



Asamblea General

Distr. limitada
12 de marzo 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 operaciones garantizadas

Informe del Secretario General

Adición

Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
Proyecto de guía legislativa sobre operaciones garantizadas	1-72	2
V. Publicidad	1-72	2
A. Observaciones generales	1-68	2
1. Introducción	1-8	2
2. Inscripción pública de las garantías reales sin desplazamiento sobre bienes muebles.	9-46	4
a. Operaciones con transferencia de la titularidad y operaciones a título de garantía	9-14	4
b. Garantías reales consensuales y no consensuales.	15-17	6
c. Un solo registro de gravámenes o diversos registros	18-21	6
d. Inscripción de notificaciones e inscripción de documentos.	22-23	7
e. Fecha de inscripción	24-28	8
f. Contenido que se exige en la notificación inscrita	29-37	9
g. Necesidad de proteger a los cesionarios remotos de bienes gravados	38-40	11
h. Relaciones con los registros de bienes inmuebles	41-42	12



i. Relaciones entre un registro general de gravámenes y los registros de la propiedad destinados a ciertas categorías de bienes	43	13
j. Inscripción en un registro privado o publicación	44	13
k. Inscripción registral y vía ejecutoria	45-46	13
3. Privación de posesión del deudor y otros mecanismos de control equivalentes.	47-58	14
a. La privación de posesión del deudor como sustitutivo de la inscripción .	47-50	14
b. Calidad de la posesión	51-52	15
c. Posesión simbólica	53	15
d. Notificación a terceros o control por éstos	54-58	16
4. Validez frente a terceros de las garantías reales sin publicidad.	59-64	17
5. Validez frente a terceros de las garantías reales con publicidad	65-68	18
B. Resumen y recomendaciones	69-72	19

V. Publicidad

A. Observaciones generales

1. Introducción

1. Como se ha explicado *supra* (véase A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.3, párrs. 10 y 15 a 20), hay que facilitar la constitución de derechos de garantía sin desplazamiento. La garantía sin desplazamiento, aunque conocida en el pasado, no comenzó a resurgir hasta el siglo XIX y todavía se limita o, incluso, se prohíbe por completo en algunos Estados. Este enfoque se ha explicado tradicionalmente por la necesidad sentida de proteger a otros acreedores de la equívoca impresión de falsa riqueza creada por la retención de la posesión por el deudor. Sin embargo, esa preocupación, por sí sola, resulta algo pasada de moda e insuficiente. En un mundo comercial denominado por el crédito, a los terceros no debería sorprenderles descubrir que los bienes de un deudor están gravados con una garantía, o sujetos a un título anterior de un proveedor o arrendador. Sin embargo, de ello no se sigue que un régimen de operaciones garantizadas pueda prescindir sin riesgo de todo requisito de publicidad de las garantías sin desplazamiento. Un sistema fiable y eficaz de publicidad presenta importantes ventajas desde el punto de vista de la eficiencia y la evitación de litigios.

2. En primer lugar, la publicidad permite a los futuros acreedores garantizados comprobar si los bienes de que se trate han sido ya gravados con garantías a favor de un acreedor anterior, a fin de poder evaluar su propio rango de prelación con respecto a los derechos de garantía concurrentes. A falta de publicidad, los acreedores garantizados deberán confiar en las afirmaciones del deudor o realizar amplias investigaciones. Ello tiende a impedir el acceso al crédito de los deudores que no tienen una solvencia acreditada y a restringir la competencia en el mercado de créditos, al tener que recurrir los deudores a los acreedores con los que hayan establecido ya una relación de confianza acreditada.

3. En segundo lugar, la publicidad es necesaria para tratar adecuadamente las consecuencias de una enajenación no autorizada de los bienes gravados por el deudor. A falta de publicidad, los ordenamientos jurídicos tienen que elegir entre proteger a los acreedores garantizados de las consecuencias de la conducta ilícita del deudor o proteger a los cesionarios inocentes del riesgo de gravámenes preferentes secretos de los que no hayan tenido conocimiento, ni medio de tenerlo. La publicidad elimina la necesidad de mediar entre esos extremos, y permite a los ordenamientos jurídicos velar por la seguridad de todos los negocios consensuales sobre bienes muebles.

4. En tercer lugar, la publicidad disminuye los litigios, al resolver las sospechas de anticipación fraudulenta de las fechas de los instrumentos de garantía, ofreciendo un mecanismo objetivo para demostrar la fecha real. Es cierto que el riesgo de fijar una fecha anterior fraudulenta es menos frecuente en un mercado crediticio dominado por instituciones financieras especializadas y sensibles a la reputación de solvencia. Además, el problema podría abordarse exigiendo que el acuerdo de garantía cumpliera determinadas formalidades, sin exigir también la publicidad de la anotación del derecho de garantía. Sin embargo, el elemento de publicidad añadido permite a los acreedores no garantizados evaluar más eficientemente si queda algún valor no gravado en los bienes del deudor que pueda satisfacer sus propios derechos. A falta de publicidad, la única fuente de información es el deudor, que puede no ser una fuente cooperadora o fiable, lo que obliga a los acreedores a iniciar un procedimiento de ejecución que puede resultar inútil.

5. En el contexto de los bienes inmuebles, la necesidad de publicidad ha sido satisfecha en gran parte por la creación de un registro de acceso público. El registro de la propiedad inmobiliaria tiene por objeto ofrecer a los terceros una amplia publicidad sobre la titularidad o atribución actual de la propiedad de un inmueble determinado, incluidos cualesquiera gravámenes constituidos sobre dicho inmueble por el propietario inscrito. Muchos Estados han establecido registros análogos para un número limitado de bienes muebles de gran valor (por ejemplo, buques, aeronaves, autocaravanas y, en ocasiones, otros vehículos terrestres). Sin embargo, la mayoría de los bienes muebles no pueden describirse con suficiente detalle, o son demasiado dinámicos o poco permanentes para que resulte viable como modelo el registro de la propiedad inmobiliaria. Esto se aplica especialmente a los derechos reales sobre bienes inmateriales y sobre fondos o “bienes universales” de bienes o activos circulantes, renovables o rotatorios, como las existencias y los créditos por cobrar.

6. Para resolver esas dificultades prácticas, ha surgido el concepto de un registro de gravámenes puro. En lugar de organizarse en función de la propiedad del bien gravado, las inscripciones se hacen y consultan por el nombre del otorgante. La determinación de la titularidad del otorgante y de si el bien gravado existe realmente se deja al arbitrio de hechos y datos no inscritos.

7. La idea de un registro de gravámenes para las garantías sobre bienes muebles se remonta a los primeros años del siglo XIX y se asocia históricamente a los Estados de tradición jurídica anglosajona. Sin embargo, el concepto no se considera ya específico de esos ordenamientos. Los registros se aceptan cada vez más como

una infraestructura necesaria para un sistema moderno y amplio de garantías sin desplazamiento en cualquier parte. La evolución se refleja en las leyes modelo sobre operaciones garantizadas del Banco Europeo de Reconstrucción y Fomento y de la Organización de los Estados Americanos, y en un reciente Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil.

8. El presente capítulo comienza examinando los requisitos previos esenciales para un registro de gravámenes eficaz y eficiente. Luego se examina la cuestión de si debe exigirse la inscripción pública incluso de las garantías reales con desplazamiento o entrega del bien gravado, o de si procede admitir otros posibles modos de publicidad. El capítulo termina con el examen de la cuestión de si la publicidad debe ser requisito previo para la eficacia de la garantía entre las partes, o sólo frente a terceros. Aunque esto requiere necesariamente un análisis más general de los efectos de las garantías frente a terceros, el examen completo de la relación entre la publicidad y la prelación se deja para un capítulo separado sobre esta última (capítulo VII).

2. Inscripción pública de las garantías reales sin desplazamiento sobre bienes muebles

a. Operaciones con transferencia de la titularidad y operaciones a título de garantía

9. Aunque un registro de gravámenes puro no tiene por objeto probar la propiedad del otorgante sobre el bien gravado, ello no quiere decir que deban excluirse todas las operaciones efectuadas con transferencia de la titularidad. Los primeros registros de gravámenes tenían por objeto principalmente dar a los acreedores garantizados un medio de dejar constancia pública de la garantía para protegerse de las alegaciones de otros acreedores de que hubieran antedatado fraudulentamente su gravamen. Ése ha seguido siendo el centro de atención en algunos sistemas, y la consecuencia es que sólo se requiere la inscripción pública de las garantías constituidas sobre bienes que son ya propiedad de los deudores (por ejemplo, todo gravamen constituido sobre el patrimonio de la empresa deudora). Como la garantía constituida mediante la retención de la titularidad o propiedad del bien objeto de una venta o de un arrendamiento no implica por definición ningún intento de extraer valor del patrimonio existente del otorgante, no se exige su inscripción.

10. Sin embargo, en los nuevos sistemas de registro, la protección contra la alteración fraudulenta de la fecha es sólo un aspecto incidental de la función del registro. La atención principal se centra en la función de publicidad. El objetivo es aumentar al máximo la capacidad de los terceros para determinar si los bienes que están en posesión del deudor o bajo su control le pertenecen y no están sujetos a algún otro derecho real de un tercero. Para garantizar la máxima publicidad, todos los acuerdos de constitución de una garantía real, ya sea a título de garantía en sentido estricto o mediante la transferencia o la retención de la propiedad, deberán ser inscritos para preservar su eficacia frente a terceros.

11. De hecho, surgen preocupaciones similares de publicidad siempre que se permite a alguien conservar la posesión y el control de bienes que son propiedad de otros, incluso cuando esa propiedad no se emplea para garantizar una deuda. Ello induce a ampliar el ámbito del registro a todas las operaciones sin desplazamiento que sean suficientemente frecuentes en la práctica comercial para suponer un posible perjuicio para terceros, aunque no sirvan de garantía de una deuda. Esta tendencia se refleja en la extensión del Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil, no sólo a los gravámenes y a los acuerdos de retención de la propiedad del bien vendido a favor de los vendedores, sino también a los acuerdos de arrendamiento de aeronaves, con independencia de si ese arrendamiento sirve de garantía o constituye un auténtico arrendamiento en el sentido de que el alquiler refleja debidamente el valor de explotación de la aeronave durante el período de que se trate. Este método sirve también para disminuir los litigios sobre la calificación adecuada de las operaciones en la frontera económica entre la garantía real y la propiedad, en donde los acuerdos de venta con retención de la propiedad y las operaciones de arrendamiento financiero son la fuente principal de dificultades. El problema no puede eliminarse por completo, ya que se plantea también en el plano de la ejecución forzosa. Sin embargo, la imposición de un requisito común de publicidad disminuye la posibilidad de controversias.

12. Para evitar una regulación excesiva, hace falta algún medio de determinar las operaciones que reflejará el registro. Cuando la operación relativa a la titularidad sirva para garantizar una deuda, esto puede lograrse utilizando una definición funcional de garantía que incluya toda operación, cualquiera que sea el destino dado a la titularidad respecto del acreedor o del deudor, que sirva para garantizar el cumplimiento de una obligación.

13. Cuando la operación no tiene la naturaleza de una garantía, ni siquiera desde un punto de vista funcional, la tendencia legislativa general ha sido recurrir a un método más formalista. Las operaciones que se consideran como posible fuente más habitual de dificultades en el país de que se trate se determinan por referencia a su estructura formal. En los ordenamientos que han adoptado este método se encuentra la siguiente lista ilustrativa (aunque no todos incluyan necesariamente en su ámbito esos cuatro tipos de operaciones):

- i) arrendamientos a largo plazo (por ejemplo, superior a un año), aun cuando no se utilicen para garantizar el equivalente del valor de adquisición de los bienes arrendados;
- ii) envíos comerciales en los que se entregan existencias a un agente para su reventa al público, a menos que el agente sea bien conocido por los acreedores por dedicarse sólo a las existencias entregadas, por ejemplo, subastadores y marchantes de arte;
- iii) cesiones simples (por ejemplo, ventas) de créditos o derechos; y
- iv) ventas simples de bienes, si el vendedor conserva la posesión transcurrido un plazo razonable.

14. La dificultad de este método es su orientación histórica. Los tipos de operaciones que han planteado dificultades de publicidad en el pasado se determinan por su estructura nominal. El futuro puede traer nuevas estructuras de

operaciones que susciten preocupaciones de publicidad equivalentes. Por consiguiente, puede ser preferible utilizar en cambio un concepto orientado a eliminar problemas, para lo que cabría exigir la inscripción en toda situación en que una persona quede en posesión o control de bienes inmuebles que pertenezcan a otra persona, por más tiempo de lo que se considere un plazo razonable, legalmente definido.

b. Garantías reales consensuales y no consensuales

15. En principio, un verdadero registro de publicidad de las garantías reales sobre bienes muebles debe abarcar todas las garantías, tanto si se han creado en virtud de la ley como por un acuerdo de voluntades. A pesar de la diferencia en el método de su constitución, plantean problemas de publicidad idénticos.

16. Sin embargo, mucho depende de los efectos frente a terceros de la garantía no consensual de que se trate. Si la política pública en que se base la garantía real no consensual es suficientemente firme para exigir la concesión al acreedor de una prioridad máxima sobre todos los demás acreedores, garantizados o no garantizados, anteriores o ulteriores, la publicidad ofrece escasos beneficios prácticos. Pero si la prelación se basa en la regla del “primero en el tiempo”, o si el titular de la garantía real no consensual tiene una garantía general sobre el bien gravado, aunque éste se encuentre en manos de compradores de buena fe (*droit de suite*), hay muchos argumentos a favor de someter al acreedor garantizado no consensual al mismo marco general de publicidad y prelación que se aplica a los acreedores garantizados consensuales.

17. Un número creciente de sistemas de registro permiten a los acreedores judiciales (es decir, aquellos cuyo derecho ha sido reconocido por una decisión judicial) inscribir una notificación de la sentencia en el registro de garantías sobre bienes muebles, lo que crea el equivalente de una garantía general sobre los bienes del deudor a que se refiere la decisión judicial. Este método fomenta indirectamente la pronta satisfacción de la deuda judicial sin los gastos ni la carga de tener que emprender medidas activas de ejecución judicial. Una vez publicada la sentencia, el deudor judicial se ve obligado en la práctica a satisfacer la deuda y poner término a la inscripción, para poder vender sus bienes o utilizarlos como garantía de otra deuda.

c. Un solo registro de gravámenes o diversos registros

18. Reflejando la evolución específica de las garantías sin desplazamiento, los sistemas de inscripción registral no reformados suelen contar con registros separados que dependen de la naturaleza de los bienes (por ejemplo, créditos contables), de la personalidad jurídica del otorgante (por ejemplo, sociedades), de la naturaleza formal del medio de garantía (por ejemplo, hipotecas, gravámenes, cesiones) o incluso de la personalidad del acreedor garantizado (por ejemplo, bancos).

19. Mientras la finalidad de la inscripción era proteger contra la anteposición fraudulenta de fechas, la naturaleza descentralizada y frecuentemente redundante de

los registros de gravámenes no importó demasiado. Sin embargo, con el moderno desplazamiento de la atención hacia un máximo de publicidad, la existencia de múltiples registros redundantes perjudica esa función y crea incertidumbre en la determinación de la prelación o de los efectos para terceros de derechos de garantía concurrentes otorgados por un mismo deudor sobre los mismos bienes, pero inscritos en diferentes registros.

20. En consecuencia, los sistemas más modernos crean un registro centralizado para todos los derechos de garantía y operaciones análogas. Ello, a su vez, ha permitido al registro ofrecer una presunción común para la prelación de derechos, según la sencilla regla del “primero en inscribir” (aunque la retención de los acuerdos sobre títulos y otros acuerdos funcionalmente similares reciban normalmente protección especial como consecuencia de esa regla).

21. La centralización ha sido muy favorecida por el desarrollo de la tecnología informática. La informatización permite que toda inscripción, cualquiera que sea la naturaleza de los bienes o la personalidad jurídica de las partes, sea anotada en una sola base de datos, sin perjuicio de puntos de acceso múltiples, tanto para quienes han de efectuar una inscripción como para quienes han de consultarla.

d. Inscripción de notificaciones e inscripción de documentos

22. Como su finalidad principal era ofrecer una prueba objetiva contra la anteposición fraudulenta de fechas, los primeros sistemas solían imponer requisitos de inscripción bastante gravosos. Era necesario inscribir un ejemplar auténtico del acuerdo de garantía, a veces acompañado de declaraciones de buena fe (con respecto a otros derechos del acreedor) y de ejecución. Este método suponía un nivel contraproducente de gastos de las operaciones y riesgos para los acreedores garantizados, y creaba incertidumbre sobre si la publicidad del registro frente a terceros afectaba a todo el contenido de la documentación inscrita, o sólo a determinadas condiciones esenciales.

23. Los modernos sistemas de registro han simplificado radicalmente el proceso de inscripción. En lugar de tener que inscribir la documentación de garantía auténtica, lo único que se necesita es una simple notificación que contenga la información básica necesaria para advertir a terceros sobre la naturaleza y el ámbito de la garantía. Con respecto a la inscripción de documentos, la inscripción de notificaciones presenta las siguientes ventajas:

- i) una menor carga de administración y archivo para el registro;
- ii) menores gastos de operaciones para los acreedores garantizados, con la correspondiente disminución del riesgo de error;
- iii) un aumento de la confidencialidad de los asuntos del deudor;
- iv) mayor flexibilidad en la negociación y fijación de las condiciones del acuerdo de garantía;
- v) mayor certeza y aumento de la publicidad para terceros que consulten el registro.

e. Fecha de inscripción

24. En un sistema de inscripción de notificaciones, resulta innecesario, desde un punto de vista práctico, que el acuerdo de garantía se haya concertado, para que pueda hacerse la inscripción. El que esa inscripción anticipada deba autorizarse, por cuestión de principio, resulta más controvertido. Algunos sistemas lo permiten. En otros debe existir primero un acuerdo de garantía formal, aunque no se hayan anticipado todavía fondos. Cada uno de esos métodos tiene sus ventajas e inconvenientes.

25. Suponiendo que la prelación entre los acreedores asegurados se ordene por el momento de la inscripción, la inscripción anticipada permite al acreedor asegurado hacer valer su rango de prelación sin tener que hacer nuevas inscripciones antes de anticipar realmente los fondos. Evita también el riesgo de la anulación de la garantía o de la pérdida de prelación, en los casos en que el acuerdo de garantía subyacente fuera técnicamente deficiente desde el punto de vista de la inscripción, pero ésta se rectificara luego sin perjuicio para terceros.

26. En cambio, la inscripción anticipada complica la función de prelación del registro con respecto a determinadas categorías de derechos de terceros que surjan después de haberse hecho la inscripción pero antes de que el acuerdo de seguridad se ejecute realmente de forma que constituya la garantía. Frente a otros derechos inscribibles no hay dificultad, ya que la prelación puede establecerse por el orden de inscripción, y cada derecho de garantía se remontará a ese efecto al momento de la inscripción. Sin embargo, cuando los bienes se venden a un comprador, o cuando se designa un administrador de insolvencia, serán necesarias pruebas objetivas no inscritas para determinar si esos derechos surgieron antes o después de que la garantía se constituyera realmente. La misma carga de prueba se da, no obstante en un sistema que no permita la inscripción anticipada. Dado que la fuente de la garantía es el acuerdo y no la inscripción en sí, seguirá siendo necesario presentar una prueba independiente del acuerdo de garantía. Aunque esto disminuye el valor de la inscripción como mecanismo para evitar la anteposición fraudulenta de fechas, se trata de algo que acompaña necesariamente al concepto de inscripción de notificaciones.

27. La inscripción anticipada aumenta también el riesgo de inscripciones falsas en los casos en que las negociaciones fracasan sin que se llegue a otorgar nunca la garantía. Ese riesgo puede disminuirse estableciendo un procedimiento sumario para obligar al cumplimiento, procedimiento que puede ser necesario de todas formas en los casos en que se haya cumplido la obligación garantizada. Algunos sistemas tratan de encontrar una solución de compromiso. Se puede hacer la inscripción anticipada siempre que se produzca dentro de un plazo determinado (por ejemplo, 30 días) antes de la ejecución del acuerdo. Un período de gracia de ese tipo aumenta la necesidad de una investigación indiciaria fuera del registro, aunque podría considerarse en el caso de las operaciones de consumo, en que el otorgante puede no tener conocimientos o perspicacia suficientes para aprovechar ese procedimiento de exención legal.

28. La cuestión de la inscripción anticipada guarda relación, en parte, con la de determinar la información que deberá contener la notificación de la garantía inscrita.

Cuanto más detallada sea la información que se requiera, tanto mayor será la necesidad de exigir un acuerdo de garantía anterior y menor utilidad práctica tendrá la inscripción anticipada.

f. Contenido que se exige en la notificación inscrita

29. Para tener un valor de publicidad mínimo, la notificación de una garantía debe identificar al otorgante y al acreedor garantizado y describir los bienes gravados. Como el nombre del otorgante es el principal criterio de consulta, normalmente se establecen normas para determinar el nombre legal correcto a efectos de inscripción y consulta. En el caso de otorgantes que sean personas individuales, a veces se exige otra información, por ejemplo, la fecha de nacimiento, con objeto de que los resultados de la consulta se mantengan dentro de límites razonables. En el caso de otorgantes que sean empresas, la base de datos del registro se vincula a veces al registro de nombres comerciales mantenido por el Estado de que se trate, a fin de facilitar la exactitud de las anotaciones.

30. Los registros de propiedad requieren normalmente la identificación específica del bien gravado, y la garantía se archiva y consulta en función de la categoría del bien gravado. En un registro de gravámenes, la inscripción del nombre del otorgante elimina la necesidad de una descripción única elemento por elemento, lo que agiliza el ámbito de la garantía a la que puede darse publicidad con eficacia. Una sola inscripción puede dar publicidad a las garantías tanto de los bienes presentes como de los ulteriormente adquiridos, y sobre los fondos rotativos o “universales” de bienes (por ejemplo “todos los derechos” o “todas las existencias”). En tales casos, la validez frente a terceros se remontará al momento de la inscripción y no al momento en que el deudor adquirió realmente los derechos sobre el bien de que se trate. Ese sistema permite que la publicidad se dé con respecto a la totalidad de la base de bienes del deudor (por ejemplo “todos los bienes muebles presentes y ulteriormente adquiridos”).

31. Esos derechos de garantía de base tan amplia son controvertidos. En parte, ello se debe a la preocupación por la situación de monopolio que adquiere el acreedor primeramente inscrito sobre el acceso del deudor a la financiación garantizada y en parte la razón es que las garantías sobre todos los bienes pueden reducir o incluso eliminar la masa de bienes no gravados disponible para su distribución a los acreedores en casos de ejecución e insolvencia. Un sistema de operaciones garantizadas debe dar cabida a esas preocupaciones de políticas. Sin embargo, no deben utilizarse como justificación para imponer límites arbitrarios al ámbito de los bienes a los que pueda darse efectivamente publicidad mediante una descripción genérica o sumamente genérica en una notificación de garantía inscrita. Las preocupaciones pueden atenderse mejor mediante la articulación de normas de prioridad máxima sustantivas, orientadas a preservar el acceso del deudor a fuentes más especializadas de financiación futura o a proteger categorías especialmente vulnerables de acreedores no garantizados. La necesidad de normas de prioridad máxima de esa índole se trata en el capítulo VII (véase A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.7, párrs. 33 a 37). En el contexto de la financiación del consumo, puede ser necesario complementar esas soluciones mediante prohibiciones claras de otorgar garantías

sobre bienes de consumo ulteriormente adquiridos, tema ya tratado en el capítulo IV (véase A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.4, párrs. 22 y 23, y 55).

32. Incluso en los ordenamientos jurídicos que permiten hacer descripciones genéricas y sumamente genéricas se han adoptado diferentes enfoques con respecto a lo que constituye una descripción adecuada. En algunos sistemas, la parte que inscribe sólo tiene que indicar la naturaleza genérica de los bienes gravados (por ejemplo, mercancías), aunque el derecho de garantía se limite en realidad a un elemento específico (por ejemplo, un solo automóvil). En otros ordenamientos, se requiere que la descripción se ajuste a la serie real de bienes comprendida en la inscripción.

33. Cada uno de esos métodos tiene sus ventajas e inconvenientes. Una descripción menos precisa alivia la carga de la inscripción a los acreedores y reduce el riesgo de errores de descripción. Permite también al acreedor garantizado y al deudor modificar su acuerdo de garantía para agregar nuevos bienes de la misma categoría genérica, sin tener que hacer una nueva inscripción.

34. En cambio, el sistema tiene un valor de publicidad limitado para terceros. A fin de determinar el ámbito preciso de la garantía, deberán obtener seguridades del acreedor garantizado, directamente o por conducto del deudor. Además, aunque el acuerdo de garantía existente comprenda una serie menor de bienes, los acreedores garantizados concurrentes que constituyan una garantía sobre cualquier bien comprendido en la descripción inscrita tendrán que obtener una renuncia de prelación del acreedor primeramente inscrito. Como el rango de prelación entre los acreedores garantizados se remonta a la inscripción inicial, se necesitará una renuncia explícita para proteger al acreedor garantizado contra el riesgo de que el otorgante pueda ampliar luego la base de bienes gravados con garantías, en virtud de un acuerdo futuro.

35. Se han adoptado también diferentes métodos sobre la cuestión de si la notificación debe especificar el valor por el que se otorga la garantía. A fin de dar cabida a la práctica financiera de las obligaciones indeterminadas (por ejemplo, las de crédito rotatorio), ninguno de los sistemas modernos exige que la notificación inscrita especifique el valor real de la obligación garantizada. Sin embargo, algunos ordenamientos requieren que se indique un valor máximo (véase un examen de las cláusulas de suma máxima en los acuerdos de garantía en A/CN.9/WG.VI/WP.2, párrs. 13 y 16). La finalidad principal de este requisito es facilitar la capacidad del otorgante para obtener “financiación de segundo rango” de otros acreedores garantizados, utilizando el valor residual de los bienes gravados por la garantía de primera inscripción. A falta de este requisito, el acreedor garantizado ulteriormente habrá de obtener una renuncia de prelación explícita del acreedor de primera inscripción. De otro modo, como la prelación se remonta al momento de la inscripción, el acreedor inscrito en segundo lugar se verá subordinado en la medida en que el acreedor primeramente inscrito haya hecho anticipos ulteriores. En realidad, el sistema permite que una sola inscripción dé publicidad a las garantías constituidas en virtud de acuerdos ulteriores entre las mismas partes, riesgo que surge aunque el acuerdo de garantía existente no prevea actualmente ningún anticipo futuro.

36. Cada uno de esos métodos tiene ventajas e inconvenientes. Si la notificación no tiene que especificar un valor máximo, el acreedor garantizado primeramente inscrito y el otorgante tendrán una flexibilidad total para aumentar el crédito, o incluso para concertar acuerdos de crédito totalmente nuevos, sin temor a perder su prelación y sin gastos de operación adicionales en cuanto a la inscripción. En cambio, la capacidad del otorgante para otorgar garantías sobre el valor residual de los bienes gravados se reducirá, a menos que el acreedor primeramente inscrito esté dispuesto a renunciar a su prelación. En un mercado de crédito competitivo, un deudor tendrá normalmente influencia suficiente para obtener con facilidad una renuncia. Sin embargo, esa renuncia puede no ser obtenible en condiciones razonables si el acuerdo de garantía incluye una cláusula punitiva por intereses no percibidos. Al propio tiempo, la protección que ofrece el requisito de la suma máxima es ilusoria si se inscriben habitualmente estimaciones sumamente exageradas. Ello no es probable que sea un problema cuando el deudor tiene suficiente capacidad de negociación pero, en ese caso, es posible que la protección no haga falta de todas formas. En otros casos, es posible que haya que introducir un procedimiento para permitir que el otorgante, al menos en las operaciones de consumo, pueda exigir que la suma inscrita se reduzca cuando no refleje la obligación crediticia real del acreedor garantizado según el acuerdo que exista entre ellos.

37. Ambos métodos imponen una nueva carga de investigación a quienes consulten el registro. Habrá que establecer contacto directo con las partes para determinar el estado corriente real de la cuenta. Esto se aplica aunque el valor máximo deba recibir publicidad, ya que esa suma no refleja la obligación garantizada efectivamente pendiente en un momento determinado, sino únicamente el valor máximo que el acreedor garantizado puede extraer de los bienes gravados en virtud de su garantía.

g. Necesidad de proteger a los cesionarios remotos de bienes gravados

38. Una garantía real da generalmente al acreedor garantizado el derecho a perseguir el bien gravado, se encuentre en manos de quien se encuentre. De otro modo, el otorgante de la garantía tendría facultades unilaterales para ponerle fin. Sin embargo, ese *droit de suite* del acreedor garantizado puede verse limitado en el contexto de un registro de gravámenes indizado por el nombre de los otorgantes. En los casos en que los bienes gravados hayan sido objeto de transferencias sucesivas no autorizadas, los futuros compradores del bien gravado o los acreedores garantizados no podrán protegerse realizando una consulta por el nombre del titular inmediato. Esa consulta no revelará la existencia de una garantía real otorgada por algún predecesor en la titularidad del derecho de propiedad sobre el bien gravado.

39. Las soluciones al problema pueden adoptar diversas formas en función de cómo quiera el ordenamiento jurídico encontrar un equilibrio entre preservar la garantía y preservar la fiabilidad del registro. Como mínimo, se exigirá a los acreedores garantizados que modifiquen sus inscripciones para identificar al cesionario de los bienes gravados como otorgante adicional, bajo pena de que, de lo contrario, su garantía real quede subordinada a todo derecho adquirido sobre el bien

gravado, después del momento en el que el acreedor garantizado haya tenido conocimiento de la cesión. Algunos ordenamientos jurídicos quizá quieran ir más lejos y proteger a todos los terceros, o al menos a categorías especialmente vulnerables de terceros, aun cuando el acreedor garantizado no tenga conocimiento de la enajenación no autorizada hecha por el deudor.

40. El problema del tercero remoto puede aliviarse mucho exigiendo la identificación específica del bien para darle publicidad eficaz frente a los compradores, así como frente a todo acreedor garantizado concurrente, en el caso de bienes especialmente valiosos, mediante por ejemplo, identificadores numéricos fiables para vehículos terrestres, embarcaciones, caravanas, remolques, aeronaves, etc. Aunque ello disminuye la capacidad de los acreedores garantizados para dar publicidad a las garantías sobre bienes ulteriormente adquiridos, la identificación del bien específico gravado resulta prácticamente necesaria sólo en el caso de los bienes de capital utilizados en la empresa del otorgante y de los bienes de consumo utilizados para fines personales. En el caso de las existencias, el problema se limita a cuando el comerciante de bienes usados adquiere bienes sujetos a una garantía otorgada por el vendedor y los revende al público. Podría estudiarse la posibilidad de ampliar el ámbito de la protección dada a los compradores de bienes cedidos en el curso ordinario del negocio, a fin de proteger a los cesionarios de esos bienes. Estas cuestiones se tratan más detenidamente en el capítulo VIII (véase A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.7, párr. 30).

h. Relaciones con los registros de bienes inmuebles

41. La legislación moderna sobre operaciones garantizadas permite por lo general que se otorgue una garantía real sobre bienes muebles cuando éstos están inmovilizados, es decir, cuando se trata de bienes muebles destinados a unirse a la tierra sin pérdida de su identidad separada (por ejemplo, un horno), así como de inmuebles que pueden ser movilizables, es decir, bienes inmuebles destinados a convertirse en muebles (por ejemplo, los cultivos antes de la cosecha). Esta garantía real está sujeta a los mismos requisitos de publicidad que se aplican a las garantías sobre otras categorías de bienes muebles, con una matización. Para surtir efecto frente a personas que hagan valer un derecho sobre la tierra a la que están unidos o fijados los bienes muebles, normalmente deberá hacerse una anotación de la garantía también en el registro de bienes raíces, a fin de preservar la integralidad de la función de publicidad de esta clase de registros.

42. La creación de un registro amplio de gravámenes sobre bienes muebles plantea la cuestión de si es viable coordinar la publicidad cuando el acuerdo de garantía comprende tanto bienes muebles como inmuebles. Ningún ordenamiento jurídico parece haberlo hecho. Los registros de bienes raíces se organizan principalmente en función de la categoría de bien inscrito y funcionan como registros de la propiedad y de gravámenes. Si existe también un índice complementario de nombres de propietarios, se podría crear un sistema de inscripción común. Sin embargo, ello exigiría una gran coordinación de la nomenclatura utilizada en los dos sistemas. Además, la necesidad de mantener la integridad del registro de bienes raíces exigiría normalmente que la garantía se inscribiera en función del bien raíz gravado y no

sólo por el nombre del otorgante. Ello es necesario ya que, en un registro de la propiedad, normalmente no hay necesidad, en lo que se refiere a la publicidad, de distinguir entre las garantías puras y las creadas mediante la cesión o reserva de la propiedad a favor del acreedor garantizado. Se logra una publicidad adecuada con independencia de que se identifique al acreedor en el registro como propietario del bien o como titular de un gravamen sobre la propiedad del propietario inscrito. La distinción entre propiedad y garantía sólo es importante cuando se trata de la ejecución.

i. Relaciones entre un registro general de gravámenes y los registros de la propiedad destinados a ciertas categorías de bienes

43. Consideraciones análogas pueden crear dificultades al coordinar o integrar las prácticas de inscripción entre un registro de gravámenes sobre bienes muebles y todo registro de la propiedad destinado a ciertas categorías de bienes muebles como embarcaciones, aeronaves, vehículos terrestres y derechos de propiedad intelectual. Cuando se trata de objetos materiales, esas dificultades pueden reducirse en la medida en que el registro de gravámenes crea una capacidad complementaria para realizar consultas por referencia a identificadores numéricos de los bienes. En el caso de la propiedad intelectual, los obstáculos son más imponentes, porque no es posible un sistema de identificación de bienes equivalente y porque los registros de la propiedad intelectual no tienen por finalidad principal facilitar las relaciones comerciales. Cualquiera que sea el enfoque que se adopte, una ley general de operaciones garantizadas tendrá que determinar la medida en que la inscripción en un registro destinado a cierta categoría de bienes prevalecerá sobre las inscripciones en el registro general de bienes muebles, y coordinar las relaciones entre los diferentes sistemas. Esto resulta especialmente crítico con respecto a las garantías sobre la propiedad intelectual y los pagos de licencias y regalías conexas con la propiedad intelectual, dada la creciente importancia económica de esta clase de bienes.

j. Inscripción en un registro privado o publicación

44. Algunos ordenamientos eluden el registro público de gravámenes como tal y utilizan formas de notificación más limitada: por ejemplo, el asiento de una notificación en los propios libros del deudor, o en los libros de un notario o funcionario judicial, o la declaración verbal, o los avisos en la prensa. Aunque algunas de esas formas de notificación atienden suficientemente al riesgo de que se antedate fraudulentamente la notificación inscrita o asentada en libros, carecen de la permanencia y la facilidad de acceso público necesarias para asegurar una verdadera publicidad y establecer una prelación frente a terceros. Si se crea un registro general de gravámenes se podrá prescindir de ellas sin problemas.

k. Inscripción registral y vía ejecutoria

45. En algunos ordenamientos jurídicos, el acreedor garantizado tiene que inscribir su garantía real antes de poder recurrir a medidas de ejecución contra los

bienes gravados. En otros, la inscripción no es condición previa para la ejecución. La cuestión de qué método deba adoptarse dependerá, en parte, de a quién corresponda notificar a terceros que tengan un derecho inscrito sobre los bienes garantizados que se ha iniciado un procedimiento de ejecución. Si esta carga se impone directamente al acreedor garantizado, la inscripción del derecho del acreedor que ejecute puede ser innecesaria. Si, por el contrario, la carga se impone al secretario o a algún otro cargo del registro, la inscripción será necesaria para informar al cargo competente de la necesidad de enviar notificaciones a los otros demandantes inscritos. De hecho, en un ordenamiento jurídico que adopte este último método, la publicidad por inscripción es un requisito previo a toda medida ejecutoria, incluso cuando se trate de una garantía real a la que se haya dado inicialmente publicidad al privársele al deudor de la posesión.

46. La inscripción anticipada de la medida de ejecución pretendida puede reducir también la carga de investigación de los acreedores concurrentes, tanto garantizados como no garantizados, que estudien la posibilidad de iniciar un procedimiento de ejecución. De otro modo, tendrán que hacer más investigaciones sobre todos los acreedores garantizados inscritos, a fin de determinar si se ha iniciado ya una ejecución. Aunque en la práctica hace falta invariablemente cierto grado de comunicación entre los acreedores a fin de lograr la coordinación adecuada, la inscripción facilitaría al menos la labor de investigación de los demás acreedores.

3. Privación de posesión del deudor y otros mecanismos de control equivalentes

a. La privación de posesión del deudor como sustitutivo de la inscripción

47. Los derechos de garantía con desplazamiento están normalmente exceptuados de la inscripción, salvo, posiblemente, en lo que se refiere a la ejecución. Se estima que la privación de la posesión resuelve adecuadamente las principales fuentes de posibles perjuicios para terceros. La apariencia de una falsa riqueza se elimina, y la enajenación no autorizada a terceros por el deudor se hace inviable.

48. Sin embargo, a diferencia de la inscripción en un registro público, la privación de la posesión resuelve menos satisfactoriamente el problema del adelanto fraudulento de fechas en los casos en que la fecha histórica en que se asumió la posesión sea importante, por ejemplo, con respecto a las operaciones realizadas durante un período de sospecha anterior a la insolvencia del otorgante, o cuando la prenda posesoria concorra con un derecho de garantía sin desplazamiento. Por este motivo, algunos ordenamientos jurídicos imponen requisitos formales adicionales destinados a determinar la fecha de las prendas posesorias. La inscripción registral atendería más eficientemente esa misma preocupación. Aunque la mera inscripción de notificaciones no elimine plenamente el riesgo del adelanto fraudulento de fechas en el caso de la insolvencia, ofrece al menos una sólida presunción probatoria.

49. La exención de inscripción de las garantías reales con desplazamiento disminuye también el valor de publicidad del registro y complica la determinación de la prelación. Los terceros, incluidos los acreedores garantizados futuros, no

pueden confiar plenamente en la consulta del registro. Deberán hacer otras investigaciones para asegurarse de que los bienes sobre los que se constituya una garantía siguen estando en posesión del deudor y bajo su control. Se trata de una parte normal del proceso de evaluación de riesgos, ya que un registro de gravámenes es por naturaleza menos fiable que un registro tanto de la propiedad como de los gravámenes que sobre ella pesan. Incluso aunque se exigiera dar publicidad a las garantías reales con desplazamiento, los acreedores garantizados tendrían que enfrentarse aún con el riesgo de que los bienes gravados hubieran sido vendidos pura y simplemente por el deudor o embargados por un acreedor ejecutante. Sin embargo, este último riesgo se reduce considerablemente en los ordenamientos que exigen la publicidad de las decisiones judiciales mediante su inscripción. A medida que un sistema trata de hacerse más global, las razones para exigir la inscripción de toda garantía real, incluso de las garantías con desplazamiento, van adquiriendo más peso.

50. Si se permite que la posesión por el deudor del bien gravado sustituya a la inscripción, se plantea la cuestión de si el acreedor garantizado podría renunciar a la posesión inscribiendo la notificación de la garantía, pero permitiendo que la fecha efectiva de ésta se remontara a la de la posesión inicial. En principio, nada hay que objetar, siempre que no exista una interrupción en la continuidad de la publicidad. No obstante, el resultado neto de ello sería otra disminución de la autoridad del registro.

b. Calidad de la posesión

51. Suponiendo que se acepte la posesión como sustitutivo de la inscripción, habrá que definir el concepto de forma que proteja de perjuicios a los terceros. Deberían eliminarse las técnicas de posesión interpretativa puramente ficticia, como la retención de la posesión por el deudor en virtud de un acuerdo por el que se convierta en fideicomisario o agente.

52. Una garantía real con desplazamiento no deberá, sin embargo, ser descalificada por el mero hecho de que los bienes permanezcan en los locales del deudor, como en el caso de bienes almacenados en un lugar al que el acreedor asegurado tenga un medio de acceso exclusivo, o en los acuerdos de almacenamiento de la clase descrita anteriormente en la presente guía (véase A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.3, párrs. 6 y 7). Siempre que exista un control continuo y exclusivo por el acreedor garantizado, la política subyacente de la protección de terceros queda satisfecha. Muchas de esas técnicas surgieron en respuesta a la incapacidad histórica de los acreedores garantizados para constituir una garantía real válida sin desplazamiento. Si la vía alternativa de la inscripción pública de estas garantías se hace más general, esos acuerdos, naturalmente, serán menos frecuentes.

c. Posesión simbólica

53. La posesión simbólica debe seguir siendo posible cuando los indicios o documentos pertinentes son ampliamente aceptados en la práctica comercial general como medio único o más fiable de transferir o pignorar el bien o el valor que éste

represente. Entre las técnicas ilustrativas están la entrega, con los endosos que sean necesarios, de certificados de participación e instrumentos negociables, y de documentos de título como conocimientos de embarque o recibos de almacén. Algunos ordenamientos jurídicos han creado sistemas de certificación de títulos para vehículos de carretera, que permiten a los acreedores garantizados dar publicidad adecuada a sus derechos de garantía tomando posesión del certificado del título. Si la práctica está bien establecida y funciona satisfactoriamente, deben conservarse esas formas de posesión. En cambio, la entrega de listas de créditos comerciales ordinarias no debe admitirse por lo general. Se trata de obligaciones insuficientemente negociables en la práctica comercial para proteger adecuadamente a terceros del riesgo de una enajenación concurrente por el deudor (aunque pueda haber excepciones limitadas). La fijación de una placa u otra forma de aviso material en el bien gravado resulta más problemática, por las posibilidades de abuso. Mucho dependerá de las prácticas comerciales locales: la naturaleza del bien y la notificación exigida pueden hacer que esa forma de posesión simbólica sea suficiente.

d. Notificación a terceros o control por éstos

54. El reconocimiento amplio de la posibilidad de pignorar bienes mediante la entrega de un documento de título, como un conocimiento de embarque o recibo de almacén, surgió porque, en esos casos, el tercero controla los bienes. El transportista o almacenista, según el caso, está legalmente obligado a entregar la posesión del bien de que se trate a la persona que esté en posesión del documento. Ello ilustra la idea más general de que un desplazamiento eficaz puede lograrse mediante un tercero. Además, esta técnica no se limita a la tenencia de objetos materiales. Por ejemplo, la privación efectiva del control sobre valores bursátiles certificados puede realizarse mediante el asentamiento del nombre del acreedor garantizado en los libros de quien expida el valor o mediante una anotación en los libros de un órgano de compensación.

55. Una idea análoga subyace en la regla de algunos ordenamientos que permite pignorar créditos por cobrar notificándolo al deudor. Como la notificación obliga al deudor en cuenta a hacer el pago del crédito por cobrar cedido a la persona que haga la notificación, se transfiere eficazmente derecho al valor monetario del crédito, del otorgante al acreedor garantizado que haya hecho la notificación.

56. En el contexto de la financiación por cesión de créditos, la notificación al deudor constituye el mecanismo para obligar al deudor en cuenta. Sin embargo, los ordenamientos jurídicos que han adoptado un registro público de garantías sobre bienes muebles han rechazado en general la notificación como forma de publicidad frente a otros terceros o como medio de determinar la prelación. La prelación en los derechos al pago entre los acreedores garantizados concurrentes y los cesionarios se determina en cambio por el orden de inscripción. Esta norma permite a los acreedores garantizados y a los cesionarios evaluar más exactamente y confiar en el valor de los créditos cedidos, y facilita la financiación de créditos en cuenta no notificados frente a la mayoría de las obligaciones presentes y futuras del otorgante.

57. Sin embargo, puede ser viable e incluso preferible dar algún papel a la notificación a terceros o el control por éstos, como método de publicidad, en el caso de algunos bienes inmateriales de alto valor, como los pagos debidos en virtud de una póliza de seguro o una carta de crédito, o incluso en relación con garantías otorgadas sobre cuentas bancarias o cuentas de inversión, o de garantías en poder de un intermediario. En cambio, no existe un consenso claro sobre la forma de resolver cuestiones como la medida en que el control debe ser el único mecanismo de publicidad, con exclusión de la inscripción; la cuestión de si el consentimiento del tercero debe ser condición previa para una publicidad efectiva; y la prelación relativa, especialmente en el caso de garantías otorgadas sobre un bien de inversión en poder de un intermediario, cuando un tercero que tenga el control haya constituido una garantía sobre el mismo bien, o haya vuelto a pignorararlo para garantizar su propia deuda.

58. Determinar si la privación de posesión del deudor debe sustituir a la inscripción es una cuestión abierta. Suponiendo que no sea necesario dar publicidad por inscripción registral a las garantías reales con desplazamiento, deberá definirse el concepto de la privación de posesión del deudor de forma que reduzca al mínimo la posibilidad de que el otorgante constituya derechos concurrentes sobre los bienes gravados, a favor de terceros. Aunque este contraste funcional eliminaría las formas de posesión puramente ficticias, liberalizaría también la idea del desplazamiento más allá de la entrega física de los bienes gravados para incluir una posesión interpretativa mediante la incorporación a un título o documento de bienes tanto inmateriales como corporales, y la tenencia por terceros de bienes tanto corporales como inmateriales, en nombre del acreedor garantizado.

4. Validez frente a terceros de las garantías reales sin publicidad

59. Los ordenamientos varían con respecto a si es necesaria la publicidad para constituir la garantía, incluso entre las partes inmediatas, o sólo a efectos de su validez frente a terceros. Aunque la publicidad se ocupa principalmente de la idea de la notificación a terceros, el último método mencionado puede ser más atractivo, aunque haya que tener en cuenta una serie de consideraciones.

60. En primer lugar, el desplazamiento de la posesión es esencial para constituir válidamente la prenda posesoria tradicional. En los ordenamientos jurídicos en que la prenda es la forma típica de garantía sobre los bienes muebles, la inscripción pública de las garantías sin desplazamiento se considera un sustitutivo de la entrega física y es, lógicamente, una medida constitutiva.

61. En segundo lugar, muchos ordenamientos jurídicos no conocen la relatividad del régimen de la propiedad, es decir, la idea de que un derecho real pueda constituirse válidamente frente a una persona (en el presente caso, el otorgante) y no frente a otras (en el presente caso, los terceros demandantes que concurren). En esos ordenamientos un derecho real, o existe plenamente o no existe.

62. Esas preocupaciones conceptuales no pueden desconocerse en una guía legislativa de operaciones garantizadas destinada a adaptarse a distintas tradiciones jurídicas. Sin embargo, las preocupaciones sobre cómo formular el requisito de

publicidad (es decir, como factor constitutivo o determinante de la oponibilidad de la garantía real frente a terceros) son debatibles, en la medida en que el resultado es el mismo con ambos métodos. La diferencia sólo resulta pertinente si se desea dar una cierta validez frente a terceros a una garantía real sin publicidad. Sobre este punto, los distintos ordenamientos adoptan políticas distintas.

63. En algunos ordenamientos, la publicidad o la privación de posesión del deudor, como sustitutivo de la publicidad, es requisito previo absoluto para la eficacia frente a terceros. Se puede constituir una garantía real frente a terceros siempre y cuando se inscriba, o se produzca el desplazamiento de la posesión. Otros ordenamientos empiezan por establecer una presunción inversa. Se presume que la garantía surte efecto en cuanto se concierta el acuerdo, con sujeción quizá a algunos requisitos mínimos de constancia escrita. De ello resulta que los terceros sólo quedan protegidos de una garantía real sin publicidad si pueden aducir alguna fuente de protección explícita, judicial o legislativamente ordenada.

64. La tendencia legislativa moderna en los países que cuentan con un registro de gravámenes de índole realmente completa favorece la denegación o limitación de los efectos frente a terceros de toda garantía real sin publicidad, siempre que éstos dispongan de una garantía real de valor reconocido. Las excepciones se limitan a las cesiones de bienes que no tengan un valor determinado y, posiblemente, a los compradores en el curso normal del negocio que tengan un conocimiento real de una garantía real sin publicidad, aunque esta última excepción puede ser más controvertida (véase A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.7, párr. 32). Las matizaciones basadas en el conocimiento real requieren una investigación objetiva y disminuyen la eficiencia de las normas legales, fomentando los litigios. Indudablemente, no debe permitirse que el conocimiento efectivo prevalezca sobre la prelación obtenida mediante el orden de inscripción o la privación de posesión del deudor, cuando concurren acreedores garantizados. Permitirlo socavaría la certidumbre y previsibilidad de la norma de prelación. Este método no es injusto con el titular de una garantía real sin publicidad. El acreedor concurrente hubiera podido protegerse siempre asumiendo la posesión o inscribiendo la garantía oportunamente. Por ello, no existe una mala fe intrínseca en un acreedor garantizado que afirme su prelación a pesar de haber tenido un conocimiento efectivo. Si el ordenamiento requiere la oportuna inscripción o la posesión a efectos de prelación, el acreedor garantizado deberá tener derecho a confiar en que el otro acreedor no ha hecho la inscripción, al evaluar su propia prelación.

5. Validez frente a terceros de las garantías reales con publicidad

65. Si se hace de la inscripción registral o de la privación de posesión del deudor un requisito previo para la eficacia de toda garantía real, se ofrece una fórmula común, no sólo para determinar el momento en que la garantía será válida frente a terceros que adquieran un derecho concurrente sobre los bienes gravados, sino también para decidir las controversias de prelación entre garantías reales concurrentes.

66. Sin embargo, un sistema de operaciones garantizadas debería velar también por que la seguridad de las operaciones ordinarias de mercado con bienes muebles

no se viera indebidamente estorbada. Ello puede exigir articular excepciones, a los efectos de prelación de la publicidad, a fin de proteger a los cesionarios de bienes garantizados que adquieran sus derechos en el curso ordinario de los negocios del otorgante, así como a los tenedores y cesionarios con posesión (incluidos los que hagan valer garantías concurrentes) de dinero y títulos negociables sujetos a una garantía real inscrita.

67. Además, los ordenamientos jurídicos pueden no estar dispuestos a imponer la carga de la consulta y los riesgos de no tener éxito a cesionarios relativamente poco expertos, aunque hayan adquirido su derecho en una operación comercial no ordinaria. Ello puede exigir otras excepciones si se trata de cesionarios que adquieran bienes garantizados con fines no comerciales o si la operación afecta a un bien de valor relativamente escaso o a una suma de operaciones poco importante. En cambio, cuanto más amplias sean las categorías de cesionarios a los que se permita adquirir bienes desgravados de toda garantía real inscrita, menos justificación habrá para imponer, en primer lugar, la carga de la inscripción al acreedor garantizado. Por consiguiente, podría ser necesario también considerar la posibilidad de exonerar a los acreedores garantizados de todo requisito de publicidad cuando no tengan derecho a reclamar un bien que esté en manos de cesionarios inocentes. Hay que sopesar este método con la utilidad de seguir exigiendo la publicidad a los acreedores para todo supuesto de insolvencia o de ejecución de la garantía.

68. Por último, puede ser necesario exonerar temporalmente a los acreedores garantizados de la carga de realizar o mantener la publicidad, para tener en cuenta algunas realidades de mercado. Por ejemplo, sería conveniente dar a los acreedores garantizados con retención del título un “período de gracia” para la publicidad, con objeto de facilitar la financiación inmediata en los sectores de ventas y arrendamientos. De igual modo, aunque, en principio, los derechos de garantía sobre el producto deban someterse a los mismos requisitos de publicidad que se aplicarían a los derechos de garantía constituidos sobre bienes de la misma clase, establecer un período de gracia para la publicidad puede ser necesario a fin de dar al acreedor garantizado oportunidad de determinar la existencia y naturaleza del producto. Además, los acreedores garantizados que hayan cumplido el requisito de publicidad mediante la privación de posesión del deudor deberán poder, cuando el contexto comercial lo exija, liberar los bienes garantizados del otorgante por un plazo limitado, sin perder su orden de prelación (por ejemplo, para que el deudor pueda aceptar la entrega de los bienes gravados, representados por un documento de título a esos efectos, por ejemplo, de venta o transbordo).

B. Resumen y recomendaciones

69. En principio, las garantías reales deben ser de conocimiento público, sea por medio de la posesión o el control, sea por medio de su inscripción registral. Debe ser posible llegar a una solución intermedia en la que la publicidad sea la regla general, sujeta a contadísimas excepciones.

70. La publicidad puede ser un requisito constitutivo para la existencia de una garantía real válida o simplemente una condición previa para la eficacia de ese derecho frente a ciertas categorías de terceros. La cuestión conexas de si la

publicidad debe ser requisito previo para el ejercicio de las medidas de ejecución sobre los bienes gravados se trata en el capítulo IX.

71. Si la privación de posesión del deudor debe sustituir a la inscripción registral es una cuestión abierta. De no hacerse obligatorio dar publicidad, por vía de inscripción, de las garantías reales con desplazamiento, cabría definir el concepto de privación de posesión del deudor de forma que se redujera al mínimo la posibilidad de que el otorgante constituyera derechos concurrentes sobre los bienes gravados, a favor de terceros.

72. Como norma general, la prelación de los derechos de garantía frente a demandantes concurrentes debe establecerse por la fecha en que el acreedor garantizado hizo originalmente la inscripción o privó de su posesión al deudor, con independencia de que exista o no un conocimiento efectivo de cualquier derecho concurrente, siempre que no haya habido un período intermedio durante el cual aún no se hubiera dado publicidad a la garantía real. Puede ser necesario establecer excepciones y hacer matizaciones en esta norma, a fin de tener en cuenta consideraciones de equidad y de práctica comercial (véase A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.7, párrs. 19 a 32).

[Nota para el Grupo de Trabajo: Tal vez desee el Grupo de Trabajo examinar el concepto de un registro general de gravámenes reales para dar publicidad a toda notificación de la constitución de una garantía real o de otros derechos reales sin desplazamiento sobre bienes muebles, y para establecer la prelación y eficacia de esos derechos frente a terceros. A fin de lograr la máxima utilidad de la publicidad, el registro debería ser de diseño centralizado y de ámbito general, y abarcar todas las operaciones importantes sin desplazamiento sobre bienes muebles, tanto consensuales como no consensuales, y tanto basadas en la transferencia de la propiedad o titularidad como en la constitución de una garantía real.

Además, quizá desee examinar el Grupo de Trabajo si la notificación deberá contener una identificación del otorgante y del acreedor garantizado y una descripción razonable de los bienes gravados.

Por otra parte, tal vez desee examinar el Grupo de Trabajo si la notificación debería especificar una suma máxima de crédito garantizado a la que se aplicara la notificación, y si el sistema de inscripción o anotación pública debería permitir inscribir una notificación antes de haberse concertado un acuerdo de garantía, y abarcar a todos los tipos de otorgantes.]