



Asamblea General

Distr. limitada
10 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>
X. Conflicto de leyes	1-35	2
A. Observaciones generales	1-35	2
1. Introducción	1-10	2
a. Finalidad de las reglas de conflicto de leyes	1-5	2
b. Alcance de las reglas de conflicto de leyes	6-10	3
2. Reglas de conflicto de leyes que rigen la constitución de garantías reales entre las partes, la eficacia frente a terceros y el orden de prelación	11-20	4
3. Reglas de conflicto de leyes aplicables a las garantías reales sobre el producto	21-22	7
4. Efecto de todo cambio operativo subsiguiente en el factor de conexión	23-27	8
5. Reglas de conflicto de leyes para cuestiones de índole ejecutoria	28-34	9
6. Incidencia de la insolvencia en las reglas de conflicto de leyes	35	10
B. Recomendaciones		11

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



X. Conflicto de leyes

A. Observaciones generales

1. Introducción

a. Finalidad de las reglas de conflicto de leyes

1. En el presente capítulo se examinan las reglas para determinar el derecho aplicable a la constitución de una garantía real entre el otorgante y el acreedor asegurado, la eficacia frente a terceros, la prelación y la ejecución de garantías reales. Se trata de las reglas generalmente denominadas reglas de conflicto de leyes, que determinan también el ámbito territorial de aplicación de las reglas de fondo enunciadas en la Guía (es decir, los casos en que deben aplicarse las normas sustantivas del Estado que adopta el régimen enunciado en la Guía). Por ejemplo, si un Estado ha promulgado las reglas de derecho sustantivo previstas en la Guía en lo referente a la prelación de un derecho real de garantía, esas reglas sólo se aplicarán a los conflictos de prelación que se planteen en el Estado promulgante cuando la regla de conflicto de leyes en cuestiones de prelación remita a la legislación de dicho Estado. Si la regla de conflicto de leyes dispone que el régimen aplicable en materia de prelación será el de otro Estado, se determinará la prelación relativa de cada reclamación conforme al derecho de ese otro Estado, y no con arreglo al régimen de la prelación del Estado promulgante.

2. Puede darse el caso de que, siendo ya eficaz el derecho real de garantía, se produzca un cambio en el factor de conexión que influya en la determinación del derecho aplicable. Por ejemplo, si la eficacia frente a terceros de una garantía real constituida sobre bienes corporales ubicados en el Estado A se rige por la ley del Estado en que se encuentran los bienes, puede plantearse un conflicto si tales bienes son trasladados al Estado B (en virtud de cuya legislación la eficacia frente a terceros de los derechos de garantía sobre bienes corporales también se rigen por el criterio de la ubicación de los bienes corporales). Una de las soluciones consistiría en que la garantía siguiera siendo eficaz en el Estado B sin necesidad de que se adoptaran otras medidas en dicho Estado. Otra posibilidad consistiría en que debiera constituirse una nueva garantía con arreglo a la legislación del Estado B. Habría una tercera opción consistente en que se preservara el derecho preexistente del acreedor garantizado a reserva de que se cumplieran ciertas formalidades en el Estado B en un determinado plazo (por ejemplo, en los 30 días siguientes al traslado de los bienes al Estado B). En algunos países, las reglas de conflicto de leyes resuelven estas cuestiones. En el presente capítulo se propone a este respecto una regla general basada en la última opción.

3. Las reglas de conflicto de leyes deben reflejar los objetivos de un régimen eficiente de las operaciones garantizadas. A los efectos del presente capítulo, esto significa que la ley aplicable a los aspectos de propiedad de una garantía real deben poder determinarse fácilmente; concretamente, la certeza jurídica es un objetivo fundamental que debe tenerse en cuenta en la elaboración de las reglas que afecten a las operaciones garantizadas tanto en lo relativo a los problemas de fondo como en lo que respecta al conflicto de leyes. Otro de los objetivos es la previsibilidad. Tal como se ha indicado en el párrafo anterior, las reglas de conflicto de leyes deben mantener la validez de las garantías reales constituidas conforme a las leyes del

Estado A si, al producirse un cambio en el factor de conexión para seleccionar el derecho aplicable, la garantía real pasa a estar sujeta a las leyes del Estado B. Un tercer objetivo fundamental de todo buen régimen de conflicto de leyes es que las reglas pertinentes concuerden con las expectativas razonables de las partes interesadas (acreedor, otorgante de la garantía, deudor y terceros). Para ello, muchas opiniones coinciden en que es preciso que el derecho aplicable a una garantía real guarde cierta relación con las circunstancias que se regirán por ese derecho.

4. La utilización de la Guía, incluido el presente capítulo, para elaborar un régimen de las operaciones garantizadas permitirá reducir los riesgos y los costos resultantes de las diferencias entre las reglas actuales de conflicto de leyes. En una operación garantizada, el acreedor garantizado suele querer que sus derechos se reconozcan en todos los Estados en que pueda tener que ejecutar su garantía (incluso en aquellos en que se administre la insolvencia del otorgante de la garantía). Si esos Estados tienen distintas reglas de conflicto de leyes para el mismo tipo de bienes gravados, el acreedor, para estar plenamente protegido, deberá atenerse a más de una normativa. La ventaja de una armonización de las distintas reglas de conflicto de leyes es que el acreedor sólo necesitará conocer una ley para determinar la prelación de su garantía en todos esos Estados. Éste es uno de los objetivos logrados, con respecto a los créditos, por la Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos y, con respecto a los valores en posesión de intermediarios, por la Convención de La Haya sobre la ley aplicable a ciertos derechos respecto de los valores en posesión de intermediarios.

5. Conviene destacar que las reglas de conflicto de leyes serían necesarias incluso si todos los Estados hubiesen armonizado sus leyes en materia de operaciones garantizadas. Subsistirían casos en los que las partes tendrían que indicar el Estado cuyos requisitos se aplicarían. Por ejemplo, aunque las leyes de todos los Estados estableciesen que un derecho de garantía sin desplazamiento de la cosa se hace valer frente a terceros mediante la inscripción en un registro público, habría que saber también en qué Estado debería efectuarse la inscripción.

b. Alcance de las reglas de conflicto de leyes

6. En el presente capítulo no se definen las garantías reales a las que se aplicarán las reglas de conflicto de leyes. Normalmente, a efectos de la normativa de conflicto de leyes, un derecho se caracterizará como garantía real en función del régimen de las garantías reales de un determinado ordenamiento jurídico. En principio, el juez aplicará su propia ley cuando deba calificar una cuestión a los efectos de seleccionar la regla de conflicto de leyes apropiada. No obstante, se plantea la cuestión de si las reglas de conflicto de leyes aplicables a las garantías reales deberían afectar también a otras operaciones funcionalmente similares a la garantía, aunque no entren en el ámbito de aplicación de un régimen de operaciones garantizadas. Cuando los acuerdos de reserva de titularidad, los arrendamientos financieros, las consignaciones y otras operaciones similares no se rijan por las disposiciones de derecho sustantivo aplicables a las operaciones garantizadas, un Estado puede pese a ello supeditar esos mecanismos a las reglas de conflicto de leyes aplicables a las operaciones garantizadas.

7. Se plantea un problema parecido respecto de ciertas transferencias no efectuadas con fines de garantía para las que es conveniente que el régimen aplicable a la constitución de una garantía real entre las partes, su eficacia frente a

terceros y su orden de prelación sea el mismo que para una garantía real sobre la misma categoría de bienes. Cabe citar, a título de ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos (y sus reglas de conflicto de leyes), que se aplica a las transferencias de créditos puras y simples, así como a los derechos de garantía sobre créditos (véase el inciso a) del artículo 2 de la Convención). Este criterio obedece, entre otras cosas, a la necesidad de remitirse a una única ley para determinar la prelación entre las diversas partes reclamantes de un mismo crédito. En caso de conflicto de prelación entre el comprador de un crédito y el acreedor titular de una garantía sobre el mismo crédito, sería más difícil (y a veces imposible) determinar quién goza de prelación si la prelación del comprador se rigiera por las leyes del Estado A y la del acreedor garantizado por las leyes del Estado B.

8. Sea cual fuere la decisión de un Estado sobre la categoría de operaciones que se rijen por las reglas de conflicto de leyes, sólo los derechos reales de esas operaciones quedarán comprendidos en ellas. Así pues, una regla sobre el derecho aplicable a la constitución de una garantía real sólo determinará la ley que estipula los requisitos que deberán cumplirse para crear un derecho real sobre los bienes gravados. No se aplicaría, en cambio, a las obligaciones personales contraídas por las partes en virtud de su contrato. En la mayoría de los ordenamientos y con ciertas restricciones, las obligaciones personales se rigen por la ley que las partes escogen en su acuerdo o, cuando no haya un acuerdo previo, por la ley del Estado con el que el acuerdo de garantía esté más estrechamente relacionado o por la ley aplicable al acuerdo de garantía.

9. El corolario de reconocer la autonomía de las partes en lo que atañe a las obligaciones personales es que las reglas de conflicto de leyes aplicables a los aspectos de derecho real de las operaciones garantizadas no entran en el ámbito de la libertad contractual. Por ejemplo, no suele permitirse que el otorgante de una garantía y el acreedor garantizado elijan la ley aplicable a la prelación, ya que esto no sólo podría afectar a los derechos de terceros, sino que además, en caso de controversia sobre el grado de prelación de una garantía entre dos acreedores garantizados concurrentes, podrían ser aplicables dos leyes diferentes que condujesen a soluciones contradictorias.

10. Conviene señalar que en muchos ordenamientos jurídicos las reglas de conflicto de leyes estipulan que la referencia a la ley de otro Estado como la ley que regula una cuestión se refiere a la ley aplicable en ese Estado a la exclusión de sus reglas de conflicto. Queda excluida la doctrina de remisión (*renvoi*), en aras de la previsibilidad y también porque la remisión puede ir en contra de las expectativas de las partes.

2. Reglas de conflicto de leyes que rigen la constitución de garantías reales entre las partes, la eficacia frente a terceros y el orden de prelación

11. La determinación del alcance de los derechos que confiere una garantía real requiere un análisis en tres etapas de las siguientes cuestiones:

a) La cuestión de determinar si la garantía ha sido constituida entre las partes (para las cuestiones comprendidas bajo el concepto de constitución entre las partes, véase el capítulo IV);

b) La cuestión de determinar si la garantía es eficaz frente a terceros (para las cuestiones comprendidas bajo el concepto de eficacia frente a terceros, véase el capítulo V); y

c) La cuestión del grado de prelación del acreedor garantizado frente a otra parte reclamante, por ejemplo, otro acreedor o el administrador de la insolvencia del otorgante (para las cuestiones comprendidas bajo el concepto de prelación, véase el capítulo VI).

[Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si procedería establecer una regla de conflicto relativa al problema de la extinción de una garantía real o excluir ese problema del alcance de las reglas de conflicto de leyes aplicables a las garantías reales.]

12. No todos los ordenamientos jurídicos hacen distinciones conceptuales específicas sobre estas cuestiones. En algunos de ellos, el hecho de que un derecho real se haya constituido válidamente implica necesariamente que ese derecho es eficaz frente a terceros. Además, los ordenamientos jurídicos que distinguen claramente estas tres cuestiones no siempre establecen un régimen distinto para cada una de ellas. Por ejemplo, en el caso de una prenda con desplazamiento de la posesión que satisfaga los requisitos de validez de un derecho de garantía de esa clase, la garantía suele ser eficaz frente a terceros sin necesidad de que se cumpla ninguna otra medida.

13. La cuestión clave es determinar si debe aplicarse una única normativa de conflicto de leyes a las tres cuestiones o si convendría prever una mayor flexibilidad cuando resulte más apropiado que la ley aplicable a la eficacia frente a terceros o a la prelación sea distinta de la que rige la creación del derecho. En aras de la simplicidad y de la certeza jurídica puede ser aconsejable adoptar una única regla que rijan a la vez la constitución de las garantías reales entre las partes, la eficacia frente a terceros y la prelación. Como ya se ha indicado, en los diferentes ordenamientos jurídicos no siempre se hace ni se entiende de igual modo esa distinción, con lo cual la implantación de distintas reglas de conflicto de leyes para estas cuestiones puede complicar el análisis o crear incertidumbre. No obstante, hay casos en que el establecimiento de una regla distinta para las cuestiones de prelación permitiría velar mejor por los intereses de terceros como, por ejemplo, los titulares de garantías no consensuales.

14. Otra importante cuestión es la de determinar si, tanto si se trata de la constitución de garantías reales entre las partes como de su eficacia frente a terceros o su orden de prelación, conviene o no que la regla pertinente de conflicto de leyes sea aplicable tanto a los bienes corporales como a los bienes inmateriales. De escogerse esa opción, se favorecería una regla basada en la ley del lugar donde esté situado el otorgante. Otra posibilidad consistiría en remitirse a la ley del lugar en que se encuentre el bien gravado (*lex situs*), lo cual tendría, no obstante, el inconveniente de no ajustarse a lo previsto para los créditos por cobrar en la Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos (cuyo artículo 22 remite a la ley del Estado donde esté situado el cedente, es decir, el otorgante de la garantía real).

15. En aras de la coherencia con la Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos, se requeriría también que la definición de la ubicación del otorgante fuese la misma que en esa Convención. De conformidad con la

Convención, el lugar donde está situado el otorgante es el lugar donde tenga su establecimiento o, cuando el otorgante tenga un establecimiento en más de un Estado, el lugar donde se ejerza su administración central. Cuando el otorgante no tiene establecimiento, se hace referencia a su residencia habitual (véase el inciso h) del artículo 5 de la Convención).

16. Por razones de simplicidad y certeza convendría adoptar una misma normativa de conflicto de leyes (como por ejemplo, la ley del Estado donde esté situado el otorgante de la garantía real) tanto para los bienes corporales como para los bienes inmateriales, especialmente si se aplica el mismo derecho a la constitución de las garantías entre las partes, a la eficacia frente a terceros y al orden de prelación. Conforme a este criterio, bastaría con una consulta para comprobar qué bienes del otorgante están gravados por garantías reales. No habría necesidad de orientación si los bienes gravados se trasladaran ni tampoco haría falta distinguir entre la ley aplicable a los derechos con desplazamiento de la posesión y la aplicable a los derechos sin desplazamiento (ni determinar cuál de ellos prevalecería cuando hubiera un conflicto entre un derecho con desplazamiento que se rigiera por la ley del Estado A y una garantía sobre el mismo bien, pero sin desplazamiento, que se rigiera por la ley del Estado B).

17. Sin embargo, no en todos los ordenamientos jurídicos se considera que la ley del Estado en que está situado el otorgante guarda suficiente relación con las garantías sobre bienes corporales (o, por lo menos, con los bienes “no móviles”). Además, convendría que la ley aplicable a la operación garantizada fuera la misma que la que rigiera la venta de los mismos bienes. Esto significa que sólo sería viable aceptar la ley del lugar donde está situado el otorgante para cada tipo de garantía real si en general los ordenamientos jurídicos estuvieran dispuestos a aceptar esa regla para todas las transferencias.

18. Además, está casi universalmente aceptado que toda garantía con desplazamiento de la posesión debe regirse por la ley del lugar en que se encuentran los bienes; así pues, la adopción de la ley del Estado otorgante para las garantías con desplazamiento iría en contra de las expectativas razonables de los simples acreedores. En consecuencia, incluso si la regla general fuera la del Estado en que está situado el otorgante, habría que hacer una excepción para las garantías reales con desplazamiento de la posesión.

19. Habida cuenta de que las reglas de conflicto de leyes aplicables pueden diferir según el carácter corporal o inmaterial de los bienes o la naturaleza posesoria o no posesoria de la garantía, se plantea la cuestión de determinar cuál es la regla de conflicto de leyes adecuada si se constituye una garantía real posesoria sobre un bien inmaterial. A este respecto, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos se considera que son bienes corporales determinadas categorías de bienes inmateriales incorporadas a un documento (tales como títulos negociables y valores bursátiles), lo que implica un reconocimiento de que se puede constituir una prenda sobre esos bienes inmateriales mediante la entrega del documento al acreedor. De este modo, la prenda se regiría por la ley del Estado donde se conserva el documento.

20. Se plantea una cuestión conexa cuando las mercancías están representadas por un documento de titularidad negociable (como sería un conocimiento de embarque). Suele aceptarse que un documento de titularidad negociable también se equipare a un bien corporal y se grave con una prenda con desplazamiento. En tal caso, la ley

del lugar en que se encuentre el documento (y no las mercancías que consten en él) regiría la prenda. No obstante, se plantea la cuestión de determinar qué ley se aplicaría para dirimir un conflicto de prelación entre un acreedor prendario provisto de un documento de titularidad y otro acreedor a quien el deudor pudiera haber otorgado un derecho de garantía sin desplazamiento sobre las mercancías propiamente dichas, cuando el documento y las mercancías no se encuentren en el mismo Estado. En tal caso, las reglas de conflicto de leyes deberían asignar prelación a la normativa que rija la prenda, porque esta solución expresaría mejor las expectativas legítimas de las partes en litigio.

[Nota para el Grupo de Trabajo: el ámbito de aplicación de la presente Guía abarca los bienes comerciales, el equipo y los créditos comerciales. Si el Grupo de Trabajo decide ampliar ese ámbito a otras categorías de bienes inmateriales, como los créditos no comerciales, los depósitos bancarios y las cartas de crédito, tal vez desee considerar si deberían existir reglas especiales de conflicto de leyes para estos tipos de bienes.]

3. Reglas de conflicto de leyes aplicables a las garantías reales sobre el producto

21. Por razones de simplicidad y certeza jurídica convendría aplicar al producto las mismas reglas de conflicto de leyes que rigen la constitución de garantías reales entre las partes, su eficacia frente a terceros y su orden de prelación cuando las garantías se hayan constituido directamente sobre bienes de la misma categoría que el producto. Por ejemplo, si un acreedor reclama el cobro de créditos por ser el producto de la venta de bienes inventariados que ya estaban gravados con una garantía real a su favor, el derecho del acreedor a reclamar los créditos debería determinarse con arreglo a la misma ley que se habría aplicado a un derecho real que se hubiera obtenido directamente sobre los créditos como bienes originalmente gravados. En este mismo ejemplo, si la ley del Estado B rigiera una garantía real que se hubiera constituido originalmente sobre los créditos, esa ley determinaría también si el acreedor tendría o no derecho a reclamar los créditos que derivaran de la venta de los bienes inventariados, incluso si la garantía real del acreedor sobre tales bienes se rigiera por la ley del Estado A. La eficacia frente a terceros y la prelación del derecho del acreedor sobre los créditos (como producto de la venta de los bienes inventariados) se regirían también por la ley del Estado B.

22. No obstante, cabe aducir que la solución descrita en el párrafo anterior debería ser objeto de una excepción, consistente en que la constitución entre las partes de una garantía real sobre el producto debería regirse por la ley aplicable a la constitución entre las partes de la garantía real sobre los bienes originalmente gravados que generaron el producto. Esta solución respondería a las expectativas de un acreedor que obtuviera un derecho real sobre ciertos bienes inventariados en virtud de una ley interna que previera que tal derecho se extendería automáticamente al producto. Según este criterio, la cuestión de determinar si una garantía real se extendería o no al producto se regiría por la ley aplicable a la creación entre las partes de un derecho real sobre los bienes originalmente gravados que generaron el producto, en tanto que la eficacia frente a terceros y la prelación de un derecho real sobre el producto se regiría por la ley que se habría aplicado a tales cuestiones si el producto hubiera sido el bien originalmente gravado.

4. Efecto de todo cambio operativo subsiguiente en el factor de conexión

23. Cualquiera que sea el factor de conexión por el que se opte para determinar la regla de conflicto de leyes más apropiada para una determinada cuestión, podría producirse un cambio después de la constitución de una garantía real que modificara ese factor. Por ejemplo, cuando la ley aplicable sea la del tribunal en cuyo territorio jurisdiccional el otorgante tenga su oficina central, cabe que el otorgante traslade su oficina central al territorio de otro país. De modo parecido, cuando la ley aplicable sea la del territorio donde estén situados los bienes gravados, puede suceder que esos bienes sean trasladados a otro país.

24. De no resolverse explícitamente estas cuestiones, cabría sobreentender una regla de derecho implícita al respecto. Se podrían entender las reglas generales de conflicto de leyes aplicables a la constitución de garantías reales entre las partes y a la eficacia frente a terceros y la prelación de esas garantías en el sentido de que, en el supuesto de producirse un cambio circunstancial en el factor de conexión determinante, la ley inicialmente aplicable seguirá siendo aplicable a las cuestiones relacionadas con la constitución de la garantía (habida cuenta de que surgieron antes de producirse el cambio), mientras que la nueva ley, subsiguientemente aplicable, se aplicará a todo hecho que se produzca con posterioridad al cambio que plantee cuestiones relacionadas con la eficacia frente a terceros o con la prelación. Por ejemplo, de darse una situación en la que la ley aplicable a la eficacia de una garantía real frente a terceros fuese la ley del lugar en que esté situado el otorgante, la eficacia de la garantía frente al administrador de la insolvencia del otorgante se determinaría aplicando la ley del Estado de la nueva ubicación del otorgante en el momento en que se inicien los procedimientos de insolvencia.

25. No obstante, si la ley no se pronuncia respecto de estas cuestiones puede dar lugar a otras interpretaciones. Por ejemplo, se podría entender que la ley aplicable subsiguiente pasará a regir también la constitución de la garantía entre las partes de surgir una controversia de prelación con posterioridad al cambio sobrevenido (arguyendo que todo tercero que negocie con el otorgante debe poder determinar la ley aplicable a toda cuestión que pudiere surgir, fundándose en el factor de conexión efectivo, que sería el que existía en la fecha de su trato con el otorgante).

26. Parece aconsejable impartir una orientación sobre estas cuestiones con miras a eliminar toda incertidumbre que pudiera surgir, en particular, de producirse un cambio operativo en el factor de conexión que haga que ese factor deje de remitir a la ley de un Estado donde no se ha promulgado un régimen inspirado en las directrices formuladas en la presente Guía y pase a remitir a la ley de un Estado donde sí se ha promulgado un régimen inspirado en esas directrices.

27. Se plantea una cuestión conexa respecto de las garantías reales sobre mercancías en tránsito o sobre mercancías destinadas a la exportación (que sólo podrá ser una garantía no posesoria teniendo en cuenta que en la Guía la posesión se entiende como posesión efectiva y no ficticia). Conforme a algunos ordenamientos jurídicos, se podrá constituir entre las partes y hacer valer frente a terceros un derecho de garantía sobre esas mercancías en virtud de la ley del lugar de destino si los bienes llegan a ese lugar dentro de un plazo estipulado. En lo que respecta a las mercancías destinadas a la exportación, otra posibilidad sería estipular que salieran del Estado promulgante dentro de un plazo determinado. Sin embargo, una norma especial aplicable a las mercancías en tránsito o las mercancías destinadas a la

exportación no debería impedir al acreedor hacer valer también su derecho con arreglo a la ley del lugar donde se encuentren realmente las mercancías, a fin de poder gozar de prelación legal en caso de que las mercancías vayan a permanecer en ese lugar.

5. Reglas de conflicto de leyes para cuestiones de índole ejecutoria

28. Cuando se haya constituido y hecho valer frente a terceros una garantía real con arreglo al derecho de un Estado, pero se desee ejecutar esa garantía en el territorio de otro Estado, cabe preguntarse cuál será la vía o los medios ejecutorios de que dispondrá, en ese país, el acreedor garantizado. Esta cuestión puede ser de gran importancia práctica cuando el régimen ejecutorio de ambos Estados difiera sustancialmente. Por ejemplo, puede suceder que el régimen aplicable a la garantía real faculte al acreedor garantizado para ejecutarla sin recurrir previamente a la vía judicial, salvo que haya alteración del orden público, mientras que la ley del lugar donde se pretende ejecutar esa garantía, requiera una intervención judicial. Cada una de las soluciones posibles de esta cuestión conlleva ciertas ventajas y ciertos inconvenientes.

29. Una de esas opciones consistiría en someter toda medida ejecutoria a la ley del lugar de ejecución, vale decir, la ley del foro (*lex fori*). Cabe aducir las siguientes razones a favor de esta regla:

a) La ley aplicable a la vía ejecutoria coincidiría con la ley normalmente aplicable a toda cuestión de índole procesal;

b) La ley aplicable a la vía ejecutoria coincidiría, en todo supuesto normal, con la ubicación de los bienes que vayan a ser objeto de la medida ejecutoria prevista (y podría coincidir asimismo con la ley aplicable al orden de prelación de los créditos, si las reglas de conflicto de leyes de la ley del foro remitiera a tal lugar para determinar las cuestiones de prelación);

c) Los requisitos aplicables serían los mismos para todo acreedor que trate de ejercitar algún derecho contra los bienes del otorgante, con independencia de que esos derechos tengan su origen en el derecho interno o en la ley de otro país.

30. Ahora bien, cabe que la *lex fori* no responda a las expectativas de las partes. Es posible que las partes hayan previsto que sus respectivos derechos y obligaciones, en caso de que haya que recurrir a la vía ejecutoria, serán los estipulados por la ley con arreglo a la cual se determinará la prelación de la garantía real. Por ejemplo, de permitirse la ejecución extrajudicial de la garantía real con arreglo a la ley que regula la prelación de la garantía real, el acreedor garantizado podrá recurrir, conforme a esas expectativas, a la ejecución extrajudicial en el territorio del Estado donde haya de ejecutar su garantía real, aun cuando el derecho interno de ese Estado no faculte normalmente a recurrir a esa vía. La aplicación de la ley que regula la prelación a las cuestiones sustantivas de índole ejecutoria se apoya también en el hecho de que esas cuestiones guardan una estrecha relación con las cuestiones de prelación (así por ejemplo, la forma en que el acreedor garantizado liquide los bienes garantizados puede repercutir en los derechos de otras partes reclamantes).

31. Una solución que remitiera las cuestiones de ejecución a la ley aplicable a la prelación de una garantía real puede suponer otra ventaja. Como la ley aplicable a la

prelación es a menudo la ley que regula la constitución de una garantía real entre las partes, el resultado sería en definitiva que las cuestiones relativas a la creación, la prelación y la ejecución de la garantía real quedarían con frecuencia sometidas a la misma ley.

32. Una tercera opción sería la de adoptar una regla por la que la ley aplicable a la relación contractual entre las partes fuera igualmente aplicable a la vía ejecutoria de la garantía real. Esto respondería a las expectativas de las partes y coincidiría también, en muchos supuestos, con la ley aplicable a la constitución de la garantía real entre las partes, dado que esa ley suele ser designada como ley aplicable al contrato. Ahora bien, conforme a este enfoque, las partes gozarían de autonomía para elegir, como ley aplicable a toda cuestión de índole ejecutoria, una ley distinta de la *lex fori* o de la ley aplicable a la constitución de la garantía real entre las partes y a la eficacia frente a terceros o la prelación de dicha garantía. Esta solución podría ser desfavorable a todo tercero que tal vez se viera así privado de toda pista segura para determinar la índole de las medidas ejecutorias de que disponía el acreedor garantizado sobre determinados bienes de su común deudor.

33. Por ello, toda remisión de las cuestiones ejecutorias a la ley aplicable a la relación contractual de las partes deberá estar complementada por excepciones que amparen los derechos de terceros, y deberá remitir también a toda regla de derecho imperativo, por lo demás aplicable, de la *lex fori* o de la ley aplicable a las cuestiones de constitución de la garantía real entre las partes y de su eficacia frente a terceros y su prelación.

34. El examen precedente se relaciona con los aspectos de fondo de la ejecución. Las cuestiones de procedimiento se regirán, en todo caso, por la ley del Estado donde tenga lugar la ejecución. Surge por ello la cuestión de la distinción que se deberá hacer entre cuestiones de fondo y cuestiones de procedimiento en el marco de la ejecución. Si bien un tribunal aplicara el respectivo ordenamiento jurídico para distinguir entre cuestiones de fondo y cuestiones de procedimiento, los siguientes son ejemplos de cuestiones que se suelen considerar cuestiones de fondo: la naturaleza y el alcance de los recursos de que dispone el acreedor para liquidar los bienes gravados, la determinación de si esos recursos (o algunos de ellos) se pueden ejercer sin recurrir a un proceso judicial, las condiciones que se deberán cumplir para que el acreedor garantizado tenga derecho a tomar posesión de los bienes y enajenarlos (o hacer que sean enajenados por vía judicial), la facultad del acreedor garantizado para cobrar créditos que constituyan bienes gravados y las obligaciones del acreedor garantizado frente a otros acreedores del otorgante.

6. Incidencia de la insolvencia en las reglas de conflicto de leyes

35. Como se señala en el capítulo sobre la insolvencia, a reserva de las acciones de impugnación, una garantía real que fuera, en general, eficaz frente al otorgante y frente a terceros al margen de todo proceso de insolvencia, debería continuar siendo eficaz en caso de que se iniciase un procedimiento de esa índole. Del mismo modo, la iniciación de procesos de insolvencia no debería dejar sin efecto las reglas de conflicto de leyes aplicables a la constitución de una garantía real entre las partes, la eficacia frente a terceros y, con algunas excepciones (por ejemplo, las reclamaciones prioritarias), el orden de prelación de dicha garantía. No obstante, todos los aspectos de la ejecución de una garantía real en un procedimiento de insolvencia deberían quedar sujetos a la legislación aplicable a los procedimientos de insolvencia (para el

principio y las excepciones limitadas, véanse las recomendaciones 30 a 34 de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el derecho de insolvencia).

B. Recomendaciones

[Nota para el Grupo de Trabajo: en vista de que los documentos A/CN.9/WG.VI/WP.13 y Add.1 contienen un conjunto unificado de las recomendaciones relativas al proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas, en el presente documento no se incorporan las recomendaciones en materia de reglas de conflicto de leyes. Una vez terminadas las recomendaciones, el Grupo de Trabajo podría considerar si convendría intercalarlas al final de cada capítulo, reproducirlas en un anexo que figure al final de la Guía o colocarlas en ambos lugares.]
