrendamiento de los bienes mientras éstos estuvieron en posesión del comprador, el monto de la merma del valor de los bienes que se haya producido a causa de su utilización por el comprador o el monto de los daños que se determine a través de una fórmula similar. El vendedor que tiene prelación sobre otros acreedores concurrentes no está obligado a rendir cuentas al comprador de los beneficios que obtenga gracias a la reventa posterior de los bienes, pero al mismo tiempo no podrá reclamar al comprador ninguna compensación aparte de la indemnización por los daños que haya producido el quebrantamiento del contrato original de venta por el comprador. En algunos de estos sistemas jurídicos, los tribunales han dictaminado en algunos casos que los contratos de retención de la titularidad llevan implícita la condición de que el vendedor no puede recuperar la posesión de más bienes que los necesarios para reembolsarse el saldo pendiente de pago del precio de compra.

40. En otros sistemas jurídicos en los que la retención de la titularidad se considera un mecanismo de garantía, el prestamista que financia el precio de compra puede recuperar la posesión de los bienes lo mismo que cualquier otro acreedor garantizado. El acreedor garantizado tiene que devolver al otorgante las

plusvalías que obtenga de la reventa de los bienes y no está protegido por la garantía frente a las posibles minusvalías. Así pues, el comprador y los demás acreedores disponen de la misma protección, con independencia de la forma que haya adoptado la operación.

41. Cabe argumentar que es correcto que un Estado opte por cualquiera de las dos posibilidades de plantearse las medidas correctivas, siempre que la elegida se aplique por igual a los vendedores que retengan la titularidad, a los acreedores que tengan una garantía real de la financiación del precio de compra y a los arrendadores financieros. Sin embargo, en términos normativos puede ser preferible optar por considerar garantizados los créditos, ya que se reconoce al acreedor el derecho a reclamar la compensación de las minusvalías, lo que normalmente tendrá más valor para el vendedor que la posibilidad de que se le reclamen las plusvalías. Casi siempre, salvo en los pocos casos en que se haya financiado sólo, de forma conservadora, una pequeña parte del precio de compra, la posibilidad de que la ejecución de la garantía genere una plusvalía que pueda ser retenida por el acreedor no es tan elevada como la posibilidad de que haya una minusvalía.

42. La existencia de una norma que niegue al acreedor que dispone de una garantía real de la financiación del precio de compra la posibilidad de reclamar las minusvalías incitará a éste a financiar una parte más reducida del precio de compra de los bienes con el fin de reducir al mínimo el monto de las reclamaciones que pudiera tener que presentar para recuperar las minusvalías que hubiera padecido. El resultado será que se negará a los otorgantes que no dispongan de fondos suficientes para pagar el saldo pendiente del precio de compra el crédito que necesitan para financiar el precio de compra o tendrán que obtener este crédito a un precio más elevado. Este resultado puede frenar la manufactura y suministro de los bienes así como la financiación de su adquisición.

8. Insolvencia

43. En términos generales, aunque no universales, en los sistemas jurídicos que consideran que la retención de la titularidad no es un mecanismo de garantía, los contratos de venta que contienen una cláusula de retención de la titularidad no se consideran, en caso de insolvencia del comprador, un derecho de garantía sino que son sometidos más bien a las normas aplicables en caso de cumplimiento parcial de un contrato (o, en otras palabras, como un simple título). En los sistemas jurídicos que reconocen las garantías reales de la financiación del precio de compra a través de unas normas diferenciadas, pero posiblemente idénticas, a las de la legislación relativa a las operaciones garantizadas, o las integran en ésta, aquéllas son tratadas, en caso de insolvencia del otorgante, del mismo modo que si no fueran garantías reales de la financiación del precio de compra (reconociéndoles cualquier tipo de superprelación que la legislación distinta de la legislación especial sobre la insolvencia reconozca a las garantías reales de la financiación del precio de compra).

44. Cuando la retención de la titularidad se considera, en caso de insolvencia, igual que un contrato cumplido parcialmente (o como simple título), el administrador de la insolvencia tiene la facultad de cumplir el contrato, pagar el saldo pendiente de pago del precio y retener la propiedad de los bienes, dentro del plazo establecido y si quiere y puede hacerlo. Como alternativa, el administrador de la insolvencia puede en algunos casos vender el contrato, junto con el derecho a

utilizar los bienes, a un tercero; o puede rechazar el contrato, devolver los bienes y reclamar el reembolso de la parte del precio de compra pagada por el comprador. Pero si los bienes son fundamentales para el éxito de la reorganización patrimonial del comprador, el administrador de la insolvencia sólo podrá recurrir en la práctica a la primera opción (cumplimiento del contrato según lo acordado). La necesidad de que el administrador de la insolvencia cumpla el contrato según lo acordado (y conserve, por ejemplo, unos bienes de equipo útiles aunque su valor sea inferior a su precio) normalmente dará por resultado que otros activos incluidos en el patrimonio del insolvente se utilicen para cumplir el contrato, en lugar de ser utilizados para financiar otros elementos de la reorganización patrimonial del otorgante. En tal caso, la separación de otros activos del patrimonio del insolvente con el fin de permitir al administrador de la insolvencia cumplir el contrato puede suscitar especiales preocupaciones si el valor de los bienes es inferior al monto del precio que ha de pagarse.

45. En cambio, cuando la garantía real de la financiación del precio de compra es tratada del mismo modo que una garantía real ordinaria (no para financiar el precio de compra), normalmente: i) el administrador de la insolvencia podrá utilizar, vender o arrendar los bienes siempre que entregue al acreedor garantizado unos activos sustitutivos o que el valor de la garantía real constituida sobre los bienes esté protegida de otro modo; ii) la parte de las obligaciones garantizadas que exceda del valor de la garantía real del acreedor constituida sobre los bienes será tratada como una reclamación general no garantizada; y iii) en la reorganización del patrimonio del otorgante, la reclamación garantizada del acreedor, hasta el límite del valor de la garantía real, podrá ser reestructurada (como sucede con las garantías reales de otros tipos de financiación distintos de la financiación del precio de compra), con un vencimiento, un calendario de pagos, un tipo de interés y otras condiciones diferentes.

46. Si la retención de la titularidad y sus equivalentes funcionales, es decir, las garantías reales de la financiación del precio de compra y los arrendamientos financieros, son tratados como un contrato cumplido parcialmente (o un simple título), el vendedor que retiene la titularidad (el prestamista que financia el precio de compra y el arrendador financiero) tendrán unos derechos de rango superior a expensas de otros acreedores concurrentes en un procedimiento de insolvencia. El ejercicio de unos derechos de rango superior puede dar por resultado que algunas reorganizaciones no tengan éxito, lo que a su vez puede dar lugar a posibles pérdidas de puestos de trabajo y a que otros acreedores del patrimonio del insolvente no obtengan una recuperación mayor de sus créditos. Así pues, los Estados que consideren cómo tratar la retención de la titularidad, las garantías reales de la financiación del precio de compra, los arrendamientos financieros y otros mecanismos semejantes en un procedimiento de insolvencia deben examinar si las políticas estatales de promoción de la manufactura, el abastecimiento y la financiación de bienes de equipo o inventariados mediante el reforzamiento de los derechos de los vendedores que retienen la titularidad, los acreedores garantizados del precio de compra o los arrendadores financieros han de tener más peso o han de subordinarse a las políticas estatales favorables a los procedimientos de reorganización.

9. Conflicto de leyes

47. Tanto si la retención de la titularidad se considera un mecanismo de garantía como en caso contrario, la legislación aplicable a su creación, efectividad y prelación debe ser la del Estado en que estén localizados los bienes. Deben aplicarse normas diferentes a los bienes muebles, los bienes en tránsito y los bienes destinados a la exportación. Además, se necesita que una norma garantice el reconocimiento transfronterizo de estos derechos (véase el capítulo X de la Guía, Conflicto de leyes, en el documento A/CN.9/WG.VI/WP.16/Add.1)².

10. Transición

48. Las normas relativas al tratamiento de la retención de la titularidad como un mecanismo de garantía representarán un cambio significativo en los sistemas jurídicos que no cuenten con una legislación unitaria y funcional relativa a las operaciones garantizadas. El capítulo XI de la Guía (véase el documento A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.8) está dedicado a analizar las cuestiones que plantea la transición, con el fin de permitir que las partes se preparen para la aplicación de la nueva legislación y evitar cambios abruptos de los derechos de las partes en operaciones realizadas antes de la promulgación de la nueva legislación. En lo que respecta a los mecanismos de retención de la titularidad, este resultado se puede lograr si, de conformidad con las normas de transición aplicables a las operaciones que no estén destinadas a financiar el precio de compra, se mantiene frente a terceros la efectividad de la fecha anterior a la promulgación y la prelación de los mecanismos de retención de la titularidad si se ha hecho la anotación adecuada en el registro de operaciones garantizadas. Como alternativa, la legislación puede establecer una fecha de efectividad lo suficientemente alejada para abarcar el plazo de vigencia de la mayoría de los contratos de retención de la titularidad vigentes en el momento de la promulgación de la ley (por ejemplo, de 3 a 5 años).

[Nota para el Grupo de Trabajo: la Parte B, Recomendaciones, figura en el documento A/CN.9/WG.VI/WP.17/Add.1].

² El artículo 4 de la Directiva 2000/35 CE de 29 de junio de 2000 por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, obliga a los Estados miembros a reconocer la retención de la titularidad creada en otro Estado miembro de conformidad con el derecho internacional privado. Está admitido generalmente que la legislación aplicable es la *lex rei sitae*. Los artículos 5 (sobre los derechos *in rem*) y 7 (sobre la reserva de la titularidad) del Reglamento 1346/2000 del Consejo de la CE de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia, se basan también en la *lex rei sitae*.