



# Asamblea General

Distr. limitada  
11 de febrero de 2004\*  
Español  
Original: inglés

**Comisión de las Naciones Unidas para  
el Derecho Mercantil Internacional**  
Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales)  
Quinto período de sesiones  
Nueva York, 22 a 26 de marzo de 2004

## Garantías reales

### Proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas

#### Informe del Secretario General

##### Adición

## Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
IV. Constitución de garantías reales . . . . .	1-69	3
A. Observaciones generales . . . . .	1-65	3
1. Introducción . . . . .	1-2	3
2. Elementos básicos de una garantía real . . . . .	3-41	3
a) Obligaciones a garantizar . . . . .	3-13	3
b) Bienes gravables . . . . .	14-29	6
c) Producto de los bienes . . . . .	30-41	11
3. Acuerdo de garantía . . . . .	42-51	14
a) Funciones . . . . .	42	14
b) Partes en el acuerdo . . . . .	43	14
c) Contenido mínimo del acuerdo . . . . .	44-45	14

\*Este documento se presenta sólo cuatro semanas antes del comienzo de la reunión, en vez de las diez reglamentarias, debido a la necesidad de concluir consultas y de ultimar las consiguientes modificaciones.



d) Formalidades .....	46-49	15
e) Validez .....	50-51	16
4. Requisitos del carácter real .....	52-57	16
a) Dominio, derecho real de alcance limitado o derecho de disposición ..	52-53	16
b) Restricciones contractuales del derecho de disposición .....	54-56	16
c) Transferencia de la posesión o del control, notificación e inscripción .	57	17
5. Dispositivos de garantía real basados en la titularidad .....	58-65	17
a) Retención de la titularidad .....	61-62	18
b) Transferencia de la titularidad y cesión de créditos por cobrar con fines de garantía .....	63-64	19
c) Acuerdos contractuales con fines de garantía .....	65	20
B. Resumen y recomendaciones .....	66-69	20

## **IV. Constitución de garantías reales**

### **A. Observaciones generales**

#### **1. Introducción**

1. El presente capítulo trata de las cuestiones relativas a la constitución de garantías reales por vía contractual (los derechos establecidos por ley o por decisión judicial se mencionan en la presente Guía sólo en el contexto de los conflictos de prelación; véase el documento A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3, párrs. 44 a 53). En el presente capítulo, antes de examinar las cuestiones relativas al acuerdo de garantía (véase la sección A.3), así como las relativas a otros requisitos propios del carácter real de la garantía creada que sean esenciales para su validez (véase la sección A.4), se esbozan los dos elementos básicos de unas y otras, a saber, las obligaciones susceptibles de ser garantizadas (véase la sección A.2.a) y los bienes que pueden ser gravados para dicho fin (véase la sección A.2.b).

2. En el capítulo VI, relativo a la prelación, se examinan los requisitos adicionales que se han de satisfacer para que una garantía real surta efecto frente a terceros, dada la importancia de tales requisitos para el orden de prelación entre los acreedores que dispongan de una garantía real constituida sobre un mismo o unos mismos bienes. Las cuestiones relativas a la validez de una garantía real en un supuesto de insolvencia se examinan en el capítulo IX, relativo a la insolvencia.

#### **2. Elementos básicos de una garantía real**

##### **a) Obligaciones a garantizar**

###### **i. Relación entre la garantía y la obligación garantizada**

3. Una garantía real es un derecho accesorio, y dependiente de la obligación que se garantiza. Esto significa que la validez y las condiciones del acuerdo de garantía dependen de la validez y de las condiciones del acuerdo que haya creado la obligación que se garantiza. En particular, respecto de los préstamos renovables, una garantía real es accesoria en el sentido de que, si bien puede garantizar futuros préstamos y obligaciones de monto fluctuante (véase párr. 12), no puede ser ejecutada si no se ha prestado aún suma alguna y su valor no puede superar el monto de la obligación debida en el momento en que se lleve a cabo la ejecución de la garantía.

###### **ii. Limitaciones**

4. En algunos países las garantías reales sin desplazamiento sólo pueden constituirse respecto de determinados tipos de obligaciones previstas en la legislación (por ejemplo, respecto de préstamos para la compra de automóviles o de préstamos para agricultores). En cambio, estas limitaciones no existen en otros países que cuentan con un régimen general de las garantías reales aplicable a las garantías reales con desplazamiento únicamente o a ambos tipos de garantías reales, con o sin desplazamiento. Este criterio más amplio da mayor acceso a las principales ventajas de una financiación garantizada (consistentes en una mayor disponibilidad de crédito financiero a menor costo) para las partes en una amplia gama de operaciones. Además, al adoptarse dicho criterio más genérico, se aumenta

la certeza, la coherencia y la igualdad de trato de todos los deudores y de sus acreedores garantizados. En la medida en que, por razones socioeconómicas especiales, se considere necesario instituir algún régimen especial, sus efectos perjudiciales podrán ser minimizados, formulando dicho régimen en términos claros y transparentes y limitando su alcance a una reducida gama de operaciones.

**iii. Diversidad de las obligaciones garantizadas**

**a. Obligaciones monetarias y no monetarias**

5. Se podrán garantizar obligaciones tanto monetarias como no monetarias que sean convertibles en dinero.

**b. Tipos de obligaciones**

6. Salvo que exista un régimen especial de las garantías reales constituidas respecto de ciertos tipos de obligaciones (como por ejemplo, respecto de los préstamos pignoratícios) no será necesario que la ley enumere todos los tipos de obligaciones que se pueden garantizar. Una lista exhaustiva resultaría imposible de realizar. Sin embargo, en una lista indicativa figurarían normalmente las obligaciones nacidas de un préstamo y de la compra a crédito de ciertos bienes, como existencias y equipo.

**c. Obligaciones futuras y condicionales**

7. La definición de obligaciones futuras varía de un ordenamiento a otro. En algunos ordenamientos, se entiende por obligaciones futuras aquellas obligaciones que aún no se hayan contraído (este es el criterio de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional; véase el art. 5 b). En otros ordenamientos, se considera como obligaciones futuras incluso a las obligaciones que estén ya contraídas pero que no sean exigibles en el momento de celebrarse el acuerdo de garantía (porque el préstamo no es aún efectivo o porque se otorga en el marco de una línea de crédito renovable; véase A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.1, párr. 24).

8. La distinción que se hace entre las obligaciones actuales y las futuras reviste importancia en aquellos ordenamientos jurídicos en los que, por razones de certeza y de protección del deudor, no se pueden garantizar las obligaciones futuras o sólo se las podrá garantizar hasta cierto importe. Consecuentemente, en tales países, los deudores no podrán o tendrán mayor dificultad en negociar operaciones como las líneas de crédito renovables. En otros ordenamientos jurídicos, las obligaciones futuras pueden ser garantizadas sin impedimento alguno, por lo que bastará con un solo acuerdo de garantía para que la garantía cubra tanto las obligaciones actuales como las futuras. Por lo tanto, toda ampliación o aumento del crédito no obligará a modificar o a constituir de nuevo la garantía real ya otorgada al respecto, lo que repercutirá favorablemente sobre la disponibilidad y el costo del crédito otorgado. Si bien se puede constituir una garantía real como cobertura del cumplimiento de una obligación futura, no podrá ejecutarse dicha garantía hasta que la obligación garantizada no nazca y sea exigible.

9. Las obligaciones supeditadas a una condición resolutoria serán tratadas como obligaciones actuales, mientras que las obligaciones supeditadas a una condición suspensiva serán normalmente tratadas como obligaciones futuras.

**iv. Descripción de la obligación garantizada****a. Descripción específica e importe máximo**

10. En algunos ordenamientos jurídicos es necesario que en el acuerdo de las partes se describan específicamente las obligaciones garantizadas o se fije un límite máximo al importe de la obligación garantizada. Se presume que tal descripción o límite benefician al deudor, ya que le protegerán del riesgo de un exceso de endeudamiento y le dejarán abierta la opción de negociar la obtención de crédito adicional de otro acreedor. No obstante, esos requisitos pueden ser motivo de que el acreedor limite el importe del crédito financiero ofrecido y, en consecuencia, dar lugar a que también se eleve su precio. En particular, los límites que la ley impone respecto del importe que puede ser garantizado son inevitablemente arbitrarios, no pueden satisfacer las necesidades de cada deudor individual y tendrían que ser corregidos en forma periódica puesto que de no ser así es inevitable que pasen a ser obsoletos.

11. Por todos estos motivos, muchos ordenamientos jurídicos no requieren que se haga una descripción específica de las obligaciones garantizadas y se permite a las partes que negocien libremente el importe que se garantizará, incluida cualquier suma que el deudor deba al acreedor garantizado (“cláusulas por cualquier suma”). En tales ordenamientos jurídicos, la obligación garantizada debe ser determinada o determinable sobre la base del acuerdo de garantía siempre que sea necesaria una determinación (por ejemplo, como en el supuesto en que el acreedor garantizado ejecute las garantías reales constituidas a su favor). Las denominadas cláusulas por cualquier suma parten de la premisa de que el acreedor garantizado no puede reclamar de los bienes gravados más de lo que se le debe y de que si la obligación está garantizada en su totalidad, es probable que el acreedor garantizado ofrezca al deudor mejores condiciones de crédito (véase también A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.2. párr. 53).

**b. Fluctuación del importe de la obligación**

12. Las operaciones modernas de financiación ya no suelen prever una entrega o desembolso único del préstamo sino entregas sucesivas escalonadas en función de las necesidades del deudor (como sucede con las líneas de crédito renovables abiertas para que el deudor compre existencias inventariadas; véase A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.1, párr. 24). Este tipo de financiación puede llevarse a cabo a través de una cuenta corriente cuyo saldo fluctúe a diario. Si se redujera el importe de la obligación garantizada cada vez que se efectuaba un pago, el prestamista sólo estaría dispuesto a efectuar nuevos desembolsos si se le daba alguna garantía suplementaria. Esto sería sumamente ineficiente puesto que alargaría y encarecería las operaciones por las que el deudor trataría de financiar la compra de los nuevos bienes requeridos para la marcha de su negocio.

**c. Importe en moneda extranjera**

13. El importe de la obligación garantizada podrá expresarse en cualquier moneda. Ahora bien, si el incumplimiento (o la insolvencia) del deudor obliga a enajenar los bienes gravados, quizá sea necesario cambiar de moneda al producto en metálico de la enajenación de los bienes gravados a fin de que el importe de la obligación garantizada y el producto de los bienes gravados estén expresados en una misma

moneda. Sin embargo, esta cuestión se regirá normalmente por el contrato que da nacimiento a la obligación garantizada y por la ley aplicable (por ejemplo, a falta de acuerdo al respecto, será aplicable el tipo de cambio imperante en el lugar de ejecución de la garantía o en el lugar donde se esté siguiendo el procedimiento de insolvencia).

**b) Bienes gravables**

**i. Objeto del derecho real de garantía**

14. El objeto del derecho real de garantía podrá ser el dominio (titularidad) o algún derecho limitado (como por ejemplo, un derecho de uso y goce o de arrendamiento) sobre los bienes gravados (incluidos los bienes futuros; véase párrs. 16 a 18). En la mayoría de los ordenamientos jurídicos rige un principio por el cual el deudor no podrá otorgar a un acreedor garantizado mayor derecho del que el deudor tenga o pueda tener en el futuro. Además de los bienes corporales (por ejemplo, las mercancías), los bienes inmateriales (como por ejemplo, los créditos por cobrar y otros derechos) van adquiriendo cada día mayor importancia como objeto sobre el que cabe constituir una garantía real.

**ii. Limitaciones**

15. En algunos ordenamientos jurídicos, el régimen especial aplicable a determinados tipos de garantías reales sin desplazamiento introduce ciertas limitaciones respecto de las categorías de bienes que cabe constituir en garantía o respecto de la proporción del valor de dichos bienes que sea gravable. Tales limitaciones, que usualmente tienen por objeto proteger al deudor, le impiden utilizar la totalidad del valor de sus bienes para obtener crédito. Por lo tanto, los beneficios y las consecuencias perjudiciales de dichas limitaciones deben ser sopesados cuidadosamente. Entre las limitaciones que se justifican por razones de orden público de derecho interno, cabe mencionar las aplicables a los salarios y a las pensiones que no excedan de un cierto importe mínimo, así como a los enseres domésticos (salvo que dichos bienes garanticen el pago de su propio precio de compra).

**iii. Bienes futuros**

16. El término “futuros” abarca tanto a los bienes ya existentes en el momento de celebrarse el acuerdo de garantía pero que no pertenezcan ni al deudor ni a un tercero otorgante de la garantía (o que ni el deudor ni el otorgante puedan enajenar) como a los bienes que en ese momento aún no existan.

17. En algunos países, los bienes futuros no se pueden utilizar como garantía. Este criterio se basa en parte en ciertas nociones técnicas del régimen de los derechos reales (lo que no existe no puede ser ni transferido ni gravado). También se basa en cierto temor de que el hecho de abrir cauces para la disposición de los bienes aún futuros de una empresa dé lugar a su excesivo endeudamiento y que el deudor termine dependiendo excesivamente de algún acreedor, lo que podría impedirle obtener crédito garantizado adicional de otras fuentes financieras (véase párr. 24). Otra de las razones por las que no conviene permitir la constitución de garantías reales sobre bienes futuros es que los acreedores ordinarios o no garantizados del deudor podrían ver considerablemente reducida la posibilidad de

cobrar sus créditos. Sin embargo, no procede invocarse nociones técnicas del régimen de los derechos reales para obstaculizar la necesidad práctica, en la que se encuentran ciertas empresas, de recurrir a sus bienes futuros como garantía real para obtener crédito. Por otra parte, los deudores comerciales deben saber proteger sus propios intereses, sin que sea necesario imponerles limitaciones legales a la negociabilidad de sus bienes futuros. Además, el hecho de hacer gravables los bienes futuros de un deudor, cuyos bienes actuales sean insuficientes para obtener el crédito financiero requerido por su negocio, redundará probablemente en la buena marcha de su negocio y será así provechoso para todos los acreedores del deudor, y en particular para sus acreedores ordinarios o no garantizados.

18. En otros países, las partes pueden convenir en constituir una garantía real sobre un bien futuro. Se trata de un acto de disposición actual, que sólo surtirá efecto respecto de los bienes futuros gravados cuando el deudor u otro otorgante de la garantía pase a ser propietario del bien gravado o cuando dicho bien nazca. La Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos adopta este criterio (véanse párr. 2, art. 8 y art. 2 a)). Permitir gravar bienes futuros en garantía de un crédito financiero, puede ser particularmente útil en ciertas operaciones, como sucedería, por ejemplo, en el marco de un préstamo renovable (véase párr. 12) cuyo reembolso se garantice gravando una masa rotatoria o renovable de bienes futuros de la empresa financiada. Los bienes a los que se aplica generalmente este método son las existencias inventariadas de la empresa, que constituyen una masa de bienes destinada a ser vendida y renovada, y los créditos nacidos de esas ventas, que una vez cobrados serán asimismo reemplazados por otros nuevos. La principal ventaja de esta autorización legal es que un solo acuerdo de garantía podrá englobar una masa rotatoria y renovable de bienes que respondan a la descripción dada de ellos en el acuerdo de garantía, y sean así identificables. De no ser ello posible, sería necesario modificar continuamente los acuerdos de garantía o celebrar otros nuevos, lo que elevaría el costo de la operación financiera y disminuiría la oferta de crédito financiero, particularmente en su modalidad de líneas de crédito rotatorio o renovable.

#### **iv. Bienes no identificables específicamente**

19. En algunos ordenamientos jurídicos, los bienes gravados deben ser específicamente identificados. Si bien tal requisito tiene por objeto proteger al deudor de ciertas reclamaciones excesivas, también restringe su disponibilidad de bienes gravables que le permitan obtener crédito financiero, puesto que la identificación requerida quizá no sea posible respecto de bienes como las existencias inventariadas de una empresa y, hasta cierto punto, sus créditos por cobrar. Para estos casos muchos países se han dotado de un régimen legal que permite que las partes describan en términos genéricos el conjunto o la masa de bienes que se desea gravar. La identificación habitualmente requerida de los bienes individuales pasará a estar referida a una masa o conjunto de bienes identificables por sus rasgos comunes o generales. En algunos ordenamientos jurídicos bastará incluso con una descripción que mencione todos los bienes actuales y futuros de una empresa (por ejemplo “todos los bienes que actualmente posea y que adquiera en el futuro”). Algunos ordenamientos no permiten que dicha identificación genérica de los bienes gravados se haga respecto de bienes conceptuales como del consumidor, o incluso de pequeños comerciantes individuales.

**v. Garantía real sobre todos los bienes**

20. En algunos ordenamientos jurídicos, por lo mismo que no son gravables ni los bienes futuros ni los bienes no identificados específicamente (véase párrs. 16 a 18), tampoco se permite que el deudor otorgue una garantía real sobre todos sus bienes. En otros ordenamientos, se permite, en cambio, que los deudores otorguen garantías reales sobre todos sus bienes, pero sólo hasta cierto porcentaje de su valor total. Dichas limitaciones, destinadas a proteger a los acreedores ordinarios o no garantizados, restringirán, sin duda, la oferta de crédito financiero y elevarán su costo.

21. A fin de elevar la oferta de crédito financiero garantizado, en algunos ordenamientos se permite la constitución de garantías reales sin desplazamiento sobre todos los bienes del deudor, incluidos sus bienes tanto corporales como inmateriales, muebles o inmuebles (si bien las garantías reales constituidas sobre inmuebles quizá tengan su propio régimen), actuales o futuros. El rasgo más importante de la garantía real sobre todos los bienes es el hecho de que recaiga sobre todo su patrimonio y que, aun cuando el deudor esté facultado para disponer de algunos de sus bienes gravados (por ejemplo, de sus existencias inventariadas) en el curso normal de su negocio, dicha garantía se extenderá automáticamente al producto de los bienes así enajenados. En la mayoría de los ordenamientos jurídicos, se reconoce este derecho del deudor a disponer de ciertos bienes gravados sin menoscabo de la índole real de la garantía. Pero en algunos otros todo acto de disposición de los bienes gravados, efectuado por el deudor, aunque sea con la autorización del acreedor, se considera incompatible con la propia idea de una garantía real.

22. Una cuestión, al parecer conexa, pero en realidad distinta de la anterior, es la de la garantía dada en exceso, que consiste en dar en garantía bienes por un valor notablemente superior al importe de la obligación garantizada. Si bien el acreedor garantizado sólo podrá reclamar el importe de su crédito más los intereses y costas eventuales (y quizás daños y perjuicios), la garantía dada en exceso puede suscitar problemas. Por ejemplo, sus bienes pueden haber quedado tan gravados que le resulte difícil, o imposible, al deudor (de no mediar un acuerdo de renuncia a la prelación entre acreedores) otorgar a otro acreedor una garantía de prelación incluso inferior. Además, toda medida ejecutoria a favor de los acreedores ordinarios o no garantizados del deudor puede verse impedida, o al menos dificultada (de no quedar algún valor remanente). Una solución dada por los tribunales de algunos países ha consistido en declarar nula toda garantía real cuyo valor exceda en demasía del importe de la obligación garantizada más los intereses, gastos y daños previsibles, o en conceder al deudor una acción para liberar de la garantía a todo bien gravado en claro exceso de su valor. Esta solución podría funcionar en la práctica, siempre que se pueda determinar y otorgar al acreedor garantizado un margen de garantía comercialmente adecuado, lo que quizá no resulte fácil en todos los casos.

23. En algunos países, la garantía general sobre todos los bienes adopta la forma de lo que se denomina “hipoteca de establecimiento mercantil”. La hipoteca de establecimiento mercantil puede comprender todos los bienes de una empresa (incluidos, en algunos países, hasta los bienes inmuebles). Puede incluir, por ejemplo, los ingresos en efectivo, las nuevas existencias inventariadas y el equipo industrial, así como los bienes futuros de una empresa, mientras que sus bienes actuales que hayan de enajenarse en el curso normal del negocio de la empresa

quedan fuera su alcance. La ventaja más importante reportada por la denominada hipoteca de establecimiento mercantil es que posibilita a una empresa, cuyo valor sea mayor como unidad funcional que desglosada en partes, obtener más crédito a menor costo. Un rasgo interesante de algunas formas de hipoteca de establecimiento mercantil es que cuando el acreedor hipotecario la ejecuta, y concurra una medida ejecutoria de algún otro acreedor, se podrá nombrar un administrador para la empresa. Dicha medida puede evitar la liquidación de la empresa y facilitar su reorganización, en provecho de todos los acreedores, de la fuerza laboral de la empresa y de la economía en general. Pero en la práctica, todo administrador nombrado por el acreedor hipotecario pudiera limitarse a favorecer a éste. Dicho problema será, sin duda, mitigado si dicho administrador es nombrado por el tribunal o alguna otra autoridad. Esta característica de las hipotecas de establecimiento mercantil podrá ser trasladada eficazmente a las garantías constituidas sobre todos los bienes en el sentido de que se podría nombrar a un administrador, con arreglo a un acuerdo entre el deudor y el acreedor o por orden judicial, para que se haga cargo de la ejecución dentro y fuera de la insolvencia. [Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez podría examinar si dicho administrador debería actuar en defensa del acreedor hipotecario o garantizado o en provecho de todos los acreedores (véase A/CN.9/543, párr. 19).]

24. En la práctica la hipoteca de establecimiento mercantil podrá presentar ciertas desventajas. Una de ellas es la de que el acreedor garantizado por dicha hipoteca generalmente es o se transforma en el prestamista principal o exclusivo de la empresa, lo que podrá mermar la competencia comercial entre los prestamistas, reduciendo así la oferta de crédito y elevando su costo en la medida en que otros acreedores queden desamparados (aunque la competencia no está necesariamente excluida, puesto que dicho prestamista principal tal vez ofrezca condiciones de crédito particularmente competitivas). Para mitigar este problema, algunos países han impuesto limitaciones al alcance de la hipoteca de establecimiento mercantil, reservando cierto porcentaje del valor de la empresa para satisfacer todo crédito otorgado por acreedores no garantizados, en un supuesto de insolvencia. Sin embargo, tales limitaciones podrán disminuir la disponibilidad de crédito para la empresa al reducir de hecho los bienes que la empresa puede ofrecer en garantía (véase A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6, párr. 34). Otra desventaja eventual de la hipoteca de establecimiento mercantil es que, en la práctica, el acreedor hipotecario tal vez ni vigile debidamente las actividades comerciales de la empresa ni colabore activamente en el procedimiento de reorganización, ya que su crédito pudiera estar sobradamente garantizado. A fin de contrarrestar dicha situación excesivamente segura del acreedor hipotecario, cabe otorgar a la empresa deudora una acción que le permita demandar la liberación de todo excedente injustificado del valor de la garantía otorgada (véase párrafo 22).

25. En otros países, las garantías otorgadas sobre todos los bienes adoptan la forma de las denominadas “cargas flotantes” que constituyen una especie de garantía real eventual que deja margen para que el deudor pueda disponer, en el giro normal de su negocio, de determinados bienes gravados (por ejemplo, de sus existencias inventariadas). Pero tan pronto como el deudor suspenda algún pago no podrá disponer de sus bienes, al “cristalizarse” la carga flotante para convertirse en una carga “fija” plenamente efectiva. En la medida que un ordenamiento jurídico permita la constitución de garantías reales sin desplazamiento sobre todos los bienes del deudor, que dejen margen para que el deudor pueda disponer de ciertos bienes

en el giro normal de su negocio, no será necesario recurrir ni a términos como el de hipoteca de establecimiento mercantil o el de carga flotante, ni a la interpretación habitualmente dada a dichos términos.

**vi. Accesorios fijos, bienes muebles incorporados y bienes mezclados**

26. Un bien mueble puede ser incorporado a un bien inmueble (convirtiéndose en un accesorio fijo) o a otro bien mueble de tal manera que no pierda su identidad (convirtiéndose en un bien adherido o incorporado a otro) o se lo puede mezclar con otro bien mueble de tal forma que pierda su identidad (convirtiéndose en un bien mezclado). En todos esos casos, la cuestión gira en torno a saber si se preservará la garantía real constituida sobre el bien mueble originario antes de ser incorporado a otro bien mueble o inmueble o antes de ser mezclado con otros bienes.

27. En algunos países, se puede constituir una garantía real sobre un bien mueble que sea accesorio fijo de un inmueble (sin que ello sea óbice para que se constituya asimismo una garantía real en el marco del régimen de la propiedad inmobiliaria) o que sea un bien adherido o incorporado a otro bien mueble, y toda garantía real constituida sobre un bien mueble seguirá siendo válida aunque dicho bien se convierta en accesorio fijo de un inmueble o en bien incorporado o adherido a otro con independencia del costo o de la dificultad de retirar dicho accesorio fijo o bien adherido del bien al que se haya incorporado y sin que sea óbice el hecho de que el accesorio fijo o el bien así incorporado se hayan convertido en parte integrante del otro bien. En esos países, el hecho de que el accesorio fijo o el bien incorporado a otro bien pueda o no ser identificado o retirado, sin detrimento grave, del bien al que esté incorporado, será un factor importante para determinar la prelación entre los reclamantes concurrentes (véase el capítulo VI relativo a la prelación). En otros países en los que no se hace distinción alguna entre el acto constitutivo de la garantía y su prelación, este punto será tratado como cuestión concerniente a la constitución.

28. Respecto de los bienes mezclados, en algunos países, si los bienes gravados se mezclan con otros bienes de manera tal que no se los puede identificar, cabrá convertir dicha garantía real en una garantía constituida sobre el producto o la masa resultante (en lo respecta a la prelación de reclamaciones concurrentes con relación a los bienes mezclados, véase el capítulo VI relativo a la prelación).

**vii. Responsabilidad por los daños causados por los bienes gravados**

29. Si bien la responsabilidad por los daños causados por los bienes gravados (a raíz de un incumplimiento contractual, o por concepto de responsabilidad civil o extracontractual) no constituye una cuestión que sea propia del régimen de las operaciones garantizadas, procede abordarla aquí puesto que puede repercutir sobre la oferta y el precio del crédito financiero. Una cuestión especialmente importante es la de la responsabilidad eventual por los daños ecológicos o ambientales causados por los bienes constituidos en garantía real con o sin desplazamiento dado que el valor monetario de la indemnización reclamable y el perjuicio ocasionado a la reputación del prestamista podrían superar en gran medida el valor en sí de los bienes gravados. Algunos regímenes exoneran expresamente a los acreedores garantizados de dicha responsabilidad, mientras que otros la limitan en ciertos supuestos (como por ejemplo, si el acreedor garantizado no está en posesión o no ejerce el control del bien gravado). De no estar prevista ninguna exención o

limitación de la responsabilidad, dicho riesgo puede dar lugar a que se deniegue el crédito solicitado. De negociarse un seguro, el pago de la prima repercutirá, sin duda, en el costo del crédito para el deudor.

**c) Producto de los bienes**

**i. Introducción**

30. En el supuesto de que los bienes gravados sean vendidos, arrendados, dados en licencia, permutados o enajenados de cualquier otra forma durante el período en que la obligación que garantizan sea exigible, el deudor recibirá normalmente, a cambio de dichos bienes, dinero en efectivo, bienes corporales (es decir, mercaderías o títulos negociables) o bienes inmateriales (es decir, créditos por cobrar o algún otro derecho). Muchos ordenamientos jurídicos entienden que la suma cobrada o los bienes corporales o inmateriales recibidos a cambio son el “producto” del bien gravado. En algunos casos, el producto del bien gravado generará, a su vez, su propio producto, al disponerse del producto inicial del bien gravado a cambio de otro bien. A veces este producto del nuevo acto de disposición se denomina “producto del producto”.

31. En ocasiones, el bien gravado generará algún otro bien o activo del deudor, incluso sin acto de disposición alguno de dicho bien. Se trataría, por ejemplo, de los intereses o dividendos devengados por ciertos activos financieros, de animales recién nacidos o de frutos o cosechas. En algunos ordenamientos jurídicos, todo bien generado de esta forma por el bien gravado será designado por el término de “frutos civiles” o “frutos naturales” de dicho bien.

32. Algunos ordenamientos hacen una distinción clara entre los frutos civiles o naturales del bien gravado y el producto resultante de todo acto de disposición de dicho bien, por lo que su régimen también difiere. Este criterio se suele justificar por razón de lo difícil que tal vez sea identificar el producto de un acto de disposición y por la necesidad de proteger los derechos de todo tercero sobre dicho producto. En otros ordenamientos, al no hacerse esa distinción entre los frutos civiles o naturales y el producto de una enajenación, les será aplicable un mismo régimen. Para justificar este criterio se menciona la dificultad de distinguir entre los frutos y civiles o naturales y el producto de una enajenación, y el hecho de que unos y otros nacen del bien gravado o pueden sustituirlo o afectar a su valor.

33. Todo régimen legal de las garantías reales deberá resolver dos cuestiones distintas suscitadas tanto por el producto de un acto de disposición del bien gravado como por sus frutos civiles o naturales (en adelante designados por el término común de “producto”, salvo indicación expresa en contrario). La primera cuestión será la de determinar si el acreedor garantizado retiene su garantía real sobre el bien gravado al ser éste transferido por el deudor a un tercero mediante un acto de disposición que genere el denominado producto de dicha operación comercial (véase un análisis de esta cuestión en A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3, párr. 67).

34. La segunda cuestión a resolver será la de determinar el alcance de todo derecho eventual del acreedor garantizado sobre el producto. Todo régimen legal de las garantías reales deberá dar soluciones claras a ciertas cuestiones clave relativas al derecho de un acreedor garantizado sobre el producto del bien gravado (véanse párrs. 35 a 41).

**ii. Extensión de una garantía real al producto del bien gravado**

35. La justificación de que la garantía real recaiga también sobre el producto del bien gravado radica en el hecho de que de no suceder así el acreedor garantizado podría perder su garantía sobre el bien gravado o verla reducida por todo acto de disposición de dicho bien y así se verían frustradas sus expectativas de percibir todo ingreso reportado por el bien gravado. Todo régimen legal que no permita la extensión o el traslado de la garantía real al producto dimanante de la enajenación de un bien gravado, no protegerá debidamente al acreedor garantizado frente al incumplimiento eventual del deudor y, por lo tanto, restará valor al bien gravado como garantía para la obtención de crédito financiero. Este resultado, mermaría la oferta o elevaría el precio de todo crédito ofrecido, aun cuando subsista, en principio, la garantía real sobre el bien gravado, tras su enajenación a un tercero. La razón está en que la transferencia del bien gravado a un tercero puede dificultar su localización, lo que, al elevar el costo de ejecución de la garantía, reducirá su valor.

**iii. Supuestos en los que puede nacer una garantía real sobre el producto**

36. Suele nacer una garantía real sobre el producto al enajenarse el bien gravado por considerarse que el producto de dicha venta sustituye al bien inicialmente gravado por el deudor. En los regímenes que tratan los frutos civiles o naturales del bien gravado como producto, puede nacer un derecho sobre tal producto aunque no se haya realizado ningún acto de disposición del bien inicialmente gravado (por ejemplo, los dividendos que devengan las acciones), puesto que esto es compatible con las expectativas de las partes.

**iv. Carácter personal o real de los derechos sobre el producto**

37. Si la garantía que el acreedor garantizado tiene sobre el producto es un derecho real, ninguna operación u hecho subsiguiente le perjudicará, ya que su garantía real será oponible a terceros. Ahora bien, el hecho de reconocer al acreedor garantizado una garantía real sobre el producto del bien gravado puede frustrar las expectativas legítimas de todo otro acreedor que obtenga una garantía real constituida directamente sobre dicho producto, a título de bien inicialmente gravado en beneficio suyo. No obstante, todo régimen legal que distinga entre el acto de constitución de una garantía real y su prelación sólo daría lugar a este resultado si el acreedor que goce de una garantía real que se extienda al producto del bien gravado goza también de prelación frente a todo acreedor que negocie una garantía real constituida sobre dicho producto como bien inicialmente gravado. Sin embargo, dicha prelación se determinará en función del momento en que se inscriba en un registro público la notificación de la creación de la respectiva garantía, por lo que, en dichos regímenes todo prestamista eventual podrá enterarse por adelantado de la existencia de una garantía real sobre cualquier bien de su eventual deudor (o sobre el producto eventual de dicho bien) y podrá tomar toda medida que proceda para identificar y localizar el producto de su venta, y podrá también negociar, de ser ello posible, un acuerdo de subordinación o renuncia a la prelación entre acreedores.

**v. Identificación del producto**

38. Cuando el producto del bien o bienes gravados no se guarde por separado de los demás bienes del deudor, cabe preguntarse si, en tales condiciones, puede subsistir una garantía real sobre dicho producto. La respuesta a este interrogante

generalmente dependerá de si cabe identificar los bienes que constituyan el producto del bien gravado. Si el producto se guarda en forma de mercancías, junto con otras mercancías del deudor, cabe que dichas mercancías sean lo bastante identificables como producto del bien gravado para que subsista sobre ellas la garantía, a título de producto del bien gravado. Aun cuando las mercancías que constituyan el producto del bien gravado estén tan mezcladas con otras mercancías del deudor que ya no sea posible distinguirlas del conjunto o masa del bien resultante (por ejemplo, a través de algún proceso de fabricación que, como en el caso de la harina, las transforme en parte de una masa de comestibles horneados), cabría todavía prever legalmente que la garantía real quede constituida sobre dicha masa de bienes resultante, a título de sustituto industrial del producto inicial del bien gravado.

39. Si (a diferencia de las mercancías) los bienes que constituyen el producto son inmateriales, como, por ejemplo, créditos por cobrar o saldos en cuentas de depósito, y aun cuando no se los mantenga separados de los demás bienes de la misma clase pertenecientes al deudor, cabría aún identificar dichos bienes como producto del bien gravado, si resulta posible rastrearlos hasta dar con el bien o los bienes inicialmente gravados, respetando las normas que sean aplicables al proceso de rastreo. Como ejemplo de tales normas, cabe citar: i) “primero en entrar, primero en salir” (en inglés: “*FIFO*”, es decir, “*first-in, first-out*”), que presupone que el primer bien que se convirtió en parte de la masa mezclada es el primer bien que se retira de dicha masa; ii) “último en entrar, primero en salir” (en inglés: “*LIFO*”, es decir, “*last-in, first-out*”), que presupone que el último bien en convertirse en parte de una masa mezclada es el primer bien que se retira de la masa; y iii) la “regla del saldo intermedio más bajo”, que presupone que, en la medida de lo posible, los retiros de la masa mezclada no constituyen el producto de los bienes gravados (respecto de la prelación sobre el producto, véase el documento A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3, párrs. 65 a 73).

#### **vi. Justificación de que la garantía real recaiga sobre el producto**

40. En algunos ordenamientos jurídicos, la legislación extiende el alcance de la garantía real sobre los bienes gravados no sólo al producto, sino al producto del producto del bien gravado mediante reglas de derecho supletorio que serán aplicables salvo acuerdo en contrario de las partes. En otros ordenamientos, no existe dicha extensión, al producto, del alcance de la garantía real, pero las partes pueden constituir garantías reales sobre todo tipo de bienes. En dichos ordenamientos, las partes podrán constituir una garantía real sobre prácticamente la totalidad de los bienes del deudor (dinero en efectivo, existencias inventariadas, créditos por cobrar, títulos negociables, valores bursátiles y derechos de propiedad intelectual). Dicha autonomía permite que las partes definan al producto como parte de los bienes gravados y objeto de la garantía real otorgada al acreedor haciéndola así extensiva al producto del bien o los bienes gravados, sin necesidad de norma legal alguna. En algunos de estos ordenamientos, las partes podrán hacer extensiva al producto, por vía contractual, ciertas garantías reales basadas en la retención de titularidad del bien entregado (por ejemplo, ventas con retención de la propiedad o titularidad) (véase A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1, párr. 36; y también párr. 61 *infra*).

**vii. Producto del producto**

41. De poderse constituir una garantía real extensiva al producto del bien gravado, dicha garantía debe ser también extensiva al producto del producto. Si el acreedor garantizado pierde su garantía sobre todo producto que sea de nuevo enajenado, su riesgo crediticio vendría a ser, en definitiva, igual al de un acreedor cuya garantía real no se extendiera al producto (véase párr. 35).

**3. Acuerdo de garantía**

**a) Funciones**

42. Un acuerdo de garantía puede cumplir varias funciones, a saber: i) la de servir de fuente jurídica para el otorgamiento de una garantía real; ii) la de establecer un vínculo entre la garantía real y la obligación garantizada; iii) la de regular la relación contractual entre el deudor u otro otorgante de la garantía y el acreedor garantizado (para las garantías previas a la insolvencia, véase A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.4; para las garantías posteriores a la insolvencia, véanse A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.5 y A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6); y iv) la de minimizar el riesgo de controversias respecto de su contenido y de manipulación posterior a la insolvencia. Si bien el acuerdo de garantía puede ser un contrato independiente, suele formar parte del contrato de financiación o de otro contrato similar (por ejemplo, de un contrato de venta a crédito de mercancías) concertado entre el deudor y el acreedor.

**b) Partes en el acuerdo**

43. En la mayoría de los casos, el acuerdo de garantía se concierta entre el deudor como otorgante de la garantía real y el acreedor como beneficiario de la garantía. Ocasionalmente, cuando un tercero otorga la garantía, actuando como fiador del deudor, dicho tercero entra a ser parte en el acuerdo de garantía, en lugar del deudor o además de éste. En el caso de importantes préstamos concedidos en forma colectiva por varios prestamistas (especialmente en el caso de préstamos sindicados), un tercero, que actúa como agente o fiduciario de los prestamistas, se convierte en depositario de la garantía real por cuenta de todos los prestamistas. Un acuerdo de garantía puede ser estipulado para regular todas y cada una de estas posibilidades. Mientras algunos ordenamientos imponen restricciones (por ejemplo, solamente una empresa podrá otorgar una hipoteca de establecimiento mercantil), en otros ordenamientos las personas tanto físicas como jurídicas podrán ser partes en un acuerdo de garantía.

**c) Contenido mínimo del acuerdo**

44. Los ordenamientos jurídicos imponen diversos requisitos para la validez de un acuerdo de garantía. Sin embargo, todo acuerdo de garantía deberá, en general, identificar a las partes y describir con claridad razonable la obligación que quedará garantizada y los bienes que quedarán gravados. Con independencia de que la ley exija o no dicho contenido mínimo de un acuerdo de garantía, su omisión en el acuerdo puede dar lugar a controversias sobre la identidad y cuantía de los bienes gravados y sobre la identidad y el valor de la obligación garantizada, a menos que dichos datos puedan probarse por otros medios.

45. Las partes podrán precisar en su acuerdo de garantía otros extremos, como por ejemplo el deber de custodia y cuidado de los bienes gravados que recaerá sobre la

persona en cuya posesión estén dichos bienes y las garantías dadas en el propio acuerdo respecto de tales bienes. A falta de acuerdo explícito al respecto, tal vez sean aplicables ciertas reglas de derecho supletorio que sirvan para aclarar la relación entre las partes (respecto del período anterior a la insolvencia del deudor, véase A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.4; respecto del período posterior a dicha insolvencia, véanse A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.9 y A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6).

**d) Formalidades**

46. Los ordenamientos jurídicos difieren respecto de los requisitos de forma de todo acuerdo de garantía, y respecto de su función o alcance. Por lo que se refiere a la forma escrita, algunos ordenamientos jurídicos no la exigen, mientras que otros exigen un simple escrito, un escrito firmado, un instrumento notarial o judicial, o algún otro documento (como en el caso de la hipoteca de establecimiento mercantil). Normalmente, la forma escrita sirve para dejar constancia o dar fe del acuerdo, para advertir a las partes sobre la trascendencia jurídica de su acuerdo, y en el supuesto de los documentos autenticados, para proteger a todo tercero contra toda tentativa de antedatar fraudulentamente el acuerdo. La forma escrita podrá ser también una condición para la validez del acuerdo entre las partes o frente a terceros o para determinar la prelación entre acreedores concurrentes. También puede ser una condición para obtener la posesión del bien gravado o para hacer valer el acuerdo de garantía ante los tribunales, al reclamarse su ejecución judicial, o en el marco de un procedimiento de insolvencia.

47. En algunos ordenamientos jurídicos se exige que una autoridad pública certifique la fecha de creación de toda garantía real con desplazamiento, salvo que el reducido importe del préstamo garantizado haga que sea admisible una prueba meramente testimonial. Si bien esta certificación puede evitar el riesgo de que se antedate el instrumento, puede demorar y encarecer una operación. En otros ordenamientos se exige que la fecha sea certificada o el acuerdo autenticado para diversos tipos de garantía real sin desplazamiento (véanse, por ejemplo, los artículos 65, 70, 94 y 101 de la Ley OHADA). En algunos de esos ordenamientos, se exige esta certificación en vez de la publicidad obtenida mediante la inscripción en un registro. Sin embargo, si que se exige dicha inscripción, no se exigirá certificación adicional alguna de la fecha del acuerdo.

48. A fin de ahorrar tiempo y gastos, habría que reducir al mínimo los requisitos imperativos de forma. Debería bastar con un simple escrito (en donde se indiquen, por ejemplo, las condiciones generales y datos distintivos de la operación) que indique claramente la intención del otorgante de otorgar una garantía real. Podría adoptar la forma de un mensaje de datos electrónicos (“la información generada, enviada, recibida o archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax”, véase el art. 2) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico), que incluya toda información consignada sobre un soporte aun cuando no sea comunicada (véase párr. 30 de la Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo). Cabría también remitir esta cuestión al derecho interno aplicable en materia de obligaciones o dejarla al arbitrio de la autonomía de las partes en el acuerdo de garantía.

49. Respecto de toda garantía que se vaya a constituir sobre todos los bienes de un deudor o de todo acuerdo de garantía destinado a servir de título ejecutorio de la

garantía (véase párr. 46), procederá exigir un documento más formal. Cabría también no exigir escrito alguno, en tales casos, pero imponiendo al acreedor garantizado la carga de tener que probar el contenido y la fecha del acuerdo de garantía.

**e) Validez**

50. En algunos países en donde ningún derecho puede ser un derecho real si dicho derecho no es oponible frente a todos, una garantía real plenamente válida sólo se perfecciona una vez concertado el acuerdo de garantía y realizado un acto adicional (entrega de la posesión, notificación, inscripción en el registro o adquisición del control; véase el párrafo 57).

51. En otros países, se hace una distinción entre la validez de la garantía entre las partes en el acuerdo de garantía y su validez frente a terceros. En esos países, la garantía real nace al concertarse el acuerdo pero sólo es válida entre las partes contratantes. Se requerirá un acto adicional para que dicha garantía sea oponible frente a terceros y dicho acto ha de ofrecer una base para determinar la prelación. La principal ventaja de este requisito es que la incorporación de la noción de prelación ofrece a los deudores la posibilidad de dar unos mismos bienes en garantía a más de un deudor (sin otro límite que su valor total) y permite establecer un orden de prelación entre varios acreedores (véanse A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.1 párr. 8 y A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.2, párrs. 7 a 14).

**4. Requisitos del carácter real**

**a) Dominio, derecho real de alcance limitado o derecho de disposición**

52. En la mayoría de los ordenamientos jurídicos, el otorgante de la garantía real (que generalmente es el deudor, pero que puede ser un tercero) debe tener el dominio del bien o bienes que se han de gravar o ser el titular de algún derecho real limitado sobre éstos (véase el párr. 14). En otros ordenamientos jurídicos, basta con que el garante esté facultado para disponer del bien (aunque no sea su propietario). Con respecto a los bienes futuros, bastará con que en una fecha futura el otorgante de la garantía vaya a adquirir el dominio o la facultad de disposición sobre dichos bienes (véanse párrs. 16 a 18).

53. Cuando el otorgante no goce ni del dominio ni de la facultad de disposición sobre el bien gravado, se plantea la cuestión de si el acreedor garantizado podrá, no obstante, adquirir la garantía, si ha obrado de buena fe. Conforme a algunos regímenes, el acreedor podrá adquirir una garantía real sobre el bien gravado cuando su convencimiento de que el otorgante gozaba de la titularidad del bien, o de un derecho real limitado o facultad de disposición válida al respecto, esté respaldado por un criterio objetivo (por ejemplo, que el otorgante de la garantía está inscrito como propietario de los bienes que se han de gravar o que dichos bienes o bien en su posesión y el otorgante transfiera dicha posesión al acreedor). En algunos países se exige como requisito adicional que consiste en que el acreedor garantizado haya otorgado o esté por otorgar crédito al deudor.

**b) Restricciones contractuales del derecho de disposición**

54. En algunos países se reconoce la validez de las restricciones contractuales del derecho de disposición a fin de proteger los intereses de la parte a favor de la cual

se pactó dicha restricción. En otros países, estas restricciones contractuales carecen de validez o su validez está limitada, a fin de preservar la libertad de disposición del otorgante eventual de una garantía, en especial cuando la persona que adquiere un derecho a una garantía sobre el bien no conozca la existencia de dicha restricción.

55. La Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos sigue un criterio similar y apoya la transferibilidad de créditos por cobrar, en interés de la economía en general. En virtud del párrafo 1 del artículo 9 de la Convención, una cesión es válida aunque exista un acuerdo entre el cedente (“deudor” conforme a la terminología de la Guía) y el deudor (“deudor de una cuenta” por cobrar en la terminología de la Guía). Sin embargo, el efecto de esta disposición se ve limitado de dos maneras. En primer lugar, sólo se aplica a los créditos comerciales en sentido amplio (véase párr. 3, art. 9); y en segundo lugar, si dicha restricción contractual es válida con arreglo al derecho por lo demás aplicable al margen del régimen de la Convención, el artículo 9 no la invalida entre el cedente y el deudor (véase párr. 2, art. 9). El deudor podrá reclamar daños y perjuicios del cedente por incumplimiento del contrato si dispone de una acción al respecto en virtud del derecho por lo demás aplicable, al margen del régimen de la Convención. Sin embargo, no podrá oponer dicha reclamación judicial frente al cesionario, a título de derecho de compensación (véase párr. 3, art. 18). Además, el mero conocimiento de la existencia de la restricción por parte del cesionario (“acreedor garantizado” en la terminología de la Guía) no basta para resolver o anular el contrato originario del crédito cedido (véase párr. 2, art. 9).

56. Este criterio promueve las operaciones de financiación mediante créditos, ya que libera al cesionario (es decir, al acreedor garantizado) de la carga de examinar los contratos que dieron nacimiento al crédito por cobrar para comprobar si la transferencia de éste estaba prohibida o condicionada. De no ser así, los prestamistas deberían examinar un gran número de contratos, lo cual resultaría muy costoso o incluso imposible (por ejemplo, en caso de créditos futuros).

**c) Transferencia de la posesión o del control, notificación e inscripción**

57. En algunos países, además del acuerdo de garantía, se requiere algún otro acto para la constitución de una garantía real (entrega de la posesión o del control, notificación o inscripción). En otros países, bastará con un acuerdo de garantía para constituir una garantía real válida entre el otorgante de la garantía y el acreedor garantizado, pero hará falta algún acto adicional para que dicha garantía sea oponible a terceros. Dicho acto puede variar de un país a otro e incluso dentro de un mismo país, según el tipo de garantía real de que se trate (véanse A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.2 y 3).

**5. Dispositivos de garantía real basados en la titularidad**

58. Ciertos acuerdos relativos a la titularidad o propiedad de un bien pueden tener por objeto constituir una garantía real. cabe citar al respecto los denominados acuerdos de retención o de transferencia de la titularidad para fines de garantía, la cesión de algún bien con fines de garantía, como también las operaciones de venta y reventa, de cesión con arrendamiento de retorno, de compraventa a plazos y de arrendamiento financiero.

59. En los ordenamientos con un régimen global completo de las operaciones garantizadas, la creación de un dispositivo de garantía real basado en la cesión o retención de la titularidad con fines de garantía se suele llevar a cabo de la misma manera que la constitución de cualquier otra garantía real (es decir, se sustituye dicho dispositivo por una única variedad de garantía real uniforme, o se mantiene la denominación propia de cada dispositivo utilizable, pero su constitución y sus efectos se rigen por el régimen común aplicable a las garantías reales). En algunos de estos ordenamientos jurídicos, habida cuenta de la importancia para la economía, en general, de los proveedores de mercancías y materiales, se sigue la política de otorgarles una prelación especial (véase A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3, párr.22). Podrá, por ello, otorgarse dicha garantía a toda persona que financie la compra de mercancías, ya sea el propio proveedor o una institución financiera. Dicha política tiene por objeto fomentar la competencia entre los proveedores de mercancías a crédito y las instituciones financieras, habida cuenta del impacto positivo que dicha competencia puede tener en la oferta y el precio de crédito financiero (véase A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3, párr. 29).

60. En otros ordenamientos jurídicos, los dispositivos de garantía real basados en la cesión o retención de la titularidad constituyen esencialmente la única o la principal modalidad de garantía real sin desplazamiento, siéndoles aplicables diversas reglas de origen legal o jurisprudencial. Tales ordenamientos pueden diferir notablemente entre sí. En algunos de ellos, solamente la retención de la titularidad se rige por un régimen especial, mientras que la transferencia o cesión de la titularidad de las mercancías y la cesión de créditos por cobrar con fines de garantía están sujetas al régimen común que sea aplicable a la constitución de toda garantía real.

**a) Retención de la titularidad**

61. Los regímenes legales, que tratan a los dispositivos de garantía basados en la titularidad como distintos de la garantía real difieren ampliamente entre sí en lo que concierne a los requisitos necesarios para su constitución y a la importancia económica que se asigna a la retención o reserva de la titularidad. En algunos ordenamientos, la retención de la titularidad es de uso corriente y es oponible frente a terceros, mientras que en otros ordenamientos su utilización es insignificante y generalmente no es oponible frente a terceros o, al menos, no lo será frente al administrador de la insolvencia del comprador. Un punto de convergencia entre muchos regímenes legales radica en el hecho de que la simple retención o reserva de la titularidad es considerada como un dispositivo propio del régimen estrictamente de la propiedad, mientras que las cláusulas de retención de la titularidad sobre todos los créditos por cobrar, los frutos y todo producto comercial del bien transferido son considerados como cláusulas constitutivas de una garantía real auténtica (véanse diversos tipos de cláusulas de retención de la titularidad en A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1, párrs. 36 y 37). Otra cuestión respecto de la cual convergen muchos ordenamientos jurídicos que contemplan la retención de la titularidad como un dispositivo genuino de garantía real es que únicamente el vendedor podrá retener la titularidad, mientras que todo otro prestamista sólo podrá adquirir dicha reserva de la titularidad si adquiere, por vía de cesión, el saldo acreedor pendiente del precio de compra. Al adoptar este criterio, algunos países tratan de favorecer al proveedor a crédito de las mercancías frente a las instituciones que financian la compra de dichas mercancías, por considerar que dichos

proveedores (fabricantes y distribuidores) son un factor importante para la economía que debe ser amparado frente a la posición dominante de las instituciones financieras en el mercado crediticio.

62. En algunos ordenamientos, la retención de la titularidad puede nacer de una cláusula del propio contrato de compraventa, que podrá ser concertada incluso verbalmente o por remisión al texto impreso de sus condiciones generales. En otros regímenes tal vez se exija la forma escrita, la indicación de la fecha y quizá incluso la inscripción. En algunos ordenamientos, si las mercancías sujetas a reserva o retención de la titularidad se mezclan con otras, la retención de la titularidad se extinguirá, mientras que en otros ordenamientos dicha retención de la titularidad subsistirá siempre y cuando el comprador siga estando en posesión de otras mercancías idénticas o equivalentes. En algunos otros ordenamientos, se preservará la retención de la titularidad, aunque las mercancías sean transformadas en algún otro bien o aun cuando sean mezcladas con otros bienes, mientras que conforme a otros regímenes no cabe extender la retención de la titularidad a los productos fabricados o mezclados. Conforme a algunos regímenes, todo nuevo comprador adquirirá la titularidad de las mercancías si su comprador inicial estaba facultado para revenderlas, mientras que con arreglo a otros el nuevo comprador adquirirá el dominio, aun cuando el comprador inicial no estuviera facultado para revender las mercancías, pero únicamente si dicho nuevo comprador ignoraba que hubiera una cláusula de retención de la titularidad por el vendedor inicial. En unos cuantos países, los tribunales han reconocido que el comprador adquiere una expectativa de dominio equiparable a la titularidad. En dichos países, el comprador estará facultado para revender las mercancías o para ofrecerlas a título de garantía real (dicha expectativa de dominio del comprador formará parte de su patrimonio, en todo supuesto de insolvencia).

**b) Transferencia de la titularidad y cesión de créditos por cobrar con fines de garantía**

63. Existen ciertas divergencias en la terminología utilizada y en los requisitos exigidos para la constitución y la validez de toda cesión fiduciaria de la titularidad con fines de garantía. En algunos ordenamientos, la cesión en garantía de la propiedad de un bien es nula frente a terceros e incluso entre el cedente y el cesionario. En otros ordenamientos, si bien dicha cesión en garantía de la titularidad es válida, se utiliza muy poco, por disponerse de otras garantías reales sin desplazamiento. En la mayoría de los ordenamientos que reconocen la cesión en garantía de la titularidad, la constitución y eficacia de esta garantía, o al menos sus efectos más importantes, se rigen por el régimen común que sea aplicable a las operaciones garantizadas en general, al menos en todo supuesto de insolvencia del cedente. En algunos de estos ordenamientos, toda cesión en garantía de la titularidad ha de ser inscrita para ser válida o, al menos, para que sea válida frente a terceros.

64. Respecto de la cesión de créditos por cobrar, que es una modalidad de cesión muy frecuente, la tendencia actual es a que se rija por un único régimen, independientemente de si se trata de una cesión pura y simple, de una cesión en garantía de la titularidad o de una cesión a título de garantía. Esta tendencia está reflejada en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos (véase art. 2). Sin embargo, los ordenamientos jurídicos difieren entre sí respecto de los requisitos exigidos para que una cesión sea válida. Algunos ordenamientos

exigen que la cesión conste por escrito o que sea notificada al deudor del crédito o créditos. Conforme a otros ordenamientos la cesión no sólo ha de constar por escrito para ser válida entre el cedente y el cesionario, sino que ha de ser inscrita para ser oponible a terceros. Los ordenamientos jurídicos también difieren respecto de la validez de una cesión de créditos por cobrar futuros o de crédito por cobrar que no hayan sido específicamente identificados, así como respecto de la validez de una cesión de créditos efectuada en violación de una cláusula de intransferibilidad inserta en el contrato del que nazcan dichos créditos. La Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos reconoce validez a todas esas modalidades de cesión de créditos por cobrar (véanse arts. 8 a 10).

**c) Acuerdos contractuales con fines de garantía**

65. Las operaciones de venta y reventa, de venta con arrendamiento en retorno, de venta a plazos y de arrendamiento financiero son a menudo concertadas con fines de garantía. En algunos ordenamientos se les aplica el régimen de las garantías reales, mientras que en otros se les aplica el régimen de los acuerdos contractuales creadores de derechos personales. En aquellos ordenamientos que las regulan como dispositivos meramente contractuales de garantía, sus requisitos y efectos suelen ser muy diversos.

**B. Resumen y recomendaciones**

66. Debería ser posible garantizar todo tipo de obligaciones, incluidas las obligaciones futuras y una masa fluctuante de obligaciones. También debería ser posible dar en garantía todo tipo de bienes, incluidos los accesorios fijos, los bienes incorporados a otros bienes, y ciertos bienes sobre los que el deudor tal vez no tenga el dominio o la facultad de disponer libremente de ellos, o que tal vez no existan en el momento de constituirse la garantía real, así como el producto de los bienes gravados. Toda excepción a dicho régimen debería estar limitada y claramente descrita en el régimen legal de las operaciones garantizadas.

67. Todo acuerdo de constitución de una garantía real sin desplazamiento debe consignarse por escrito. Dicho escrito deberá explicitar ciertos datos e indicar con claridad la intención del otorgante de constituir una garantía real. Deberá también identificar a las partes en el acuerdo de garantía y describir con claridad razonable la obligación garantizada y el bien o los bienes gravados (pero no debe exigirse una descripción específica de cada bien gravado). No procede exigir la forma escrita para la constitución de una garantía real con desplazamiento. De no exigirse un escrito, el acreedor garantizado deberá asumir la carga de probar las condiciones del acuerdo de garantía y la fecha de constitución de la garantía real.

68. Para constituir una garantía real con desplazamiento se habrá de concertar un acuerdo entre el acreedor garantizado y el otorgante de la garantía, que hará entrega de la posesión del bien gravado al acreedor garantizado o a un tercero designado de común acuerdo.

69. Para constituir una garantía real sin desplazamiento debería bastar con un acuerdo entre el otorgante de la garantía y el acreedor garantizado. Se podrá exigir algún acto adicional para que dicho acuerdo sea oponible a terceros.

*[Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar las recomendaciones respecto de las garantías reales basadas en la retención o en la cesión de la titularidad.]*

---