



Asamblea General

Distr. general
18 de marzo de 2003
Español
Original: inglés

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

36º período de sesiones

Viena, 30 de junio a 11 de julio de 2003

Informe del Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) sobre la labor de su tercer período de sesiones (Nueva York, 3 a 7 de marzo de 2003)

Índice

	<i>Párrafo</i>	<i>Páginas</i>
I. Introducción	1-6	4
II. Organización del período de sesiones	7-12	6
III. Deliberaciones y decisiones	13-14	7
IV. Preparación de una guía legislativa sobre las operaciones garantizadas	15-108	7
Capítulo VIII. Derechos y obligaciones de las partes con anterioridad al incumplimiento (A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.8)	15-35	7
A. Limitaciones	15	7
B. Reglas de derecho supletorio	16-17	8
C. Deber de custodia	18-20	8
D. Derecho a ser reembolsado de todo gasto razonable	21	9
E. Deber de mantener los bienes gravados en forma identificable	22	9
F. Deber de adoptar medidas para salvaguardar los derechos del deudor	23	9
G. Derecho a destinar las rentas del bien gravado al pago de la obligación garantizada	24	9
H. Derecho a ceder la obligación garantizada y la garantía real	25-26	10
I. Derecho a “subpignorar” el bien gravado	27	10
J. Derecho a asegurarse contra toda pérdida o daño del bien gravado	28	11



K.	Deber de llevar un expediente o una contabilidad adecuada.	29	11
L.	Derecho a usar, mezclar y procesar el bien gravado	30	11
M.	Deber de devolver el bien gravado a raíz del pago de la obligación garantizada	31	11
N.	Resumen y recomendaciones.	32-35	12
Capítulo XI. Conflicto de leyes y aplicación territorial (A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.11)		36-57	12
Observaciones generales		36-41	12
A.	Régimen aplicable a la constitución, publicidad y prelación de la garantía real	42-47	13
B.	Autonomía de las partes respecto de la ley aplicable a la constitución de una garantía real	48	15
C.	Cambio subsiguiente en el factor de conexión.	49	15
D.	Ley aplicable a la ejecución de una garantía real.	50	16
E.	Efecto de una declaración de insolvencia sobre la ley aplicable	51-54	16
F.	Alcance de las reglas aplicables en materia de conflictos de leyes	55-57	17
Capítulo XII. Cuestiones de transición (A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.12)		58-72	17
Observaciones generales		58-61	17
A.	Fecha de validez.	62	18
B.	período transitorio	63-65	19
C.	Orden de prelación	66-72	19
Capítulo III. Prácticas básicas en materia de garantías reales (A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.2)		73-91	20
A.	Prenda	73-75	20
B.	Garantía real sin desplazamiento o no posesoria	76-77	22
C.	Garantías reales sobre bienes inmateriales.	78	22
D.	Transferencia de la titularidad para fines de garantía	79	22
E.	Retención de la titularidad.	80-84	23
F.	Régimen global uniforme de las garantías reales.	85	24
G.	Resumen y recomendaciones.	86-91	24
Capítulo IV. Constitución de garantías reales (A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.3)		92-108	26
A.	Introducción	92	26
B.	Accesoriedad de la garantía real	93-94	26
C.	Limitaciones de los tipos de obligaciones que podían garantizarse	95	26
D.	Diversidad de las obligaciones garantizables.	96-97	27
E.	Descripción	98-99	27

F. Bienes gravables.....	100-101	27
G. Bienes futuros.....	102-103	28
H. Bienes no identificados específicamente	104-105	28
I. Hipoteca de establecimiento mercantil y cargas flotantes.....	106-108	28
V. Futura labor	109	29

I. Introducción

1. En su presente período de sesiones, el Grupo de Trabajo continuó su labor relativa a la elaboración de un régimen jurídico eficaz sobre las garantías reales correspondientes a las mercancías relacionadas con una actividad comercial¹. La decisión de la Comisión de empezar a trabajar en el ámbito del régimen legal de los créditos garantizados se adoptó en respuesta a la necesidad de un régimen jurídico eficaz que eliminara todo obstáculo jurídico para la negociación de créditos garantizados y favoreciera de este modo la disponibilidad y el costo del crédito financiero negociado².

2. En su 33º período de sesiones (celebrado en 2000), la Comisión examinó un informe preparado por la Secretaría sobre las cuestiones que se debían abordar en el ámbito del régimen legal de los créditos garantizados (A/CN.9/475). En dicho período de sesiones, la Comisión convino en que el régimen del crédito financiero garantizado era un tema importante que se señalaba a su atención en el momento oportuno, en vista de sus estrechos vínculos con la labor que realizaba sobre el régimen de la insolvencia. Se consideró en general que la modernización del régimen legal del crédito financiero garantizado podía repercutir notablemente en la oferta de crédito y su costo, y con ello en el comercio internacional. Además, se consideró en general que un régimen legal moderno del crédito financiero garantizado podía aliviar la desigualdad en cuanto al acceso a crédito de bajo costo entre las empresas de países desarrollados y de países en desarrollo, así como en su participación en las ventajas del comercio internacional. Sin embargo, se advirtió que dicho régimen debía procurar tratar con equidad a todo acreedor, ya fuera titular de un crédito privilegiado, garantizado o no garantizado, a fin de ser aceptable para los Estados. Además, se señaló que, habida cuenta de la política posiblemente divergente de los Estados, sería conveniente adoptar un enfoque flexible orientado a la preparación de un cuerpo de principios complementado por una guía, en lugar de una ley modelo³.

3. En su 34º período de sesiones (celebrado en 2001), la Comisión examinó otro informe preparado por la Secretaría (A/CN.9/496) y convino en que se debían realizar actividades habida cuenta de la posible repercusión económica favorable de un régimen legal moderno de los créditos garantizados. Se señaló que la experiencia había demostrado que las deficiencias en dicha esfera podían tener efectos negativos importantes en el sistema económico y financiero de los países. Además, se indicó que un marco jurídico eficaz y previsible tenía ventajas macroeconómicas a corto y a largo plazo. Concretamente, a corto plazo cuando los países afrontaban crisis en su sector financiero, era necesario contar con un marco jurídico eficaz y previsible, en particular en términos de la ejecución de los créditos financieros, a fin de ayudar a los bancos y a otras instituciones financieras a controlar el deterioro eventual de sus créditos mediante alguna vía de ejecución rápida, y de facilitar la reestructuración o reorganización de empresas en dificultades, creando un mecanismo crediticio que incentivara la financiación provisional. A largo plazo, no cabe duda de que un marco legal eficiente de las garantías reales serviría de aliciente para financiar el crecimiento económico. De hecho, sin facilitar el acceso a crédito financiero asequible no sería posible fomentar el crecimiento económico, la competitividad y el comercio internacional, porque las empresas no podrían desarrollar plenamente su potencial⁴. En cuanto a la forma que se diera al trabajo, la Comisión consideró que una ley modelo resultaría demasiado rígida y tomó nota de las sugerencias en pro de

que se preparara un cuerpo de principios complementado por una guía legislativa que incluyera recomendaciones⁵.

4. En su primer período de sesiones (celebrado en Nueva York del 20 al 24 de mayo de 2002), el Grupo de Trabajo examinó los capítulos I a V y X (A/CN.9/WG.VI/ WP.2 y Add. 1 a 5 y 10) del primer proyecto de guía preliminar sobre las operaciones garantizadas, preparado por la Secretaría. En dicho período de sesiones, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara versiones revisadas de estos capítulos (véase el documento A/CN.9/512, párr. 12). Además, en ese período de sesiones, se sugirió presentar al Grupo de Trabajo algunos sistemas modernos para la inscripción de derechos en un registro a fin de que dispusiera de la información requerida para responder a las inquietudes expresadas con respecto a la inscripción registral de las garantías reales constituidas sobre bienes muebles (véase el documento A/CN.9/512, párr. 65). En el mismo período de sesiones, el Grupo de Trabajo convino en la necesidad de coordinarse con el Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) sobre las cuestiones de interés común, e hizo suyas las conclusiones del Grupo de Trabajo V con respecto a estos asuntos (véase el documento A/CN.9/512, párr. 88).

5. En su 35º período de sesiones (celebrado en 2002), la Comisión examinó el informe del primer período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/512). Se opinó en general que la guía legislativa constituía una gran oportunidad para que la Comisión prestara asistencia a los Estados en orden a la promulgación de un régimen legal moderno de las operaciones de crédito garantizadas, que se consideró en general una condición necesaria, aunque no suficiente por sí sola, para mejorar el acceso a créditos de bajo costo, lo que facilitaría el movimiento transfronterizo de mercancías y servicios, el desarrollo económico y, en último término, las relaciones amistosas entre los Estados. A ese respecto, la Comisión tomó nota con satisfacción de que el proyecto había concitado la atención de organizaciones internacionales, gubernamentales y no gubernamentales y de que algunas de ellas habían participado intensamente en las deliberaciones del Grupo de Trabajo. En el período de sesiones, la Comisión consideró también que la iniciativa de la Comisión era sumamente oportuna, en vista no sólo de ciertas iniciativas de índole legislativa en curso, de ámbito nacional e internacional, sino también en razón de la propia labor de la Comisión relativa al régimen de la insolvencia. Tras un debate, la Comisión confirmó el mandato asignado al Grupo de Trabajo en su 34º período de sesiones de preparar un régimen jurídico eficiente para la constitución de garantías reales sobre mercancías, y en particular sobre mercancías inventariadas. Además, la Comisión confirmó que el mandato del Grupo de Trabajo se debía interpretar en sentido lato a fin de obtener un resultado flexible, en forma de una guía legislativa⁶.

6. En su segundo período de sesiones (celebrado en Viena del 17 al 20 de diciembre de 2002), el Grupo de Trabajo examinó los capítulos VI, VII y IX (A/CN.9/WG.VI/ WP.2 y Add. 6, 7 y 9) de un primer anteproyecto de guía sobre las operaciones de crédito garantizadas, preparado por la Secretaría. En dicho período de sesiones, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara versiones revisadas de estos capítulos (véase el documento A/CN.9/531, párr. 15). Con ocasión de ese período de sesiones y conforme se había sugerido en el primer período de sesiones del Grupo de Trabajo (véase el documento A/CN.9/512, párr. 65), se hizo una presentación oficiosa de los sistemas de inscripción registral, de las garantías reales constituidas sobre bienes muebles, de Nueva Zelanda y

Noruega. Justo antes de este período de sesiones, los Grupos de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) y VI (Garantías Reales) celebraron su primer período de sesiones conjunto (Viena, 16 a 17 de diciembre de 2002), durante el cual se examinó la versión revisada del antiguo capítulo X (nuevo capítulo IX; A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.5) sobre la insolvencia. En dicho período de sesiones, se pidió a la Secretaría que preparara una versión revisada de dicho capítulo (véase el documento A/CN.9/535, párr. 8).

II. Organización del período de sesiones

7. El Grupo de Trabajo, que estuvo integrado por todos los Estados miembros de la Comisión, celebró su tercer período de sesiones en Nueva York del 3 al 7 de marzo de 2003. Asistieron al período de sesiones representantes de los siguientes Estados miembros de la Comisión: Alemania, Argentina (que alterna anualmente con el Uruguay), Austria, Brasil, Camerún, Canadá, China, Colombia, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Francia, Hungría, India, Irán (República Islámica del), Italia, Japón, Kenya, Lituania, Marruecos, México, Paraguay, Singapur, Sudán, Suecia y Tailandia.

8. Asistieron al período de sesiones observadores de los Estados siguientes: Argelia, Australia, Filipinas, Islas Marshall, Jordania (Reino Hachemita de), Malta, República de Corea, Turquía, Venezuela, Viet Nam y Yemen.

9. Asistieron también al período de sesiones observadores de las siguientes organizaciones nacionales o internacionales: a) organizaciones del sistema de las Naciones Unidas: Fondo Monetario Internacional (FMI), Banco Mundial; b) organizaciones intergubernamentales: Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT); c) organizaciones no gubernamentales invitadas por la Comisión: American Bar Association (ABA), Asociación Europea de Estudiantes de Derecho, Cámara de Comercio Internacional (CCI), Centro de Estudios Jurídicos Internacionales, Center of Legal Competence (CLC), Commercial Finance Association (CFA), Europafactoring, Federación Interamericana de Abogados, Federación Internacional de Profesionales en Materia de Insolvencia (INSOL), International Swaps and Derivatives Association (ISDA), Instituto Max-Planck, Association of the Bar of the City of New York y Unión de Confederaciones de Industria y Empleadores de Europa (UNICE).

10. El Grupo de Trabajo eligió a los siguientes miembros de la Mesa:

Presidente: Sra. Kathryn SABO (Canadá)

Relator: Sr. M. R. UMARJI (India)

11. El Grupo de Trabajo tuvo a su disposición los documentos siguientes: A/CN.9/WG.VI/WP.7 (programa provisional), A/CN.9/WG.VI/WP.2 y adiciones. 8, 11 y 12 (primera versión del proyecto de guía) así como el documento A/CN.9/WG.VI/WP.6 y Add. 1 a 3 (segunda versión del proyecto de guía).

12. 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.

III. Deliberaciones y decisiones

13. Al principio de las deliberaciones, el Grupo de Trabajo mantuvo un momento de silencio en memoria de la Sra. Pascale de Boeck, representante del Fondo Monetario Internacional. El Grupo de Trabajo examinó los capítulos VIII, XI y XII de la primera versión del proyecto de guía y el capítulo II y los párrafos 1 a 33 del capítulo III de la segunda versión del proyecto de guía. Las deliberaciones y decisiones del Grupo de Trabajo figuran en la parte IV. Se pidió a la Secretaría que preparara, sobre la base de estas deliberaciones y decisiones, una versión revisada de los capítulos del proyecto de guía examinados en este período de sesiones.

14. Tras observar que el Banco Mundial estaba preparando una monografía técnica sobre la insolvencia y las operaciones garantizadas, el Grupo de Trabajo recomendó que tanto la Comisión como el Banco Mundial intensificaran sus esfuerzos para mejorar la coordinación, para evitar la duplicación de tareas y las incoherencias en los resultados y para promover la complementariedad, tal como se requiere en el sistema de las Naciones Unidas. Se subrayó la importancia de reconocer el valor del proceso abierto de la Comisión en el que participaban muy diversos especialistas de todo el mundo.

IV. Preparación de una guía legislativa sobre las operaciones garantizadas

Capítulo VIII. Derechos y obligaciones de las partes con anterioridad al incumplimiento (A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.8)

A. Limitaciones

15. Se sugirió que el párrafo 7 relativo al posible abuso de su posición por el acreedor garantizado, debía ser formulado en términos más neutros. Se dijo que el deudor en posesión de los bienes gravados podría asimismo abusar de su posición ventajosa. Se dijo también que la mención de límites impuestos por razones de orden público de derecho interno era insuficiente al respecto y que cabía suprimir toda mención de un eventual abuso de su posición por alguna de las partes. En respuesta a una sugerencia de que el abuso de su posición por el acreedor garantizado debía ser examinado en más detalle en el párrafo 7, se observó que esta cuestión debía ser examinada al examinarse en el capítulo III, relativo a la constitución de la garantía real (ver A/AC.9/WG.VI/WP.6/Add.3, párr. 26), el riesgo de que una garantía se constituya sobre demasiados bienes.

B. Reglas de derecho supletorio

16. A fin de evitar, en el texto inglés, toda confusión con el incumplimiento de las obligaciones contractuales (designado en dicho idioma por el mismo término “*default*”), se convino en que se hablara en dicho idioma de reglas supletorias del acuerdo constitutivo de la garantía o de reglas de derecho facultativo, evitando así el término habitual, en dicho idioma, para reglas supletorias o de derecho supletorio.

17. Respecto de la referencia en el párrafo 13 a un deber de maximizar el valor de los bienes gravados, se expresó la inquietud de que ese deber impusiera una carga sobre el acreedor garantizado que contrarrestara todo provecho reportado por la garantía. Para responder a dicha inquietud, se sugirió hablar de un deber de conservar el valor actual del bien gravado y no de un deber de optimizarlo. Se sugirió también a ese respecto vincular dicho deber al deber de la persona en posesión del bien gravado de actuar con sentido de responsabilidad, a fin de garantizar no sólo el eventual incumplimiento de la obligación garantizada sino también la devolución al deudor de todo valor sobrante del bien gravado, una vez satisfecha dicha obligación.

C. Deber de custodia

18. Se sugirió, entre otras cosas, introducir en el párrafo 16 los mismos cambios que se propusieron para el párrafo 13. Se sugirió además suprimir el primer ejemplo dado en el párrafo 17, ya que contradecía una regla común de toda garantía real posesoria de que la devolución del bien constituido en garantía acarrea la extinción de la garantía real.

19. Se sugirió también que el deterioro del valor del bien gravado, ya se tratara de una garantía real posesoria o no posesoria, debería ser objeto de una regla explícita al respecto. Esa regla podría obligar, en dicho supuesto, al deudor a ofrecer algún bien adicional en garantía o, de lo contrario, el acreedor garantizado podría considerar que dicho deterioro del valor del bien gravado era un hecho constitutivo de incumplimiento. Se dijo que esa regla debía crear un derecho, pero no imponer una obligación al acreedor garantizado de mantenerse informado del valor de mercado del bien gravado y de asesorar al deudor sobre cómo debería actuar. Se dijo, no obstante, que una regla de esa índole tal vez resulte apropiada y normal para las partes en cierto tipo de operaciones (por ejemplo, en operaciones sobre valores bursátiles), pero tal vez no lo sea para las partes que intervienen en operaciones de otra índole (por ejemplo, en la adquisición por un consumidor de equipo informático de uso personal), y tal vez les sorprenda. Se observó además que en todo caso la devaluación eventual del bien gravado sería un asunto normalmente previsto por el acuerdo de garantía, por lo que no se precisaba de ninguna regla supletoria de rango legal al respecto.

20. En respuesta a cierta pregunta, se dijo que el aumento de valor de un bien gravado no suscitaba problema alguno, ya que el acreedor garantizado sólo podría reclamar una suma equivalente al valor garantizado. Tras deliberar al respecto, se convino en que se examinara esta cuestión a título de ejemplo de asuntos que tal vez convenga que las partes resuelvan en su acuerdo de garantía (véase A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.8, párr. 12).

D. Derecho a ser reembolsado de todo gasto razonable

21. Se expresó la inquietud de que la segunda oración del párrafo 18 impidiera, sin que esa fuera su intención, que el acreedor garantizado cobrara al deudor ciertos gastos que fueran más allá de lo estrictamente requerido en el cumplimiento de su deber de custodia. A fin de responder a dicha inquietud, se sugirió suprimir esa oración. Se dijo, en sentido contrario, que esa oración debía mantenerse en el texto ya que servía para aclarar la primera oración. Se respondió a esta observación que la segunda oración del párrafo 18 admitía una lectura que iba más allá de lo dicho en la primera, que se ocupaba únicamente de los gastos requeridos para cumplir con el deber de custodia impuesto al acreedor garantizado. A fin de salvar esta diferencia, se sugirió que el asunto fuera remitido a las partes para que lo resolvieran en su acuerdo de garantía.

E. Deber de mantener los bienes gravados en forma identificable

22. Se expresó la inquietud de que, en su formulación actual, el párrafo 20 no amparara los derechos del deudor respecto de los bienes gravados, en el supuesto de que un acreedor garantizado los mezclara con otros bienes. Para responder a esta inquietud, se sugirió que se impusiera al acreedor garantizado la obligación, respecto de todo bien fungible entregado en garantía, de preservar la cuantía o el valor de dicho bien o bienes.

F. Deber de adoptar medidas para salvaguardar los derechos del deudor

23. Se sugirió que el párrafo 21 mencionara claramente la posibilidad de que ciertos bienes inmateriales fueran incorporados a títulos valores o documentos de titularidad que pudieran ser objeto de una garantía real con desplazamiento o posesoria. Se sugirió que el párrafo 21 indicara además que la posesión de dicho título o documento de titularidad imponía un deber de custodia respecto del propio título y del derecho incorporado al mismo. Respecto de la última oración del párrafo 21, referente a otra cuestión, se sugirió que se aclarara la noción de persona secundariamente obligada o responsable.

G. Derecho a destinar las rentas del bien gravado al pago de la obligación garantizada

24. Se sugirió la conveniencia de distinguir entre renta monetaria y no monetaria. Se sugirió que cabría destinar la primera al pago de la obligación garantizada pero no la segunda. El acreedor garantizado debería poder retener frutos no monetarios como bienes gravados. Con respecto al producto monetario, el acreedor garantizado debería poder utilizarlo para pagar la obligación garantizada, a menos que lo entregara al deudor.

H. Derecho a ceder la obligación garantizada y la garantía real

25. Entre las inquietudes expresadas respecto del párrafo 24, cabe citar la de que su texto diera a entender que debía respetarse toda estipulación por la que se limitara la facultad del acreedor garantizado para ceder la obligación garantizada o la garantía real que la respaldaba. Se dijo que esa lectura sería incompatible con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional (“Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos”), conforme a la cual dicha cesión surtiría efecto pese a toda estipulación contractual por la que se limitara el derecho de un acreedor a ceder sus créditos por cobrar. A fin de responder a esa inquietud, se sugirió reformular el párrafo 24 en términos que indicaran que la garantía real debía cederse junto con la obligación garantizada.

26. Otra de esas inquietudes era la de que el párrafo 24 no reconociera ciertas prácticas por las que se cedía una garantía real por separado de la obligación garantizada. Se dijo que se trataba de una práctica habitual en operaciones financieras que supusieran, por ejemplo, la cesión de una garantía real de una sociedad matriz sobre los bienes de una filial a una institución financiera a fin de obtener algún nuevo crédito para la filial, así como en operaciones por las que el acreedor garantizado cediera su garantía real a un nuevo acreedor a fin de garantizar a dicho acreedor su prelación sobre el acreedor previamente garantizado. Se mencionó que en esos supuestos la garantía real seguía siendo accesorio a la obligación garantizada, por lo que no se alteraban las obligaciones del deudor al respecto, mientras que sus derechos se verían reforzados por la acumulación de excepciones fundadas no sólo en el contrato original sino también en todo otro contrato por el que se cediera la garantía real. Se expresaron ciertas dudas al respecto, ya que se señaló que, en algunos ordenamientos, la cesión de una garantía real, por separado de la obligación garantizada, podría alterar la índole accesorio de la garantía real. Se respondió a esa inquietud que cabría evitar ese resultado mediante alguna indicación y recomendación al respecto en el proyecto de guía. Pero se dijo que ese tipo de cesión podría suscitar además incertidumbre sobre el modo por el que el deudor habría de liberarse de su obligación. Se observó, en respuesta, que la liberación de una obligación contractual garantizada seguía estando sujeta a lo estipulado en el contrato inicial subyacente, así como a la ley aplicable a dicho contrato. Se citó, a título de ejemplo, el supuesto de que la norma del derecho interno aplicable a la cesión dispusiera que, de haberse notificado dicha cesión al deudor, el pago habría de efectuarse al cesionario, mientras que, de no mediar notificación, el pago habría de efectuarse al cedente.

I. Derecho a “subpignorar” el bien gravado

27. Se dijo que la regla de que no cabía subpignorar un bien por más tiempo del que durase la propia prenda era una regla adecuada que debía mantenerse. Se hicieron, no obstante, cierto número de sugerencias respecto de la formulación de la regla. Se sugirió que, si bien en algunos ordenamientos esa regla era únicamente aplicable a los títulos bursátiles, sería conveniente aclarar que la regla enunciada en el párrafo 25 sería también aplicable a bienes distintos de los valores bursátiles. Otra sugerencia fue la de que el párrafo 25 examinara si el nuevo acreedor prendario

gozaría de prelación sobre el deudor para obtener el bien pignorado una vez pagada la obligación garantizada (al acreedor prendario inicial que otorgó crédito directamente al deudor).

J. Derecho a asegurarse contra toda pérdida o daño del bien gravado

28. Se dijo que la cuestión del deterioro del bien gravado debería ser examinada en otro lugar, ya que entrañaba una pérdida de valor del bien gravado que no solía ser un riesgo asegurable (véase el párrafo 19).

K. Deber de llevar un expediente o una contabilidad adecuada

29. Se expresaron diversos pareceres acerca de si la regla reflejada en el párrafo 31 resultaría adecuada. Según uno de dichos pareceres no debía imponerse el deber de llevar una contabilidad o de rendir cuentas a un deudor que hubiera otorgado una garantía real sin desplazamiento o no posesoria si dicho deber no estaba estipulado en el acuerdo entre las partes. Según otro parecer esa regla era apropiada, estuviera o no prevista en el acuerdo de garantía, dado que la garantía real constituida sobre el bien gravado se extendía a su producto o a sus frutos que incluían toda renta reportada por el bien gravado. Se respondió, no obstante, que eso dependía de que los frutos hubieran de ser tratados al igual que el producto del bien gravado, lo que estaba aún por decidir. Se dijo, en sentido contrario, que si ese deber había de ser impuesto sobre el deudor en el supuesto de una garantía real sin desplazamiento o no posesoria, debería ser asimismo impuesto sobre todo acreedor garantizado que disfrutara de una garantía real posesoria.

L. Derecho a usar, mezclar y procesar el bien gravado

30. Se sugirió que el párrafo 34 debía aclarar que, de efectuarse un acto de disposición de un bien gravado que extinguiera la garantía real, el acreedor garantizado tal vez gozara de una garantía real sobre el producto de dicho acto de disposición. Se expuso cierta duda de si dicho asunto debía resolverse mediante una regla legal supletoria del acuerdo de garantía o dejarse al arbitrio de lo estipulado por las partes en su acuerdo.

M. Deber de devolver el bien gravado a raíz del pago de la obligación garantizada

31. Se sugirió insertar un nuevo párrafo que examinara el deber de todo acreedor garantizado de devolver al deudor el bien gravado (en supuestos de una garantía real posesoria) o de inscribir en el registro un aviso de liberación del bien gravado (en un supuesto de garantía real sin desplazamiento o no posesoria). Se dijo que este asunto se examinaba brevemente en el resumen y las recomendaciones (véase A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.8, párr. 38).

N. Resumen y recomendaciones

32. Entre las sugerencias formuladas, se propuso, como cuestión de forma, respetar la estructura de las observaciones generales en donde se hacía una distinción entre garantías reales posesorias y no posesorias, y entre garantías constituidas sobre bienes corporales y sobre bienes inmateriales. Otra sugerencia fue la de que se insertara una recomendación sobre los derechos y deberes respecto de bienes inmateriales (por ejemplo, créditos por cobrar) incorporados a documentos de titularidad o títulos valores, tales como títulos negociables, que pudieran ser objeto de una garantía real con desplazamiento o posesoria.

33. Se sugirió asimismo reformular el texto del párrafo 37 a fin de que prescribiera un deber, respecto de los bienes fungibles constituidos en garantía, de mantener su cuantía o su valor. Se sugirió además examinar en un párrafo aparte el deber de todo acreedor garantizado de devolver el bien gravado (o de cancelar su inscripción en el registro; véase el párrafo 30) en todo supuesto de pago liberatorio de la obligación garantizada por dicho bien, deber del que se ocupaba brevemente el párrafo 38. Si bien se puso en duda que fuera preciso mencionar esa cuestión, se opinó, en sentido contrario, que esa regla no era evidente y que sería útil examinarla, ya que en algunos ordenamientos el acreedor garantizado podía retener el bien gravado tras el pago de una obligación garantizada a fin de que garantizara el pago de alguna otra obligación.

34. Se sugirió también que en el párrafo 39 se sustituyera, en la versión inglesa, el término “actual” “*impute*” por el término más suave “*apply*”; se indicara que el derecho reconocido en dicho párrafo existiría únicamente en un supuesto de incumplimiento; y se previera el derecho a retener el producto del bien gravado, a título de garantía adicional, en supuestos donde el producto no monetario del bien gravado no fuera destinable al pago de la obligación garantizada.

35. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que revisara el capítulo VIII teniendo en cuenta las opiniones y sugerencias que se habían formulado.

Capítulo XI. Conflicto de leyes y aplicación territorial (A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.11)

Observaciones generales

36. Si bien se expresaron ciertas dudas respecto de si el proyecto de guía, cuya finalidad principal era promover la reforma del derecho sustantivo aplicable en este campo, debía enunciar reglas detalladas en materia de conflictos de leyes, se convino, no obstante, en que sin una normativa clara y detallada a este respecto, la guía resultaría incompleta. Se dijo que el proyecto de guía dejaría incumplidos sus objetivos, si no impartía certeza respecto de la ley aplicable a estas operaciones, particularmente en lo relativo a la publicidad exigible de una garantía real y a su prelación sobre otros derechos. Se observó que, por dicho motivo, ciertos regímenes modernos de las operaciones de crédito financiero garantizado contenían reglas en materia de conflictos de leyes. Se observó que las reglas de conflictos existentes en

otros regímenes especiales de derecho mercantil denotaban un conocimiento teórico y pericial importante del marco comercial al que se destinaban.

37. Se dijo además que la preparación de un régimen funcional de conflicto de leyes relativo a cierto tipo de operaciones comerciales no sería posible sin un examen del marco comercial al que se destinaba y sin evaluar el impacto económico eventual de dicho régimen. Se mencionaron como ejemplos de regímenes especiales de derecho mercantil, dotados de sus propias reglas de conflicto de leyes, la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos y el Convenio sobre la ley aplicable a los actos de disposición de títulos bursátiles depositados en manos de un intermediario, aprobado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en diciembre de 2002.

38. A fin de seguir ese ejemplo en la preparación de la presente guía, se convino en recabar la colaboración de la Conferencia de La Haya, a este respecto. Se dijo que dicha cooperación permitiría aprovechar al máximo los recursos técnicos y periciales disponibles, en materia tanto de derecho sustantivo como de derecho internacional privado, para la preparación de unas reglas que favorecieran los objetivos económicos del nuevo régimen previsto por el proyecto de guía. Se convino asimismo en examinar conjuntamente con el Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) el impacto eventual de la apertura de un procedimiento de insolvencia sobre las reglas preconizadas para la nueva guía en materia de conflictos de leyes.

39. Respecto del título del capítulo, se sugirió que se limitara a hablar de conflicto de leyes, dado que no había razón alguna para destacar en dicho título la función común de todo régimen de conflicto de leyes en la delimitación territorial del ámbito de aplicación del régimen de derecho sustantivo al que se destinaba.

40. Respecto del contenido del capítulo XI, se hicieron ciertas sugerencias de índole general. Una de ellas era la de que se examinara también la cuestión de la ley aplicable a la garantía real constituida sobre mercancías en tránsito y sobre títulos valores o documentos de titularidad. Otra sugerencia fue la de que se eliminara la cuestión de la ley aplicable a los títulos bursátiles que era ya objeto de un Convenio aprobado por la Conferencia de La Haya y que era además objeto de un trabajo emprendido por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT). Estas sugerencias fueron bien recibidas. Se sugirió además que se insistiera al principio del capítulo XI (véase el párrafo 48) en los límites ineludibles de la autonomía contractual de las partes para seleccionar la ley aplicable a derechos de garantía de índole real.

41. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo decidió que el proyecto de guía previera ciertas reglas en materia de conflictos de leyes y decidió proseguir su examen del capítulo XI centrando su atención en las variantes ofrecidas en el resumen y las recomendaciones.

A. Régimen aplicable a la constitución, publicidad y prelación de la garantía real

42. Se observó que tanto en la variante 1 como en la variante 2, la constitución de una garantía real posesoria, y sus requisitos de publicidad y orden de prelación, se

rigen por la ley del Estado en donde el bien gravado esté ubicado (*lex rei sitae* o *lex situs*) y que la constitución de una garantía real sobre bienes inmateriales, y sus requisitos de publicidad y orden de prelación, se rigen por la ley del Estado en donde esté ubicado el otorgante de la garantía. Dichas reglas obtuvieron firme apoyo.

43. Se observó además que la diferencia entre las variantes 1 y 2 radicaba en que, conforme a la variante 1, la constitución de una garantía real no posesoria sobre un bien corporal, y su publicidad, se regían por la ley del lugar del otorgante, mientras que la prelación de ese derecho se regiría por la *lex rei sitae*; y que, conforme a la variante 2, la constitución de una garantía real no posesoria sobre un bien corporal, y su publicidad y prelación, se regían por la *lex rei sitae*, mientras que, si se trataba de una garantía constituida sobre bienes móviles, esas cuestiones se regirían por la ley del lugar del otorgante (es decir por la ley del Estado desde donde se controlaba la ruta seguida por dichos bienes).

44. Se expresaron pareceres divergentes respecto de las ventajas comparativas de las variantes 1 y 2. Según uno de los pareceres, en todo lo que la variante 1 difería de la variante 2, la variante 1 era preferible, puesto que resultaría en la aplicación de un único régimen a los requisitos de publicidad de la garantía real sin desplazamiento, o no posesoria, sobre un bien corporal, mientras que, con arreglo a la variante 2, la ley de más de un país sería aplicable a la constitución, publicidad y prelación de dicha garantía, en todo supuesto en el que las mercancías estuvieran ubicadas en el territorio de más de un país; las mercancías gravadas cambiaban de lugar con más frecuencia que los otorgantes de una garantía; y, además, la variante 1 no requería ninguna regla especial para el supuesto de que la garantía recayera sobre bienes móviles, como sucedía en la variante 2. Según otro parecer, la variante 2 resultaba preferible, por estar estructurada en torno a la noción generalmente aceptable de la *lex rei sitae* y preveía muy pocas excepciones a dicha regla, mientras que la variante 1 respecto del orden de prelación de una garantía sin desplazamiento sobre un bien corporal, se apartaba, sin justificación suficiente, de la regla de la *lex rei sitae* y daría lugar a que la publicidad y la prelación de dichas garantías se rigiera por diversos regímenes.

45. Se sugirió, desde otro ángulo, que la constitución de una garantía real posesoria, así como su publicidad y orden de prelación debían regirse por la *lex rei sitae*, mientras que respecto de una garantía real no posesoria esas mismas cuestiones debían regirse por la ley del lugar donde estuviera ubicado el otorgante.

46. En respuesta a una pregunta, se observó que ni la variante 1 ni la variante 2 eran incompatibles con la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos, dado que: el artículo 22 de dicha Convención regula con reglas de derecho sustantivo ciertas cuestiones relacionadas con la creación de un derecho, mientras que remite, por conducto de la definición aplicable en materia de prelación (ver artículo 5 h)), todas las cuestiones relacionadas con la constitución, publicidad o prelación de una garantía real a la ley del lugar donde el cedente estuviera ubicado (es decir, donde el otorgante estuviera ubicado); los artículos 27 y 28 de dicha Convención se ocupan de cuestiones contractuales; el artículo 29 se ocupa de la relación entre el cesionario y el deudor; y el artículo 30 se ocupa de cuestiones de prelación en términos compatibles con los de la variante 1 y los de la variante 2. Se observó además que, en un supuesto de cláusula de retención por el vendedor de la titularidad, el comprador sería el otorgante/deudor. También, se observó que la

referencia a títulos negociables, inserta en la variante 1, tenía por objeto dar entrada en el nuevo régimen a documentos de titularidad como el conocimiento de embarque.

47. Tras deliberar al respecto se convino en que se reformulara el texto de las variantes de regla, que se habían examinado, en términos que realzaran toda similitud entre una y otra variante respecto de la que el Grupo de Trabajo se hubiera mostrado de acuerdo, así como toda diferencia entre ellas respecto de la que se hubieran expresado pareceres divergentes.

B. Autonomía de las partes respecto de la ley aplicable a la constitución de una garantía real

48. El Grupo de Trabajo pasó a examinar una sugerencia de que la constitución de una garantía real (y los derechos y obligaciones de las partes, previos a todo incumplimiento) se rigieran por la ley a la que las partes remitieran en su acuerdo de garantía. Se dijo, en su apoyo, que no había razón alguna para limitar la autonomía de las partes respecto de la ley aplicable a la constitución de una garantía real, con tal de que los derechos de terceros no se vieran afectados. Se observó además que el Convenio sobre la ley aplicable a ciertos derechos sobre títulos valores depositados en manos de un intermediario, preparado por la Conferencia de La Haya, constituía un precedente estimable al respecto. En sentido contrario, se observó no obstante que, si bien no había inconveniente en permitir el libre juego de la autonomía contractual de las partes respecto de derechos contractuales, ese criterio sería sumamente difícil de aceptar respecto de derechos de índole real. Se dijo que la distinción a este respecto entre los derechos reales y los derechos de índole contractual era una distinción básica que no era posible ignorar. Se observó además que el texto preparado por la Conferencia de La Haya era de naturaleza distinta ya que se ocupaba de operaciones de índole especial y daba libre juego a la autonomía contractual de las partes en la relación creada entre el deudor y su intermediario, pero no en la relación creada entre el acreedor garantizado y el deudor.

C. Cambio subsiguiente en el factor de conexión

49. Se observó que el párrafo 25 se ocupaba del efecto previsible de que se operara un cambio en el factor de conexión utilizado (por ejemplo, en la ubicación del otorgante o en la ubicación de los bienes) sobre la determinación de la ley aplicable. Se observó que ese cambio podría suscitar problemas si, por ejemplo, el otorgante se desplazaba de un Estado que carecía de un sistema registral de publicidad a un Estado que dispusiera de un registro oficial de las garantías reales, conforme a lo previsto en el proyecto de guía. En dicho supuesto, a results del período de gracia propuesto, el acreedor garantizado dispondría de cierto tiempo para cumplir con los requisitos aplicables en materia de publicidad en el territorio del nuevo Estado del otorgante. Se sugirió que debería explicarse en el proyecto de guía la finalidad inherente al período de gracia de moderar todo efecto de la transición desde la condición anterior de la garantía real a su condición actual. A este respecto, se observó que el período de gracia suponía una fecha límite para el deber de diligencia de las partes. Se dijo que los titulares de una garantía real anterior al cambio deberían mantenerse al corriente de la ubicación del otorgante o de los bienes gravados, sin necesidad de hacerlo a diario. Se dijo igualmente que los

titulares de garantías reales posteriores al cambio deberían estudiar los desplazamientos de su otorgante o de los bienes gravados para averiguar si era habitual que pasaran del territorio de un Estado a otro, aun cuando el período estudiado no fuera muy prolongado.

D. Ley aplicable a la ejecución de una garantía real

50. Se expresaron pareceres divergentes acerca de si los asuntos relativos a la ejecución de una garantía real debían regirse por la ley del Estado donde se pretenda ejecutar dicha garantía (*lex fori*; variante 1), por la ley aplicable a su constitución y, posiblemente, a su prelación (variante 2), o por la ley de que rija la relación contractual entre el acreedor y el deudor (ley del contrato o *lex contractus*; variante 3). Según uno de los pareceres se debería optar, por razones de eficiencia económica, por declarar aplicable la *lex contractus* que bastaría con los principios de orden público de la ley del foro para limitar toda aplicación de la *lex contractus* que fuera contraria a algún interés legítimo del otorgante. Se observó además que la variante 1 podría ser la más objetable, en la medida en que diera lugar a que una de las partes pudiera determinar el lugar de ejecución (“foro de conveniencia”) en detrimento de algún derecho del acreedor garantizado, lo que restaría valor al bien gravado como fuente segura de crédito. Según otro parecer la ejecución de una garantía real entrañaba por definición cuestiones que serían de orden público para la ley del foro, por lo que debería dejarse al arbitrio de la ley del foro. Se señaló que, en la medida en que la ejecución hubiera de demandarse ante un tribunal del lugar donde estuvieran ubicados los bienes gravados, el riesgo de que se buscaran foros de conveniencia era mínimo. Según otro parecer, todo dependía del significado que se diera a la frase “toda cuestión de derecho sustantivo que afecte a la ejecución de una garantía real del acreedor”. Según ese parecer, si esa frase se refería a la ejecución del contrato del que hubiera nacido la obligación garantizada, cabría contemplar la posibilidad de que la cuestión se dejara al arbitrio de la autonomía contractual. Ahora bien, si esa frase se refería a la ejecución de la garantía real, no había lugar alguno para el ejercicio de la autonomía contractual de las partes. Se convino en que la cuestión debatida distaba aún mucho de estar clara.

E. Efecto de una declaración de insolvencia sobre la ley aplicable

51. Se observó que en un supuesto de insolvencia del deudor o de un tercero otorgante de la garantía, se suscitarían diversas cuestiones, en particular la de saber cuál sería la ley aplicable a la constitución, los requisitos de publicidad y la ejecución de una garantía real, y la de saber si la ley aplicable a esas cuestiones se vería afectada por toda paralización o todo otro efecto dimanante de la apertura de un procedimiento de reorganización.

52. El Grupo de Trabajo convino en que los efectos de una declaración de insolvencia sobre la ley aplicable (independientemente de si el procedimiento se abría en el lugar donde estuvieran ubicados los bienes gravados o en algún otro lugar) podrían ser importantes para el procedimiento de insolvencia, por lo que deberían ser estudiados, en primer lugar, en el proyecto de guía sobre el procedimiento de insolvencia.

53. Prevaleció, no obstante, el parecer de que si bien la apertura de un procedimiento de insolvencia afectaría a toda acción ejecutoria individual, esa apertura no modificaría la ley aplicable a la constitución de una garantía real, ni a su prelación y requisitos en materia de publicidad y ello no dependía de dónde estuvieran ubicados los bienes gravados.

54. Se sugirió que sería conveniente examinar esas cuestiones en una reunión conjunta de los Grupos de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) y VI (Garantías Reales). En espera de que el Grupo de Trabajo V examinara estas cuestiones y decidiera si esa reunión conjunta era necesaria para examinar este capítulo del proyecto de guía, el Grupo de Trabajo decidió que de momento no procedía formular una recomendación al respecto. El Grupo de Trabajo observó que, en todo caso, el asunto habría de ser examinado por la Comisión en su 36º período de sesiones, que se celebraría en Viena del 30 de junio al 18 de julio de 2003.

F. Alcance de las reglas aplicables en materia de conflictos de leyes

55. El Grupo de Trabajo consideró si convendría formular reglas en materia de conflictos de leyes respecto de las garantías reales constituidas sobre otras categorías de bienes, tales como depósitos bancarios, cartas de crédito, valores bursátiles y derechos de propiedad intelectual. Se convino en no formular reglas sobre los derechos de garantía constituidos sobre bienes excluidos del ámbito del proyecto de guía, como los valores bursátiles (respecto de los derechos de propiedad intelectual, véase el párrafo 90). Respecto de los depósitos bancarios, se sugirió incluirlos por ser una de las principales categorías de bienes gravables contemplados en el proyecto de guía (véase, no obstante, el párrafo 90). En lo que respecta a las cartas de crédito, se expresó cierta inquietud de que toda regla que se formulara pudiera duplicar otras reglas ya existentes.

56. Se convino en que las reglas de conflictos de leyes formuladas se ocuparan, en primer lugar, de ciertas categorías importantes de bienes típicamente comerciales, como las mercancías, las existencias inventariadas, los créditos por cobrar y los depósitos bancarios. Una vez que se hubiera llegado a un acuerdo respecto de las reglas aplicables a dichas categorías de bienes, el Grupo de Trabajo pasaría a considerar si procedía formular reglas de derecho internacional privado respecto de las garantías reales constituidas sobre otras categorías de bienes.

57. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que revisara el capítulo XI, a la luz de las opiniones y de las sugerencias formuladas.

Capítulo XII. Cuestiones de transición (A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.12)

Observaciones generales

58. Hubo acuerdo general en el Grupo de Trabajo en que el proyecto de guía debería enunciar recomendaciones claras sobre las cuestiones de transición del antiguo al nuevo régimen previsto por el proyecto de guía. Se dijo que dotar al nuevo régimen de un juego de reglas transitorias adecuadas facilitaría su aplicación

sin interferir indebidamente con las garantías reales ya existentes, lo que garantizaría el éxito y la aceptabilidad del nuevo régimen. Se dijo además que, en la medida en que esas reglas transitorias dieran soluciones claras, destinadas a resolver los problemas que cabía prever en el ámbito de las operaciones de crédito garantizadas, esas reglas darían mejor resultado que las reglas de transición comunes habitualmente aplicables en todo Estado que fuera a promulgar alguna ley inspirada en el régimen del proyecto de guía.

59. En cuanto a la estructura del capítulo XII, se convino en la conveniencia de remodelarla de forma que enunciara claramente las cuestiones transitorias que se habían de resolver. Cabía citar al respecto la determinación de los siguientes puntos: la fecha de validez del nuevo régimen; la prelación de toda garantía real constituida con anterioridad a dicha fecha; el período transitorio de gracia de que gozaría todo titular de una garantía constituida con anterioridad a la fecha de validez para adoptar medidas que preservaran sus derechos; la validez de toda garantía real anterior a la fecha de validez entre las partes afectadas por la misma; la ejecutoriedad de una garantía real preexistente tras la fecha de validez del nuevo régimen.

60. No obstante, se expresó la opinión de que el capítulo XII reflejaba un criterio que planteaba dos problemas. Uno de ellos era que no tenía en cuenta el principio del carácter no retroactivo del régimen. El otro problema es que giraba en torno a un período de transición que no podía proteger suficientemente los derechos de los acreedores con créditos anteriores a la reforma.

61. Otro posible enfoque consistiría en que, en principio, el nuevo régimen no sería aplicable a las operaciones previas a la reforma salvo en algunas situaciones prescritas. Entre las excepciones mencionadas figuraban las situaciones en que una operación previa a la reforma fuese inválida en virtud del régimen anterior y válida en virtud del nuevo régimen, y en que la ejecución de una operación previa a la reforma se produjera después de entrar en vigor el nuevo régimen.

A. Fecha de validez

62. Se convino en que el proyecto de guía enunciara una recomendación clara de que el nuevo régimen legal de las operaciones de crédito garantizado señalara la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen (“fecha de validez”). Se convino, además, en que el proyecto de guía diera ciertas directrices a los Estados sobre los aspectos que se habrían de considerar a la hora de determinar la fecha de validez. Se mencionaron, entre otras, las siguientes consideraciones: la importancia de la fecha de validez del nuevo régimen para toda decisión de otorgar o no crédito; el aprovechamiento máximo de toda ventaja del nuevo régimen; las medidas de índole reglamentaria, institucional, informativa o de otra índole que un Estado promulgante debería adoptar; la situación imperante en el marco del régimen en vigor y otras cuestiones de infraestructura previa; la armonización del nuevo régimen de las operaciones de crédito garantizadas en el marco legal general del país; el contenido de toda norma de rango constitucional que obligue a respetar los términos de las operaciones concertadas con anterioridad a la fecha de validez; y las prácticas habitualmente seguidas para la entrada en vigor de toda nueva ley (por ejemplo, el primer día de un mes). Se convino, además, que si bien era conveniente que la Guía

mencionara esas consideraciones, no era preciso que recomendara ningún plazo concreto, dado que su duración dependería de esas consideraciones, por lo que sería distinto de un país a otro.

B. Período transitorio

63. Se convino en que el proyecto de guía recomendara que el nuevo régimen legal de las operaciones garantizadas dejara cierto tiempo a las partes en operaciones concertadas con arreglo al anterior régimen para adoptar toda medida necesaria para preservar sus derechos (“período transitorio”).

64. En cuanto a la forma de coordinar la fecha de validez del nuevo régimen con el período transitorio, se dijo que cabía fijar una fecha de validez posterior en algunos meses a la fecha de promulgación del nuevo régimen o hacer coincidir una y otra fecha, en cuyo caso se habría de establecer un período transitorio que permitiera que toda parte afectada ajustara al nuevo régimen sus operaciones anteriores. Otra posibilidad mencionada fue la de aplazar unos cuantos meses la entrada en vigor del régimen recién promulgado, pero previendo además cierto período transitorio a partir de la fecha de validez. Se expresaron preferencias por este último enfoque, con tal de que el período entre la fecha de promulgación y la fecha de validez fuera breve, y se previera un período transitorio más largo.

65. Se sugirió que se permitiera que las partes adoptaran, durante el período transitorio, no sólo medidas para preservar sus garantías, sino también para cancelar todo contrato previo a la fecha de validez del nuevo régimen. Se objetó a esta última sugerencia que daría sin querer lugar a que se perturbaran relaciones jurídicas ya establecidas.

C. Orden de prelación

66. Se sugirió que el proyecto de guía señalara toda cuestión relacionada con el posible efecto del nuevo régimen sobre el orden de prelación existente y sugiriera, a la vez, soluciones adecuadas. Cabía citar como cuestiones previsibles las siguientes: i) ¿cuál sería la ley aplicable a las cuestiones de prelación entre garantías constituidas con posterioridad a la fecha de validez? ii) ¿cuál sería la ley aplicable a las cuestiones de prelación entre garantías constituidas con anterioridad a la fecha de validez? iii) ¿cuál sería la ley aplicable a las cuestiones de prelación entre garantías constituidas con anterioridad y con posterioridad a la fecha de validez?

67. Se opinó en general que la respuesta a la primera pregunta debía ser el nuevo régimen. Respecto de la segunda pregunta, según uno de los pareceres expresados, la respuesta dependería de las circunstancias del caso. De no haber sucedido otra cosa que el paso de la fecha de validez del nuevo régimen, esas cuestiones debían regirse por la ley anterior al nuevo régimen, ahora bien, otra cosa sería que hubiera intervenido entre tanto alguna medida que afectara al orden de prelación previsto con arreglo al régimen anterior (ver A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.12, párr. 9). Según otro parecer debería aplicarse en todo supuesto el orden de prelación del régimen anterior.

68. Respecto de la tercera pregunta anteriormente formulada, se convino en que se declarara aplicable el nuevo régimen con tal de que se diera, al titular de una

garantía real constituida con arreglo al régimen anterior, cierto plazo durante el cual pudiera adoptar medidas para preservar su prelación con arreglo al nuevo régimen (véase A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.12, párr. 10). Se dijo que se indicara claramente que las medidas a adoptar por el titular de una garantía con arreglo al régimen anterior eran unilaterales y encaminadas únicamente a preservar su prelación con arreglo al nuevo régimen. En respuesta a una pregunta, se mencionó que se podía informar a los terceros de toda garantía real inscrita en el registro (cuya prelación se remontara al régimen anterior) mediante una notificación especial igualmente inscrita. En respuesta a otra pregunta, se dijo que, aun cuando con arreglo al anterior régimen la prelación dependiera de la fecha de constitución de la garantía, la determinación de esa fecha sería una cuestión probatoria.

69. En el curso de las deliberaciones, se sugirió que se examinara asimismo en el proyecto de guía la cuestión de cuál de las partes habría de sufragar los gastos inherentes a la observancia del nuevo régimen. Se mencionó también, a ese respecto, que convenía que esos gastos de observancia fueran reducidos, ya que, de lo contrario, disminuiría la aceptabilidad del nuevo régimen.

70. Se sostuvo que, según el enfoque propuesto más arriba (véanse los párrafos 60 y 61), en el caso de un conflicto de prelación entre un derecho anterior a la reforma y otro posterior, el derecho anterior gozaría de prelación en virtud del orden de constitución (si ninguna parte hubiera procedido a la inscripción en un registro), o en virtud del orden de inscripción (cuando tanto el acreedor anterior como el posterior a la reforma hubieran procedido a la inscripción), o también si se hubiera inscrito durante el período de transición, o en cualquier caso (aun cuando se hubiera inscrito el derecho posterior a la reforma).

71. Tras deliberar al respecto, se pidió a la Secretaría que revisara el texto del capítulo XII, a la luz de las opiniones y sugerencias expresadas. Se pidió asimismo a la Secretaría que incluyera, ya sea en el capítulo XI o en el XII, un examen de las cuestiones transitorias suscitadas en el marco de las reglas en materia de conflictos de leyes, y que formulara alguna recomendación al respecto.

72. Tras haber concluido el examen de todos los capítulos de la primera versión del proyecto de guía (A/CN.9/WG.VI/WP.2 y adiciones 1 a 12), el Grupo de Trabajo pasó a examinar los primeros capítulos de la segunda versión del proyecto de guía (A/CN.9/WG.VI/WP.6 y adiciones 1 a 3). A fin de tener tiempo para examinar el capítulo III (Prácticas básicas en materia de garantía reales) y el capítulo IV (Constitución de garantías reales), el Grupo de Trabajo decidió aplazar el examen del capítulo I (Introducción) y del capítulo II (Objetivos claves).

Capítulo III. Prácticas básicas en materia de garantías reales (A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.2)

A. Prenda

73. Respecto del examen de la responsabilidad del acreedor garantizado, o prestamista, por todo daño causado por el bien o los bienes gravados, incluidos los daños ecológicos, en el párrafo 12 del capítulo III, se sugirió que cabría explicar mejor ese problema y sus posibles soluciones, si se daban algunos ejemplos de supuestos en los que un acreedor garantizado, que se hiciera cargo de la titularidad,

de la posesión o del control de un bien gravado, ya sea al constituirse o al ejecutar la garantía, no fuera sin embargo responsable de los daños causados por dicho bien o dichos bienes. Se mencionaron los siguientes posibles ejemplos: el supuesto de un acreedor garantizado que figure como titular de las mercancías en virtud de lo consignado en un título negociable (conocimiento de embarque o certificado de depósito) sin intervenir en nada en la navegación del buque o en la gestión del almacén; el supuesto de un socio comanditario (y no de un socio colectivo) en una sociedad personal de responsabilidad limitada que sea titular o controle el bien gravado o el local donde se almacene dicho bien; el supuesto de que un acreedor garantizado se haga cargo del bien gravado para la ejecución de la garantía, con tal de que dicho acreedor garantizado venda dicho bien a la mayor brevedad posible y dentro de un plazo razonable; y la adquisición de la propiedad (por vía de embargo ejecutivo del bien gravado o de la ejecución de la garantía) sobre un bien previamente contaminado sin que el acreedor tuviera o pudiera tener conocimiento de ello, pese a toda medida razonable que hubiera adoptado al respecto. En la medida en que contribuyera a aclarar el posible alcance de la responsabilidad medioambiental de un acreedor garantizado al adoptar su decisión de otorgar crédito, se estimó que dicha sugerencia merecía ser escuchada, aunque se expresó cierta preocupación por el último ejemplo mencionado.

74. Ahora bien, se expresaron pareceres divergentes sobre si la Guía debía formular recomendaciones acerca de la responsabilidad eventual del acreedor garantizado por todo daño ambiental imputable a los bienes gravados. Según uno de los pareceres expresados sería conveniente que el proyecto de guía formulara esas recomendaciones. Se dijo que se trataba de una cuestión que dificultaba enormemente la negociación de ciertas operaciones financieras. Se observó además que la mera posibilidad de que el acreedor garantizado estuviera expuesto a responsabilidad por daños ambientales bastaba a menudo para que el acreedor denegara el crédito solicitado. Se dijo también que se trataba de un riesgo frente al que no cabía asegurarse, suponiendo que se obtuviera un seguro, ya que ningún seguro obtenible cubriría la responsabilidad penal eventual del asegurado, ni su posible pérdida de reputación comercial. Se mencionó además que se trataba de un supuesto previsto en el derecho interno de muy pocos países. Prevaleció, no obstante, el parecer de que el proyecto de guía no hiciera recomendación alguna al respecto. Se dijo que la responsabilidad por daños ambientales suscitaba cuestiones de orden público del derecho interno de cada país que se salían del marco previsto para el proyecto de guía. Se observó además que, a fin de incluir esas recomendaciones en el proyecto de guía, el Grupo de Trabajo habría de considerar todas las cuestiones conexas, así como el posible efecto de sus recomendaciones sobre otros interesados distintos del acreedor garantizado. Se dijo también que, en vista de las importantes divergencias existentes de un ordenamiento a otro, en particular en lo relativo a la responsabilidad por daños ambientales, sería muy difícil llegar a un acuerdo respecto de ninguna recomendación y que ese esfuerzo por llegar a un acuerdo se haría, en todo caso, a expensas de la labor destinada a resolver las cuestiones principales objeto del proyecto de guía.

75. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo convino en que se insertaran en el proyecto de guía los ejemplos mencionados a fin de dar a conocer el impacto eventual, de que el acreedor garantizado haya de responder de los daños imputados a los bienes gravados, sobre la oferta de crédito financiero y sobre el costo de dicho crédito, pero sin formular recomendación alguna al respecto.

B. Garantía real sin desplazamiento o no posesoria

76. Se objetó, a la última oración del párrafo 21, que no era cierto que la posesión del bien gravado por el deudor suscitara el problema de una “falsa impresión de riqueza”, ya que se daba en general por supuesto la existencia de gravámenes sin desplazamiento o no posesorios sobre los bienes del deudor. A fin de responder a esta inquietud, se sugirió suprimir esa oración. Pero si bien se convino en que el problema de la “falsa impresión de riqueza” dimanante de la posesión por el deudor del bien gravado era un problema de menor importancia en las economías modernas, conforme se reconocía en el párrafo 19, se dijo que esa menor importancia se debía en buena parte a la existencia de sistemas de publicidad registral. Se sugirió, por ello, reformular esa oración en términos que indicaran la necesidad de que el proyecto de guía se ocupe de las cuestiones de publicidad y prelación de la garantía real y ponga de relieve las ventajas de un sistema de inscripción pública de la garantía sobre la toma de posesión del bien gravado.

77. Respecto del párrafo 23, se sugirió que su texto pusiera en claro que todo régimen selectivo, destinado a las garantías no posesorias, crearía dificultades a la hora de resolver conflictos de prelación entre garantías reales de índole posesoria y no posesoria.

C. Garantías reales sobre bienes inmateriales

78. Se sugirió que la referencia en el párrafo 25 al hecho de que los bienes inmateriales no pueden, por definición, ser objeto de posesión física era un rasgo que debía incluirse en la definición de “bienes inmateriales” en la sección de terminología del proyecto de guía (véase A/CN.9/WG.VI/ WP.6/Add.1, sección B). Se sugirió también que se suprimiera la referencia en la última oración del párrafo 28 a “algunos ordenamientos”, dado que el hecho de que la notificación al deudor no sea, por alguna razón, conveniente retendrá toda su validez con independencia de cuál sea el ordenamiento jurídico considerado.

D. Transferencia de la titularidad para fines de garantía

79. Con respecto al párrafo 31, se sugirió que cabría citar que su bajo costo y eficiencia eran dos rasgos adicionales de la transferencia de la titularidad para fines de garantía que convendría incluir en el párrafo 31. Se observó, respecto del párrafo 33, que las dos últimas oraciones tenían por objeto indicar que en un régimen global de las garantías reales no sería necesario referirse a la transferencia de la titularidad como un dispositivo especial. Se expresó, no obstante, la inquietud de que esa declaración pudiera, sin querer, desalentar el recurso a esta técnica de la transferencia de la titularidad. A fin de responder a dicha inquietud, se sugirió suprimir las dos últimas oraciones del párrafo 33. Se objetó a dicha sugerencia que esas dos oraciones eran de índole descriptiva y que en ellas se reflejaba la circunstancia de que se trataba de un dispositivo creado por la práctica comercial de países donde la ley no daba margen para la constitución de garantías reales sin desplazamiento o no posesorias. Se observó además que un régimen global de las garantías reales daría margen para la técnica de la transferencia o retención de la titularidad como dispositivo de garantía real, pero aplicando a dicho dispositivo el

mismo régimen que a toda otra garantía real. Tras deliberar al respecto, se convino en que se revisara el texto de esas dos oraciones para que reflejaran el significado que se pretendía darles y para aclarar que la transferencia de titularidad podía desempeñar un papel, incluso en un régimen global de las garantías reales. Se sugirió, por razones de forma, suprimir el término “moderno”, sustituir la palabra “permitir” por “considerar”, y sustituir “a título de garantía” por “como forma particular de constituir una garantía real”.

E. Retención de la titularidad

80. Si bien se mostró de acuerdo en la conveniencia de que se examinaran las ventajas y desventajas de la retención de dominio o de la titularidad del bien vendido, el Grupo de Trabajo opinó que cabía complementar el trabajo actual con la indicación de otras ventajas y desventajas. Se citaron como ventajas adicionales la de que la retención de la titularidad era un dispositivo eficiente en función de su costo, podía emplearse en operaciones financieras tanto de corta como de larga duración, y dotaba de una garantía real tanto al deudor como al acreedor. Como desventajas adicionales se citaron la de que la retención de dominio dejaba al vendedor en una situación de ventaja respecto de otros acreedores, impedía que el comprador adquiriera la titularidad del bien vendido hasta no haber pagado la totalidad de su precio de compra, imponía a terceros un deber de diligencia costoso en ausencia de publicidad, e iba más allá de lo estrictamente requerido para garantizar el crédito otorgado.

81. Se expresaron pareceres divergentes sobre cómo debería tratarse la retención de titularidad. Según uno de los pareceres procedía integrar esta figura jurídica en el régimen global de las garantías reales, tratándola como una modalidad más de la garantía real. Se dijo que ese enfoque reconocería debidamente la utilidad de esta técnica de retención de la titularidad del bien. Se observó además que su objetivo económico, de alentar esta modalidad de crédito otorgado por el propio proveedor, se vería reforzado si se reconocía que, siempre que se le diera publicidad, la retención de la titularidad gozaría de prelación a partir de la fecha de su constitución (“prelación superior o privilegiada”). Se sugirió, a ese respecto, que toda recomendación por la que se abogara en favor de tratar la retención de la titularidad como un dispositivo de garantía real debería ir complementada por otra recomendación por la que se dotara a esta forma de garantía real de prelación superior.

82. Según otro parecer no procedía tratar a la retención de titularidad como dispositivo de garantía real, sino que convenía retener esta figura como una operación de venta de características especiales dimanantes de su informalidad, de su eficiencia en función de su costo y del hecho de llevar incorporado un crédito del proveedor que reemplazaba al crédito bancario. Se observó además que tratar la técnica de la retención de la titularidad como dispositivo de garantía podría menoscabar su condición privilegiada y restarle eficiencia. Se dijo, en respuesta, que incluso en el marco de un régimen global de las garantías reales, la retención de la titularidad gozaba de utilidad propia y de una situación privilegiada, en la medida que se le reconociera su prelación de origen privilegiada. Se observó además que, fuera o no tratada como garantía real, esta técnica no permitía necesariamente que el acreedor separase los bienes sobre los que recayera su derecho de la masa de la

insolvencia, en un supuesto de insolvencia. Se dijo, también, que en todo país que no dispusiera de un régimen moderno de las operaciones de crédito garantizadas, la introducción de un régimen global de las garantías reales constituía la alternativa más eficiente. Se observó además que cabía prever que, la eficiencia de un régimen legal moderno de las garantías reales, podía verse menoscabada si se elevaba demasiado el costo de conversión en una garantía real de un dispositivo que estuviera basado en la titularidad del bien vendido.

83. Se formularon ciertas sugerencias de índole puntual. Respecto de las dos últimas oraciones del párrafo 35, se sugirió que cabía suprimirlas ya que se fundaban en consideraciones de índole económica desplazadas en el marco de la presente Guía. Respecto del párrafo 38 se sugirió que debería precisar que en algunos países no se reconocía la validez frente a terceros de las cláusulas contractuales de retención de la titularidad.

84. Tras deliberar al respecto, se convino en que se revisara el examen efectuado en el capítulo III de la técnica de retención de la titularidad a fin de señalar otras ventajas y desventajas de la misma, y a fin de aclarar las opciones de política general consistentes en regular dicha técnica ya sea por un régimen especial de la titularidad o ya sea por un régimen que incorpore dichas prácticas de retención de la titularidad en un único régimen global de las garantías reales.

F. Régimen global uniforme de las garantías reales

85. Respecto del párrafo 43, se sugirió que su texto insistiera en que la principal característica de todo régimen global uniforme de las garantías reales consistía en dar primacía a las cuestiones de fondo sobre las de forma, así como en su objetivo de maximizar la disponibilidad de crédito financiero. Respecto del párrafo 45, se sugirió que se revisara su texto insistiendo en la posibilidad de que todo Estado que fuera a reformar su régimen de las operaciones garantizadas tendría ante sí la opción de promulgar un único régimen de las garantías reales, ya fueran de índole posesoria o no posesoria, o mantener su propio régimen en materia de garantías reales posesorias o con desplazamiento y promulgar un régimen especial que se ocupara únicamente del supuesto de las garantías reales sin desplazamiento o de índole no posesoria. Se observó que la fusión de ambos regímenes en uno solo obraría en aras de la transparencia sin restar flexibilidad a las prácticas comerciales, dado que se retenían los diversos dispositivos de garantía a los que las partes solían recurrir para satisfacer sus necesidades. Se observó además que, en el supuesto de que se adoptaran dos regímenes separados, el Estado promulgante se vería obligado a resolver todo conflicto de prelación que pudiera darse entre las garantías que se rigieran por uno u otro de los dos regímenes.

G. Resumen y recomendaciones

86. Respecto de la nota que figuraba a continuación del párrafo 48, el Grupo de Trabajo, tras recordar su decisión de que se incluyeran en el proyecto de guía más ejemplos que recomendaciones (véase el párrafo 75), decidió que se retuviera esa nota en forma abreviada para su estudio en un ulterior período de sesiones.

87. Respecto del párrafo 51, se convino en que su texto debería aclarar que el régimen previsto por el proyecto de guía se destinaba a las garantías reales constituidas tanto sobre bienes corporales como sobre bienes inmateriales, a excepción de toda categoría de bienes que estuviera expresamente excluida. Como cuestión de forma, se sugirió sustituir las palabras “a este tipo de garantía” por “a esta categoría de bienes”.

88. Respecto de los valores bursátiles, que habían sido excluidos del ámbito del régimen previsto por el proyecto de guía, se convino en que el proyecto de guía indicara claramente que dicha exclusión no significaba que dichos bienes no podían ser gravados sino que toda garantía real constituida sobre los mismos se regiría por alguna otra norma. Tras señalar que ese asunto se trataba en otro lugar del proyecto de guía (véase A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1, párr. 9), el Grupo de Trabajo convino en que se hiciera la remisión oportuna en el capítulo III al lugar del proyecto de guía que trataba de dicha cuestión.

89. Respecto de la nota que figuraba a continuación del párrafo 51, se convino en que procedía que los principios de la Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos estuvieran debidamente reflejados en el proyecto de guía. Se convino además en la necesidad de abordar otras cuestiones relativas a las garantías reales constituidas sobre créditos por cobrar. Se sugirió a ese respecto que la próxima versión del proyecto de guía examinara la cuestión de todo tercero deudor (es decir, de todo tercero deudor de un crédito por cobrar que estuviera gravado por una garantía real).

90. En cuanto a otras categorías de bienes, tales como los depósitos bancarios, se convino en que se aplazara toda decisión sobre si debían o no estar incluidos en el proyecto de guía hasta que el Grupo de Trabajo hubiera preparado ciertas reglas sobre los bienes mercantiles básicos que serían objeto de la presente Guía (es decir, las mercancías, las existencias inventariadas y los créditos por cobrar). El Grupo de Trabajo convino en que se siguiera también ese criterio respecto de los derechos de propiedad intelectual. Se dijo que toda labor sobre mercancías, que estuvieran amparadas por una marca comercial, podría incidir en el régimen de la propiedad intelectual de un país. Se pidió por ello cierta cautela, y se insistió en la complejidad de las cuestiones que pudieran estar involucradas, por lo que toda labor a ese respecto debería ser coordinada con la de otras organizaciones, como la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI).⁷

91. Respecto de los párrafos 52 y 53, se convino en que esos párrafos se sustituyeran por dos variantes de recomendación colocadas cada una de ellas entre corchetes. La primera variante preconizaría un régimen global en el que los dispositivos de retención de dominio o de la titularidad del bien vendido que cumplieran una función de garantía serían tratados al igual que todo otro dispositivo de garantía real. La segunda variante se ocuparía del supuesto de que fuera a instituirse un régimen especial para los dispositivos basados en la retención de dominio o de la titularidad distinto del aplicable a las garantías reales en general. En tal caso, se señaló la necesidad de tener presente toda eventual correlación (por ejemplo en materia de prelación) entre los dispositivos basados en la retención o transferencia de la titularidad y las garantías reales propiamente dichas. Se sugirió a ese respecto que el proyecto de guía insistiera en que una y otra variante darían margen para el funcionamiento de dispositivos basados en la retención de dominio o titularidad. Respecto del examen del alcance y de la prelación superior de los

dispositivos basados en la retención de la titularidad, efectuado en el párrafo 53 y en la nota subsiguiente a dicho párrafo, si bien se expresó amplio apoyo por su contenido, se convino en que ese tema debía examinarse en el capítulo relativo al orden de prelación. Se convino además en que se retuviera en ese nuevo contexto la declaración de que el régimen aplicable a la transferencia o retención de la titularidad como dispositivo de garantía no debía prejuzgar su conceptualización para otros fines.

Capítulo IV. Constitución de garantías reales (A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.3)

A. Introducción

92. Con respecto al párrafo 1, se observó que, dado que la publicidad no debería ser un requisito para la eficacia sino únicamente para la prelación, convendría matizar la afirmación de que “por lo general” el acuerdo entre las partes no es suficiente para crear una garantía real.

B. Accesoriedad de la garantía real

93. Si bien había acuerdo general en que la accesoriedad del derecho real de garantía respecto de la obligación garantizada constituía un principio fundamental del régimen de las operaciones garantizadas y en que debía tratarse la cuestión, muchas delegaciones consideraron que sería preciso explicar más detalladamente ese principio. Se sostuvo, por ejemplo, con respecto a las operaciones de préstamos renovables, que el principio podría explicarse por referencia a la ejecución. La garantía real era un derecho accesorio respecto de la obligación garantizada por el hecho de que no podía ser ejecutada si no se había adelantado una parte del préstamo. A este respecto, se señaló que, en las operaciones de préstamos renovables, la accesoriedad de las garantías reales podría explicarse también haciendo referencia a la posibilidad de que con esas garantías se podían asegurar los futuros anticipos de crédito, lo cual demuestra que las garantías reales existen incluso antes de que se haya adelantado una parte del crédito.

94. En cuanto a la accesoriedad de los dispositivos basados en la titularidad, se observó que la cuestión se regulaba de distintas maneras en los diversos ordenamientos jurídicos. En cualquier caso, dado que esa cuestión se refería a la regulación de la titularidad como mecanismo de garantía, se convino en suprimir su análisis en el párrafo 4. A este respecto, se sugirió que los mecanismos de titularidad se examinaran aparte, al final de cada capítulo o en un capítulo distinto.

C. Limitaciones de los tipos de obligaciones que podían garantizarse

95. Con respecto al párrafo 6, se convino en la necesidad de revisarlo para que no prescribiera regímenes especiales para una amplia gama de “operaciones” en vez de obligaciones, a fin de no dar la impresión de que un régimen especial sobre los mecanismos de titularidad no podía abarcar una gran variedad de obligaciones.

D. Diversidad de las obligaciones garantizables

96. Se sugirió revisar la última oración del párrafo 7 para que dijera que la única obligación no monetaria no garantizable con una garantía real era una obligación no convertible a dinero.

97. Respecto de los párrafos 9 a 11, se sugirió complementar las distinciones conceptuales efectuadas con un algún ejemplo práctico. Se sugirieron tres supuestos prácticos, el supuesto nada frecuente de que se constituyera una garantía real para respaldar una obligación preexistente y ya vencida, el supuesto muy frecuente de que se constituyera una garantía real para respaldar una obligación ya negociada pero aún no vencida y el supuesto habitual tras la apertura de una línea de crédito de que se constituyera una garantía real para respaldar el desembolso de futuros anticipos. Se sugirió también suprimir la segunda oración del párrafo 11, dado que se refería a una cuestión conceptual de índole compleja a la que el derecho interno daba soluciones divergentes.

E. Descripción

98. Se sugirió respecto del párrafo 13, que se explicaran algo más las nociones de “cláusula por cualquier suma” y de “cláusula de importe máximo”. Se dijo asimismo que debería hablarse de la facultad de que gozaban las partes para estipular de común acuerdo el importe máximo de la garantía. En cuanto al párrafo 14, se sugirió desarrollar el contenido de la última oración indicando las ventajas para el deudor de una operación de crédito rotatorio o renovable.

99. Se sugirió suprimir el párrafo 15 o reformularlo en términos que remitieran la cuestión de la convertibilidad monetaria de la obligación garantizada a la norma por lo demás aplicable (por ejemplo, al derecho de contratos o a algún reglamento especial). Se dijo que, en ausencia de algún incumplimiento o de algún acto de disposición del bien gravado, no cabía prever necesidad alguna de convertir el importe de la obligación garantizada a moneda local. Se observó además que, aún en el supuesto de que se diera algún incumplimiento o algún acto de enajenación de dicho bien, esa cuestión debería dejarse al arbitrio de lo estipulado en el contrato del que hubiera nacido la obligación garantizada o de toda norma de derecho interno que fuera por lo demás aplicable a dicha obligación. Se explicó que, en la práctica el importe de la obligación garantizada y el producto de la enajenación del bien gravado deberían estar expresados en una misma moneda.

F. Bienes gravables

100. Respecto del párrafo 16, se opinó en general que el propio bien gravado o su valor, y no la propiedad o titularidad de dicho bien, constituía el objeto de la garantía real. Se convino, no obstante, en que cabría reconsiderar la cuestión una vez que el Grupo de Trabajo hubiera tenido la oportunidad de examinar la cuestión de la propiedad o titularidad de un bien como requisito para la constitución de una garantía real sobre dicho bien. Se sugirió además que el párrafo 16 se limitara a enunciar el principio de que un otorgante no puede otorgar nada a lo que tenga derecho. Se dijo además que convendría reconsiderar el enunciado de la última oración del párrafo 16, ya que dicho texto parecía entrar a regular una cuestión de

prelación y parecía reconocer la prelación del primer acreedor que obtuviera una garantía real sobre el bien que se fuera a gravar.

101. Respecto de los párrafos 17 y 18, se sugirió invertir su orden. Se sugirió también la conveniencia de que se aclarara con algún ejemplo el significado del párrafo 18.

G. Bienes futuros

102. Se sugirió que se desarrollara algo más la idea expresada en la última oración del párrafo 21. Se sugirió también reforzar la índole descriptiva del párrafo 22 a fin de no dar a entender que formulaba alguna recomendación.

103. Se sugirió además que solo debería retenerse la primera oración del párrafo 23, insistiendo en su texto en la importancia de que se permita gravar bienes futuros para obtener crédito. Se dijo que la segunda oración formulaba una afirmación que tal vez no fuera plenamente correcta y que la cuestión abordada en la tercera oración concernía esencialmente al régimen de la insolvencia, por lo que debería resolverse en el marco de la futura guía sobre la insolvencia y en el capítulo del proyecto de guía sobre las operaciones garantizadas dedicado a la insolvencia. En todo caso se sugirió que el párrafo 23 no era el lugar adecuado para examinar el impacto del crédito financiero garantizado sobre los acreedores ordinarios.

H. Bienes no identificados específicamente

104. Se dijo que la identificación de las existencias inventariadas en función de su ubicación, de la que se hablaba en el párrafo 24, entrañaba el peligro de que se perdiera el bien gravado, ya que era probable que las existencias se trasladaran de un lugar a otro.

105. Respecto del párrafo 26 se hicieron varias sugerencias, una de ellas era la de precisar mejor el alcance de lo dicho en la tercera oración, reconociendo que los acreedores concurrentes tal vez gozaran de cierta autonomía para resolver entre sí sus eventuales conflictos de prelación. Otra sugerencia fue la de que la cuarta oración debería precisar que el límite mencionado no privaba al acreedor ordinario del derecho al valor sobrante del bien gravado, una vez satisfecha la obligación garantizada. Se sugirió también la conveniencia de indicar en la cuarta oración que toda valoración del bien gravado llevaría tiempo y dinero.

I. Hipoteca de establecimiento mercantil y cargas flotantes

106. Se sugirió que el texto de la Guía aclarara que toda hipoteca o garantía real equivalente constituida sobre una empresa podría recaer sobre diversos tipos de bienes como, por ejemplo, todo bien nuevamente adquirido, el flujo de tesorería de la empresa y, claro está, los bienes inmuebles.

107. Se sugirió, respecto del párrafo 31, reformular su texto a fin de eliminar toda duda de que la competencia entre diversos proveedores de crédito, que de por sí reduciría su costo, pudiera no ser deseable.

108. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que revisara los párrafos 1 a 33 del capítulo III, a la luz de las opiniones y sugerencias formuladas.

V. Futura labor

109. El Grupo de Trabajo tomó nota de que su cuarto período de sesiones se celebraría en Viena del 8 al 12 de septiembre de 2003, a reserva de que la Comisión confirmara esas fechas en su 36º período de sesiones.

Notas

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 *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 *Ibid., párr. 357.*

⁶ *Ibid., quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento N° 17 (A/57/17), párrs. 202 a 204.*

⁷ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento N° 17 (A/56/17), párrs. 354 a 356.*