



Asamblea General

Distr. limitada
26 de abril de 2006
Español
Original: inglés

**Comisión de las Naciones Unidas para
el Derecho Mercantil Internacional**
Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales)
Décimo período de sesiones
Nueva York, 1º a 5 de mayo de 2006

Garantías reales

Recomendaciones del proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas

Nota de la Secretaría*

Índice

| | <i>Recomendaciones</i> | <i>Página</i> |
|---|------------------------|---------------|
| I. Objetivos clave | 1 | 2 |
| II. Ámbito de aplicación | 2-4 | 2 |
| III. Prácticas básicas en materia de garantías reales | 5-6 | 6 |
| IV. Constitución de la garantía real (validez entre las partes) | 7-34 | 8 |

* Se presenta este documento, estando ya vencido el plazo de las diez semanas previas al comienzo de la reunión, debido a la necesidad de concluir las consultas y de introducir las consiguientes enmiendas.



Recomendaciones del proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas

I. Objetivos clave

Finalidad

Las recomendaciones sobre objetivos clave tienen por finalidad proporcionar un marco general para el establecimiento y el desarrollo de un régimen de las operaciones garantizadas eficiente y eficaz. Cabría colocar esas recomendaciones en un preámbulo del régimen de las operaciones garantizadas (en lo sucesivo denominado “el régimen”) para que den a conocer los principios en los que se inspira y que habrán de tenerse en cuenta al interpretarlo.

Objetivos clave

1. Deberían examinarse los siguientes objetivos clave:
 - a) Facilitar la concesión de crédito financiero garantizado;
 - b) Permitir el pleno aprovechamiento del valor inherente a los bienes gravables para obtener crédito financiero a través de una amplia gama de operaciones crediticias;
 - c) Facilitar a los interesados la obtención de garantías reales por alguna vía sencilla y eficiente;
 - d) Reconocer la autonomía contractual de las partes;
 - e) Tratar a todas las fuentes de crédito por igual;
 - f) Reconocer la validez de las garantías reales sin desplazamiento;
 - g) Fomentar comportamientos responsables exigiendo que toda parte obre con transparencia y previsibilidad;
 - h) Establecer un orden de prelación claro y previsible;
 - i) Facilitar la realización de toda garantía real de un acreedor de forma previsible y eficiente;
 - j) Compaginar los intereses de las personas que puedan verse afectadas; y
 - k) Armonizar los diversos regímenes legales de las operaciones garantizadas, así como sus reglas de conflicto de leyes.

II. Ámbito de aplicación

Finalidad

La finalidad de las disposiciones sobre el ámbito de aplicación del régimen será precisar quiénes son las partes interesadas, y cuáles son las garantías reales, las obligaciones garantizadas y los bienes gravables a los que será aplicable.

Partes interesadas, garantías reales, obligaciones garantizadas y bienes gravables a los que será aplicable

2. El régimen debería ser aplicable a toda parte en un acuerdo constitutivo de una garantía real, así como a todo tipo de garantía real, obligación garantizada y bien gravable. Toda excepción prevista debería ser limitada y estar claramente especificada en el régimen.

3. En particular, el régimen debería disponer que será aplicable a:

a) Toda persona física y jurídica, incluidos los consumidores, sin menoscabar, no obstante, derecho alguno que esté amparado por la legislación protectora del consumidor;

b) Todo derecho real nacido de un contrato por el que se garantice cualquier tipo de obligación, aun cuando sean obligaciones futuras o de monto fluctuante y aun cuando estén descritas en términos genéricos;

c) Las garantías reales con desplazamiento o sin desplazamiento del bien gravado constituidas sobre bienes muebles y accesorios fijos de otros bienes que respalden algún pago u otro acto de cumplimiento de una o más obligaciones, presentes o futuras, y determinadas o por determinar;

d) Todo tipo de bienes muebles o de accesorios fijos, corporales o inmateriales, que no se hayan excluido expresamente del ámbito de aplicación del régimen, incluidas las existencias, los bienes de equipo y otras mercancías, los créditos por cobrar, los títulos negociables (como cheques, letras de cambio y documentos negociables, los fondos acreditados en una cuenta bancaria [el derecho al cobro del producto de una promesa independiente y los derechos de propiedad intelectual];

[Nota para el Grupo de Trabajo: Tal vez deba examinarse si procede sustituir alguno de los términos actualmente utilizados en todo el proyecto de guía por términos como “garantía sobre el producto de una promesa independiente” y “garantía sobre una cuenta bancaria”. El término “garantía sobre el producto de una promesa independiente” denota que el bien gravado no es el derecho al cobro de una promesa independiente o el propio producto de dicha promesa y es más breve que el término actual. El término “garantía sobre una cuenta bancaria” denota igualmente mejor que el bien gravado no es la propia relación entre el cliente y su banco.]

e) Las garantías reales adquiridas por transferencia de la titularidad y todo otro tipo de derecho real que garantice el pago o alguna otra forma de cumplimiento de una o más obligaciones, independientemente de la forma de la operación de que se trate y de que el propietario de los bienes gravados sea el acreedor garantizado o el otorgante, incluidas las diversas formas de acuerdos de retención de la titularidad, de arrendamiento financiero o de arrendamiento con opción de compra; y

f) Toda transferencia pura y simple en general;

[Nota para el Grupo de Trabajo: Tal vez deba señalarse que la definición “crédito por cobrar” en el párr. 21 o) del A/CN.9/WG.VI/WP.22/Add.1 excluye el derecho al cobro de un título negociable, la obligación de pago de una promesa independiente y la obligación asumida por un banco de pagar los fondos acreditados en toda cuenta bancaria. De resultas de ello, la recomendación 3 f) no

será aplicable ni a una cesión incondicional de un título negociable, ni a una promesa independiente ni a un derecho al cobro de los fondos acreditados en una cuenta bancaria. Ahora bien, las recomendaciones sí serán aplicables a toda transferencia de dichos bienes para fines de garantía, ya que dicha finalidad hace que la transferencia pase a ser una operación garantizada. Por ejemplo, la transferencia para fines de garantía de un derecho al cobro de los fondos depositados en una cuenta bancaria, pasará a ser objeto de la recomendación en su calidad de método para obtener el control (véase la definición de “control” en A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.1). Respecto de si la transferencia pura y simple de un título negociable debe ser objeto del régimen previsto en el proyecto de guía, véase la nota que sigue a la rec.3 f) en el documento A/CN.9/WG.VI/WP.26.]

g) [Ciertos tipos de bienes sujetos a un requisito de inscripción en un registro especial o de anotación en un certificado de titularidad, así como otros métodos de dotar a la garantía de validez u oponibilidad frente a terceros con arreglo a alguna ley especial (tales como una anotación en libros o un acuerdo de control), como sería el caso de los valores bursátiles o de los bienes inmuebles,] así como las aeronaves, los buques y sus accesorios fijos en la medida en que las recomendaciones de la presente ley no sean incompatibles con el derecho interno por lo demás aplicable a estas categorías de bienes o con las obligaciones internacionales del Estado a dicho respecto. De existir alguna incompatibilidad directa, el régimen legal interno de las operaciones garantizadas deberá confirmar expresamente que, en la medida de esa incompatibilidad, dichos bienes se regirán por la ley o las obligaciones internacionales del Estado que les sean por lo demás aplicables.

[Nota para el Grupo de Trabajo: Tal vez deba recordarse que los valores bursátiles y los bienes inmuebles están excluidos del ámbito de aplicación del proyecto de guía a título de bienes originariamente gravados (véase rec. 4 a) y b) infra). Ahora bien, esos bienes pueden ser objeto de las recomendaciones del proyecto de guía en dos supuestos.

En primer lugar, si una garantía real sobre valores bursátiles o una hipoteca garantice el pago de un crédito por cobrar, de un título negociable o de alguna otra obligación, y el crédito por cobrar es objeto de una cesión, la garantía real sobre los valores bursátiles o la hipoteca deberán seguir al crédito por cobrar cedido. Esta regla no menoscaba ningún derecho de un tercero, ni los requisitos existentes en materia de prelación o de realización de la garantía con arreglo al derecho aplicable a los títulos valores o a los bienes inmuebles (véase rec. 16 en A/CN.9/WG.VI/WP.26). Por ejemplo, gozará de prelación toda garantía real sobre valores bursátiles intermediados que se haya hecho oponible frente a terceros mediante una anotación en libros o mediante un acuerdo de control negociado con arreglo al régimen legal de los títulos valores. Este sería el resultado a tenor del art. 5 3) y 10 1) del proyecto de convenio del UNIDROIT sobre el régimen sustantivo aplicable en materia de valores bursátiles intermediados (véase Study LXXVIII-Doc. 42, March 2006).

Cabe también que los valores bursátiles o los bienes inmuebles se vean afectados por las recomendaciones del proyecto de guía, en todo supuesto en el que pasen a ser el producto reportado por un bien gravado al que sea aplicable el proyecto de guía (p. ej., si son el producto de las existencias gravadas o de los fondos acreditados en una cuenta bancaria que esté gravada). En esos supuestos, la

garantía real constituida sobre el bien originariamente gravado pasará a recaer sobre el producto reportado por dicho bien (véanse recs. 29 y 30 en A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4). Se está debatiendo actualmente acerca de si la validez frente a terceros de una garantía real así constituida sobre el producto requiere algún acto adicional para que sea oponible a terceros (véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, recs. 41 y 41 bis). Ahora bien, cualquiera que sea el resultado del debate actual sobre las recs. 41 y 41 bis, si el producto está en forma de un bien al que no sean aplicables las recomendaciones del proyecto de guía, cabe prever que, con arreglo al derecho por lo demás aplicable, haga falta algún otro acto para que la garantía real sea oponible a terceros.

A fin de reflejar mejor el hecho de que tanto los valores bursátiles como los bienes inmuebles pueden verse afectados por la Guía, tal vez proceda examinar si debería condicionarse su exclusión, conforme al texto que aparece entre corchetes en la recomendación 3 g) en vez de excluirlos sin más con arreglo al texto de la recomendación 4 a) y b).

De adoptar el Grupo de Trabajo este criterio, tal vez haya de ampliarse el texto de la recomendación 40 para prever otros métodos de hacer una garantía oponible frente a terceros, que no sean únicamente la inscripción en un registro especializado o la anotación en un certificado de titularidad (p. ej., una anotación en libros o un acuerdo de control) y tal vez convenga enunciar una nueva recomendación que, en términos similares a los de las recomendaciones 83 y 85, salvaguarde la prelación de toda garantía que se haya hecho oponible a terceros por alguno de estos métodos especiales.

Tal enfoque sería coherente con el adoptado en el proyecto de guía respecto de los accesorios fijos de bienes inmuebles o de los accesorios fijos de bienes muebles sujetos a inscripción en un registro especializado o en un certificado de titularidad (véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, recs. 46, 46 bis, 82, 83, 84 y 84 bis), con arreglo al cual toda garantía real sobre un accesorio fijo de un inmueble, o sobre un accesorio fijo de un bien mueble sujeto a inscripción en un registro especializado o en un certificado de titularidad, quedará subordinada a toda otra garantía real constituida sobre dicho inmueble o sobre dicho bien mueble, salvo que la garantía real sobre el accesorio fijo haya sido inscrita en primer lugar en el registro de la propiedad o en el registro especializado, o salvo que haya sido anotada en el correspondiente certificado de titularidad.

Dicho enfoque sería además coherente con el del proyecto de convenio del UNIDROIT, cuyo artículo 10 1) dispone que toda garantía real sobre valores bursátiles (a título de bien gravado originario o de producto reportado por dicho bien), que se haya hecho oponible a terceros con arreglo al proyecto de convenio, gozará de prelación sobre toda otra garantía real que se haya hecho oponible con arreglo al derecho por lo demás aplicable al margen del convenio (es decir, con arreglo al régimen legal al que remitan las recomendaciones del proyecto de guía). La razón de ser de este enfoque es que el sistema basado en la anotación en libros o en el acuerdo de control previsto por dicho proyecto de convenio perdería fiabilidad si una garantía real sobre valores bursátiles intermediados, constituida y dotada de validez frente a terceros con arreglo al derecho por lo demás aplicable, fuera a gozar de prioridad sobre una garantía real que se rigiera por el convenio.

Además, este enfoque evitaría que se excluyera del ámbito de aplicación de la guía a los valores que obren directamente en poder de su titular, en la medida en que no estén sujetos a ningún régimen legal especial ni siquiera les es aplicable a dichos valores el proyecto de convenio del UNIDROIT). Se eliminaría así toda laguna respecto de, por ejemplo, las garantías constituidas sobre las acciones de una filial que obren en poder de la sociedad matriz, a las que se recurre para garantizar muchas operaciones de préstamo mercantil.

El proyecto de guía será aplicable, por otra parte, a las garantías reales sobre el cobro del producto de una promesa independiente, pero no será, en cambio, aplicable a las garantías reales constituidas sobre una promesa independiente. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si debe enunciarse este hecho explícitamente en las recomendaciones. Cabría hacerlo por medio de una exclusión condicionada en la recomendación 3 g) que dijera “y a las promesas independientes en la medida en que las recomendaciones del presente régimen no sean incompatibles con alguna ley o práctica especial que les sea aplicable”. En todo caso, el comentario debería explicar que, si un bien por lo demás ajeno al ámbito de las recomendaciones del proyecto de guía pasa a ser objeto de ellas, por constituir el producto reportado por un bien que caiga dentro del ámbito de aplicación del proyecto de guía o por garantizar el pago o alguna otra forma de cumplimiento de un crédito por cobrar, de un título negociable o de alguna otra obligación que sea objeto del proyecto de guía, la constitución y la oponibilidad de la garantía real, así como los conflictos de leyes concernientes a estas cuestiones, se regirán por las recomendaciones del proyecto de guía, mientras que los derechos de terceros y la realización de la garantía, así como los conflictos de leyes concernientes a esas cuestiones, quedarán sujetos al derecho por lo demás aplicable al margen del proyecto de guía.

Si el Grupo de Trabajo decide retener la exclusión incondicional de las garantías reales sobre valores bursátiles (o sobre valores bursátiles intermediados), así como sobre bienes inmuebles, y agregar la promesa independiente a la lista de la rec. 4, en vez del texto de las exclusiones condicionadas anteriormente sugeridas, tal vez proceda considerar la inclusión del texto sugerido en la última oración del párrafo anterior en alguna recomendación.]

h) Los derechos de propiedad intelectual en la medida en que las recomendaciones de la presente ley no sean incompatibles con el derecho interno o las obligaciones internacionales del Estado que sean aplicables a dichos bienes. Todo Estado que vaya a promulgar una norma legal de las operaciones garantizadas inspirada en la presente Guía deberá decidir si procede ajustar algunas de las recomendaciones para que resulten aplicables a las garantías reales sobre bienes de propiedad intelectual. A este respecto, todo Estado deberá examinar su derecho interno aplicable a la propiedad intelectual, así como toda obligación que haya asumido en algún tratado, convenio u otro acuerdo internacional sobre propiedad intelectual y, en el supuesto de que las recomendaciones de la presente Guía sean directamente incompatibles con alguna norma legal u obligación internacional del Estado, la nueva norma que dicho Estado promulgue al respecto deberá confirmar expresamente que, dondequiera que haya alguna incompatibilidad, seguirá rigiendo el derecho interno actual y las obligaciones que sean aplicables a la cuestión de que se trate. Al estudiar si procede hacer algún ajuste en las recomendaciones a fin de que resulten más aplicables a las garantías reales sobre bienes de propiedad

intelectual, todo Estado deberá analizar a fondo cada caso con miras a dotarse de un régimen eficiente de las operaciones garantizadas que ampare y facilite el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual con arreglo a su propio derecho interno y a lo estatuido en los convenios internacionales en los que sea parte.

4. Salvo con el alcance limitado previsto en las recomendaciones 16 y 37 relativas a la fianza o a la garantía real otorgada como respaldo de un crédito por cobrar, de un título negociable o de alguna otra obligación que esté dentro del ámbito de aplicación de la guía, el régimen no debería ser aplicable a las garantías reales constituidas sobre:

- a) Valores bursátiles;
- b) Bienes inmuebles, con excepción de los accesorios fijos de un inmueble;
- c) Sueldos y salarios;
- d) [Bienes que sean necesarios para la salud o subsistencia básica del otorgante o de algún miembro de su hogar.]

[Nota para el Grupo de Trabajo: Respecto de la exclusión incondicional que se hace de los bienes descritos en la recomendación 4 d), el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar sustituirla por una exclusión únicamente aplicable a las recomendaciones enunciadas en el capítulo concerniente a la realización por vía ejecutoria de una garantía. Con arreglo a dicho enfoque, la realización por vía ejecutoria de una garantía real constituida sobre bienes de la categoría descrita en el apartado d) del párrafo 4 estaría sujeta a las mismas exenciones que sean aplicables con arreglo al derecho procesal general a la ejecución de toda garantía judicial reconocida a algún acreedor con una garantía sobre bienes de esa misma categoría (véase la nota de la recomendación 3 g) supra y 39 bis en A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.5). Con independencia de si el Grupo de Trabajo opta a favor de una exclusión condicionada o de una exclusión incondicional de los valores bursátiles y de la propiedad inmueble, cabría retener el texto entre corchetes (véase A/CN.9/603, párr. 21) en la recomendación 4 y cabría tal vez insertarlo además en la recomendación 3 g).]

III. Prácticas básicas en materia de garantías reales

Finalidad

La finalidad de las recomendaciones sobre prácticas básicas en materia de garantías reales es asegurar que el régimen regule de forma completa y coherente todos los tipos de operaciones que hagan las veces de garantía.

Enfoque global

5. El régimen debería ofrecer un juego completo y coherente de disposiciones que regularan las garantías reales sin desplazamiento sobre bienes corporales e inmateriales.

Enfoque funcional

6. El régimen debería abordar todos los mecanismos que cumplen funciones de garantía como operaciones garantizadas, incluidos la cesión de la titularidad sobre bienes corporales o la cesión de bienes inmateriales a efectos de garantía, la retención de la titularidad, los arrendamientos financieros y los acuerdos de arrendamiento con opción de compra, excepto en la medida en que la recomendación 125 prevea otra cosa [véase A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.5].

IV. Constitución de la garantía real (validez entre las partes)

Finalidad

La finalidad de las disposiciones del régimen concernientes a la constitución de una garantía real será especificar cómo se constituye una garantía real sobre bienes muebles (es decir, cómo adquiere validez entre las partes).

Constitución de una garantía real mediante acuerdo

7. El régimen debería especificar que cabrá constituir una garantía real mediante un acuerdo entre el otorgante de la garantía y el acreedor garantizado que figure en un escrito [firmado por el otorgante de conformidad con lo previsto en la recomendación 10] [que deje constancia de la intención del otorgante de conceder una garantía real] o a raíz del cual el otorgante se vea privado de la posesión del bien gravado.

Contenido mínimo del acuerdo de garantía

8. El régimen debería disponer que todo acuerdo constitutivo de una garantía real deberá, cuando menos, identificar al acreedor garantizado y al otorgante y dar una descripción razonable de la obligación garantizada y de los bienes que vayan a quedar gravados. Bastará con que se haya hecho una descripción genérica de la obligación garantizada y de los bienes gravados.

Requisito de forma

9. El régimen debería especificar que toda comunicación electrónica cumplirá con el requisito de la forma escrita siempre y cuando la información que contenga esté accesible para su ulterior consulta (véase el artículo 6 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico).

10. [El régimen debería especificar también que, salvo disposición en contrario, cuando el régimen requiera la firma de una persona, se dará tal requisito por cumplido, en relación con una comunicación electrónica, si:

a) Se utiliza algún método para identificar a esa persona y para indicar que esa persona aprueba la información consignada en la comunicación electrónica; y si

b) El método utilizado es tan fiable como sea apropiado para los fines para los que se generó o se cursó la comunicación electrónica, atendidas todas las circunstancias del caso, así como cualquier acuerdo pertinente (véase el artículo 7 de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico).

Bienes y obligaciones sujetos a un acuerdo de garantía

11. El régimen debería especificar que una garantía real puede garantizar todo tipo de obligaciones, incluidas las obligaciones futuras, las condicionadas y las fluctuantes. También debería especificar que puede constituirse una garantía real sobre todo tipo de bienes, inclusive sobre partes de bienes y derechos indivisos sobre bienes, así como sobre bienes sobre los que el otorgante aún no tenga el dominio o de los que no pueda disponer o los bienes que aún no existan, así como sobre el producto obtenido de ellos. Toda excepción prevista a dichas reglas debería ser limitada y enunciarse claramente en el régimen.

12. El régimen debería especificar que cabrá otorgar una garantía sobre todos los bienes del otorgante.

[Nota para el Grupo de Trabajo: Tal vez deba señalarse que en el comentario se examina un enfoque adoptado en algunos ordenamientos por el que se preserva, en el supuesto de insolvencia de un otorgante de una garantía real sobre todos sus bienes (véase un examen de la garantía real constituida sobre todos los bienes en A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.2, párrs. 20 a 25), cierto porcentaje del valor de los bienes gravados para los acreedores ordinarios (véase A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6, párrs. 33 a 35). Ahora bien, por las razones enunciadas en el comentario, el proyecto de guía no recomienda este enfoque (véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.6, relativo a la prelación reconocida a los acreedores en un procedimiento de insolvencia).]

Constitución de una garantía real sobre créditos por cobrar

13. [Véanse en A/CN.9/WG.VI/WP.26 las recomendaciones concernientes a los créditos por cobrar.]

Constitución de una garantía real sobre un título negociable

24. [Véanse en A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.2 las recomendaciones concernientes a los títulos negociables.]

Constitución de una garantía real sobre el derecho al cobro del producto de una promesa independiente

25. [Véanse en A/CN.9/WG.VI/WP.24 las recomendaciones concernientes a las promesas independientes.]

Constitución de una garantía real sobre los fondos acreditados en una cuenta bancaria

26. [Véanse en A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.1 las recomendaciones concernientes a los fondos acreditados en una cuenta bancaria.]

Constitución de una garantía real sobre un documento negociable

28. [Véanse en A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.3 las recomendaciones concernientes a los documentos negociables.]

Constitución de una garantía real sobre el producto

29. [Véanse en A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4 las recomendaciones concernientes al producto reportado por el bien gravado.]

Constitución de una garantía real sobre accesorios fijos

31. [Véanse en A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4 las recomendaciones concernientes a los accesorios fijos.]

Constitución de una garantía real sobre masas de bienes o sobre productos acabados

32. [Véanse en A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4 las recomendaciones concernientes a las masas de bienes o productos acabados.]

Momento de constitución de la garantía real

33. El régimen debería disponer que, salvo acuerdo en contrario de las partes, toda garantía real pasará a ser eficaz entre las partes en el momento en que se concluya el acuerdo de garantía o en el momento en que el otorgante se vea privado de la posesión del bien gravado, si esto ocurre antes.

34. El régimen debería disponer que, salvo acuerdo en contrario de las partes, quedará constituida una garantía real sobre bienes futuros en el momento en que el otorgante adquiera su derecho sobre tales bienes o adquiera el derecho a transferir derechos sobre los mismos.
