



Asamblea General

Distr. limitada
24 de junio de 2005*
Español
Original: inglés

**Comisión de las Naciones Unidas para
el Derecho Mercantil Internacional**
Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales)
Octavo período de sesiones
Viena, 5 a 9 de septiembre de 2005

Garantías reales

Proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas

Nota de la Secretaría

Adición

Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
Proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas	1-48	3
I. Introducción	1-36	3
A. Finalidad	1-8	3
B. Alcance	9-20	4
C. Terminología	21	8
D. Ejemplos de prácticas financieras que abarcará la Guía	22-32	12
1. Financiación de la adquisición de existencias y bienes de equipo	23-28	13
2. Financiación de préstamos renovables con garantía sobre las existencias y los créditos por cobrar	29-31	14
3. Financiación a plazo	32-34	15

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



4.	Transferencia de la titularidad con fines de garantía	35	15
5.	Operaciones de venta con arriendo sucesivo del bien al vendedor.	36	15
II.	Objetivos clave de todo régimen eficaz y eficiente de las operaciones garantizadas	37-48	16
A.	Fomentar la concesión de créditos garantizados	38	16
B.	Ofrecer la posibilidad de aprovechar al máximo el valor de los bienes para respaldar el crédito en una amplia novedad de operaciones crediticias	39	16
C.	Facilitar la obtención de garantías reales de manera sencilla y eficiente	40	16
D.	Reconocer la autonomía contractual de las partes	41	17
E.	Tratar por igual a las diversas fuentes de financiación	42	17
F.	Reconocer la validez de las garantías reales sin desplazamiento	43	17
G.	Fomentar un comportamiento responsable de todas las partes reforzando la previsibilidad y la transparencia	44	17
H.	Establecer un orden de prelación claro y previsible.	45	17
I.	Facilitar la ejecución de la garantía del acreedor de forma previsible y eficiente	46	18
J.	Compaginar los intereses de las personas afectadas.	47	18
K.	Armonizar los regímenes de las operaciones garantizadas, incluidas las normas sobre conflicto de leyes.	48	18

I. Introducción

A. Finalidad

1. La finalidad de la presente Guía es prestar asistencia a los Estados en la elaboración de un régimen moderno de las operaciones garantizadas con objeto de promover la oferta de crédito garantizado a un costo asequible. La Guía tiene por objeto ofrecer una ayuda a los Estados que aún no dispongan de un régimen eficiente y eficaz de las operaciones garantizadas, así como a los que dispongan ya de un régimen operativo pero que deseen revisarlo o modernizarlo, o simplemente armonizar o coordinar sus propias leyes con las de otros Estados.

2. La Guía se basa en la premisa de que todo régimen racional de las operaciones garantizadas puede aportar notables beneficios económicos a los Estados que lo adopten, concretamente atrayendo fondos de prestamistas nacionales y extranjeros y de otras entidades crediticias, fomentando así la creación y la expansión de empresas nacionales (en especial, de las pequeñas y medianas empresas) y, en general, incrementando el comercio. Tal legislación puede también beneficiar a los consumidores, al contribuir a abaratar el costo de los bienes y servicios y a facilitar la concesión de créditos al consumidor con tipos de interés asequibles. Para ser eficaz, un régimen de las operaciones garantizadas debe estar respaldado por un sistema judicial y otros mecanismos coercitivos eficaces y eficientes, así como por un régimen de la insolvencia en que se respeten los derechos dimanantes del régimen de las operaciones garantizadas (véase la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia).

3. En la Guía se procura superar las disparidades que pueda haber entre los diversos regímenes sugiriendo soluciones pragmáticas y de eficacia probada que puedan ser aceptadas y aplicadas por Estados con diversos tipos de ordenamientos. La Guía tiene por objeto propiciar la formulación de leyes que reporten ventajas económicas prácticas a los Estados que las promulguen. Si bien es posible que los Estados tengan que afrontar gastos previsibles, aunque limitados, para elaborar y aplicar un régimen de las operaciones garantizadas, las experiencias registradas hasta la fecha en numerosos países demuestran que las ventajas que se obtengan a corto y a largo plazo compensarán con creces esos gastos.

4. Todos los negocios, ya se trate de fabricantes o de distribuidores, empresas de servicios o minoristas, necesitan capital de explotación para poder funcionar, crecer y competir con éxito en el mercado. En los estudios realizados por organizaciones como el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (el Banco Mundial), el Fondo Monetario Internacional, el Banco Asiático de Desarrollo y el Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo (BERD) ha quedado bien demostrado que una de las vías más eficaces para facilitar capital de explotación a las empresas comerciales es la del crédito garantizado.

5. La idoneidad del crédito garantizado radica en que permite a una empresa deudora utilizar el valor de sus propios bienes para reducir el riesgo que asume el acreedor, ofreciéndole con los bienes dados en garantía otro medio para cobrar su crédito en caso de incumplimiento de la obligación garantizada. Al disminuir el riesgo de incumplimiento del pago, aumentan las posibilidades de obtener crédito y disminuye su costo.

6. La adopción de un régimen jurídico que respalde las operaciones de crédito garantizado es un factor decisivo para reducir el riesgo que puedan temer los acreedores y para fomentar la oferta de crédito garantizado. Éste está más al alcance de las empresas en los Estados que disponen de una legislación eficaz y eficiente en virtud de la cual los acreedores pueden saber y prever las consecuencias de todo incumplimiento por parte de los deudores. En cambio, el costo del crédito se eleva en los Estados cuyo régimen incierto hace temer riesgos importantes a los acreedores, lo que los lleva a exigir una mayor compensación por evaluar y asumir los riesgos. En algunos Estados que no disponen de un régimen eficiente y eficaz para las operaciones garantizadas, ni de un régimen de la insolvencia en que se reconozcan las garantías reales, las pequeñas y medianas empresas, al igual que los consumidores, se han visto prácticamente privadas de crédito.

7. Fomentar la creación de empresas y su crecimiento adoptando un régimen jurídico que promueva la concesión de crédito garantizado puede contribuir a la prosperidad económica general de un Estado. Así pues, los Estados que carecen de un régimen eficiente y eficaz de las operaciones garantizadas pueden estarse privando de importantes ventajas económicas.

8. A fin de promover con más eficiencia la obtención de crédito garantizado a un costo asequible, en la Guía se sugiere que el régimen de las operaciones garantizadas esté estructurado de manera que permita a las empresas sacar el máximo provecho del valor de sus bienes con miras a obtener crédito. Al respecto, se adoptan dos de los conceptos más importantes para asegurar el éxito de todo régimen de las operaciones garantizadas: el de la prelación y el de la eficacia frente a terceros. El concepto de prelación, que hace posible la existencia simultánea de garantías reales con mayor o menor preferencia sobre un mismo bien, permite a las empresas sacar el máximo provecho del valor de sus bienes al obtener crédito garantizado de más de un acreedor dando los mismos bienes en garantía, con reglas transparentes por las que cada acreedor sepa el grado de prelación que tiene su respectiva garantía. El concepto de eficacia frente a terceros, entendido como sistema que permita, entre otras cosas, inscribir las garantías reales en un registro público, tiene por objeto promover la seguridad jurídica de los acreedores en cuanto al grado de prelación que les corresponde y reducir así los riesgos y costos derivados de las operaciones garantizadas.

B. Alcance

9. La Guía se ocupa de las garantías reales contractuales. No obstante, también hace referencia a las garantías de carácter no contractual, como las que se crean por ley o por resolución judicial, cuando los mismos bienes están sujetos a la vez a garantías contractuales y a garantías no contractuales y el régimen debe regular la prelación relativa que corresponde a cada una de esas garantías (véase A/CN.9/WG.VI/WP.14/Add.1, párrafos 56 a 61 y 82 a 85). La Guía se centra fundamentalmente en los bienes comerciales esenciales (existencias y bienes de equipo) y en los créditos comerciales por cobrar. Sin embargo, en ella se postula que todos los tipos de bienes pueden ser objeto de garantías reales, incluidos los bienes que una empresa tenga en un momento dado y los que vaya a tener en el futuro, y se regulan todos los bienes, tanto los corporales como los inmateriales, salvo los que se excluyen expresamente.

10. Los bienes raíces, los valores bursátiles y los salarios son tipos de bienes objeto de una exclusión categórica. Los bienes raíces (salvo los bienes incorporados, que están comprendidos en el ámbito de la Guía y pueden estar sujetos a garantías reales) se excluyen porque plantean cuestiones diferentes y están regulados por un sistema especial de registro de la titularidad indizado según el bien de que se trate y no según el otorgante. Además, la Guía no aborda las garantías reales constituidas sobre valores bursátiles cuando éstos son los bienes gravados originalmente, debido a que la naturaleza de los valores bursátiles y su importancia en el funcionamiento de los mercados financieros plantean una amplia variedad de problemas que merecen un trato jurídico especial. Las cuestiones de derecho sustantivo relativas a las garantías y demás derechos sobre valores bursátiles depositados en poder de un intermediario se abordan en un proyecto de convenio que elabora actualmente el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit). Las cuestiones conexas de derecho internacional privado no se abordan en la presente Guía porque las regula el Convenio sobre la ley aplicable a ciertos derechos sobre valores depositados en poder de un intermediario (La Haya, diciembre de 2002). La Guía se ha estructurado de tal forma que todo Estado que promulgue legislación basada en el régimen previsto en ella pueda, al mismo tiempo, aplicar los textos preparados por el Unidroit y por la Conferencia de La Haya, así como los textos pertinentes preparados por la CNUDMI, como la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional (Nueva York, diciembre de 2001; en adelante denominada “la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos”) y la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia.

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si conviene abordar en la Guía las garantías reales sobre los valores bursátiles de tenencia directa, certificados o no. También es posible que desee estudiar la cuestión del régimen aplicable a los valores bursátiles tomados como producto de los tipos de bienes comprendidos en el ámbito de la Guía, es decir, si estarían regulados por su propio régimen especial o por el régimen general de la Guía aplicable al producto. Una cuestión conexas que tal vez desee abordar el Grupo es si el producto de los cobros de promesas independientes estaría regulado sólo por las normas especiales de la Guía o también por las normas aplicables al producto en general. La misma cuestión se plantea en lo que respecta a los créditos por cobrar, los títulos negociables, los documentos negociables y las cuentas bancarias.]

11. La constitución de garantías reales sobre los salarios queda excluida en razón de la política de protección de la vida personal y familiar. Toda otra exclusión basada en objetivos de política contrapuestos debería limitarse en número y alcance, establecerse con claridad y adoptarse únicamente tras sopesar con cuidado sus posibles ventajas frente a la política social y económica en que se inspira el régimen de las operaciones garantizadas, que es la de facilitar la disponibilidad de crédito a un costo asequible.

12. Algunos bienes, como los buques, las aeronaves [y los derechos de propiedad intelectual] están total o parcialmente regulados por regímenes especiales. Las garantías reales constituidas sobre esos bienes no se excluyen, si bien, en caso de contradicción entre el régimen especial y el de las operaciones garantizadas, prevalecerá el régimen especial (por ejemplo, un sistema de registro especial).

13. [En particular, la Guía no aborda cuestiones específicamente relacionadas con las garantías reales constituidas sobre derechos de propiedad intelectual, ni incluye recomendaciones sobre tales temas. Ahora bien, al elaborar su normativa sobre las

operaciones garantizadas, los Estados deberían tener en cuenta la importancia y el valor económico crecientes que tienen los bienes de propiedad intelectual para las empresas que tratan de obtener crédito a un costo asequible. El régimen de las operaciones garantizadas sería aplicable a las garantías reales constituidas sobre derechos de propiedad intelectual, a reserva de las limitaciones enunciadas en el párrafo siguiente.

14. Al adoptar el régimen de las operaciones garantizadas, los Estados deberían tener en cuenta las características particulares de la propiedad intelectual y la legislación nacional aplicable en la materia, así como sus obligaciones a tenor de los tratados, los convenios u otros acuerdos internacionales sobre la propiedad intelectual. En consecuencia, al aplicar las recomendaciones de la Guía, los Estados deberían analizar atentamente las situaciones en que el régimen vigente y las características de la propiedad intelectual sean lo suficientemente singulares como para justificar la adaptación de esas recomendaciones cuando los bienes gravados sean derechos de propiedad intelectual. Si después de examinar el asunto se comprueba que hay una incompatibilidad directa con las leyes del Estado sobre la propiedad intelectual o sus obligaciones con arreglo a los tratados, convenios y demás acuerdos internacionales en la materia, en particular si éstos establecen una norma para regular la constitución, la eficacia frente a terceros, la prelación o la ejecución de garantías reales sobre propiedad intelectual, el régimen de las operaciones garantizadas del Estado en cuestión debería especificar que esa incompatibilidad se resolverá haciendo primar, en relación con esas cuestiones, las leyes y obligaciones en materia de propiedad intelectual.]

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez estime conveniente tomar nota de que las referencias a los títulos negociables, los documentos negociables, los derechos de propiedad intelectual y el producto de los cobros de promesas independientes figuran entre corchetes a la espera de su decisión de incluirlos o no en la Guía. Una vez concluidas todas las recomendaciones sustantivas de la Guía, el Grupo de Trabajo tal vez desee armonizar las recomendaciones sobre el ámbito de aplicación con las recomendaciones sustantivas.]

15. En la Guía se destaca la necesidad de que todo otorgante pueda constituir garantías reales no sólo sobre los bienes de que disponga en un momento dado, sino también sobre sus futuros bienes (es decir, los bienes adquiridos o creados después de concertarse el acuerdo de garantía), sin que el otorgante ni el acreedor garantizado deban firmar documentos suplementarios o adoptar nuevas medidas cuando se adquieran o se creen dichos bienes. Este enfoque está en consonancia, por ejemplo, con la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos, en la que se prevé la constitución de garantías reales sobre créditos por cobrar futuros sin exigir la adopción de otras medidas. Además, en la Guía se recomienda el reconocimiento de una garantía real sobre todos los bienes existentes y futuros de una empresa otorgante mediante un único acuerdo de garantía como el que ya existe en algunos ordenamientos jurídicos, en forma de “hipoteca sobre la empresa” o una combinación de cargas fijas y flotantes.

16. También se recomienda que pueda garantizarse una amplia variedad de obligaciones, pecuniarias o no, y que toda persona física o jurídica pueda ser parte en una operación garantizada, incluidos los consumidores, a reserva de lo que disponga la legislación de protección del consumidor. Además, se procura abarcar

una amplia variedad de operaciones que cumplen funciones de garantía, entre ellas las relativas a las garantías reales con y sin desplazamiento y las operaciones que no se considera garantizadas (por ejemplo, la retención de la titularidad, el traspaso de la titularidad a efectos de garantía, la cesión de créditos por cobrar con fines de garantía, los arrendamientos financieros, las operaciones de venta y arriendo sucesivo al vendedor y operaciones análogas).

17. El régimen jurídico previsto en la Guía es de carácter puramente nacional. Las recomendaciones formuladas en ella van destinadas a los legisladores nacionales que se propongan reformar el régimen aplicable a las operaciones garantizadas en sus respectivos países. No obstante, dado que a menudo en este tipo de operaciones las partes y los bienes se encuentran en distintos Estados, también se procura regular el reconocimiento de las garantías reales y de los mecanismos de garantía basados en la titularidad efectivamente constituidos en otros Estados, entre ellos el de retención de la titularidad y los arrendamientos financieros. Eso supondría para los titulares de esos derechos una notable mejora respecto de las leyes vigentes en muchos Estados, en virtud de las cuales esos derechos con frecuencia se pierden en cuanto un bien gravado se traslada al territorio de otro Estado, y serviría de gran incentivo a los prestamistas para que otorgaran crédito financiero en operaciones transfronterizas (véase A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.14, párrafos 21 a 25).

18. A lo largo de toda la Guía se procura compaginar los intereses de los deudores con los de los acreedores (ya sean garantizados, privilegiados u ordinarios), los terceros que resulten afectados, los compradores y demás beneficiarios y el Estado. Para aplicar un criterio equilibrado se parte de la premisa de que, como lo demuestra sobradamente la experiencia registrada hasta la fecha, todos los prestamistas aceptarán ese criterio y, en consecuencia, estarán dispuestos a conceder crédito, siempre y cuando las leyes (y la infraestructura jurídica y estatal de la que formen parte) les permitan determinar con un alto grado de seguridad los riesgos que entrañe la operación y puedan confiar en que, en última instancia, les sea posible percibir el valor económico de los bienes gravados. Para lograr ese equilibrio, es indispensable coordinar estrechamente el régimen de las operaciones garantizadas con el régimen de la insolvencia, incluidas las disposiciones que regulen las garantías reales en caso de que una empresa sea objeto de un procedimiento de reorganización o de liquidación. Además, se requieren otras salvaguardias para determinados deudores, por ejemplo, cuando se trate de consumidores. Así pues, si bien el régimen previsto en la Guía regulará muchos tipos de operaciones en las que intervengan consumidores, no se pretende que prevalezca sobre las leyes de protección del consumidor, ni que aborde las políticas en la materia, habida cuenta de que ese asunto no se presta para la unificación.

19. Con el mismo espíritu se abordan las inquietudes expresadas con respecto al crédito garantizado. Una de ellas es que conceder a un acreedor un crédito privilegiado respecto de todos o casi todos los bienes de una persona parecería restar posibilidades a ésta para obtener crédito de otras fuentes. Otro problema es la posibilidad de que un acreedor garantizado ejerza influencia sobre el negocio del otorgante, hasta el punto de que pueda embargar o amenazar con embargar los bienes gravados en caso de incumplimiento. También se ha expresado el temor de que, en caso de insolvencia, el acreedor garantizado se quede con todos los bienes del deudor o con la mayoría de ellos, dejando muy poco para los acreedores ordinarios, algunos de los cuales no están en condiciones de negociar una garantía

real sobre dichos bienes. En la Guía se examinan los inconvenientes planteados y, cuando se considera que esos temores están fundados, se sugieren soluciones.

20. La Guía se inspira en los siguientes instrumentos de la CNUDMI y de otras organizaciones: la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos; la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia; el Convenio relativo a las garantías reales internacionales sobre bienes de equipo móvil, aprobado en noviembre de 2001; la Ley Modelo del Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo (BERD) sobre operaciones garantizadas, concluida en 1994; los principios generales del BERD para un régimen legal moderno de las operaciones garantizadas, concluidos en 1997; el estudio sobre la reforma del régimen legal de las operaciones garantizadas en Asia, preparado por el Banco Asiático de Desarrollo en 2000; la Ley Modelo Interamericana de Garantías Mobiliarias, preparada en 2002 por la OEA; y la Ley Uniforme de la Organización para la Armonización de la Legislación Empresarial en África (OHADA) relativa a las garantías reales, preparada en 1997 [...].

C. Terminología

21. En la presente Guía se ha adoptado cierta terminología para expresar los conceptos básicos de todo régimen eficaz de las operaciones garantizadas. Los términos utilizados no se han tomado de ningún ordenamiento jurídico en particular. Aun cuando cierto término resulte ser el mismo que el empleado en una determinada legislación nacional, es posible que no se utilice en el mismo sentido. Se ha adoptado este criterio con objeto de ofrecer al lector un vocabulario y un marco conceptual comunes e impulsar la armonización del régimen de las garantías reales. Por lo tanto, en los siguientes párrafos se enumeran los principales términos y conceptos empleados y se indica el significado básico que tienen en la presente Guía. Ese significado se define con mayor precisión en capítulos subsiguientes, en los que también se definen y utilizan otros términos y conceptos.

a) Por “garantía real” se entenderá un derecho real de origen contractual constituido sobre bienes muebles, independientes o incorporados, por el que se garantice el pago o alguna otra clase de cumplimiento de una o más obligaciones.

b) Por “garantía real de la adquisición” se entenderá un derecho real sobre un bien que garantice la obligación de pagar todo saldo pendiente del precio de compra del bien u otra obligación contraída para que el otorgante pueda adquirir el bien. Las garantías reales de la adquisición abarcan, además de las garantías reales propiamente dichas, los llamados acuerdos de retención de la titularidad y los arrendamientos financieros.

c) Por “obligación garantizada” se entenderá toda obligación cuyo cumplimiento esté asegurado por una garantía real.

d) Por “acreedor garantizado” se entenderá todo acreedor cuyo crédito esté respaldado por una garantía real.

e) Por “deudor” se entenderá la persona a quien corresponda cumplir la obligación garantizada [incluidos los obligados secundarios, por ejemplo, los garantes de una obligación]. El deudor no es necesariamente la persona que constituye la garantía real en beneficio del acreedor (véase “otorgante”).

f) Por “otorgante” se entenderá la persona que constituya una garantía real sobre uno o más de sus bienes en favor de un acreedor con objeto de respaldar su propia obligación o la de otra persona (véase “deudor”).

g) Por “acuerdo de garantía” se entenderá un acuerdo concertado entre un otorgante y un acreedor, cualquiera sea su forma o su terminología, por el que se constituya una garantía real.

h) Por “bien gravado” se entenderá el bien sobre el que se haya constituido una garantía. Los bienes pueden ser corporales o inmateriales. Cada una de estas categorías generales de bienes se subdivide en otras, algunas de las cuales están comprendidas en determinada terminología definida que se utiliza en la Guía.

i) Por “bienes corporales” se entenderá todo tipo de bienes muebles físicos. Entrarán en esta categoría las existencias, los bienes de equipo, los bienes incorporados, los títulos negociables y los documentos negociables.

j) Por “existencias” se entenderá todo bien corporal (exceptuados los títulos negociables y los documentos negociables) almacenado para su venta o arriendo en el curso ordinario de los negocios, así como las materias primas y los bienes semielaborados (en fase de elaboración).

k) Por “bienes de equipo” se entenderá todo bien corporal (exceptuados los títulos negociables, los documentos negociables y las existencias) que una persona haya de utilizar en la explotación de su negocio.

l) Por “bienes inmuebles por destino” se entenderá todo bien corporal (exceptuados los títulos negociables y los documentos negociables) que pueda ser objeto por sí solo de una garantía real, aun cuando esté tan firmemente adherido o incorporado a un bien inmueble que pueda ser considerado un bien inmueble por la legislación del Estado en que se encuentre. Por “bienes incorporados a otros bienes muebles” se entenderá todo bien corporal (exceptuados los títulos negociables y los documentos negociables) que pueda ser objeto por sí solo de una garantía real, aun cuando esté firmemente adherido o incorporado a otro bien mueble, sin perder, sin embargo, su identidad. Por “masa o producto” se entenderá todo bien corporal (exceptuados los títulos negociables y los documentos negociables) que esté tan estrechamente unido a otro que no pueda ser objeto por sí solo de una garantía real.

m) Por “bienes inmateriales” se entenderá todo tipo de bienes muebles que no sean corporales. Entre los bienes inmateriales cabe citar los créditos por cobrar y otras categorías de créditos.

n) Por “crédito” se entenderá todo derecho al cumplimiento de una obligación no monetaria, con excepción de los derechos adquiridos sobre bienes corporales en virtud de un documento negociable.

o) Por “crédito por cobrar” se entenderá todo derecho al cumplimiento de una obligación monetaria, excluidos, sin embargo, los respaldados por un título negociable, la obligación de efectuar un pago en virtud de una promesa independiente y la obligación de un banco de efectuar un pago con respecto a una cuenta bancaria.

p) Por “cesión” se entenderá la constitución de una garantía real sobre un crédito por cobrar o la transferencia de un crédito por cobrar a fin de garantizar una obligación o como transferencia [absoluta] [pura y simple]. [*Nota para el Grupo de*

Trabajo: Apartado a) del artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos.]

q) Por “cedente” se entenderá la persona que ceda un crédito por cobrar. [*Nota para el Grupo de Trabajo: Apartado a) del artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos.*]

r) Por “cesionario” se entenderá la persona a quien se ceda un crédito por cobrar. [*Nota para el Grupo de Trabajo: Apartado a) del artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos.*]

s) Por “cesión subsiguiente” se entenderá toda cesión realizada por el cesionario inicial o por cualquier otro cesionario. En todo supuesto de cesión subsiguiente, la persona que haga la cesión será el cedente y la persona a quien se haga la cesión será el cesionario. [*Nota para el Grupo de Trabajo: Apartado b) del artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos.*]

t) Por “deudor de una cuenta” se entenderá toda persona a quien corresponda pagar un crédito. [*Nota para el Grupo de Trabajo: Apartado a) del artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos.*]

u) Por “notificación de la cesión” se entenderá la comunicación escrita en la que se identifiquen suficientemente los créditos que se ceden y el cesionario. [*Nota para el Grupo de Trabajo: Apartado d) del artículo 5 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos.*]

v) Por “contrato originario”, en el contexto de una cesión, se entenderá el contrato celebrado entre el cedente y el deudor de una cuenta del que nace el crédito cedido. [*Nota para el Grupo de Trabajo: Apartado a) del artículo 5 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos.*]

w) Por “título negociable” se entenderá, al margen del régimen de las operaciones garantizadas, todo título en el que se consigne un derecho de pago, por ejemplo, un pagaré o una letra de cambio, que cumpla los requisitos de negociabilidad en virtud del régimen de los títulos negociables.

x) Por “documento negociable” se entenderá, al margen del régimen de las operaciones garantizadas, todo documento en el que se consigne un derecho a la entrega de bienes corporales, por ejemplo, un resguardo de almacén o un conocimiento de embarque, que cumpla los requisitos de negociabilidad en virtud del régimen de los documentos negociables.

y) [Por “promesa independiente” se entenderá, al margen del régimen de las operaciones garantizadas, toda carta de crédito (comercial o contingente), garantía independiente (pagadera a su reclamación o a su primera reclamación, o garantía bancaria) y demás promesas reconocidas como independientes por determinadas leyes o prácticas, entre ellas, la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente, las Reglas y Usos Uniformes relativos a los Créditos Documentarios, las Reglas sobre Prácticas Internacionales en materia de Cartas de Crédito Contingente y las Reglas Uniformes relativas a las garantías pagaderas a su reclamación.

z) Por “producto del cobro de una promesa independiente” se entenderá el derecho del beneficiario-otorgante a recibir un pago realizado, un giro aceptado, una obligación de pago diferido contraída u otro valor entregado por el emisor/garante

en cumplimiento de una promesa independiente, o por una persona designada para entregar un valor en cumplimiento de una promesa independiente. La expresión no abarca el derecho del beneficiario-otorgante a cobrar una promesa independiente.

aa) Por “garante/emisor” se entenderá el banco o toda otra persona que otorgue una promesa independiente. El término incluye al banco y a toda otra persona que confirme la promesa independiente (“el confirmante”).

bb) Por “persona designada” se entenderá el banco o toda otra persona identificada por su nombre o categoría en una promesa independiente (por ejemplo, “un banco en el país X”) que haya sido designada para entregar un valor, es decir, para comprar o pagar una suma contra la presentación de documentos, y que actúe en cumplimiento de esa designación. La expresión abarca a todo confirmante que haya sido designado para confirmar la promesa y lo haga en cumplimiento de esa designación.]

cc) Por “cuenta bancaria” se entenderá, al margen del régimen de las operaciones garantizadas, toda cuenta que obre en un banco y en la cual se puedan depositar fondos. La expresión abarca las cuentas corrientes, las cuentas de ahorro y los depósitos a plazo fijo.

dd) [Por “derecho de propiedad intelectual” se entenderá, al margen del régimen de las operaciones garantizadas, las patentes, las marcas de fábrica, las marcas de servicio, los secretos industriales, los derechos de autor y derechos conexos y los diseños industriales. La expresión también abarca los derechos adquiridos en virtud de las licencias correspondientes.]

ee) Por “producto” se entenderá todo lo que se reciba respecto de los bienes gravados, incluido todo lo que se reciba de resultados de la venta, el arriendo u otro acto de disposición o de cobro de los bienes, así como sus frutos civiles o naturales, los dividendos que reporten, las distribuciones correspondientes, las sumas abonadas por compañías de seguros como indemnización en concepto de daño o pérdida de los bienes y las percibidas por daños civiles o extracontractuales o por realización de alguna garantía contractual. [El término no abarca el producto de los cobros de promesas independientes ni de las categorías de bienes excluidas del ámbito de aplicación de la Guía como bienes originalmente gravados.]

ff) Por “prelación” se entenderá el derecho de una persona a obtener un beneficio económico de su garantía real sobre un bien gravado con preferencia frente a toda otra parte reclamante.

gg) Por “parte reclamante” se entenderá:

i) Otro acreedor respaldado por una garantía sobre el mismo bien gravado (ya sea en calidad de bien originalmente gravado o de producto);

ii) El vendedor o el arrendador financiero del mismo bien gravado que haya conservado la titularidad del bien en virtud de una garantía real de la adquisición;

iii) Otro acreedor del otorgante que haga valer un derecho sobre el mismo bien gravado (por ejemplo, de pleno derecho, por embargo o por algún otro proceso análogo);

iv) El representante de la insolvencia en caso de insolvencia del otorgante, o

v) Todo comprador o beneficiario de una transferencia (incluso un arrendatario o un concesionario) del bien gravado.

hh) Por “control” se entenderá la facultad legal de todo acreedor garantizado para disponer la enajenación de un bien gravado que consista en una cuenta bancaria o en un derecho al producto del cobro de una promesa independiente sin necesidad de que el otorgante dé su consentimiento ni adopte determinadas medidas.

ii) Por “garantía real con desplazamiento” se entenderá toda garantía constituida sobre un bien corporal efectivamente en posesión del acreedor garantizado o de un tercero (que no sea el deudor ni otro otorgante) que retenga el bien en beneficio del acreedor garantizado.

jj) Por “garantía real sin desplazamiento” se entenderá toda garantía constituida sobre: i) bienes corporales que no estén efectivamente en posesión del acreedor garantizado ni de otra persona que los retenga en beneficio de éste, o ii) bienes inmateriales.

kk) Por “tribunal de la insolvencia” se entenderá toda autoridad judicial o de otra índole que esté facultada para controlar o supervisar un procedimiento de insolvencia.

ll) Por “masa de la insolvencia” se entenderá todo el conjunto de bienes y derechos del deudor que estén bajo el control o la supervisión del representante de la insolvencia y sujetos al procedimiento de insolvencia.

mm) Por “procedimiento de insolvencia” se entenderá todo procedimiento colectivo, ya sea judicial o administrativo, que se entable a efectos de una reorganización o liquidación de la empresa del deudor y que se lleve a cabo conforme al régimen de la insolvencia.

nn) Por “representante de la insolvencia” se entenderá toda persona o todo órgano encargado de administrar la masa de la insolvencia.

oo) Por “comprador en el curso ordinario de los negocios” se entenderá toda persona que compre existencias, en circunstancias normales para su negocio, a un comerciante de bienes tangibles de esa clase, sin que le conste que con esa venta se viola el derecho de garantía u otros derechos que pueda tener otra persona sobre esos bienes.

D. Ejemplos de prácticas financieras que abarca la Guía

22. En los párrafos siguientes se dan breves ejemplos de los tipos de operaciones de crédito garantizado que la Guía tiene por objeto promover, y a los que se remitirá en todo su texto para ilustrar cuestiones concretas. Estos ejemplos representan sólo algunos de los numerosos tipos de operaciones de crédito garantizado que se realizan actualmente, y todo régimen eficaz en la materia debe ser suficientemente flexible para abarcar tanto las numerosas modalidades actuales de financiación como las que puedan surgir en el futuro.

1. Financiación de la adquisición de existencias y bienes de equipo

23. Con frecuencia las empresas desean obtener crédito para algunas de sus compras de existencias o bienes de equipo. En muchos casos, la financiación de esos bienes corporales (existencias y bienes de equipo) es facilitada por el propio vendedor. En otros, el crédito es concedido por un prestamista, que si bien puede ser un tercero independiente, algunas veces es una filial de la empresa vendedora. El vendedor conserva la titularidad de los bienes corporales adquiridos y el prestamista obtiene una garantía real sobre los bienes, de modo que quede asegurado el reembolso del crédito o préstamo.

24. A continuación se da un ejemplo de “financiación de la adquisición”. La fábrica de muebles ABC desea adquirir determinadas existencias y bienes de equipo para utilizarlos en sus actividades de fabricación. ABC desea comprar pintura (que es una materia prima y, por lo tanto, forma parte de las existencias) al vendedor A. También desea comprar taladros fijos (bienes de equipo) al vendedor B y equipo con cinta transportadora al vendedor C. Por último, desea alquilar computadoras al arrendador A.

25. En virtud del contrato de compraventa celebrado con el vendedor A, ABC deberá pagar la pintura dentro de un plazo de 30 días contados a partir de la fecha de la factura del vendedor A y otorga a éste una garantía sobre la mercancía para respaldar el pago. En virtud del contrato de compraventa celebrado con el vendedor B, ABC deberá pagar los taladros dentro de un plazo de 10 días contados a partir del momento de la entrega de los instrumentos en la fábrica. Para financiar esa compra, ABC solicita un crédito al prestamista A, respaldado por una garantía real constituida sobre los propios taladros. ABC también tiene una cuenta bancaria en la oficina del prestamista A y ha constituido en su favor una garantía real sobre esa cuenta como respaldo suplementario para el reembolso del crédito.

26. En virtud del contrato de compraventa celebrado con el vendedor C, ABC deberá pagar el equipo de cinta transportadora cuando éste quede instalado en su fábrica y esté en condiciones de funcionar. ABC pide un crédito al prestamista B para financiar la compra e instalación del equipo del vendedor C, respaldado a su vez por una garantía real sobre el propio equipo.

27. En virtud del contrato de arrendamiento celebrado con el arrendador A, ABC alquila las computadoras por un período de dos años, durante el cual deberá abonar los pagos mensuales convenidos. ABC tendrá el derecho (aunque no la obligación) de comprar el equipo a un precio nominal al final del plazo del contrato. El arrendador A retendrá la titularidad del equipo durante el período de arrendamiento, pero al expirar el contrato, si ABC decide ejercitar su derecho de compra, se le transferirá la titularidad sobre el equipo. Este tipo de arriendo se suele denominar “arrendamiento financiero”. En algunas variantes, al vencer el período de arrendamiento, la titularidad sobre el bien arrendado se transfiere automáticamente al arrendatario. Cabe distinguir entre arrendamiento financiero y lo que se suele denominar “arrendamiento simple” (*operating lease*), en que se espera que el bien arrendado todavía tenga vida útil al final del período de arriendo y no se da al arrendatario la opción de comprarlo a un precio nominal ni se le transfiere automáticamente la titularidad sobre el bien al término de ese período.

28. En cada uno de los cuatro casos mencionados, la compra de los bienes se hace posible mediante la financiación de la adquisición facilitada por otra persona (el

vendedor, un prestamista o un arrendador financiero), a quien se otorgan derechos sobre el bien adquirido con objeto de garantizar el crédito. Cabe observar, como se desprende de los ejemplos, que esta clase de financiación es posible tanto con respecto a la adquisición de existencias como a la de bienes de equipo.

2. Financiación de préstamos renovables con garantía sobre las existencias y los créditos por cobrar

29. Las empresas suelen tener que invertir capital antes de generar o percibir ingresos. Por ejemplo, para que una empresa pueda generar créditos y cobrarlos, normalmente deberá invertir fondos en la adquisición de materia prima con miras a transformarla en bienes acabados y venderlos en el mercado. Según el tipo de empresa de que se trate, este proceso puede llevar varios meses. El fabricante necesitará capital de explotación para sufragar esos gastos hasta que comiencen a fluir los ingresos.

30. Una vía muy eficaz para facilitar capital de explotación es la apertura de una línea de crédito renovable o rotatorio. Con arreglo a este tipo de financiación, para satisfacer sus necesidades de capital de explotación el prestatario solicita préstamos periódicamente garantizando su reembolso con sus existencias y créditos por cobrar actuales y futuros (véase también A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.2, párrafo 12). Por lo general el prestatario solicita préstamos cuando necesita comprar existencias para fabricar productos y reembolsa los préstamos cuando vende las mercancías y cobra su precio de venta. Así pues, los préstamos y los reembolsos son frecuentes (aunque no necesariamente continuos) y el monto del crédito fluctúa constantemente. Como la estructura de los préstamos renovables o rotatorios se ajusta perfectamente al ciclo económico del prestatario (cuyas etapas son la compra de existencias, la fabricación de productos, la venta de éstos, la emisión de facturas o créditos por cobrar y el cobro de las mercancías, tras lo cual vuelve a empezar el ciclo), esta estructura suele resultar, desde una perspectiva económica, sumamente eficiente y provechosa para el prestatario y le ayuda a evitar endeudarse más de lo necesario.

31. A continuación se da un ejemplo de este tipo de financiación. La empresa ABC suele tardar cuatro meses en fabricar y vender sus productos y cobrar las facturas. El prestamista B conviene en concederle un crédito renovable rotatorio para financiar los gastos del proceso. Con esa línea de crédito, ABC podrá obtener préstamos periódicamente por un importe total máximo equivalente al 50% del valor de sus existencias que el prestamista B considere aceptable cubrir (basándose, por ejemplo, en criterios como el tipo de existencias y su calidad) y al 80% del valor de sus créditos por cobrar que el prestamista B considere aceptable cubrir (basándose en criterios como la fiabilidad y solvencia de los deudores de ABC). ABC deberá reembolsar estos préstamos periódicamente, a medida que sus clientes le paguen las facturas. Para obtener la línea de crédito, ha dado en garantía sus existencias y créditos por cobrar actuales y futuros. En este tipo de créditos, también es común que el prestamista obtenga una garantía sobre la cuenta bancaria en la que se depositan los pagos de los clientes (es decir, el producto de las existencias y los créditos por cobrar).

3. Financiación a plazo

32. Con frecuencia las empresas necesitan sumas elevadas para financiar gastos extraordinarios como la adquisición de equipo o de una empresa. En estos casos, los empresarios por lo general procuran obtener créditos que puedan reembolsar en un plazo determinado (amortizándolos en cuotas mensuales o trimestrales, con arreglo a un plan convenido, o en un único pago al final del plazo estipulado).

33. Una empresa que no goce de una solvencia crediticia reconocida sólo podrá obtener créditos a plazo si otorga garantía reales sobre su patrimonio para respaldar esa financiación. El importe del crédito dependerá, en parte, del valor de liquidación neto que, según los cálculos del acreedor, se pueda obtener de los bienes que se gravan. En muchos Estados, especialmente los que no cuentan con un régimen actualizado de las operaciones garantizadas, los bienes inmuebles suelen ser los únicos que se aceptan como garantía para conceder créditos a plazo. Sin embargo, muchas empresas, en particular las de reciente creación, no poseen bienes inmuebles y, por ende, es posible que no se les conceda este tipo de créditos. En otros Estados, en cambio, es corriente obtener financiación a plazo dando en garantía bienes muebles, como los bienes de equipo o, incluso, derechos de propiedad intelectual.

34. A continuación se da un ejemplo de este tipo de financiación. La empresa ABC desea expandirse y adquirir una empresa en el Estado Y. Para financiar esa adquisición solicita un préstamo al prestamista C. El préstamo es reembolsable en cuotas mensuales iguales, pagaderas a lo largo de un período de 10 años. Como garantía del pago se gravan, en beneficio del prestamista, los bienes actuales y futuros de ABC y de la entidad que se está adquiriendo.

4. Transferencia de la titularidad con fines de garantía

35. En los Estados que reconocen una forma de transferencia de la propiedad que no entraña la transferencia de la posesión a efectos de la concesión de créditos, existe un tipo de operación denominada transferencia de la titularidad como garantía (o algunas veces transferencia “fiduciaria” de la titularidad). Esas operaciones constituyen, en principio, garantías reales sin desplazamiento y se utilizan en particular en los Estados cuyo régimen de las operaciones garantizadas todavía no ha reconocido debidamente las garantías reales sin desplazamiento.

5. Operaciones de venta con arriendo sucesivo del bien al vendedor

36. La “operación de venta con arriendo sucesivo del bien al vendedor” es uno de los métodos por los cuales una empresa puede obtener crédito sobre la base de los bienes corporales que posea (generalmente bienes de equipo) conservando la posesión de los bienes y el derecho de utilizarlos para la explotación de su negocio. En esa clase de operaciones la empresa vende sus bienes a otra persona a cambio de una suma determinada (que puede utilizar después como capital de explotación para sufragar gastos de capital o con otros fines). Simultáneamente, la empresa arrienda el equipo vendido a la otra persona durante un plazo y a un precio estipulados en el contrato de arrendamiento. Con frecuencia se trata de un “arrendamiento financiero”, y no de un “arrendamiento simple” (en el párrafo 27 *supra* figura la definición de las dos expresiones).

II. Objetivos clave de todo régimen eficaz y eficiente de las operaciones garantizadas

37. Con miras a ofrecer a los legisladores soluciones prácticas y eficaces, en la Guía se ha tratado de estudiar y de formular más explícitamente los objetivos clave que debe tener todo régimen eficaz y eficiente de las operaciones garantizadas y los aspectos fundamentales que debería regular. Esos objetivos y aspectos se exponen a continuación.

A. Fomentar la concesión de créditos garantizados

38. El objetivo primordial y general de la Guía es alentar a los legisladores de los Estados a que, adoptando un régimen de las operaciones garantizadas inspirado en las recomendaciones que en ella se enuncian, faciliten la concesión de créditos garantizados a un costo asequible, contribuyendo así a que el acceso a esos créditos beneficie a los particulares y a la economía del país en general (véase el párrafo 2 *supra*).

B. Ofrecer la posibilidad de aprovechar al máximo el valor de los bienes para respaldar el crédito en una amplia variedad de operaciones crediticias

39. La eficacia del régimen de las operaciones garantizadas dependerá de que se dé a las empresas la posibilidad de aprovechar plenamente el valor inherente a sus bienes con miras a obtener crédito mediante operaciones crediticias muy diversas. Para cumplir este objetivo, en la Guía se insiste en la importancia de formular el régimen en términos muy amplios, concretamente: i) permitiendo gravar una amplia variedad de bienes (entre ellos los bienes actuales y futuros); ii) permitiendo constituir garantías reales para respaldar muy diversas obligaciones (incluidas las obligaciones futuras y condicionadas); y iii) haciendo extensivas las ventajas del régimen a una amplia variedad de deudores, acreedores y operaciones crediticias.

C. Facilitar la obtención de garantías reales de manera sencilla y eficiente

40. El costo del crédito disminuirá si el régimen permite constituir garantías de forma eficiente. Por esa razón, en la Guía se sugieren métodos para racionalizar los procedimientos correspondientes y reducir así los gastos de las operaciones. Con este fin, se propone que se elimine todo trámite innecesario, que se utilice un solo método para la constitución de garantías reales, en vez de prever múltiples mecanismos de garantía para los distintos tipos de bienes gravados, y que se permita constituir garantías reales sobre bienes futuros y efectuar futuros anticipos de crédito sin necesidad de que las partes presenten nuevos documentos ni adopten medidas suplementarias.

D. Reconocer la autonomía contractual de las partes

41. Habida cuenta de que el régimen de las operaciones garantizadas debe brindar máxima flexibilidad y eficacia a largo plazo a fin de abarcar una amplia variedad de operaciones de crédito, incluso las que vayan surgiendo y evolucionando con el tiempo, en la Guía se insiste en la necesidad de reducir al mínimo las normas imperativas con objeto de que las partes puedan adaptar a sus necesidades concretas las operaciones que realicen. Al mismo tiempo, se toma en consideración el hecho de que puede haber otras leyes que amparen los intereses legítimos de los consumidores o de otras personas y se especifica que el régimen de las operaciones garantizadas no debería prevalecer sobre esas leyes.

E. Tratar por igual a las diversas fuentes de financiación

42. Reconociendo que la sana competencia entre todos los posibles acreedores es una manera eficaz de reducir el costo del crédito, en la Guía se recomienda que el régimen de las operaciones garantizadas se aplique por igual a las distintas categorías de acreedores, tanto a los bancos como a las demás instituciones financieras, y tanto a los acreedores nacionales como a los extranjeros en general.

F. Reconocer la validez de las garantías reales sin desplazamiento

43. Dado que la constitución de una garantía real no debería impedir que el deudor u otro otorgante mantuvieran la empresa en funcionamiento ni dificultar la continuación de los negocios, en la Guía se recomienda que el régimen de las operaciones garantizadas permita la constitución de garantías reales sin desplazamiento sobre una amplia variedad de bienes, y que al mismo tiempo prevea mecanismos de publicidad para dar a conocer la existencia de esas garantías.

G. Fomentar un comportamiento responsable de todas las partes reforzando la previsibilidad y la transparencia

44. Dado que un régimen eficaz de las operaciones garantizadas debe inducir también a todas las partes que intervengan en una operación de crédito a actuar con responsabilidad, en la Guía se procura promover la previsibilidad y la transparencia a fin de que las partes puedan sopesar todas las cuestiones jurídicas que plantee su operación y establecer sanciones apropiadas en caso de incumplimiento de las normas aplicables, respetando al mismo tiempo el carácter confidencial de la información y teniendo en cuenta los problemas que puedan plantearse al respecto.

H. Establecer un orden de prelación claro y previsible

45. De poco o nada serviría la garantía real si en el momento de efectuarse la operación el acreedor no puede determinar qué grado de prelación tendrá su derecho sobre el bien constituido en garantía frente a los demás acreedores (incluido el representante de la insolvencia). Así pues, en la Guía se propone que se establezca un sistema de inscripción de las garantías reales en un registro público y que, sobre

la base de ese sistema, se enuncien reglas claras que permitan que los acreedores, al iniciar la operación, determinen de forma fiable, oportuna y económica la prelación de sus garantías reales.

I. Facilitar la ejecución de la garantía del acreedor de forma previsible y eficiente

46. De poco o nada servirá además la garantía real si el acreedor no puede ejecutarla de manera previsible y eficiente. Así pues, en la Guía se sugieren procedimientos que permitan a los acreedores hacer ejecutar sus garantías sometiendo la ejecución, en su caso, a control judicial o a otro tipo de control, supervisión o revisión oficial. También se recomienda a los Estados que coordinen estrechamente las disposiciones de su régimen de las operaciones garantizadas con las de su régimen de la insolvencia a efectos de respetar la eficacia y la prelación que pueda tener una garantía real antes de la apertura de un procedimiento de insolvencia, así como su valor económico, con arreglo a las disposiciones pertinentes del régimen de la insolvencia.

J. Compaginar los intereses de las personas afectadas

47. Como las operaciones garantizadas afectan a los intereses de diversas personas, entre ellas el deudor, otros otorgantes, los acreedores concurrentes (por ejemplo, los acreedores garantizados, privilegiados y ordinarios), los compradores y otros beneficiarios, así como a los intereses del Estado, en la Guía se proponen normas que permitan tener en cuenta todos esos legítimos intereses y cumplir de forma equilibrada todos los objetivos enumerados en la presente sección.

K. Armonizar los regímenes de las operaciones garantizadas, incluidas las normas sobre conflicto de leyes

48. La adopción de legislación basada en las recomendaciones enunciadas en la Guía dará lugar a la armonización de los regímenes de las operaciones garantizadas (concretamente mediante la promulgación de leyes sustantivas análogas que facilitarán el reconocimiento transfronterizo de las garantías reales). Este resultado ya promoverá de por sí el comercio internacional y la circulación de bienes y servicios entre los países. Por otra parte, si no fuera posible armonizar del todo los regímenes nacionales, las normas sobre conflicto de leyes serían particularmente útiles para facilitar las operaciones transfronterizas. Sin duda lo serían, por ejemplo, para ayudar a los acreedores garantizados a determinar la manera de hacer valer sus garantías reales frente a terceros.