



Asamblea General

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

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

Continuación del 40º período de sesiones
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>
XIII. Transición	1-30	2
A. Observaciones generales	1-30	2
1. La necesidad de disposiciones transitorias	1-3	2
2. Fecha de entrada en vigor del nuevo régimen legal	4-10	3
3. Cuestiones que habrán de abordarse en las disposiciones transitorias ..	11-30	5
a) Observaciones generales	11-12	5
b) Controversias sometidas a un tribunal judicial arbitral	13	5
c) Validez entre las partes de las garantías constituidas antes de la fecha de la entrada en vigor	14-16	6
d) Eficacia frente a terceros de las garantías constituidas antes de la fecha de la entrada en vigor	17-19	7
e) Conflictos de prelación	20-23	8
f) Vía ejecutoria	24-30	9
B. Recomendaciones		11



XIII. Transición

A. Observaciones generales

1. La necesidad de disposiciones transitorias

1. En el capítulo precedente se abordó el “conflicto de leyes”, es decir, el conjunto de normas que sirven para determinar, en los casos en que dos o más ordenamientos jurídicos tengan normas sustantivas que podrían aplicarse a una operación determinada, cuales de esas normas serán de hecho aplicables. Con frecuencia, esas normas sobre conflictos de leyes se describen como aquéllas que regulan el conflicto de leyes “en el espacio”, a fin de distinguirlas de un tipo diferente de normas sobre esos conflictos (es decir, las que rigen el conflicto de leyes “en el tiempo”). Todas las medidas legislativas plantean cuestiones en relación con el conflicto de leyes en el tiempo. Por ese motivo, la mayoría de los Estados tienen principios bien desarrollados para determinar, cuándo entra en vigor una nueva ley, sus efectos sobre la normativa legal anterior incompatible y la medida en que la nueva ley es aplicable a las relaciones jurídicas ya existentes. Sin embargo, cuando se contempla una importante reforma del régimen legal existente, los Estados suelen incorporar a la ley de reforma reglas concretas para regular el conflicto de leyes en el tiempo, a medida que surja al entrar en vigor la nueva ley. Esas reglas se suelen conocer por el nombre de “disposiciones transitorias”. En vista del alcance de los capítulos anteriores, en la Guía se recomienda que los Estados adopten una serie de disposiciones transitorias que se ajusten específicamente a la nueva ley que promulguen.

2. Es probable que las normas incluidas en el nuevo régimen jurídico de las operaciones garantizadas que refleje las recomendaciones de la Guía se aparten en forma significativa de las que figuran en el régimen anterior. Evidentemente, esas diferencias repercutirán en cualesquiera acuerdos que los otorgantes y los acreedores garantizados concluyan después de que se promulgue la nueva ley. Sin embargo, muchas operaciones concluidas al amparo del régimen legal anterior seguirán en curso cuando el nuevo régimen entre en vigor. A la luz de las diferencias existentes entre el antiguo y el nuevo régimen jurídico y la continuidad de las operaciones y de las garantías reales constituidas en virtud del antiguo régimen, es importante para la eficacia del nuevo régimen que contenga normas justas y eficientes que regulen la transición del antiguo al nuevo régimen jurídico. Del mismo modo, se requerirán reglas transitorias cuando, en virtud de las normas sobre conflictos de leyes del antiguo régimen, la ley de un Estado diferente (es decir, diferente del Estado cuya ley rijan esa cuestión conforme a las normas sobre conflictos de leyes del nuevo régimen) haya regulado la constitución, la oponibilidad a terceros o la prelación de una garantía real.

3. Deben abordarse dos cuestiones referentes a la transición del antiguo al nuevo régimen. En primer lugar, como se examina en la sección A.2, el nuevo régimen legal deberá prever la fecha a partir de la cual entrará en vigor (o las fechas a partir de las cuales entrarán en vigor sus diversas partes) (la “fecha de entrada en vigor”; véase la recomendación 223). En segundo lugar, como se examina en la sección A.3, el nuevo régimen también deberá establecer la medida en que, después de la fecha de entrada en vigor, será aplicable a las operaciones o garantías reales preexistentes a esa fecha.

2. Fecha de entrada en vigor del nuevo régimen legal

4. Deben analizarse varios factores para determinar la fecha de entrada en vigor del régimen legal. La rápida obtención de los beneficios económicos que el nuevo régimen hará posibles es una razón para que los Estados lo pongan en vigor lo antes posible después de su promulgación. Sin embargo, estas ventajas deben compaginarse con la necesidad de evitar la inestabilidad y la perturbación de los mercados que serán regidos por el nuevo régimen legal, dando también a los participantes en el mercado un plazo suficiente para prepararse a realizar operaciones con arreglo al nuevo régimen, las cuales podrán diferir en forma significativa de las operaciones concertadas conforme al régimen anterior. En consecuencia, y dependiendo de la medida en que el nuevo régimen legal haya sido objeto de debate público (inclusive programas educacionales de considerable alcance para los jueces, abogados y participantes en el mercado), el Estado podrá disponer que el nuevo régimen entre en vigor en un plazo determinado después de su promulgación, para que los mercados y sus participantes puedan ir adaptando su actuación a fin de estar preparados para las nuevas reglas.

5. Al determinar la fecha de entrada en vigor, los Estados podrían tomar en consideración varios factores, inclusive los siguientes: las repercusiones de la fecha de entrada en vigor en toda decisión de otorgar o no crédito; el aprovechamiento al máximo de los beneficios que se deriven del nuevo régimen; las medidas de carácter reglamentario, institucional, educativo o de otra índole, o las mejoras de la infraestructura que haya de introducir el Estado; la situación imperante en el marco del régimen aún en vigor y las estructuras preexistentes; la armonización del nuevo régimen de las operaciones garantizadas con otras disposiciones legislativas; los límites constitucionales, en su caso, de la retroactividad del nuevo régimen, y las prácticas habitualmente seguidas o convenientes para fijar la entrada en vigor del régimen (por ejemplo, el primer día de un mes).

6. Los Estados suelen adoptar uno de tres métodos para poner en vigor el régimen legal en una fecha posterior a su promulgación. En primer lugar, se dispone que un régimen entre en vigor en una fecha futura fijada por “decreto” o “proclamación”. En otros casos, el propio régimen especificará esa fecha futura. Por ejemplo, si la normativa legal se promulga el 17 de enero de un año determinado, el propio régimen podrá disponer simplemente que entrará en vigor el primero de septiembre del mismo año. En otros casos, el régimen legal contendrá una fórmula concreta para determinar la fecha de entrada en vigor. Por ejemplo, podrá disponer que esa fecha será el primer día del mes civil contado a partir de la expiración de seis meses después de la fecha de promulgación. Una segunda fórmula podría hacer referencia al primer día de enero o de julio, según la fecha que ocurra primero, una vez transcurridos seis meses después de la fecha de promulgación. Con arreglo a una tercera fórmula es necesario retrasar la fecha de entrada en vigor a fin de dar tiempo a la construcción de una infraestructura técnica (como, por ejemplo, un sistema de registro informatizado). En estos casos, los Estados suelen recurrir a un “decreto” en el sentido de que, por ejemplo, la fecha en que el registro entre en funcionamiento será el punto de partida para la demora de seis o más meses. En la Guía se recomienda que los Estados especifiquen la fecha de entrada en vigor o establezcan en el régimen mismo una fórmula para determinarla (recomendación 223).

7. Dado que las deudas garantizadas con los bienes del otorgante son con frecuencia pagaderas a plazo, probablemente existirán muchas garantías constituidas con anterioridad a la fecha de entrada en vigor que continuarán existiendo hasta esa fecha, y con posterioridad a ella, para garantizar las deudas que aún no hayan sido pagadas. Por consiguiente, los Estados deben también estudiar si el nuevo régimen legal debería ser aplicable a las cuestiones que surjan después de la fecha de entrada en vigor cuando éstas se refieran a operaciones concertadas con anterioridad a esa fecha.

8. Un método sería que el nuevo régimen se aplicara sin retroactividad y que, por lo tanto, no regularía ningún aspecto de cualesquiera operaciones concertadas antes de la fecha de entrada en vigor. Pese a que responde a cierta lógica, en particular con respecto a toda cuestión que surja entre el otorgante y el acreedor garantizado, ese método plantearía notables dificultades, sobre todo en lo relativo a las cuestiones de prelación. El principal problema radicaría en la necesidad de resolver los conflictos de prelación entre un acreedor garantizado cuya garantía real se hubiese constituido con anterioridad a la fecha de entrada en vigor y un acreedor garantizado concurrente a favor del cual se hubiera constituido una garantía real sobre los mismos bienes gravados pero después de la entrada en vigor del nuevo régimen legal. Dado que la prelación es un concepto comparativo, y que la misma norma relativa al orden de prelación debe regir las dos garantías reales que se comparan, no sería factible que el antiguo régimen regulase la prelación de la garantía real del acreedor constituida antes de la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen y que este último regulase la prelación de la garantía real del acreedor constituida después de tal fecha. La determinación de qué regla de prelación se aplica a tal conflicto de prelación es una cuestión que presenta varias dificultades. La aplicación de las normas del antiguo régimen para resolver esos conflictos de prelación retrasaría considerablemente la vigencia de algunos de los aspectos más importantes del nuevo régimen, lo que podría retardar por largo tiempo la obtención de los importantes beneficios económicos derivados de la nueva normativa. El retraso afectaría a todas las nuevas operaciones, aun cuando únicamente se produciría en relación con algunas de las antiguas operaciones. Además, impediría que las partes que hubieran concertado acuerdos de garantía que abarcaran futuros bienes aprovecharan el nuevo régimen con respecto a los bienes adquiridos después de la fecha de su entrada en vigor. Por otro lado, la aplicación de las nuevas reglas a esos conflictos de prelación podría causar un perjuicio injusto a las partes que actuaran de conformidad con el antiguo régimen (especialmente las partes que se basaran en éste sin tener conocimiento de que podría modificarse) y también podría alentar a esas partes a impugnar el nuevo régimen o a abogar por la postergación indebida de la fecha de su entrada en vigor.

9. Por otra parte, la aplicación del nuevo régimen legal a todas las operaciones a partir de la fecha de su entrada en vigor podría fomentar un mayor grado de certidumbre y una obtención más rápida de los beneficios económicos de ese régimen pero con las disposiciones transitorias que fueran necesarias para garantizar una transición eficaz sin menoscabar el grado de la prelación de las garantías reales constituidas antes de la fecha de su entrada en vigor. Ese método evitaría los problemas señalados más arriba y, por otra parte, fomentaría un justo y eficaz equilibrio entre los derechos de las partes que actuaran de conformidad con el antiguo régimen y aquéllas que lo hicieran con arreglo al nuevo régimen.

10. Teniendo presentes estas consideraciones, en la Guía se recomienda el segundo de esos dos métodos generales: a) aplicabilidad inmediata del nuevo régimen legal a todas las operaciones concertadas después de la fecha de su entrada en vigor; b) ninguna aplicación retroactiva general del nuevo régimen a las transacciones concertadas antes de la fecha de su entrada en vigor; c) aplicabilidad del nuevo régimen a las cuestiones y procedimientos (por ejemplo, los conflictos de prelación y los mecanismos de ejecución) que surjan después de su fecha de entrada en vigor, y d) adopción de disposiciones transitorias para proteger los derechos que adquieran las partes en el marco de operaciones concertadas antes de la fecha de entrada en vigor (recomendación 223, segunda frase).

3. Cuestiones que habrán de abordarse en las disposiciones transitorias

a) Observaciones generales

11. Muchas garantías reales constituidas antes de la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen continuarán existiendo después de esa fecha, y pueden entrar en conflicto con las garantías reales constituidas con arreglo al nuevo régimen. Así pues, se necesitan unas disposiciones transitorias claras para determinar la medida en que las normas del nuevo régimen se aplicarán a esas garantías preexistentes. Convendría que esas disposiciones abordaran adecuadamente las firmes expectativas de las partes, así como la necesidad de contar con un marco jurídico de certeza y previsibilidad para concertar operaciones en el futuro. Las disposiciones transitorias deberán determinar la medida en que las nuevas normas se aplicarán, después de la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen, entre las partes en una operación por la que se haya constituido una garantía real antes de esa fecha. También deberán regular en qué medida las nuevas normas se aplicarán, después de la fecha de la entrada en vigor, a la resolución de conflictos de prelación entre el titular de una garantía real y un acreedor concurrente, cuando la constitución de la garantía real o los derechos del acreedor concurrente sean anteriores a la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen.

12. No es posible ninguna norma ni fórmula única para regular todos los casos porque, incluso si todos los Estados aplicaran la Guía de idéntica manera, cada uno de ellos se encontraría en una situación de transición desde un régimen preexistente diferente. Además, los rasgos distintivos del régimen preexistente producirán efectos sobre las decisiones que se adopten acerca de la transición, como, por ejemplo, cuán fácil será determinar que los bienes estaban gravados por una garantía real con arreglo al antiguo régimen, o cómo podrían continuar “intactas” las operaciones de larga duración (por ejemplo, si en virtud del antiguo régimen no sería necesario una renovación u otra medida para mantener la eficacia de la garantía real frente a terceros). En el examen que figura a continuación se analizan las principales cuestiones que los Estados deben abordar al elaborar una serie de disposiciones transitorias.

b) Controversias sometidas a un tribunal judicial arbitral

13. Cuando una controversia ya se esté dirimiendo ante los tribunales en la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen, la introducción de éste no alterará el resultado del litigio, puesto que los derechos de las partes ya estarán suficientemente consolidados. El mismo principio deberá aplicarse cuando la controversia se someta a un sistema comparable de solución de controversias, como

el arbitraje, aunque no deberá aplicarse cuando las partes recurran a un sistema como el de conciliación (dado que el carácter no vinculante del resultado del procedimiento indica que los derechos de las partes no se han consolidado en grado suficiente). De ello se deduce pues que esa controversia no debe resolverse mediante la aplicación del nuevo régimen jurídico (véase la recomendación 224). Además, en el contexto de un procedimiento ejecutorio ya en curso, las partes en el litigio no deberían poder valerse en general de los mecanismos o derechos previstos en el nuevo régimen. El litigio puede comportar cuestiones distintas de la ejecución; en estos casos, el litigio ya en curso sobre algún aspecto de una operación garantizada no debería excluir la aplicación del nuevo régimen a los aspectos de la operación que no fueran objeto de litigio. Tampoco debería impedir a las partes que entablaran un litigio acerca de cualquiera de esos asuntos al amparo del nuevo régimen.

c) Validez entre las partes de las garantías constituidas antes de la fecha de la entrada en vigor

14. Cuando una garantía real se haya constituido antes de la fecha de la entrada en vigor de un nuevo régimen legal se plantean dos cuestiones en lo concerniente a la validez de esa garantía entre el otorgante y el acreedor. La primera es la de determinar si una garantía real que se hubiera constituido válidamente con arreglo al régimen anteriormente en vigor, pero que no cumpliera los requisitos para su constitución en virtud del nuevo régimen, dejaría de tener validez al entrar en vigor este régimen. La segunda cuestión es la de determinar si una garantía real que no se hubiera constituido válidamente con arreglo al antiguo régimen, pero que cumpliera todos los requisitos para su constitución con arreglo al nuevo régimen habría de tenerse por válida a partir de la fecha de la entrada en vigor de este régimen.

15. En cuanto a la primera cuestión también son posibles distintos métodos. Por ejemplo, se podría prever un período de transición durante el cual la garantía real seguiría teniendo validez entre las partes, de forma que el acreedor podría adoptar las medidas necesarias para su constitución con arreglo al nuevo régimen durante dicho período de transición. Al concluir el período de transición, de no haberse adoptado tales medidas, la garantía perdería su eficacia con arreglo al nuevo régimen. Por otra parte, un método más sencillo (que es el que se ha adoptado en la Guía) es disponer que, si se constituye la garantía real (es decir, tiene validez entre las partes) antes de la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen, seguirá teniendo validez entre ellas una vez que el nuevo régimen haya entrado en vigor (véase la recomendación 225).

16. En cuanto a la segunda cuestión, debería considerarse la posibilidad de declarar que esa garantía real será válida a partir de la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen, ya que, cuando concertaron su acuerdo, las partes tenían presumiblemente la intención de que dicha garantía tuviera validez entre ellas. Con todo, algunos Estados resuelven esta cuestión estableciendo el requisito de que el otorgante confirme que lo que pretende es que la garantía real anteriormente no era oponible a terceros sea eficaz con arreglo al nuevo régimen. Sin embargo, es difícil satisfacer ese requisito, ya que supone, de manera poco convincente, que al menos una de las partes tenía conocimiento del defecto, y que no hizo nada para remediarlo de conformidad con el régimen anteriormente en vigor, pero que ahora desea que la garantía real sea válida. El supuesto más probable entraña el descubrimiento del

defecto después de la entrada en vigor del nuevo régimen, en cuyo caso estará justificada una norma que disponga la validez automática de la garantía real al entrar en vigor el nuevo régimen. Esta es la posición recomendada de manera implícita en la Guía (recomendación 223, segunda frase).

d) Eficacia frente a terceros de las garantías constituidas antes de la fecha de la entrada en vigor

17. Se plantean distintas cuestiones en cuanto a la eficacia frente a terceros de las garantías reales que se hayan constituido antes de la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen. Habida cuenta de que este régimen incorporará principios de orden público interno relativos a las diligencias que han de cumplirse para que una garantía real sea eficaz frente a terceros, convendría que el ámbito de aplicación del nuevo régimen fuera lo más amplio posible. Con todo, quizá no sea razonable suponer que todo acreedor cuya garantía real fuera eficaz frente a terceros conforme al régimen legal anterior del Estado promulgante (o conforme a la ley del Estado cuyo régimen legal regulara la eficacia frente a terceros de las normas sobre conflictos de leyes del régimen anterior) vaya a cumplir inmediatamente todo requisito suplementario que le imponga el nuevo régimen. Esa situación sería especialmente onerosa en el caso de los acreedores institucionales, que tendrían que cumplir los requisitos suplementarios del nuevo régimen en forma simultánea en relación con un gran número de operaciones concertadas antes de la fecha de entrada en vigor.

18. Un método más conveniente consistiría en que toda garantía real que fuera oponible a terceros con arreglo al régimen anterior, pero que dejara de serlo conforme al nuevo régimen, conservara su eficacia durante un período razonable (que se especificaría en las disposiciones transitorias del nuevo régimen legal) a fin de dar tiempo al acreedor para cumplir los requisitos del nuevo régimen. Al concluir el período de transición, la garantía dejaría de ser oponible a terceros, a menos que lo fuera también en virtud del nuevo régimen (véase la recomendación 226). Al determinar la duración del período dentro del cual se permita a los acreedores hacer sus garantías eficaces frente a terceros, los Estados deberían examinar varias cuestiones prácticas. Por ejemplo, cuando ya exista un sistema de registro de garantías reales, se podría prever un período más largo, ya que los terceros seguirían disponiendo de medios para determinar si una garantía real gravaba determinados bienes. En contraste, cuando no haya ningún sistema de registro de garantías reales, podría considerarse la posibilidad de un período más breve (al menos, en relación con las garantías respecto de las cuales no se exigiera la inscripción de una notificación en virtud del régimen anterior (ya que los terceros no dispondrían fácilmente de medios para determinar si una garantía real gravaba los bienes de un posible otorgante)).

19. Si la garantía real no era oponible a terceros conforme al anterior régimen legal pero lo sería, no obstante, con arreglo a las nuevas reglas, esa garantía debería ser oponible a terceros en cuanto entraran en vigor esas reglas. Una vez más, se presume que la intención de las partes es que la garantía surta efecto entre ellas, mientras que los terceros gozarán de toda la protección otorgada por el nuevo régimen. Esta es la posición recomendada en forma implícita en la Guía (recomendación 223, segunda frase).

e) Conflictos de prelación

20. En el caso de los conflictos de prelación, se plantean problemas totalmente distintos, ya que cuando se trata de tales conflictos debe aplicarse, necesariamente, un conjunto de normas a dos (o más) garantías diferentes constituidas en distintos momentos. Un ordenamiento jurídico no puede disponer, sin más, que una norma en materia de prelación vigente en el momento de constituirse una garantía real rija prelación con respecto a esa garantía, puesto que tal norma no daría una solución coherente cuando una de las garantías comparadas hubiera sido constituida conforme al antiguo régimen pero la otra se hubiera constituido con arreglo al nuevo. Por el contrario, deben existir normas que regulen cada una de las siguientes situaciones: a) cuando las dos garantías reales se hayan constituido después de la entrada en vigor del nuevo régimen legal; b) cuando ambas garantías se hayan constituido antes de la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen; y c) cuando una garantía real se haya constituido antes de la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen y la otra después de esa fecha.

21. La situación más sencilla sería un conflicto de prelación entre reclamantes recurrentes cuyas garantías se hubieran constituido después de la fecha de la entrada en vigor del nuevo régimen legal. En esa situación, es evidente que el conflicto se resolvería aplicando las normas del nuevo régimen en materia de prelación.

22. En cambio, si ambas garantías reales concurrentes se hubieran constituido antes de la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen y la prelación relativa de ambas garantías reales sobre los bienes gravados se hubiera establecido con anterioridad a esa fecha y si, además, no hubiera ocurrido nada (aparte de la fecha de la entrada en vigor) que hiciese cambiar la prelación relativa, en aras de la estabilidad de las relaciones convendría que no se modificase la prelación establecida antes de dicha fecha simplemente porque el nuevo régimen hubiera entrado en vigor. Sin embargo, si después de la fecha de entrada en vigor se produjera algún hecho que pudiera haber afectado a la prelación en virtud del antiguo régimen legal (como, por ejemplo, que una de las garantías reales adquiriera eficacia frente a terceros o dejara de tenerla), habría menos motivos para seguir aplicando el régimen anterior a fin de resolver un conflicto modificado por un hecho o acto posterior a la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen. Por lo tanto, cobra más peso el argumento en favor de que esa situación se rija por el nuevo régimen. Dicho de otro modo, las garantías existentes de las partes en la situación en que se encontraban cuando entró en vigor el nuevo régimen gozarían de protección, pero las partes no deberían ser eximidas de la obligación de asegurarse de que evitaban actuar (o dejaban de actuar) de tal manera que sus garantías existentes ya no estuviesen preservadas en virtud del nuevo régimen (véanse las recomendaciones 227 a 229).

23. La situación de transición más difícil es el conflicto de prelación entre una garantía real constituida antes de la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen legal y otra garantía constituida después de esa fecha. En tal caso, aunque es preferible que el nuevo régimen prevalezca finalmente (de hecho, más bien pronto que más tarde), es adecuado establecer una regla de transición que ampare al acreedor cuya garantía se haya constituido conforme al régimen anterior, a condición de que adopte todas las medidas que sean necesarias para preservar su garantía conforme al nuevo régimen. Si se adoptan esas medidas dentro del plazo fijado en la norma de transición, el nuevo régimen debería otorgar a ese acreedor la

misma prelación de que gozaría si el nuevo régimen hubiera estado en vigor en el momento en que se concertó la operación original y si dichas medidas se hubieran tomado oportunamente conforme al antiguo régimen (véase la recomendación 227).

f) Vía ejecutoria

24. En la fecha en que el nuevo régimen entre en vigor pueden estar dirimiéndose controversias en un litigio (o en el marco de otro sistema posible de solución de controversias, como, por ejemplo, el arbitraje). Como se ha señalado más arriba, en estos casos, los derechos de las partes ya se habrán consolidado suficientemente para que la entrada en vigor de un nuevo régimen legal no altere el resultado de la controversia (véase la recomendación 224). En general las partes en la controversia no podrán valerse de los mecanismos ni ejercitar los derechos previstos en el nuevo régimen. Por ejemplo, si la ejecución extrajudicial está prohibida con arreglo al régimen anterior, pero la autoriza el nuevo régimen, las partes ejecutantes no podrán convertir el proceso de ejecución judicial en un proceso de ejecución extrajudicial. De manera análoga, en el contexto de un procedimiento ejecutorio ya en curso no debería permitirse normalmente a las partes oponer excepciones o hacer valer otros derechos que sólo estuvieran enunciados en el nuevo régimen. Sin embargo, el alcance del principio está abierto a interpretación. Según una opinión, cuando un acreedor haya iniciado la ejecución conforme al régimen anterior, había que considerar que ha optado por la ejecución al amparo de ese régimen y que no puede después tratar de ejercitar los derechos de acción disponibles en virtud del nuevo régimen. Según otra opinión, el principio significa tan sólo que no puede obligarse al acreedor a convertir el procedimiento entablado con arreglo al régimen anterior en un procedimiento conforme al nuevo régimen. Podrán proseguir la ejecución como si el nuevo régimen aún no hubiera entrado en vigor. Con todo, si el acreedor ejecutante abandonara el procedimiento de ejecución judicial o arbitral ya en curso, según esta opinión, nada le impediría iniciar otro procedimiento ejecutorio (incluido un procedimiento de ejecución extrajudicial) en virtud del nuevo régimen. En la Guía no se formula ninguna recomendación acerca de cuál de estos dos enfoques deberían adoptar los Estados con respecto a los procedimientos ejecutorios que estuvieran ya en curso.

25. No obstante, la gran mayoría de las controversias relativas a operaciones concertadas antes de la entrada en vigor del nuevo régimen surgirán después de que este régimen comience a surtir efecto. Pueden presentarse dos situaciones distintas. Por un lado, puede ocurrir que los acreedores garantizados tengan derecho a valerse de ciertas vías de recurso y que a los otorgantes se les permita invocar determinadas excepciones que ya no estén permitidas con arreglo al nuevo régimen. Por otro lado, puede ocurrir que el nuevo régimen permita a los acreedores valerse de nuevos remedios y a los deudores invocar nuevas excepciones no permitidas anteriormente.

26. Cuando el nuevo régimen derogue ciertos remedios, o les haga objeto de un procedimiento nuevo o más oneroso, se aduce el argumento de que los acreedores no deberían verse perjudicados por ese régimen. Por ejemplo, en algunos Estados, los acreedores que estén en posesión de un bien gravado podrán, en caso de incumplimiento, quedarse sencillamente el bien dado en garantía sin tener que notificar al otorgante ni a terceros. En contraste, la Guía prevé que un acreedor tendrá que notificar su intención de aceptar los bienes como liquidación de la obligación garantizada (véase las recomendaciones 141 a 145).

27. Un fundamento análogo se aplica a los casos en que los otorgantes no tienen las excepciones que podrían oponer ni los derechos de acción que podían ejercitar con arreglo al régimen anterior. Por ejemplo, en algunos Estados, los otorgantes que hayan incumplido su obligación pueden suspender el procedimiento ejecutorio poniendo remedio a la omisión concreta que dio lugar a que se produjera el incumplimiento, con lo cual restablecen la obligación garantizada y detienen la ejecución. En contraste, la Guía dispone que los otorgantes tienen el derecho a redimir la garantía real mediante el pago de la obligación pendiente, pero no a remediar el incumplimiento y restablecer la obligación (véase la recomendación 139).

28. En ambos casos, se puede aducir el argumento de que el perjuicio posiblemente sufrido por un acreedor garantizado o un otorgante como consecuencia de la entrada en vigor del nuevo régimen basta para justificar que no se revoque ningún derecho nacido en virtud del régimen anterior, ni siquiera con respecto a la ejecución que comience después de la entrada en vigor del nuevo régimen. Tanto el acreedor como el otorgante deberían poder aplicar el acuerdo original de conformidad con el régimen que estuviera en vigor cuando fue concertado. En contraste, hay un argumento igualmente convincente de que, dado que el nuevo régimen ejecutorio nace del hecho de que un Estado estudia cuidadosamente la mejor manera de equilibrar los derechos de todas las partes, debería aplicarse a todos los remedios ejecutorios válidos con posterioridad a la fecha de su entrada en vigor. Este argumento es especialmente persuasivo cuando la ejecución afecte los derechos de terceros que hayan obtenido garantías reales sobre los bienes después de la entrada en vigor del nuevo régimen. Además, como el equilibrio relativo que habrá que establecer dependerá de la configuración concreta de los derechos de ejecución de los acreedores garantizados y de los derechos de los otorgantes en los distintos Estados conforme al régimen legal anterior, en la Guía se adopta el principio general de la aplicación inmediata del nuevo régimen (véase la recomendación 223).

29. Además, otra normativa legal de un Estado (por ejemplo, el régimen general de obligaciones o principios constitucionales referentes a la interferencia retroactiva con los derechos de propiedad) puede afectar la medida exacta en que el procedimiento ejecutorio iniciado después de la entrada en vigor del nuevo régimen se vea menoscabado por el principio de la aplicación inmediata.

30. En cuanto al caso en que el nuevo régimen brinde nuevos remedios a los acreedores, y nuevos derechos a los otorgantes, es convincente el argumento en favor de aplicar el nuevo régimen a las operaciones existentes antes de su entrada en vigor. Un acreedor garantizado en virtud del régimen anterior que haya adoptado las medidas necesarias para asegurar la oponibilidad a terceros de la garantía real no se encontrará en una posición diferente a la de un acreedor que obtenga inicialmente una garantía con arreglo al nuevo régimen. De manera análoga, cualesquiera nuevas excepciones o derechos de acción concedidos a los otorgantes y los terceros en virtud del nuevo régimen deberían poderse invocar o ejercitar en relación con los procedimientos ejecutorios que hubieran entablado todos los acreedores garantizados, inclusive los acreedores que ejecutasen garantías derivadas de las operaciones existentes antes de la entrada en vigor del nuevo régimen. Dicho de otro modo, el nuevo régimen ejecutorio reflejará el criterio óptimo de un Estado en cuanto a un régimen justo y eficiente para la ejecución de garantías reales. Si es adecuado en relación con las garantías reales constituidas después de la entrada en

vigor del nuevo régimen, también deberá ser aplicable a la ejecución, después de la fecha de entrada en vigor, de las garantías constituidas antes de que el régimen comenzara a surtir efecto.

B. Recomendaciones

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