



Asamblea General

Distr. limitada
16 de octubre de 2002*
Español
Original: inglés

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales)
Segundo período de sesiones
Viena, 17 a 20 de diciembre de 2002

Garantías reales

Proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas

Informe del Secretario General

Adición

Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
Proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas	1-54	1
III. Prácticas básicas en materia de garantías reales	1-54	2
A. Observaciones generales	1-47	2
1. Introducción	1-2	2
2. Instrumentos habitualmente designados por el término de garantía	3-28	2
a. Garantías reales sobre bienes muebles corporales	3-23	2
b. Garantías reales constituidas sobre bienes muebles inmateriales	24-28	7
3. Recurso a la titularidad para fines de garantía	29-42	9
a. Transferencia de la titularidad al acreedor	30-33	9
b. Retención de la propiedad por el acreedor	34-42	11
4. Garantía global uniforme	43-47	13
B. Resumen y recomendaciones	48-54	14

* Este documento se presenta dos semanas más tarde del plazo establecido de diez semanas previo al comienzo del período de sesiones debido a la fecha en que han concluido las consultas celebradas.



III. Prácticas básicas en materia de garantías reales

A. Observaciones generales

1. Introducción

1. A lo largo del tiempo se han ido introduciendo prácticas muy diversas en los diversos países para garantizar los créditos de un acreedor (habitualmente para su cobro monetario) frente a su deudor. En el presente capítulo se describen con amplitud los principales mecanismos concebidos para que el acreedor disponga de medios eficaces de garantía, las ventajas e inconvenientes que entraña cada mecanismo para las partes inmediatamente afectadas, o sea, el acreedor y el deudor, y para los terceros, así como las cuestiones de fondo que ha de tener presentes el legislador.

2. A grandes rasgos, cabe distinguir tres grandes categorías de instrumentos que se utilizan para fines de garantía. En primer lugar, los instrumentos concebidos para este fin y directamente designados por el término de garantía (véase la sección A.2); en segundo lugar, el recurso a la titularidad (propiedad) para fines de garantía, combinado con diversos tipos de arreglos contractuales (véase la sección A.3); y, en tercer lugar, el recurso a una única modalidad de garantía global uniforme (véase la sección A.4).

2. Instrumentos habitualmente designados por el término de garantía

a. Garantías reales sobre bienes muebles corporales

3. Tradicionalmente, la mayoría de los países distinguen entre los derechos reales de garantía sobre bienes muebles corporales (“bienes corporales”; véase la sección A.2.a) y los derechos reales de garantía sobre bienes muebles inmateriales (“bienes inmateriales”; véase la sección A.2.b). De hecho, el carácter corporal de un bien se presta a constituir sobre él formas de garantía no aplicables a los bienes inmateriales (véanse los párrafos 8, 25 y 26).

4. En la categoría de las garantías reales sobre bienes corporales, la mayoría de los países hacen una distinción basada en el hecho de que se entregue la posesión de los bienes gravados al acreedor (o a un tercero) o en el hecho de que el deudor (o un tercero) que otorgue la garantía retenga la posesión de dichos bienes. En el primer supuesto se trata de una garantía real con desplazamiento y en el segundo, de una garantía real sin desplazamiento (véase la sección A.2.a.ii).

i. Garantía con desplazamiento

a) Prenda

5. La forma más común (y más antigua) de garantía con desplazamiento o entrega de la posesión, constituida sobre un bien corporal, es la prenda. La prenda requiere para su validez que el deudor (toda referencia al “deudor” será aplicable al “otorgante” cuando un tercero dé un bien en garantía a favor del deudor) renuncie a

la posesión del bien corporal gravado y que lo entregue al acreedor garantizado o a un tercero designado por ambas partes (por ejemplo, un almacén). El verdadero tenedor de la garantía puede ser también un representante o fideicomisario que actúe en nombre del acreedor o de un consorcio de acreedores o al menos por cuenta del tal acreedor o de tal consorcio de acreedores. Esa desposesión del deudor habrá de efectuarse al constituirse la garantía y deberá prolongarse mientras dure esa garantía; la devolución del bien gravado al deudor será normalmente causa de extinción de la prenda.

6. Esa desposesión no implica necesariamente el traslado de los bienes gravados a otro lugar; lo importante es que el deudor pierda de algún modo el acceso a dichos bienes. Eso se consigue, por ejemplo, entregando al acreedor garantizado la llave del local donde se almacenen los bienes gravados, siempre y cuando el deudor se vea privado así de todo acceso a dichos bienes sin autorización previa.

7. Esa desposesión del deudor puede asimismo efectuarse entregando los bienes gravados a un tercero o constituyendo en garantía bienes que ya obren en manos de un tercero. Cabe citar como ejemplo las mercancías o las materias primas ya depositadas en el almacén de un tercero. Como ejemplo de un arreglo institucional (más costoso) cabe citar el de una empresa “depositaria” independiente que custodie los bienes pignorados por cuenta del acreedor garantizado. La validez de este arreglo depende de que el deudor no tenga acceso, sin autorización previa, a los locales donde estén depositados los bienes pignorados. Además, los empleados de la empresa depositaria no podrán serlo a la vez del deudor (si por razón de su pericia, se han seleccionado de entre los empleados del propio deudor, será preciso cortar toda relación laboral que tuvieran con el mismo).

8. Tratándose de bienes de cierta índole, tales como títulos y documentos (sean o no negociables), que prevean algún derecho sobre bienes corporales (por ejemplo, conocimientos de embarque o recibos de almacén) o bienes inmateriales (por ejemplo, títulos negociables, bonos o títulos bursátiles), la desposesión se efectuará transfiriendo esos títulos o documentos al acreedor garantizado. Ahora bien, en supuestos de esta índole puede ser difícil trazar la línea divisoria entre las garantías con o sin desplazamiento.

9. A resultas de la desposesión del deudor, la prenda con desplazamiento proporciona al acreedor garantizado tres importantes ventajas. En primer lugar, el deudor no podrá disponer de los bienes pignorados sin el consentimiento del acreedor garantizado. En segundo lugar, el acreedor no corre el riesgo de que el valor de los bienes gravados se vea mermado por negligencia o descuido de mantenimiento por parte del deudor. En tercer lugar, si la ejecución de la prenda es necesaria, el acreedor garantizado no perderá tiempo ni habrá de efectuar gasto alguno para reclamar la entrega por el deudor del bien gravado, ni correrá el riesgo de que ese bien no le sea entregado.

10. La prenda con desplazamiento reporta también ventajas a los terceros, en particular a los otros acreedores del deudor. La desposesión del deudor evita el riesgo de dar una falsa impresión de riqueza y minimiza también el riesgo de fraude.

11. Por otra parte, la prenda con desplazamiento tiene también notables inconvenientes para el deudor. El mayor inconveniente es que la desposesión priva al deudor de la utilización y disfrute de los bienes gravados. Esa desposesión puede ser particularmente gravosa en supuestos en los que la posesión del bien gravado sea

indispensable para generar los ingresos con los que el deudor comercial cuente para reembolsar el préstamo (como sucedería, por ejemplo, con las materias primas, los bienes semiacabados, el equipo y las existencias eventualmente gravados).

12. Para el acreedor garantizado, la prenda con desplazamiento tiene el inconveniente de que lo obliga a almacenar, custodiar y mantener los bienes gravados, salvo que esta tarea sea asignada a un tercero. En todo supuesto en el que el acreedor garantizado no desee o no pueda asumir estas tareas, el encomendarlas a un tercero supondrá gastos adicionales que directa o indirectamente recaerán sobre el deudor. Otra desventaja eventual es la responsabilidad en la que podría incurrir un acreedor garantizado en posesión de bienes gravados (por ejemplo, un prestamista que sea tenedor de un conocimiento de embarque o de un certificado de depósito de mercancías) que ocasionen daños. Esto sería particularmente grave si esos daños son ambientales, ya que las consecuencias monetarias (indemnizaciones y descontaminación) suelen exceder notablemente del valor de los bienes gravados y el escándalo ecológico podría dañar la reputación o el buen nombre del prestamista. En el derecho interno, no suele estar regulada la responsabilidad ambiental del acreedor garantizado que esté en posesión de los bienes. Algunos ordenamientos eximen por completo a los acreedores garantizados de tal responsabilidad. Otros limitan esa responsabilidad en determinadas circunstancias. Cuando no se exime al prestamista de esa responsabilidad o ésta no se limita, el prestamista considerará demasiado arriesgado otorgar crédito o exigirá, por lo menos, algún tipo de seguro que, de ser posible contratarlo, encarecerá considerablemente el costo de la operación para el deudor.

[Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee circunscribir la responsabilidad en que podrá incurrir el acreedor garantizado y establecer salvaguardias que amparen al acreedor cuando los bienes pignorados pasen a manos de éste en respaldo de su garantía real, independientemente de que se trate de una prenda con desplazamiento o de la ejecución de una garantía real no posesoria.]

13. Ahora bien, cuando las partes pueden soslayar las desventajas descritas anteriormente (véanse los párrafos 11 y 12), la prenda con desplazamiento puede serles útil. Cabe citar dos grandes tipos de aplicación. En primer lugar, cuando los bienes gravados se encuentran ya o pueden pasar fácilmente a manos de un tercero, como pudiera ser una entidad comercial que custodia bienes ajenos. El segundo supuesto es el de aquellos títulos o documentos que incorporan la titularidad sobre un bien corporal o inmaterial, que pueden pasar fácilmente a manos del propio acreedor garantizado.

b) Derecho de retención de la posesión

14. En el presente documento no se abordan los derechos legales de retención puesto que, salvo algunas excepciones, esos derechos no entran en el ámbito de la Guía (véase A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1, párr. 8). Un derecho de retención que nazca de un contrato permite que una parte se abstenga de cumplir su propia prestación por incumplimiento de la otra y, concretamente, retenga algún bien que, con arreglo a lo estipulado en el contrato, la parte que ejercita su derecho de retención esté obligada a entregar a la parte que ha incumplido su obligación. Por ejemplo, un banco no necesita devolver los valores en custodia de un cliente ni

permitir a éste retirar fondos de su cuenta, si el cliente, que haya concedido al banco un derecho de retención, incumple su obligación de reembolsar un crédito. Cuando tal derecho de retención está respaldado por la facultad de proceder a la venta del bien retenido, en algunos ordenamientos este derecho reforzado está conceptuado como una prenda, aun cuando se haya seguido un método distinto del de la prenda para constituirlo (véanse los párrafos 5 a 8). Cabe igualmente conceptuar ese derecho de retención reforzado como un derecho dotado de ciertos efectos análogos a los de la prenda. La consecuencia más importante de equiparar tal derecho contractual de retención a una prenda es que el acreedor que retenga la posesión gozará de prelación respecto de los bienes retenidos, salvo que éstos se hayan gravado anteriormente con una garantía real eficaz sin desplazamiento.

ii. Garantía sin desplazamiento

15. Como se señaló anteriormente (véase el párrafo 11), la prenda con desplazamiento constituida sobre bienes requeridos para el proceso de fabricación o destinados a la venta (tales como bienes de equipo, materias primas, artículos semiacabados y existencias) es económicamente inviable. Estos bienes o artículos son necesarios para la marcha del negocio de todo deudor comercial, por lo que si se le priva de acceso a esos bienes o del derecho de disposición de dichos bienes, el deudor no podrá obtener los ingresos requeridos para reembolsar el préstamo que haya contraído. Este problema puede ser particularmente grave para el creciente número de deudores comerciales que carecen de inmuebles susceptibles de ser constituidos en garantía.

16. Para resolver este problema, la legislación de algunos países ha ido introduciendo, particularmente durante los últimos 50 años, la posibilidad de constituir garantías sobre bienes muebles fuera del marco restrictivo de la prenda con desplazamiento. Mientras que algunos países han introducido un nuevo derecho real que abarca diversos mecanismos de constitución de garantías, la mayoría, inspirándose en la tradición del siglo XIX pero eludiendo una tendencia anterior de carácter más liberal, han insistido en mantener el régimen de la prenda como única modalidad legítima de constituir un bien mueble en garantía. En el *common law* inglés el denominado “*charge*” (gravamen) fue durante cierto tiempo la única garantía real sin desplazamiento. A lo largo del siglo XX, el legislador y los tribunales han reconocido la necesidad económica de constituir garantías sobre bienes muebles que no requieran el desplazamiento o entrega de la posesión, además de prever la constitución de prendas con desplazamiento.

17. Cada país ha intentado solucionar esta dificultad conforme a sus necesidades y peculiaridades locales y al marco general de su ordenamiento jurídico, lo que ha dado lugar a una gran diversidad de soluciones. Un claro reflejo de la diversidad existente es la multitud de denominaciones empleadas, incluso en el interior de un solo país, tales como: desposesión “ficticia”; prenda sin desplazamiento; prenda inscrita en un registro; *nantissement* (prenda de inmuebles); certificado de prenda; *hypothec*; “privilegio contractual”; certificado de venta; *chattel mortgage* (hipoteca mobiliaria del *common law*); y *trust* (derecho real fiduciario, propio del *common law*). De mayor importancia es el limitado ámbito de aplicación de esas soluciones. Tan sólo algunos países han promulgado leyes generales sobre la garantía real sin desplazamiento (véase un enfoque más global en la sección A.4). Algunos países disponen de dos regímenes legales, uno aplicable a las garantías utilizadas en la

financiación industrial o artesanal y otro aplicable a las garantías utilizadas en la financiación de empresas pesqueras y agrícolas. Ahora bien, en la mayoría de los países existe una legislación especializada aplicable a pequeños sectores, como la adquisición de automóviles o de maquinaria, o la producción cinematográfica.

18. En algunos países se observa incluso cierta renuencia a permitir la constitución de garantías reales sobre las existencias inventariadas de una empresa. Se alega a este respecto cierta incompatibilidad entre la garantía real del acreedor y el derecho del deudor a vender sus existencias, que son indispensables para convertirlas en el efectivo que le permitirá reembolsar un préstamo garantizado. Otra objeción es que la enajenación de esas existencias puede dar lugar a conflictos muy complejos entre diversos cesionarios o entre diversos acreedores garantizados. Otro inconveniente posible consistiría en la decisión legal eventual de reservar esas existencias para satisfacer los créditos de los acreedores del deudor que no gocen del respaldo de una garantía real (véase A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.5, párr. 26, nota).

19. Por muy diverso que sea el régimen legal de la garantía real sin desplazamiento, ese régimen acostumbra a exigir cierta forma de publicidad para la garantía así otorgada. La finalidad de esa publicidad es contrarrestar la falsa impresión de riqueza imputable al hecho de que los bienes gravados sigan obrando en manos del deudor (véase un examen detenido de esta cuestión en el documento A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.4, párrs. ...). Se argumenta a menudo que en una economía moderna en la que predomina el crédito, las partes supondrán que los bienes pueden haberse dado en garantía o que puede haberse retenido la titularidad de esos bienes. No obstante, toda suposición de esa índole tenderá a encarecer el costo del crédito, aun cuando la titularidad corresponda al propietario y los bienes no estén gravados (riesgo que podrá evitarse en parte sólo a costa de una investigación exhaustiva y onerosa). Además, tales suposiciones no bastan para amparar suficientemente los derechos del acreedor garantizado o de terceros, habida cuenta de que se desconoce el nombre del propietario y del acreedor garantizado anterior, o la cuantía adeudada, o la información sobre los bienes pignoralos. Igualmente, un sistema fundado en suposiciones generales carece de una base objetiva que permita establecer un régimen que determine el orden de prelación de las garantías reales sobre los mismos bienes, lo que podría impedir que el deudor utilizara el valor total de sus bienes para obtener crédito.

20. Parece ser necesario colmar la brecha entre la demanda de garantías reales sin desplazamiento y el acceso a menudo limitado a estas formas de garantía que prevé la legislación en vigor. La finalidad primordial de toda reforma jurídica en materia de operaciones garantizadas es la de sugerir posibles mejoras en el campo de las garantías reales sin desplazamiento y en la cuestión conexas de las garantías reales constituidas sobre bienes inmateriales (véase la sección A.2.b).

21. Si bien algunos regímenes modernos han mostrado que las dificultades son superables, la experiencia indica que el régimen moderno de la garantía real sin desplazamiento o entrega de la posesión es más complejo que el de la prenda tradicional con desplazamiento. Ello se debe en buena parte a las siguientes cuatro características básicas de la garantía real sin desplazamiento. En primer lugar, puesto que el deudor retiene la posesión de la cosa, conserva la facultad de disponer de ella o de crear una garantía real concurrente sobre la cosa o el bien gravado, incluso en contra de la voluntad del acreedor que goza de una garantía real sobre dicha cosa o bien. Ello obliga a introducir ciertas reglas relativas a los efectos de

dichos actos de disposición y al orden de prelación de los derechos así creados (véase el tema de la prelación en A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.7). En segundo lugar, el acreedor garantizado deberá cerciorarse de que el deudor en posesión de la cosa gravada la custodia con la diligencia debida y preserva su valor comercial. El acreedor garantizado deberá por ello estipular estas obligaciones del deudor en el acuerdo de garantía con él concertado (véase un análisis de los derechos y obligaciones de las partes previas al incumplimiento en A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.8). En tercer lugar, si debe procederse a la ejecución de la garantía, el acreedor garantizado preferirá a menudo hacerse con la posesión de los bienes gravados. Ahora bien, si el deudor no está dispuesto a desprenderse de esos bienes, es probable que el acreedor haya de presentar una demanda ante los tribunales, para lo que tal vez convenga prever alguna acción o vía procesal agilizada (véase un análisis de las cuestiones de incumplimiento y ejecución en A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.9). En cuarto lugar, tal vez haya que contrarrestar mediante distintas formas de publicidad la falsa impresión de riqueza imputable al hecho de que se hayan constituido garantías reales “secretas” sobre bienes que siguen obrando en poder del deudor (véase un análisis de las cuestiones de publicidad en A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.4).

22. Teniendo presente que en general se reconoce la necesidad económica de que sea posible constituir garantías reales sin desplazamiento y las diferencias básicas mencionadas anteriormente entre las garantías reales con desplazamiento y sin desplazamiento (véase el párrafo 21), muchos países tendrán que promulgar leyes en la materia. La nueva legislación habrá de ser uniforme, global y coherente a fin de satisfacer esa necesidad económica y generar certidumbre jurídica. Toda legislación en que se incorporen las garantías reales sin desplazamiento al régimen tradicional que regula la prenda con desplazamiento y se las conceptúe como excepciones restrictivas y divergentes de la prenda, como sucede en algunos países, no cumplirá ese requisito y habrá que revisarla.

23. Dada la existencia de modelos legales anteriores (véanse los párrafos 16 a 19), el legislador tal vez se encuentre ante tres opciones. La primera consistiría introducir un régimen legal uniforme para las garantías con y sin desplazamiento de la posesión (véase la sección A.4). Es el criterio acertado que prevé la Ley Modelo Interamericana de Garantías Mobiliarias, aprobada en febrero de 2002. Otra opción sería la de introducir un nuevo régimen legal uniforme para la garantía real sin desplazamiento, dejando el régimen de la garantía real con desplazamiento al arbitrio del derecho interno aplicable. La tercera opción sería la de introducir un régimen legal especial que permitiera recurrir a la garantía real sin desplazamiento para la financiación de empresas deudoras en determinadas ramas del comercio o de la industria. La tendencia dominante entre los regímenes más modernos, tanto a nivel interno como internacional, es la de uniformar el régimen aplicable al menos en lo relativo a la garantía real sin desplazamiento. La adopción de un criterio selectivo podría ser fuente de lagunas, incoherencias o falta de transparencia en este campo, y podría dar lugar a quejas provenientes de todo sector industrial que se viera excluido.

b. Garantías reales constituidas sobre bienes muebles inmateriales

24. Entre los bienes inmateriales figuran una amplia gama de derechos (por ejemplo, el derecho al cobro de una suma o al cumplimiento de alguna otra obligación contractual, tales como la entrega de petróleo en el marco de un contrato

de suministro industrial). Cabe citar ciertas categorías relativamente nuevas de bienes inmateriales (por ejemplo, los valores bursátiles no certificados que obren en poder de algún intermediario) y los derechos de propiedad intelectual (por ejemplo, patentes, marcas comerciales y derechos de autor). En vista de la enorme importancia económica adquirida por los bienes inmateriales durante los últimos años, está creciendo la demanda para la utilización de estos bienes como sustrato o soporte económico válido para la constitución de una garantía real. Habida cuenta de que en las operaciones de financiación de la compra de equipo industrial o de existencias comerciales la garantía se constituye a menudo sobre bienes inmateriales, como los créditos por cobrar o los derechos de propiedad intelectual, el principal valor de la garantía reside con frecuencia en esos bienes inmateriales. Éstos pueden consistir, además, en el producto generado por las existencias o el equipo. No obstante, en la presente Guía no se tratan los valores bursátiles, puesto que plantean un conjunto de problemas que exigen tratamiento especial y que se analizan en textos que están elaborando el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) y la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. La presente Guía tampoco tratará de las garantías reales constituidas sobre derechos de propiedad intelectual debido a su carácter complejo y especializado. Sin embargo, en la Guía se examinan las garantías reales constituidas sobre créditos por cobrar, o sea, el derecho a reclamar el pago de dinero y el cumplimiento de obligaciones contractuales no monetarias, así como las garantías reales constituidas sobre otras categorías de bienes inmateriales, como el producto generado por bienes corporales o por créditos por cobrar.

25. Por definición, un bien inmaterial no se presta a ser poseído (físicamente). No obstante, el derecho interno de la mayoría de los llamados países de derecho civil o “romano” ha previsto la constitución de una prenda posesoria (véanse los párrafos 5 a 13) al menos sobre ciertos créditos monetarios. El derecho interno de estos países se ha esforzado por crear requisitos similares a una desposesión exigiendo al deudor que transfiera al acreedor todo escrito o documento vinculado al crédito constituido en prenda (como sería el contrato que haya dado lugar a su nacimiento). Ahora bien, esa transferencia no bastará para constituir la prenda. Lo habitual es que en muchos países la “desposesión” del deudor sea (artificialmente) sustituida por el requisito de la entrega de una notificación de la prenda constituida al deudor del crédito constituido en prenda.

26. En algunos países, se han desarrollado técnicas que surten efectos comparables a los de la entrega en posesión de un bien corporal. La técnica más radical es la de la transferencia plena del derecho gravado (o de la porción gravada de ese derecho) al acreedor garantizado. Ahora bien, esta técnica va más allá del efecto propio de la constitución de una garantía real, al ser equiparable a una transferencia de la propiedad (véase la sección A.3.a). Conforme a una técnica de alcance más restringido, la titularidad del derecho gravado no se verá en sí afectada, pero será inválido todo acto de disposición del deudor efectuado sin autorización del acreedor garantizado. Cabe utilizar esta técnica cuando el poder de disposición sobre el bien gravado obre en manos de una persona distinta de la obligada a cumplir la prestación sobre la que se haya constituido la garantía real del acreedor garantizado (es decir, obre en manos del tercero deudor). En el supuesto de una cuenta bancaria, si el deudor consiente, en su calidad de titular de la cuenta, en que su cuenta sea bloqueada como salvaguarda de la garantía del acreedor garantizado, éste dispondrá sobre la cuenta de un poder equivalente al que le daría la posesión de un bien

mueble corporal. Y ese poder será aún más real si el acreedor garantizado es el propio banco en donde figura esa cuenta.

27. En terminología moderna, esas técnicas de obtener la “posesión” de bienes inmateriales se denominan correctamente técnicas de “control”. Ese control puede, no obstante, ser de diversos grados. En algunos casos, el control será absoluto impidiendo todo acto de disposición del deudor. En otros casos, el deudor podrá efectuar ciertos actos de disposición o podrá disponer de sumas que no excedan del tope máximo fijado, siempre y cuando el acreedor garantizado tenga acceso a la cuenta. Ese control puede ser un requisito para la validez (véase A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.3, párr. ...) o la prelación (véase A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.7, párr. 12) de la garantía real.

28. Al procurarse crear un régimen global de las garantías reales sin desplazamiento constituidas sobre bienes corporales (véase la sección A.2.a.) se suele integrar en el mismo régimen, especialmente en el que regula los créditos por cobrar, las garantías reales constituidas sobre las categorías más importantes de bienes inmateriales. Ese criterio es lógico, puesto que la venta de existencias inventariadas se traduce por lo general en créditos por cobrar y a menudo conviene que la garantía real que se constituye sobre las existencias abarque también el producto generado por ellas. El sistema de publicidad previsto en los regímenes de garantías reales sobre bienes corporales (véase una descripción detallada al respecto en A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.4) puede cumplir también la misma función positiva en el caso de las garantías reales constituidas sobre bienes inmateriales, como los créditos por cobrar. A ello puede sumarse la posible ventaja de obviar el envío de una notificación al deudor de los créditos por cobrar, que tal vez no sea posible en ciertas operaciones garantizadas que entrañen una masa de bienes no delimitada. Aun cuando sea factible el envío de tal notificación, en algunos ordenamientos se justificará no cursarla por diversos motivos (gastos, confidencialidad).

3. Recurso a la titularidad para fines de garantía

29. Además de las técnicas propias de la garantía real (véase la sección A.2), la práctica comercial y en ocasiones la ley han recurrido en muchos países a una técnica alternativa para la constitución de una garantía real sin desplazamiento sobre bienes tanto corporales como inmateriales, a saber, la titularidad (o propiedad) del bien como forma de garantía (*propriété sûreté*). La propiedad puede constituirse en una forma de garantía ya sea mediante su transferencia al acreedor (véase la sección A.3.a) o mediante su retención por el acreedor (véase la sección A.3.b). Tanto la transferencia como la retención de la propiedad o titularidad facultan al acreedor para obtener una forma de garantía real no posesoria o sin desplazamiento de la cosa (véase en el párrafo 15 lo relativo a la necesidad económica, y la razón de ser, de la garantía real sin desplazamiento).

a. Transferencia de la titularidad al acreedor

30. Los tribunales y ordenamientos de algunos países disponen la transferencia de la titularidad de los bienes al acreedor garantizado cuando no existe un régimen de las garantías reales sin desplazamiento o para colmar lagunas y salvar ciertos impedimentos.

31. La transferencia como garantía de la titularidad resulta atractiva en algunos ordenamientos internos por dos razones. En primer lugar, los requisitos formales y sustantivos para la transferencia a otra persona de la titularidad de bienes corporales o inmateriales son a menudo menos estrictos que los requisitos exigidos para la constitución de una garantía real. En segundo lugar, en un supuesto de ejecución de la garantía o de insolvencia del deudor, el acreedor se encontrará a menudo en mejor situación si es titular de un derecho de propiedad que si es titular de un derecho real de rango secundario, en particular cuando, aunque obren en manos del deudor, los bienes del propietario no formen parte de la masa de la insolvencia, en tanto que, cuando estén gravados por una mera garantía real a favor del acreedor, los bienes del deudor sí integran dicha masa. Conforme al derecho interno de otros países, la propiedad como forma de garantía no ofrece ninguna ventaja respecto de las garantías reales en lo relativo a los requisitos exigidos para su constitución como garantía o para su ejecución eventual.

32. La transferencia de la propiedad a título de garantía está permitida por ley en algunos países y está reconocida por la práctica jurisprudencial en otros. En muchos otros países, especialmente en los países denominados de derecho civil, la transferencia de la propiedad como forma de garantía está considerada como una forma de eludir el régimen normal de las garantías reales, por lo que se tiene por nula. En otros países se permite la transferencia de la propiedad a título de garantía pero se reduce el efecto jurídico de esa transferencia al de una garantía real ordinaria, especialmente en supuestos en los que ese derecho haya de competir con el derecho de otros acreedores del deudor.

33. El legislador se encontrará ante dos opciones. La primera sería la de admitir la transferencia de la propiedad para fines de garantía con los requisitos (habitualmente) menores y con los efectos superiores propios de una transferencia de la propiedad, con lo que se soslayarían ciertos inconvenientes del régimen general de las garantías reales. La otra opción sería la de permitir la transferencia de la propiedad para fines de garantía, pero limitando sus requisitos o sus efectos, o ambos a la vez, a los de una mera garantía real. La primera opción fortalecerá la posición del acreedor garantizado (aunque a riesgo de que aumente su responsabilidad; véase el párrafo 12), al tiempo que debilitará la posición del deudor y de los demás acreedores del deudor. Esta solución puede estar justificada en países que no dispongan de un régimen moderno de garantías reales respaldadas por bienes que sigan obrando en manos del deudor. Conforme a la segunda opción, cabe conseguir una reducción graduada de las ventajas reportadas al acreedor garantizado y de las desventajas correlativas de las restantes partes, especialmente si los requisitos de la transferencia de la titularidad o sus efectos, o unos y otros, son definidos en función de lo requerido por una garantía real. Toda variante de esta última solución estaría asimismo justificada, si con ella se contrarrestan ciertas deficiencias del régimen general de la garantía sin desplazamiento. Sin embargo, no es necesario en líneas generales permitir la transferencia de la propiedad a título de garantía en países que dispongan de un régimen global, moderno y viable de las garantías reales sin desplazamiento. Además, en el régimen global uniforme de las garantías reales (véase la sección G) se integran las transferencias de titularidad al ser consideradas garantías reales.

b. Retención de la propiedad por el acreedor

34. El segundo mecanismo de utilización de la titularidad del bien como forma de garantía es la retención contractual de esa titularidad (reserva de dominio). El vendedor o todo otro prestamista del dinero requerido para comprar un bien corporal o incluso inmaterial puede retener la titularidad del bien hasta obtener el cobro íntegro del precio de compra (acuerdo de mera retención de la titularidad). Este tipo de operación se denomina a menudo “financiación del precio de compra” (véanse una descripción y ejemplos en A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1, párrs. 16 a 19).

35. El acuerdo de mera retención de la titularidad tiene distintas variantes, como las cláusulas de “totalidad de las cuantías” o de “cuenta corriente”, en virtud de las cuales el vendedor retiene la titularidad hasta que se hayan pagado todas las deudas contraídas por el deudor y no sólo aquéllas que dimanen del contrato de venta pertinente, y las cláusulas relativas a los frutos y al producto, en virtud de las cuales la titularidad se hace extensiva a los frutos y al producto derivados de los bienes de los cuales el vendedor haya retenido la titularidad. Una variante del acuerdo de mera retención de la titularidad con resultados económicos iguales consiste en combinar un contrato de arriendo con una opción de compra para el arrendatario (por una suma nominal), que éste sólo podrá ejercitar cuando haya pagado la mayor parte del “precio de compra” mediante el pago de cuotas periódicas de arriendo (véase un ejemplo en A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1, párr. 20). En supuestos en los que el arriendo de equipo o de algún otro bien cubra toda su vida útil, cabe considerar ese arriendo como un acuerdo de retención de la titularidad aunque no haya opción final de compra.

36. Económicamente, un arreglo de retención de la titularidad extraña una garantía real que satisface particularmente bien la necesidad de crédito garantizado del vendedor al que se financia el precio de compra, por lo que esos vendedores recurren a menudo a esta técnica. En muchos países, este tipo de crédito está muy difundido diferenciándose de otros créditos bancarios no expresamente destinados a financiar el precio de compra, y la preferencia de que goza obedece a la importante función económica que cumplen las pequeñas y medianas empresas proveedoras. En otros países, un banco financia también el precio de compra con mayor regularidad, por ejemplo, cuando el vendedor vende al banco y el banco vende, a su vez, a un comprador reteniendo la propiedad del bien, o cuando el comprador paga al vendedor en metálico con fondos prestados por un banco al que el comprador traspasa la titularidad como garantía del préstamo. En esos países, esta fuente de crédito y su garantía real anexa reciben particular atención.

37. Gracias a su origen como simple cláusula de un contrato de venta o arriendo, muchos países consideran la retención de la titularidad como una cuasigarantía que no está, por ello, sujeta al régimen general de las garantías reales ni en cuanto a sus requisitos de forma o de publicidad ni en cuanto a sus efectos (principalmente en materia de prelación). A diferencia de la transferencia de la titularidad, su retención por el acreedor otorga, en muchos países, una posición jurídica privilegiada. Ello puede estar justificado por el deseo de apoyar a las pequeñas y medianas empresas proveedoras y de promover la técnica de la financiación del precio de compra por el proveedor como método distinto de los créditos bancarios no destinados a financiar el precio de compra. Esa posición jurídica privilegiada puede justificarse también

por el hecho de que, al desprenderse de la cosa o bien vendido sin recibir el pago, el vendedor acrecienta la masa de bienes del deudor y requiere cierta protección.

38. En el derecho interno de algunos países, en cambio, no se reconocen las cláusulas de retención de la titularidad y en algunos otros hasta se prohíben. Otros países limitan el ámbito de aplicación de esas cláusulas al denegándoles efecto respecto de ciertos bienes, especialmente respecto de las existencias inventariadas, por estimarse que la retención por el vendedor de la titularidad es incompatible con la facultad otorgada al comprador de disponer de los bienes inventariados.

39. Cabe considerar diversas opciones de política legislativa. La primera sería la de preservar el carácter especial del acuerdo de retención de la titularidad como dispositivo jurídico basado en el derecho de propiedad sobre cierto bien. Una segunda opción sería la de limitar la validez de todo acuerdo de retención de la titularidad a la financiación del precio de compra del bien o bienes considerados con exclusión de todo otro crédito, y/o al bien comprado con exclusión de sus frutos o del producto de su venta. Una tercera opción consistiría en incorporar el arreglo de retención de la titularidad al régimen ordinario de las garantías reales. En ese caso, cabría considerar la posibilidad de otorgar ciertas ventajas al acreedor-vendedor por los motivos de fondo enunciados anteriormente (véase el párrafo 36). Otra opción más sería la de equiparar plenamente esta técnica de retención de la titularidad a la de toda otra garantía real sin desplazamiento.

40. Las dos primeras opciones supondrían la preservación, o incluso la creación, de un régimen especial al margen del régimen global de las garantías reales sin desplazamiento. La primera opción, en particular, dota al acreedor-vendedor de amplios privilegios, lo que supondría desventajas para los demás acreedores del comprador, especialmente en caso de ejecutarse la garantía real del vendedor o de declararse la insolvencia del comprador. Una desventaja técnica de la retención de la titularidad es que impedirá, o cuando menos dificultará, que el comprador utilice el bien comprado para constituir una garantía de menor prelación a favor de otro acreedor. Otra desventaja de esta técnica es que imposibilita o dificulta la ejecución de los derechos de los demás acreedores del deudor sin el consentimiento del vendedor.

41. Las dos últimas opciones mencionadas en el párrafo 39 *supra* se ajustan más al régimen global de las garantías reales. En estas opciones se acepta que el vendedor que financia el precio de compra ocupe una posición privilegiada por desprenderse de los bienes vendidos contra la obtención de un tipo de crédito que merece ser fomentado por razones económicas. Por el contrario, por consideración a los demás acreedores del comprador, el privilegio legal quedará limitado al precio de compra del bien considerado y al bien o bienes cuya venta se financie. Toda garantía constituida sobre los frutos o el producto de la venta de los bienes comprados o toda cuantía que adeude el deudor-comprador que no derive del contrato de venta sin cláusula de mera retención de la titularidad no gozará, en cambio, de ese privilegio y estará sujeta al régimen común aplicable a las garantías reales (por ejemplo, tener prelación a partir del momento en que se inscriba la operación correspondiente).

42. La conversión de esta técnica de retención de la titularidad en una garantía real mejoraría la posición del deudor-comprador, dado que le permitiría crear garantías reales (sin desplazamiento) de rango inferior para garantizar un préstamo negociado con otro acreedor. Mejoraría asimismo la posición de los demás acreedores del

deudor-comprador caso de procederse a la ejecución de la garantía sobre el bien gravado o caso de incurrir el deudor en insolvencia. La posición del proveedor no tendría por qué debilitarse, puesto que, salvo determinadas excepciones, en principio sólo se asignará una posición privilegiada a los contratos de venta con una cláusula de mera retención de la titularidad e independientemente de que se equipare o no la retención de la titularidad a una garantía real, los bienes objeto del contrato de venta no formarán parte forzosamente de la masa de la insolvencia (véase A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.5, párr. 12). Con todo, el proveedor tendría que inscribirse (véase A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.7, párr. 23) y la cláusula de “totalidad de las cuantías” y la relativa a los frutos y al producto adquirirían prelación sólo a partir de la fecha de inscripción.

4. Garantía global uniforme

43. La idea de una única garantía real global uniforme fue lanzada inicialmente en los Estados Unidos de América a mediados del siglo XX en el marco del Código Comercial Uniforme (UCC) de ese país. El Código Comercial Uniforme, régimen legal modelo adoptado por los 50 estados de la Unión, creó una única garantía real global sobre bienes muebles. El artículo 9 del UCC unificó una multitud de derechos reales con y sin desplazamiento sobre bienes corporales y bienes inmateriales, incluidos los arreglos de transferencia y retención de la titularidad, que existían a tenor de las leyes promulgadas por los diversos estados de la Unión y a tenor del *common law* del país. Esta idea se extendió al Canadá, a Nueva Zelanda y a varios otros países. Ha sido recomendada en la ley modelo preparada por el Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo. La Ley Modelo Interamericana de Garantías Mobiliarias sigue en muchos aspectos un enfoque similar.

44. Pueden recurrirse a dos criterios técnicos para crear una garantía real global uniforme. Un criterio consiste en preservar los nombres de los antiguos mecanismos de constitución de garantías reales, que podrán utilizarse, como el de prenda (con entrega de la posesión) y de transferencia de la titularidad. Ahora bien, la constitución y los efectos jurídicos de la garantía real quedan regulados por un régimen unificado. Según el otro criterio ligeramente distinto, se crea una nueva garantía real global. Con todo, en última instancia no hay diferencias de fondo entre los dos criterios.

45. El rasgo principal de toda garantía real única es que ha de fusionar el régimen de la prenda tradicional con desplazamiento o entrega de la posesión con el régimen de la prenda sin desplazamiento y de la transferencia o retención de la titularidad para fines de garantía. Con ello se crearía un único régimen global de las garantías reales que permitiría un tratamiento coherente de las distintas categorías de garantías reales. Tal régimen beneficiaría a deudores, a acreedores garantizados y a terceros, incluido el representante de la insolvencia en un procedimiento de insolvencia del deudor (o del otorgante, cuando éste y el deudor sean dos personas distintas). Un acreedor que se proponga conceder un préstamo garantizado no se verá obligado a investigar los diversos mecanismos de constitución de garantías reales ni a determinar sus respectivas exigencias y limitaciones, ni tampoco a sopesar sus ventajas e inconvenientes. Análogamente, se aligerará la carga de los acreedores del deudor o del representante de la insolvencia en un procedimiento de insolvencia del deudor que deban tener presentes sus derechos (y obligaciones) frente al acreedor garantizado si, en vez de ocuparse de distintos regímenes, sólo

tienen que examinar un único régimen global que prevé una garantía real global. Además, la existencia de tal régimen reducirá el costo de constitución de garantías reales y, por ende, abaratará el crédito garantizado.

46. En supuestos de operaciones transfronterizas se facilitará también el reconocimiento de las garantías reales que nazcan conforme al derecho de un país, si el ordenamiento del país al que se trasladen los bienes gravados prevé un régimen uniforme de garantías reales globales. Tal clase de régimen permitirá regular una variedad muy amplia de garantías reales extranjeras, independientemente de que éstas sean restringidas o de carácter tan global como la del propio régimen.

47. La implantación de ese régimen global uniforme no impedirá que el legislador de cada país determine el contenido de cada una de sus disposiciones en consonancia con las políticas que desee aplicar. Por ejemplo, se podrán tener en cuenta ciertos derechos o garantías especiales al fijar el orden de prelación, (por ejemplo, a favor de la garantía real otorgada al crédito por el que se financie el precio de compra) (véase A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.7, párrs. 19 a 24).

B. Resumen y recomendaciones

48. Aun cuando sean limitados, se dan ciertos supuestos en los que la prenda con desplazamiento cumple una función valiosa de garantía real (véase el párrafo 13).

[Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar la posibilidad de recomendar a los Estados que incorporen a sus regímenes de las operaciones garantizadas o a su legislación sobre el medio ambiente una cláusula en virtud de la cual se exima al acreedor garantizado de toda responsabilidad que pudiere dimanar del hecho de que se le entregara la posesión de bienes pignorados en el supuesto de garantías reales con desplazamiento (o se limite dicha responsabilidad en determinadas circunstancias). Podría aplicarse la misma exención (o limitación) de responsabilidad a los acreedores con garantías reales sin desplazamiento que se propusieran ejecutarlas ante el incumplimiento del deudor, incluso cuando hubieran participado antes de solicitar la ejecución en procedimientos de reestructuración vinculados a los bienes pignorados o a las instalaciones en que se encontraran dichos bienes. Podrá disponerse que sólo gocen de tal exención o limitación de responsabilidad los acreedores garantizados que no hayan sido parte en el funcionamiento o administración de dichas instalaciones o en la adopción de decisiones que las afecten.]

49. Un derecho contractual de retención de la titularidad, que faculte al acreedor para vender el bien gravado, funciona igual que una prenda con desplazamiento (véase el párrafo 14).

[Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee someter ese derecho contractual de retención de la titularidad al régimen de la prenda posesoria, con la salvedad de las reglas aplicables a la constitución de ese derecho de retención.]

50. Las garantías reales sin desplazamiento son de suma importancia para todo régimen eficiente y moderno de las operaciones garantizadas. La empresa deudora precisa de la posesión del bien gravado y el acreedor garantizado debe ser amparado

contra todo crédito concurrente en un supuesto de incumplimiento o, más aún, de insolvencia del deudor (véase el párrafo 15).

51. A la luz de la creciente importancia de los bienes inmateriales como valor constituido en garantía de un crédito, y de la frecuente insuficiencia del régimen legal aplicable a este tipo de garantía, sería conveniente preparar un régimen legal moderno de la garantía real sobre bienes inmateriales, en particular sobre créditos por cobrar (véase el párrafo 28).

[Nota para el Grupo de Trabajo: para mayor coherencia, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si conviene que el régimen de las garantías constituidas sobre determinadas categorías de bienes inmateriales sea lo más similar posible al de la garantía real sin desplazamiento sobre bienes corporales.]

El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar también las conclusiones que convendría formular en la Guía respecto de determinadas categorías de bienes inmateriales como los créditos por cobrar. En su examen de este asunto, el Grupo de Trabajo tal vez desee tener en cuenta: la labor realizada al respecto por la CNUDMI y otras organizaciones; el hecho de que ciertos bienes inmateriales puedan ser constituidos en garantía en el marco de operaciones relativas a la constitución de garantías sobre bienes corporales (por ejemplo, la financiación de equipo o de existencias) o puedan consistir en el producto generado por bienes corporales; y la complejidad inherente a todo régimen de la garantía real constituida sobre bienes inmateriales, y la viabilidad del mismo.]

52. La transferencia de la titularidad a efectos de constituir una garantía real no parece ser útil cuando existe un régimen eficiente y eficaz de garantías reales sin entrega de la posesión constituidas sobre bienes corporales y sobre bienes inmateriales (véase el párrafo 33).

53. Si se trata la retención de la titularidad (o reserva de dominio) como mero dispositivo de garantía, habrá que conferir al acreedor-vendedor o a todo otro financiador del precio de compra una prelación especial equivalente a la prelación de que gozaría un propietario del bien o bienes gravados por ese concepto.

[Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si conviene limitar esa prelación especial al bien o a los bienes vendidos y a su precio de compra no reembolsado (con exclusión de los frutos y del producto, así como de los otros créditos que se adeuden; véase el párrafo 40). El Grupo de Trabajo tal vez desee establecer que la conceptualización de la retención de la titularidad como equivalente de una garantía real “ordinaria” no debe prejuzgar su conceptualización para otros fines (por ejemplo, para fines tributarios, contables o de otra índole).]

54. Hay buenos motivos para sustituir un régimen de las garantías reales consistente en una variedad de modalidades particulares de constitución de garantías por una garantía real general y global (véanse los párrafos 45 a 47).

[Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar las ventajas y los inconvenientes de la solución preconizada por diversos regímenes modernos de las garantías reales que han optado por una única garantía real global y uniforme (véanse los párrafos 43 a 47).]