



Asamblea General

Distr. general
29 de mayo de 2002*
Español
Original: inglés

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

35º período de sesiones
Nueva York, 17 a 28 de junio de 2002

Informe del Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) sobre la labor realizada en su primer período de sesiones (Nueva York, 20 a 24 de mayo de 2002)

Índice

<i>Capítulo</i>	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
I. Introducción	1-11	2
II. Deliberaciones y decisiones	12	5
III. Preparación de una guía legislativa sobre operaciones garantizadas	13-90	5
Observaciones generales	13-14	5
Capítulo I. Introducción	15-22	6
A. Organización y alcance	15-20	6
B. Terminología	21	7
C. Ejemplos de prácticas de financiación	22	8
Capítulo II. Objetivos clave	23-26	8
Capítulo III. Prácticas básicas en materia de garantías reales	27-38	9
A. Prenda	28-29	9
B. Retención de la titularidad o reserva de dominio o de la posesión ..	30	9
C. Garantías reales sin desplazamiento	31	10
D. Garantías reales constituidas sobre bienes inmateriales	32	10
E. Transferencia de la titularidad	33	11
F. Retención de la titularidad o reserva de dominio	34	11
G. Garantía global uniforme	35	11
H. Resumen y recomendaciones	36-38	11

* Este documento, que es una recopilación de textos ya traducidos, se presenta tardíamente debido a que cubre el período de sesiones del Grupo de Trabajo celebrado del 20 al 24 de mayo de 2002.



<i>Capítulo</i>	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
Capítulo IV. Creación	39-62	12
A. Naturaleza accesoria de la garantía real	40	12
B. Obligaciones que se han de garantizar	41-42	12
C. bienes que pueden gravarse	43-46	13
D. Producto de los bienes gravados	47-50	14
E. Acuerdo de garantía	51-56	15
F. Otros requisitos para la constitución de una garantía real	57-60	17
G. Resumen y recomendaciones	61-62	17
Capítulo V. Publicidad	63-87	18
A. Introducción	63-67	18
B. Operaciones con reserva o transferencia de dominio y operaciones garantizadas	68-73	20
C. Garantías reales consensuales y no consensuales	74-75	22
D. Registro único y registros múltiples	76	22
E. La notificación y la inscripción registral de documentos	77	22
F. Momento de la inscripción registral	78	23
G. Contenido de la notificación	79	23
H. Coordinación entre registros generales de gravámenes y registros específicos de titularidad de bienes	80	23
I. Inscripción registral y ejecución	81	23
J. La desposesión del deudor como alternativa a la inscripción registral	82	23
K. Notificación o control de terceros	83	24
L. Validez frente a terceros de las garantías reales sin publicidad	84	24
M. Validez frente a terceros de las garantías reales con publicidad	85	24
N. Resumen y recomendaciones	86-87	24
Capítulo X. Insolvencia	88-90	24
IV. Labor futura	91	25

I. Introducción

1. En su actual período de sesiones, el Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) inició su labor sobre la elaboración de “un régimen legal eficiente para los derechos de garantía sobre bienes que fueran objeto de alguna actividad comercial, incluidos los bienes inventariados”¹.

2. La decisión de la Comisión de que se empezara a trabajar en el tema del régimen legal aplicable al crédito financiero garantizado se adoptó en respuesta a la necesidad de un régimen legal eficiente que eliminara todo obstáculo jurídico a la negociación de créditos garantizados y que pudiera, por ello, repercutir favorablemente en la oferta de crédito a menor costo².

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

² *Ibid.*, *Quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento N° 17 (A/55/17)*, párr. 455, y *Quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento N° 17 (A/56/17)*, párr. 347.

3. En su 33° período de sesiones, celebrado en 2000, la Comisión examinó un informe del Secretario General sobre la eventual labor futura referente al régimen legal aplicable al crédito financiero garantizado (A/CN.9/475). En ese período de sesiones, la Comisión convino en que el tema de las garantías reales era un tema importante que había sido señalado oportunamente a la Comisión, habida cuenta en particular de su estrecha vinculación con la labor de la Comisión sobre el régimen de la insolvencia. La opinión generalizada era que un régimen moderno del crédito financiero garantizado mejoraría notablemente la disponibilidad de crédito a menor costo, lo que redundaría en provecho del comercio internacional. También se consideró que un régimen legal moderno en materia de crédito financiero garantizado podía reducir la desigualdad, en lo relativo a su acceso al crédito financiero a bajo costo, que se daba entre entidades comerciales, según estuvieran sitas en países desarrollados o en países en desarrollo, así como en su participación respectiva en los beneficios del comercio internacional. Sin embargo, se advirtió que para que resultara aceptable para los Estados, dicho régimen debía regular con equidad los créditos, según fueran de acreedores privilegiados, o de acreedores garantizados o no garantizados. Se señaló también que, habida cuenta de ciertas divergencias en la política legal interna de los Estados en este campo, sería aconsejable adoptar un criterio flexible que apuntara a preparar una serie de principios que se presentarían en el marco de una guía, y no de una ley modelo. Además, a fin de optimizar el resultado reportado por toda reforma del régimen legal aplicable, particularmente en orden a la prevención de crisis de índole financiera, así como a fin de reducir la pobreza de ciertas zonas y facilitar la financiación por vía de empréstitos como motor del crecimiento económico, se habrá de coordinar la labor que se emprenda en lo relativo a las garantías reales con la ya emprendida en lo relativo al régimen de la insolvencia³.

4. En su 34° período de sesiones, celebrado en 2001, la Comisión examinó otro informe preparado por la Secretaría (A/CN.9/496) y convino en que se debía iniciar esa labor en vista del impacto económico favorable que tendría un régimen moderno en materia de crédito garantizado. Se afirmó que la experiencia había demostrado que las deficiencias en ese ámbito podían tener efectos muy negativos en el sistema económico y financiero de un país. Se observó asimismo que un marco jurídico eficaz y previsible tenía ventajas macroeconómicas tanto a corto como a largo plazo. A corto plazo, particularmente siempre que el sector financiero de un país atravesara una crisis, era indispensable contar con un marco jurídico eficaz y previsible, especialmente en lo relativo a la ejecutoriedad de los créditos financieros, a fin de ayudar a los bancos y a otras instituciones financieras a mitigar el deterioro de sus créditos mediante mecanismos de ejecución rápidos, y a fin de facilitar la reestructuración empresarial ofreciendo ciertas garantías que incentivaran la concesión de financiación provisional. A más largo plazo, un marco jurídico flexible y eficaz en materia de garantías reales podría ser un instrumento útil para potenciar el crecimiento económico. De hecho, sin facilidades de crédito a costo asequible, resulta imposible fomentar el crecimiento y la competitividad industrial y el comercio internacional, al impedir esa carencia que las empresas desarrollen todo su potencial⁴.

³ *Ibid.*, *Quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento N° 17 (A/55/17)*, párr. 459.

⁴ *Ibid.*, *Quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento N° 17 (A/56/17)*, párr. 351.

5. Si bien se expresaron ciertas inquietudes con respecto a la viabilidad de trabajar en el campo del régimen legal aplicable al crédito financiero garantizado, la Comisión observó que esas inquietudes no eran generales, por lo que pasó a examinar el alcance de la labor que se emprendería⁵. Se opinó en general que la labor debería centrarse en las garantías reales constituidas sobre bienes que fueran objeto de actividades comerciales, particularmente de bienes que formaran parte de existencias inventariadas. Se convino asimismo en que no se trataran las garantías constituidas sobre valores bursátiles o sobre derechos de propiedad intelectual. Respecto de los valores bursátiles, la Comisión observó el interés manifestado al respecto por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit). En lo relativo a la propiedad intelectual, se dijo que la labor en ese ámbito era menos necesaria y que las cuestiones suscitadas en ese campo eran sumamente complejas, por lo que toda labor al respecto debería coordinarse con las de otras organizaciones, como la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)⁶. Respecto de la forma que había de darse al texto que se preparara, la Comisión consideró que una ley modelo tal vez resultara un marco demasiado rígido, por lo que tomó nota de las sugerencias de que se presentara ese texto en forma de un juego flexible de principios enmarcados en una guía legislativa en la que se presentarían, de ser posible, disposiciones legales modelo⁷. Tras deliberar al respecto, la Comisión decidió encomendar dicha labor a un grupo de trabajo con el mandato de preparar un régimen legal eficiente de las garantías reales constituidas sobre bienes que fueran objeto de actividades comerciales, incluidos los bienes inventariados. Al insistir en la importancia de esta tarea y en la necesidad de consultar con representantes de los ramos industriales interesados y de los profesionales en este campo, la Comisión recomendó que se celebrara un coloquio de dos o tres jornadas de duración⁸. Ese coloquio se celebró en Viena los días 20 a 22 de marzo de 2002. El informe del coloquio figura en el documento A/CN.9/WG.VI/WP.3.

6. El Grupo de Trabajo, que estaba integrado por todos los Estados miembros de la Comisión, celebró su primer período de sesiones del 20 al 24 de mayo de 2002 en Nueva York. Asistieron al período de sesiones representantes de los siguientes Estados miembros de la Comisión: Alemania, Austria, Benin, Brasil, Burkina Faso, Camerún, Canadá, China, Colombia, España, Estados Unidos de América, ex República Yugoslava de Macedonia, Federación de Rusia, Fiji, Francia, Honduras, Hungría, India, Irán (República Islámica del), Italia, Japón, Kenya, Lituania, Marruecos, México, Paraguay, Rumania, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Rwanda, Sierra Leona, Singapur, Sudán, Suecia, Tailandia y Uruguay (que alterna anualmente con la Argentina).

7. Asistieron al período de sesiones observadores de los siguiente Estados: Argentina, Australia, Belarús, Chipre, Ecuador, Filipinas, Indonesia, Jordania, Perú, Polonia, Portugal, República de Corea, Suiza y Venezuela.

8. Asistieron también al período de sesiones observadores de las siguientes organizaciones internacionales: American Bar Association, Association of the Bar of

⁵ *Ibíd.*, párrs. 352 a 354.

⁶ *Ibíd.*, párrs. 354 a 356.

⁷ *Ibíd.*, párr. 357.

⁸ *Ibíd.*, párr. 359.

the City of New York, Asociación Internacional de Puertos (AIP), Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (el Banco Mundial), Banco Africano de Desarrollo, Cámara de Comercio Internacional, Centro Nacional de Investigaciones Jurídicas para el Libre Comercio, la Commercial Finance Association (CFA), Federación Internacional de Profesionales en materia de Insolvencia (INSOL), la Federación Latinoamericana de Bancos (FELABAN), el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), la International Law Association (ILA), el Fondo Monetario Internacional (FMI), el Instituto Max-Planck de Derecho Extranjero y Derecho Internacional Privado (IMP), Unión de Confederaciones de Industria y Empleadores de Europa (UNICE) y Unión Internacional de Abogados (UIA).

9. El Grupo de Trabajo eligió la siguiente Mesa:

Presidente: Sra. Kathryn Sabo (Canadá);

Relator: Sr. Abbas Saffarian (República Islámica del Irán).

10. El Grupo de Trabajo tuvo ante sí los siguiente documentos: A/CN.9/WG.VI/WP.1 (programa provisional), A/CN.9/WG.VI/WP.2 y Adiciones 1 a 12 (Proyecto de guía legislativa sobre operaciones con garantía), A/CN.9/WG.VI/WP.3 (informe sobre el coloquio internacional CNUDMI-CFA sobre operaciones garantizadas (Viena, 20 a 22 de marzo de 2002)) y A/CN.9/WG.VI/WP.4 (observaciones del Banco Europeo de Reconstrucción y Fomento).

11. El Grupo de Trabajo aprobó el siguiente programa:

1. Elección de la Mesa.
2. Aprobación del programa.
3. Preparación de una guía legislativa sobre las operaciones garantizadas.
4. Otros asuntos.
5. Aprobación del informe.

II. Deliberaciones y decisiones

12. El Grupo de Trabajo examinó los capítulos I a V y X del proyecto de guía. Las decisiones y deliberaciones del Grupo de Trabajo figuran a continuación en la parte III. Se pidió a la Secretaría que, sobre la base de esas deliberaciones y decisiones, preparara una versión revisada de los capítulos I a V y X del proyecto de guía.

III. Preparación de una guía legislativa sobre operaciones garantizadas

Observaciones generales

13. Se expresó apoyo general para la preparación de una guía legislativa sobre las operaciones garantizadas. Se estimó en general que un régimen eficiente de las operaciones garantizadas podía ejercer un efecto positivo sobre la disponibilidad de

crédito a tipos de interés asequibles. Se afirmó también que la labor de la Comisión era particularmente oportuna, dado que preparaba asimismo una guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia, con lo que podía proporcionar una orientación completa y armonizada a los Estados. Se hizo particular hincapié en la necesidad de velar por la armonía con los regímenes de la insolvencia, basarse en los textos terminados por otras organizaciones y evitar la duplicación con los textos actualmente en curso de preparación en otras organizaciones. A este respecto, se recordó al Grupo de Trabajo, en particular, la necesidad de coordinar su labor con la del Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia), y la decisión de la Comisión de no ocuparse de las garantías reales sobre valores bursátiles o propiedad intelectual⁹. El Grupo de Trabajo señaló que el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) había creado un grupo de estudio con el mandato de preparar reglas armonizadas acerca de la constitución de garantías sobre valores bursátiles, y expresó su deseo de que la Secretaría determinara la forma más eficiente de mantener una coordinación con el UNIDROIT (véanse también los párrafos 32 y 37).

14. En cuanto a la forma de la obra, en respuesta a una pregunta que se planteó, se observó que una ley modelo o una convención serían demasiadas rígidas, mientras que una guía con recomendaciones legislativas resultaría un texto más flexible y, con todo, suficientemente útil. Se observó asimismo que, una vez se hubiera terminado el proyecto de guía, la Comisión podía estudiar la cuestión de preparar una ley modelo.

Capítulo I. Introducción

A. Organización y alcance

15. Si bien se expresó en general apoyo para que en el proyecto de guía se analizara la repercusión económica de la legislación sobre operaciones garantizadas, se estimó en general que no convenía sugerir que, aunque la legislación apropiada era condición necesaria para obtener cierto resultado económico, era en sí misma suficiente para conseguir ese resultado. A este respecto, se afirmó que debía hacerse mención, por ejemplo, de la infraestructura apropiada, el sistema judicial y los mecanismos de observancia necesarios para cerciorarse de que un Estado que promulgase legislación basada en el régimen previsto en el proyecto de guía (“Estado promulgante”) podría obtener los beneficios económicos a que se hace referencia en el proyecto de guía (por ejemplo, un mayor acceso a crédito en condiciones y con un costo apropiados).

16. Además, se observó que debía analizarse igualmente el costo de establecer y aplicar el régimen previsto en el proyecto de guía, por lo menos con miras a atender a las inquietudes que algunos Estados podían experimentar. Además, se dijo que había que hacer hincapié en los posibles efectos del régimen de las operaciones garantizadas (por ejemplo la prelación) sobre el régimen de la insolvencia, en particular en el caso del procedimiento de reorganización, y sobre la necesidad de velar por un equilibrio adecuado entre los intereses, por un lado, de deudores y acreedores y, por el otro, de los acreedores garantizados, quirografarios o no garantizados y privilegiados (véase además el párrafo 10).

⁹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto periodo de sesiones, Suplemento N° 17 (A/56/17)*, párr. 354 a 356.

17. El Grupo de Trabajo convino en que había que describir más claramente el alcance del régimen previsto en el proyecto de guía. Se dijo que esa obra debía centrarse primeramente en las mercancías, incluso en las existencias, y ampliarse luego posiblemente, de ser necesario, a otros bienes, como los créditos, siempre que no resultaran afectadas las normas principales referentes a las garantías reales que gravasen esos bienes. Se observó también que, cuanto más completo fuese el régimen previsto en el proyecto de guía más valor tendría para los legisladores. Se dio el ejemplo de la importancia de ocuparse de las hipotecas de empresas, que podían comprender tanto bienes muebles como inmuebles. Como respuesta, se observó, sin embargo, que las garantías reales sobre bienes inmuebles suscitaban diferentes cuestiones que las que se planteaban en el contexto de las garantías reales que gravaban los bienes muebles, por lo que eran objeto de estatutos diferentes. También se dijo el hecho de que esas garantías reales fueran objeto de estatutos separados no planteaba ningún problema. Se afirmó, no obstante, que el tratar los bienes de una empresa en estatutos separados podría plantear problemas de ejecución y complicar la venta de la empresa como negocio en marcha. A ese respecto, se dijo que, tanto si el régimen previsto en el proyecto de guía se aplicaría a las garantías reales sobre inmuebles como si no, el proyecto de guía necesitaba informar a los Estados promulgantes de la necesidad de velar por que la legislación sobre las operaciones garantizadas no se solapase ni entrase en conflicto con el resto de la legislación.

18. Se expresaron diferentes opiniones sobre si el régimen contemplado en el proyecto de guía debía ocuparse también de las operaciones de consumidores. Un parecer fue que las operaciones de consumidores debían ser completamente excluidas. Se afirmó, no obstante, que, si se adoptaba ese tipo de enfoque, habría que explicarlo en el proyecto de guía. Otra opinión fue que las operaciones de consumidores debían ser tratadas, siempre que no resultasen afectados los derechos de los consumidores conforme al derecho aplicable en materia de protección de éstos. Se observó que ese resultado podría lograrse sometiendo las operaciones de consumidores a las mismas normas aplicables a las operaciones comerciales, introduciendo excepciones sólo cuando fuera necesario para proteger los derechos de los consumidores conforme al derecho promulgado para su protección.

19. En el debate, se formuló también la sugerencia de que el proyecto de guía debía analizar más en detalle el problema del reconocimiento transfronterizo de las garantías reales nacionales que en muchos casos se perdían efectivamente una vez los bienes gravados eran transportados a través de las fronteras nacionales.

20. El Grupo de Trabajo tomó nota de las sugerencias hechas y, en el entendimiento de que tal vez tuviera que replantearse las cuestiones relacionadas con alcance de la futura labor, en el contexto de su examen de las cuestiones de fondo, pidió a la Secretaría que se ocupara de ellas en la próxima versión del proyecto de guía.

B. Terminología

21. Hubo acuerdo en que sería más útil examinar la terminología cuando las cuestiones de fondo abordadas en cada definición fueran tratadas en el proyecto de guía. No obstante, se formularon varias sugerencias, concretamente la de limitar la definición de “deudor” a los deudores comerciales (véase el párrafo 18); en la definición de “bienes gravados”, hacer referencia a los bienes inmuebles, y no únicamente en el contexto de las hipotecas empresariales. A este respecto, se

expresó el temor de que con ese criterio se ampliara indebidamente el alcance del proyecto de guía (véase el párrafo 17).

C. Ejemplos de prácticas de financiación

22. El Grupo de Trabajo tomó nota de la lista de ejemplos de prácticas de financiación enunciadas en el proyecto de guía y convino en examinar ulteriormente la posibilidad de ampliar esa lista y de insertarla en el capítulo I o en otra parte del proyecto de guía.

Capítulo II. Objetivos clave

23. Se apoyó ampliamente la idea de enunciar una declaración general del tenor del capítulo II referente a los principales objetivos prácticos del régimen previsto en el proyecto de guía. Al mismo tiempo se formularon varias sugerencias, concretamente la de referirse a un valor “equitativo” en vez de “máximo”, en el objetivo A; hacer referencia, en el objetivo C, al valor de los sistemas de inscripción en un registro; en el objetivo E, revisar la afirmación de que los procedimientos judiciales podían ser lentos, ya que tal afirmación tal vez no reflejara correctamente la situación de todos los países y, en cualquier caso, había muchos países en que existían procedimientos acelerados; agregar un nuevo objetivo referente a la necesidad de proteger los intereses de los deudores; dejar mayor constancia de las repercusiones que tenía la legislación relativa a las operaciones garantizadas en la disciplina de los proveedores de crédito y en la gestión empresarial; aclarar en el objetivo H que había otros modos de promover comportamientos responsables, y no únicamente la transparencia, dado que los deudores tal vez no desearan revelar detalles sobre sus operaciones de financiación; y añadir otro objetivo referente a la necesidad de proteger los intereses de diversos tipos de acreedores (por ejemplo, los acreedores garantizados, no garantizados y privilegiados, en el contexto de procedimientos de insolvencia o al margen de ellos; los acreedores a largo plazo y a corto plazo).

24. Se sugirió que, además de compaginarse los intereses de los deudores y los acreedores, así como entre diversos tipos de acreedores, habría que lograr también un equilibrio entre los diversos objetivos como, por ejemplo, entre la simplicidad y la transparencia o entre una ejecución rápida y el equilibrio entre los derechos de todas las partes. En cuanto a la autonomía de las partes, se dijo también que podía tener que estar limitada en un régimen referente a los derechos reales que, por definición, podía afectar a los derechos de terceros. También se puso de relieve la necesidad de tener en cuenta los objetivos en función de las principales operaciones de financiación.

25. Con respecto a la inscripción registral, si bien se acordó que era un concepto útil que convenía examinar, se sostuvo que no era un objetivo sino que más bien consistía en un medio para lograr uno o más objetivos. También se hizo referencia a los estudios realizados por el Banco Asiático de Desarrollo, en los que se ponía de relieve la importancia económica de los sistemas de inscripción registral, así como a proyectos de diversos países asiáticos encaminados a introducir tales sistemas.

26. En el entendimiento de que tal vez habría que volver a examinar los objetivos clave en el contexto de las deliberaciones sobre capítulos subsiguientes, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que los revisara teniendo en cuenta las sugerencias formuladas y las opiniones expresadas.

Capítulo III. Prácticas básicas en materia de garantías reales

27. Se dijo que debería decirse claramente desde el principio del capítulo III que su texto tenía por finalidad indicar las prácticas básicas seguidas en materia de garantías reales, así como las ventajas y desventajas de cada una de ellas y las opciones que tenía ante sí el legislador.

A. Prenda

28. El Grupo se mostró favorable a que se examinaran las ventajas y los inconvenientes de la prenda tanto para el deudor como para el acreedor garantizado. Se observó que deberían mencionarse asimismo las ventajas que las garantías constituidas en forma de prenda suponían para terceros, particularmente al minimizar el riesgo de fraude. Respecto de la responsabilidad del acreedor garantizado con desplazamiento de la posesión (por ejemplo, por toda contaminación eventual del medio ambiente), se dijo que el proyecto de guía debería examinar en más detalle toda norma legal actual por la que se exonerara al acreedor de su responsabilidad en supuestos en los que el bien gravado no obrara bajo su control efectivo, y que se formulara una recomendación en ese sentido. Se observó que si no se le exoneraba de esa responsabilidad, el acreedor tendría que asegurarse contra ese riesgo, traspasando dicho gasto al deudor, lo que elevaría notablemente el costo de la operación.

29. Respondiendo a la pregunta de si el acreedor y el titular de la garantía real, o tenedor o depositario del bien gravado, podían ser dos personas distintas, se observó que un mandatario o fiduciario del acreedor podía ser el titular de la garantía constituida sobre el bien gravado, o tenedor de dicho bien, en nombre del acreedor garantizado, sin que esa persona pasara a ser acreedor garantizado. Se convino en que este punto podría ser debidamente explicado en el proyecto de guía.

B. Retención de la titularidad o reserva de dominio o de la posesión

30. Se expresó apoyo por que se examinara en el proyecto de guía la reserva de dominio o retención de la titularidad del bien negociado por una parte en un contrato cuya contraparte contractual no cumpliera con sus obligaciones, conforme a una práctica reconocida, a título de garantía, en algunos ordenamientos. Ahora bien, se expresaron ciertas inquietudes respecto a la formulación actual de estas cuestiones en el proyecto de guía. Una de esas inquietudes fue la de que no se indicaba con la claridad debida si ese derecho de reserva de dominio era de índole legal o consensual, ya que en el primer supuesto ese derecho no debería ser objeto del proyecto de guía, mientras que en el segundo debería ser abordado en ella. Otra inquietud fue la de que se presentara esa reserva de dominio o retención de la titularidad como un derecho real, pese a tratarse de un derecho de origen contractual, aun cuando se facultara a su titular para vender el bien constituido en objeto de ese derecho. Otra inquietud fue la de que no se examinara su prelación

respecto del pago, por ser éste un aspecto de suma importancia en el contexto de las garantías reales. Se expresó además la inquietud de que la presentación actual de este derecho pudiera ser interpretada en el sentido de que facultaba a una de las partes a vender el bien sin autorización judicial, en supuestos en los que esa autorización fuera necesaria.

C. Garantías reales sin desplazamiento

31. Si bien se estimó oportuno que se procediera al examen de las garantías reales no posesorias o sin desplazamiento de la posesión, se formularon diversas sugerencias y concretamente que: se ampliara la descripción de las garantías reales sin desplazamiento para no dar la impresión de que se trataba de un tema nuevo o desconocido en la tradición jurídica de diversos países de derecho romano; se examinara la publicidad como remedio frente al riesgo de enriquecimiento injusto inherente a las garantías reales sin desplazamiento, así como para facilitar datos a terceros (y a los administradores de la insolvencia), que les permitieran evaluar el riesgo eventual de impago; se abordara la cuestión de si el acreedor garantizado gozaba de iguales derechos cuando se modificaran en algo los bienes objeto de una garantía real constituida sobre todos los bienes (garantía real global y “gravamen flotante” o constituido sobre una masa circundante); se hiciera referencia a la Ley Modelo Interamericana sobre las Operaciones Garantizadas de la Organización de Estados Americanos, por tratarse de una ley sobre las garantías reales con o sin desplazamiento de la posesión; y que se insistiera en que la regulación de las garantías reales con y sin desplazamiento, caso de efectuarse por separado o en leyes distintas podría dar lugar a incoherencias y a falta de transparencia en su regulación, así como a lagunas legales. Se sugirió, a ese respecto, que ese asunto se examinara más a fondo, ya que en el derecho interno de muchos Estados las garantías reales sin desplazamiento estaban reguladas por leyes especiales.

D. Garantías reales constituidas sobre bienes inmateriales

32. En respuesta a una pregunta, se observó que el proyecto de guía examinaba el tema de las garantías reales constituidas sobre bienes inmateriales, ya que, de conformidad con los objetivos básicos de todo régimen eficiente de las operaciones garantizadas, se partía de la hipótesis de que su alcance debería ser lo más amplio posible. Se dijo que si bien convenía debatir en algún momento la cuestión de si se incluiría o no en el nuevo régimen las garantías reales constituidas sobre determinadas categorías de bienes inmateriales, el Grupo de Trabajo debería centrar su labor en las garantías constituidas sobre bienes corporales, y en particular sobre existencias inventariadas. Se observó a ese respecto que se habrían de examinar los bienes inmateriales por razón de su valor económico y de su importancia en el marco de las garantías reales constituidas sobre todos los bienes de una entidad, también llamadas hipotecas de empresa. Se observó además que se habría de prestar particular atención a ciertos bienes inmateriales, como los créditos por cobrar y el producto de la enajenación de bienes o mercancías. Se insistió también en la necesidad de coordinar la labor emprendida con la de otras organizaciones, complementándola en lo posible (véanse también los párrafos 13 y 37).

E. Transferencia de la titularidad

33. Las opiniones coincidieron en general en que la cuestión de la transferencia de la titularidad estaba bien tratada en el proyecto de guía. Sin embargo, se formularon varias sugerencias, concretamente para que se aclarara que el concepto de transferencia de titularidad había nacido con la finalidad de eludir la prohibición de los derechos reales de garantía sin desplazamiento de la posesión o las dificultades que planteaban tales derechos y que tal transferencia no era tan necesaria en los ordenamientos que disponían de regímenes modernos para los derechos sin desplazamiento; que se abordara la cuestión de si los bienes sujetos a un mecanismo de garantía con transferencia de titularidad formaban parte del patrimonio de la insolvencia del otorgante; y que se pusiera de relieve el hecho de que la transferencia de titularidad era objeto de menos requisitos formales.

F. Retención de la titularidad o reserva de dominio

34. Se apoyó la forma en que se había tratado la cuestión de la retención de la titularidad en el proyecto de guía. Se afirmó que para los administradores de la insolvencia la determinación de si la retención de la titularidad era un derecho real de garantía entrañaba notables dificultades y gastos. Por consiguiente, se sugirió que el proyecto de guía hiciera una importante contribución a la práctica recomendando que la retención de la titularidad se considerara un derecho real de garantía. Sin embargo, el Grupo de Trabajo no adoptó ninguna decisión sobre si los acuerdos de retención de titularidad debían considerarse ventas condicionales u operaciones financieras garantizadas.

G. Garantía global uniforme

35. Las opiniones coincidieron ampliamente en que en el proyecto de guía debían examinarse los dos enfoques que se seguían en los ordenamientos jurídicos para regular el derecho de garantía uniforme sobre todos los tipos de bienes. Se afirmó que uno de los enfoques consistía en suprimir todos los derechos reales de garantía existentes y en introducir una nueva garantía que pudiera constituirse sobre todos los tipos de bienes. Respecto de los acuerdos de titularidad, se observó que, en el enfoque mencionado, estos acuerdos podían determinarse y tratarse del mismo modo que los derechos reales de garantía. El segundo enfoque, que, según se dijo, era el que se examinaba en el proyecto de guía, preveía que, en vez de constituirse un nuevo derecho real de garantía, los equivalentes funcionales de un derecho real de garantía estuvieran sujetos a las mismas normas.

H. Resumen y recomendaciones

36. El Grupo de Trabajo convino en mantener en el texto la sección titulada “resumen y recomendaciones”, en el entendimiento de que sería reestructurada de forma que constituyera un resumen con algunas conclusiones provisionales sujetas a examen, pues en la fase actual aún era prematuro formular recomendaciones. Se sostuvo que era apropiado que en este capítulo se enunciaran los distintos mecanismos de garantía y se indicaran sus ventajas e inconvenientes, así como las diversas opciones que tenían los legisladores. También se convino en que el capítulo fuera lo más amplio posible sin especificar la forma en que pudieran ponerse en

práctica los distintos enfoques. También se señaló que el proyecto de guía no debería limitarse a describir las prácticas existentes sino que debería enunciar claras recomendaciones.

37. En cuanto al derecho a retener la posesión, se opinó que habría que hacer referencia a la prelación de la parte que tuviera un derecho de retención. Con respecto a los derechos reales de garantía sin desplazamiento, se observó que era una cuestión que, en el caso de la insolvencia, debía tratarse con cierto detalle. Respecto de los bienes inmateriales, se señaló que si bien algunos tipos de bienes de esta índole (como los créditos a cobrar y el producto de los bienes) debían entrar en el ámbito del proyecto de guía, convenía dejar de lado otros tipos de bienes inmateriales (como los valores bursátiles y los derechos de propiedad intelectual) por varias razones: para centrarse en el régimen de los derechos de garantía sobre bienes, para eludir la complejidad de las cuestiones relativas a los derechos de garantía sobre valores bursátiles, para poder utilizar eficientemente los recursos del Grupo de Trabajo de modo que éste pudiera concluir su labor en un plazo razonable, y también para evitar la duplicación de esfuerzos con otras organizaciones. (véanse los párrafos 13 y 32).

38. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que revisara el capítulo III del proyecto de guía teniendo en cuenta las opiniones expresadas y las sugerencias formuladas.

Capítulo IV. Creación

39. Se afirmó que la presentación del contenido del capítulo en la introducción era útil para el lector y debía pensarse en adoptarla también para otros capítulos. Se observó asimismo que habría que analizar los tipos de deudores y acreedores que debían considerarse. Se expresó apoyo para el principio que las operaciones garantizadas estarían sometidas a las normas sobre insolvencia relativas a la anulación de las operaciones preferentes, sin contravalor adecuado y fraudulentas.

A. Naturaleza accesoria de la garantía real

40. Se sugirió que el debate del principio de la naturaleza accesoria de una garantía real tenía que revisarse para dejar en claro que una garantía real era siempre accesoria frente a la obligación garantizada, en el sentido de que la validez y condiciones de la garantía real dependían de la validez y las condiciones de la obligación garantizada, incluso en operaciones de crédito rotatorio.

B. Obligaciones que se han de garantizar

41. Se formularon varias sugerencias, concretamente que se revisara el análisis de las obligaciones monetarias y no monetarias a fin de evitar toda discriminación contra las obligaciones no monetarias; que se aclarara que una garantía real que respaldaba una obligación futura no podía ser ejecutada, más que no ser efectiva, antes de que naciese realmente la obligación; que se puntualizara que algunos sistemas modernos exigían que las partes fijaran un límite máximo a la obligación que se había de garantizar, mientras que otros no lo exigían.

42. Se expresaron opiniones divergentes sobre si el proyecto de guía debía recomendar que se fijara un límite máximo para la obligación garantizada. Según una de las opiniones, tal límite hacía posible que el deudor usara sus bienes para obtener crédito de otra parte. Se observó que el asunto era tratado en el proyecto de guía (cantidades fluctuantes y descripción de la obligación garantizada) con la presentación de dos opciones. Una era admitir la determinación de la cantidad de la obligación garantizada de manera general y la otra opción era permitir una garantía para todas las cantidades. Según otro parecer, esta cuestión debía verse en un contexto práctico y analizar las ventajas e inconvenientes de las diferentes opciones. Se explicó que, a menos que se pudiera evaluar con cierta precisión el bien gravado (como ocurría, por ejemplo, con la propiedad inmueble), los límites máximos no eran útiles. En esos casos, el beneficio que se derivaría para el deudor de hacer posible que usara sus bienes para obtener garantías de otro acreedor podía no superar los beneficios dimanantes para el deudor de no fijar ningún límite para la cantidad de la obligación garantizada (por ejemplo, la obtención de una mayor cantidad de crédito a un costo inferior que el que sería posible de otro modo). Se convino en que el asunto necesitaba ser analizado más a fondo en el contexto del debate sobre los capítulos V (A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.5, párrs. 35 a 37) y VI (A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.6, párrs. 11 y 12). Se convino igualmente en incluir en el capítulo IV referencias cruzadas a esos capítulos.

C. Bienes que pueden gravarse

43. Con respecto a posibles limitaciones, se opinó que debían estudiarse los dos enfoques posibles (cuando los bienes no pudieran ser gravados en absoluto o cuando pudieran ser gravados sólo hasta cierta cantidad). Se sugirió asimismo que el proyecto de guía tenía que aclarar si era el bien lo que se gravaba o el derecho del otorgante sobre el bien. A ese respecto, se explicó que el proyecto de guía se basaba en el supuesto de que la garantía real gravaba la propiedad del otorgante sobre el bien y no el bien en sí. Se explicó además que el proyecto de guía analizaba también la posibilidad de que el otorgante creara una garantía real sobre un bien que no perteneciera al otorgante o del cual éste no pudiera disponer en el momento de la constitución de la garantía real (véase A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.4, párrs. 48 a 51). Se expresó alguna duda sobre si la garantía real gravaba el derecho del otorgante o el bien mismo. El Grupo de Trabajo acordó volver a tratar ese asunto.

44. Se expresó apoyo para permitir que la garantía se constituyera sobre bienes no existentes en el momento de la celebración del acuerdo de garantía (“bienes futuros”) así como sobre bienes adquiridos después de esa celebración (“bienes adquiridos posteriormente”). Se afirmó también que una descripción, como “todos los bienes”, sería suficiente.

45. Con respecto a la garantía real sobre todos los bienes de una empresa (“gravamen flotante”), se dijo que había que analizarla más en detalle, con particular referencia al concepto de “cristalización” de la garantía respecto de bienes en particular. Se observó asimismo que una garantía sobre todos los bienes no era equivalente a una hipoteca de empresa, porque entre otras cosas, ésta última podía comprender también bienes inmuebles (la ejecutoriedad estaba sometida a las mismas normas pero no a la inscripción en el registro). Con respecto a la ventaja que presentaba una hipoteca de empresa, mencionada en el proyecto de guía (es decir, el nombramiento de un administrador en el momento de la ejecución), se

observó que, en la práctica, no siempre resultaba ser una ventaja, dado que los administradores nombrados por acreedores garantizados tendían a favorecer a éstos en detrimento de los demás acreedores. También se señaló que estudios recientes en algunos países demostraban que las hipotecas de empresa tal vez no eran tan ventajosas como se había pensado en un principio, dado que los bancos no supervisaban los bienes contribuyendo con ello a la conservación de un negocio, a la vez que no tenían interés en participar activamente en el procedimiento de reorganización, dado que estaban plenamente garantizados. Tras el debate, se acordó analizar más en detalle la relación entre una garantía real sobre todos los bienes y una hipoteca de empresa.

46. En cuanto a la cuestión de la sobrepignoración que se planteaba en algunos ordenamientos jurídicos como resultado de una garantía real sobre todos los bienes o de una hipoteca de empresa, se manifestó que debía estudiarse de forma más equilibrada para poner de relieve tanto las ventajas como los inconvenientes de una garantía sobre todos los bienes. Una de las ventajas mencionadas, por ejemplo, fue la reducción del costo de supervisar los bienes gravados. Un inconveniente mencionado fue que derivaba en el problema del banquero único, a saber, que el deudor se veía obligado a obtener crédito únicamente del banquero al que el deudor había dado una garantía real sobre todos los bienes. Como respuesta, se dijo que eso podía no ser un problema real, dado que en la práctica había una viva competencia y el deudor podía refinanciar su deuda. Por otro lado, se observó que esa refinanciación tenía un cierto costo. Se afirmó, empero, que ese costo no era el resultado de la garantía real sobre todos los bienes sino que era inherente a toda refinanciación. Se observó asimismo que el hecho de que el deudor tuviera garantía de otra parte dependía de la relación entre el valor de sus bienes y la cantidad de la obligación garantizada.

D. Producto de los bienes gravados

47. Se expresaron diversos pareceres sobre si cabía agrupar al producto y a los frutos de los bienes gravados en el concepto de producto, sometiéndolos a unas mismas reglas. Según uno de los pareceres expresados los frutos y el producto constituían dos nociones distintas que no cabía someter a unas mismas reglas. Según otro parecer esa distinción era a menudo difícil de establecer y, por lo demás, no procedía someter al producto y a los frutos a diversas reglas en vista de la relación que unos y otros guardaban con el bien inicialmente gravado. Para aclarar esa relación se dijo que el pago de dividendos afectaría necesariamente al valor del bien originariamente gravado (es decir, las acciones de una sociedad). Para conciliar ambos pareceres, se sugirió que si bien cabía salvaguardar la distinción terminológica, tanto el producto como los frutos del bien gravado deberían ser tratados como bienes dependientes del bien gravado.

48. Una solución generalmente aceptada fue la de reconocer legalmente que el acreedor garantizado gozaba de un derecho automático sobre el producto del bien gravado. Se dijo que esa regla legal sería de índole supletoria, por lo que sería aplicable a falta de toda estipulación en contrario de las partes. Se sugirió que se mencionase asimismo otra solución posible, consistente en que las partes convinieran en extender el alcance eventual de la garantía real, permitiendo que recayera, por ejemplo, en bienes inventariados, créditos por cobrar, títulos negociables y fondos en metálico. Esa solución sería posible en todos aquellos

ordenamientos que permiten la constitución de una garantía real sobre todos los tipos de bienes de una entidad, incluidos sus bienes futuros o adquiridos ulteriormente. Se observó al respecto que, en ese supuesto, la garantía estaría constituida sobre los bienes originariamente gravados conforme se hubieran descrito en el acuerdo de garantía, por lo que no sería una garantía que se extendiera al producto del bien gravado. Se respondió que cabía considerar diversos enfoques con tal de que la solución ofrecida resultara práctica y aceptable, sin perder de vista que el régimen propuesto en el proyecto de guía debería enunciar un orden de prelación claro respecto del producto del bien gravado (A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.7, párrs. 51 a 59).

49. El Grupo de Trabajo convino en general en que las cuestiones mencionadas en el proyecto de guía respecto del producto (A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.4, párr. 33) eran oportunas, por lo que pidió a la Secretaría que buscara soluciones prácticas al respecto, explicando las ventajas y los inconvenientes de cada una de ellas. Se insistió, en particular, en que se dilucidara si el derecho al producto era de la misma índole que la garantía real (es decir, un derecho real) o si había de ser considerado como un nuevo derecho (es decir, de índole personal), así como en que se determinara el momento en que el producto pasaba a ser “identificable” como tal.

50. Se expresó la inquietud de que la referencia que se hacía a la publicidad como medida protectora de terceros, que tal vez calculen con la disponibilidad del producto de los bienes originariamente gravados, pudiera dar indebidamente la impresión de que no existía ningún otro medio de proteger a terceros. Se observó, a ese respecto, de que una de las hipótesis básicas del proyecto de guía era la de que la publicidad era la medida más eficiente que cabía adoptar para amparar a terceros, particularmente en el supuesto de garantías reales sin desplazamiento o sin entrega de la cosa. Se observó además que el Grupo de Trabajo había recibido el mandato de preparar un régimen legal eficiente para las garantías reales constituidas sobre bienes corporales¹⁰ y no el de recoger información para presentar todas las soluciones posibles, con independencia de si funcionaban o no en la práctica.

E. Acuerdo de garantía

51. Respecto de las partes en un acuerdo de garantía, se sugirió que se mencionara además el supuesto de un tercero que fuera el tenedor de hecho del bien gravado. Se objetó a esa sugerencia que ese tercero estaría actuando en calidad de mandatario o agente del acreedor garantizado, y no en nombre propio.

52. Respecto del contenido mínimo de todo acuerdo de garantía, se dijo que convendría reducir los requisitos impuestos, dado que la ausencia de uno de ellos invalidaría el acuerdo. Se dijo asimismo que esa reducción sería conforme al objetivo clave de todo régimen eficiente de las operaciones garantizadas, consistente en facilitar la constitución de garantías reales por alguna vía sencilla y eficiente. Se mencionó, en particular, el requisito de la firma del garante, que presuponía la forma escrita del acuerdo, lo que no era siempre necesario. Se observó además, a ese respecto, que no estaba claro por qué no se exigía igualmente la firma del deudor. También se dijo que cabía prevenir a los acreedores garantizados sobre

¹⁰ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento N° 17, A/56/18, párr. 358.*

las posibles consecuencias de que faltara alguno de los requisitos mencionados en su acuerdo, sin incitar indirectamente a los tribunales a buscar motivos para invalidar dichos acuerdos.

53. Si bien hubo acuerdo general sobre la conveniencia de reducir al mínimo las formalidades, se expresaron diversos pareceres con respecto al requisito de la forma escrita para la validez de un acuerdo de garantía. Según uno de ellos, la forma escrita no debía imponerse como requisito para la validez del acuerdo de garantía. Se dijo que, en lo concerniente a las partes en el acuerdo, el escrito desempeñaba una función probatoria y de prevención general o cautela, mientras que, frente a terceros, el escrito cumplía una función de prevención del fraude. Se observó, a ese respecto, que las partes en operaciones financieras modernas no necesitaban dicha prueba del acuerdo ni ninguna advertencia de su gravedad, pues esa función o funciones correrían por cuenta de otros medios. Respecto de los terceros, se observó que cabía ampararlos frente a toda tentativa fraudulenta de antedatar el acuerdo, exigiendo alguna forma de publicidad al respecto. Se observó, no obstante, que el escrito sería necesario, cualquiera que fuera la forma de publicidad elegida. Si se optaba por un registro de documentos, dicho acuerdo habría de ser presentado por escrito para su inscripción en el registro. Si se optaba por un registro de notificaciones, el escrito seguiría siendo necesario ya que la notificación verbal no bastaría para probar la validez del acuerdo de garantía.

54. Según otro parecer ese requisito debería ser únicamente exigible respecto de las garantías reales de índole no posesoria o sin desplazamiento de la cosa. Se observó que la posesión o tenencia del bien gravado por el acreedor garantizado bastaba para cumplir la función del escrito (es decir, dar prueba de la garantía y prevenir a terceros frente a toda tentativa fraudulenta de antedatarla). Según otro parecer conexo el escrito no sería requerido como prueba del acuerdo entre las partes sino únicamente en el supuesto de que dicho acuerdo fuera cuestionado por un tercero. Se dijo que el enfoque sugerido partiría de una clara distinción entre el requisito de publicidad y el requisito de un escrito, cualesquiera que fueran los efectos atribuibles al escrito frente a terceros.

55. Según otro parecer contrario, la forma escrita sería necesaria no sólo entre las 55 partes en el acuerdo de garantía sino también frente a terceros. Se dijo que la forma escrita era a menudo requerida, particularmente para las operaciones bancarias y para operaciones efectuadas con clientes o consumidores. Se observó asimismo que independientemente de si se exigía o no la forma escrita para la validez *inter partes* del acuerdo, esa forma era indispensable para recurrir a la vía ejecutoria, así como para la aceptación de la validez del acuerdo en el marco de la insolvencia. Se observó, no obstante, que, caso de introducirse el requisito de la forma escrita, se habría de examinar cuidadosamente su efecto sobre ciertas operaciones informales que conllevaban, por ejemplo, pactos de reserva de dominio, enunciados a menudo únicamente en las condiciones generales del vendedor. Se respondió a ese respecto que, en ausencia de un escrito, no se reconocería ningún pacto de reserva de dominio en el marco de un procedimiento de insolvencia, ni siquiera en países donde no se exigiera la forma escrita para la validez *inter partes* de dichas operaciones.

56. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que revisara el examen, efectuado en el proyecto de guía, del acuerdo de garantía, con miras a recoger en su texto las opiniones expresadas y las sugerencias formuladas.

En cuanto al requisito de la forma escrita, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que examinara las ventajas y los inconvenientes de las diversas soluciones, estableciendo toda distinción que fuera necesaria entre garantías reales con y sin desplazamiento de la cosa.

F. Otros requisitos para la constitución de una garantía real

57. Se observó que en muchos ordenamientos no bastaba con un acuerdo de garantía para constituir una garantía real. Habían de satisfacerse otros requisitos. Por ejemplo, el otorgante debería ser propietario del bien constituido en garantía (o gozar de algún otro derecho real al respecto); en el supuesto de una garantía real con desplazamiento, el bien constituido en garantía había de ser entregado al acreedor garantizado; en el supuesto de una garantía real sobre bienes corporales, pero sin desplazamiento, se exigiría cierto requisito de publicidad al respecto; en el supuesto de una garantía real sin desplazamiento sobre bienes inmateriales, el acreedor garantizado debería obtener un derecho de control al respecto.

58. Se sugirió que se examinara más en detalle la cuestión de si el otorgante de la garantía había de ser propietario del bien gravado o si cabría que el titular de un derecho real de menor rango otorgara una garantía real sobre dicho bien. Respondiendo a una pregunta, se explicó que un acreedor podía adquirir de buena fe una garantía real aun cuando el otorgante no fuera propietario del bien gravado y no gozara de un derecho de disposición al respecto, con tal de que dicho acreedor hubiera concedido un crédito o se hubiera comprometido a hacerlo.

59. Se expresó cierta reserva respecto a la utilización del término “posesión” ya que suponía que la persona en cuyo poder obrara el bien poseído actuaba a título de propietario o gozaba de algún otro derecho real sobre dicho bien. A fin de responder a esa inquietud, se observó que, si bien era correcto emplear el término “posesión” en inglés, cabría recurrir en otros idiomas al empleo del término “tenencia”.

60. Respecto a la tenencia, publicidad o control del bien gravado, se dijo que tal vez fuera necesario aclarar que la tenencia de la cosa era únicamente importante para las garantías reales con desplazamiento de la cosa, mientras que la publicidad era importante para las garantías reales sin desplazamiento (sobre bienes corporales) y el control del bien gravado era importante para las garantías reales sin desplazamiento (sobre bienes inmateriales).

G. Resumen y recomendaciones

61. Se observó que la recomendación respecto de las categorías de obligaciones que podrían ser garantizadas y las categorías de bienes que cabría constituir en garantía no se ocupaba ni de los límites aplicables al importe garantizable de una obligación ni de las garantías reales constituidas sobre todos los bienes de una entidad. Se observó asimismo que la recomendación relativa a las garantías constituidas sobre un producto identificable como tal, reflejaba un principio enunciado en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional. A reserva de estas observaciones, las recomendaciones examinadas fueron objeto de apoyo generalizado. Respecto de la recomendación relativa a los requisitos de forma, se convino en revisarla a fin de reflejar en ella las deliberaciones del Grupo de Trabajo sobre este asunto.

62. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que revisara el capítulo IV a la luz de los pareceres expresados de las sugerencias formuladas.

Capítulo V. Publicidad

A. Introducción

63. Se expresaron diversos pareceres acerca de la necesidad de un sistema de publicidad para las garantías constituidas sobre bienes muebles. Según uno de esos pareceres ese sistema de publicidad no era necesario. Se dijo, al respecto, que en economías dominadas por el crédito, las partes debían saber que era probable que los bienes estuvieran gravados o que fueran objeto de algún dispositivo de cuasigarantía (por ejemplo, reserva de dominio, y arriendo financiero o con opción de compra). Se observó que la información suministrada por un registro de gravámenes, conforme a lo previsto por el proyecto de guía, sería o demasiado abundante, lo que daría lugar a cuestiones de confidencialidad o de competencia desleal, o demasiado sucinta, lo que podría restarle utilidad. Respecto de la confidencialidad se observó que, a fin de preservarla, muchos países se habían abstenido de introducir un registro de gravámenes o cualquier otro sistema de información general en materia crediticia o de la propiedad. Se dijo que, de ser alguno de esos países un destinatario eventual de la guía, convendría que se examinaran en su texto las ventajas e inconvenientes de cada sistema de publicidad previsto. Se dijo además que un registro de gravámenes resultaría muy costoso de establecer y mantener en funcionamiento, lo que elevaría el costo de las operaciones. Se observó también que la versión actual del proyecto de guía no respetaba el equilibrio debido en materia informativa, al no presentar alternativas válidas al sistema de publicidad basado en un registro. Entre las alternativas mencionadas, cabía citar la información disponible en los estados financieros de una empresa o en su documentación comercial, o en la documentación contable del sistema bancario local (ver A/AC.9/WG.VI/WP.2/Add.5, párr. 44).

64. Prevaleció, no obstante, el parecer de que un sistema de registro constituía un elemento esencial de todo régimen moderno y eficiente de las operaciones garantizadas. Se dijo que ese sistema constituía una réplica de la publicidad ofrecida por la posesión o tenencia de un bien y estaba inspirado en un principio universal de publicidad y transparencia. Se observó además que ese sistema no revelaba información confidencial y era provechoso para todas las partes interesadas: para el deudor, porque le daba acceso a crédito obtenido a menor costo y con mayor rapidez que en lugares donde no existiera información sobre la situación de los bienes del deudor; para los acreedores, porque les permitía otorgar crédito con relativa certeza en cuanto a la fiabilidad de su garantía; y para terceros, al servir de fuente de notificación general sobre todo gravamen eventualmente constituido sobre los bienes del deudor y sobre el orden de prelación aplicable. Se observó además que ese principio de publicidad y transparencia se había convertido en un requisito básico de la reglamentación bancaria que obligaba a todo banco, tanto central como comercial, a verificar cuidadosamente la solvencia de sus deudores. Se observó también que una porción importante de las tasas de interés cobradas (cercana al 60%) tenía por objeto cubrir el riesgo dimanante de la falta de información suficiente sobre el destinatario de un crédito. Se mencionaron asimismo ciertas

prácticas financieras y de bursatilización, que eran de importancia esencial para determinadas operaciones de financiación, particularmente de proyectos de infraestructura, y que no podían funcionar adecuadamente sin un sistema de registro fiable. Se dijo además que todo sistema de secreto absoluto en materia de operaciones garantizadas podía poner al deudor en manos del acreedor garantizado, ya que un acreedor que dispusiera de información confidencial sobre un deudor, y que gozara de una relación duradera con él, controlaba de hecho a ese deudor, privándole de las ventajas que pudiera ofrecerle el tener acceso a un mercado bancario competitivo.

65. Si bien el Grupo de Trabajo confirmó su interés por un registro público de las garantías reales constituidas sobre bienes muebles, se expresaron diversas inquietudes al respecto. Entre ellas cabe citar las siguientes: la finalidad de la publicidad; el alcance de dicho registro; la financiación del registro; y los gastos de inscripción y consulta para toda entidad comercial. Se respondió que la finalidad y el alcance del sistema de registro previsto habían sido expuestos en la guía, pero que cabía examinarlos en más detalle. Se observó asimismo que el hecho de que algunos países de los menos adelantados del mundo hubieran establecido y mantenido en funcionamiento un sistema de registro, como el descrito en la guía, constituía un claro indicio de que ese sistema resultaba eficiente en función de su costo. Se mencionó, a ese respecto, que los recientes adelantos en la tecnología informática permitían establecer con rapidez y economía un sistema de registro cuyo funcionamiento fuera sufragable por el cobro de una tasa de inscripción conforme a una tarifa preestablecida. A fin de obtener la información requerida para responder a las inquietudes expresadas, se sugirió, entre otras cosas, lo siguiente: efectuar una presentación, en el curso del próximo período de sesiones del Grupo de Trabajo, del funcionamiento de un sistema de inscripción registral moderno; y establecer un grupo especial con el que las delegaciones interesadas puedan discutir ciertos problemas de índole práctica relativos a la inscripción registral.

66. Se mencionaron, a ese respecto, el Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil (Ciudad del Cabo, 2001) y su Protocolo aeronáutico, así como la Ley Modelo de la OEA, que preveía la publicidad de esas operaciones mediante la inscripción de ciertos datos en un registro abierto al público que permitía resolver las cuestiones de prelación. Respecto del Convenio y su Protocolo aeronáutico se observó, no obstante, que su funcionamiento suponía un registro de índole algo distinta del previsto en el proyecto de guía, ya que se trataba de un registro internacional llevado en función del bien inscrito (es decir, para consultarlo se había de identificar al bien gravado, y no al deudor, por medio de un número de serie o de inscripción), que había de ser además un elemento de equipo de elevado valor. Respecto de la Ley Modelo de la OEA, se dijo que funcionaba con un registro, de índole similar al previsto en el proyecto de guía, eficiente en función de su costo, en el que se podía inscribir una amplia gama de bienes y que estaba abierto al público, conforme a la política adoptada por los 34 Estados participantes en la OEA para crear un mercado crediticio regional dinámico.

67. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo decidió proceder al examen del capítulo V partiendo de la hipótesis de que un sistema de publicidad, como el examinado en el capítulo V, formaría parte del régimen previsto en el proyecto de guía.

B. Operaciones con reserva o transferencia de dominio y operaciones garantizadas

68. Se observó que el Grupo de Trabajo debería comenzar por el examen de dos cuestiones clave; en primer lugar, la de determinar si las operaciones que supusieran una reserva o transferencia de dominio efectuada para fines de garantía serían objeto de inscripción registral, y en segundo lugar, la de determinar si las operaciones que fueran propiamente de reserva o transferencia de dominio (por ejemplo, los arriendos a largo plazo o las cesiones puras y simples de créditos) debían o no ser objeto de inscripción registral. Se mencionó a ese respecto, que, en el supuesto de que una operación propiamente de dominio haya de ser objeto de inscripción registral, cabía preguntarse si se enunciaría una lista ilustrativa de las operaciones a inscribir o si se seguiría una pauta funcional en virtud de la cual se inscribirían únicamente aquellas operaciones en las que el dominio quedara separado de la mera posesión o tenencia de la cosa gravada.

69. Respecto de las operaciones de reserva o transferencia de dominio que desempeñaran una función equivalente a la de una operación garantizada, se expresó el parecer de que no deberían quedar sujetas a inscripción pública, ya que, conforme se reiteró, su existencia solía ser conocida en el mercado y, en todo caso, el registro previsto por el proyecto de guía suministraba o demasiados datos o datos demasiado escasos para este tipo de operaciones (ver párr. 63). Se dijo asimismo que, de imponerse esa inscripción, toda parte en una operación propiamente de dominio se vería obligada a inscribir la operación para gozar de prelación, lo que no dejaría de elevar el costo de la operación.

70. Se observó, en sentido contrario, que toda operación propiamente de dominio debería quedar sujeta a la obligación de inscripción, al menos en la medida en que fuera a desempeñar una función de garantía. Se dijo que si alguna operación de reserva o transferencia de dominio, que fuera el equivalente funcional de una operación de garantía, no quedaba sujeta a la obligación de inscripción pública, el sistema de registro previsto no cumpliría con su función de suministrar información fidedigna y completa al acreedor garantizado respecto de la existencia de todo otro gravamen o derecho real sobre el bien gravado por la garantía de la que ese acreedor se fiara para otorgar crédito. Se observó además que los arreglos de reserva de dominio dificultaban la gestión de ciertas prácticas, como la financiación en función de existencias inventariadas, ya que todo financiero respaldado por una garantía sobre las existencias inventariadas de una empresa tropezaba con la dificultad de determinar cuáles de esas mercancías o bienes inventariados estaban o no sujetos a un pacto de reserva de dominio y cuál sería el alcance de ese pacto. Se dijo, además, que no cabía fiarse de que un pacto de reserva de dominio fuera una cuestión universalmente conocida, por lo que, en supuestos como el considerado, el financiero o bien se negaría a aceptar las existencias inventariadas a título de garantía, o sí las aceptaría, pero imponiendo alguna prima sobre el precio de la operación a fin de cubrir el riesgo adicional de que hubiera pactos de reserva de dominio que gozaran de prelación sobre su garantía.

71. Se observó, además, que desde una perspectiva de derecho comparado era evidente que se estaba recurriendo cada vez más a operaciones de reserva de dominio, o de índole similar, para fines de garantía, por lo que toda distinción entre este tipo de operaciones resultaba difícil y podía resultar artificial. Se dijo asimismo que el alcance de los pactos de reserva de dominio suscitaba también otra cuestión

importante, consistente en determinar si esa operación abarcaría no sólo al bien gravado, sino también al producto de su venta. Se observó, a ese respecto, que incluso en países en los que se hacía esa distinción, la reserva de dominio era tratada al igual que una garantía real en lo relativo al producto del bien afectado por el pacto de reserva de dominio.

72. En cuanto a las operaciones de pura reserva o transferencia de dominio, se opinó que no debían estar sujetas a inscripción registral, pues no entraban en el ámbito del régimen de las operaciones garantizadas. Además, se observó que las operaciones de pura reserva o transferencia de dominio no deberían regirse por el sistema de inscripción registral, ya que la finalidad de un régimen de las operaciones garantizadas no podía consistir en establecer un registro de propiedad de bienes muebles. Frente a este argumento se sostuvo que ningún sistema de prelación sería fiable si no pudiera abarcar toda la gama de posibles conflictos de prelación. Se señaló que, con ese fin, la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional regulaba los conflictos de prelación incluso entre cesiones realizadas en el marco de la Convención o al margen de ella. Se consideró asimismo que los acuerdos de pura reserva o transferencia de dominio deberían entrar en el régimen de inscripción registral a fin de que los propietarios tuvieran el derecho (y no la obligación) de efectuar la inscripción y de obtener prelación.

73. Con respecto a la inscripción registral de operaciones de reserva o transferencia de dominio, se observó que si estas operaciones se clasificaban como operaciones garantizadas, en algunos países cabría seguir dos enfoques: el vendedor podía tratarse como propietario o como acreedor garantizado (en este último caso, la titularidad pasaría al comprador). En ambos casos, el vendedor tendría que efectuar la inscripción en el registro, mientras que el bien formaría parte del patrimonio insolvente y el vendedor obtendría una prelación superior (quedando incluso por delante de los acreedores que hubieran inscrito antes un derecho de garantía; véase A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.7, párr. 20). Se observó que en otros países se seguía un criterio diferente. Si una operación de reserva o transferencia de dominio cumplía fines de garantía, el bien pertinente formaba parte de la masa de la insolvencia y el comprador, como propietario, podía otorgar una garantía real de menor rango. En situaciones en que hubiera una operación puramente de reserva o transferencia de dominio, el bien pertinente se separaría de la masa de la insolvencia (en procedimientos de liquidación). Se afirmó también que, desde un punto de vista legislativo, sería preferible convertir las operaciones de reserva o transferencia de dominio en operaciones garantizadas, ya que, con ese enfoque, se fomentarían los derechos del comprador (que sería tratado como propietario) y al mismo tiempo se podrían proteger mejor los derechos de los vendedores con un grado superior de prelación. A este respecto, se señaló que el debate sobre los derechos del comprador también guardaba relación con una cuestión tratada en un contexto diferente, a saber, la de si era necesario que el otorgante de una garantía real tuviera la titularidad o si podía tener un derecho real de menor rango (véase A/CN.9/WG.VI/CRP.1/Add.4, párr. 12). En vista de la importancia de la cuestión, se sugirió que el debate al respecto figurara en el capítulo III, relativo a los enfoques básicos de la garantía.

C. Garantías reales consensuales y no consensuales

74. En respuesta a una pregunta, se observó que si bien la guía se centraba en las garantías reales constituidas mediante acuerdo (garantías reales consensuales), tenía la finalidad de englobar todos los posibles conflictos de prelación, incluidos los conflictos entre derechos consensuales y derechos de origen legal (derechos no consensuales). Se observó que en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional se había seguido el mismo criterio. Por consiguiente, se señaló la necesidad de ajustar la definición de “garantía real” a dicho criterio, también acordado en el Coloquio Internacional CNUDMI-CFA sobre las Operaciones Garantizadas (véase A/CN.9/WG.VI/WP.3, párr. 8). En respuesta a otra pregunta, se señaló que el concepto de “no consensual” tenía por objeto abarcar también las reclamaciones preferentes anteriores. A este respecto, se dijo que las reclamaciones anteriores deberían ser limitadas y transparentes.

75. Se expresaron opiniones divergentes sobre si la inscripción de una notificación de una resolución judicial en favor del acreedor confería a éste un derecho equivalente a una garantía real (véase también A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.7, párrs. 33 a 37). Por una parte, se estimó que este enfoque alentaría las demandas judiciales o que incluso haría que los acreedores no garantizados recurrieran en masa a los tribunales, con lo cual podría agotarse el patrimonio del deudor en detrimento de los acreedores no garantizados. Por otra parte, se opinó que si se utilizaba el sistema de inscripción registral para el cobro de reclamaciones confirmadas por vía judicial, se reduciría el número de demandas encaminadas a obtener la ejecución de resoluciones judiciales, puesto que, una vez hecha pública la decisión judicial, el deudor pagaría para anular la inscripción y poder así vender o gravar sus bienes.

D. Registro único y registros múltiples

76. Se estimó que el concepto de registro único equivalía a una única base de datos, pero no impedía que hubiera múltiples puntos en los que se pudiera registrar información en la base de datos. Se opinó también que el proyecto de guía debería poner de relieve que algunos países con tradición de derecho romano tenían una larga experiencia con los registros especiales de bienes que se concentraban más en la publicidad que en el fraude consistente en inscribir fechas anteriores a las reales. Además, se observó que la descentralización existente en Estados federales reflejaba a menudo la estructura federal del Estado y que podía evitarse si el Estado central llegaba a un entendimiento con los Estados federados.

E. La notificación y la inscripción registral de documentos

77. Si bien se apoyó el concepto de inscripción de notificaciones, se expresaron algunas reservas. Concretamente, se argumentó que las notificaciones tal vez no proporcionarían información suficiente a los terceros, que tal vez tendrían que buscar la información necesaria fuera del registro, lo cual les supondría una carga y podrían verse inducidos a error. También se objetó que la inscripción de notificaciones obligaba al acreedor garantizado a resumir el acuerdo de garantía en la notificación y en este proceso solían producirse errores. Se observó que en la inscripción registral de documentos no se plantearían estos problemas. Frente a este argumento se señaló que la inscripción registral de documentos planteaba otros problemas,

como los de costos, confidencialidad y errores, inconvenientes de que no adolecían los sistemas de inscripción de notificaciones.

F. Momento de la inscripción registral

78. Se sugirió que la cuestión del momento de la inscripción registral en el caso de la insolvencia se tratara en los capítulos V, VII o X. También se sugirió que se examinara la cuestión de la inscripción posterior a la operación conforme a la cual la prelación se basara en el momento de celebración de la operación y no en el de la inscripción (véanse las excepciones a la prelación en función del orden de inscripción; véase A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.7, párr. 20).

G. Contenido de la notificación

79. Se sostuvo que en la notificación que se inscribiera en el registro debería indicarse asimismo la ubicación de los bienes. Sobre esta sugerencia hubo discrepancias. Se argumentó que, al tratarse de bienes muebles, sería muy difícil inmovilizarlos en el lugar especificado en la notificación. También se observó que debería corresponder a las partes regular esta cuestión en el acuerdo de garantía (A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.8). A la pregunta de si el otorgante debía autorizar o incluso firmar la notificación se respondió que esa cuestión se abordaba en el capítulo VI (A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.6, párrs. 15 a 17).

H. Coordinación entre registros generales de gravámenes y registros específicos de titularidad de bienes

80. Se observó que no todos los registros de vehículos motorizados eran registros de titularidad. También se señaló que no había ningún tipo de coordinación entre los registros con criterios de uniformidad. Podían existir distintos registros que se coordinaran o sistemas con registros unificados, según las circunstancias de cada país.

I. Inscripción registral y ejecución

81. Se opinó que habría que hacer una distinción entre la inscripción registral de notificaciones de ejecución y la inscripción registral de notificaciones de garantías reales. A este respecto se sugirió remitirse a la Ley Modelo de la OEA. También se sugirió que se tratara el problema de las consecuencias que pudiera tener el hecho de no proceder a la inscripción en caso de ejecución o de procedimientos de insolvencia, una cuestión que sería útil ampliar también en los capítulos VII (A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.7, párrs. 43 a 45) y X (A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.10, párr. 24).

J. La desposesión del deudor como alternativa a la inscripción registral

82. Se expresaron dudas acerca de si la desposesión del deudor eliminaba o no el problema de la apariencia de falsa riqueza y acerca de si se mermaba la autoridad del registro cuando, en el supuesto en que un acreedor con una garantía real posesoria renunciara a la posesión y registrara su garantía, la ley permitiera que la fecha efectiva de la garantía se asimilara a la fecha de la posesión inicial.

K. Notificación o control de terceros

83. Se señaló que, en el caso de una pignoración de créditos, en algunos ordenamientos jurídicos la notificación se consideraba equivalente a la posesión. No obstante, se opinó que convendría centrar el debate de modo que se tuviera presente que la notificación no obligaba necesariamente al deudor de una cuenta a pagar el crédito por cobrar. A este respecto, se observó que esa obligación dependía del contrato del que nacía el crédito y, en particular, de si el deudor podía oponer excepciones o derechos de compensación. También se dijo que dependía de las instrucciones de pago dadas al deudor.

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

84. Se dijo que se habrían de examinar en más detalle los efectos de la publicidad en el supuesto de una garantía real constituida sobre bienes inmateriales.

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

85. Se observó que los conceptos de validez frente a terceros y de prelación eran dos nociones distintas que convendría explicar en más detalle.

N. Resumen y recomendaciones

86. El Grupo de Trabajo confirmó la universalidad del principio de publicidad, que puede verse reflejada en la primera oración del párrafo 69 (A/CN.9/WG.VI/ WP.2/Add.5), y decidió suprimir la segunda oración de dicho párrafo.

87. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que revisara el capítulo V teniendo en cuenta de los pareceres expresados y las sugerencias formuladas.

Capítulo X. Insolvencia

88. El Grupo de Trabajo convino en la necesidad de velar, en colaboración con el Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia), por que las cuestiones relativas al régimen aplicable a las garantías reales, en el marco de un procedimiento de insolvencia, sean tratadas en consonancia con las conclusiones del Grupo de Trabajo V sobre el solapamiento de la labor de dicho Grupo de Trabajo con la del Grupo de Trabajo VI (véase A/CN.9/511, párrs. 126 y 127).

89. Entre las diversas sugerencias formuladas, cabe citar las siguientes: referirse a la preservación del valor de liquidación o de realización del bien gravado, en vez de a la ejecutoriedad, como objetivo común del régimen del crédito financiero garantizado y del régimen de la insolvencia; dejar la paralización de las actuaciones al arbitrio del tribunal competente; amparar el valor de la garantía real; considerar la posibilidad de que, a reserva de los principios de orden público del foro competente en lo relativo a la precedencia de los créditos privilegiados y a la impugnabilidad de toda operación fraudulenta o de índole preferente, sean tenidas por aplicables en el marco de un procedimiento de insolvencia las mismas reglas de conflictos de leyes que hubieran sido aplicables al margen de la insolvencia; examinar la posibilidad de

que, si en un procedimiento de liquidación el bien o los bienes gravados no se venden en un plazo razonable, el tribunal pueda hacer entrega de ese bien al acreedor garantizado, con tal de que exista algún indicio razonable de que el acreedor garantizado podrá vender ese bien más fácilmente y a mejor precio; reconocer la posibilidad de que se haga valer un crédito privilegiado frente a un bien gravado, pero recomendar que esos créditos sean transparentes, poco frecuentes y de importe limitado; ampliar, en el proyecto de guía, todo lo relativo a la financiación obtenida por la empresa deudora con posterioridad a la apertura del procedimiento y al régimen aplicable a las garantías reales en un procedimiento de reorganización.

90. Esas sugerencias fueron apoyadas por el Grupo de Trabajo. Se convino en señalarlas al Grupo de Trabajo V a fin de examinarlas conjuntamente.

IV. Labor futura

91. El Grupo de Trabajo tomó nota de que su segundo período de sesiones se celebrará en Viena los días 16 a 20 de diciembre de 2002, y que su tercer período de sesiones se celebrará en Nueva York, los días 3 a 7 de marzo de 2003. Se observó que esas fechas estaban sujetas a la aprobación de la Comisión en su 35º período de sesiones, que se celebrará próximamente en Nueva York del 17 al 28 de junio de 2002.
