Naciones Unidas A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.8

Asamblea General

Distr. limitada
13 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

	Párrafos	*Página*
Proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas	1-43	2
VIII. Derechos y obligaciones de las partes con anterioridad al incumplimiento	1-43	2
A. Observaciones generales	1-35	2
1. Introducción	1-4	2
2. Autonomía contractual	5-9	3
a. Principio de la autonomía contractual	5-6	3
b. Limitaciones	7-9	3
3. Reglas de derecho supletorio	10-35	4
a. Significado	10-11	4
b. Objetivos del legislador	12-13	4
c. Tipos de reglas supletorias	14-35	5
B. Resumen y recomendaciones	36-43	9

V.02-52316 (S) 150402 160402

VIII. Derechos y obligaciones de las partes con anterioridad al incumplimiento

A. Observaciones generales

1. Introducción

1. Los requisitos legales para un acuerdo constitutivo de garantía real válido y judicialmente ejecutorio son mínimos y deben ser fáciles de cumplir (ver A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.4, párrs. 36 a 46). Ahora bien, la eficiencia y predecibilidad del acuerdo constitutivo de una garantía real piden la incorporación al mismo de cláusulas o estipulaciones adicionales que resuelvan otros aspectos de la operación. Por ejemplo, saber si los ingresos reportados por los bienes gravados podrán ser retenidos por el acreedor garantizado, para elevar así el valor del bien gravado, o si cabrá echar mano de ellos para pagar la obligación garantizada. Las propias partes son las que deberán saber adaptar su acuerdo de garantía a sus propios deseos y necesidades. Ahora bien, para colmar toda laguna contractual, que surja por haber omitido las partes alguna estipulación importante, es frecuente que el régimen de las operaciones garantizadas contenga reglas de derecho supletorio que definan los derechos y obligaciones de las partes en el acuerdo de garantía con anterioridad al incumplimiento de la operación garantizada.

2. La imposición por vía legal de reglas supletorias es un factor necesario para todo marco legal eficiente y flexible de las garantías legales constituidas sobre bienes muebles. La existencia de un marco global que aclare la posición respectiva de las partes colmando toda laguna eventual del acuerdo de garantía, constituye un principio básico de todo régimen eficaz de las operaciones garantizadas sobre bienes muebles, o constituye al menos uno de sus corolarios más importantes (ver A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.1, párrs. 11 y 17). A este respecto la Guía comparte principios que han inspirado recientemente numerosas reformas legales (p. ej., el Código Civil de Quebec y el artículo 9 del Código de Comercio Uniforme de los Estados Unidos), ciertas leyes modelo regionales (p. ej., la del BERD y la de la OEA), así como ciertos instrumentos internacionales relativos a determinados aspectos de las operaciones garantizadas sobre bienes muebles (p. ej., la Convención sobre la cesión de créditos por cobrar y el Convenio relativo a las garantías sobre elementos de equipo móvil).

3. Se han fijado dos límites al alcance del presente capítulo. En primer lugar, no se ocupará de las condiciones requeridas para la formación de un acuerdo constitutivo de una garantía real (p. ej., los datos mínimos que han de figurar en dicho acuerdo), ya que su función es distinta, por lo que esas condiciones son examinadas en el capítulo IV. En segundo lugar, no se ocupará de los derechos y obligaciones de las partes en un acuerdo de garantía a raíz del incumplimiento, ya que el incumplimiento plantea cuestiones que se rigen por otros principios que se examinarán en el capítulo IX.

4. El examen inicial que se hace a continuación se ocupa de dos importantes cuestiones de política legislativa. La primera se refiere al principio de la autonomía contractual y al margen que se ha de dar a las partes para perfilar su propio acuerdo de garantía (siempre que ese acuerdo cumpla con los requisitos de fondo y de forma para la constitución de una garantía real). La segunda se refiere a la índole y al

número de reglas supletorias que deben enunciarse, a fin de prever la índole variable y evolutiva de las operaciones garantizadas. Al final del capítulo se esbozan una serie de recomendaciones sobre los derechos y obligaciones, previos al incumplimiento, del acreedor garantizado y del deudor.

2. Autonomía contractual

a. Principio de la autonomía contractual

5. Con la salvedad del respeto debido a la legislación protectora del consumidor, el principio de la autonomía contractual debe regir la relación entre las partes en todo acuerdo constitutivo de una garantía real, previo al incumplimiento de la operación garantizada. La autonomía contractual de las partes como principio rector básico de los aspectos ajenos al régimen de la propiedad de las operaciones garantizadas es un factor que favorece la flexibilidad contractual de estos acuerdos. Al dotarse así a la fuente del crédito financiero de un notable margen de maniobra, para perfilar, según convenga, el acuerdo de garantía, se persigue ampliar la oferta de crédito financiero a menor costo para el deudor.

6. Ese amplio margen de que goza la autonomía contractual contribuirá asimismo a flexibilizar el régimen de las operaciones de crédito a más largo plazo entre las partes, al permitir colmar lagunas en el acuerdo de garantía. En muchos casos, no ha de verse el acuerdo de garantía como una operación estática, definida de una vez para siempre. Las partes pueden prever una relación financiera continua, pero de carácter dinámico, por la que el acreedor garantizado otorgará préstamos adicionales y el deudor ofrecerá en garantía bienes que vaya adquiriendo en el giro normal de su negocio. Obligar a las partes a formalizar contractualmente toda modificación o adición subsiguiente, que introduzcan en su acuerdo inicial, ocasionaría notables gastos que en última instancia recaerían sobre el deudor. La autonomía contractual deja margen suficiente para que las partes vayan protegiendo sus legítimos intereses en toda operación garantizada que forme parte de una relación comercial a largo plazo.

b. Limitaciones

7. Ya que no es posible prever todas las circunstancias en las que vaya a necesitarse una garantía real para respaldar el cumplimiento de una obligación, es aconsejable evitar restricciones innecesarias que limiten la autonomía de las partes para adaptar la operación garantizada a sus propias necesidades y a las circunstancias del caso. Debe imponerse, no obstante, cierto límite a la autonomía contractual a fin de que el acreedor garantizado no abuse de su posición. Esos límites deben asentarse claramente en principios de orden público y en el principio supremo de la buena fe y de la equidad comercial, y deben ser cuidadosamente estudiados para prevenir toda asignación disfuncional o perversa de las cargas contractuales, en nombre de la autonomía de las partes.

8. Si bien el acreedor garantizado y el deudor deben poder estipular libremente sus derechos y obligaciones mutuos, esa libertad no debe extenderse a los efectos dependientes del régimen de la propiedad de todo acuerdo de garantía real que

pueda incidir en los derechos y obligaciones de terceros. La noción de la autonomía contractual debe ser entendida, en el presente contexto, como enmarcada dentro de los límites impuestos por el régimen general de la propiedad.

9. Dentro de esos límites, que el derecho interno determinará a su arbitrio, las partes deben gozar de la mayor autonomía posible para:

i) convenir en las cláusulas o condiciones de su acuerdo de garantía;
ii) definir la obligación que se ha de garantizar y los sucesos que serán constitutivos de su incumplimiento; y
iii) determinar cuáles son las facultades de que dispondrá, en su caso, el deudor sobre los bienes gravados.

3. Reglas de derecho supletorio

a. Significado

10. Las reglas que figuran en el presente capítulo son de aplicación automática salvo que se demuestre que las partes obraron con la intención de excluirlas. La terminología utilizada para identificar estas reglas, destinadas a ser aplicables "salvo acuerdo en contrario de las partes", varía de un país a otro (*jus dispositivum, lois supplétives*, reglas de derecho no imperativo o facultativo). Todos estos términos denotan, no obstante, su finalidad supletoria o de colmar lagunas contractuales, en el sentido de que estas reglas serán únicamente aplicables en la medida en que las partes no hayan resuelto en su acuerdo el punto controvertido. Cualquiera que sea la terminología que se emplee, y la formulación que se les dé, debe quedar claro que estas reglas serán aplicables y ejecutorias en la medida en que las partes no hayan convenido otra cosa.

11. En cuanto al número de reglas supletorias presentadas, la Guía no pretende enunciar una lista exhaustiva de los derechos y obligaciones de las partes durante la vida de una operación garantizada. Si bien la ley puede enunciar, a título supletorio, aquellas reglas que sea probable que las partes normalmente convengan entre sí, la lista de reglas supletorias enunciadas no tiene por objeto hacer las veces de un formulario contractual. Esas reglas deben prever únicamente los incidentes más frecuentes o comunes en la vida de una operación garantizada, estableciendo al respecto todo derecho u obligación que el legislador pueda suponer razonablemente que las partes hubieran deseado estipular, pese a no haberlo hecho explícitamente en su acuerdo constitutivo de la garantía real.

b. Objetivos del legislador

12. Toda regla supletoria debe perseguir un objetivo plausible tal como la asignación razonable de la responsabilidad de custodiar o cuidar del bien gravado, así como de preservar su valor previo al incumplimiento y de optimizar su valor a partir del incumplimiento. Toda condición o estipulación adicional del acuerdo de constitución de la garantía, por la que se desee amparar a los prestamistas garantizados o al deudor, deben dejarse a la iniciativa de las partes en el acuerdo, sin necesidad de incorporar regla alguna al régimen supletorio previsto en la presente Guía. Por ejemplo, si las partes desean designar de común acuerdo la ley

aplicable a su acuerdo, o si el acreedor garantizado desea que el deudor deposite el producto de algún seguro en una cuenta de depósito, o si el deudor que retiene la posesión del bien gravado desea recibir cierto aviso previo al ejercicio por el acreedor garantizado de su derecho de inspección, las partes contractuales deberán estipularlo expresamente en su acuerdo.

13. Las reglas supletorias pueden responder a una serie de objetivos del legislador, que a su vez respondan a imperativos de derecho interno o a prácticas comerciales del país. Ahora bien, es probable que el derecho interno reconozca, en la mayoría de los países, las ventajas de introducir reglas supletorias para las garantías constituidas sobre bienes del patrimonio personal que incentiven la oferta de crédito financiero a un precio favorable. Por ejemplo, la parte en cuyo poder obre el bien gravado deberá asumir un deber de custodia y mantenimiento. Estas reglas deben estimular un comportamiento responsable por parte de aquél bajo cuyo control y custodia vaya a quedar el bien gravado, al tiempo que optimizan el valor de liquidación del bien gravado en un supuesto de incumplimiento.

c. Tipos de reglas supletorias

14. Se ha de hacer una distinción entre aquellos derechos y obligaciones que son comunes al acreedor garantizado que esté en posesión del bien gravado y aquellos que son propios del deudor en cuyo poder vaya a quedar el bien gravado en el marco de una garantía real sin desplazamiento o entrega de la posesión.

i. Garantía real posesoria o con desplazamiento

15. En el marco de una garantía real posesoria, los derechos y obligaciones de todo acreedor garantizado, en posesión del bien gravado, previos a todo incumplimiento del deudor, deben tener por objeto la preservación del valor de dicho bien, especialmente si ese bien es productivo o reporta frutos. Entre esos derechos y deberes cabe citar los siguientes:

a) Deber de custodia

16. La mejor manera de alentar un comportamiento responsable por parte del acreedor garantizado en posesión del bien gravado es la de imponerle el deber de obrar con el cuidado debido en la custodia de dicho bien. Deben enunciarse con claridad y en detalle el alcance y las modalidades de este deber de custodia, que debe conllevar el deber de preservar o mantener el bien en buen estado, así como el deber de efectuar toda reparación necesaria para dicho fin.

17. El deber de custodia deberá ejercerse según proceda en las circunstancias de cada caso. En algunos casos, bastará con que el acreedor garantizado notifique al deudor y le devuelva el bien gravado para que se encargue de todo acto requerido para su preservación. En otros casos, esos actos de preservación pudieran no ser de la responsabilidad del deudor, por lo que el acreedor garantizado, en cuyo poder obre el bien gravado, deberá efectuarlos.

b) Derecho a ser reembolsado de todo gasto razonable

18. Todo gasto razonable efectuado por el acreedor garantizado en el ejercicio de su deber de custodia deberá ser sufragado por el deudor y el acreedor garantizado tendrá derecho a que dicho gasto sea reembolsado por el deudor. Todo otro gasto, que el acreedor garantizado decida por su cuenta efectuar, no debe ser imputable al deudor.

c) Derecho a hacer uso razonable del bien gravado

19. A fin de alentar la utilización rentable del bien gravado, debe permitirse que el acreedor utilice o explote el bien gravado en todo lo que favorezca su mantenimiento y preservación, siempre que ello se haga de manera y con alcance razonable.

d) Deber de preservar la índole identificable del bien gravado

20. Salvo que el bien o los bienes gravados sean de índole fungible, el acreedor garantizado deberá mantener todo bien corporal en forma identificable.

e) Deber de adoptar medidas para salvaguardar los derechos del deudor

21. El deber de todo acreedor garantizado de custodiar o cuidar de ciertos bienes, tales como un derecho al cobro en efectivo de ciertas sumas, o de derechos de patente y otros bienes inmateriales, no consiste meramente en preservar el documento o título que incorpore ese derecho a efectuar un cobro. El deber de custodia conlleva en estos casos la obligación de adoptar toda medida requerida para mantener o preservar los derechos del deudor frente a aquellos que sean secundariamente responsables del pago debido (por ejemplo un garante).

f) Deber de permitir que el deudor inspeccione el bien gravado

22. Otra obligación del acreedor garantizado en cuyo poder obre el bien gravado es permitir que el deudor inspeccione el bien o los bienes gravados en todo momento oportuno.

g) Derecho a destinar las rentas del bien gravado al pago de la obligación garantizada

23. Todo producto del bien gravado (incluida toda renta monetaria, crías de animales y otros frutos “civiles” o “naturales”) que perciba el acreedor garantizado podrá ser por él retenido y destinado al pago de la obligación garantizada, salvo que sea remitido al deudor.

h) Derecho a ceder la obligación garantizada y la garantía real

24. Todo acreedor garantizado debe estar facultado para ceder tanto el cobro de su crédito contra el deudor ("obligación garantizada") como el derecho de garantía que respalde ese crédito. De ser esto posible, el cesionario se subrogará en toda garantía real otorgada al acreedor garantizado original.

i) Derecho a "subpignorar" el bien gravado

25. El acreedor garantizado tal vez sea también facultado para constituir una garantía real sobre el bien gravado que obre en su poder a título de garantía de la deuda. Ello significa, que el acreedor garantizado podrá "subpignorar" el bien gravado con tal de que no se ponga en peligro el derecho del deudor a recuperar su bien una vez que haya cumplido su obligación.

j) Derecho a asegurarse contra toda pérdida o daño del bien gravado

26. El riesgo de pérdida o deterioro del bien gravado sigue recayendo sobre el deudor pese a la constitución de la garantía real (en la mayoría de los ordenamientos jurídicos el deudor conservará un derecho real sobre el bien gravado). No obstante, el acreedor garantizado obrará en su propio interés si saca un seguro completo para el bien gravado. Por ello, debe facultarse al acreedor garantizado a negociar un seguro en nombre del deudor, que deberá reembolsarle el gasto incurrido en esta gestión.

k) Derecho a abonar impuestos en nombre del deudor

27. Todo impuesto que recaiga sobre el bien o bienes gravados será también imputable al deudor. Ahora bien, todo acreedor garantizado debe estar facultado para pagar esos impuestos en nombre del deudor con miras a amparar su garantía real sobre dicho bien. Ese pago tributario será tenido por gasto justificado, incurrido en la custodia del bien gravado, por lo que el acreedor garantizado tendrá derecho a que le sea reembolsado.

ii. Garantías reales sin desplazamiento o entrega de la posesión

28. Como objetivo clave para su eficiencia, todo régimen de las operaciones garantizadas debe alentar un comportamiento responsable por parte del deudor que siga en posesión del bien gravado, pese a haber otorgado una garantía real sobre dicho bien (véase A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.1, párr. 18). Por consiguiente, toda la normativa supletoria de la garantía real sin desplazamiento está destinada a amparar el valor económico de los bienes del deudor (véase A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.1, párr. 11). Alentar la explotación económica de los bienes del deudor propicia su rentabilidad para el deudor, mientras que preservar el valor del bien gravado, previo al incumplimiento del deudor, responde al objetivo de optimizar el valor de liquidación de dicho bien en provecho del acreedor garantizado.

a) Deber de mantener los bienes gravados debidamente asegurados y de tributar por ellos

29. El deber de custodiar el bien gravado, que se asigna al deudor que esté en posesión del mismo, conlleva el deber de mantener dicho bien bajo la cobertura adecuada de un seguro y el deber de pagar oportunamente toda carga tributaria que pese sobre el mismo. Si el acreedor garantizado incurre en gastos por este concepto previos al incumplimiento, su derecho a ser reembolsado por el deudor estará cubierto por su garantía real.

b) Deber de permitir toda inspección oportuna por el acreedor garantizado

30. El acreedor garantizado tendrá derecho a supervisar las condiciones de custodia del bien gravado que obre en poder del deudor. El deudor estará, por ello, obligado a permitir toda inspección oportuna de ese bien por el acreedor garantizado.

c) Deber de llevar un expediente adecuado de su administración y de rendir cuentas

31. Cuando los bienes gravados sean bienes rentables, que se dejan en posesión del deudor, el deudor deberá rendir razonablemente cuenta de la disposición y administración del producto o de los frutos reportados por los bienes gravados. Este deber presupone el de llevar una contabilidad adecuada de los bienes gravados y de su producto financiero o sus frutos.

d) Deber de adoptar medidas para preservar todo derecho que recaiga sobre el bien gravado

32. Tratándose de bienes inmateriales gravados, tales como el derecho del deudor a ser pagado por medio de créditos por cobrar, una cuenta de depósito, regalías o derechos de patente, derechos de autor y marcas comerciales, el aspecto más importante del deber de custodia del deudor consistirá en adoptar toda medida necesaria para preservar o salvaguardar esos derechos.

e) Derecho a percibir ciertas rentas

33. Al igual que el deudor es responsable de toda carga o gasto incurrido con anterioridad al incumplimiento, también podrá cobrar toda renta o producto reportado por el bien gravado que obre en su poder. Ese producto o esos frutos acostumbran a ser objeto de la garantía real constituida a favor del acreedor garantizado sobre el bien gravado.

f) Derecho a utilizar, mezclar, entremezclar y procesar el bien gravado

34. El deudor en posesión del bien gravado acostumbra a estar facultado para utilizar, mezclar o entremezclar y procesar el bien gravado con otros bienes, así como para disponer de los bienes gravados en el giro normal de su negocio.

g) Derecho a otorgar otra garantía real constituida sobre el mismo bien

35. La facultad del deudor para conferir una garantía real subsiguiente sobre un bien ya gravado, debe igualmente ser enunciada a título de regla de derecho supletorio.

B. Resumen y recomendaciones

36. Las reglas de derecho supletorio que figuran en el presente capítulo tratan de aclarar cuáles deben ser los derechos y las obligaciones de las partes en un acuerdo constitutivo de una garantía real con anterioridad al incumplimiento de la operación garantizada. Estas reglas son de índole facultativa, y por tanto no imperativas, por lo que la expresión, "salvo acuerdo en contrario", debe ser entendida como preámbulo de todo derecho o deber asignado, por esas reglas, a las partes. Un corolario de la índole facultativa de estas reglas es que las partes podrán, por vía contractual, renunciar a todo derecho o rechazar todo deber dimanante de esas reglas, o podrán modificarlas, salvo que esa renuncia o modificación sea contraria al orden público de derecho interno o contradiga algún principio inderogable de buena fe o de equidad comercial.

37. Todo acreedor garantizado, en posesión del bien gravado, debe custodiar, preservar y mantener el bien en buen estado. El acreedor garantizado está igualmente obligado a efectuar toda reparación necesaria para mantener dicho bien en ese estado. De tratarse de bienes muebles corporales, el acreedor garantizado deberá velar por que sigan siendo debidamente identificables, a no ser que se trate de bienes fungibles.

38. Cuando el bien gravado consista en el derecho del deudor a cobrar ciertas sumas de dinero o a recibir ciertos bienes inmateriales (por ej. títulos negociables o créditos por cobrar), la obligación de custodia que ha de asumir el acreedor garantizado incluirá el deber de preservar todo derecho del deudor frente a cualquier persona secundariamente responsable. El acreedor garantizado debe permitir que el deudor inspeccione oportunamente el bien gravado. De cumplirse plenamente la obligación garantizada, el acreedor garantizado deberá devolver el bien gravado al deudor.

39. El acreedor garantizado en cuyo poder obre el bien gravado deberá estar facultado para retener, a título de garantía adicional, todo producto o fruto dimanante de dicho bien, para destinarlo al pago de la obligación garantizada, salvo que sea remitido al deudor. El acreedor garantizado podrá, a su vez, constituir una garantía real, subpignorando el bien gravado.

40. Todo gasto razonable en el que incurra el acreedor garantizado en el cumplimiento de su obligación de custodia (por concepto de seguros, pago de

impuestos, ...) le deberá ser reembolsado. Ese derecho del acreedor garantizado a ser reembolsado por esos gastos deberá estar igualmente garantizado por el bien gravado.

41. En el marco de una garantía real sin desplazamiento, el deudor, facultado para retener la posesión del bien gravado, deberá estar a su vez sujeto a un deber de custodia y preservación de dicho bien. En el cumplimiento de este deber, el deudor deberá sufragar gastos por concepto de primas de seguro, impuestos y otros derechos o cargas.

42. El deudor en posesión de los bienes gravados podrá utilizarlos, mezclarlos o entremezclarlos y procesarlos con otros bienes, así como disponer de ellos en el giro normal de su negocio. El deudor podrá también otorgar una garantía real subsiguiente sobre el bien gravado.

43. El deudor en posesión de los bienes gravados deberá estar obligado a permitir que el acreedor garantizado supervise oportunamente su buen estado y deberá observar prácticas de contabilidad adecuadas de todo acto de enajenación o administración de los bienes gravados. De tratarse de bienes inmateriales, la obligación de custodia del deudor abarcará el ejercicio oportuno, o la salvaguarda, de todo derecho del deudor a ser pagado, y deberá adoptar toda medida que sea necesaria para cobrar oportunamente toda suma que le sea debida, por concepto de dichos bienes.