



Asamblea General

Distr. limitada
24 de abril 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

Proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas

Nota de la Secretaría*

1. En su 34º período de sesiones, la Comisión decidió encomendar a un grupo de trabajo el mandato de elaborar “un régimen legal eficiente para los derechos de garantía sobre bienes que fueran objeto de alguna actividad comercial, incluidos los bienes inventariados, a fin de determinar qué cuestiones habrían de tratarse: por ejemplo, la forma del instrumento, el alcance exacto de los activos que podían servir de garantía ...”¹. Poniendo de relieve la importancia del tema y la necesidad de consultar a los especialistas y a las organizaciones con experiencia en la materia, la Comisión recomendó que se celebrara un coloquio de dos a tres días de duración².

2. A fin de facilitar la labor del Grupo de Trabajo, la Secretaría ha preparado un primer anteproyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas (A/CN.9/WG.VI/WP.2 y Add.1 a 12). Del 20 al 22 de marzo de 2002 se celebró en Viena un coloquio internacional sobre las operaciones garantizadas, cuyo informe figura en el documento A/CN.9/WG.VI/WP.3. A raíz del coloquio, la Secretaría recibió del Banco Europeo de Reconstrucción y Fomento (BERD) observaciones sobre el primer anteproyecto de guía legislativa. Estas observaciones se reproducen en el anexo que figura a continuación.

* La presente nota se publica cuando ya ha transcurrido el plazo mínimo de diez semanas previas al inicio de la reunión. Esta demora se debe a que las observaciones que contiene el documento fueron presentadas a la Secretaría de la Comisión pocos días antes de su publicación.

¹ Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento N° 17 (A/56/17), párr. 358.

² *Ibid.*, párr. 359.



Anexo

Observaciones del Banco Europeo de Reconstrucción y Fomento (BERD)

1. Durante los últimos diez años, el Banco Europeo de Reconstrucción y Fomento (BERF) ha emprendido una labor de reformas jurídicas, entre las cuales destaca particularmente la reforma relativa a las operaciones garantizadas. Cuando en 1991 se fundó el BERF para participar en los esfuerzos de reconstrucción de los antiguos países comunistas de Europa central y oriental, se hizo de inmediato evidente que el Banco y otras entidades de la región tropezarían con serios obstáculos si no existía el marco jurídico necesario para asegurar esas inversiones. Este marco no podía lograrse mediante la simple promulgación de una nueva ley sino que requería una reflexión exhaustiva sobre las disposiciones aplicables a los derechos reales de garantía y sobre la ejecución eficaz de esas reformas. El proceso se inició lentamente y se ha ido intensificando con los años, como lo demuestra el hecho de que casi todos los países de la región han ido emprendiendo, de un modo u otro, reformas al respecto.

2. El propio BERF ha contribuido de muchas maneras a este proceso. Por ejemplo, el Banco ha elaborado un modelo para la reforma. Concretamente, en 1994 se publicó la Ley Modelo del BERF sobre Operaciones Garantizadas y en 1998 se publicaron los diez principios básicos del BERF sobre operaciones garantizadas. Además, el BERF ha evaluado los progresos realizados en la región. En 1999 se publicó por primera vez el estudio regional del BERF sobre los regímenes de las operaciones garantizadas, que desde ese año se ha ido actualizando periódicamente. Además, el BERF ha contribuido directamente a los progresos prestando asistencia técnica a varios países en la reforma de su régimen de las operaciones garantizadas y en su ejecución. Por consiguiente, el BERF tiene un gran interés en seguir la nueva iniciativa de la CNUDMI en esta materia y en participar en ella. Esta iniciativa constituye una oportunidad para ampliar y desarrollar la labor realizada en este ámbito por el BERF, el Banco Asiático de Desarrollo (BAD), el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (Banco Mundial) y otras instituciones que se ocupan de reformas jurídicas internacionales. La labor de la CNUDMI puede tener inmensas repercusiones mundiales. Además, a pesar de no tratarse de una convención sino de una guía legislativa no vinculante, consideramos que puede tener un mayor impacto en la labor de reforma jurídica en todo el mundo, ya que sería sin duda el documento más avanzado y más exhaustivo que existe sobre los regímenes de las operaciones garantizadas.

3. El BERF desea actuar como observador activo, dando ejemplos sobre los problemas que se plantean en el proceso de reforma jurídica y los modos en que se han resuelto estos problemas en distintos países de Europa central y oriental. El BERF desea también poner de relieve los beneficios económicos que se derivarían de un mercado eficiente de créditos garantizados, que no debiera sacrificarse en aras de las tradiciones y de conceptos teóricos. Los problemas prácticos en el ámbito de las operaciones garantizadas y las dificultades y las ineficiencias económicas que habría para resolverlos con la actual legislación (suponiendo que pudieran resolverse) deberían ser los factores que incitaran a los legisladores a emprender reformas en este campo y a remitirse para ello a la futura Guía Legislativa de la

CNUDMI. A menudo son los profesionales del derecho las personas más indicadas para convencer con sus argumentos a los legisladores de que es preciso modificar las reglas y las prácticas tradicionales para que puedan ajustarse a las necesidades económicas modernas.

4. Tras haber leído el primer anteproyecto de guía legislativa, que actualmente tiene a su disposición el Grupo de Trabajo y tras haber participado en el Coloquio, quisiéramos poner de relieve ciertas cuestiones que se han planteado en la labor que hemos realizado en los países en transición.

a. La Guía debería estimular el cambio

5. La finalidad de la elaboración de una guía legislativa es obtener un producto que estimule el cambio. Sería decepcionante que la Guía fuera leída y apoyada por los países que ya tienen un régimen jurídico eficaz para las operaciones garantizadas pero que fuera descartada por los países en que más se necesita un cambio. Es interesante señalar que probablemente la Guía será tan pertinente y útil para muchos países desarrollados como para los países en desarrollo y los países con economías en transición. También sería decepcionante que, al tener que llegar a soluciones de transacción, el Grupo de Trabajo diluyera las políticas de reforma hasta el punto de que la Guía ya no resultara clara ni imperativa.

6. Si bien es inevitable que la Guía resulte ser un documento relativamente largo con un gran número de detalles, es crucial que ponga de relieve una serie de recomendaciones que se concentren en los resultados esenciales que deben obtenerse, con una indicación (en su caso) de otros medios (también eficaces) que permitan lograr esos objetivos. Por ejemplo, a nuestro entender, es preciso enunciar muy claramente los requisitos básicos para la constitución de la garantía real y los elementos de que debe constar todo régimen al respecto. La Guía no puede limitarse a una presentación de las diversas opciones enunciadas en los regímenes existentes para escoger una de ellas. Es necesario hacer una distinción entre esos conceptos o características del régimen que sean esenciales para todo el proceso de reforma (por ejemplo, la capacidad para gravar sin formalidades suplementarias, bienes ya especificados o que se adquirirán en el futuro) y los objetivos y características de menor importancia que pueden introducirse o mejorarse en una fase ulterior, en función de la necesidad y propensión del país interesado. Inversamente, la Guía no debería tratar de imponer soluciones, ni siquiera en cuestiones de detalles prácticos, en que cabría adoptar otros enfoques (por ejemplo, el hacer extensiva la garantía al producto de la venta del bien gravado; la garantía del dinero de compra; el método para dar certeza sobre la fecha del acuerdo de garantía; la renovación de la inscripción).

b. La Guía no debería establecer una bipolarización entre los regímenes de *common law* y los regímenes de derecho civil

7. Es conveniente que la Guía, aun reconociendo la distinción entre las tradiciones jurídicas de derecho civil y las de *common law*, no condene en la práctica al “ostracismo” a algunos países que puedan sentirse excluidos de los esfuerzos y necesidades de reforma por tener una tradición jurídica evidentemente “distinta”. En su labor al respecto, el BERF se ha guiado por un principio

consistente en seguir muchas soluciones útiles de los regímenes de *common law* adaptándolas a las técnicas modernas de financiación de modo que resulten compatibles con las tradiciones de derecho civil de muchos ordenamientos jurídicos de Europa central y oriental. La experiencia ha reforzado nuestra convicción de que las tradiciones jurídicas no son obstáculos para la reforma de los regímenes de las operaciones garantizadas y que no impiden adoptar un régimen económicamente eficiente, siempre y cuando haya determinación para reformar y puedan hacerse variaciones y adaptaciones en función de las diferencias entre instituciones, estilos y prácticas aceptadas.

8. El mensaje de la Guía debe ser siempre simple (aunque no simplista), de modo que las personas que prevean reformas puedan entender fácilmente su contenido. Si la Guía es demasiado compleja, tiene un estilo oscuro o parece demasiado inspirada en un determinado sistema que no resulte aceptable como modelo para todos los países, carecerá de utilidad. Conviene recordar también que probablemente será traducida y utilizada en muchos contextos de reformas jurídicas; de ahí la necesidad de que tenga un texto claro, llano e imparcial.

c. En la Guía debería ponerse de relieve la distinción entre un enfoque formal y un enfoque funcional

9. La necesidad de un análisis funcional de las operaciones garantizadas es evidente, tal como se señala en toda la Guía con diversas justificaciones, pero sin explicaciones claras. A nuestro entender, ésta es una de las cuestiones más difíciles y de las más controvertidas y debe abordarse abiertamente. Hay aferradas opiniones a favor y en contra de un enfoque funcional de las garantías reales (que abarque cualquier operación cuya función sea dar a una parte la garantía de reembolso de una obligación existente, independientemente de la forma y de la técnica jurídica adoptada por las partes). Toda reforma que entrañe la adopción de un enfoque funcional implica también una mayor revisión de la legislación sobre obligaciones y bienes, así como cambios fundamentales en el modo de abordar cuestiones jurídicas y prácticas. Esta reforma no puede consistir en una introducción relativamente aislada de las garantías reales sin desplazamiento de la posesión que aporte al mercado un nuevo tipo de garantía adaptado a sus necesidades. El objetivo adquiere mayores dimensiones, y tanto la reforma como su ejecución requerirán una preparación y recursos más amplios. Es preciso que las autoridades encargadas de la reforma lo comprendan muy claramente y que sopesen cuidadosamente las ventajas y los inconvenientes de un enfoque puramente funcional. Sobre la base de nuestra experiencia, sugerimos que se adopte un enfoque formal (que abarque no sólo las operaciones que revistan la forma requerida para la constitución de una garantía) que se ajuste a los objetivos económicos de la reforma de las operaciones garantizadas, dejando un margen considerable para alentar la convergencia de regímenes, por ejemplo, introduciendo reglas similares para las operaciones de cuasigarantía en lo relativo a la divulgación, la prelación y la ejecución.

10. Conviene que la terminología empleada al respecto en la Guía sea muy clara, concretamente en la definición de los objetivos fundamentales y en el enfoque básico de las cuestiones de garantía, y que no se asuma implícitamente la adopción de un criterio funcional sin las debidas explicaciones.

d. La Guía debería permanecer abierta al concepto de un régimen de las operaciones garantizadas que abarque los bienes muebles y los inmuebles

11. Otra asunción implícita que se hace en la Guía es la separación estricta entre bienes muebles y bienes inmuebles. Aunque esta separación pueda ajustarse perfectamente a algunos regímenes jurídicos, es posible que no siempre resulte apropiada. Inversamente, en algunos casos, puede ser conveniente que un país trate de reformar ambas cosas al mismo tiempo sometiendo a las mismas reglas las garantías sobre bienes muebles y las garantías sobre bienes inmuebles. La Guía debería dejar abierta esta opción y dar orientación general sobre la forma óptima de abordar una reforma que abarque a la vez los bienes muebles y los bienes inmuebles.

e. Debe expresarse con toda claridad la necesidad de divulgación de las garantías reales

12. La Guía no debe dejar ninguna duda sobre la necesidad de que los regímenes modernos de las operaciones garantizadas prevean un sistema de divulgación a través del cual los terceros puedan saber que el deudor ha constituido una garantía real sobre determinados bienes en beneficio de un acreedor y mediante el cual se resuelvan también las cuestiones de prelación. Esta necesidad debe plasmarse, en particular, en los principios fundamentales de la Guía. Si bien la falta de divulgación no ha impedido que en algunas economías se desarrollara un mercado de créditos garantizados, sería una contradicción que en una economía de mercado abierto se fomentara una mayor utilización de los bienes como garantía y, al mismo tiempo, se permitiera ocultar la existencia de esa garantía a otras personas presentes en el mercado. El principio de la divulgación se está abriendo camino, de forma lenta pero segura, en todos los países de la región en que interviene el BERF. Conviene adoptar difíciles decisiones para aplicar el requisito de la divulgación, como por ejemplo la de los efectos jurídicos de la inscripción en el registro y del carácter no auténtico de la información registrada, y todo ello debe enunciarse claramente en la Guía, tal como se acepta en el actual anteproyecto.

f. La Guía debería adoptar una posición clara en lo relativo a la ejecución

13. La ejecución de una garantía real pone a prueba la absoluta razón de ser de la garantía. Si la ejecución no permite obtener liquidez rápida y eficazmente de los bienes gravados ni el cobro por parte del acreedor garantizado se mina gravemente la confianza en la garantía como medio para reducir los riesgos en los créditos. No obstante, ésta puede ser la parte más difícil de la reforma, dado que el régimen de la ejecución deberá estar necesariamente muy vinculado con las reglas existentes de procedimiento civil en cuestiones como el cobro de la deuda (ejecución de contratos) mediante decisiones judiciales, acciones judiciales para obtener la posesión, medidas cautelares sobre los bienes y ejecución de garantías sobre los bienes muebles e inmuebles. Además, en este aspecto, más que en cualquier otro, la existencia de instituciones y su buen o mal funcionamiento será la clave del éxito de la reforma. Por ejemplo, el sistema judicial, su capacidad, su forma de funcionar y el riesgo de corrupción, la existencia y la eficacia de otras profesiones pueden desempeñar un papel clave en los procedimientos de ejecución (especialmente

cuando se realicen de forma privada, por ejemplo, mediante funcionarios judiciales, notarios, otros abogados, subastadores y otros expertos) serán determinantes para el éxito de la reforma.

14. Dada la importancia de la ejecución y dadas las limitaciones para la adopción de un enfoque general prescriptivo cuando deban tenerse en cuenta tantos factores externos, es indispensable remitirse a los objetivos del sistema en cuanto a la puntualidad y la eficiencia. A este respecto, es importante tomar en consideración las expectativas realistas de lo que cabe lograr en un país, en vez de imponer soluciones que puedan funcionar en algunos ordenamientos jurídicos pero que fracasen en otros a causa de las diferencias entre los derechos procesales y los marcos institucionales.

15. A menudo se polarizan las opiniones cuando los debates sobre la ejecución se centran en la intervención judicial. El criterio de conceder a las partes amplios derechos para resolver entre ellas las cuestiones y de limitar la intervención de los tribunales al supuesto de la ausencia de otras reglas aplicables es muy encomiable pero a menudo va en contra de las tradiciones y percepciones profundamente arraigadas sobre el papel de los tribunales. En muchos países se cuenta mucho con la intervención judicial. Cuando existen deficiencias en el modo en que un sistema judicial lleva a cabo su función, es posible que un proceso ineficiente dominado por los tribunales se considere un mal menor respecto a un régimen de autonomía en que los tribunales no puedan asegurar la debida protección contra los abusos o medidas impropias del acreedor. Las soluciones viables radican la mayoría de las veces en una investigación razonada de los distintos métodos con que se puede lograr la ejecución, el posible impacto económico de cada método (y el efecto resultante para la percepción de la garantía) y los distintos medios disponibles para asegurar un equilibrio equitativo entre los intereses justificables del deudor y los del acreedor.