



Asamblea General

Distr. general
24 de septiembre de 2007
Español
Original: inglés

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

40º período de sesiones, segunda parte
Viena, 10 a 14 de diciembre de 2007

Garantías reales

Proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas

Nota de la Secretaría

Adición

Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
VIII. Derechos y obligaciones de las partes	1-80	3
A. Observaciones generales	1-68	3
1. Introducción	1-7	3
2. Autonomía contractual de las partes	8-15	4
a) Generalidades	8-13	4
b) Fuente de los derechos y obligaciones de las partes	14-15	6
3. Reglas imperativas antes de todo incumplimiento	16-39	7
a) Generalidades	16-23	7
b) Deber de conservar los bienes gravados en buen estado	24-31	9
c) Obligación de preservar el valor de los bienes gravados	32-34	11
d) Deber de devolver los bienes gravados y de cancelar toda notificación inscrita	35-39	11
4. Reglas no imperativas aplicables antes del incumplimiento	40-46	13



5.	Reglas no imperativas típicas aplicables antes del incumplimiento	47-68	15
	a) Generalidades	47-49	15
	b) Reglas no imperativas cuando es el acreedor quien está en posesión de los bienes gravados	50-58	16
	c) Reglas no imperativas cuando es el otorgante quien está en posesión de los bienes gravados	59-65	18
	d) Reglas no imperativas con independencia de quien esté en posesión de los bienes gravados	66-68	20
B.	Observaciones específicamente relacionadas con los bienes.	69-80	21
C.	Recomendaciones		25

VIII. Derechos y obligaciones de las partes

A. Observaciones generales

1. Introducción

1. Tal como ocurre en relación con cualquier otro acuerdo, las cuestiones como la formación, la interpretación, los efectos, el incumplimiento y la resolución de un acuerdo de garantía están sujetas al derecho general de los contratos y las obligaciones. Además, dado que en el acuerdo de garantía se consigna lo acordado entre el otorgante y el acreedor garantizado, los acuerdos de garantía suelen estar sujetos a normas especiales que regulan tales acuerdos. Por lo general, esto significa, en particular, que un acuerdo de garantía será oponible entre las partes aunque no lo sea frente a terceros.

2. El contenido fundamental de un acuerdo de garantía variará en función de las necesidades y los deseos de las partes. Generalmente, las cláusulas de los acuerdos de garantía abordan tres temas principales. En primer lugar, se insertan en el acuerdo algunas disposiciones porque forman parte de los requisitos imperativos para constituir una garantía real. Por ejemplo, las reglas relativas a la identificación de los bienes gravados y a la obligación garantizada podrían entrar en esta categoría (véanse las definiciones de “bien gravado” y “obligación garantizada”, en la Introducción, sección B, Terminología). En el capítulo IV (Constitución de una garantía real) (validez entre las partes), la Guía recomienda que los requisitos formales exigidos para la constitución de una garantía real oponible entre las partes sean mínimos y de fácil cumplimiento (véanse las recomendaciones 12 a 14).

3. En segundo lugar, un acuerdo de garantía contendrá también, de ordinario, varias cláusulas en las que se especificarán los derechos y obligaciones de las partes una vez que el acuerdo haya adquirido eficacia entre ellas. Muchas de esas cláusulas regulan las consecuencias de un incumplimiento por parte del otorgante o de la violación de una obligación por parte del acreedor garantizado. Con frecuencia los supuestos que constituyen un incumplimiento por parte del otorgante y los recursos de que dispone el acreedor garantizado para hacer cumplir las cláusulas del acuerdo de garantía se enumeran detalladamente. Los importantes efectos que la ejecución puede tener en los derechos de los terceros ha inducido habitualmente a los Estados a especificar con cierto detalle una serie de normas de carácter imperativo para regir el incumplimiento y la ejecución (véase el capítulo X, Ejecución). Con esas normas imperativas se pretende por lo general proteger los derechos de los otorgantes y de los terceros. Como normas imperativas, prevalecerán necesariamente sobre cualquier cláusula del acuerdo de garantía que especifique derechos y recursos contradictorios del acreedor, a menos que el otorgante renuncie a ellos tras el incumplimiento (recomendación 129), o si el acreedor garantizado renuncia a ellos en cualquier momento (véase la recomendación 130). Sin embargo, de no haber ningún conflicto, las cláusulas enunciadas en el acuerdo de garantía regirán la relación entre las partes tras el incumplimiento.

4. En tercer lugar, los acuerdos de garantía suelen contener una serie de disposiciones cuya finalidad es regular aspectos de la relación entre las partes después de la constitución de la garantía pero antes de todo incumplimiento. A menudo, para la eficiencia y la previsibilidad en las operaciones garantizadas, es

preciso prever además cláusulas detalladas suplementarias que rijan los aspectos que afecten el curso de la operación. Muchos Estados alientan activamente a las partes a formular las cláusulas del acuerdo de garantía de forma que se cumplan sus propios requisitos. No obstante, al igual que en el caso de los derechos y obligaciones posteriores al incumplimiento, esos mismos Estados elaboran también diversas normas imperativas referentes a los derechos y obligaciones con anterioridad al incumplimiento (especialmente cuando algún tercero pueda verse afectado). Dicho esto, a fin de ofrecer a los otorgantes y a los acreedores garantizados la máxima flexibilidad para formular su acuerdo del modo más adecuado a sus necesidades, los Estados suelen dar un relieve mínimo a esas normas imperativas para antes del incumplimiento.

5. Si bien los Estados son en general renuentes a imponer una amplia gama de normas imperativas para regir los derechos y obligaciones con anterioridad al incumplimiento, tienen, en cambio, interés en dar orientación a los otorgantes y a los acreedores garantizados. En efecto, muchos Estados promulgan un número mayor o menor de normas no imperativas (o supletorias) que resultan aplicables si las partes no especifican otra cosa en su acuerdo de garantía. Este capítulo no aborda todos los supuestos en que los Estados tal vez deseen elaborar tales normas no imperativas; más bien se limita a ofrecer una lista indicativa y no exhaustiva de dichas normas supletorias para antes del incumplimiento que suelen estar plasmadas en las legislaciones nacionales actuales.

6. El análisis que figura a continuación se centra en tres cuestiones normativas. La primera de ellas, que se examina en la sección A.2, guarda relación con el principio de la autonomía contractual de las partes y el grado en que éstas deberían tener libertad para formular las cláusulas de sus respectivos acuerdos de garantía (dando por sentado que el acuerdo cumple con los requisitos sustantivos y formales exigidos para la constitución de una garantía real). La segunda cuestión, que se estudia en la sección A.3, se refiere a las normas imperativas que deberían regir los derechos y las obligaciones de los otorgantes y de los acreedores garantizados antes de todo incumplimiento. Por último, en la tercera, que constituye el tema de las secciones A.4 y A.5, trata del tipo de normas no imperativas que cabría incluir en los regímenes modernos de las operaciones garantizadas.

7. En la sección B de este capítulo se toman en consideración diversas normas imperativas y no imperativas que pudieran regular los derechos y obligaciones previos a todo incumplimiento en relación con determinados tipos de bienes y de operaciones. El capítulo concluye, en la sección C, con una serie de recomendaciones.

2. Autonomía contractual de las partes

a) General

8. En el capítulo II de la presente Guía (Ámbito de aplicación y otras reglas generales) se proclama que el principio de la autonomía de las partes constituye uno de los fundamentos de su enfoque básico (véase la recomendación 8). En la mayoría de los Estados, este principio forma parte del derecho general de los contratos y obligaciones y es aplicable al régimen de las operaciones garantizadas por la mera razón de que un acuerdo de garantía constituye un contrato. La idea central radica en que, a menos que un Estado disponga otra cosa, el acreedor garantizado y el otorgante deberían poder

formular como consideraran oportuno el acuerdo de garantía que los vincule. Si bien el principio de la autonomía de las partes concede a los proveedores de crédito un notable poder en la determinación del contenido del acuerdo de garantía, lo que se espera es que, al permitir que el acreedor garantizado y el otorgante estructuren su operación y asignen los derechos y obligaciones previos a todo incumplimiento del modo más propicio para sus objetivos, dará normalmente a los otorgantes mayores posibilidades a la hora de obtener acceso a crédito garantizado.

9. El principio de la autonomía contractual de las partes tiene dos vertientes distintas cuando se aplica a los derechos y obligaciones antes de todo incumplimiento. La primera vertiente concierne a los Estados. Si bien éstos deberían poder promulgar normas imperativas que rigieran los rasgos fundamentales de las operaciones que concertaran las partes, sería preciso que el número de tales disposiciones fuera limitado y que se expusiera claramente su alcance. La segunda vertiente es la de los efectos que el otorgante y el acreedor garantizado tratan de conseguir mediante su acuerdo. Toda cláusula que haga excepción a reglas no imperativas o que las modifique, o que guarde relación con cuestiones no abordadas en las reglas supletorias de un Estado, vinculará únicamente a las partes propiamente dichas y, salvo lo dispuesto por los principios generales del derecho de los contratos y obligaciones no afectará a los derechos de los terceros.

10. La imposición de limitaciones legislativas a la autonomía contractual de las partes en forma de reglas imperativas puede darse tanto en el marco de un régimen de las operaciones garantizadas como en otros tipos de legislación. Así, por ejemplo, son muchos los Estados que regulan extensamente las operaciones con consumidores, limitando a menudo estrictamente la capacidad de los acreedores garantizados y de los otorgantes para concebir su propio régimen de los derechos y obligaciones previos a todo incumplimiento. Como ejemplo, cabría citar una regla que prohibiera a los acreedores garantizados limitar el derecho de los otorgantes que fueran consumidores a vender o a enajenar los bienes gravados. Del mismo modo, muchos Estados restringen la autonomía de las partes cuando se trata de “bienes familiares” o “comunitarios”. Como ejemplo, cabría citar una regla que impidiera a los acreedores garantizados limitar el uso que los otorgantes pudieran hacer de tales “bienes familiares” (véase la recomendación 2, apartado b)).

11. Además de estas normas imperativas que rigen a determinados otorgantes y determinados bienes, también es común que los Estados impongan diversas normas imperativas de carácter más general. Esas normas suelen figurar en la legislación por la que se instituye un régimen de las operaciones garantizadas. Como ya se ha señalado, en la mayoría de los casos guardan relación con el incumplimiento y la ejecución (por ejemplo, no puede renunciarse unilateralmente o mediante acuerdo a la regla de conducta en caso de ejecución; véase la recomendación 128). Sin embargo, algunas de esas normas se refieren también a los derechos y obligaciones previos a todo incumplimiento (por ejemplo, la parte en posesión de los bienes gravados debe actuar con diligencia razonable para proteger dichos bienes; del mismo modo, está obligada a devolverlos y a cancelar toda notificación inscrita en un registro una vez que se haya pagado íntegramente la obligación garantizada; véase la recomendación 107). Estos últimos tipos de normas imperativas se analizan en la próxima sección del presente capítulo.

12. Dado que la autonomía contractual de las partes es el principio básico, el acreedor garantizado y el otorgante plasman normalmente de forma detallada en el

acuerdo de garantía una serie de elementos estructurales de su acuerdo. Con frecuencia, el otorgante y el acreedor garantizado especifican al menos seis dimensiones del acuerdo previas a todo incumplimiento:

a) Los bienes que vayan a gravarse y las condiciones en que bienes inicialmente no gravados puedan quedar más adelante sujetos a gravamen;

b) La obligación que se ha de garantizar conforme al acuerdo (inclusive obligaciones futuras);

c) Lo que el otorgante puede y no puede hacer con los bienes gravados (en particular, el derecho de utilizar, transformar, percibir los frutos e ingresos dados por los bienes o enajenar dichos bienes);

d) En qué momento y de qué modo el acreedor podrá obtener la posesión de los bienes gravados antes de un incumplimiento, así como los derechos y obligaciones que tiene el acreedor sobre los bienes gravados que se encuentren en su posesión;

e) Una serie de declaraciones hechas, garantías dadas y obligaciones asumidas por el otorgante; y

f) Los hechos determinantes del incumplimiento (principalmente por parte del otorgante, pero también por parte del acreedor garantizado) de conformidad con el acuerdo.

13. Las diversas normas imperativas y no imperativas que se exponen a continuación deberían leerse en el contexto de estos elementos de la autonomía de las partes.

b) Fuente de los derechos y obligaciones de las partes

14. Como ya se ha señalado, la mayoría de las reglas imperativas y no imperativas referentes a los derechos y obligaciones de las partes antes del incumplimiento guardan relación con el modo en que se asignan las prerrogativas y responsabilidades de la propiedad entre el otorgante y el acreedor garantizado. De conformidad con el principio de la autonomía contractual de las partes y a reserva de toda limitación apropiada (véanse los párrafos 9 a 11 *supra*), la mayoría de los Estados consideran que son las propias partes quienes deben determinar sus derechos y obligaciones mutuos antes del incumplimiento. De ahí que sea importante determinar la fuente de tales derechos y obligaciones.

15. En principio, estos derechos y obligaciones dimanarían de las cláusulas y condiciones concretas que las partes hayan hecho constar en su acuerdo, lo cual incluye también toda condición general que las partes incorporen a su acuerdo por remisión. Además, conforme al derecho interno de la mayoría de los Estados, dado que el acuerdo de garantía puede remitir a una relación en curso entre las partes que sea común en un determinado ramo o sector, las partes deberían quedar vinculadas por todo uso en el que hubieran convenido. Por último, salvo acuerdo en contrario de las partes, éstas, al ejecutar su acuerdo, deberían quedar vinculadas por las prácticas que hubieran establecido entre ellas. La Guía adopta la idea de que el acuerdo entre las partes es la fuente primordial de sus derechos y obligaciones mutuos, además de los usos en que puedan haber convenido y, salvo acuerdo en

contrario, las prácticas que las propias partes hayan establecido (véase la recomendación 106).

3. Reglas imperativas antes de todo incumplimiento

a) Generalidades

16. Cabe encontrar normas de carácter imperativo en relación con los derechos y obligaciones de las partes antes del incumplimiento tanto en los regímenes de las operaciones garantizadas como en otros tipos de legislación. En general, esas normas pueden dividirse en tres categorías amplias. La primera de ellas, que los Estados suelen incluir en legislación para la protección del consumidor o relativa a los bienes familiares, tiene un alcance y un ámbito de aplicación muy particulares. En la Guía se reconoce la importancia que los Estados pueden otorgar a esas cuestiones (véase la recomendación 2, apartado b)). No obstante, a fin de lograr los máximos beneficios económicos de un régimen de las operaciones garantizadas, los Estados deberían especificar claramente el alcance de estas limitaciones de la autonomía de las partes para adaptar sus derechos y obligaciones antes del incumplimiento a sus necesidades y deseos.

17. Otras normas vinculantes para antes del incumplimiento se centran en el contenido fundamental que las partes puedan haber estipulado en su acuerdo. Por lo general, esas normas se conciben como limitaciones generales de los derechos de los acreedores garantizados y son aplicables tanto si el otorgante es un consumidor como si es una empresa. Esas normas pueden variar ampliamente de un Estado a otro. Por ejemplo, algunos Estados prevén una suma exclusivamente destinada a los acreedores no garantizados en el contexto de la insolvencia, que tiende a ser bastante restringida. Algunos Estados no permiten a los acreedores limitar el derecho de un otorgante a utilizar o a transformar los bienes gravados, siempre que tal utilización o transformación se ajusten a la naturaleza y a la finalidad de esos bienes. Algunos Estados tampoco permiten a un acreedor garantizado utilizar o deducir de la obligación garantizada los frutos e ingresos generados por los bienes gravados que aquél tenga en su posesión.

18. La Guía, al dar tanta importancia al principio de la autonomía contractual de las partes, adopta la posición de que en general los Estados no deberían promulgar reglas imperativas para antes de todo incumplimiento que restringieran el número o la naturaleza de las obligaciones que los acreedores garantizados y los otorgantes pudieran exigirse mutuamente. Con todo, las inquietudes expuestas son muchas veces reales y, en función del carácter particular de su economía nacional o de la empresa comercial que otorgue la garantía real, los Estados pueden experimentar la necesidad de regular con más precisión la relación entre los acreedores garantizados y los otorgantes antes de que se produzca un incumplimiento. No obstante, si procedieran así, esas normas imperativas deberían: a) expresarse en un lenguaje claro; b) redactarse en términos precisos y limitativos, de modo que no fueran de aplicación general; y c) al igual que las reglas similares en el contexto posterior a un incumplimiento, basarse en los motivos reconocidos de orden público, como la buena fe, el trato equitativo y una actuación razonable desde el punto de vista comercial (véanse las recomendaciones 127 y 128).

19. Un tercer tipo de norma imperativa para antes de producirse un incumplimiento tiene por objeto evitar que se desvirtúen los objetivos

fundamentales de un régimen de las operaciones garantizadas. Normalmente, los Estados prevén reglas imperativas de esta índole con el fin de imponer obligaciones mínimas a la parte que esté en posesión o en control de los bienes gravados. Así, por ejemplo, dado que la finalidad de una garantía es proporcionar a un acreedor un derecho de prelación, en caso de incumplimiento, en el cobro del dinero generado por la venta de los bienes gravados, sería compatible con este objetivo que los otorgantes estuvieran obligados a no desperdiciar ni a permitir que los bienes gravados se deterioraran más de lo que cabe esperar con el desgaste normal, y al mismo tiempo a preservar el valor económico de los bienes en beneficio de los acreedores garantizados.

20. Las reglas por las que se exigen al otorgante y al acreedor garantizado, en caso de que este último tenga la posesión, que cuiden con diligencia razonable los bienes gravados y, de forma más general, las reglas encaminadas a conservar los bienes gravados, tienen como objetivo propiciar que las partes en un acuerdo de garantía actúen con responsabilidad. Sin embargo, estos tipos de normas imperativas no tienen los mismos efectos que las reglas de protección del consumidor o que las reglas imperativas que enuncien el contenido fundamental de un acuerdo de garantía. Los últimos tipos de regla imperativa son elementos constitutivos de la garantía real en sí y no pueden obviarse ni en el momento de la negociación del acuerdo ni posteriormente.

21. Del mismo modo, las partes no podrán hacer excepción, mediante acuerdo, a las normas imperativas que fijen sus derechos y obligaciones generales antes de producirse un incumplimiento. Por ejemplo, los Estados no permiten normalmente a las partes excluir su deber de diligencia razonable en el cuidado de los bienes gravados. Sin embargo, esto no siempre impide a las partes renunciar a reclamar contra un incumplimiento, una vez que éste se haya producido. Muchos Estados prevén que el acreedor garantizado deberá liberar posteriormente al otorgante de las obligaciones que tenía antes de que se produjera un incumplimiento (incluidas las obligaciones impuestas por reglas imperativas) o que podrá renunciar a reclamar contra todo incumplimiento por parte del otorgante. En cambio, dada la dinámica que habitualmente existe entre el acreedor garantizado y el otorgante, muchos de esos mismos Estados disponen también que no deberá permitirse que el otorgante libere al acreedor garantizado, antes del incumplimiento, de toda obligación que se le haya impuesto mediante una regla imperativa.

22. Las reglas imperativas aplicables antes de un incumplimiento que se recomiendan en la Guía obedecen a objetivos de estrategia concordantes con lo que se ha definido como principios básicos de un régimen eficaz y eficiente de las operaciones garantizadas (véase la recomendación 1). En estas reglas se enuncian los derechos y obligaciones previos a un incumplimiento que a) alientan a las partes que estén en posesión de los bienes gravados a preservar su valor; y b) garantizan que una vez pagada la obligación, el otorgante recupere el pleno uso y disfrute de los bienes anteriormente gravados.

23. En el capítulo XI (Garantía de la financiación de adquisiciones) de la Guía se estudia la posibilidad de que algunos Estados opten por preservar las operaciones de retención de la titularidad y de arrendamiento financiero como técnicas independientes para la financiación de las adquisiciones. En estas situaciones, el derecho del vendedor o del arrendador no es una garantía real sino que comprende el derecho del vendedor a declarar su titularidad sobre los bienes y, en caso de

venta, hasta el pago íntegro del precio de compra y, en el caso de un arrendamiento financiero, mientras dure la operación (véanse las definiciones de los conceptos de “garantía real”, “garantía real del pago de una adquisición”, “retención del derecho a la titularidad” y “derecho de arrendamiento financiero” en la Introducción, sección B, Terminología). Por esta razón, aunque los objetivos económicos fundamentales de esas operaciones sean idénticos a las de una garantía real corriente para financiar adquisiciones, las reglas imperativas referentes a los derechos y obligaciones de las partes antes de un incumplimiento (el vendedor que retenga la propiedad y el comprador que goce de la posesión pero sólo con una expectativa de obtener la propiedad; el arrendador que sea el propietario y el arrendatario que sólo tenga el derecho de posesión y uso) deberán redactarse en términos ligeramente diferentes. Estos ajustes necesarios se examinan en el capítulo XI, sección A.8.

b) Deber de conservar los bienes gravados en buen estado

24. El bien gravado es una de las principales salvaguardias de que dispone el acreedor para obtener con toda seguridad el reembolso de la obligación garantizada. Asimismo, es un bien que el otorgante normalmente espera recibir y da por descontado seguir utilizando libremente una vez que el préstamo o crédito se haya íntegramente reembolsado. Estas razones justifican que tanto los acreedores garantizados como los otorgantes están interesados en que se conserve el bien gravado en buen estado.

25. En la mayoría de los casos, la persona que esté en posesión de un bien gravado será la que mejor podrá asegurar su conservación. Ello explica por qué los Estados imponen normalmente a esa parte el deber de obrar con diligencia razonable en el cuidado del bien gravado. La posibilidad de que una persona que no tenga la posesión convencional esté en una situación óptima para cuidar el bien gravado se dará sólo excepcionalmente y casi siempre en relación con un bien inmaterial. Puesto que el objetivo es velar por una atribución equitativa de la responsabilidad de cuidar los bienes gravados y alentar a las partes a que preserven su valor, poco importa que el que goce de la posesión sea el otorgante o el acreedor garantizado. Los deberes imperativos impuestos a la persona que esté en posesión de los bienes gravados y que deba cuidarlos deberían ser idénticos tanto si esta persona fuera el otorgante como si fuera el acreedor garantizado.

26. El contenido específico de ese deber puede variar considerablemente según la naturaleza del bien gravado. En el caso de los bienes corporales, el deber consiste ante todo en conservar físicamente el bien en buen estado (véanse las definiciones de “bien corporal” y “bien inmaterial” en la Introducción, sección B, Terminología). Cuando se trate de un bien corporal inanimado, ello supondrá normalmente conservarlo en buen estado de mantenimiento y no usarlo con un fin distinto del normal en las circunstancias del caso. Por ejemplo, si se trata de un componente de maquinaria, no habrá que dejarlo expuesto a la lluvia, y la parte que lo tenga en su posesión y lo utilice habrá de ocuparse de su mantenimiento habitual. Del mismo modo, si se constituye una garantía, por ejemplo, sobre un automóvil para pasajeros, la persona que esté en su posesión y que esté autorizada para usarlo, no podrá utilizar el vehículo como si fuera una camioneta con fines comerciales.

27. Cuando los bienes gravados sean existencias, es posible que, a efectos de conservación, la persona que las tenga en su posesión deba adoptar otras medidas más onerosas. A diferencia de los bienes de equipo, las existencias están a menudo

expuestas, por lo que resulta más fácil robarlas. De ahí que el otorgante (que es la parte con más probabilidades de estar en posesión de las existencias) deba aportar una garantía suficiente para prevenir toda “disminución” de las existencias, deba exponerlas debidamente a fin de evitar que se rompan, o almacenarlas para impedir que se deterioren. Por ejemplo, si las existencias consisten en bienes de equipo electrónicos de elevado precio, o en artículos de vidrio particularmente frágiles, puede ser necesario guardarlos en cajas cerradas; si consisten en alimentos perecederos, la persona que los tenga en su posesión habría de almacenar los bienes gravados en instalaciones refrigeradas.

28. En el caso de los bienes corporales vivos, como los animales, el deber habría de ser análogo. No basta simplemente con mantener vivo al animal. La persona que lo tenga en su posesión ha de cuidar de que esté adecuadamente alimentado y se mantenga en buen estado de salud (por ejemplo, proporcionándole una atención veterinaria adecuada). Cuando el animal requiera servicios especiales para mantenerlo en buenas condiciones (por ejemplo, si es un caballo de carreras, que sea entrenado de forma apropiada, o, tratándose de una vaca, que sea ordeñada con regularidad), estos servicios quedan incluidos en la obligación de cuidar del animal. Finalmente, al igual que con los bienes de equipo, el deber de cuidado implica asimismo que el animal no puede ser utilizado con fines anormales. Así, un toro de gran valor por los ingresos que reporta como semental no puede ser utilizado como animal de carga.

29. Si el bien gravado consiste en un derecho al pago de una suma en efectivo consignada en un título negociable, el deber incluirá sin duda la conservación física del documento. Ahora bien, en tal caso, el deber de diligencia comprenderá la adopción de las medidas necesarias para mantener o preservar los derechos del otorgante frente a las partes precedentes obligadas a tenor del título negociable (por ejemplo, la presentación del título, el protesto si lo prescribe la ley, así como la notificación del incumplimiento). También puede incumbir a la persona que esté en posesión de un título negociable evitar toda pérdida de derechos sobre el título en sí frente a partes anteriores adoptando medidas contra las personas obligadas subsidiariamente por el título (por ejemplo los garantes). Cuando el bien corporal sea un documento negociable, la persona que esté en su posesión también ha de conservarlo físicamente. Además, si es un documento con plazo de validez, la persona que lo tenga en su posesión debe presentarlo antes de que expire el plazo para reclamar la posesión física del bien al que se refiera el documento.

30. Si el bien gravado consiste en un bien inmaterial, es más difícil concretar el deber de ejercer un cuidado razonable que debe tener la persona que goce de la posesión. A menudo el bien inmaterial es simplemente un derecho contractual al cobro de una suma. El carácter del deber de conservación en tales casos se examina más adelante en la sección B. Cuando el bien gravado sea un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria, un derecho de propiedad intelectual o un derecho al producto de una promesa independiente, lo habitual es que los Estados establezcan los derechos y obligaciones respectivos de las partes en la operación en las leyes especiales que regulan esa forma particular de bien.

31. Al determinar el alcance de la obligación de conservar los bienes gravados por parte de la persona que esté en posesión de ellos, los Estados realizan una evaluación de costos y beneficios con miras a asegurar una distribución equitativa de la responsabilidad por su conservación. La principal cuestión normativa radica en

evitar la imposición de una carga indebida a la persona que esté en posesión de los bienes gravados, especialmente cuando esa persona sea el acreedor garantizado, y no el otorgante. Conforme a las consideraciones expuestas, la Guía recomienda que los Estados promulguen una regla general previa al incumplimiento que tenga carácter imperativo y por la que se imponga a las partes que estén en posesión de los bienes gravados el deber de velar razonablemente por la conservación de los bienes gravados en buen estado (véase la recomendación 107).

c) Obligación de preservar el valor de los bienes gravados

32. En muchos casos, la conservación del bien gravado en buen estado contribuirá a la vez al mantenimiento de su valor. Sin embargo, en algunos casos será necesario adoptar medidas suplementarias. El caso especial de los bienes inmateriales se examina más adelante en la sección A.5. En cuanto a los bienes corporales, los Estados distinguen normalmente entre las obligaciones de los otorgantes y las de los acreedores garantizados. Dado que el bien gravado constituye la garantía de cobro para el acreedor garantizado, ocasionalmente se requiere a los otorgantes, además de que conserven los bienes gravados en buen estado, que adopten medidas encaminadas a mantener el valor de dichos bienes. Por ejemplo, puede exigirse a los otorgantes que instalen sistemas informáticos perfeccionados o que devuelvan bienes de equipo al vendedor para todo servicio que se haya estipulado. Una vez más, al determinar el alcance de la imposición de esta obligación a los otorgantes, los Estados deben ponderar dicha carga con los beneficios esperados.

33. Muy raras veces los Estados imponen obligaciones de preservación del valor de los bienes gravados a los acreedores garantizados. Ello obedece a que si la imposición de un deber exige que los acreedores garantizados asuman una responsabilidad onerosa para vigilar muy de cerca los bienes gravados, el bien simplemente perderá su valor como garantía, lo cual irá en detrimento del otorgante. Por ejemplo, no debería requerirse que los acreedores garantizados adoptaran medidas para mantener el valor de una marca comercial en el mercado o que realizaran un análisis de las inversiones a fin de mantener el valor de una cartera de valores bursátiles. En cualquier caso, siempre redundará en interés del otorgante que el bien gravado mantenga su valor; así pues, las partes estipularán normalmente que los otorgantes podrán indicar a los acreedores garantizados en posesión de los bienes las medidas que deberán adoptar para preservar su valor en tales casos. Normalmente, toda suma gastada a tal efecto será o bien pagada anticipadamente por el otorgante o será agregada a la obligación garantizada.

34. Dado que las partes, en sus acuerdos de garantía, estipularán normalmente deberes suplementarios encaminados a que se mantenga el valor de los bienes gravados, por lo general los Estados no promulgarán ninguna regla de carácter imperativo que imponga directamente tal obligación a los otorgantes o a los acreedores garantizados. En consonancia con esa tendencia general, la Guía no recomienda que los Estados promulguen una regla previa al incumplimiento de carácter imperativo por el que se exija a las partes que estén en posesión de los bienes gravados preservar el valor que éstos tenían antes del incumplimiento.

d) Deber de devolver los bienes gravados y de cancelar toda notificación inscrita

35. La finalidad principal de una garantía real es aumentar la probabilidad de que se satisfaga la obligación garantizada, ya sea induciendo al otorgante a reembolsar

dicha obligación, ya sea aplicando el valor del bien gravado a la obligación garantizada. Una garantía real no es un medio para expropiar plusvalías al otorgante ni una cesión camuflada de los bienes gravados al acreedor. Por ley, al cumplirse la obligación garantizada, se extingue la garantía real y el otorgante tiene el derecho y pleno disfrute de la propiedad de los bienes que ya no están gravados. A fin de que el otorgante pueda ejercitar sus derechos, la mayoría de los Estados promulgan reglas imperativas que regulan los deberes del acreedor garantizado una vez que se ha reembolsado íntegramente la obligación garantizada y que se han clausurado todos los compromisos de otorgar crédito. Estos deberes son de dos tipos. Algunos consisten en la devolución de los bienes gravados al otorgante en los casos en que el acreedor garantizado esté en posesión de ellos en el momento de satisfacerse la obligación garantizada; otros deberes estriban en adoptar medidas que permitan al otorgante disfrutar de sus derechos sobre los bienes gravados, libres de todo impedimento derivado del hecho de haber estado sujetos a un gravamen.

36. En la Guía se prevé que los acreedores garantizados, la mayoría de las veces, pueden hacer sus derechos oponibles a terceros tomando posesión de los bienes garantizados (véase la recomendación 36). Además, incluso cuando el acreedor logre la oponibilidad a terceros, mediante la inscripción registral de una notificación, y no tomando posesión, dado el principio de autonomía contractual de las partes, los otorgantes podrán, no obstante, permitir a los acreedores garantizados tomar posesión de los bienes gravados. Este permiso podrá darse o bien en el momento en que se constituya la garantía real o un tiempo después. En este caso, no es ni siquiera necesario que haya habido incumplimiento del acuerdo de garantía por parte del otorgante. No obstante, independientemente de cómo se produzca, la posesión del acreedor garantizado se funda en el acuerdo entre las partes y guarda relación con los objetivos de ese acuerdo.

37. Puesto que la finalidad de una garantía real es asegurar el cumplimiento de una obligación, una vez que dicho cumplimiento haya tenido lugar, el otorgante debe tener la posibilidad de recuperar la posesión de los bienes gravados o de tener acceso a ellos sin trabas, o bien ambas cosas. Esto explica el deber formal que muchos Estados imponen a los acreedores garantizados de devolver los bienes gravados al otorgante una vez que éste haya abonado íntegramente el importe de la obligación garantizada (y una vez clausurados todos los compromisos de conceder crédito). En esos Estados se impone al acreedor garantizado la obligación de entregar los bienes gravados, y no es el otorgante quien debe reclamarlos o llevárselos consigo. En cambio, en otros Estados el acreedor garantizado no está obligado a entregar los bienes ya no sujetos al gravamen de la garantía real; tan sólo debe permitir que el otorgante reclame dichos bienes. Cuando un bien corporal está en manos de un tercero que inicialmente lo haya tenido en su posesión por cuenta del otorgante, pero, al constituirse la garantía real, lo haya tenido en su poder por cuenta del acreedor garantizado, en muchos Estados el acreedor garantizado debe indicar a la persona que está en posesión del bien que la obligación garantizada ha sido satisfecha y que la persona con la posesión del bien lo vuelve a tener en su poder por cuenta del otorgante. En muchos Estados se plantea un deber similar cuando el acreedor garantizado y una institución depositaria han concertado un acuerdo de control (véase la definición de “control” en la Introducción, sección B, Terminología). En esos Estados, el acreedor garantizado suele estar obligado a informar específicamente a la institución depositaria de que el acuerdo de control no tiene ya vigencia. La finalidad de estos diversos requisitos es siempre asegurar que

el otorgante haga valer su derecho al libre uso de los bienes gravados una vez que se haya satisfecho íntegramente la obligación garantizada y que se hayan clausurado todos los compromisos de otorgar crédito.

38. Algunos Estados estiman que el acreedor ha de adoptar también medidas con el fin de que el otorgante quede en la misma situación en que se encontraba antes de constituirse la garantía real. En el caso de un bien inmaterial, ello requerirá enviar una notificación a todo tercero deudor (por ejemplo, el deudor de un crédito por cobrar) indicando que la obligación garantizada de pago se ha satisfecho en su totalidad y que el otorgante tiene de nuevo derecho a percibir el pago de la obligación. Más en general, algunos Estados obligan a los acreedores garantizados a liberar de la garantía real los bienes gravados, en los casos en que la oponibilidad a terceros se haya obtenido mediante la inscripción registral, a adoptar medidas para que se cancele la validez de la notificación de esa garantía real en el registro correspondiente. Así, por ejemplo, cuando las inscripciones no son eliminadas automáticamente del registro, una vez transcurrido un período relativamente breve, muchos Estados imponen a los acreedores el deber de solicitar al registro que cancele la inscripción. De igual modo, cuando la garantía real ha sido objeto de anotación en un certificado de titularidad, algunos Estados obligan al acreedor garantizado a cerciorarse de que se cancele esa anotación en el certificado. El factor común de estos requisitos es la idea de que el acreedor garantizado debe adoptar medidas para suprimir toda prueba formal de su derecho ya caducado, de modo que ningún tercero pueda creer que los bienes del otorgante aún están potencialmente sujetos a su garantía real.

39. La regla imperativa que se recomienda en la Guía para regir la relación de las partes una vez que se haya satisfecho la obligación garantizada de pagar obedece a las consideraciones expuestas. Su objetivo primordial es asegurar que el otorgante recupere el pleno uso y disfrute del bien gravado y pueda negociar libremente con terceros sin que subsista gravamen alguno dimanante de la garantía real extinta (véanse las recomendaciones 68 y 108).

4. Reglas no imperativas aplicables antes del incumplimiento

40. Además de las diversas reglas imperativas que rigen los derechos y obligaciones de las partes antes del incumplimiento, la mayoría de los Estados establecen una lista más o menos larga de reglas no imperativas referentes a otras cuestiones previas al incumplimiento. Los términos utilizados para designar esas reglas, concebidas “a reserva de acuerdo en contrario entre las partes”, varían de un Estado a otro (por ejemplo *jus dispositivum*, *lois supplétives*, *normas supletorias*, *suppletive rules*, *default rules*). Pero su característica común radica en que se han concebido para ser automáticamente aplicables como cláusulas supletorias de los acuerdos de garantía, a no ser que haya pruebas de que las partes se proponen excluirlas o modificarlas.

41. En favor del concepto de reglas no imperativas se dan diferentes razones de estrategia. Algunos Estados hacen uso de ellas para proteger a las partes más débiles, basándose en la teoría de que ofrecen una pauta frente a la cual la parte más fuerte puede intentar negociar otra estipulación contractual. Otros las conciben como reglas que son un simple reflejo de las cláusulas de un acuerdo que las partes habrían negociado de haber centrado su atención en determinados puntos. La Guía adopta la postura de que la verdadera justificación de las reglas no imperativas

radica en el hecho de que se pueden utilizar en pro de los objetivos de estrategia congruentes con la lógica de un régimen de las operaciones garantizadas. No es difícil encontrar ejemplos de reglas no imperativas fundadas en este criterio. En muchos Estados la ley dispone que, de no acordar las partes otra cosa, el otorgante ingresará todo producto de un seguro, resultante de la pérdida de un bien gravado o el daño sufrido por él, en una cuenta de depósito controlada por el acreedor garantizado. Además, en muchos Estados la ley dispone que, a menos que las partes convengan otra cosa, el acreedor garantizado podrá retener los ingresos dimanantes del bien gravado, como bienes gravados adicionales, mientras esté vigente el acuerdo de garantía, de modo que en caso de incumplimiento esos ingresos puedan destinarse al pago de la obligación garantizada. Habida cuenta de este objetivo general, existen al menos cuatro razones por las que los Estados posiblemente decidan establecer un conjunto de reglas no imperativas.

42. Primera razón: si los derechos y las obligaciones se distribuyen entre el acreedor garantizado y el otorgante de una manera con la que ellos mismos estarían probablemente conformes, habida cuenta de los propósitos fundamentales de un régimen de las operaciones garantizadas, un conjunto de reglas no imperativas contribuye a reducir los gastos de las operaciones, eliminando la necesidad de que las partes negocien y elaboren nuevas disposiciones, pues ya estarán adecuadamente previstas en esas reglas. En este caso, las reglas no imperativas constituyen cláusulas implícitas o supletorias (es decir, aplicables de no existir convenio en contrario), las cuales se consideran parte del acuerdo de garantía, a no ser que en éste se exprese una intención contraria. Como ejemplo de tal cláusula implícita cabría citar el caso de una regla que permita al acreedor garantizado que esté en posesión del bien gravado retener los ingresos dimanantes del bien y utilizarlos directamente para el pago de la obligación garantizada.

43. Segunda razón: incluso las partes mejor aconsejadas y más experimentadas no pueden prever con exactitud lo que sucederá. Por muy minuciosamente que esté elaborado un acuerdo, habrá circunstancias impredecibles. Para obviar la necesidad de una decisión judicial o arbitral que colme esas lagunas en el acuerdo cuando surjan y para reducir el número de posibles controversias, los Estados suelen establecer reglas básicas de caracterización. Estas reglas no imperativas remiten a las partes a otros principios jurídicos más generales, a los que cabe recurrir para hallar la forma de resolver los problemas imprevistos. Un ejemplo de tal regla es la que prescribe que el otorgante de una garantía real sigue siendo el titular del derecho sustantivo (sea éste de propiedad, de rango inferior a la propiedad o un derecho personal) sobre el cual se haya constituido la garantía. En consecuencia, al hacer frente a un hecho determinado imprevisto, las partes pueden partir del principio de que sigue correspondiendo al otorgante ejercitar todo derecho que no se haya asignado específicamente al acreedor garantizado.

44. Tercera razón: con una elaboración legislativa relativamente completa de los derechos y obligaciones de las partes antes del incumplimiento se aumenta la eficacia y la previsibilidad al canalizarse la atención de las partes hacia las cuestiones que deberían tomar en consideración al negociar su acuerdo. Diversas reglas supletorias que las partes puedan excluir les podrán servir de ayuda para la redacción, al ofrecerles una lista de referencia sobre los puntos que posiblemente convenga considerar a la hora de finalizar el acuerdo de garantía. Aunque las partes decidan modificar las reglas no imperativas establecidas a fin de lograr mejor sus

objetivos, el hecho de haberles prestado atención da la seguridad de que esas reglas se han tenido en cuenta y no se han dejado de lado por inadvertencia.

45. Por último, las reglas no imperativas permiten que el principio de autonomía contractual de las partes resulte más eficaz. Esta ventaja se pone especialmente de manifiesto en las operaciones a largo plazo en que las partes no pueden prever todas las eventualidades. Dichas reglas favorecen la flexibilidad y reducen los gastos de cumplimiento. Por ejemplo el hecho de considerar el acuerdo ya completo y luego pedir a las partes formalicen todas las modificaciones y enmiendas subsiguientes introducidas en el acuerdo no hace sino imponer al otorgante gastos adicionales para tales operaciones. Dado que se trata de reglas no imperativas, las partes siempre podrán excluir su aplicación mediante una estipulación contractual, como por ejemplo una cláusula que disponga que en un determinado documento escrito está consignado el acuerdo en su totalidad y que no se permitirán modificaciones verbales.

46. Las ventajas que entraña el hecho de permitir a las partes definir su relación por medio de un conjunto de reglas no imperativas están muy ampliamente reconocidas en muchos ordenamientos jurídicos nacionales (por ejemplo, en los artículos 2736 a 2742 del Código Civil de Québec (Canadá) y en los artículos 9-207 a 9-210 del Código de Comercio Uniforme de los Estados Unidos), así como por las organizaciones que promueven leyes modelo regionales (por ejemplo, en el artículo 15 de la Ley Modelo sobre Operaciones Garantizadas del Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo y en el artículo 33 de la Ley Modelo Interamericana de Garantías Mobiliarias, de la Organización de los Estados Americanos), y también se reconocen en las convenciones internacionales relativas a compraventas internacionales (por ejemplo, el artículo 6 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías)¹ o en algún aspecto de las operaciones garantizadas sobre bienes muebles (por ejemplo, en el párrafo 1 del artículo 11 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional (denominada en adelante la “Convención de las Naciones Unidas sobre Cesión de Créditos”)) y en el artículo 15 del Convenio relativo a las garantías reales internacionales sobre bienes de equipo móvil, del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT).

5. Reglas no imperativas típicas aplicables antes del incumplimiento

a) Generalidades

47. En este capítulo no se estudian todas las situaciones en las que los Estados tal vez deseen establecer reglas no imperativas. Por ejemplo, no se tratan las reglas no imperativas que puedan establecerse en relación con las estipulaciones adicionales para la existencia de una garantía real (por ejemplo, el posible contenido del acuerdo de garantía por encima de lo mínimo para constituir la garantía). Las reglas no imperativas cumplen en este contexto una función diferente y, por tanto, su conveniencia, su alcance y su contenido se guían por otras consideraciones normativas. Además, y por la misma razón, no se examinan las reglas no imperativas destinadas a regir los derechos y obligaciones de las partes a raíz de un incumplimiento. Estas reglas no imperativas se analizan en el capítulo X (Ejecución).

¹ Publicación de las Naciones Unidas, N° de venta S.95.V.12.

48. Las reglas no imperativas de las que trata esta sección son las que regulan los derechos y obligaciones de las partes antes de todo incumplimiento. Como tales reglas serán por lo general un reflejo de las necesidades, prácticas y políticas de los distintos Estados, su configuración específica varía enormemente. Aun así, existe un núcleo de reglas no imperativas que figuran por lo general en las legislaciones nacionales contemporáneas. En general pueden subdividirse en dos categorías amplias: las reglas que sirven de complemento a las reglas imperativas referentes a los derechos y deberes de los acreedores garantizados que estén en posesión de los bienes gravados, y las reglas que amplían los derechos retenidos por el otorgante, prescindiendo de quién tiene la posesión.

49. Al igual que las reglas imperativas, las de carácter no imperativo se formulan con la intención de fomentar un comportamiento responsable por parte de quienes tengan el control y la custodia de los bienes gravados. De ahí que, la mayoría de las veces, los Estados las organicen en función de que sea el acreedor garantizado quien esté en posesión de tales bienes o de que sea el otorgante. No obstante, algunas de las reglas no imperativas para antes de un incumplimiento están concebidas con el fin de ser aplicables independientemente de cuál de las dos partes tenga la posesión. A continuación se examinan sucesivamente las tres situaciones.

b) Reglas no imperativas cuando es el acreedor quien está en posesión de los bienes gravados

50. Como ya se ha señalado, la mayoría de los Estados tienen establecidas reglas imperativas que obligan a los acreedores garantizados que están en posesión de los bienes gravados a cuidarlos razonablemente, a conservarlos y a mantenerlos en buen estado. Por lo general, cuando el acreedor garantizado tenga derecho a utilizar los bienes gravados, está también obligado a encargarse de todas las reparaciones necesarias para mantener los bienes gravados en buen estado. Ya se ha examinado el contenido básico de tales reglas. Además, algunos Estados establecen una serie de reglas no imperativas que especifican obligaciones adicionales de los acreedores como la de cuidar los bienes gravados que estén en su posesión, especialmente cuando el bien gravado dé frutos civiles o naturales o genere algún tipo de ingresos. En los párrafos siguientes se analizan las reglas no imperativas más comunes de esa índole.

51. En lo que respecta a la obligación básica de cuidado y conservación, muchos Estados exigen específicamente, en el caso de los bienes corporales, que el acreedor garantizado mantenga los bienes gravados de forma que sean claramente identificables. Si esos bienes son fungibles y están mezclados con otros bienes de la misma naturaleza, este deber se transforma en la obligación de mantener una cantidad suficiente de bienes de la misma calidad que los inicialmente gravados. Además, cuando el mantenimiento requiere medidas que excedan de la capacidad personal del acreedor, los Estados suelen disponer que el acreedor deberá notificar al otorgante y, de ser necesario, permitirle que tome temporalmente posesión de los bienes para repararlos, cuidarlos o mantener su valor.

52. Cuando el bien gravado consista en un título que lleve incorporado el derecho del otorgante a un pago de efectivo, la obligación de cuidado por parte del acreedor garantizado puede no limitarse a la conservación de ese documento en buen estado. Muchos Estados exigen que el acreedor garantizado en posesión de un título negociable evite toda pérdida de derechos sobre el propio título adoptando medidas contra personas que sean subsidiariamente responsables en virtud del título (por ejemplo, los garantes). En esos Estados también es frecuente disponer que tanto el otorgante como el acreedor garantizado podrán presentar una demanda para hacer cumplir la obligación de pago.

53. Un corolario no imperativo del deber que tiene el acreedor garantizado de cuidar el bien gravado es el derecho de tal acreedor a que se le reembolsen los gastos razonables que haya realizado para conservar el bien y a que tales gastos se sumen al importe de la obligación garantizada. Además, muchos Estados permiten al acreedor garantizado hacer un uso razonable del bien gravado o explotarlo (véase la recomendación 109, párrafo c)). Como elemento concomitante de este derecho, el acreedor garantizado deberá permitir al otorgante que inspeccione el mencionado bien en cualquier momento razonable y será responsable de los daños dimanantes de todo deterioro del bien que sea superior al que implica el desgaste.

54. Dado que el acreedor garantizado ejerce la posesión, estará casi siempre mejor situado para percibir el producto monetario (ingresos o frutos civiles) o no monetario (los frutos naturales están también englobados en la definición de producto, véase la Introducción, sección B, Terminología) que se derive del bien gravado. Por esta razón, los Estados suelen establecer una regla no imperativa en virtud de la cual tanto el producto monetario como el no monetario deberán ser percibidos por el acreedor garantizado que tenga el bien en su posesión. Normalmente, es el otorgante el que está en condiciones de obtener el mejor precio por los frutos naturales que generen los bienes gravados (por ejemplo, la leche producida por una manada de vacas, los huevos puestos por gallinas o la lana producida por ovejas). En consecuencia, los Estados prevén también por lo general que, en el infrecuente caso de que el acreedor garantizado tome posesión de ganado, deba entregar los frutos al otorgante para que disponga de ellos. Cuando el fruto consista en la reproducción natural de animales, según una regla no imperativa corriente, las crías quedan automáticamente gravadas por la garantía y en manos del acreedor con arreglo a las mismas condiciones que los animales originales.

55. Cuando el producto sea monetario, a veces tiene poco sentido obligar al acreedor, tras el cobro, a que lo entregue al otorgante. Conforme a la regla no imperativa habitual, el acreedor garantizado puede deducir el producto en efectivo del valor de la obligación garantizada o mantenerlo en una cuenta aparte como garantía adicional. Este principio se aplica tanto si el dinero percibido consiste en intereses, un pago mixto de intereses y capital, o dividendos de acciones. Algunos Estados incluso permiten al acreedor la alternativa de vender las acciones adicionales recibidas como dividendo (representando el producto de la venta, como si fueran dividendos en efectivo) o retenerlas (a la manera de las crías de animales) como bienes gravados suplementarios. No obstante, también es frecuente que el acreedor garantizado y el otorgante convengan en el acuerdo de garantía en que, mientras el otorgante no haya incumplido dicho acuerdo, éste podrá retener los dividendos (tanto si son dinero en efectivo como si consisten en acciones).

56. Existe una gran diversidad de reglas no imperativas que rigen el derecho del acreedor garantizado a enajenar los bienes gravados que tenga en su posesión. Algunos Estados disponen que el acreedor garantizado puede ceder la obligación garantizada y la garantía real. Es decir, el acreedor puede de hecho transferir la posesión del bien gravado a la persona a la que haya cedido la obligación garantizada. Algunos Estados prevén también que el acreedor garantizado pueda constituir una garantía real sobre el bien gravado como garantía de su propia deuda (“nueva pignoración del bien gravado”) siempre que no se menoscabe el derecho del otorgante a obtener los bienes una vez satisfecho el pago de la obligación garantizada. A menudo esos acuerdos de nueva pignoración se limitan a las acciones, obligaciones y otros títulos mantenidos en una cuenta de valores, pero en algunos Estados los acreedores pueden repignorar bienes corporales tales como diamantes, metales preciosos y obras de arte. En cambio, muchos Estados prohíben al acreedor garantizado que ejerza la posesión repignorar los bienes gravados, aun cuando pueda hacerlo en condiciones que no menoscaben el derecho del otorgante a recuperar sus bienes una vez satisfecha la obligación garantizada.

57. El riesgo de pérdida o deterioro de los bienes afecta normalmente a la propiedad, no a la posesión. No obstante, muchos Estados disponen que, cuando se destruyen o sufren un deterioro anormal bienes gravados que están en posesión del acreedor garantizado, se presume que éste ha incurrido en culpa y tiene que indemnizar la pérdida. Pero, por lo común, en virtud de la misma regla no imperativa, el acreedor no es responsable si puede probar que no tuvo la culpa de la pérdida o del deterioro. Dado que siempre interesará al acreedor garantizado cuidar de que se mantenga el valor de los bienes gravados, muchos Estados disponen que el acreedor tiene derecho a un seguro. Si el acreedor garantizado se asegura contra toda pérdida o daño, sea cual fuere la causa, tiene derecho a sumar el costo del seguro a la obligación garantizada.

58. Esta última regla es un ejemplo particular de un principio más general establecido como regla no imperativa en muchos Estados y recomendado en la Guía. Los gastos razonables que efectúe el acreedor garantizado al cumplir su obligación como custodio de cuidar razonablemente del bien gravado son transferibles al otorgante y se suman automáticamente al importe de la obligación garantizada (véase la recomendación 109, párrafo a)). Ejemplo de tales gastos razonables de los que pasa a ser responsable el otorgante son los pagos de impuestos, las facturas de reparaciones, los gastos de almacenamiento y las primas de seguros.

c) Reglas no imperativas cuando es el otorgante quien está en posesión de los bienes gravados

59. Un objetivo estratégico clave de un régimen eficaz de las operaciones garantizadas es fomentar un comportamiento responsable por parte del otorgante que siga en posesión de los bienes gravados. El criterio de evitar tomar medidas que provoquen una pérdida de valor de los bienes gravados superior a la depreciación imputable al desgaste normal está en consonancia con tal objetivo. De ahí que la mayoría de los Estados impongan al otorgante en posesión de los bienes gravados las mismas obligaciones de cuidado y conservación que tienen los acreedores garantizados poseedores. El deber del otorgante de cuidar los bienes gravados incluye el de asegurarlos con una póliza y el de pagar sin demora los impuestos. Si el acreedor garantizado realiza tales gastos, aun cuando el otorgante mantenga la

posesión, el acreedor garantizado tiene derecho a que el otorgante le reembolse esos gastos y puede sumarlos al importe de la obligación garantizada.

60. Sin embargo, además de estas reglas imperativas, muchos Estados promulgan reglas no imperativas en materia de garantías cuando el otorgante está en posesión de los bienes gravados con el fin de maximizar el potencial económico de éstos. En particular, el hecho de favorecer el uso y la explotación de tales bienes se considera modo para facilitar la generación de ingresos y el reembolso del valor de la obligación garantizada. Por esta razón, la mayoría de los Estados disponen a veces que, a menos que se convenga otra cosa, el otorgante que esté en posesión no renuncia a las prerrogativas generales de la propiedad (el derecho al uso y disfrute, el derecho a los frutos apropiados y el derecho a enajenar) simplemente por haberse constituido una garantía real. Esto significa que, en la situación normal, el otorgante tiene derecho a utilizar, arrendar, procesar y a entremezclar los bienes gravados con otros bienes de manera razonable y compatible con su naturaleza y con los fines y los objetivos establecidos por las partes en el acuerdo de garantía. En tales casos, el acreedor garantizado debe tener derecho a vigilar las condiciones en que el otorgante en posesión del bien gravado lo mantiene, utiliza y procesa, así como a inspeccionar el bien en todo momento razonable (véase la recomendación 108, apartado c)).

61. Si los bienes gravados son generadores de ingresos que están en posesión del otorgante, cuando la garantía real del acreedor se abarque los ingresos o las rentas generados por el bien, los deberes del otorgante podrán consistir en llevar una documentación adecuada y rendir cuentas razonablemente sobre la disposición y el empleo del producto derivado de los bienes gravados. Las obligaciones específicas del otorgante en el caso de los bienes inmateriales (por ejemplo, derechos al pago de fondos acreditados en cuentas bancarias, derechos por el uso de patentes mediante licencia, derechos de propiedad intelectual y marcas comerciales), y en particular el derecho del otorgante al pago en forma de créditos por cobrar, son temas de la sección siguiente.

62. En la actualidad, muchos Estados aplican una regla que protege los frutos y los ingresos (a diferencia del producto de la disposición en sentido estricto) de un nuevo gravamen automático en virtud del acuerdo de garantía. La finalidad normativa consiste en dar al otorgante la posibilidad de obtener financiación suplementaria al aislar estos nuevos bienes de la garantía existente. Otros Estados fijan la regla supletoria de modo que se graven automáticamente los frutos e ingresos derivados de la garantía real inicial. Aquí la finalidad normativa es que las partes esperen y pretendan que los frutos e ingresos queden gravados y que la regla no imperativa refleje esas expectativas normales. En cualquier caso, dado que esto se promulga siempre en forma de regla supletoria, en caso de que las partes desearan excluir los frutos y los ingresos, ya fuera al negociar la garantía o en cualquier momento posterior, podrían hacerlo con toda libertad.

63. La Guía dispone, en su capítulo IV relativo a la constitución de una garantía real (véase la recomendación 18), que una garantía real se extiende a todo el producto generado por el bien gravado. Es decir, a menos que se convenga otra cosa, todo bien derivado de los bienes gravados en posesión del otorgante queda automáticamente sujeto a la garantía real, con independencia de que esos bienes suplementarios se consideren frutos civiles o naturales, o bien producto (en el sentido estricto). Siempre que los frutos sean en especie (por ejemplo, reproducción

de animales, dividendos de acciones), el otorgante podrá utilizarlos y explotarlos en las mismas condiciones que los bienes inicialmente gravados originarios. Cuando se trate de productos agrícolas como leche, huevos y lana, la mayoría de los Estados disponen que el otorgante puede venderlos y que los derechos del acreedor garantizado abarcan el producto percibido. Cuando los frutos civiles sean ingresos (por ejemplo, pagos de alquiler a raíz de un arrendamiento de bienes, o intereses percibidos en concepto de préstamo de dinero), la garantía real los gravará siempre que permanezcan identificables. Sin embargo, por regla general, el otorgante en posesión no sólo percibirá los frutos e ingresos, sino que también dispondrá de ellos, en el curso ordinario de sus negocios, libres del gravamen de la garantía real (presumiblemente generando un producto que pasará a ser un bien gravado).

64. El deber de conservar el bien gravado significa normalmente que el otorgante en posesión del mismo es responsable de su pérdida o deterioro, tanto si él tiene la culpa de estos percances como si son imputables a un hecho fortuito. Ello significa que, a diferencia de lo que ocurre con un acreedor garantizado en posesión del bien, que no es responsable frente al otorgante en caso de pérdida o de hecho fortuito, el otorgante sí es responsable de la pérdida, sea cual sea la causa y, por consiguiente, se consideraría que ha incumplido el acuerdo.

65. En principio, el otorgante no tiene derecho a disponer de los bienes gravados sin autorización del acreedor garantizado. Si el otorgante lo hace, el comprador recibirá el bien sujeto a la garantía real (véase la recomendación 75). Ahora bien, como excepción, el otorgante puede disponer de los bienes gravados libres de la garantía si consisten en existencias o bienes de consumo y se venden en el curso ordinario de los negocios del vendedor (véase la recomendación 77). Pese a esta restricción del derecho a disponer, dado que el otorgante normalmente retiene el pleno uso del bien gravado, la mayoría de los Estados establecen reglas no imperativas que lo autorizan a constituir garantías reales suplementarias sobre bienes ya gravados, sobre los frutos e ingresos que generan y sobre el producto de su enajenación. Las recomendaciones de la Guía se ajustan a ese enfoque. Además, el hecho de que no se autorice al otorgante constituir garantías reales suplementarias no impide que se constituyan con éxito, aun cuando tal acto represente un incumplimiento del acuerdo de garantía.

d) Reglas no imperativas con independencia de quien esté en posesión de los bienes gravados

66. Además de los derechos específicamente reconocidos y de las obligaciones específicamente impuestas a los acreedores garantizados y a los otorgantes atendiendo a la posesión de los bienes gravados, muchos Estados también promulgan reglas no imperativas aplicables tanto al acreedor garantizado en posesión (garantía con desplazamiento de la posesión) como al otorgante en posesión (garantía sin desplazamiento de la posesión). Existen dos reglas de esta índole que son habituales: una que regula las obligaciones del otorgante y otra que aborda los derechos del acreedor garantizado.

67. La primera es corolario de la idea de que un otorgante en posesión debe mantener el valor de los bienes gravados. Si el valor de dichos bienes llegara a disminuir considerablemente, incluso por razones ajenas a toda falta de atención por parte de quién estuviera en posesión, algunos Estados establecen que el otorgante deberá ofrecer una garantía suplementaria (o bienes suplementarios) para compensar

toda disminución de valor imprevista. Además, esta regla se suele hacer extensiva a la disminución normal del valor de los bienes gravados a causa de su desgaste y deterioro normal o de la situación del mercado, siempre que esa disminución suponga un porcentaje considerable del valor inicial de los bienes gravados. Sin embargo, las partes suelen especificar detalladamente en disposiciones principales de su acuerdo las condiciones en las que el otorgante estará obligado a ofrecer bienes suplementarios si se produce un descenso abrupto del valor de los bienes gravados.

68. La segunda regla no imperativa habitual se refiere al derecho que tiene el acreedor garantizado a ceder tanto la obligación garantizada como la garantía real conexas. De no acordarse lo contrario, un acreedor garantizado puede ceder libremente la obligación garantizada y la garantía real constituida al efecto (véase, por ejemplo, el artículo 10 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos y la recomendación 24). Algunos Estados incluso disponen que el acreedor garantizado puede hacerlo incluso a pesar de la existencia de limitaciones contractuales sobre la cesión (véase el párrafo 1 del artículo 9, de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos y la recomendación 23). Cuando el acreedor garantizado está en posesión del bien gravado, ello implica que también puede transferir tal posesión al nuevo acreedor garantizado. No obstante, en ambos casos, en ausencia de un acuerdo concreto en sentido contrario entre el otorgante y el acreedor garantizado inicial (el cedente) por el que se acuerde tal arreglo, el cesionario de la obligación garantizada no puede adquirir mayores derechos frente al otorgante ni reclamar mayores privilegios con respecto al bien gravado que los que podía exigir el cedente.

B. Observaciones específicamente relacionadas con los bienes

69. La mayoría de las reglas imperativas y no imperativas concernientes a los derechos y obligaciones de las partes antes de un incumplimiento regulan la manera en que se distribuyen las prerrogativas y responsabilidades de la propiedad entre el otorgante y el acreedor garantizado. Entre ellas figuran sobre todo: a) la obligación (siempre impuesta a la parte que está en posesión del bien gravado de cuidarlo, conservarlo y preservar su valor); b) el derecho a utilizar, transformar, mezclar y procesar el bien gravado; c) el derecho a percibir los frutos e ingresos y el producto generados por el bien así como a posesionarse de ellos para uso propio; y, en algunos Estados, d) la cuestión de si el acreedor garantizado tiene el derecho a pignorar, volver a pignorar o enajenar los bienes gravados, bien sea libres del gravamen de la garantía real o sujetos a ella.

70. Por lo general, esas reglas abordan los casos en que el bien gravado es corporal. No obstante, en el capítulo III (Criterios básicos aplicables a las garantías reales), la Guía destaca la importancia de los bienes inmateriales y, en particular, de los derechos a un cobro en forma de bien que el otorgante podría gravar. Si bien ciertas categorías de bienes inmateriales se excluyen de la Guía (por ejemplo los valores bursátiles y los derechos de pago en virtud de contratos de financiación; véase la recomendación 4, párrafos c) y d)), muchos otros tipos de bienes inmateriales sí quedan abarcados: en particular, los créditos por cobrar contractuales y extracontractuales, los derechos al cobro de fondos acreditados en una cuenta

bancaria y del producto de una promesa independiente (véase la recomendación 2, párrafo a)).

71. La constitución de una garantía real sobre un derecho a cobro implica necesariamente la intervención de partes que no sean el otorgante ni el acreedor garantizado; interviene, con toda evidencia, el deudor del crédito por cobrar. Dado que el bien gravado es la obligación adeudada al otorgante por un tercero, se ha requerido a los Estados que establecieran reglas detalladas para regular la relación triangular entre las partes y también de éstas y los terceros. Estas reglas regulan los derechos y deberes de las partes y de los terceros, independientemente de que el derecho nazca de un bien corporal (por ejemplo, un título negociable o un documento negociable) o de un bien inmaterial (por ejemplo, un crédito por cobrar, derechos al cobro de fondos acreditados en una cuenta bancaria, el producto de una promesa independiente). La mayoría de las reglas concernientes a la relación entre el otorgante y el acreedor garantizado por una parte, y el deudor sujeto a la obligación (lo que en la Guía se denomina terceros deudores) por otra, son imperativas, pero algunas de ellas son no imperativas. Los derechos y obligaciones de los terceros deudores se examinan con detalle en el capítulo IX.

72. El tema central de esta sección son los derechos y obligaciones anteriores a todo incumplimiento entre el cedente (el otorgante) y el cesionario (el acreedor garantizado) (véanse las definiciones de los conceptos de “cedente” y “cesionario” en la Introducción, sección B, Terminología). Al igual que en el caso de los bienes corporales, la mayoría de los Estados adoptan la postura de que deben ser éstas las que determinen sus derechos y deberes mutuos antes de un incumplimiento (véase la recomendación 106). De ahí que la mayoría de las reglas relativas a esos derechos y obligaciones sean de carácter no imperativo. Sin embargo, ante las repercusiones que dichas reglas pueden tener para los terceros, los Estados adoptan con frecuencia una combinación de reglas imperativas y no imperativas. Los artículos 11 a 14 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos constituyen un buen ejemplo de esta práctica en el caso de las cesiones internacionales de créditos por cobrar.

73. Algunas de las partes más importantes del acuerdo entre el cedente y el cesionario guardan relación con las declaraciones que el cedente hace al cesionario. Normalmente se presume que a) el cedente tiene el derecho a ceder el crédito por cobrar; b) dicho crédito no se ha cedido con anterioridad; y c) el deudor del crédito no tiene excepciones ni derechos de compensación que pueda oponer contra el cedente. Dicho de otro modo, si el cedente tiene dudas acerca de algunas de estas cuestiones, debe mencionarlas explícitamente en el acuerdo o declarar expresamente que no hace declaraciones al acreedor garantizado sobre el particular. En todo caso, paralelamente a las obligaciones del otorgante anteriores a todo incumplimiento con respecto a bienes corporales, el cedente deberá adoptar todas las medidas razonables necesarias para preservar jurídicamente su derecho a cobrar con cargo al crédito. Por otra parte, a menos que el cedente garantice específicamente otra cosa, se presume que no garantiza la capacidad real de pago del deudor del crédito. Estas diversas obligaciones se enuncian en forma de reglas no imperativas en el derecho interno de la mayoría de los Estados y se recomiendan como tales en la Guía (véase la recomendación 110).

74. Como el valor del crédito cedido consiste en el pago hecho por el deudor del crédito, y el deudor del crédito sólo está obligado a pagar al cesionario si conoce realmente los derechos del mismo (véanse las recomendaciones 114 y 115), es importante que el cesionario tenga las máximas posibilidades de poner la cesión en conocimiento del deudor. Por esta razón, en una gran parte de los Estados se establece que el cedente o el cesionario podrán notificar al deudor y darle instrucciones sobre cómo deberá efectuar el pago. No obstante, para evitar que se impartan instrucciones contradictorias, es normal que dichos Estados dispongan también que, una vez notificada la cesión, sólo el cesionario podrá dar instrucciones al deudor acerca de la forma y del lugar del pago. La Guía también adopta este marco arraigado para la notificación del crédito al deudor (véase la recomendación 111).

75. Por supuesto, pueden darse situaciones en que tanto el cedente como el cesionario (o sólo uno de ellos) no deseen que el deudor del crédito tenga conocimiento de la cesión. Este deseo puede tener que ver con las particularidades propias del negocio del otorgante o con la situación económica general. Por tal razón, los Estados suelen prever que el cedente y el cesionario pueden convenir en aplazar cierto tiempo la comunicación al deudor de la cesión realizada. Mientras no se efectúe la notificación, el deudor del crédito continuará pagando al cedente conforme al acuerdo inicialmente concertado entre ellos o a las eventuales instrucciones de pago dadas ulteriormente. Si una parte (por lo general el cesionario) incumple la obligación de no notificar, ello no debería redundar en perjuicio del deudor del crédito. Posteriormente, se exigirá al deudor que pague según las instrucciones dadas y tendrá derecho a quedar liberado de su obligación de abonar las sumas así pagadas (véase la recomendación 115). No obstante, muchos Estados disponen también que, a menos que el cedente y el cesionario convengan otra cosa, tal incumplimiento de la obligación de notificar puede originar responsabilidad por los eventuales perjuicios resultantes. La Guía recomienda que estos principios generales rijan la notificación de la cesión al deudor del crédito (véase la recomendación 111).

76. Puesto que la razón de ser de la garantía es el derecho al cobro, es importante especificar el efecto que todo pago realizado por el deudor del crédito (ya sea al cedente o al cesionario) puede tener sobre los derechos respectivos de estos últimos. Muchos Estados han establecido reglas no imperativas para regular los pagos hechos de buena fe pero que tal vez no se hayan efectuado realmente conforme a las intenciones del cedente o del cesionario. Esta situación puede darse a veces debido a que el deudor del crédito ha recibido instrucciones de pago contradictorias o a que ha tenido conocimiento de la cesión sin haber recibido ninguna notificación formal al respecto.

77. Hay dos situaciones típicas a las que se aplican esas reglas. En la primera, aun cuando no se notifique al deudor la cesión del crédito, podría ocurrir que se efectuara realmente el pago al cesionario, o que éste lo recibiera. Dada la finalidad de la garantía real sobre tal crédito, es más lógico que el cesionario tenga derecho a retener el pago, deduciéndolo del importe de la obligación del cedente. Análogamente, si se paga al cedente una vez realizada la cesión, y también con independencia de si el deudor del crédito por cobrar ha recibido o no la correspondiente notificación, el cedente debería estar obligado a remitir al cesionario el pago recibido. De igual modo, una vez efectuada la notificación, si la

obligación de pago consiste en parte en devolver al cedente determinados bienes corporales, los Estados suelen disponer que esos bienes deberán entregarse al cesionario. Por ejemplo, si una parte de la obligación de pago del deudor del crédito consiste en transferir un título negociable al cedente, una vez recibida la notificación, corresponderá a aquél transferir el título negociable al cesionario. La Guía recomienda la adopción de este conjunto de prácticas para regular los pagos mal dirigidos (véase la recomendación 112, párrafo a)). Naturalmente, en todos estos casos, las reglas adoptadas por muchos Estados son no imperativas y, en consecuencia, el cedente y el cesionario podrían estipular en su acuerdo consecuencias diferentes.

78. En caso de cesiones múltiples de un crédito por cobrar, el deudor del mismo puede recibir notificaciones múltiples y no estar seguro de cuál es el cesionario con más derecho a cobrar. A veces, el pago se hace de buena fe a un cesionario con menor prelación que otro. En tales casos, los Estados establecen por lo general que el cesionario con mayor grado de prelación no deberá verse privado de sus derechos a percibir el pago y, cuando la obligación de pagar lleve aparejada la devolución de bienes al cedente, tal cesionario deberá también recibir estos bienes. El cesionario con menor prelación deberá remitir el pago de los bienes al cesionario con mayor prelación. La Guía, siguiendo su enfoque general de la asignación de derechos y obligaciones entre el cedente y el cesionario, recomienda que los casos en que se haya efectuado el pago de buena fe a una persona a la que no le corresponda cobrar se rijan por estos principios generales (véase la recomendación 112, párrafo a)).

79. Sean cuales sean las circunstancias en que el cesionario obtiene el pago, los Estados siempre disponen, mediante una regla imperativa, que el cesionario sólo podrá retener el pago en función de los derechos que tenga sobre el crédito. En otras palabras, a diferencia de lo que ocurre en una ejecución ordinaria tras un incumplimiento (véase el capítulo X, Ejecución), si el pago efectuado por el deudor del crédito tiene un importe superior al endeudamiento no saldado del cedente, el cesionario no podrá quedarse con el superávit (véase la recomendación 151), y deberá remitir esa suma excedentaria a la persona que tenga derecho a percibirla (al segundo cesionario con mayor prelación o al cedente, según el caso). Del mismo modo en que un acreedor garantizado cuyo crédito haya sido íntegramente satisfecho debe remitir bienes corporales al otorgante o cuidar de que se cancele la notificación de los derechos de tal acreedor en el registro general de garantías reales, los Estados suelen requerir de un cesionario que haya cobrado íntegramente que notifique tal hecho al deudor del crédito, informado a dicho cesionario que ya no puede percibir más dinero. Esta es la posición que se recomienda en la Guía (véase la recomendación 112, párrafo b)).

80. Estas reglas imperativas y no imperativas referentes a los derechos y obligaciones que tienen, antes de todo incumplimiento, los cedentes y los cesionarios de bienes inmateriales son de utilidad para estructurar la relación entre ellos. En muchos aspectos, las reglas no imperativas son una muestra de la función que se pretende dar a las reglas supletorias, razón por la cual se enuncian expresamente en el derecho interno de muchos Estados. También por esta razón, en la Guía se recomienda insertarlas en las leyes o regímenes que regulen las operaciones garantizadas, para facilitar así que la cesión de créditos y su cobro discurran de manera eficaz y para permitir no obstante al mismo tiempo que los

cedentes y los cesionarios estructuren sus operaciones de manera diferente, en función de sus deseos y necesidades.

C. Recomendaciones

[Nota para la Comisión: Tal vez la Comisión desee tomar nota de que, dado que el documento A/CN.9/637 contiene ya un conjunto refundido de las recomendaciones del proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas, tales recomendaciones no se reproducen aquí. Una vez finalizadas, se enunciarán al final de cada capítulo.]
