Naciones Unidas A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.3

Asamblea General

Distr. limitada
26 de febrero de 2002
Español
Original: inglés

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales)
Primer período de sesiones
Nueva York, 20 a 24 de mayo de 2002

Garantías reales

Guía legislativa sobre las operaciones garantizadas

Informe del Secretario General

Adición

Índice

	Párrafos	*Página*
Guía legislativa sobre las operaciones garantizadas	1-45	2
III. Prácticas básicas en materia de garantías reales	1-45	2
A. Observaciones generales	1-41	2
1. Introducción	1-2	2
2. Instrumentos habitualmente designados por el término de garantía	3-26	2
a. Garantías reales sobre bienes muebles corporales	3-22	2
b. Garantías reales constituidas sobre bienes muebles inmateriales	23-26	6
3. Recurso a la titularidad para fines de garantía	27-39	8
a. Transferencia de la titularidad al acreedor	28-30	8
b. Retención de la propiedad por el acreedor	31-39	9
4. Garantía global uniforme	40-41	10
B. Resumen y recomendaciones	42-45	11

V.02-51608 (S) 050402 050402

III. Prácticas básicas en materia de garantías reales

A. Observaciones generales

1. Introducción

1. A lo largo del tiempo se han ido introduciendo prácticas muy diversas en los diversos países para garantizar los créditos de un acreedor (habitualmente para su cobro monetario) frente a su deudor. La presente Guía se ocupará únicamente de prácticas de probada eficiencia que hayan prosperado en muchos países (por ejemplo, la constitución contractual de un derecho real de garantía).

2. A grandes rasgos, cabe distinguir tres grandes categorías de instrumentos que se utilizan para fines de garantía. En primer lugar, los instrumentos concebidos para este fin y directamente designados por el término de garantía (ver sección A.2); en segundo lugar, el recurso a la titularidad (propiedad) para fines de garantía, combinado con diversos tipos de arreglos contractuales (ver sección A.3); y en tercer lugar, el recurso a una única modalidad de garantía global uniforme (ver sección A.4).

2. Instrumentos habitualmente designados por el término de garantía

a. Garantías reales sobre bienes muebles corporales

3. Tradicionalmente, la mayoría de los países distinguen entre los derechos reales de garantía sobre bienes muebles corporales (“bienes corporales”; ver sección A.2.a) y los derechos reales de garantía sobre bienes muebles inmateriales (“bienes inmateriales”; ver sección A.2.b). De hecho, la índole corporal de una cosa o bien se presta a constituir sobre ella formas de garantía no disponibles para los bienes inmateriales.

4. En la categoría de las garantías reales sobre bienes corporales, la mayoría de los países hacen una distinción basada en el hecho de que el deudor (o tercero) que otorgue la garantía retenga o no la posesión de la cosa constituida en garantía. El primer supuesto se designa tradicionalmente como garantía real con desplazamiento y el segundo como garantía real sin desplazamiento.

i. Garantía con desplazamiento

a) Prenda

5. La forma más común (y más antigua) de garantía con desplazamiento o entrega de la posesión, constituida sobre un bien corporal, es la prenda. La prenda requiere para su validez que el deudor (o tercero) otorgante renuncie a la posesión del bien corporal gravado y que lo entregue al acreedor garantizado o a un tercero designado por ambas partes (por ejemplo un almacén). Esa desposesión del deudor (o del tercero garante) habrá de efectuarse al constituirse la garantía y deberá prolongarse mientras dure esa garantía; el retorno del bien gravado al deudor será normalmente causa de extinción de la prenda.

6. Esa desposesión no conlleva necesariamente el traslado a otro lugar del bien gravado, con tal de que el deudor pierda de algún modo acceso a dicho bien. Eso se consigue, por ejemplo, entregando al acreedor garantizado la llave del candado de la habitación donde se almacenen los bienes gravados, con tal de que así se prive al deudor de todo acceso a dichos bienes.

7. Esa desposesión del deudor puede asimismo efectuarse entregando los bienes gravados a un tercero o constituyendo en garantía bienes que ya obren en manos de un tercero. Cabe citar como ejemplo las mercancías o las materias primas ya depositadas en el almacén de un tercero. Como ejemplo de un arreglo institucional (pero más caro) cabe citar el de una empresa "depositaria" independiente que custodie los bienes pignorados en calidad de agente del acreedor garantizado. La validez de este arreglo dependería de que el deudor no tenga acceso, sin autorización previa, a las salas o recintos donde estén depositados los bienes pignorados. Además los empleados de la empresa depositaria no podrán serlo a la vez del deudor (si por razón de su pericia, se han seleccionado de entre los empleados del propio deudor, será preciso cortar toda relación laboral que tuvieran con el mismo).

8. Tratándose de bienes de cierta índole, tales como documentos (sean o no negociables), que incorporen algún derecho sobre bienes corporales (p. ej. conocimientos de embarque o recibos de almacén) o bienes inmateriales (p. ej. títulos negociables, bonos o títulos bursátiles), la disposición se efectuará transfiriendo esos títulos o documentos al acreedor garantizado. Ahora bien, en supuestos de esta índole será, a veces, difícil trazar la línea divisoria entre las garantías con o sin desplazamiento.

9. A resultas de la desposesión del deudor, la prenda con desplazamiento reporta tres importantes ventajas al acreedor garantizado. En primer lugar, el deudor no podrá disponer de los bienes pignorados sin el consentimiento del acreedor garantizado. En segundo lugar, el acreedor no corre el riesgo de que el valor de los bienes gravados se vea mermado por negligencia o descuido de mantenimiento por parte del deudor. En tercer lugar, si la ejecución de la prenda es necesaria, el acreedor garantizado no perderá tiempo ni habrá de efectuar gasto alguno para reclamar la entrega por el deudor del bien gravado, ni correrá el riesgo de que ese bien no le sea entregado.

10. Por el contrario, la prenda con desplazamiento tiene ciertos inconvenientes para el deudor. El mayor inconveniente es que la desposesión priva al deudor de la utilización y disfrute de los bienes gravados. Esa desposesión puede ser particularmente gravosa en supuestos en los que la posesión del bien gravado sea necesaria para generar los ingresos con los que el deudor calcule para reembolsar el préstamo (como sucedería, por ejemplo, respecto de las materias primas, bienes semiacabados, equipo y existencias eventualmente gravados).

11. Para el acreedor garantizado, la prenda con desplazamiento tiene el inconveniente de que el acreedor garantizado deberá almacenar, custodiar y mantener los bienes gravados, salvo que esta tarea sea asignada a un tercero. En todo supuesto en el que el acreedor garantizado no desee o no pueda asumir estas cargas, el encomendarlas a un tercero supondrá gastos adicionales que directa o indirectamente recaerán sobre el deudor. Otra desventaja eventual es la responsabilidad en la que podría incurrir un acreedor garantizado en posesión de

bienes gravados (p. ej., un prestamista que sea tenedor de un conocimiento de embarque o de un certificado de depósito de mercancías peligrosas) que ocasionen daños. Esto sería particularmente grave si esos daños son ambientales ya que las consecuencias monetarias (indemnizaciones y descontaminación) suelen exceder notablemente del valor de los bienes gravados y el escándalo ecológico podría dañar la reputación o el buen nombre del prestamista. En el derecho interno, no suele estar regulada la responsabilidad ambiental del acreedor garantizado que esté en posesión de los bienes. Algunos ordenamientos dan por no existente esa responsabilidad (ver, por ejemplo, la ley sueca del medio ambiente de 11 de junio de 1998, cuya exención básica fue subsiguientemente adoptada por el Libro Blanco de la Comisión de la Unión Europea sobre responsabilidad ambiental de 9 de febrero de 2000). Otras leyes limitan esa responsabilidad en determinados supuestos (p. ej., la ley de responsabilidad, indemnización y respuesta ecológica global de los Estados Unidos de América; "*CERCLA*", en su forma enmendada).

12. Ahora bien, cuando las partes pueden soslayar las desventajas anteriormente mencionadas, la prenda con desplazamiento puede serles útil. Cabe citar dos grandes aplicaciones. En primer lugar, cuando los bienes gravados se encuentran ya o pueden pasar fácilmente a manos de un tercero, como pudiera ser una entidad que custodia bienes ajenos. El segundo supuesto es el de aquellos títulos o documentos que incorporan la titularidad sobre un bien corporal o inmaterial, que pueden pasar fácilmente a manos del propio acreedor garantizado (son supuestos habitualmente regulados por leyes especiales).

b) Derecho de retención

13. El derecho de retención es de índole contractual (y no real). Permite que una parte en un contrato se abstenga de cumplir su propia prestación por incumplimiento de la otra y, concretamente, retenga algún bien que, con arreglo a lo estipulado en el contrato, la parte, que ejercite su derecho de retención, esté obligada a entregar a la parte que ha incumplido la suya. Por ejemplo, un taller de reparación no necesita devolver el artículo reparado a su cliente si, contrariamente a lo estipulado, éste no abona el precio convenido.

14. No obstante, si un derecho contractual de retención está respaldado por un derecho la facultad de proceder a la venta del bien retenido, la parte que goce de ese derecho reforzado gozará de un derecho real sobre el bien así retenido. En algunos ordenamientos jurídicos, este derecho real está conceptuado como una prenda, aun cuando se haya seguido un método distinto del de la prenda para constituirlo (ver párrs. 5 a 8). Cabe igualmente conceptuar ese derecho de retención reforzado como un derecho dotado de ciertos efectos de la prenda.

ii. Garantía real sin desplazamiento

15. Como se observó anteriormente (ver párr. 10), la prenda con desplazamiento constituida sobre bienes requeridos para el proceso de fabricación o destinados a la venta (tales como bienes de equipo, materias primas, artículos semiacabados y existencias) es económicamente inviable. Estos bienes o artículos son necesarios para la marcha del negocio de todo deudor comercial, por lo que si se le priva de acceso o del derecho de disposición sobre dichos bienes, el deudor no podrá obtener los ingresos requeridos para reembolsar el préstamo que haya tomado. Este

problema puede ser particularmente grave para el creciente número de deudores comerciales que carecen de inmuebles susceptibles de ser constituidos en garantía.

16. Para resolver este problema, la legislación de algunos países ha ido introduciendo, particularmente durante los últimos 50 años, la posibilidad de constituir garantías sobre bienes muebles fuera del marco restrictivo de la prenda con desplazamiento. Mientras que algunos países han introducido un nuevo derecho real más funcional, la mayoría de los países han mantenido el régimen "histórico" de la prenda como única modalidad legítima de constituir un bien mueble en garantía. En el *common law* inglés el denominado "*charge*" (gravamen) fue durante cierto tiempo la única garantía real sin desplazamiento. A lo largo del siglo XX, el legislador y los tribunales han reconocido la necesidad económica de constituir garantías sobre bienes muebles que no requieran el desplazamiento o entrega de la posesión.

17. Cada país ha intentado solucionar esta dificultad conforme a sus necesidades y peculiaridades locales, lo que explica la diversidad de las soluciones que se han dado. Un claro reflejo de la diversidad existente es la multitud de denominaciones empleadas, incluso en el interior de un solo país, tales como: desposesión "ficticia"; prenda sin desplazamiento; prenda inscripta en un registro; *nantissement* (prenda de inmuebles); certificado de prenda; *hypothec*; certificado de venta; *chattel mortgage* (hipoteca mobiliaria del *common law*); *trust* (derecho real fiduciario, propio del *common law*); etc. De mayor importancia es el limitado ámbito de aplicación de esas soluciones. Tan sólo algunos países han promulgado leyes generales sobre la garantía real sin desplazamiento (ver un enfoque más global en la sección A.4). Algunos países disponen de dos regímenes legales, uno aplicable a las garantías utilizadas en la financiación industrial o artesanal y otro aplicable a las garantías utilizadas en la financiación de empresas pesqueras y agrícolas. Ahora bien, en la mayoría de los países existe una legislación especializada aplicable a pequeños sectores, como la adquisición de automóviles o de maquinaria, o la producción cinematográfica.

18. En algunos países se observa incluso cierta renuencia a permitir la constitución de garantías reales sobre las existencias inventariadas de una empresa. Se alega a este respecto cierta incompatibilidad intrínseca entre la garantía real del acreedor y el derecho del deudor a vender sus existencias. Otra objeción es que la enajenación de esas existencias puede dar lugar a conflictos muy complejos entre diversos cesionarios o entre diversos acreedores garantizados. Otra objeción posible sería la creada por la permisión legal eventual de poner esas existencias a disposición de la satisfacción de créditos de acreedores del deudor que no gocen del respaldo de una garantía real.

19. Por muy diverso que sea el régimen legal de la garantía real sin desplazamiento, ese régimen acostumbra a exigir cierta forma de publicidad para la garantía así otorgada. La finalidad de esa publicidad es contrarrestar la falsa impresión de riqueza imputable al hecho de que los bienes gravados sigan obrando en manos del deudor ("secreto"; ver al respecto capítulo V, Publicidad).

20. Parece ser necesario colmar la brecha entre la demanda de garantías reales constituidas sobre bienes de índole comercial que es preciso, por razones económicas, que sigan obrando en manos del deudor, y el acceso a menudo limitado a estas formas de garantía. La finalidad primordial de toda reforma jurídica eventual

en esta esfera de las garantías reales sin desplazamiento, en general, y de la presente Guía, en particular, es la de sugerir posibles mejoras en este campo y en el de las garantías reales constituidas sobre bienes inmateriales (ver sección A.2.b).

21. Si bien algunos regímenes modernos han mostrado que las dificultades son superables, el régimen moderno de la garantía real sin desplazamiento o entrega de la posesión es más complejo que el de la prenda tradicional con desplazamiento. Ello se debe en buena parte a las siguientes cuatro características básicas de la garantía real sin desplazamiento. En primer lugar, puesto que el deudor retiene la posesión de la cosa, conserva la facultad de disponer de ella o de crear una garantía real concurrente sobre la cosa o el bien gravado, incluso contra la voluntad del acreedor que goza de una garantía real sobre dicha cosa o bien. Ello obliga a introducir ciertas reglas relativas a los efectos de dichos actos de disposición y al orden de prelación de los derechos así creados (ver capítulo VII, Prelación). En segundo lugar, el acreedor garantizado deberá cerciorarse de que el deudor en posesión de la cosa gravada la custodia con la diligencia debida y preserva su valor comercial. El acreedor garantizado deberá por ello estipular estas obligaciones del deudor en el acuerdo de garantía con él concertado (ver capítulo VIII, Derechos y obligaciones de las partes previas al incumplimiento). En tercer lugar, de haberse de proceder a la ejecución de la garantía, el acreedor garantizado preferirá a menudo hacerse con la posesión del bien gravado. Ahora bien, si el deudor no está dispuesto a desprenderse de ese bien o bienes, es probable que el acreedor haya de presentar una demanda ante los tribunales, para lo que tal vez convenga prever alguna acción o vía procesal agilizada (ver capítulos IX, Incumplimiento y ejecución, y X, Insolvencia).

22. Dada la existencia de modelos legales anteriores (ver párrs. 16 a 19), el legislador tal vez se encuentre ante tres opciones. La primera sería la de introducir un régimen legal uniforme para las garantías con o sin desplazamiento de la posesión (ver sección A.4). La segunda sería la de introducir un nuevo régimen legal uniforme para la garantía real sin desplazamiento, dejando el régimen de la garantía real con desplazamiento al arbitrio del derecho interno aplicable (ver Ley Modelo de la Organización de Estados Americanos; ver también párr. 40). La tercera sería la de introducir un régimen legal especial que permita recurrir a la garantía real sin desplazamiento para la financiación de empresas deudoras en determinadas ramas del comercio o de la industria. La tendencia dominante entre los regímenes más modernos, tanto a nivel interno como internacional, es la de uniformar el régimen aplicable al menos en lo relativo a la garantía real sin desplazamiento. La adopción de un criterio selectivo podría ser fuente de lagunas e incoherencias en este campo, y podría dar lugar a quejas provenientes de todo sector industrial que se vea excluido.

b. Garantías reales constituidas sobre bienes muebles inmateriales

23. Entre los bienes inmateriales figuran una amplia gama de derechos (p. ej., el derecho al cobro de una suma o al cumplimiento de alguna otra obligación contractual, tales como la entrega de petróleo en el marco de un contrato de suministro industrial). Cabe citar ciertas categorías relativamente nuevas de bienes inmateriales (p. ej., títulos bursátiles, estén o no incorporados a un título valor, que obren directamente, o a través de algún intermediario, en poder de su titular o

propietario). Los derechos de propiedad intelectual (p. ej., patentes, marcas comerciales y derechos de autor) forman otra categoría de bienes inmateriales. En vista de la enorme importancia económica adquirida por los bienes inmateriales durante los últimos años, está creciendo la demanda para la utilización de estos bienes como sustrato o soporte económico válido para la constitución de una garantía real. Incluso en operaciones de financiación de la compra de equipo industrial o de existencias comerciales, la garantía se constituye sobre los derechos de propiedad intelectual incorporados a las existencias, o al equipo, por lo que el principal valor sobre el que recae la garantía está radicado en esos derechos de propiedad intelectual.

24. Por definición, un bien inmaterial no se presta a ser poseído (físicamente). No obstante, el derecho interno de la mayoría de los llamados países de derecho civil o "romano" ha previsto la constitución de una prenda posesoria (ver párrs. 5-12) sobre ciertos créditos monetarios, al menos. El derecho interno de estos países se ha esforzado por crear la similitud de una desposesión exigiéndole al deudor que transfiera al acreedor todo escrito o documento vinculado con el crédito constituido en prenda (como sería el contrato que haya dado lugar a su nacimiento). Ahora bien, esa transferencia, no bastará para constituir la prenda. Lo habitual es que la "desposesión" del deudor sea (artificialmente) sustituida por el requisito de la entrega de una notificación de la prenda constituida al deudor del crédito constituido en prenda.

25. En algunos países, se han desarrollado técnicas que surten efectos comparables a los de la entrega en posesión de un bien corporal. La técnica más radical es la de la transferencia plena del derecho gravado (o de la porción gravada de ese derecho) al acreedor garantizado. Ahora bien, esta técnica va más allá del efecto propio de la constitución de una garantía real, al ser equiparable a una transferencia de la propiedad (ver sección A.3.a). Conforme a una técnica de alcance más restringido, la titularidad del derecho gravado no se verá en sí afectada, pero será inválido todo acto de disposición del deudor efectuado sin autorización del acreedor garantizado. Cabe utilizar esta técnica cuando el poder de disposición sobre el bien gravado obre en manos de una persona distinta del obligado a cumplir la prestación sobre la que se haya constituido la garantía real del acreedor garantizado (es decir, obre en manos del tercero deudor). En el supuesto de una cuenta bancaria, si el deudor consiente, en su calidad de titular de la cuenta, en que su cuenta sea bloqueada como salvaguarda de la garantía del acreedor garantizado, éste dispondrá sobre la cuenta de un poder equivalente al que le daría la posesión de un bien mueble corporal. Y ese poder será aún más real si el acreedor garantizado es el propio banco en donde figura esa cuenta.

26. En terminología moderna, esas técnicas de obtener "posesión" de bienes inmateriales se denominan correctamente técnicas de "control". Ese control puede, no obstante, ser de diverso grado. En algunos casos, el control será absoluto impidiendo todo acto de disposición del deudor. En otros casos, el deudor podrá efectuar ciertos actos de disposición o podrá disponer de sumas que no excedan del tope máximo fijado, con tal de que el acreedor garantizado tenga acceso a la cuenta. Ese control puede ser un requisito para la validez (ver A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.4, párr. ...) o la prelación (ver A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.7, párr. ...) de la garantía real.

3. Recurso a la titularidad para fines de garantía

27. Además de las técnicas propias de la garantía real (ver sección A.2), la práctica comercial y en ocasiones la ley han recurrido en muchos países a una técnica alternativa para la constitución de una garantía real sin desplazamiento en bienes tanto corporales como inmateriales a saber la titularidad (o propiedad) del bien como forma de garantía (*propriété sûreté*). La propiedad puede constituirse en una forma de garantía ya sea mediante su transferencia al acreedor (ver sección A.3.a) o mediante su retención por el acreedor (ver sección A.3.b). Tanto la transferencia como la retención de la propiedad o titularidad facultan al acreedor para obtener una forma de garantía real no posesoria o sin desplazamiento de la cosa (ver en párr. 15 lo relativo a la necesidad económica, y la razón de ser, de la garantía real sin desplazamiento).

a. Transferencia de la titularidad al acreedor

28. La transferencia como garantía de la titularidad resulta atractiva en algunos ordenamientos internos por dos razones. En primer lugar, los requisitos para la transferencia a otra persona de la titularidad son a menudo menos exigentes que los requisitos exigidos para la constitución de una garantía real. En segundo lugar, en un supuesto de ejecución de la garantía o de insolvencia del deudor, el acreedor se encontrará a menudo en mejor situación si es titular de un derecho de propiedad que si es titular de un derecho real de rango secundario. Conforme al derecho interno de otros países, la propiedad como forma de garantía no ofrece ninguna ventaja respecto de las garantías reales en lo relativo a los requisitos exigidos para su constitución como garantía o para su ejecución eventual.

29. La transferencia de la propiedad a título de garantía está permitida por ley en algunos países y está reconocida por la práctica jurisprudencial en otros. En muchos otros países, especialmente en los países denominados de derecho civil, la transferencia de la propiedad como forma de garantía está considerada como una simple evasión del régimen normal de las garantías reales, por lo que se tiene por nula. En otros países se reduce el efecto jurídico de la transferencia de la propiedad, cuando se hace para fines de garantía, al de una garantía real ordinaria, especialmente en supuestos en los que ese derecho haya de competir con el derecho de otros acreedores del deudor.

30. El legislador se encontrará ante dos opciones. La primera sería la de admitir la transferencia de la propiedad para fines de garantía con los requisitos (habitualmente) menores y con los efectos superiores propios de una transferencia de la propiedad, con lo que se soslayarían ciertos inconvenientes del régimen general de las garantías reales. La otra opción sería la de permitir la transferencia de la propiedad para fines de garantía, pero limitando sus requisitos o sus efectos, o ambos a la vez, a los de una mera garantía real. La primera opción puede dar lugar al fortalecimiento de la posición del acreedor garantizado, al tiempo que debilita la posición del deudor y de los demás acreedores del deudor. Esta solución puede estar justificada en países que no dispongan de un régimen moderno de la garantía real sin desplazamiento. Conforme a la segunda opción, cabe conseguir una reducción graduada de las ventajas reportadas al acreedor garantizado y de las desventajas correlativas de las restantes partes, especialmente si los requisitos de la transferencia de la titularidad o sus efectos, o unos y otros, son definidos en función

de lo requerido por una garantía real. Toda variante de esta última solución estaría asimismo justificada, si con ella se contrarrestan ciertas debilidades del régimen general de la garantía sin desplazamiento.

b. Retención de la propiedad por el acreedor

31. La segunda manera de utilizar la titularidad del bien como forma de garantía es la retención contractual de esa titularidad (reserva de la propiedad). El vendedor o todo otro prestamista del dinero requerido para comprar un bien corporal o incluso inmaterial puede retener la titularidad del bien hasta completar el cobro del precio de compra. Este tipo de operación se denomina a menudo "financiación del precio de compra" (ver descripción y ejemplo en A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.2, párrs. 3 a 5).

32. Una variante del acuerdo de retención de la titularidad (o de la financiación de precio de compra) consiste en combinar un contrato de arriendo con una opción de compra para el arrendatario (por una suma nominal), que el arrendatario sólo podrá ejercitar cuando haya pagado la mayor parte del "precio de compra" mediante el pago de cuotas periódicas de arriendo (ver ejemplo en A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.2, párr. 7). En supuestos en los que el arriendo de equipo o de algún otro bien cubra toda su vida útil cabe considerar ese arriendo como un arreglo de retención de la titularidad incluso sin opción final de compra.

33. Económicamente, un arreglo de retención de la titularidad conlleva una garantía real que satisface particularmente bien la obligación del vendedor al que se financia el precio de compra de garantizar el crédito que de hecho se le otorga, por lo que esos vendedores recurren a menudo a esta técnica. En muchos países, este tipo de crédito está muy difundido como posible vía alternativa de otros créditos bancarios no expresamente destinados a financiar el precio de compra. Un banco puede, por ejemplo, financiar el precio de compra cuando el vendedor vende al banco y el banco vende, a su vez, a un comprador reteniendo la propiedad del bien o cuando el comprador paga al vendedor en metálico con fondos prestados por un banco al que el comprador traspasa la titularidad como garantía del préstamo. Esta fuente de crédito y su garantía real anexa merecen particular atención como forma de fomentar un mercado crediticio competitivo.

34. Gracias a su origen como simple cláusula de un contrato de venta o arriendo, muchos países consideran la retención de la titularidad como una cuasigarantía que no está, por ello, sujeta al régimen general de las garantías reales ni en cuanto a sus requisitos de forma o de publicidad ni en cuanto a sus efectos (principalmente en materia de prelación). A diferencia de la transferencia de la titularidad, su retención por el acreedor otorga, en muchos países, una posición jurídica privilegiada. Ello puede estar justificado por el deseo de promover la técnica de la financiación del precio de compra por el proveedor como vía alternativa de créditos bancarios no destinados a financiar el precio de compra. Otro argumento a menudo utilizado, pero menos convincente, es el de que todo vendedor, que se desprende de la cosa o bien vendido sin recibir el pago, necesita de cierta protección.

35. Como contraste, el derecho interno de algunos países ni reconoce ni prohíbe las cláusulas de retención de la titularidad. Otros países limitan el ámbito de aplicación de esas cláusulas al denegarles efecto respecto de ciertos bienes, especialmente respecto de las existencias inventariadas, en función del criterio de

que la retención por el vendedor de la titularidad es incompatible con la facultad otorgada al comprador de disponer de los bienes inventariados.

36. Cabe considerar diversas opciones de política legislativa. La primera sería la de preservar la índole especial del acuerdo de retención de la titularidad como dispositivo jurídico basado en el derecho de propiedad sobre cierto bien. Una segunda opción sería la de limitar la validez de todo acuerdo de retención de la titularidad a la financiación del precio de compra del bien o bienes considerados con exclusión de todo otro crédito, y/o al bien comprado con exclusión de sus frutos o del producto de su venta. Una tercera opción sería la de incorporar el arreglo de retención de la titularidad al régimen normal de las garantías reales. En ese caso, cabría otorgar ciertas ventajas al acreedor-vendedor. Otra opción más sería la de equiparar plenamente esta técnica de retención de la titularidad a la de toda otra garantía real sin desplazamiento.

37. Las primeras dos opciones supondrían la preservación, o incluso la creación, de un régimen especial al margen del régimen global de las garantías reales sin desplazamiento. La primera opción, en particular, dota al acreedor-vendedor de amplios privilegios, lo que conllevaría desventajas correlativas para los demás acreedores del comprador, especialmente de ejecutarse la garantía real del vendedor o de declararse la insolvencia del comprador. Una desventaja técnica de la retención de la titularidad es que impedirá que el comprador utilice el bien comprado para constituir una garantía de menor prelación a favor de otro acreedor. Otra desventaja de esta técnica es que imposibilita o dificulta la ejecución de los derechos de los demás acreedores del deudor sin el consentimiento del vendedor.

38. Las dos últimas opciones anteriormente mencionadas (ver párr. 36) están más en línea con el régimen global de las garantías reales. Estas opciones aceptan que el vendedor que financia el precio de compra ocupa una posición privilegiada por desprenderse de los bienes vendidos contra la obtención de un tipo de crédito que merece ser fomentado por razones económicas. Por el contrario, por consideración a los demás acreedores del comprador, ese privilegio quedará limitado al precio de compra del bien considerado y al bien o bienes cuya venta se financie. Como contraste, toda garantía constituida sobre los frutos o el producto de la venta de los bienes comprados no gozará de ese privilegio y estará sujeto al régimen común aplicable a las garantías reales.

39. La conversión de esta técnica de retención de la titularidad en una garantía real mejoraría la posición del deudor-comprador dado que le permitiría crear garantías reales (sin desplazamiento) de rango inferior para garantizar un préstamo negociado con otro acreedor. Mejoraría asimismo la posición de los demás acreedores del deudor-comprador caso de procederse a la ejecución de la garantía sobre el bien gravado o caso de incurrir el deudor en insolvencia.

4. Garantía global uniforme

40. La idea de una única garantía real global uniforme fue lanzada inicialmente en los Estados Unidos a mediados del siglo XX en el marco del Código Comercial Uniforme (*UCC*) de ese país. El Código Comercial Uniforme, régimen legal modelo adoptado por los 50 estados de la Unión, creó una única garantía real global. El artículo 9 del *UCC* unificó una multitud de derechos reales con y sin

desplazamiento sobre bienes corporales y bienes inmateriales, incluidos los arreglos de transferencia y retención de la titularidad, que existían a tenor de las leyes promulgadas por los diversos estados de la Unión y a tenor del *common law* del país. Esta idea se extendió al Canadá y a Nueva Zelandia y ha sido adoptada por unos cuantos países de Europa. Ha sido recomendada en la ley modelo preparada por el Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo. La Ley Modelo de la Organización de Estados Americanos, que sigue en muchos aspectos un enfoque similar, ha restringido su aplicación al supuesto de la garantía sin desplazamiento, dejando la garantía con desplazamiento al arbitrio del derecho interno de cada Estado, en consideración a la división del poder legislativo que impera entre las unidades constitutivas de los Estados federales[1].

41. El rasgo principal de toda garantía real única y omnicomprensiva es que ha de fusionar el régimen de la prenda tradicional con desplazamiento o entrega de la posesión con el régimen de la prenda sin desplazamiento y de la transferencia o retención de la titularidad para fines de garantía. Con ello se crearía un único régimen coherente y global de las garantías reales que evitaría toda laguna o incoherencia eventual. Los principios inspiradores de ese régimen global básico y el contenido de cada una de sus disposiciones podrán ser libremente determinados por el legislador de cada país. Por ejemplo, este régimen unitario no impide que se tengan en cuenta ciertos derechos o garantías especiales al fijar el orden de prelación (p. ej. a favor de la garantía real otorgada al crédito por el que se financie el precio de compra).

B. Resumen y recomendaciones

42. Aun cuando sean limitados, se dan ciertos supuestos en los que la prenda con desplazamiento cumple una función valiosa de garantía real.

43. Un derecho contractual de retención de la titularidad, que faculte al acreedor para vender bien el gravado, funciona al igual que una prenda con desplazamiento (ver párr. 14).

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee someter ese derecho contractual de retención de la titularidad al régimen de la prenda posesoria, con la salvedad, al menos en algunos supuestos, de las reglas aplicables a la constitución de ese derecho de retención*].

44. Las garantías reales sin desplazamiento son de suma importancia para todo régimen eficiente y moderno de las operaciones garantizadas. La empresa deudora precisa de la posesión del bien gravado y el acreedor garantizado debe ser amparado contra todo crédito concurrente en un supuesto de incumplimiento o, más aún, de insolvencia del deudor (ver párr. 15).

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si dicho régimen debe ser aplicable a las garantías reales tanto con desplazamiento como sin desplazamiento o únicamente a la garantía real sin desplazamiento (ver párr. 22).*]

[1] En Estados como la Argentina, el Brasil y México sólo las provincias gozan de la facultad de legislar sobre la prenda con desplazamiento.

45. A la luz de la creciente importancia de los bienes inmateriales como valor constituido en garantía de un crédito, y de la frecuente insuficiencia del régimen legal aplicable a este tipo de garantía, sería conveniente preparar un régimen legal moderno de la garantía real sobre bienes inmateriales (ver párr. 23).

[*Nota para el Grupo de Trabajo: Para mayor coherencia, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si conviene que el régimen de las garantías constituidas sobre bienes inmateriales sea lo más similar posible al de la garantía real sin desplazamiento sobre bienes corporales.*

El Grupo de Trabajo tal vez también desee examinar las recomendaciones que convendría formular en la Guía respecto de los bienes inmateriales, y particularmente respecto de los valores bursátiles y de los derechos de propiedad intelectual y los créditos nacidos de estos derechos. En su examen de este asunto, el Grupo de Trabajo tal vez desee tener en cuenta: la labor al respecto de otras organizaciones; el hecho de que ciertos bienes inmateriales puedan ser constituidos en garantía en el marco de operaciones relativas a la constitución de garantías sobre bienes corporales (p. ej., la financiación de equipo o de existencias); y la complejidad inherente a todo régimen de la garantía real constituida sobre bienes inmateriales, y la viabilidad del mismo.

Tal vez el Grupo de Trabajo desee además considerar la utilidad de la transferencia de la titularidad para fines de garantía y la conveniencia de retener esta técnica eficiente y eficaz de garantía sin desplazamiento sobre bienes tanto corporales como inmateriales (ver párr. 30). El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar también si procede conceptuar la retención de la titularidad como derecho de propiedad en sentido estricto o como simple dispositivo de garantía (ver párrs. 36 a 37).

Si el Grupo de Trabajo decide tratar la retención de la titularidad como dispositivo de garantía, tal vez desee conferir al acreedor-vendedor o a todo otro financiador del precio de compra una prelación especial equivalente a la prelación de que gozaría un propietario del bien o bienes gravados por ese concepto. Esa prelación especial quedaría limitada al bien o a los bienes vendidos y a su precio de compra no reembolsado con exclusión del producto y de otros créditos (ver párr. 38). El Grupo de Trabajo tal vez desee que la conceptuación de la retención de la titularidad como equivalente de una garantía real "ordinaria" no debe prejuzgar su conceptuación para otros fines (por ejemplo, para fines tributarios, de contabilidad, etc.).

Por último, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar las ventajas y los inconvenientes de la solución preconizada por diversos regímenes modernos de las garantías reales que han optado por una única garantía real global y uniforme (ver párrs. 40 y 41).]