



Asamblea General

Distr. limitada
13 de junio de 2003
Español
Original: inglés

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales)

Cuarto período de sesiones

Viena, 8 a 12 de septiembre de 2003

Garantías reales

Proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas

Informe del Secretario General

Adición

Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
Proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas	1-90	1
VII. Prelación	1-90	3
A. Observaciones generales	1-77	3
1. El concepto de prelación y su importancia	1-5	3
2. Reglas de prelación	6-17	4
a. Orden de prelación basado en la fecha de inscripción	7-11	4
b. Orden de prelación basado en la posesión o el control del bien gravado	12-14	6
c. Otras reglas de prelación	15-17	6
3. Categorías de acreedores concurrentes	18-59	7
a. Otros acreedores garantizados por vía contractual	18	7
b. Acreedores no garantizados	19-20	8
c. Vendedores de bienes gravados	21-33	8
d. Compradores de bienes gravados	34-43	11



e.	Acreeedores judiciales.....	44-49	14
f.	Acreeedores legales (privilegiados)	50-53	15
g.	Acreeedores que almacenan bienes gravados o les añaden valor ..	54-57	16
h.	Representante de la insolvencia	58-59	17
4.	Prelación respecto de futuros anticipos y bienes adquiridos ulteriormente	60-64	18
a.	Futuros anticipos	60-62	18
b.	Bienes adquiridos ulteriormente	63-64	19
5.	Prelación en cuanto al producto	65-73	19
6.	Modificación voluntaria de la prelación: acuerdos de subordinación ..	74-75	21
7.	Importancia de la prelación anterior a la ejecución	76-77	21
B.	Resumen y recomendaciones	78-90	22

VII. Prelación

A. Observaciones generales

1. El concepto de prelación y su importancia

1. El concepto de “garantía real”, que se utiliza en la presente Guía, designa un derecho real (o sea, un derecho constituido directamente sobre bienes o cosas, a favor de un acreedor, por el que se garantiza el pago o algún otro cumplimiento de una obligación determinada). Por su parte, el término “prelación” se refiere a la medida en que el acreedor pueda cobrar el producto económico de su garantía real con preferencia al derecho que otras partes traten de hacer valer sobre el bien o bienes constituidos en garantía (véase A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1, párr. 14, definición de “prelación”). Como se explica más adelante, los demás acreedores tal vez sean titulares de una garantía real contractual sobre los bienes, tenedores de títulos de deuda no garantizada, el vendedor o el comprador de los bienes, titulares de garantías reales no contractuales sobre los bienes (por ejemplo, de garantías reales creadas por vía judicial o por imperio de la ley) o el representante de la insolvencia del otorgante.

2. El reconocimiento de cierto orden de prelación es el supuesto básico de todo régimen jurídico eficaz de las garantías reales. Está ampliamente reconocido que cierta prelación es necesaria para fomentar las diversas ofertas de financiación garantizada a un costo que sea asequible para las empresas. La prelación permite que los otorgantes de garantías reales constituyan más de una garantía real sobre sus bienes, utilizando así al máximo el valor de sus bienes para obtener más crédito, lo cual es uno de los objetivos clave de todo régimen eficaz y eficiente de las operaciones garantizadas (véase A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1, párr. 27). Además, en la medida en que exista un orden de prelación claro cuyo resultado sea previsible, los acreedores, incluso aquéllos cuyos créditos no estén garantizados, podrán determinar de antemano cuál será su situación si deciden otorgar crédito, y adoptar toda medida que proceda para proteger su crédito, lo cual reducirá los riesgos que deberán asumir los acreedores y a su vez repercutirá positivamente en la oferta y el costo del crédito.

3. Un acreedor habitualmente otorga crédito en función del valor de un bien en particular, sólo si puede determinar con la debida certeza en el momento de hacerlo cuál es la prelación de que gozará frente a su garantía real todo otro crédito sobre dicho bien. El factor crítico para el acreedor que efectúa este análisis es la prelación que le corresponderá a su garantía en el supuesto de que el otorgante se declare insolvente, en particular cuando el bien o los bienes gravados sean la principal o única fuente de reembolso del crédito. En la medida en que el acreedor albergue dudas, en el momento de sopesar si otorgará o no crédito, respecto de la firmeza de su prelación, los bienes gravados le merecerán menos confianza. Esta incertidumbre puede entrañar una elevación del costo del crédito en función del menor valor que el acreedor asignará a los bienes gravados y tal vez induzca al acreedor a negarse por completo a otorgar crédito.

4. Para minimizar esa incertidumbre, es importante que el régimen de las operaciones garantizadas contenga reglas de prelación claras, cuyo resultado sea previsible. La existencia de tales reglas, complementadas por alguna vía eficiente

para determinar con certeza la prelación en el momento de otorgar el crédito, tal vez sea tan importante para el acreedor como las particularidades del régimen de prelación en sí. Un acreedor aceptará con frecuencia que algún otro acreedor goce de mayor prelación, siempre que pueda determinar que en última instancia podrá obtener un valor suficiente de los bienes gravados en pago de su préstamo, en un supuesto de impago por el otorgante. Por ejemplo, un acreedor puede estar dispuesto a conceder préstamos a un otorgante en función del valor de las existencias actuales y futuras que éste posea, aun cuando esos bienes se hayan constituido en garantía a favor de la parte que vendió las existencias al otorgante o de la parte que las almacenó en su nombre, siempre y cuando el acreedor pueda determinar que, aun después de pagarse esas garantías, podrá venderse o disponerse de alguna otra forma del resto de las existencias, por una cuantía suficiente para reembolsar íntegramente su crédito garantizado. Por supuesto, aunque la Guía se centre en las garantías reales contractuales, todo régimen eficaz de las operaciones garantizadas debe prever también reglas para resolver los conflictos de prelación entre garantías reales contractuales y no contractuales.

5. Es importante destacar que, independientemente del orden de prelación imperante en un ordenamiento determinado, ese orden sólo tendrá importancia en la medida en que sea declarado aplicable por las reglas de conflictos de leyes del foro competente. Esta cuestión se examina en el capítulo X (véase A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.7, párrs. ...).

2. Reglas de prelación

6. En esta sección se examinan varios métodos posibles para determinar el orden de prelación. Es importante destacar que en un mismo ordenamiento jurídico pueden coexistir eficazmente varias de esas reglas, siempre y cuando sean aplicables a diferentes tipos de conflictos de prelación.

a. Orden de prelación basado en la fecha de inscripción

7. Como se explicó anteriormente (véanse los párrafos 2 a 4), a fin de fomentar la disponibilidad de financiación garantizada a un costo que sea asequible, cabe instituir un régimen de prelación que permita a los otorgantes de la garantía sacar el máximo provecho del valor de sus bienes para obtener créditos y a los acreedores determinar con la debida certeza en el momento de otorgar crédito el grado de prelación que les corresponderá. Según se explica en el capítulo V (véase A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.2, párrs. ...), una de las formas más eficaces de dar certeza, al menos en el caso de las garantías reales sin desplazamiento, es que la prelación se base en algún régimen de inscripción pública de las garantías reales.

8. En la mayoría de los ordenamientos que disponen de un registro público fiable, la prelación se determina por el orden de inscripción (“prelación basada en la fecha de inscripción”). En ciertos ordenamientos jurídicos, este orden surtirá efecto, aun cuando no se hayan satisfecho uno o varios de los requisitos para la constitución de la garantía real, desde el momento de efectuarse la inscripción, lo cual libra al acreedor de tener que volver a consultar dicho registro, tras haber cumplido plenamente los requisitos. De este modo, el acreedor tendrá la certeza de que, una vez efectuada la inscripción registral de su garantía real, ningún otro derecho que se

inscriba tendrá prelación sobre su garantía, salvo las contadas excepciones que se examinan en la sección A.3 *infra*. Gracias a esta certeza, los acreedores pueden determinar con gran confianza el orden de prelación del que gozarán y, como consecuencia, se reduce el riesgo de los créditos que otorgarán. Los otros acreedores existentes o, en su caso, los acreedores potenciales también se benefician, puesto que la inscripción registral sirve de aviso de la existencia de una garantía real, o de su posible creación, lo que les permite adoptar medidas para protegerse. No obstante, el orden de prelación basado en la fecha de inscripción podrá llevarse a cabo de acuerdo a los usos y costumbres en determinados supuestos, como en el caso de las garantías reales constituidas sobre bienes cuyo precio de compra se financia (véase la sección A.3.c. *infra*), o en el caso de los acreedores que gozan de algún privilegio legal (véase la sección A.3.f. *infra*).

9. El orden de prelación basado en la fecha de inscripción puede verse ilustrado en los ejemplos 2 y 3 (véase A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1, párrs. 18 y 23). En estos ejemplos, tanto el prestamista B como el prestamista C gozan de una garantía real sobre los créditos por cobrar y las existencias inventariadas que obren en poder de Agrico o que pasen ulteriormente a sus manos. Con arreglo al orden de prelación basado en la fecha de inscripción, la garantía real del prestamista que haya efectuado antes la inscripción registral de la garantía real constituida sobre las existencias inventariadas y los créditos por cobrar gozará de prelación sobre la garantía real del otro prestamista, independientemente de la fecha en que se hayan cumplido los demás requisitos para la constitución de las garantías de cada prestamista.

10. Algunos ordenamientos prevén que, siempre que la inscripción se haga dentro de un “plazo de gracia” posterior a la fecha de constitución de la garantía real, la prelación se basará en esta fecha y no en la fecha de inscripción. Por consiguiente, una garantía real que se cree antes, pero se inscriba después, podrá tener prelación aun sobre una garantía real cuya constitución sea posterior pero se inscriba antes, siempre y cuando la inscripción del primer derecho se haga dentro del plazo de gracia aplicable. Por consiguiente, la fecha de inscripción no es un indicio certero de la prelación del acreedor hasta que no haya expirado el plazo de gracia, lo cual puede causar gran incertidumbre. En los ordenamientos que no reconocen ese plazo de gracia, los acreedores no se ven perjudicados, puesto que siempre tienen la posibilidad de protegerse efectuando oportunamente su inscripción. Por lo tanto, para no socavar la certidumbre que se adquiere con la regla que establece el orden de prelación basado en la fecha de inscripción, en algunos ordenamientos jurídicos se restringe significativamente el uso de los períodos de gracia, y se aplica solamente a situaciones concretas tales como i) en el caso de una garantía real de la financiación del precio de compra de bienes de equipo (véanse los párrafos 21 a 29), ii) cuando no es logísticamente posible realizar la inscripción antes de la constitución o simultáneamente a ésta, o iii) cuando la diferencia de tiempo transcurrido entre la creación y la inscripción no puede ser minimizada mediante la inscripción electrónica u otro tipo de técnicas de inscripción.

11. El orden de prelación basado en la fecha de inscripción podrá ser aplicable aun cuando el acreedor obtenga una garantía real sabiendo que se ha constituido otra que todavía no se ha inscrito. Todo condicionamiento de la inscripción al conocimiento efectivo que los interesados hayan tenido de ciertos hechos exigirá una investigación de esos hechos y hará impugnable la inscripción, creando un nuevo

motivo de pleito y un incentivo para impugnar la inscripción. Todo esto resta certeza al orden de prelación de los acreedores y socava la eficiencia y eficacia del sistema. Al igual que se dijo respecto de la denegación de un plazo de gracia, la aplicación de este criterio de prelación no perjudicará a los acreedores garantizados, que podrán protegerse efectuando oportunamente su inscripción registral.

b. Orden de prelación basado en la posesión o el control del bien gravado

12. Como se señaló en los capítulos III y V (véanse A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.2, párrs. 5 a 14, y A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.2, párrs. ...), la garantía real con desplazamiento de la posesión ha sido un componente tradicional importante de la legislación sobre los préstamos garantizados de la mayoría de los ordenamientos. En reconocimiento de este hecho, incluso en algunos ordenamientos, cuyo orden de prelación está basado en la fecha de inscripción, se ha previsto que la prelación podrá también basarse en la fecha en que el acreedor obtenga la posesión o el control del bien gravado, sin que medie ningún requisito de inscripción. En estos ordenamientos, la prelación corresponderá a menudo al acreedor que inscriba antes su garantía real sin desplazamiento, o al acreedor que adquiera antes su garantía real por entrega de la posesión o del control del bien gravado, si es éste el que se adelanta.

13. Respecto de ciertas categorías de bienes, los acreedores exigen con frecuencia la posesión o el control del bien o de los bienes gravados para impedir que el otorgante de la garantía infrinja su obligación de no enajenarlos (por ejemplo, en el caso de ciertos instrumentos, como los valores bursátiles certificados, o los documentos de titularidad como los conocimientos de embarque o los recibos de almacén). Tratándose de estas categorías de bienes, el orden de prelación de la garantía real podrá establecerse mediante la posesión o el control de tales bienes o mediante inscripción. La garantía real que deviene eficaz frente a terceros (o sea, que “se perfecciona”) por medio de la posesión o el control tiene prelación frente a una garantía real perfeccionada sólo mediante inscripción, incluso si la inscripción se realiza primero. En los ordenamientos jurídicos en los que existe un sistema de inscripción, salvo en contadas situaciones como ésta, no se permite que otro régimen de prelación coexista con el sistema del orden de prelación basado en la fecha de inscripción.

14. En los ordenamientos jurídicos en los que la prelación puede ser determinada mediante la inscripción, la posesión o el control, se plantea la cuestión de si cabe permitir o no que un acreedor garantizado cuya prelación se haya determinado por uno de esos métodos pueda optar por otro sin perder la prelación de que gozaba originariamente respecto de los bienes gravados. En principio, no habría inconveniente en permitir a un acreedor que conserve su prelación, siempre que la inscripción, la posesión o el control se sucedan sin discontinuidad, para que la garantía real esté determinada en todo momento por uno u otro método.

c. Otras reglas de prelación

15. En algunos ordenamientos, la prelación se determina por la fecha de constitución de la garantía real y no por la fecha su inscripción (una variante de la regla del orden de inscripción). Este sistema se ha adoptado en algunos

ordenamientos jurídicos que permiten las garantías reales sin desplazamiento, pero que no han previsto un sistema de inscripción fiable o que no disponen de ninguno. En estos ordenamientos jurídicos, el acreedor suele fiarse de las declaraciones del otorgante de la garantía o de la información que pueda obtener en el mercado para averiguar si existen o no créditos concurrentes.

16. En otros ordenamientos jurídicos, cuando se trata de determinadas categorías de bienes, como los créditos por cobrar, la prelación se basa en la fecha en que se notifique la existencia de la garantía real a los deudores de los créditos por cobrar (“los deudores de los créditos”). Al igual que la modalidad descrita en el párrafo anterior y en los párrafos subsiguientes, ésta tampoco favorece la práctica de la financiación garantizada a un costo asequible, por no permitir que el acreedor determine con la debida certeza al otorgar crédito si existen o no garantías reales concurrentes. Sin embargo, en el caso de las garantías reales constituidas sobre créditos por cobrar, aunque la notificación de los deudores de los créditos no es una condición para que una garantía real sobre un crédito por cobrar sea eficaz frente a terceros, la notificación puede aun así tener importancia en relación con otras cuestiones, como la exoneración de las obligaciones del deudor del crédito mediante el pago a la persona adecuada o la ejecución contra el deudor del crédito, incluso en los ordenamientos jurídicos que hayan adoptado un régimen basado en la inscripción.

17. Los acuerdos de retención de la titularidad son un ejemplo fundamental de garantías reales que no están sujetas a requisito alguno de inscripción en la mayoría de los ordenamientos jurídicos que las reconocen y que no cuentan con un régimen global de garantías (es decir, un régimen en que los acuerdos de retención de titularidad se asimilen a garantías reales que deben inscribirse). En esos ordenamientos jurídicos, se aduce que ese sistema no es solamente sencillo sino también económico, porque los acuerdos de retención de la titularidad generalmente no prevén intereses. Sin embargo, el hecho de que tal sistema funcione en algunos países no significa necesariamente que pueda ser un modelo útil. En primer lugar, no existe un modelo único puesto que hay grandes divergencias entre los países que siguen ese sistema (al menos en un país los acuerdos de retención de la titularidad están sujetos a un sistema de inscripción). En segundo lugar, se inhibe la competencia con otros posibles acreedores en la medida en que esos acuerdos solamente pueden celebrarse con los proveedores, como ocurre en algunos países. En tercer lugar, si bien a menudo esos acuerdos no prevén intereses, la falta de competencia podría encarecer la obtención de crédito, puesto que esos costos más elevados, aunque no se reflejen en el pago de intereses, podrían hacer aumentar el precio de los bienes. Por último, si bien esos sistemas pueden ser muy eficaces en los ordenamientos jurídicos que cuentan con un sistema crediticio desarrollado, es un hecho aceptado que la creación de un sistema de prelación basado en el orden de inscripción es la manera más eficaz de fomentar la rápida implantación de un sistema crediticio en una economía nacional.

3. Categorías de acreedores concurrentes

a. Otros acreedores garantizados por vía contractual

18. Como se puntualizó anteriormente (véanse los párrafos 2 a 4), muchos ordenamientos permiten que el otorgante constituya más de una garantía real sobre los mismos bienes y determine la prelación relativa de los derechos así creados en

función del orden de prelación (la fecha de inscripción u otro método) imperante en ese ordenamiento o conforme a lo que convengan los acreedores (véanse los párrafos 76 y 77). Al permitirse la constitución de múltiples garantías sobre unos mismos bienes, el otorgante puede aprovechar el valor inherente a un determinado bien para obtener crédito de más de una fuente, explotando así al máximo el potencial de captación de préstamos del bien o bienes gravados.

b. Acreedores no garantizados

19. El otorgante contrae a menudo deudas que no cuentan con el respaldo de una garantía real. Estos créditos ordinarios o sin garantía generalmente constituyen el grueso de las obligaciones pendientes de pago del otorgante.

20. Si bien algunos cuestionan la equidad de conceder prelación a los acreedores garantizados frente a los no garantizados, está probado que es necesario hacerlo para fomentar la oferta de crédito garantizado. Los acreedores no garantizados pueden adoptar medidas para proteger sus derechos, procurando, por ejemplo, informarse sobre la solvencia del deudor, obtener en ciertos casos una garantía real, cobrar los intereses devengados sobre sumas exigibles o demandar de los tribunales la ejecución de su crédito o créditos (como se explica en la sección A.3.e. *infra*) en todo supuesto de impago. Además, la obtención de crédito garantizado puede aumentar el capital circulante disponible del otorgante, lo que en muchos casos redundaría en provecho de los acreedores no garantizados, al hacer más probable el reembolso de la deuda sin garantía. Así pues, un rasgo esencial de todo régimen eficaz de los créditos garantizados ha de ser que los derechos de los acreedores garantizados, debidamente adquiridos, tengan prelación sobre los derechos de los titulares de créditos ordinarios no garantizados. Por último, en muchos ordenamientos jurídicos, la ley establece una prelación especial para ciertas categorías de acreedores que de otra manera conservarían su calidad de acreedores no garantizados (como se explica en la sección A.3.f *infra*).

c. Vendedores de bienes gravados

i. Garantía real de la financiación del precio de compra

21. El otorgante suele conseguir sus bienes comprándolos. Si su compra se financia con un crédito otorgado por el vendedor o por un prestamista (“financiación del precio de compra”; véanse A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1, párrs. 16 a 18, y A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1, párrs. ...) y si se constituye una garantía real sobre las mercancías así adquiridas, a favor del vendedor o de un prestamista, para respaldar la financiación del precio de compra, cabe considerar cuál debe ser la prelación de esa garantía frente a toda otra garantía real sobre esa misma mercancía de que goce algún otro acreedor.

22. En reconocimiento del hecho de que la financiación del precio de compra es un mecanismo eficaz para dotar a las empresas del capital necesario para adquirir determinadas mercancías, muchos ordenamientos jurídicos disponen que todo titular de una garantía constituida para financiar una compra tenga prelación frente a otros acreedores (incluidos los acreedores que hayan inscrito antes sus garantías reales) con respecto a las mercancías o bienes que se hayan adquirido gracias a esa financiación, siempre que se inscriba, en un plazo razonable, la constitución de

garantía real de la financiación del precio de compra (lo que podrá implicar “un período de gracia” en el caso de determinadas clases de bienes).

23. El hecho de que en este caso se asigne una prelación superior (a veces denominada “prelación absoluta”) constituye una excepción importante al principio del orden de prelación basado en la fecha de inscripción (examinado en la sección A.2.a. *supra*) que es importante para fomentar la oferta de financiación del precio de compra. Como se desprende de los ejemplos 2 y 3 (véase A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1, párrs. 23 y 26), es frecuente que las empresas constituyan garantías reales sobre la totalidad o parte de su equipo y de sus existencias actuales y futuras a cambio de financiación a crédito. Si en tales casos no se diese preferencia a la garantía del crédito negociado para financiar el precio de compra, poco podría confiar el financiador del precio de compra en su garantía real, que gozaría de una prelación inferior a la de toda otra garantía real preexistente. En el ejemplo 1 (véase A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1, párrs. 18 a 20), el vendedor A, el prestamista A y el arrendador A se mostrarían reacios a financiar el precio de compra si el orden de prelación de que gozaran sus garantías reales sobre las mercancías fuera inferior al de los otros derechos de garantía existentes del prestamista B, en el ejemplo 2, y del prestamista C, en el ejemplo 3.

24. No se considera en general que al darse mayor prelación a la garantía constituida para financiar la compra de bienes se esté perjudicando a los demás acreedores del otorgante, puesto que, en vez de disminuir el patrimonio (o sea, el activo neto o patrimonio neto) del otorgante, este tipo de financiación lo acrecienta permitiendo la adquisición de nuevos bienes como contraprestación de la financiación del precio de compra. Por ejemplo, las garantías reales de la financiación del precio de compra no menoscaban las garantías reales de los prestamistas B y C, en los ejemplos 2 y 3, ya que éstos conservan su garantía real sobre todos los bienes gravados y, además, una garantía real subordinada a la garantía real de la financiación del precio de compra sobre los nuevos bienes cuyo precio de compra se ha financiado.

25. A fin de fomentar la oferta de la financiación del precio de compra sin desalentar el recurso al crédito garantizado ordinario, es importante que la mayor prelación otorgada a las garantías reales de la financiación del precio de compra se aplique solamente a los bienes adquiridos con dicha financiación y no a cualquier otro bien del otorgante de la garantía.

26. En algunos ordenamientos jurídicos, no se exige la inscripción de las garantías reales de la financiación del precio de compra (por estimarse, entre otras cosas, que los vendedores de bienes podrán ser personas o entidades menos avezadas que no deberían tener que proceder a la inscripción o a consultar el registro). Sin embargo, en otros ordenamientos jurídicos, las garantías reales de la financiación del precio de compra sí deben ser inscritas a fin de evitar que otros acreedores depositen erróneamente su confianza en bienes gravados por una garantía de financiación de su precio de compra (véase A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.2, párrs. ...).

27. Desde la óptica de todo acreedor concurrente, sería conveniente que se exigiera la inscripción de esa garantía real en el momento de su constitución. De este modo, todo acreedor podría consultar el registro público y determinar con certeza si uno o más de los bienes del patrimonio actual del otorgante estaba o no constituido en garantía de la financiación de su precio de compra. Con todo, a fin de

agilizar la financiación inmediata en los sectores de ventas y arrendamiento de equipo, algunos ordenamientos jurídicos fijan un período de gracia para la inscripción de las garantías reales de la financiación del precio de compra si los bienes gravados son de equipo. A fin de equilibrar de la mejor manera posible esos intereses concurrentes, este plazo de gracia debería ser lo bastante largo para que el requisito de inscripción no sea una carga engorrosa para los financiadores, pero lo bastante breve como para que los demás acreedores garantizados no hayan de esperar demasiado para poder averiguar en el registro si existen garantías reales concurrentes.

28. Tal período de gracia no suele aplicarse a la inscripción de las garantías reales de la financiación del precio de compra sobre existencias inventariadas. En cambio, a fin de obtener una prelación absoluta sobre las existencias inventariadas, en algunos ordenamientos jurídicos el titular de dicha garantía real debe, además de inscribirla, notificar su constitución a los demás titulares de garantías reales constituidas sobre tales bienes. Este requisito se justifica por la necesidad de poner en conocimiento de los financiadores de existencias inventariadas las garantías reales de la financiación del precio de compra para que aquéllos no otorguen otros préstamos tomando como garantía las existencias inventariadas del deudor, creyendo erróneamente que las garantías constituidas sobre tales existencias gozarían de un orden de prelación superior. Por otra parte, a fin de eliminar este riesgo, los financiadores de existencias inventariadas deberían consultar diariamente el registro antes de proceder a otorgar un nuevo préstamo constituyendo una garantía real sobre las existencias inventariadas para cerciorarse que no existe ninguna otra garantía real de la financiación del precio de compra sobre esas existencias (lo que provocaría un aumento importante del costo de tal financiación), y además la consulta diaria del registro no sería suficiente si se otorgase a las garantías reales de la financiación del precio de compra un período de gracia.

29. Al formular la norma relativa a la prelación absoluta para la garantía real de la financiación del precio de compra, debe adoptarse una importante decisión de política legislativa con el propósito de determinar si tal prelación debería beneficiar únicamente a los vendedores de los bienes, o si también pudiera concederse a los bancos y otros prestamistas que financian la adquisición de bienes. Tal restricción de la prelación a los vendedores tiene razones históricas, puesto que la financiación otorgada por el proveedor de los bienes (por ejemplo, bajo la forma de acuerdos de retención de la titularidad) surgió como alternativa eficaz y económica a la financiación bancaria. Un argumento fundamental a favor de que los bancos y otros prestamistas se beneficien de una prelación absoluta es que con un trato equitativo se fomenta la competencia, lo que a su vez debe repercutir positivamente en la oferta y el costo del crédito.

ii. Reclamaciones para la devolución de mercancías

30. En muchos ordenamientos jurídicos se prevé que un proveedor que vende mercancías a crédito sin garantía reclame la devolución de esas mercancías al comprador dentro de cierto plazo (denominado “plazo de reclamación”). El proveedor podrá hacer la reclamación tras descubrir que se ha abierto un procedimiento de insolvencia contra el comprador o que éste es insolvente. Cuando las mercancías se devuelven al vendedor, el acuerdo de compraventa, conforme al

cual el comprador las había adquirido inicialmente, se considera por lo general extinguido.

31. Mientras el proveedor querrá que ese plazo sea lo más largo posible para proteger sus derechos, otros acreedores se mostrarán reacios a financiar la compra de bienes cuya devolución pueda reclamarse. Además, si el riesgo crediticio le preocupa de verdad, el proveedor podría insistir en que se le otorgue una garantía real sobre el precio de compra de las mercancías que entrega a crédito. En resumen, si bien el derecho a reclamar la devolución es importante para los proveedores de mercancías entregadas a crédito sin garantía, el plazo de reclamación debe ser breve (de 30 a 45 días como máximo) para no obstaculizar la concesión de préstamos en general.

32. Una importante consideración de fondo es si las reclamaciones de devolución de determinadas mercancías no deben tener prelación sobre las garantías reales ya constituidas sobre las mismas mercancías. En otras palabras, hay que determinar si, cuando los bienes inventariados del comprador, inclusive las mercancías que podrían ser objeto de reclamación, se han constituido en una garantía real eficaz a favor de un tercero prestamista, las mercancías reclamadas han de ser devueltas al vendedor exentas de dicha garantía real. En algunos ordenamientos, la reclamación tiene efecto retroactivo, lo que supone que el vendedor queda en la misma situación en que estaba antes de la venta (o sea, en posesión de mercancías que no estaban gravadas con ninguna garantía real a favor de los acreedores del comprador). Sin embargo, en otros ordenamientos los derechos de garantía existentes siguen afectando a las mercancías, por considerarse que toda otra situación perjudicaría al acreedor anterior del comprador, que había otorgado el crédito en función de la existencia de tales mercancías, además de generar incertidumbre jurídica y, por ende, desalentar la financiación de bienes inventariados.

33. En muchos ordenamientos se prevé la extinción de toda reclamación de devolución de mercancías cuando éstas pasan a ser componentes de un proceso de fabricación o pierden su identidad de algún otro modo.

d. Compradores de bienes gravados

34. El otorgante también puede vender bienes que ya están gravados con garantías reales. En esta situación, al comprador le conviene recibir los bienes absolutamente libres de todo gravamen de ese tipo, mientras que al acreedor garantizado existente le interesa mantener su garantía real sobre los bienes vendidos. Es importante que en toda regla de prelación se tengan en cuenta y se consideren de forma equilibrada los intereses de ambas partes. Si los derechos del acreedor garantizado peligraran cada vez que el otorgante vendiera los bienes gravados, se depreciaría el valor como garantía de los bienes gravados y se desincentivaría la oferta de crédito a un precio asequible.

35. Se aduce a veces que el acreedor garantizado no se ve perjudicado por la venta de los bienes exentos de la garantía real siempre que la parte asegurada retenga un derecho de garantía sobre el producto de la venta. Ahora bien, los intereses del acreedor garantizado no quedarían necesariamente salvaguardados, puesto que el producto no suele ser tan valioso para el acreedor como los bienes gravados en sí. En muchos casos, el producto tendrá escaso valor como garantía para el acreedor o carecerá de él (por ejemplo, un crédito que no pueda cobrarse). En otros casos, le

resultará difícil identificar el producto financiero de su venta y, en consecuencia, su derecho sobre él podría ser ilusorio. Existe también el riesgo de que, aunque el producto de la venta sea valioso para el acreedor garantizado, el vendedor que lo recibe lo dilapide y el acreedor se quede sin nada.

i. Criterio del giro normal de los negocios

36. Los países han aplicado diferentes criterios para compaginar los intereses de los acreedores garantizados con los de las personas que compran bienes gravados a un otorgante en posesión de dichos bienes. Un criterio que se sigue en muchos ordenamientos es disponer que toda venta de bienes gravados consistentes en existencias que efectúe el otorgante en el giro normal de su negocio entrañará la extinción automática de toda garantía real del acreedor garantizado sobre esos bienes, sin que el comprador, el vendedor o el acreedor garantizado deban realizar ningún otro acto. El corolario de esa norma es que toda venta de bienes gravados no efectuada en el giro normal del negocio del otorgante no extinguirá las garantías reales sobre esos bienes y el acreedor garantizado podrá ejecutar su garantía real sobre los bienes en poder del comprador, si el otorgante no cumple con sus obligaciones (salvo, por supuesto, si el acreedor garantizado ha consentido en que se haga la venta).

37. Se argumenta que este criterio permite determinar de forma simple y transparente si los bienes se venden o no absolutamente libres de toda garantía real. Por ejemplo, en el caso de una empresa de compraventa de automóviles, la venta de una unidad a un consumidor es obviamente una operación con mercancías inventariadas que forma parte del giro normal del negocio del concesionario y el consumidor recibirá automáticamente el automóvil absolutamente libre de toda garantía real constituida a favor de los acreedores del concesionario. Por otra parte, no cabría considerar que la venta de grandes cantidades de automóviles a otra empresa de compraventa era una operación efectuada en el giro normal del negocio del concesionario. Este criterio concuerda con las expectativas comerciales de que el otorgante venderá sus existencias (y, de hecho, ha de venderlas para mantener la viabilidad de su empresa) y de que el comprador de los bienes gravados los adquirirá libres de toda garantía real existente. Sin tal exención, la capacidad del otorgante para vender esos bienes en el giro normal de sus negocios se vería restringida sobremanera, puesto que los compradores se verían obligados a investigar todo gravamen que pudiera pesar sobre los bienes antes de adquirirlos. Ello acarrearía muchos gastos y obstaculizaría considerablemente las operaciones que forman parte del giro normal de los negocios.

38. A fin de fomentar ese giro normal de los negocios, muchos ordenamientos establecen que los compradores que intervienen en esas operaciones han de obtener los bienes libres de toda garantía real, aun cuando el comprador actúe a sabiendas de la existencia de dicha garantía. No obstante, en algunos ordenamientos la excepción no se aplica cuando el comprador sabe de antemano que la venta entraña el quebrantamiento de un acuerdo entre el vendedor y su acreedor por el que se dispone que los bienes no pueden venderse sin el consentimiento del acreedor.

39. Respecto de las ventas de bienes gravados que sean ajenas al giro normal del negocio del otorgante, siempre que se exija al acreedor que inscriba su garantía real en un registro público fidedigno y de fácil consulta, el comprador podrá protegerse

verificando en él si los bienes que adquiere están sujetos o no a una garantía real; en caso afirmativo, el comprador podrá pedir al acreedor garantizado que levante ese gravamen. Cabría examinar si conviene eximir de ese requisito a los bienes de bajo costo, puesto que tal vez no se justifiquen en este caso los gastos que esa verificación entrañaría para el comprador eventual. Cabe argumentar, en sentido contrario, que el acreedor garantizado quizá no trate de ejecutar su garantía sobre el bien en poder del comprador si el bien carece efectivamente de valor. Además, la determinación de los bienes que merecen ser eximidos por su bajo costo desembocaría en categorizaciones arbitrarias que tendrían que modificarse constantemente para adecuarlas a las fluctuaciones de precios debidas a la inflación y a otros factores. Por consiguiente, lo más conveniente sería no prever tal exención.

40. En algunos países en que la búsqueda en un registro público se hace sólo por el nombre del otorgante y no por la categoría de los bienes gravados, un comprador que adquiera los bienes de un vendedor que los haya comprado al otorgante (“comprador ulterior”) obtendrá los bienes libres de toda garantía real constituida por ese otorgante. Este criterio se aplica porque puede ser sumamente difícil para un comprador ulterior averiguar la existencia de una garantía real que haya otorgado un antiguo propietario de los bienes gravados. En muchos casos, el comprador ulterior ni siquiera se enterará de que los bienes han pertenecido a otro propietario y, por consiguiente, no tendrá motivo alguno para buscar información al respecto

41. Un posible inconveniente de aplicar el criterio del giro normal de un negocio es que tal vez un comprador no siempre distinga con claridad (en particular en el comercio internacional) qué actividades forman o no parte del giro normal del negocio del vendedor. Otro posible inconveniente sería que, si esta norma se aplicara sólo a las ventas de bienes inventariados y no de otros bienes, el comprador tal vez no sabría con certeza si lo que adquiere son, a juicio del vendedor, bienes inventariados. Por otro lado, cabe observar que en una relación normal entre comprador y vendedor, es muy probable que el comprador sepa el tipo de negocio que realiza el vendedor. Además, este criterio responde con eficacia a una necesidad de práctica sin socavar los créditos garantizados ni crear complicaciones innecesarias. Además, estos posibles inconvenientes no se plantearían en el comercio al por menor (en el que se supone que la venta ha de formar parte del giro normal del negocio del vendedor y el comprador no está obligado a consultar el registro), en tanto que en otras situaciones, el comprador podría proteger sus intereses negociando con el vendedor (y con sus acreedores garantizados) a fin de obtener los bienes exentos de toda garantía real.

ii. Concepto de la buena fe

42. Otra forma de compaginar distintos intereses en algunos ordenamientos es disponer que el comprador de bienes obtenga los bienes exentos de toda garantía real si los adquiere “de buena fe”(o sea, sin ningún conocimiento real o inferido de la existencia de la garantía real). Un argumento a favor de la aplicación de este criterio es que el concepto de “buena fe” se conoce en todos los ordenamientos y que se ha aplicado extensamente tanto a nivel nacional como internacional. Se ha aducido también que debe presumirse que todo comprador actúa de buena fe a menos que se demuestre lo contrario

43. Existen varios criterios posibles en los que se combinan los criterios de “buena fe” y de “giro normal del negocio”. Por ejemplo, puede disponerse que la prueba del “giro normal del negocio” se utilice como criterio principal y el de la “buena fe” se aplique en operaciones en que intervengan “compradores ulteriores”(véase el párrafo 40). En este supuesto, el comprador ulterior se llevaría los bienes exentos de las garantías reales que haya constituido la parte de la que el vendedor directo hubiera adquirido los bienes, salvo que el comprador ulterior tuviera conocimiento real o inferido de la existencia de las garantías reales. Aun cuando la aplicación de este criterio diera pie a abusos, ya que el otorgante podría frustrar los derechos del acreedor garantizado vendiendo un bien gravado al margen del giro ordinario de su negocio a una parte que a su vez lo vendiera en el giro ordinario de su negocio, existen razones de fondo para proteger al comprador ulterior. Una forma de proteger a los acreedores garantizados en estas circunstancias sería hacer responsable al otorgante desleal de los daños causados al acreedor garantizado.

e. Acreedores judiciales

44. En muchos ordenamientos se otorga una garantía real a ciertas categorías de acreedores que se consideran merecedores de la misma. Por ejemplo, en muchos de ellos se otorga el equivalente de una garantía real sobre los bienes a los acreedores ordinarios no garantizados en general, una vez que han presentado su demanda de reconocimiento ante los tribunales y han realizado un acto determinado prescrito por la ley (como obtener el embargo de determinados bienes o inscribir la notificación de la sentencia en el registro de garantías).

45. Los acreedores judiciales gozan de prelación frente a otros acreedores no garantizados en reconocimiento de las acciones legales que han emprendido para ejecutar sus garantías. Ello no va en detrimento de otros acreedores no garantizados en general, ya que a éstos les asiste también el derecho a recurrir a los tribunales con el mismo fin. Para evitar que los acreedores judiciales tengan facultades excesivas en los ordenamientos que permiten a un único acreedor entablar un procedimiento de insolvencia, en los regímenes de la insolvencia se dispone que el representante de la insolvencia podrá invalidar los derechos de garantía creados por sentencias judiciales que se dicten dentro de un plazo determinado anterior a la apertura del procedimiento de insolvencia.

46. Cuando se otorga a un acreedor judicial el equivalente de una garantía real, a un acreedor existente que goce de una garantía real contractual anterior constituida sobre determinados bienes le convendrá que esa garantía conserve su prelación sobre la garantía real creada por vía judicial, en particular si se trata de bienes cuyo valor de garantía motivó su decisión de otorgar crédito. Al acreedor judicial, por su parte, le interesa obtener prelación sobre bienes que tengan valor suficiente para reembolsar su crédito.

47. Muchos ordenamientos cuyo orden de prelación se basa en la fecha de inscripción determinan la prelación en este supuesto por la prioridad temporal de la garantía real, o sea, que una garantía real contractual que se haya inscrito antes tendrá prelación sobre toda garantía real sobre los mismos bienes que nazca posteriormente por mandato judicial. De forma inversa, si se constituye una garantía real contractual sobre los bienes después de que un acreedor haya obtenido algún tipo de garantía real por mandato judicial, la prelación de la primera garantía

quedará subordinada a la de la segunda. Los acreedores aceptan en general la aplicación de este criterio, siempre que se dé a conocer oportunamente la garantía real creada por un tribunal, a fin de que esa información sea utilizable al decidir si otorgarán o no crédito (véase el párrafo 48).

48. En general se hace una excepción a esta regla cuando se trata de futuros anticipos (el tema se examina con detenimiento en la sección A.4.a. *infra*). Si bien una garantía real que se ha inscrito antes suele gozar de prelación sobre una garantía real impuesta por mandato judicial respecto de un crédito que se otorga antes de la fecha en que surta efecto ese mandato, generalmente no tendrá prelación sobre ésta respecto de todo crédito otorgado después de dicha fecha (salvo que el crédito esté ya comprometido antes de la fecha en que surta efecto el mandato). Así, en el ejemplo 2 (véase A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1, párr. 23), el prestamista B otorga crédito periódicamente a Agrico, que lo garantiza con sus existencias y créditos por cobrar. Si un acreedor no garantizado demanda a Agrico y obtiene un mandato por el que se constituye una garantía real sobre las existencias de Agrico a favor de dicho acreedor, la garantía real sobre las existencias de Agrico del prestamista B tendría prelación sobre la garantía real nacida de dicho mandato respecto de todo crédito que el prestamista B haya otorgado antes de la fecha en que surta efecto el mandato, así como todo préstamo que le haya otorgado durante un cierto plazo ulterior a dicha fecha. Ahora bien, la garantía real de origen judicial tendría prelación sobre todo otro crédito que otorgue el prestamista B después del plazo establecido (siempre y cuando éste no haya comprometido ese crédito antes de la fecha en que surta efecto el mandato).

49. A fin de proteger a todo acreedor garantizado existente contra el riesgo de seguir otorgando anticipos en función del valor de unos bienes que hayan quedado sujetos a una garantía real constituida por vía judicial, tal vez proceda instituir algún tipo de mecanismo que permita ponerlos sobre aviso de esa situación. La obligación de inscribir las garantías reales en un registro cumple esa función en muchos ordenamientos que disponen de esta institución. Cuando no exista un registro o no esté prevista la inscripción registral de las garantías reales constituidas por vía judicial, tal vez sea necesario exigir del acreedor garantizado por vía judicial que dé aviso oportuno a todo acreedor garantizado existente. Cabría disponer, además, que éste seguirá gozando de prelación (durante un cierto plazo, quizá de 45 a 60 días) tras la inscripción de la garantía real constituida por vía judicial (o tras la notificación dada al acreedor), a fin de que pueda adoptar las medidas que procedan para proteger su garantía. Cuanto menos margen se dé a un acreedor garantizado existente para responder adecuadamente a la imposición de garantías reales por vía judicial y cuanto menor publicidad se dé a esas garantías, tanto más dificultará, el riesgo de su existencia, la oferta de crédito para el desembolso de futuros anticipos.

f. Acreedores legales (privilegiados)

50. Con el fin de lograr objetivos de interés social o público (por ejemplo, proteger ingresos fiscales o sueldos y salarios), en muchos derechos internos se da prelación a determinados créditos no garantizados (no sólo en el marco de un procedimiento de insolvencia) sobre otros créditos del mismo tipo y, en algunos casos, sobre créditos con garantía (incluso de créditos garantizados que se han inscrito antes en un registro). Por ejemplo, es frecuente que, para proteger los

intereses de entidades públicas y de los empleados, los créditos por deudas fiscales y por sueldos o salarios adeudados gocen de prelación, en algunos ordenamientos, sobre las garantías reales ya existentes. Como los objetivos sociales o de interés público difieren de un país a otro, también varían los créditos privilegiados y la prelación de que gozan.

51. La razón aducida a favor de estos créditos privilegiados es la de que están al servicio de un objetivo social; su inconveniente radica en que puedan llegar a multiplicarse hasta tal punto que la situación se torne imprevisible para los acreedores, existentes y eventuales, lo cual desalentaría la oferta de crédito garantizado a un precio asequible. Además, aun cuando un acreedor, existente o posible, pueda determinar con certeza los créditos privilegiados, la existencia de éstos (ya sea en el marco de un procedimiento de insolvencia o al margen de toda insolvencia) socavaría de otra forma la oferta de crédito garantizado a un precio asequible: el acreedor tenderá con frecuencia a trasladar la carga económica de esos créditos al otorgante ora aumentando el tipo de interés, ora deduciendo del préstamo disponible el importe estimado de los créditos privilegiados.

52. A fin de no desalentar la concesión de crédito garantizado, cuya oferta asequible también constituye un objetivo social, habrá que sopesar detenidamente los distintos objetivos sociales al decidir si se otorgará o no un crédito privilegiado. Ese privilegio debe limitarse en lo posible y otorgarse sólo cuando sea el único medio de salvaguardar el objetivo social subyacente y en la medida en que su incidencia en la oferta de crédito a un precio asequible no sea netamente perjudicial. Por ejemplo, en algunos ordenamientos los ingresos fiscales se protegen dando incentivos a los directores para resolver con rapidez los problemas financieros de sus empresas so pena de incurrir en responsabilidad civil privada y los sueldos y salarios se salvaguardan mediante un fondo público.

53. Si se opta por instituir los créditos privilegiados, la ley que los rija ha de ser lo bastante clara como para permitir al acreedor calcular su importe posible y su incidencia a fin de protegerse. En algunos ordenamientos se ha logrado claridad y transparencia enumerando los créditos privilegiados en una ley o en un anexo de la ley; en otros, exigiendo que los créditos privilegiados se inscriban en un registro público y otorgándoles prelación sólo sobre las garantías reales que se inscriban ulteriormente. En esos ordenamientos tienen prelación las garantías reales que se hayan inscrito con anterioridad a la inscripción de los créditos privilegiados, o posteriormente en un plazo establecido de, por ejemplo, 45 a 60 días, si las garantías reales existentes respaldan la concesión de futuros anticipos. Sin embargo, uno de los problemas de exigir la inscripción registral de algunos créditos privilegiados que nazcan inmediatamente antes de la apertura de un procedimiento de insolvencia radica en que puede ser difícil calcular su importe o inscribirlos a tiempo.

g. Acreedores que almacenan bienes gravados o les añaden valor

54. Algunos ordenamientos conceden una garantía real sobre los bienes gravados a los acreedores que los mejoran o reparan, por ejemplo, a los reparadores de equipo, y esas garantías generalmente gozan de prelación sobre otros créditos garantizados por esos mismos bienes. La doble ventaja de esta prelación es que induce a los acreedores que añaden valor a seguir haciéndolo y que facilita el mantenimiento de los bienes gravados. Con tal de que el importe de la garantía real sea justo reflejo de

la cuantía por la que se han apreciado los bienes gravados, los acreedores garantizados existentes no deberían tener motivo para objetar nada a esa garantía real ni a la prelación superior de la que gozan.

55. Algunos ordenamientos también prevén que se constituyan garantías reales sobre los bienes gravados a favor de ciertos acreedores, como los depositarios y los titulares de almacenes, que guardan esos bienes o arriendan al otorgante el lugar en que los almacenan, en respaldo de sus obligaciones de almacenamiento o de alquiler de espacio, y generalmente prevén que esas garantías gozarán de prelación sobre otros créditos garantizados por esos mismos bienes.

56. Muchos ordenamientos no requieren la inscripción de las garantías reales descritas en los dos párrafos anteriores, de modo que su existencia saldrá a la luz únicamente si un posible acreedor procede con la diligencia debida. Ello explica que a menudo se las denomine “secretas”. Si bien las garantías reales secretas tienen la ventaja de proteger los derechos de las partes a las que se conceden sin que éstas tengan que costear los gastos de inscripción, esas garantías suponen un notable riesgo para la oferta de crédito garantizado, habida cuenta de que disminuyen la capacidad de los acreedores para determinar la cuantía o importancia de las garantías reales concurrentes. Como se señaló en el capítulo V (véase A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.2, párrs. ...), cabría exigir que se inscribieran esas garantías reales en el registro correspondiente.

57. Si el legislador da prelación a las garantías reales de esos proveedores de servicios, se plantea la cuestión de si cabría restringir su importe y reconocerlas como créditos privilegiados si reúnen ciertas condiciones. Una posibilidad consiste en limitar el importe de esas garantías a favor de los proveedores de servicios (por ejemplo, un mes de alquiler en el caso de depositarios) y reconocer su prelación sobre garantías reales anteriores sólo cuando el valor añadido beneficie directamente al titular de estas últimas garantías. Otra solución sería evitar introducir tales limitaciones, ya que al hacerlo se coartaría injustamente la oferta de crédito a esos proveedores de servicios. Además, tal vez sea innecesario introducir esas limitaciones, habida cuenta de que los acreedores garantizados pueden protegerse de las garantías en respaldo de la prestación de servicios de diversas maneras, por ejemplo, restringiendo contractualmente el número de contratos de prestación de servicios que podrá concertar el otorgante de sus garantías reales o reservando una porción suficiente del crédito otorgado para pagar al proveedor de servicios en caso de que el otorgante incumpla su obligación.

h. Representante de la insolvencia

58. Es particularmente importante que un acreedor garantizado pueda determinar de qué prelación gozará en el supuesto de que el otorgante se declare o sea declarado insolvente, puesto que lo más probable es que la masa de la insolvencia no alcance para pagar a todos los acreedores y que los bienes gravados sean la fuente principal o única de reembolso del préstamo del acreedor garantizado. A ello obedece que, al evaluar si otorgarán crédito y la prelación de su garantía, los acreedores garantizados por lo general presten atención a la prelación de que gozará su garantía real, caso de abrirse un procedimiento de insolvencia del otorgante. Por consiguiente, es esencial que no se reduzca ni menoscabe la prelación de una garantía real debidamente constituida, caso de abrirse un procedimiento de

insolvencia del otorgante; sobre este punto habrá que hacer particular hincapié al elaborar un régimen eficaz aplicable a las operaciones garantizadas. Si en ese régimen y en el régimen de la insolvencia no se resuelve ese punto con claridad, se minará gravemente la disposición de los acreedores a otorgar crédito garantizado.

59. A fin de recompensar cabalmente la labor de los representantes en los procedimientos de insolvencia, generalmente se les otorga un crédito privilegiado con la más alta prelación sobre la masa de la insolvencia. En el capítulo IX se examinan detenidamente esos créditos y la facultad del representante de la insolvencia para impugnar la validez de garantías reales en diversas circunstancias (A/AC.9/WG.VI/WP.9/Add.6, párrs. ...).

4. Praelación respecto de futuros anticipos y bienes adquiridos ulteriormente

a. Futuros anticipos

60. A fin de determinar el importe del crédito que otorgará y las condiciones correspondientes, un acreedor garantizado ha de poder discernir, en el momento de concertar la operación garantizada, la porción exacta de su crédito que gozará de prelación. En algunos ordenamientos se limita esa prelación a la cuantía de la deuda existente en el momento de constituirse la garantía real. En otros se exige que el importe máximo del crédito que gozará de prelación sea de conocimiento público. En algunos otros ordenamientos se da prelación a todos los créditos otorgados, incluso a los que se concedan después de la constitución de la garantía real.

61. La ventaja de limitar la prelación al importe de la deuda que existía al principio, en el momento de constituirse la garantía real, radica en que la prelación puede recaer (aunque no necesariamente) sobre la cuantía que las partes habían previsto en dicho momento y en que sólo se ampara esa prelación frente a los acreedores que existían a la sazón. El inconveniente de aplicar este criterio es que obliga a extremar la diligencia debida (por ejemplo, la verificación de nuevas inscripciones) y a negociar otros acuerdos e inscripciones para los anticipos que se concedan ulteriormente. Esto es particularmente problemático si se piensa que una de las técnicas más eficaces para facilitar financiación garantizada, y la que mejor responde a las necesidades crediticias del otorgante, es la línea de crédito renovable o rotatorio (véanse el ejemplo 2 en A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1, párrs. 21a 23, y A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.3, párr. 9). Por consiguiente, cabría conceder a los futuros anticipos la misma prelación de que gozan los anticipos otorgados en el momento en que se constituyó la garantía real inicial. Cuando se trata de préstamos otorgados en el marco de contratos con entregas sucesivas de bienes o servicios, debe considerarse que la totalidad del crédito nace en el momento de la firma del contrato y no en cada entrega sucesiva de los bienes o servicios.

62. A fin de evitar que todos los bienes del otorgante queden gravados en provecho de un único acreedor, práctica que disminuiría el interés de los acreedores ulteriores en facilitar financiación al otorgante, en muchos ordenamientos se requiere que en la inscripción registral de toda garantía real de una deuda se fije el importe máximo por ella garantizado y se limita la prelación otorgada a dicho importe (véase A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.2, párrs. ...). Se aduce a veces que el acto de dar a conocer el importe máximo infringe el principio de confidencialidad. En rigor, el argumento contrario es que el importe máximo que se fija en la

inscripción registral no corresponde forzosamente al importe real de la obligación garantizada, sino sólo al importe máximo que se podrá recuperar si se ejecuta la garantía real.

b. Bienes adquiridos ulteriormente

63. Como se examina detenidamente en el capítulo IV (véase A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.3, párrs. 19 a 23), en algunos ordenamientos se permite constituir una garantía real sobre los bienes que vaya a adquirir un otorgante. La garantía real nacerá en el instante en que el otorgante adquiera dichos bienes, obviando así la necesidad de tener que repetir los trámites cada vez que adquiera un nuevo bien. Gracias a ello se reducen al mínimo los gastos de constitución de una garantía real y se responde a las expectativas comerciales de las partes. Esto es particularmente importante cuando se adquieren bienes destinados a constituir existencias (que se revenderán), nacen créditos por cobrar (que se irán cobrando y seguirán naciendo constantemente) (véase el ejemplo 2 en A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1, párrs. 21 a 23), y se utiliza equipo (que se irá renovando en el giro normal del negocio del otorgante).

64. La constitución de garantías reales sobre bienes adquiridos ulteriormente plantea la cuestión de si la prelación sobre ellos surte efecto a partir de la fecha en que se crea la garantía o de la fecha en que el otorgante adquiere los bienes. En los distintos ordenamientos jurídicos se resuelve esta cuestión de diversas maneras. En algunos, la fecha en que surte efecto la prelación varía en función de la categoría de acreedor que aspira a ella (se tendrá en cuenta la fecha de concesión de la garantía frente a los demás acreedores con garantías reales contractuales y la fecha de adquisición del bien constituido en garantía frente a todos los demás acreedores). Se acepta en general que establecer la prelación a partir de la fecha de concesión de la garantía en vez de la fecha de adquisición del bien gravado es el mecanismo más eficaz y efectivo para promover la oferta de crédito garantizado a precio asequible (véase, por ejemplo, el párrafo 2) del artículo 8 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional).

5. Prelación en cuanto al producto

65. Si el acreedor goza de una garantía real sobre el producto y los frutos civiles del bien inicialmente gravado, habrá que dirimir el fundamento y la prelación de esa garantía frente a los demás acreedores concurrentes. Entre los acreedores dotados de una garantía real sobre el producto puede figurar todo acreedor del otorgante que obtenga una garantía real sobre el producto a raíz de una resolución judicial cautelar o ejecutoria y todo otro acreedor que goce por algún otro motivo de una garantía real sobre el producto derivado de los bienes inicialmente gravados, además de los ya enumerados más arriba (véase lo que se entiende por producto en A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.3, párrs. 36 a 40).

66. Un acreedor garantizado puede gozar de una garantía real sobre el producto derivado del bien inicialmente gravado o del producto de bienes adquiridos ulteriormente. Supóngase, por ejemplo, que el acreedor A tiene una garantía real sobre todas las existencias del otorgante y el acreedor B tiene una garantía real sobre todos los créditos por cobrar del otorgante (incluidos los créditos futuros).

Supóngase además que el otorgante vende posteriormente a crédito las existencias constituidas en garantía a favor del acreedor A. Ambos acreedores tienen una garantía real sobre los créditos por cobrar generados por la venta. El acreedor B tiene una garantía real sobre los créditos por cobrar como parte de los bienes inicialmente gravados y el acreedor A tiene una garantía real sobre los créditos por cobrar como parte del producto de las existencias gravadas.

67. En todo régimen global de las garantías reales deben resolverse diversas cuestiones relativas a los derechos concurrentes de los acreedores garantizados anteriormente mencionados. La primera es la de si el derecho del acreedor A sobre el producto derivado de las existencias inicialmente gravadas surtirá efecto no sólo frente al otorgante, sino también frente a los demás acreedores concurrentes. La solución debe ser afirmativa, en la mayoría de las circunstancias; de lo contrario, el valor económico de los bienes inicialmente gravados (o sea, las existencias) sería ilusorio en gran parte. Las garantías reales sólo son fuente de seguridad económica (y por ende favorecen el acceso al crédito a un precio más asequible) si el acreedor garantizado queda facultado para destinar el valor económico de los bienes gravados al reembolso de su crédito, con anterioridad al reembolso de los créditos de los acreedores concurrentes.

68. No obstante, debe reconocerse que la constitución de una garantía real sobre el producto suscita mucha preocupación por el riesgo que puede entrañar para terceros. En particular, tal vez se dé a entender que, si se ha de dar publicidad a las garantías reales constituidas sobre determinados bienes a fin de que surtan efecto frente a terceros, sería apropiado imponer un requisito análogo para toda garantía real constituida sobre el producto.

69. Por consiguiente, en todo régimen jurídico debe dilucidarse cuándo bastará la publicidad dada a la garantía real sobre el bien inicialmente gravado para dar a conocer la garantía real del acreedor sobre el producto. De exigirse que se dé publicidad por otro medio (por ejemplo, mediante notificación de la existencia de un deudor de una cuenta en vez de la inscripción registral) para esta última garantía, cabría que en el régimen jurídico se señalara un plazo, tras la operación que haya generado el producto, durante el cual el acreedor podrá cumplir ese requisito de publicidad sin perder su garantía real sobre el producto.

70. Si bien es muy importante determinar si se exigirá o no un nuevo acto de publicidad para que la garantía del acreedor sobre el producto surta efecto frente a terceros, ello no bastará para determinar el orden de prelación entre las garantías sobre el producto de los acreedores garantizados y de otros acreedores. Se necesitará, en particular, un régimen de prelación que determine la prelación relativa de que gozará la garantía real del acreedor garantizado inicial.

71. El orden de prelación puede diferir en función de la categoría del acreedor concurrente. Por ejemplo, si se trata de otro acreedor garantizado, la eficacia de cuya garantía dependa también de la publicidad, el orden de prelación de las garantías reales de esos dos acreedores garantizados tal vez dependa de la índole y la fecha de la publicidad. La prelación podrá depender de otros factores cuando el acreedor concurrente goce de una garantía otorgada por vía judicial o si es un administrador de la insolvencia.

72. En muchos casos en que se ha de competir con otro acreedor garantizado, el orden de prelación de las garantías reales sobre el producto de los bienes

inicialmente gravados tal vez sea deducible del orden de prelación aplicable al bien inicialmente gravado y de los principios por los que se rija ese orden. Por ejemplo, en un ordenamiento en el que la primera garantía real sobre determinado bien, a la que sea dada la publicidad requerida, goce de prelación frente a toda garantía concurrente, ese mismo orden de prelación sería aplicable cuando se transfiera el bien inicialmente gravado y el acreedor garantizado trate de hacer valer su derecho sobre el producto. Si la garantía real sobre el bien inicialmente gravado obtuvo la publicidad requerida antes de que la garantía del acreedor concurrente la haya adquirido sobre el producto, la primera de esas dos garantías gozaría de prelación.

73. En supuestos en los que la fecha de publicidad no determine el orden de prelación de las garantías concurrentes sobre el bien inicialmente gravado (como ocurriría, por ejemplo, con las garantías reales constituidas en respaldo del precio de compra de dicho bien que gozan de una prelación superior), habrá que determinar por separado la prelación aplicable al producto de tal bien.

6. Modificación voluntaria de la prelación: acuerdos de subordinación

74. En numerosos ordenamientos jurídicos, el orden de prelación puede modificarse, y se modifica de hecho con frecuencia, por decisión unilateral de un acreedor garantizado o mediante contratos con otros acreedores garantizados. Por ejemplo, un prestamista con una garantía real sobre todos los bienes actuales y ulteriormente adquiridos del otorgante puede acceder a que éste constituya una garantía real sobre determinado bien, dotada de prelación suprema respecto de dicho bien, con el propósito de aprovechar su valor para obtener financiación adicional de otra fuente financiera. Cabe diferenciar esos arreglos de los acuerdos de subordinación entre acreedores no garantizados que renuncian al principio de la igualdad de trato de sus créditos no respaldados por una garantía. El reconocimiento de la validez del derecho de una parte a renunciar a la prelación de sus garantías reales de forma unilateral o por vía de contratos privados es un principio bien arraigado (véase, por ejemplo, el artículo 25 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional).

75. Los acuerdos que alteran el orden de prelación son perfectamente aceptables, siempre que afecten únicamente a las partes que consientan efectivamente en la modificación. Un acuerdo de subordinación no deberá afectar a los derechos de acreedores que no sean partes en él. Además, es importante que la prelación concedida por vía de un acuerdo de subordinación siga siendo aplicable en el supuesto de que se abra un procedimiento de insolvencia del otorgante y esa posibilidad ha de preverse en los regímenes de la insolvencia. En rigor, puede que en algunos ordenamientos sea necesario incluir una disposición al respecto en el régimen de la insolvencia con objeto de facultar a los tribunales para ordenar la ejecución de un acuerdo de subordinación y a los representantes de la insolvencia para resolver conflictos de prelación entre partes en un acuerdo de subordinación sin incurrir en responsabilidad (véase A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6, párrs. ...).

7. Importancia de la prelación anterior a la ejecución

76. Otro aspecto importante es si la prelación sólo reviste importancia después de que el otorgante incumpla su obligación subyacente o si también la tiene antes del

incumplimiento. En muchos ordenamientos se aplica el primer criterio, en virtud del cual se permite al titular de una garantía real contractual con prelación subordinada cobrar la cuota periódica de amortización de su crédito, aun cuando no se haya abonado íntegramente el crédito garantizado que goce de prelación superior, salvo acuerdo en contrario entre el acreedor con prelación subordinada y el acreedor con prelación superior. El fundamento de este criterio es que, salvo acuerdo en contrario y antes de incurrir en incumplimiento, un otorgante ha de poder disponer de sus bienes y utilizar el producto de la venta para saldar sus obligaciones a medida que venzan, independientemente de la prelación que corresponda a las garantías reales sobre esos bienes. Si se exige al acreedor con prelación subordinada que remita las sumas sin que exista un acuerdo expreso, este requisito tal vez le prive de toda motivación para conceder financiación.

77. Ese resultado tal vez sea distinto si el acreedor con prelación subordinada ha cobrado el producto de todo acto de venta u otra forma de disposición del bien gravado. En tal supuesto, en algunos ordenamientos se exigirá que el acreedor con prelación subordinada remita el producto así cobrado al acreedor con el mayor grado de prelación si cobró el producto a sabiendas de que el otorgante estaba obligado a enviarlo a ese acreedor. El fundamento de esta regla es análogo al que se analiza en la sección A.3.d. *supra*, en relación con los compradores de bienes gravados.

B. Resumen y recomendaciones

78. El concepto de prelación es un componente esencial de todo régimen de préstamos garantizados encaminado a promover la oferta de crédito a un precio asequible. La disponibilidad de fondos depende de que los acreedores puedan determinar con la certeza debida, antes de otorgar crédito, la prelación de que gozará su garantía en el supuesto de que traten de hacerla efectiva. Dado que la apertura de un procedimiento de insolvencia del otorgante puede dar lugar a una liquidación de su patrimonio, es esencial que la prelación de que goza un acreedor garantizado subsista sin menoscabo durante ese procedimiento (véase A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6, párr. ...).

79. Por consiguiente, es importante que en los regímenes que regulan las operaciones garantizadas se enuncien reglas de prelación claras y viables, en que se establezca cómo resolver las situaciones que puedan plantearse. Esas reglas deben permitir que todos los acreedores, inclusive los que carecen de garantía, conozcan su orden relativo antes de otorgar crédito y actúen en consecuencia para proteger sus derechos. Tal vez las particularidades de las reglas en sí sean tan importantes para ellos como el hecho de que se enuncie con claridad el orden de prelación, se permita prever los resultados y se establezcan mecanismos eficaces para determinar en el momento de otorgar crédito la prelación de que se gozará.

80. La forma más eficaz de lograrlo es crear un sistema de inscripción pública y conceder prelación al primer acreedor que inscriba su garantía real. Además, si es fidedigno y de fácil consulta, ese sistema servirá para alertar a los acreedores sobre la existencia de garantías reales concurrentes (véanse los párrafos 7 a 9).

81. Un rasgo esencial de un régimen eficaz de las operaciones garantizadas es que los créditos garantizados, cuando se hayan obtenido debidamente, tengan prelación sobre los créditos no garantizados en general.

82. Si las garantías reales con desplazamiento han de seguir formando parte de un régimen de las operaciones garantizadas, es menester que se las tenga en cuenta al formular el orden de prelación. Tal vez proceda disponer, por ejemplo, que la prelación de una garantía real quedará determinada por la fecha en que el acreedor obtenga la posesión o el control de dicha garantía o en la fecha en que la inscriba en un registro, según cuál de esos actos tenga lugar antes. En tales situaciones, también cabe prever que el acreedor garantizado que haya escogido un método determinado para establecer inicialmente su orden de prelación pueda optar por otro sin que el cambio de método suponga la pérdida del orden de prelación inicial que le corresponde en relación con el bien gravado, siempre que los actos de posesión, control o inscripción se sucedan sin solución de continuidad, de modo que la garantía real quede sujeta en todo momento a uno u otro método de perfeccionamiento. Además, cuando se trate de ciertas categorías de bienes, tal vez proceda disponer que una garantía real que se perfeccione por posesión o control tendrá prelación sobre otra que sólo se perfeccione por inscripción registral, aun cuando este último acto tenga lugar antes (véanse los párrafos 12 a 14).

83. Cabría hacer excepciones a la regla de la fecha de inscripción sólo si no se dispone de otro medio para lograr el objetivo que se desee impulsar con la excepción y si la importancia de ese objetivo justifica la incidencia negativa que tendrá esa excepción en la oferta de crédito a un precio asequible. Ha de enunciarse claramente toda excepción prevista, de modo que los acreedores puedan determinar la probabilidad de que existan créditos privilegiados o preferentes y dispongan lo que sea necesario para protegerse frente a esos créditos. A fin de alertar de forma eficaz a los acreedores sobre la existencia de derechos concurrentes, cabe considerar la posibilidad de exigir que se inscriban en un registro público todas las garantías reales, incluidos los créditos privilegiados o preferentes (véanse los párrafos 50 a 53). Algunas de las excepciones al orden de prelación basado en la fecha de inscripción que habrá que analizar al formular un régimen aplicable a las operaciones garantizadas se refieren a las garantías de financiación del precio de compra y a los acreedores que añadan valor al bien gravado (como los reparadores de equipo; véanse los párrafos 54 a 57).

84. Habida cuenta de la eficacia de la financiación del precio de compra como mecanismo para dotar a las empresas del capital necesario para adquirir determinadas mercancías, un régimen eficaz de las operaciones garantizadas debe disponer que todo titular de una garantía constituida para financiar una compra tenga prelación frente a otros acreedores (incluidos los acreedores que hayan inscrito antes sus garantías reales) con respecto a los bienes que se hayan adquirido gracias a esa financiación. En cuanto a las operaciones relacionadas con existencias inventariadas, debe preverse, además de la inscripción registral, que se remita a los demás acreedores conocidos la debida notificación de la existencia de una garantía real constituida para financiar una compra. Además de beneficiar a los vendedores, esta prelación superior debe corresponder a los bancos y a otras instituciones de crédito que financian la adquisición de bienes (véanse los párrafos 21 a 29).

85. En un régimen eficaz de las operaciones garantizadas deben compaginarse apropiadamente los derechos de los compradores de mercancías con los de los

acreedores titulares de garantías reales sobre esas mercancías. Para velar por ese equilibrio en el trato, cabría disponer que los compradores de existencias inventariadas vendidas en el giro normal del negocio del otorgante han de recibirlas exentas de toda garantía real con que el vendedor las haya gravado y que al acreedor garantizado se le conceda una garantía real sobre el producto de la venta (véanse los párrafos 34 a 43).

86. Conceder prelación respecto de futuros anticipos o de bienes adquiridos ulteriormente probablemente aliente la práctica de otorgar a las empresas créditos de índole rotatorio o renovable. Cuanto más simple sea el procedimiento que haya de seguir un acreedor para determinar el orden de prelación respecto de futuros anticipos o de bienes adquiridos ulteriormente, tanto mayor será la oferta de créditos financieros de esta índole (véanse los párrafos 60 a 63).

87. A fin de no dificultar la concesión de los créditos de tipo rotatorio o renovable, como se indicó anteriormente (véanse los párrafos 47 y 60), o de todo otro tipo de crédito análogo, no conviene limitar el importe de los futuros anticipos al que se asignará prelación.

88. Al menos en ciertos supuestos, el derecho del acreedor garantizado sobre el producto del bien constituido en garantía debe surtir efecto no sólo frente al otorgante, sino también frente a todo acreedor concurrente. Todo régimen de las operaciones garantizadas debe estatuir cuándo cierto acto bastará para dar publicidad a una garantía real del acreedor sobre el producto y cuándo se requerirá un nuevo acto de publicidad. Todo régimen debe además enunciar el orden de prelación de las garantías respecto del producto, que tal vez difiera en función de la categoría del acreedor concurrente (véanse los párrafos 65 a 73).

89. Independientemente de cuál sea el orden de prelación previsto por un régimen de las operaciones garantizadas, debe facultarse a los acreedores para que lo modifiquen por vía contractual a fin de estructurar los acuerdos financieros que mejor respondan a las necesidades del otorgante. Esos acuerdos deben surtir efecto entre las partes que los concierten en caso de abrirse un procedimiento de insolvencia del otorgante. Sin embargo, tales acuerdos deben dejar a salvo los derechos de toda persona que no sea parte en ellos (véanse los párrafos 74 y 75).

90. Por último, en todo régimen de las operaciones garantizadas habrán de determinarse las circunstancias en que el titular de una garantía real constituida sobre determinado bien que goce de prelación subordinada no podrá obrar, antes del incumplimiento o la ejecución, en menoscabo de los derechos de todo titular de una garantía real sobre ese mismo bien que goce de un mayor grado de prelación. No podrá, por ejemplo, retener el producto de la venta u otro acto de disposición de dicho bien a sabiendas de que el otorgante está contractualmente obligado a remitir ese producto al acreedor cuya garantía real goce de un mayor grado de prelación. (véanse los párrafos 76 y 77).