



Asamblea General

Distr. general
28 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

Terminología y recomendaciones del proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas

Nota de la Secretaría

Índice

	<i>Recomendaciones</i>	<i>Página</i>
Terminología		3
I. Objetivos clave de un régimen de las operaciones garantizadas eficiente y eficaz	1	13
II. Ámbito de aplicación y otras reglas generales	2-10	14
III. Criterios básicos aplicables a las garantías reales.	11-12	18
IV. Constitución de una garantía real (validez entre las partes).	13-28	19
A. Recomendaciones generales.	13-22	19
B. Recomendaciones específicamente relacionadas con los bienes.	23-28	21
V. Oponibilidad de una garantía real a terceros.	29-53	24
A. Recomendaciones generales.	29-47	25
B. Recomendaciones relativas a ciertos bienes	48-53	29
VI. El sistema registral	54-72	30



VII.	Prelación de una garantía real	73-106	36
A.	Recomendaciones generales.....	73-97	36
B.	Recomendaciones concernientes a ciertos bienes.....	98-106	41
VIII.	Derechos y obligaciones de las partes en un acuerdo de garantía.....	107-113	43
A.	Recomendaciones generales.....	107-110	44
B.	Recomendaciones específicamente relacionadas con los bienes.....	111-113	44
IX.	Derechos y obligaciones de terceros deudores	114-127	45
A.	Derechos y obligaciones del deudor del crédito.....	114-120	46
B.	Derechos y obligaciones de la parte obligada en virtud de un título negociable	121	49
C.	Derechos y obligaciones del banco depositario	122-123	49
D.	Derechos y obligaciones del garante/emisor, el confirmante o la persona designada en una promesa independiente	124-126	49
E.	Derechos y obligaciones del emisor de un documento negociable.....	127	50
X.	Ejecución de una garantía real	128-173	50
A.	Recomendaciones generales.....	128-163	51
B.	Recomendaciones específicamente relacionadas con los bienes.....	164-173	59
XI.	Financiación de adquisiciones	174-199	61
	Opción A: Enfoque unitario de la financiación de adquisiciones	174-183	61
	Opción B: Enfoque no unitario de la financiación de adquisiciones	184-199	66
XII.	Conflicto de leyes	200-224	72
A.	Recomendaciones generales.....	200-220	72
B.	Recomendaciones especiales cuando el derecho aplicable es el de un Estado con varias unidades territoriales	221-224	78
XIII.	Transición	225-231	79
XIV.	Los efectos de la insolvencia en las garantías reales	232-239	80
A.	<i>Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia:</i> definiciones y recomendaciones		80
B.	Recomendaciones adicionales relativas a la insolvencia	232-239	96

Terminología

[Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee tomar nota de que la terminología se insertará en la sección B de la Introducción del texto definitivo de la Guía, mientras que las recomendaciones figurarán después del comentario correspondiente a cada capítulo. En el presente documento se reproduce la terminología junto con las recomendaciones, a fin de facilitar su consulta. La Comisión tal vez desee plantearse si la terminología y las recomendaciones deberían reproducirse también en un apéndice separado de la Guía en su versión definitiva.]

1. En la presente Guía se ha adoptado cierta terminología para expresar los conceptos básicos de todo régimen eficaz de las operaciones garantizadas. Los conceptos utilizados no se han tomado de ningún ordenamiento jurídico en particular. Aun cuando un término o expresión resulte ser el mismo que el empleado en una determinada legislación nacional (ya sea el régimen de las operaciones garantizadas u otra ley), el criterio de la presente Guía no es adoptar el significado que dicho término o expresión pueda tener en el ordenamiento jurídico de que se trate. Por el contrario, en la Guía se establece un significado específico para cada uno de los términos clave, a fin de facilitar una comunicación precisa, independientemente de todo ordenamiento jurídico nacional, así como posibilitar que los lectores de la Guía interpreten de manera uniforme las recomendaciones que allí figuran, proporcionándoles un vocabulario y un marco conceptual comunes.
2. En algunas recomendaciones se emplean términos o expresiones definidos en esas recomendaciones, mientras que el significado de los términos definidos más adelante se amplía en recomendaciones donde se utilizan tales términos o en capítulos concretos de la Guía. El alcance y el contenido de cada recomendación dependen del significado de las expresiones y términos definidos que contenga. Así, los legisladores podrán plantearse utilizar las definiciones, a fin de evitar que se hagan cambios sustantivos por inadvertencia, así como de lograr la interpretación más uniforme posible de la nueva legislación y de promover la armonización entre los regímenes de las garantías reales.
3. La conjunción “o” no pretende ser exclusiva; el uso del singular implica también el plural y viceversa; en las frases que empiecen con “incluido” e “inclusive” no se pretende dar una enumeración exhaustiva; la forma verbal “podrá” indica una posible opción, mientras que la forma verbal “deberá” implica una obligación; y las palabras “tales como” y “por ejemplo” deben interpretarse del mismo modo que las palabras “incluido” o “inclusive”. Por “acreedores” debería entenderse a los acreedores del Estado promulgante y a los acreedores extranjeros, a menos que se especifique otra cosa. Se entenderá que el concepto de “persona” abarca tanto a las personas físicas como a las personas jurídicas, a menos que se especifique otra cosa.
4. Algunos Estados tal vez opten por aplicar las recomendaciones de la Guía mediante la adopción de una única ley de carácter amplio (un método que es más probable que propicie un texto coherente sin errores por omisión o mala interpretación), mientras que otros Estados quizá traten de modificar su cuerpo de leyes mediante la inserción de algunas reglas específicas en varias leyes. En la Guía los términos “el régimen” o “el presente régimen” se entienden referidos a la

totalidad de reglas recomendadas, independientemente del método elegido para su aplicación.

5. En la Guía también se utiliza el término “ley” o “régimen” en varios otros contextos. A menos que se haya dispuesto expresamente otra cosa, en toda la Guía: a) cuando se mencione el término ley o régimen se entenderá que abarca tanto la legislación como el derecho de origen no legislativo; b) el término derecho se referirá al derecho interno, con exclusión de las reglas sobre conflictos de leyes (para evitar el reenvío); c) toda remisión a “otra ley” se entenderá referida a toda la legislación de un Estado (tanto de índole sustantiva como procesal) distinta de la que incorpora el régimen de las operaciones garantizadas (ya sea preexistente, recientemente adoptado o modificado de conformidad con las recomendaciones de la Guía); d) toda remisión a la “ley que rige los títulos negociables” abarcará no sólo una ley especial o rama del derecho denominada “régimen de los títulos negociables” sino que comprenderá también todas las leyes sobre contratos y demás leyes generales que pudiesen aplicarse a las operaciones o situaciones cuyo objeto fuesen títulos negociables (la misma norma se aplica a las expresiones análogas), y e) toda remisión al “régimen de la insolvencia” tendrá también un alcance general similar, pero solamente se referirá al derecho que podrá aplicarse tras la apertura de procedimientos de insolvencia.

6. En los siguientes párrafos se enumeran los principales términos y conceptos empleados y se explica el significado básico que tienen en la presente Guía. Ese significado se define con mayor precisión en capítulos subsiguientes, en los que también se definen y utilizan otros términos y conceptos (como es el caso, por ejemplo, en el capítulo XIV relativo a los efectos de la insolvencia sobre una garantía real). Las definiciones deberán interpretarse habida cuenta de las recomendaciones pertinentes. Los términos principales se definen de la siguiente manera:

a) Por “acreedor garantizado” se entenderá todo acreedor que tenga un derecho de garantía. Si bien la transferencia pura y simple de un crédito por cobrar no garantiza el cumplimiento de una obligación, para facilitar las consultas el concepto englobará también al cesionario en una cesión pura y simple de un crédito por cobrar¹;

b) Por “acreedor garantizado financiador de adquisiciones” (concepto utilizado tanto en el contexto del enfoque unitario como en el del enfoque no unitario) se entenderá todo acreedor garantizado que disponga de una garantía real para financiar adquisiciones. En el marco del enfoque unitario, el concepto engloba al vendedor con retención de la titularidad o al arrendador financiero (conceptos empleados en el contexto del enfoque no unitario);

c) Por “acuerdo de compensación global” se entenderá todo acuerdo celebrado entre dos o más partes que contenga una o varias de las siguientes estipulaciones:

i) La liquidación neta de los pagos abonables en una misma moneda y vencidos en una misma fecha, ya sea por novación o de alguna otra forma;

¹ Véase la definición de “garantía real”, así como la recomendación 3 y el comentario conexo.

- ii) A raíz de la insolvencia o de otro tipo de incumplimiento de una de las partes en dicho acuerdo, la liquidación de todas las operaciones pendientes a su valor real de mercado o a su valor de sustitución, para la conversión de las sumas resultantes a una sola moneda y a un único saldo neto que una de las partes abonará a la otra; o
- iii) La compensación de los saldos calculados en la forma indicada en el inciso ii) de la presente definición que sean adeudados en virtud de dos o más acuerdos de compensación global².
- d) Por “acuerdo de garantía” se entenderá un acuerdo concertado entre un otorgante y un acreedor, cualquiera que sea su forma o su terminología, en virtud del cual se constituya una garantía real. Si bien una transferencia pura y simple de un crédito por cobrar no garantiza el cumplimiento de una obligación, para facilitar las consultas, el concepto englobará también un acuerdo de cesión pura y simple de un crédito por cobrar³;
- e) Por “bien corporal” se entenderá todo tipo de bienes muebles físicos. Entrarán en esta categoría las existencias, los bienes de equipo, los bienes incorporados o accesorios fijos, los títulos negociables, los documentos negociables y el dinero;
- f) Por “bien de consumo” se entenderá todo bien que el otorgante utilice o que se proponga utilizar para fines personales, familiares o domésticos;
- g) Por “bien de equipo” se entenderá todo bien corporal que una persona haya de utilizar en la explotación de su empresa;
- h) Por “bien incorporado a un bien inmueble” se entenderá todo bien corporal que esté tan firmemente adherido o incorporado a un bien inmueble que, a pesar de no haber perdido su identidad propia, se le considera como si fuese un bien inmueble conforme a la legislación del Estado en que se encuentre;
- i) Por “bien incorporado a otro bien mueble” se entenderá todo bien corporal que esté adherido o incorporado a otro bien corporal, pero que no haya perdido su identidad propia;
- j) Por “bien inmaterial” se entenderá todo tipo de bienes muebles que no sean corporales, así como los derechos inmateriales, los créditos por cobrar y los derechos al cumplimiento de obligaciones que no sean créditos por cobrar;
- k) Por “bien gravado” se entenderá el bien mueble corporal o inmaterial sobre el que se haya constituido una garantía. Este concepto engloba también el crédito por cobrar que haya sido objeto de una transferencia pura y simple⁴;
- l) Por “cedente” se entenderá la persona que ceda un crédito por cobrar;
- m) Por “cesión” se entenderá la constitución de una garantía real sobre un crédito por cobrar que respalda su pago o el cumplimiento de otra obligación. Si bien una cesión que sea una transferencia pura y simple no garantiza el pago ni el

² Véase el párrafo l del artículo 5 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos.

³ Véase la definición de “garantía real”, así como la recomendación 3 y el comentario conexo.

⁴ Véase la definición de “garantía real”, así como la recomendación 3 y el comentario conexo.

cumplimiento de otra obligación, para facilitar las consultas, el término englobará también la transferencia pura y simple de un crédito⁵;

n) Por “cesión subsiguiente” se entenderá toda cesión realizada por el cesionario inicial o por cualquier otro cesionario⁶. En toda cesión subsiguiente, la persona que haga tal cesión será el cedente y la persona a la que sea hecha será el cesionario;

o) Por “cesionario” se entenderá la persona a quien se ceda un crédito por cobrar⁷;

p) Por “confirmante” se entenderá un banco u otra persona que agregue su propia promesa independiente a la del garante/emisor.

De conformidad con el artículo 6 e) de la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente⁸, una confirmación proporciona al beneficiario la opción de exigir el pago del confirmante con arreglo a las condiciones de la promesa independiente confirmada, y no del garante/emisor;

q) Por “conocimiento” se entenderá todo dato o información real, y no fruto de una deducción, que se posea;

r) Por “contrato financiero” se entenderá toda operación al contado, a plazo, de futuros, de opción o de permuta financiera relativa a tipos de interés, productos básicos, monedas, acciones, obligaciones, índices u otros instrumentos financieros, toda operación de préstamo o de recompra o rescate de valores negociables, y cualquier otra operación similar a alguna de las anteriormente mencionadas que se concierte en un mercado financiero, así como toda combinación de las operaciones anteriormente mencionadas⁹;

s) Por “contrato originario” se entenderá, en el contexto de un crédito por cobrar establecido mediante contrato, el contrato celebrado entre el cedente y el deudor del crédito por cobrar del que nazca el crédito;

t) Se tiene “control” con respecto al producto de una promesa independiente:

i) Automáticamente al constituirse la garantía real si el garante/emisor, el confirmante o la persona designada son el acreedor garantizado, o

ii) Si el garante/emisor, el confirmante o la persona designada han hecho un reconocimiento en favor del acreedor garantizado;

⁵ Ibid.

⁶ Véase el párrafo b) del artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos.

⁷ Para las definiciones de los términos “cedente”, “cesión” y “cesionario”, véase el párrafo a) del artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta S.04.V.14; en adelante denominada “la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos”).

⁸ Publicación de las Naciones Unidas, N° de venta S.97.V.12.

⁹ Véase el inciso k) del artículo 5 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos; véase asimismo la definición pertinente de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia.

u) Se goza de “control” con respecto a un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria:

i) Automáticamente al constituirse una garantía real si el banco depositario es el acreedor garantizado;

ii) Si el banco depositario ha celebrado un acuerdo de control con el otorgante y con el acreedor garantizado, corroborado por un escrito firmado¹⁰, en virtud del cual el banco depositario haya accedido a seguir las instrucciones del acreedor garantizado con respecto al pago de fondos acreditados en la cuenta bancaria sin necesidad del consentimiento del otorgante;

iii) Si el acreedor garantizado es el titular de la cuenta.

v) Por “crédito por cobrar” se entenderá todo derecho al cumplimiento de una obligación monetaria, a excepción de los derechos de cobro documentados por un título negociable, todo derecho a percibir el producto de una promesa independiente y todo derecho al cobro de fondos acreditados en una cuenta bancaria¹¹;

w) Por “cuenta bancaria” se entenderá toda cuenta que se mantenga en un banco y en la cual se puedan depositar o acreditar fondos. La expresión abarca las cuentas corrientes, las cuentas de ahorro y los depósitos a plazo fijo. Este concepto no incluye los créditos frente a un banco documentados por un título negociable;

El concepto engloba también el derecho al pago de fondos transferidos al banco a modo de reembolso anticipado de una futura obligación de pago a la que el banco se haya comprometido y el derecho al pago de fondos transferidos al banco a modo de garantía en efectivo para respaldar una obligación adeudada al banco cuando el cedente de esos fondos tenga un crédito sobre esos fondos si, en virtud del derecho interno, la obligación del banco es una cuenta bancaria.

x) Por “derecho al arrendamiento financiero” (concepto utilizado únicamente en el contexto del enfoque no unitario de la financiación de adquisiciones) se entenderá el derecho de un arrendador sobre un bien corporal (que no sea un título negociable ni un documento negociable) que sea objeto de un contrato de arrendamiento, al final de cuyo plazo:

i) El arrendatario pasa automáticamente a ser el propietario del bien corporal que sea objeto del arrendamiento;

ii) El arrendatario podrá adquirir la propiedad del bien mediante el pago de un precio no superior al precio nominal; o

iii) El bien sólo tiene un valor residual nominal.

¹⁰ Sobre el significado del concepto de “escrito firmado” en el contexto de las comunicaciones electrónicas, véanse las recomendaciones 9 y 10.

¹¹ Para la definición del concepto de “crédito por cobrar”, véase el párrafo a) del artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos; con respecto a las exclusiones de los depósitos bancarios y las cartas de crédito, y de los títulos negociables, véanse, respectivamente, los apartados f) y g) del párrafo 2 del artículo 4, y el párrafo 3 del mismo artículo de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos.

El concepto incluye también un acuerdo de arrendamiento con opción de compra, aun cuando no sea denominado “arrendamiento”, siempre y cuando cumpla los requisitos de los incisos i), ii) o iii);

y) Por “derecho a la retención de la titularidad” (expresión utilizada únicamente en el contexto del enfoque no unitario de la financiación de adquisiciones), se entenderá el derecho de un vendedor sobre un bien corporal (que no sea un título negociable ni un documento negociable), conforme a un acuerdo con el comprador en virtud del cual la titularidad de ese bien no se transfiere (o no se transfiere irrevocablemente) del vendedor al comprador hasta que se haya abonado la parte no pagada del precio de compra del bien;

z) Por “derecho a percibir el producto de una promesa independiente” se entenderá el derecho a recibir un pago vencido, un giro aceptado o un pago diferido al que alguien se haya comprometido, o todo otro objeto de valor similar, que deberá pagar o entregar en cada caso el garante/emisor, el confirmante o la persona designada que entregue valor a cambio del derecho a cobrar una promesa independiente. La expresión engloba asimismo el derecho a percibir el pago derivado de la compra, por parte de un banco comercial, de un título negociable o de un documento negociable al ser uno de éstos presentado conforme proceda. La definición de ese concepto no abarca:

- i) El derecho a cobrar en virtud de una promesa independiente; ni
- ii) Lo que se perciba al ser aceptada una promesa independiente;

Una garantía real sobre el derecho a percibir el producto de una promesa independiente (como bien gravado originario) es distinta de una garantía real sobre el “producto” (concepto clave de la Guía) dimanante de bienes abarcados por la Guía (véanse la definición del concepto de “producto” y la recomendación 19). Así pues, lo que se perciba a raíz de una presentación, realizada conforme a lo estipulado, de una promesa independiente constituye el “producto” del derecho al cobro del producto de una promesa independiente.

aa) Por “deudor” se entenderá la persona a la que corresponda cumplir la obligación garantizada, lo cual incluye a los obligados secundarios, como, por ejemplo, al garante de una obligación garantizada. El deudor no es necesariamente la persona que constituye la garantía real (véase la definición del término “otorgante”);

bb) Por “deudor del crédito por cobrar” se entenderá toda persona a quien corresponda pagar un crédito por cobrar. El “deudor del crédito por cobrar” puede ser un garante, u otra persona que sea subsidiariamente responsable del crédito¹².

El garante en una garantía accesoria no es solamente el deudor de un crédito por cobrar, cuyo pago haya garantizado, sino también el deudor de un crédito constituido en virtud de una garantía, puesto que una garantía accesoria es de por sí un crédito por cobrar (es decir, existen dos créditos por cobrar);

cc) Por “dinero” se entenderá toda moneda actualmente autorizada y, por tanto, con curso legal en cualquier Estado como de curso legal. El término no

¹² Véase el párrafo a) del artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos.

engloba los fondos acreditados en una cuenta bancaria ni los títulos negociables, como, por ejemplo, los cheques;

dd) Por “documento negociable” se entenderá todo documento, como, por ejemplo, un resguardo de almacén o un conocimiento de embarque, que comporte un derecho a la entrega de bienes corporales y que cumpla los requisitos de negociabilidad en virtud del régimen aplicable a los documentos negociables;

ee) Por “emisor” de un documento negociable se entenderá la persona que esté obligada a entregar los bienes corporales abarcados por el documento sujeto a la ley que rija los documentos negociables;

ff) Por “existencias” se entenderán todos los bienes corporales almacenados para su venta o arriendo en el curso ordinario de los negocios del otorgante, así como las materias primas y los bienes semielaborados (en fase de elaboración);

gg) Por “garante/emisor” se entenderá el banco o toda otra persona que otorgue una promesa independiente;

hh) Por “garantía real” se entenderá un derecho de propiedad sobre bienes muebles que se constituya mediante un acuerdo y que garantice el pago u otro tipo de cumplimiento de una obligación, independientemente de que las partes lo hayan calificado o no de garantía real. En el contexto del enfoque unitario de la financiación de adquisiciones, la expresión engloba tanto las garantías reales del pago de adquisiciones como las no destinadas a adquisiciones. En el contexto del enfoque no unitario, el concepto no incluye ningún derecho de retención de la titularidad ni de arrendamiento financiero. Si bien una cesión pura y simple de un crédito por cobrar no garantiza el pago ni otro tipo de cumplimiento de una obligación, para facilitar las consultas, el concepto de “garantía real” incluirá el derecho del cesionario en virtud de una cesión pura y simple de un crédito¹³. Dicho concepto no abarca los derechos personales ejercitables frente a un garante u otra persona responsable del pago de la obligación garantizada;

ii) Por “garantía real del pago de una adquisición” (concepto utilizado tanto en el contexto del enfoque unitario como en el del enfoque no unitario de la financiación de adquisiciones) se entenderá una garantía real constituida sobre bienes corporales (que no sean ni títulos negociables ni documentos negociables), que respalde la obligación de pagar cualquier parte no abonada del precio de compra de los bienes o una obligación contraída o un crédito otorgado para facilitar al otorgante la adquisición de tales bienes. Una garantía real del pago de una adquisición no tiene que denominarse necesariamente así. En el enfoque unitario, el concepto engloba los derechos que sean derechos a la retención de la titularidad o derechos al arrendamiento financiero (conceptos empleados en el enfoque no unitario);

jj) Por “masa de la insolvencia” se entenderá todo el conjunto de bienes y derechos del deudor que estén bajo el control o la supervisión del representante de la insolvencia y sujetos al procedimiento de insolvencia;

kk) Por “masa o producto” se entenderá los bienes corporales que no sean dinero, que estén tan estrechamente unidos a otros bienes corporales, o mezclados con ellos, que hayan perdido su identidad propia;

¹³ Véase la definición de “garantía real”, así como la recomendación 3 y la observación conexas.

ll) Por “notificación” se entenderá toda comunicación hecha por escrito¹⁴;

mm) Por “notificación de la cesión” se entenderá la comunicación hecha por escrito en la que se especifiquen suficientemente los créditos cedidos y la identidad del cesionario¹⁵;

[Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee plantearse la posibilidad de agregar a esta definición un texto del siguiente tenor:

“Se considera que una persona “notifica”, “envía una notificación” o “da notificación” a otra persona si adopta medidas razonables para informar a la otra persona, independientemente de que esta última esté ya, de hecho, informada de la cuestión pertinente.” Con el texto sugerido quedaría explicado el significado de las palabras mencionadas en la Guía, como “que notifique”, “que envíe”, “que dé” “notificación”.]

nn) Por “obligación garantizada” se entenderá toda obligación cuyo cumplimiento esté amparado por una garantía real;

oo) Por “operación garantizada” se entenderá toda operación por la que se constituya una garantía real. Si bien una cesión pura y simple no garantiza el cumplimiento de una obligación, para facilitar las consultas, el concepto definido englobará también las cesiones puras y simples de créditos por cobrar¹⁶;

pp) Por “otorgante” se entenderá toda persona que constituya una garantía real con objeto de respaldar su propia obligación o la de otra persona¹⁷. Con arreglo al enfoque unitario de la financiación de adquisiciones, el “otorgante” de una garantía real del pago de una adquisición incluye al comprador con retención de la titularidad y al arrendatario financiero. Si bien el cedente en una cesión pura y simple de un crédito por cobrar no cede el crédito para garantizar el cumplimiento de una obligación, a fin de facilitar las consultas, el término “otorgante” englobará también al cedente en una cesión pura y simple de un crédito por cobrar¹⁸;

qq) Por “persona designada” se entenderá el banco o toda otra persona identificada por su nombre o categoría en una promesa independiente (por ejemplo, “un banco en el país X”) que haya sido designada para entregar un valor en virtud de una promesa independiente y que actúe en cumplimiento de esa designación y, en el caso de una promesa independiente libremente disponible, cualquier banco u otra persona;

rr) Por “posesión” se entenderá (salvo en la forma en que se utiliza el término en las recomendaciones 28 y 51 a 53 con respecto al emisor de un documento negociable) la posesión efectiva de bienes corporales por una persona o por un agente o empleado de ésta, o bien por una persona independiente que reconozca que los conserva en nombre de tal persona. Este concepto no abarca la posesión no efectiva, que se describa con términos como deducible, ficticia, supuesta o simbólica;

¹⁴ Sobre los equivalentes electrónicos de los conceptos de “escrito” y “escrito firmado”, véanse las recomendaciones 9 y 10.

¹⁵ En cuanto al momento en que la notificación de la cesión adquiere eficacia, véase la recomendación 115.

¹⁶ Véase la definición de “garantía real”, así como la recomendación 3 y el comentario conexo.

¹⁷ Véase la definición del término “deudor”.

¹⁸ Véase la definición de “garantía real”, así como la recomendación 3 y el comentario conexo.

ss) Por “prelación” se entenderá el derecho de una persona a obtener un beneficio económico de su garantía real sobre un bien gravado con preferencia respecto de todo otro reclamante concurrente;

tt) Por “procedimiento de insolvencia” se entenderá todo procedimiento colectivo, sujeto a la supervisión de un tribunal de la insolvencia, que se entable tanto a efectos de una reorganización como para una liquidación;

uu) Por “producto” se entenderá todo lo recibido que dimane de los bienes gravados, inclusive lo que se perciba a raíz de la venta o de otro acto de disposición o del cobro de los bienes gravados, de su arriendo o de una licencia otorgada sobre ellos, el producto del producto, los frutos civiles y naturales, los dividendos que reporten, las distribuciones correspondientes, las sumas abonadas por compañías de seguros a título de indemnización y las reclamaciones presentadas en concepto de defectos que presenten bienes gravados, de los daños que hayan sufrido y de la pérdida de los bienes en sí¹⁹;

vv) Por “promesa independiente” se entenderá toda carta de crédito (comercial o contingente), la confirmación de una carta de crédito, una garantía independiente (con inclusión de la pagadera a su reclamación o a su primera reclamación o, una contragarantía) o cualquier otra promesa reconocida como independiente por determinadas leyes o prácticas, como, por ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías y Cartas de Crédito Contingente, las Reglas y Usos Uniformes relativos a los Créditos Documentarios, las Reglas sobre Prácticas Internacionales en materia de Cartas de Crédito Contingente y las Reglas Uniformes relativas a las garantías pagaderas a su reclamación;

ww) Por “propiedad intelectual” se entenderá los derechos de autor, las marcas de fábrica, las patentes, las marcas de servicio, los secretos industriales y los diseños industriales, así como cualquier otro bien que se considere propiedad intelectual de conformidad con el derecho interno del Estado promulgante o algún acuerdo internacional en el que sea parte;

A fin de dejar claro que estas definiciones y las recomendaciones que se remiten a ellas son únicamente aplicables a bienes corporales (y no a bienes inmateriales, como la propiedad intelectual), se hace referencia a “bienes corporales” en las definiciones de los conceptos de “garantía real del pago de una adquisición”, “derecho en garantía de la financiación de adquisiciones”, “derecho a la retención de la titularidad” y “arrendamiento financiero”.

En la definición de concepto de “crédito por cobrar” se ha suprimido la referencia al “cumplimiento de obligaciones no monetarias”, a fin de puntualizar que la definición de “crédito por cobrar” y las recomendaciones pertinentes son únicamente aplicables a los créditos por cobrar, y no, por ejemplo, a los derechos de un licenciatario o a las obligaciones del otorgante de una licencia en un contrato de concesión de licencia sobre propiedad intelectual.

La definición del concepto de “propiedad intelectual” tiene la finalidad de asegurar que la Guía esté en consonancia con las legislaciones y tratados en materia de propiedad intelectual y, al mismo tiempo, pretende respetar el derecho del

¹⁹ Véase el párrafo j) del artículo 5 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos.

legislador de un Estado que promulgue las recomendaciones de la Guía a armonizar la definición con su propio derecho interno y sus obligaciones internacionales.

Así, todo Estado promulgante podrá agregar a esa lista o suprimir de ella determinados tipos de propiedad intelectual, a fin de que se ajuste a su propio derecho interno. Con la referencia a los acuerdos internacionales se pretende remitir a la Convención por la que se estableció la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual y al Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (“ADPIC” o “TRIPS”).

xx) Por “reclamante concurrente”²⁰ se entenderá el acreedor de un otorgante que compita con otro acreedor que tenga una garantía real sobre un bien gravado del otorgante, concepto que englobará:

- i) A otro acreedor garantizado que esté respaldado por una garantía real sobre el mismo bien gravado (ya sea en calidad de bien gravado originario o de producto);
- ii) En el contexto del enfoque no unitario de la financiación de adquisiciones, al vendedor, al arrendador financiero o a otro financiador de adquisiciones del mismo bien gravado que haya conservado la titularidad de éste;
- iii) A otro acreedor del otorgante que tenga un derecho sobre el mismo bien gravado;
- iv) El representante de la insolvencia en caso de insolvencia del otorgante²¹, o
- v) Todo comprador o beneficiario de una transferencia (inclusive un arrendatario o un licenciataria) del bien gravado;

yy) Por “reconocimiento” con respecto al derecho a percibir el producto de una promesa independiente se entenderá que el garante/emisor, el confirmante o la persona designada que pagarán o que entregarán valor al solicitarse el pago (“cobro”) de una promesa independiente, unilateralmente o mediante acuerdo:

- i) Han reconocido o consentido (sin importar el modo en que tal reconocimiento o consentimiento se pruebe), la constitución en favor del acreedor garantizado de una garantía real (se denomine cesión o de otro modo) sobre el derecho a percibir el producto de una promesa independiente, o
- ii) Se han obligado a pagar o a entregar valor al acreedor garantizado al procederse al cobro en virtud de una garantía independiente;

zz) Por “representante de la insolvencia” se entenderá toda persona o todo órgano, inclusive las personas u órganos nombrados con carácter provisional, que, en un procedimiento de insolvencia, estén facultados para administrar una reorganización o la liquidación de la masa de la insolvencia;

²⁰ Véase la definición de “reclamante concurrente” (otra parte reclamante) en el párrafo m) del artículo 5 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos.

²¹ En el capítulo sobre la insolvencia se hace referencia a “la insolvencia del deudor” con miras a ajustar la terminología empleada con la de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta S.05.V.10; en adelante, “la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia”).

aaa) Por “título negociable” se entenderá todo título, como, por ejemplo, un cheque, una letra de cambio o un pagaré, que incorpore un derecho de cobro y que cumpla los requisitos para su negociabilidad con arreglo a la ley aplicable a los títulos negociables;

[Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee plantearse la posibilidad de que se inserte, después de las definiciones de “título negociable” y “documento negociable”, una nota del siguiente tenor:

“La Guía se concibió en el contexto de títulos negociables y documentos negociables consignados sobre papel, dada la particular dificultad que entrañaba la creación de un equivalente electrónico de la negociabilidad de documentos sobre soporte de papel. Sin embargo, no habría que deducir de ello que la Guía desalienta la utilización de equivalentes electrónicos de los títulos negociables o documentos negociables que figuren sobre papel. Así pues, todo Estado promulgante que desee regular esta cuestión deberá formular reglas especiales (por la misma razón, en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales no se reglamenta la cuestión de la negociabilidad de documentos consignados sobre papel)²²”.]

bbb) Por “tribunal de la insolvencia” se entenderá toda autoridad judicial o de otra índole que esté facultada para controlar o supervisar un procedimiento de insolvencia.

[Nota para la Comisión: dado que el concepto de “tribunal de la insolvencia” sólo se emplea en la definición de “procedimiento de insolvencia” y en el capítulo relativo a la insolvencia, la Comisión tal vez desee plantearse la supresión de la definición de “tribunal de la insolvencia” y, en vez de tal definición, insertar una explicación de su significado en el capítulo XIV en lo relativo a las repercusiones de la insolvencia en una garantía real.]

I. Objetivos clave de un régimen de las operaciones garantizadas eficiente y eficaz*

1. Con miras a formular un amplio marco normativo que regule eficaz y eficientemente el régimen legal de las operaciones garantizadas (en lo sucesivo “el régimen” o “el presente régimen”), dicho régimen debe estar pensado para:

- a) Promover la concesión de crédito financiero garantizado;
- b) Facilitar el pleno aprovechamiento del valor intrínseco de una amplia gama de bienes gravables para respaldar el crédito financiero otorgado en el marco de la más variada gama posible de operaciones garantizadas;
- c) Facilitar a los interesados la obtención de garantías reales por alguna vía sencilla y eficiente;

²² Véase en dicha Convención (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta S.07.V.2), el párrafo 7 de la nota explicativa.

* Los objetivos clave podrían insertarse en forma de preámbulo u otro tipo de declaración que acompañara al régimen de las operaciones garantizadas como guía de la política o de los principios legislativos que habrán de tenerse en cuenta al interpretar o aplicar el régimen.

- d) Tratar por igual a todas las fuentes de crédito y a las diversas formas de operaciones garantizadas;
- e) Reconocer la validez de las garantías reales constituidas sobre bienes que permanecen en poder del otorgante;
- f) Fomentar una mayor transparencia y previsibilidad en materia de bienes gravados para fines de garantía, mediante la inscripción de un aviso al respecto en un registro general de las garantías reales;
- g) Establecer reglas de prelación claras y previsibles;
- h) Facilitar la realización del valor de toda garantía real de un acreedor de forma previsible y eficiente;
- i) Compaginar con equidad los intereses de las personas que puedan verse afectadas;
- j) Reconocer la autonomía contractual de las partes; y
- k) Armonizar los diversos regímenes legales de las operaciones garantizadas, así como las reglas sobre conflictos de leyes.

II. **Ámbito de aplicación y otras reglas generales**

Finalidad

La finalidad de las disposiciones sobre el ámbito de aplicación del régimen es establecer un régimen global único para las operaciones garantizadas. Deberán, por ello, especificar las garantías reales y otros derechos a los que será aplicable el régimen.

Ámbito de aplicación

2. A reserva de lo indicado en las recomendaciones 3 a 7²³, el presente régimen debería ser aplicable a todos los derechos sobre bienes muebles constituidos mediante un acuerdo que garantice el pago u otro tipo de cumplimiento de una obligación independientemente de la forma que revista la operación, del tipo de bien mueble, de la posición reconocida al otorgante o al acreedor garantizado o de la naturaleza de la operación garantizada. Así pues, el régimen debería ser aplicable a:

- a) Las garantías reales sobre todos los tipos de bienes muebles, corporales o inmateriales, presentes o futuros, inclusive las existencias, los bienes de equipo y otros bienes corporales, los créditos por cobrar contractuales y extracontractuales, las obligaciones contractuales no monetarias, los títulos negociables, los documentos negociables, los derechos al cobro de fondos acreditados en una cuenta bancaria, los derechos a percibir el producto de una promesa independiente y los derechos de propiedad intelectual;

²³ Cuando en una recomendación se hace remisión a recomendaciones pertenecientes a otro capítulo, se mencionan también el número y el título de dicho capítulo. Cuando no se hace tal mención, debe entenderse que las recomendaciones a que se haga remisión figuran en el mismo capítulo que la recomendación inicialmente tratada.

b) Las garantías reales constituidas o adquiridas por toda persona natural o jurídica, pero sin que ello afecte a norma legal alguna de protección del consumidor;

c) Las garantías reales que respalden todo tipo de obligaciones presentes o futuras, determinadas o por determinar, inclusive las de monto fluctuante y las que estén descritas en términos genéricos; y

d) Todo derecho real nacido de un contrato por el que se garantice el pago u otra forma de cumplimiento de una obligación, inclusive las transferencias de la titularidad sobre bienes corporales con fines de garantía o las cesiones de créditos por cobrar con idénticos fines, las diversas formas de venta con retención de la titularidad y los arrendamientos financieros.

El régimen debería ser aplicable también a las garantías reales constituidas sobre el producto de bienes gravados.

La cesión pura y simple de créditos por cobrar

3. El régimen debería ser aplicable a las cesiones puras y simples de créditos por cobrar, aunque tales transferencias no garanticen el pago u otro tipo de cumplimiento de una obligación. Esta recomendación está sujeta a la excepción prevista en la recomendación 164 (capítulo X relativo a la ejecución de una garantía real).

[Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee tomar nota de que, en consonancia con el enfoque seguido en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos, la Guía recomienda que sus recomendaciones (con la salvedad de ciertas recomendaciones relativas a la ejecución) sean aplicables a todas las cesiones de créditos por cobrar (inclusive las cesiones puras y simples de tales créditos). En el comentario se explicarán los motivos que justifican este enfoque y se analizará en particular la necesidad práctica de que las recomendaciones relativas a la constitución de garantías reales, a la oponibilidad a terceros y a la prelación sean aplicables a todas las cesiones de créditos por cobrar.

En el comentario se explicará asimismo que, si bien la Guía se aplica a las garantías reales sobre créditos por cobrar y a las cesiones puras y simples de tales créditos, del mismo modo que se aplica a las garantías reales y utiliza una terminología común para describir ambos tipos de derechos, no transforma las cesiones puras y simples en garantías reales. Tal efecto (a veces denominado “recharacterización”) no sería conveniente y, de hecho, iría en detrimento de prácticas importantes, tales como la bursatilización de los créditos por cobrar (la cual, aunque suponga una auténtica venta, suele estar sujeta al régimen aplicable a las operaciones garantizadas).

Tal como se indica en las definiciones, únicamente en relación con los créditos por cobrar, y sólo como forma de expresarse y para facilitar la redacción, las remisiones a las garantías reales en el régimen se entenderán también referidas a los derechos de un cesionario de una transferencia pura y simple de créditos por cobrar; las menciones de un acreedor garantizado también se entenderán referidas a un beneficiario de una cesión pura y simple; y las menciones de un otorgante también se entenderán referidas a un cedente en una cesión pura y simple; y toda mención de un bien gravado se entenderá también referida a un crédito por cobrar que haya sido objeto de una cesión pura y simple.

En el comentario se explicará asimismo que el hecho de que en la Guía se trate de las cesiones puras y simples de créditos por cobrar, además de las operaciones garantizadas, no significa en modo alguno que se eluda la distinción entre una cesión pura y simple de créditos por cobrar y una transferencia de un derecho sobre bienes por cobrar como garantía para el pago de una obligación. En cambio, la Guía sí prescinde de distinciones de forma o de terminología entre las operaciones que garanticen un pago u otro tipo de cumplimiento de una obligación. Así, por ejemplo, la constitución de una garantía sobre un bien mueble para respaldar el pago o el cumplimiento de una obligación entra en el ámbito de la Guía, independientemente de si la garantía se haya constituido mediante una operación calificada de transferencia del bien con fines de garantía (a veces también conocida como transferencia fiduciaria) o mediante una operación que se describa como pignoración.]

Limitaciones del ámbito de aplicación

4. No obstante lo previsto en la recomendación 2, el presente régimen no debería ser aplicable:

a) A aeronaves, material rodante ferroviario, objetos espaciales o buques, ni a otras categorías de bienes de equipo móvil, en la medida en que esos bienes se rijan por alguna norma de derecho interno o por algún acuerdo internacional en el que sea parte el Estado promulgante de una ley basada en estas recomendaciones (en lo sucesivo “el Estado” o, “este Estado”) y en que las cuestiones abordadas en el presente régimen sean reguladas por dicha norma o dicho acuerdo;

b) A los derechos de propiedad intelectual en la medida en que lo dispuesto en el presente régimen sea incompatible con alguna norma de derecho interno o con algún acuerdo internacional del Estado en materia de propiedad intelectual;

c) A los valores bursátiles;

d) A los derechos de cobro que nazcan o dimanen de contratos financieros que se rijan por acuerdos de compensación global, salvo un crédito por cobrar adeudado una vez concluidas todas las operaciones pendientes; ni

e) A los derechos de cobro que nazcan o dimanen de operaciones con divisas.

5. El régimen no debería ser aplicable a los bienes inmuebles, salvo en lo previsto en las recomendaciones 25 y 48 (capítulo IV relativo a la constitución de una garantía real).

6. El régimen debería disponer que si, conforme a otro régimen, una garantía real constituida sobre un bien de alguna categoría excluida (por ejemplo, un bien inmueble) se hace extensiva a un tipo de producto al que sí sea aplicable el presente régimen (por ejemplo, los créditos por cobrar), dicho régimen será aplicable a la garantía real sobre el producto, salvo en la medida en que ese otro régimen sea aplicable a esa garantía real.

7. El régimen no debería prever ninguna otra limitación de su ámbito de aplicación. En caso de introducirse alguna otra limitación debería enunciarse en términos claros y concisos.

[Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee tomar nota de que en una versión anterior de esta recomendación se hacía referencia a las prestaciones en concepto de empleo (véase A/CN.9/WG.VI/WP.29). Se modificó el enunciado de la recomendación con miras a evitar que los Estados se sintieran alentados a limitar más el ámbito de aplicación del régimen, y a fin de asegurar que toda nueva limitación introducida en el régimen fuera enunciada de forma clara y transparente. La Comisión tal vez desee plantearse si el objeto y el fondo de esta recomendación se reflejan mejor en el comentario.]

Autonomía contractual

8. El régimen debería disponer que, salvo disposición en contrario en las recomendaciones 15 (capítulo IV sobre la constitución de una garantía real), 108 y 109 (capítulo VIII sobre los derechos y las obligaciones de las partes), 129 a 133 (capítulo X relativo a la ejecución de una garantía real), 174 a 183 (capítulo XI sobre el enfoque unitario de la financiación de adquisiciones), 184 a 199 (capítulo XI sobre el enfoque no unitario de la financiación de adquisiciones), 200 a 212 y 214 a 224 (capítulo XII sobre los conflictos de leyes), el acreedor garantizado y el otorgante o el deudor podrán estipular entre ellos al margen de lo que el régimen disponga acerca de sus respectivos derechos y obligaciones o modificarlos mediante acuerdo. Lo estipulado en dicho acuerdo no afectará a los derechos de quien no sea parte en él²⁴.

Comunicaciones electrónicas

9. El régimen debería disponer que, cuando se requiera que una comunicación o un contrato conste por escrito, o prevea consecuencias en el caso de que eso no se cumpla, una comunicación electrónica cumplirá ese requisito si la información consignada en su texto es accesible para su ulterior consulta.

10. El régimen debería disponer que, cuando se requiera que una comunicación o un contrato sea firmado por una persona, o prevea consecuencias en el caso de que no se firme ese requisito se dará por cumplido respecto de una comunicación electrónica:

a) Si utiliza un método para determinar la identidad de esa persona y para indicar la voluntad que tiene tal parte respecto de la información consignada en la comunicación electrónica; y

b) Si el método empleado:

i) O bien es tan fiable como sea apropiado para los fines para los que se generó o transmitió la comunicación electrónica, atendidas todas las circunstancias del caso, inclusive todo acuerdo aplicable; o

ii) Si ha demostrado en la práctica que, por sí solo o con el respaldo de otras pruebas, dicho método ha cumplido las funciones enunciadas en el anterior apartado a)²⁵.

²⁴ Véase el artículo 6 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos.

²⁵ En relación con las recomendaciones 9 y 10, véanse los párrafos 2 y 3 del artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales.

III. Criterios básicos aplicables a las garantías reales

Finalidad

Los objetivos de las disposiciones sobre los criterios básicos aplicables a las garantías reales consisten en asegurar que el presente régimen:

- a) Sea aplicable a todos los derechos sobre bienes muebles de origen contractual que garanticen el pago u otro tipo de cumplimiento de una obligación (“enfoque funcional”); y
- b) Prevea la aplicación apropiada del enfoque funcional, a fin de asegurar que todos los proveedores de fondos sean tratados de acuerdo con las reglas que generan resultados funcionalmente equivalentes.

Enfoque funcional

11. El régimen debería adoptar un enfoque funcional que regulara todos los derechos constituidos sobre bienes muebles, que sean de origen contractual y que garanticen el pago u otro tipo de cumplimiento de una obligación, independientemente de la forma de la operación o de la terminología empleada por las partes (inclusive los derechos de cesionarios a raíz de una cesión de la titularidad sobre bienes corporales con fines de garantía, los derechos de un cesionario en una cesión de créditos por cobrar con fines de garantía, así como los derechos de vendedores o arrendadores financieros en diversas formas de retención de la titularidad o de arrendamiento financiero, respectivamente). Salvo con respecto a la financiación de adquisiciones, el enfoque funcional debería aplicarse de modo tal que se clasificaran todos los derechos que respaldaran el cumplimiento de una obligación como garantías reales y que quedaran sujetos a un conjunto común de reglas.

12. Con respecto a la financiación de adquisiciones, el enfoque funcional podrá aplicarse de las dos siguientes maneras:

- a) De forma que se clasifiquen como garantías reales del pago de una adquisición todos los derechos sobre bienes muebles que garanticen el pago u otro tipo del cumplimiento de una obligación, y que queden sujetos a un conjunto común de reglas (“el enfoque unitario de la financiación de adquisiciones” o “el enfoque unitario”); o
- b) De forma que se clasifiquen:
 - i) Como garantías reales del pago de una adquisición todos los derechos sobre bienes muebles que respalden el pago u otro tipo de cumplimiento de una obligación, salvo los derechos que correspondan a un vendedor en virtud de un acuerdo de retención de la titularidad y los que tenga un arrendador con arreglo a un contrato financiero;
 - ii) Como derechos de propiedad los derechos de un vendedor en virtud de un acuerdo de retención de la titularidad y los de un arrendador con arreglo a un contrato financiero, pero haciendo depender esos derechos de propiedad de las reglas que produzcan resultados que sean los equivalentes funcionales de los resultados producidos con respecto a las garantías reales del pago de una adquisición, asegurando así que todos los proveedores de fondos con fines de

adquisición sean tratados en pie de igualdad (el enfoque enunciado en este apartado b) de la presente recomendación se denomina “el enfoque no unitario de la financiación de adquisiciones” o “el enfoque no unitario”).

[Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee tomar nota de que se ha modificado el enunciado de la presente recomendación a fin de dar cabida en ella al modo en que la Comisión entiende el enfoque funcional y a la forma en que deberá llevarse a la práctica con respecto a las garantías reales del pago de adquisiciones (de forma unitaria o no unitaria; véase el capítulo XI relativo a la financiación de adquisiciones).]

IV. Constitución de una garantía real (validez entre las partes)

Finalidad

La finalidad de las disposiciones del régimen relativas a la constitución de una garantía real es especificar los requisitos que deben cumplirse para que una garantía real tenga validez entre las partes.

A. Recomendaciones generales*

Constitución de una garantía real

13. El régimen debería disponer que una garantía real sobre un bien quedará constituida mediante acuerdo entre el otorgante y el acreedor garantizado. Respecto de todo bien respecto del cual el otorgante tenga derechos o la facultad para gravarlo en el momento de concertarse el acuerdo, la garantía real quedará constituida en el momento de celebrarse dicho acuerdo. Si se trata de un bien respecto del cual el otorgante adquiera derechos o la facultad para gravarlo con posterioridad al acuerdo, la garantía real sobre dicho bien quedará constituida cuando el otorgante adquiera derechos sobre dicho bien o la facultad para gravarlo.

Contenido mínimo de un acuerdo de garantía

14. El régimen debería especificar que todo acuerdo de garantía deberá:

- a) Reflejar la intención de las partes de constituir una garantía real;
- b) Especificar la identidad del acreedor garantizado y del otorgante;
- c) Describir la obligación garantizada; y
- d) Describir los bienes gravados de forma suficiente para poder identificarlos.

[Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que no es preciso que la descripción sea específica. Bastará con una descripción general por categorías, tipos o clases de bienes (por ejemplo, “escritorio”, “mobiliario”, “mobiliario de oficinas” o “bienes de

* Las recomendaciones generales son aplicables a las garantías reales constituidas sobre todos los tipos de bienes abarcados por la Guía, según se modifiquen en las recomendaciones específicamente relacionadas con los bienes.

equipo”, “todos los bienes actuales y futuros” o “todas las existencias actuales y futuras”).

La Comisión tal vez desee tomar nota de que el párrafo a) de la recomendación 57, por razones de confidencialidad, permite al acreedor garantizado omitir su nombre en la notificación que debe inscribir en un registro. La Comisión tal vez desee plantearse si, por las mismas razones o por razones de otra índole, sería suficiente que en el acuerdo de garantía se especificara la identidad de un representante del acreedor garantizado, en vez de la del acreedor garantizado propiamente dicho.]

Forma del acuerdo de garantía

15. El régimen debería disponer que el acuerdo de garantía podrá concertarse verbalmente si el acreedor que garantiza tiene la posesión del bien gravado. De lo contrario, el acuerdo deberá concertarse por escrito o deberá quedar alguna constancia escrita del mismo que, juntamente con la conducta de las partes, ponga de manifiesto la intención del otorgante de constituir una garantía real.

Obligaciones respaldadas por una garantía real

16. El régimen debería disponer que una garantía real podrá respaldar cualquier tipo de obligaciones, presentes o futuras, determinadas o por determinar, condicionales o incondicionales, o fijas o fluctuantes.

Bienes que pueden ser objeto de una garantía real

17. El régimen debería disponer que una garantía real podrá gravar cualquier clase de bienes, inclusive las partes de bienes y los derechos indivisos sobre los mismos. Una garantía real podrá gravar bienes que, en el momento en que se concierte el acuerdo, puedan no existir aún o que no sean aún propiedad del otorgante ni gravables por el mismo. La garantía constituida podrá también gravar todos los bienes del otorgante. Toda excepción al respecto deberá ser de alcance limitado y deberá estar descrita en el régimen en términos claros y precisos.

18. El régimen debería prever que, a reserva de lo dispuesto en las recomendaciones 23 a 25, su normativa no anula lo dispuesto en cualquier otro régimen por lo demás aplicable que limite la constitución o la ejecución de una garantía real sobre determinada categoría de bienes, o su transferibilidad.

Aplicabilidad de una garantía real al producto del bien gravado

19. El régimen debería disponer que, salvo acuerdo en contrario de las partes en un acuerdo de garantía, la garantía real constituida sobre el bien gravado se hará extensiva a todo producto identificable del mismo (y también al producto de dicho producto).

Bienes mezclados

20. El régimen debería disponer que, cuando el producto del bien gravado, que esté en forma de dinero o de fondos acreditados en una cuenta bancaria, se haya entremezclado con otros bienes del mismo tipo, de forma que el producto deje de ser identificable, el monto a que ascienda el producto justo antes de ser mezclado

será tenido por producto identificable con posterioridad a la mezcla. Ahora bien, si, en algún momento posterior a la mezcla el monto total de los bienes entremezclados pasa a ser inferior al importe del producto que se mezcló, se tendrá por producto identificable dicho monto total de los bienes, en el momento en el que pasó a ser inferior, más el monto de todo producto posteriormente mezclado con los bienes.

Constitución de una garantía real sobre un accesorio fijo y continuación de sus efectos

21. El régimen debería disponer que podrá constituirse una garantía real sobre un bien corporal que, en el momento de ser gravado, sea un bien incorporado a otro bien o que la garantía seguirá gravando un bien corporal que ulteriormente pase a ser un bien incorporado a otro bien. Cabrá constituir una garantía real sobre un bien incorporado a un inmueble tanto con arreglo al presente régimen como en virtud del régimen legal de la propiedad inmobiliaria.

Vigencia de una garantía real extensible a una masa o un producto

22. El régimen debería disponer que una garantía real constituida sobre bienes corporales antes de ser entremezclados en una masa o un producto seguirá gravando tal masa o producto resultante de la mezcla. El importe de la garantía real subsistente sobre dicha masa o producto quedará limitado al valor que hubieran tenido esos bienes justo antes de pasar a formar parte de la masa o del producto.

B. Recomendaciones específicamente relacionadas con los bienes

Validez de una cesión global de créditos por cobrar y de una cesión de créditos futuros, fracciones de créditos y de derechos indivisos sobre los mismos

23. El régimen debería disponer que:

a) Toda cesión de créditos por cobrar contractuales que no estén explícitamente identificados, o de créditos futuros, fracciones de créditos o derechos indivisos sobre créditos por cobrar será exigible entre el cedente y el cesionario y oponible al deudor de todo crédito cedido, siempre que, en el momento de efectuarse la cesión o, en el momento en que nazcan sin son créditos futuros, pueda determinarse que esos créditos corresponden a dicha cesión; y

b) De no haberse estipulado otra cosa, toda cesión de uno o más créditos futuros surtirá efecto sin que se requiera un nuevo acto de cesión para ceder cada uno de los créditos por cobrar²⁶.

Validez de una cesión de créditos por cobrar efectuada pese a la existencia de un pacto o cláusula de intransferibilidad

24. El régimen debería disponer que:

a) Una cesión de un crédito por cobrar surtirá efecto entre el cedente y el cesionario, así como frente al deudor del crédito cedido, pese a todo pacto concertado entre el cedente inicial o todo cedente subsiguiente y el deudor del

²⁶ Sobre las recomendaciones 23 a 25, véanse los artículos 8 a 10 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos.

crédito o cualquier cesionario subsiguiente del crédito, por el que se limite de algún modo el derecho del cedente a ceder sus créditos por cobrar;

b) Nada de lo dispuesto en la presente recomendación menoscabará en modo alguno la obligación o la responsabilidad que pueda tener el cedente por el incumplimiento de lo estipulado en el pacto mencionado en el apartado a) de la presente recomendación, pero la otra parte en dicho pacto no podrá impugnar el contrato originario ni el contrato de cesión únicamente por razón del incumplimiento del pacto en ellos estipulado. Toda persona que no sea parte en un pacto o cláusula de intransferibilidad no incurrirá en responsabilidad alguna por el mero hecho de haber tenido conocimiento de dicho pacto;

c) La presente recomendación será únicamente aplicable a la cesión de créditos por cobrar:

i) Nacidos de un contrato originario que sea un contrato para el suministro o el arrendamiento de bienes o para la prestación de servicios que no sean de carácter financiero, o que sea un contrato de obras o para la venta o el arrendamiento de un inmueble;

ii) Nacidos de un contrato originario para la venta, el arrendamiento o la licencia de derechos de propiedad industrial o intelectual, o de información patentada;

iii) Que representen una obligación de pago de operaciones efectuadas con una tarjeta de crédito;

iv) Adeudados al cedente por concepto del saldo neto final compensatorio de los pagos efectuados en el marco de un acuerdo de compensación global concertado entre más de dos partes interesadas.

Constitución de una garantía real sobre otro derecho personal o real por el que se respalde un crédito por cobrar, un título negociable u otro bien inmateral

25. El régimen debería disponer que:

a) El acreedor garantizado, que tenga una garantía real sobre un crédito por cobrar, un título negociable o algún otro bien inmateral al que sea aplicable el presente régimen, se beneficiará de todo derecho personal o real por el que se garantice automáticamente el pago u otra forma de cumplimiento de dicho crédito por cobrar, título negociable o bien inmateral, sin necesidad de acto adicional alguno del otorgante o del acreedor garantizado;

b) Si tal derecho personal o real es una promesa independiente, la garantía real se hará automáticamente extensiva al derecho a percibir el producto de dicha promesa, pero no al derecho al cobro de la misma;

c) La presente recomendación no afectará al derecho sobre un bien inmueble que, con arreglo a la ley que le sea aplicable al margen del presente régimen, puede transferirse independientemente del crédito por cobrar, del título negociable o de otro bien inmateral que garantice;

d) Todo acreedor garantizado que posea una garantía real sobre un crédito por cobrar, un título negociable o cualquier otro bien inmateral al que sea aplicable el presente régimen pasará a ser el beneficiario de cualquier derecho personal o real

por el que se garantice el pago, o alguna otra forma de cumplimiento de dicho crédito por cobrar, un título negociable u otro bien inmaterial, pese a todo pacto que pueda existir entre el otorgante y el deudor del crédito, o la parte obligada por el crédito por cobrar, u otro bien inmaterial que limite de algún modo el derecho del otorgante a constituir una garantía real sobre el crédito, un título negociable u otro bien inmaterial, o sobre cualquier derecho real o personal por el que se garantice el pago u otra forma de cumplimiento del crédito por cobrar, el título negociable u otro bien inmaterial;

e) Nada de lo dispuesto en la presente recomendación menoscabará en modo alguna la obligación o la responsabilidad del otorgante por el incumplimiento del pacto mencionado en el apartado d) de la presente recomendación, pero la otra parte en dicho pacto no podrá impugnar el contrato del que nazca el crédito por cobrar, el título negociable u otro bien inmaterial, ni el acuerdo de garantía constitutivo de la garantía real o personal, por el mero hecho del incumplimiento de dicho pacto. Ninguna persona que no sea parte en el mencionado pacto podrá ser tenuta por responsable por el mero hecho de haber tenido conocimiento del pacto;

f) Los párrafos d) y e) de la presente recomendación serán únicamente aplicables a las garantías constituidas sobre créditos por cobrar, títulos negociables u otros bienes inmateriales:

i) Dimanantes de un contrato originario que sea un contrato para el suministro o el arrendamiento de bienes o para la prestación de servicios que no sean de carácter financiero, o que sea un contrato de obras o para la venta o el arrendamiento de un inmueble;

ii) Dimanantes de un contrato originario para la venta, el arrendamiento o la concesión de una licencia de derechos de propiedad industrial intelectual o de información patentada;

iii) Que representen una obligación de pago de operaciones efectuadas con una tarjeta de crédito; o

iv) Adeudados al cedente por concepto del saldo neto final compensatorio de los pagos efectuados en el marco de un acuerdo de liquidación global entre más de dos partes interesadas;

g) La regla enunciada en el párrafo a) de la presente recomendación no afectará a deber alguno asumido por el otorgante frente al deudor del crédito o de la parte obligada por el título negociable u otro bien inmaterial;

h) A reserva de que no se reste validez a los efectos automáticos reconocidos en el párrafo a) de esta recomendación y en la recomendación 50, la presente recomendación no afectará a ningún requisito impuesto por otra ley aplicable, al margen del presente régimen, relativo a la forma o a la inscripción de una garantía real constituida sobre cualquier bien, para respaldar el pago u otra forma de cumplimiento de un crédito por cobrar, un título negociable u otro bien inmaterial al que no sea aplicable el presente régimen.

Constitución de una garantía real sobre un derecho al cobro de fondos acreditados en una cuenta bancaria

26. El régimen debería disponer que una garantía real sobre un derecho al cobro de fondos acreditados en una cuenta bancaria será válida pese a todo acuerdo entre el otorgante y el banco depositario por el que se limite de algún modo el derecho del otorgante a constituir dicha garantía real. Ahora bien, el banco depositario no estará obligado a reconocer al acreedor garantizado ni se impondrá por lo demás a dicho banco ninguna obligación respecto de la garantía real sin el consentimiento del banco (sobre los derechos y obligaciones del banco depositario, véanse las recomendaciones 122 y 123, sobre los derechos de terceros deudores, véase el capítulo IX).

Constitución de una garantía real sobre un derecho a percibir el producto de una promesa independiente

27. El régimen debería disponer que el beneficiario de una promesa independiente podrá constituir una garantía real sobre el derecho a percibir el producto de una promesa independiente, aun cuando el derecho a cobrar tal promesa no sea en sí transferible con arreglo a ley y la práctica comercial por la que se rijan las promesas independientes. La constitución de una garantía real sobre un derecho a percibir el producto de una promesa independiente no transfiere el derecho al cobro de esa promesa independiente.

Hacer extensiva una garantía real sobre un documento negociable a los bienes corporales englobados por el documento negociable

28. El régimen debería disponer que toda garantía real constituida sobre un documento negociable se hará extensiva a los bienes que se hayan incorporado a dicho documento, siempre que la persona que emitió el documento esté en posesión directa o indirecta de los bienes, en el momento en que sea constituida la garantía real sobre el documento.

V. Oponibilidad de una garantía real a terceros

Finalidad

La finalidad de las disposiciones relativas a la oponibilidad de una garantía real a terceros es sentar las bases para establecer un orden de prelación previsible, equitativo y eficiente por los siguientes medios:

- a) Exigir, a título de requisito para que la garantía real sea oponible a terceros, que dicha garantía sea inscrita en un registro, salvo que la política comercial aconseje autorizar alguna excepción o prever algún método alternativo; y
- b) Establecer un marco jurídico para crear y mantener un sistema sencillo, económico y eficaz de inscripción en un registro de todo aviso concerniente a una garantía real.

A. Recomendaciones generales

Validez de la oponibilidad a terceros

29. El régimen debería disponer que una garantía real sólo será oponible a terceros cuando haya sido constituida y se haya seguido alguno de los métodos de establecer la oponibilidad previstos en las recomendaciones 32, 34 ó 35.

Exigibilidad frente al garante de una garantía real no oponible a terceros

30. El régimen debería disponer que una garantía real que haya sido constituida será exigible por el acreedor garantizado frente al otorgante de la garantía, aún cuando esa garantía no sea oponible a terceros.

Oponibilidad a terceros tras ser transferido el bien gravado

31. El régimen debería disponer que una garantía real que fuera oponible a terceros, antes de transferirse el bien gravado, conservará su validez, a reserva de lo dispuesto en las recomendaciones 76 a 78 (capítulo VII relativo a la prelación de una garantía real), aún después de haberse transferido el bien gravado, y seguirá siendo oponible a terceros, a reserva de lo dispuesto en la recomendación 62.

[Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee tomar nota de que las recomendaciones 32 a 36 no enuncian las reglas aplicables sino una lista, para comodidad del lector, de los diversos métodos por los que se establece la oponibilidad a terceros de una garantía real, haciendo remisión a toda recomendación ulterior en la que se enuncien las reglas pertinentes.]

Método general para obtener la oponibilidad: inscripción registral

32. El régimen debería disponer que una garantía real será oponible a terceros si se inscribe un aviso acerca de esa garantía en el registro general de las garantías reales mencionado en las recomendaciones 54 a 72 (capítulo VI relativo al sistema de registro).

33. El régimen debería disponer que la inscripción registral de un aviso ni crea una garantía real ni es necesaria para su constitución.

Otros métodos y excepciones a la vía registral para obtener la oponibilidad

34. El régimen debería disponer que:

a) Cabrá también hacer una garantía oponible a terceros, sin necesidad de su inscripción registral, por alguno de los siguientes métodos:

i) Tratándose de bienes corporales, transfiriendo la posesión del bien gravado, conforme a lo previsto en la recomendación 37;

ii) Tratándose de bienes corporales incorporados a un documento negociable, transfiriendo la posesión de ese documento, conforme a lo previsto en las recomendaciones 51 a 53;

iii) Tratándose de bienes muebles sujetos a inscripción en un registro especializado o que hayan de ser anotados en un certificado de titularidad,

efectuando dicha inscripción o anotación, conforme a lo previsto en la recomendación 38;

iv) Tratándose de un derecho al cobro de los fondos acreditados en una cuenta bancaria, obteniendo el control de dicha cuenta, conforme a lo previsto en la recomendación 49; y

v) Tratándose de un bien incorporado a un bien inmueble, mediante su inscripción en el registro de la propiedad inmobiliaria, conforme a lo previsto en la recomendación 43;

b) Una garantía real será automáticamente oponible a terceros:

i) Tratándose del producto reportado por el bien originariamente gravado, siempre que la garantía real sobre dicho bien sea oponible a terceros, conforme a lo previsto en las recomendaciones 39 y 40;

ii) Tratándose de un bien incorporado a otro bien mueble, siempre que la garantía real originaria sea oponible a terceros antes de que el bien gravado pase a ser un bien incorporado fijo, conforme a lo previsto en la recomendación 42;

iii) Tratándose de una masa de bienes o de un producto acabado, siempre que la garantía real sea oponible a terceros antes de que el bien gravado pase a formar parte de la masa o del producto acabado, conforme a lo previsto en la recomendación 44; y

iv) Tratándose de bienes muebles, en caso de trasladarse el otorgante o de ser trasladados esos bienes al territorio de este Estado, conforme a lo previsto en la recomendación 45; y

c) Toda garantía real constituida sobre un derecho personal o real por el que se garantice el pago o alguna otra forma de cumplimiento de un crédito por cobrar, un título negociable o algún otro bien corporal, será oponible a terceros, conforme a lo previsto a la recomendación 48.

Método para hacer oponible una garantía constituida sobre el derecho a percibir el producto de una promesa independiente

35. El régimen debería disponer que, a reserva de lo dispuesto en la recomendación 48, sólo podrá hacerse oponible a terceros una garantía constituida sobre el derecho a percibir el producto de una promesa independiente mediante la obtención del control de dicho producto, conforme a lo previsto en la recomendación 50.

Diferentes métodos de oponibilidad para diversas categorías de bienes

36. El régimen debería prever que cabrá utilizar diversos métodos para obtener la oponibilidad de diversas categorías de bienes gravados, con independencia de si esos bienes fueron o no gravados en virtud de un mismo acuerdo de garantía.

Oponibilidad de una garantía real sobre un bien corporal por posesión del bien gravado

37. El régimen debería disponer que cabrá hacer oponible a terceros una garantía real sobre un bien corporal mediante su inscripción en un registro, conforme a lo previsto en la recomendación 32, o poniendo el bien gravado en posesión del acreedor.

Oponibilidad de una garantía real sobre un bien mueble que haya de inscribirse en un registro especializado o anotarse en un certificado de titularidad

38. El régimen debería disponer que una garantía real sobre un bien mueble que haya de inscribirse en un registro especializado o anotarse en un certificado de titularidad, con arreglo a otro régimen aplicable, podrá hacerse oponible a terceros mediante inscripción registral, conforme a lo previsto en la recomendación 32, o mediante:

- a) su inscripción en un registro especializado; o
- b) su anotación en un certificado de titularidad.

Oponibilidad automática de una garantía real sobre el producto de un bien gravado

39. El régimen debería disponer que, si una garantía real sobre un bien gravado es oponible a terceros, la garantía sobre cualquier producto de dicho bien (inclusive sobre el producto que reporte dicho producto) será oponible a terceros al nacer ese producto, con tal de que el producto haya sido descrito en términos genéricos en un aviso inscrito o siempre que el producto consista en dinero, créditos por cobrar, títulos negociables o el derecho al cobro de fondos acreditados en una cuenta bancaria.

40. Si el producto no ha sido descrito en un aviso inscrito o no consiste en las categorías de bienes descritas en la recomendación 39, la garantía real sobre el producto será oponible a terceros durante [un breve plazo que se habrá de indicar] días a partir del nacimiento del producto y pasará a ser oponible de modo continuo, con posterioridad a dicho plazo, si la garantía se hace oponible a terceros por alguno de los métodos mencionados en las recomendaciones 32 ó 34 antes del vencimiento de dicho plazo.

Oponibilidad automática de una garantía real sobre un bien incorporado fijo

41. El régimen debería disponer que, de ser oponible a terceros una garantía real sobre un bien corporal al pasar dicho bien a ser un bien incorporado fijo, esa garantía real seguirá siendo oponible.

Oponibilidad de una garantía real sobre un bien incorporado fijo sujeto a inscripción en un registro especializado o a un sistema de certificado de titularidad

42. El régimen debería disponer que una garantía sobre un bien incorporado fijo de otro bien mueble que, con arreglo a otra ley, esté sujeto a inscripción en un registro especializado o que haya de ser anotado en un certificado de titularidad,

podrá hacerse automáticamente oponible, conforme a lo previsto en la recomendación 41 o por:

- a) inscripción en un registro especializado; o
- b) anotación en un certificado de titularidad.

43. El régimen debería disponer que una garantía real sobre un bien incorporado fijo a otro bien mueble pasará a ser automáticamente oponible a terceros conforme a lo previsto en la recomendación 41 o mediante inscripción en el registro de la propiedad inmobiliaria.

Oponibilidad automática de una garantía real sobre una masa de bienes o sobre un producto acabado

44. El régimen debería disponer que, si una garantía real sobre un bien corporal sigue siendo oponible a terceros al pasar a formar parte de una masa de bienes o de un producto acabado, dicha garantía real seguirá siendo oponible a terceros en las condiciones indicadas en la recomendación 22 (capítulo IV relativo a la constitución de una garantía real).

Continuidad de la oponibilidad a raíz del traslado al territorio de este Estado

45. El régimen debería disponer que, si una garantía constituida sobre un bien gravado es oponible a terceros con arreglo a la ley del Estado donde se encuentra el otorgante de la garantía o el bien gravado (dependiendo de cuál de los dos determina el régimen aplicable en virtud de las normas sobre conflicto de leyes) y dicho otorgante o dicho bien se traslada al territorio de este Estado, la garantía real seguirá siendo oponible a terceros a tenor de la ley del nuevo foro, durante un plazo de [un breve plazo que se habrá de indicar] días a partir de dicho traslado. De exigir la ley de este Estado, para que una garantía real pase a ser oponible a terceros, el cumplimiento de ciertos requisitos, la garantía real seguirá siendo oponible a terceros, al vencimiento de dicho plazo, con arreglo a la ley de este Estado con tal de que se cumplan dichos requisitos antes de haber vencido el plazo. A efectos de toda regla de este Estado por la que la fecha de inscripción o de cumplimiento de algún otro requisito para la obtención de la oponibilidad sea tomada en cuenta para la determinación de la prelación, esa fecha será la reconocida por la ley del Estado donde se encontraban los bienes del otorgante, al cumplirse la inscripción u obtenerse la oponibilidad, con anterioridad a su traslado al territorio de este Estado.

Continuidad de la oponibilidad de una garantía real a raíz de algún cambio en el método por el que se haya de obtener esa oponibilidad

46. El régimen debería disponer que la garantía real seguirá siendo oponible a terceros pese a todo cambio en el método por el que se haya de obtener esa oponibilidad, con tal de que no haya habido alguna interrupción de dicha oponibilidad.

Lapso en la oponibilidad de una garantía o inscripción por adelantado de la misma

47. El régimen debería disponer que, si una garantía pasó a ser oponible, pero perdió esa oponibilidad durante cierto lapso de tiempo, cabrá restablecer la

oponibilidad de dicha garantía. De ser ese el caso, la nueva oponibilidad surtirá efecto desde la fecha en la que la garantía vuelva a ser oponible a terceros. De modo similar, si una inscripción efectuada con anterioridad a la constitución de una garantía real, conforme a lo previsto en la recomendación 64, expira, conforme a lo previsto en la recomendación 66 (capítulo VI relativo al sistema de registro), dicha inscripción podrá ser revalidada. En tal caso, la nueva inscripción surtirá efecto a partir del momento en que se haya inscrito el nuevo aviso concerniente a la garantía real.

B. Recomendaciones relativas a ciertos bienes

Oponibilidad de una garantía constituida sobre un derecho personal o real que garantice el pago de un crédito por cobrar, de un título negociable o de algún otro bien inmaterial

48. El régimen debería disponer que, si una garantía real sobre un crédito por cobrar, un título negociable o algún otro bien inmaterial al que sea aplicable el presente régimen es oponible a terceros, dicha oponibilidad será extensiva a todo derecho personal o real que garantice el pago u otra forma de cumplimiento de dicho crédito por cobrar, título negociable u otro bien inmaterial, sin necesidad de medida adicional alguna ni del otorgante ni del acreedor garantizado. Si el derecho de garantía personal o real es una promesa independiente, su oponibilidad será automáticamente extensiva al producto de la promesa independiente (pero, conforme a lo previsto en el apartado b) de la recomendación 25 del capítulo VI relativo al sistema de registro, la garantía real no será extensiva al derecho al cobro de una promesa independiente). La presente recomendación no afectará a derecho alguno sobre un inmueble que con arreglo a alguna otra ley que le sea aplicable sea transferible por separado del crédito por cobrar, del título negociable o de todo otro bien inmaterial que garantice.

Oponibilidad de una garantía real sobre el derecho al pago de los fondos acreditados en una cuenta bancaria

49. El régimen debería prever que podrá hacerse oponible a terceros cualquier garantía real sobre un derecho al pago de los fondos acreditados en una cuenta bancaria, mediante inscripción registral, conforme a lo previsto en la recomendación 32, o haciéndose el acreedor garantizado con el control del derecho al cobro de los fondos acreditados en la cuenta bancaria.

Oponibilidad de una garantía real sobre el derecho a percibir el producto de una promesa independiente

50. El régimen debería disponer que, a reserva de lo dispuesto en la recomendación 48, sólo cabrá hacer oponible una garantía real sobre un derecho a percibir el producto de una promesa independiente mediante la obtención por el acreedor garantizado del control del producto de dicha promesa independiente.

Oponibilidad de una garantía real sobre un documento negociable o sobre los bienes incorporados a dicho documento

51. El régimen debería disponer que cabrá hacer oponible a terceros una garantía real constituida sobre un documento negociable mediante su inscripción, conforme a lo previsto en la recomendación 32, o tomando el acreedor garantizado posesión del documento.

52. El régimen debería disponer que, si una garantía real sobre un documento negociable es oponible a terceros, la garantía correspondiente sobre los bienes incorporados al documento será también oponible a terceros. Durante el período en que el documento tenga incorporados los bienes, el acreedor garantizado podrá hacer oponible a terceros su garantía real sobre los bienes obteniendo la posesión del documento.

53. El régimen debería disponer que toda garantía real sobre un documento negociable, que sea oponible a terceros al haberse puesto dicho documento en manos del acreedor garantizado, seguirá siendo oponible a terceros durante [un breve plazo que se indicará] días a partir de la fecha en la que se restituya el documento negociable al otorgante o a alguna otra persona para proceder a la venta o el intercambio definitivo de los bienes, o a su carga o descarga o a todo otro acto de disposición de los bienes incorporados al documento negociable.

VI. El sistema registral

Finalidad

Las disposiciones del régimen concernientes a la inscripción registral tienen por objeto establecer un registro general de las garantías reales y regular su funcionamiento. La finalidad del sistema registral es:

- a) Prever un método por el que una garantía real existente o futura sobre bienes existentes o futuros del otorgante pueda hacerse oponible a terceros;
- b) Sentar las bases para establecer un orden de prelación basado en el momento de la inscripción de un aviso concerniente a la garantía real; y
- c) Proporcionar una fuente objetiva de información a todo tercero que desee negociar u obtener alguna medida en función de los bienes del otorgante (como sería el caso de eventuales acreedores garantizados y compradores, acreedores judiciales o los representantes de la insolvencia) para determinar si esos bienes están o no gravados por una garantía real.

Para lograrlo, el registro deberá estar concebido con miras a que la inscripción y la consulta sean operaciones sencillas, rápidas y poco costosas, facilitando así la tarea de todo usuario eventual y del público en general.

Marco funcional de inscripción y consulta

54. El régimen debería garantizar lo siguiente:

- a) Que haya directrices claras y concisas para la inscripción y consulta que sean de fácil accesibilidad y que se difunda ampliamente la información sobre la existencia y función del registro;

- b) Que la inscripción sea válida mediante la anotación de un aviso que facilite los datos indicados en la recomendación 57, sin necesidad de que se presente el original o una copia del acuerdo de garantía o de algún otro documento;
- c) Que sea obligatorio para el registro aceptar todo aviso presentado por algún medio de comunicación autorizado (por ejemplo, consignado sobre papel o por vía electrónica), salvo que el aviso:
 - i) No vaya acompañado de la tasa de inscripción exigible;
 - ii) No identifique suficientemente al otorgante para poder indexarlo en el registro; o
 - iii) No dé ciertos datos exigibles con arreglo a la recomendación 57;
- d) Que el secretario del registro no pueda exigir que se verifique más en detalle la identidad de la persona que lleva a cabo la inscripción ni la autenticidad del poder de inscripción del aviso, ni tampoco investigar más a fondo el contenido del aviso;
- e) Que el registro lleve un fichero centralizado que contenga todos los avisos de garantías reales inscritas de conformidad con el presente régimen;
- f) Que la información inscrita en el fichero del registro pueda ser consultada por el público;
- g) Que todo usuario pueda consultar el registro sin necesidad de justificar su consulta;
- h) Que los avisos estén indexados y puedan ser consultados por el nombre del otorgante o por algún otro dato personal fiable del otorgante;
- i) Que los derechos de inscripción y de consulta, de exigirse alguno, no sean superiores a lo requerido para cubrir los gastos del registro;
- j) Que, de ser posible, el sistema de inscripción sea electrónico, velando en particular por:
 - i) Archivar los avisos en forma electrónica en una base de datos computadorizada;
 - ii) Dar acceso inmediato a todo autor de una inscripción o de una consulta al fichero del registro por alguna vía electrónica o similar, como la Internet o el intercambio electrónico de datos;
 - iii) Programar el sistema con miras a minimizar el riesgo de entradas incompletas o con datos inútiles; y
 - iv) Programar el sistema con miras a facilitar la recuperación rápida y completa de los datos y minimizar las consecuencias prácticas de todo posible error humano.
- k) Que el autor de la inscripción pueda elegir entre dos o más vías o puntos de acceso al registro; y
- l) Que, en caso de que sea electrónico, el registro funcione de modo continuo, salvo que se cierre para alguna operación prevista de mantenimiento y, en

caso de que no sea electrónico, esté abierto durante un horario fiable y regular que sea compatible con las necesidades de los posibles usuarios.

Seguridad e integridad del registro

55. A fin de salvaguardar la seguridad e integridad del registro, el régimen debería disponer que su marco jurídico y funcional cumpla con los siguientes requisitos:

- a) Si bien cabrá delegar en alguna entidad privada la gestión cotidiana del registro, el Estado deberá hacerse responsable de que funcione con arreglo al marco legal establecido;
- b) Se deberá exigir y anotar la identidad del autor de la inscripción²⁷;
- c) El autor de la inscripción deberá enviar una copia del aviso al otorgante de la garantía inscrita. El incumplimiento de este requisito por el acreedor garantizado dará únicamente lugar a sanciones menores y al resarcimiento de todo daño probado que haya resultado de dicho incumplimiento;
- d) El registro deberá estar obligado a enviar prontamente una copia de toda modificación del aviso inscrito a la persona que dicho aviso identifique como acreedor garantizado;
- e) El autor de la inscripción deberá poder obtener una copia de la misma tan pronto como los datos hayan sido inscritos en el registro; y
- f) Se deberá mantener más de un ejemplar de los datos inscritos a fin de que la inscripción pueda ser reconstituida en caso de pérdida o daño.

Responsabilidad en caso de pérdida o daño

56. El régimen debería prever la asignación de la responsabilidad por toda pérdida o daño que sea debido a error en la gestión o funcionamiento del sistema de registro o de consulta. Cuando el sistema esté concebido para permitir la inscripción y la consulta directas por el interesado sin necesidad de intervención alguna del personal del registro, la responsabilidad del registro quedará limitada a toda deficiencia que haya habido en el funcionamiento del sistema.

Contenido obligatorio del aviso

57. El régimen debería disponer que el aviso deberá contener únicamente los siguientes datos:

- a) Todo dato que permita identificar al otorgante, conforme a lo previsto en las recomendaciones 58 a 60, así como al acreedor garantizado o a su representante, y sus direcciones;
- b) Una descripción del bien gravado que sea conforme a lo prescrito en la recomendación 63;
- c) La duración de la inscripción conforme a lo prescrito en la recomendación 66; y

²⁷ En lo tocante a la verificación de la identidad del autor de la inscripción, véase el apartado d) de la recomendación 54).

d) La cuantía monetaria máxima realizable al ejecutar la garantía, siempre que la autoridad competente determine que la indicación de esa cuantía máxima facilitará la negociación de préstamos subordinados.

[Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee examinar tres recomendaciones adicionales (que se podrían titular, por ejemplo, avisos erróneos) redactadas en los siguientes términos:

“X. El régimen debería disponer que un error en el dato identificador o la dirección del acreedor garantizado no invalidará un aviso inscrito en el registro mientras no induzca a error grave a una persona razonable que lo consulte.

Y. El régimen debería disponer que un error en la descripción de determinados bienes gravados no invalidará un aviso inscrito en el registro en lo que respecta a otros bienes debidamente descritos.

Z. El régimen debería disponer que un error en la información consignada en el aviso respecto de la duración de la inscripción y de la suma máxima garantizada, de ser aplicable, no invalidará un aviso inscrito en el registro.”]

Suficiencia del dato identificador del otorgante

58. El régimen debería disponer que el aviso sólo surtirá efecto si facilita el dato correcto para identificar al otorgante o, de haberse producido algún error, si cabe recuperar el aviso mediante una búsqueda en el fichero del registro a partir del dato identificador correcto.

59. El régimen debería disponer que, si el otorgante es una persona física, el dato identificador del otorgante requerido para la validez de la inscripción será el nombre del otorgante conforme aparezca en el documento oficial prescrito para dicho fin. Siempre que sea necesario para identificar debidamente al otorgante, deberá exigirse algún dato suplementario, como pudiera ser su fecha de nacimiento o el número de su tarjeta de identidad.

60. El régimen debería disponer que, si el otorgante es una persona jurídica, el dato identificador requerido para la validez de la inscripción será el nombre que aparezca en la escritura constitutiva de dicha persona jurídica.

Efecto de algún cambio en el dato identificador del otorgante sobre la validez de la inscripción

61. El régimen debería disponer que si, estando ya inscrito el aviso, el dato identificador del otorgante utilizado en el aviso sufre algún cambio, y si de resultados de ello ese dato no satisface ya a lo prescrito en las recomendaciones 58 a 60, el acreedor garantizado podrá enmendar el aviso inscrito haciendo constar el nuevo dato identificador que cumpla con lo prescrito. Si el acreedor garantizado no hace inscribir la enmienda dentro de los [un breve plazo que se indicará] días siguientes al cambio, la garantía real no será oponible:

a) Al titular de una garantía real concurrente respecto de la cual se haya inscrito el aviso debido o que se haya hecho de algún otro modo oponible a terceros antes de haberse inscrito dicha enmienda; y

b) A una persona que compre, arriende o ponga bajo licencia el bien gravado antes de haberse inscrito dicha enmienda.

Efecto de una transferencia del bien gravado sobre la validez de la inscripción

62. El régimen debería disponer que si, estando ya inscrito el aviso, el otorgante transfiere el bien gravado, el acreedor garantizado podrá enmendar el aviso inscrito haciendo constar en él el dato identificador del cesionario. Si el acreedor garantizado no hace inscribir la enmienda dentro de [un breve plazo que se indicará] días a partir de la transferencia, dicha garantía real cesará de ser oponible:

a) Al titular de una garantía real concurrente respecto de la cual se haya inscrito el debido aviso o que se haya hecho oponible de algún otro modo a terceros antes de haberse inscrito dicha enmienda; y

b) A una persona que haya comprado, arrendado u obtenido bajo licencia el bien gravado antes de efectuarse la inscripción de dicha enmienda.

Suficiencia de la descripción de los bienes que sean objeto del aviso inscrito

63. El régimen debería disponer que la descripción dada de los bienes en el aviso de inscripción será tenida por suficiente si cumple los requisitos previstos en el apartado d) de la recomendación 14 (capítulo IV relativo a la constitución de una garantía real).

Momento de inscripción del aviso

64. El régimen debería disponer que cabrá inscribir un aviso concerniente a una garantía real antes o después de constituirse dicha garantía o de cerrarse el acuerdo constitutivo de la garantía.

Suficiencia de un único aviso respecto de diversas garantías reales nacidas de más de un acuerdo concertado entre las mismas partes

65. El régimen debería disponer que bastará con hacer inscribir un único aviso para dotar de oponibilidad a una o más garantías reales, ya sea que estén ya constituidas en el momento de la inscripción o se constituyan ulteriormente, o que nazcan de uno o más acuerdos de garantía concertados entre las mismas partes.

Duración y prórroga de un aviso inscrito

66. El régimen debería o bien especificar la duración de la validez del aviso inscrito o permitir que el autor de una inscripción especifique en el aviso dicha duración al efectuar su inscripción y la prorrogue en cualquier momento antes de su vencimiento. En ambos casos, el acreedor debería estar facultado para prorrogar la validez, presentando en el registro un aviso de prórroga en cualquier momento antes de su vencimiento. Si el propio régimen especifica la duración de la validez de la inscripción, toda prórroga solicitada en el aviso de enmienda deberá ser de duración igual a la del plazo de validez inicial. De autorizar el régimen que el autor de la inscripción especifique la duración de su validez, la duración de toda prórroga solicitada debería ser la especificada en el aviso de enmienda.

Momento en que surtirá efecto la inscripción de un aviso o de una enmienda

67. El régimen debería disponer que la inscripción de un aviso inicial o de una enmienda surtirá efecto a partir del momento en que la información contenida en el aviso o en la enmienda sea inscrita en el fichero del registro, de modo que pueda ser encontrada por toda persona que consulte el fichero del registro.

Autorización para efectuar una inscripción

68. El régimen debería disponer que la inscripción de un aviso no será válida a menos que el otorgante la haya autorizado por escrito. Esa autorización podrá ser anterior o posterior a la inscripción. Un acuerdo escrito constitutivo de la garantía será suficiente para autorizar la inscripción. La validez de una inscripción no dependerá de la identidad de su autor.

Cancelación o enmienda de un aviso

69. El régimen debería prever que, de no haberse concertado acuerdo alguno constitutivo de una garantía, de haberse extinguido la garantía real por pago íntegro o algún otro cumplimiento de la operación garantizada, o de no estar autorizado por el otorgante el aviso inscrito:

a) El acreedor garantizado estará obligado a presentar en el registro un aviso de cancelación o de enmienda, según proceda, del aviso inscrito dentro de un plazo de [un breve plazo que se indicará] días después de habérselo solicitado por escrito el otorgante;

b) El otorgante tendrá derecho a exigir la cancelación o la enmienda debida del aviso inscrito por alguna vía sumaria judicial o administrativa;

c) El otorgante tendrá derecho a exigir la cancelación o la debida enmienda del aviso, conforme a lo previsto en el apartado b), incluso antes de haber expirado el plazo previsto en el apartado a), con tal de que se disponga de algún dispositivo adecuado para amparar al acreedor garantizado.

70. El régimen debería disponer que el acreedor garantizado estará facultado para presentar en cualquier momento en el registro un aviso de cancelación o de enmienda, según proceda, del aviso inscrito.

71. El régimen debería disponer que, en un breve plazo tras la expiración de la validez del aviso inscrito, conforme a lo previsto en la recomendación 66, o a raíz de su cancelación, conforme a lo previsto en la recomendación 69 ó 70, la información dada en dicho aviso deberá ser retirada del fichero del registro al que el público tenga acceso. Ahora bien, la información recogida en el aviso cancelado, enmendado o que haya expirado, y el dato de su cancelación, enmienda o expiración deberá ser archivado a fin de que pueda ser consultado, si es necesario.

72. El régimen debería disponer que, de haberse efectuado una cesión de la obligación garantizada, cabrá enmendar el aviso para dar a conocer el nombre del nuevo acreedor garantizado, pero el aviso no enmendado seguirá siendo válido.

VII. Prelación de una garantía real

Finalidad

Las disposiciones del régimen en materia de prelación tienen por finalidad:

- a) Prever reglas para determinar la prelación de una garantía real de manera eficiente y previsible; y
- b) Facilitar las operaciones que dejen al otorgante margen para crear más de una garantía real sobre el mismo bien, aprovechando así todo el valor que tengan sus bienes para obtener crédito.

A. Recomendaciones generales

Prelación entre garantías constituidas sobre los mismos bienes gravados

73. El régimen debería disponer que la prelación entre garantías reales concurrentes sobre los mismos bienes gravados se determinará aplicando los siguientes criterios:

- a) Entre garantías reales oponibles a terceros por inscripción de un aviso, la prelación estará determinada por el orden temporal de su inscripción, cualquiera que sea la fecha de constitución de la garantía real;
- b) Entre garantías reales oponibles a terceros por algún otro método que no sea su inscripción, la prelación será determinada por el orden temporal de su oponibilidad a terceros;
- c) Entre una garantía real oponible a terceros por inscripción y una garantía real oponible a terceros por algún otro método, la prelación será determinada (cualquiera que sea la fecha de constitución) por el orden temporal de su inscripción o por la fecha de su oponibilidad, de ser ésta anterior.

Esta recomendación está sujeta a las excepciones previstas en las recomendaciones 74, 75 y 84 a 106 y en las recomendaciones 174 a 182 (capítulo XI, Enfoque unitario de la financiación de adquisiciones).

Prelación de una garantía real o algún otro derecho inscrito en un registro especializado o anotado en un certificado de titularidad

74. El régimen debería disponer que la garantía constituida sobre un bien que pase a ser oponible a terceros por inscripción en un registro especializado o por anotación en un certificado de titularidad, conforme a lo previsto en la recomendación 38 (capítulo V, relativo a la oponibilidad de una garantía real), gozará de prelación sobre:

- a) Toda garantía real sobre el mismo bien que haya sido inscrita en un registro general de las garantías reales o que se haya hecho oponible a terceros por algún método distinto de la inscripción en un registro especializado o de la anotación en un certificado de titularidad, cualquiera que sea la fecha de su oponibilidad; y

b) Toda garantía real que sea subsiguientemente inscrita en el registro especializado o anotada en un certificado de titularidad.

75. El régimen debería disponer que, si el bien gravado por una garantía real es transferido, arrendado o licenciado y, en el momento de la transferencia, arrendamiento o concesión de la licencia la garantía real es oponible a terceros por inscripción en un registro especializado o por anotación en un certificado de titularidad conforme a lo previsto en la recomendación 38, el cesionario arrendatario o licenciataria del bien gravado adquirirá dicho bien sujeto a la garantía real, a reserva de lo previsto en las recomendaciones 76 a 78. Ahora bien, si dicha garantía real no se hizo oponible a terceros por inscripción en un registro especializado o por anotación en un certificado de titularidad, el cesionario, arrendatario o licenciataria adquirirá sus derechos libres de dicho gravamen.

Prelación de los derechos del cesionario, el arrendatario o el licenciataria de un bien gravado

76. El régimen debería disponer que, si se transfiere, arrienda o licencia un bien gravado y una garantía sobre ese bien es oponible a terceros en el momento de efectuarse la transferencia, arrendamiento u otorgamiento de la licencia, el cesionario, arrendatario o licenciataria adquirirá sus derechos sujetos a la garantía real sobre dicho bien, a reserva de lo dispuesto en las recomendaciones 75 y 77 a 79.

77. El régimen debería disponer que:

a) Un bien gravado dejará de estarlo si el otorgante lo vendió o dispuso de él de algún otro modo con la autorización del acreedor garantizado de que dicha venta u otro acto de disposición del bien gravado podía efectuarse libre de todo gravamen; y

b) Los derechos que adquiriera el arrendatario o el licenciataria de un bien gravado no se verán afectados por una garantía real si el acreedor garantizado autorizó al otorgante para arrendar o licenciar ese bien libre de todo gravamen.

78. El régimen debería disponer que:

a) Un comprador de bienes corporales (distintos de los títulos negociables o los documentos negociables) vendidos en el curso normal del negocio del vendedor sin que el comprador tenga conocimiento de que esa venta se hace en violación de los derechos de un acreedor garantizado a raíz de un acuerdo de garantía, adquirirá los bienes libres de todo gravamen;

b) Los derechos del arrendatario de un bien corporal (distintos de los títulos negociables o los documentos negociables) arrendado en el curso normal del negocio del arrendador, sin conocimiento de que ese arriendo se hace en violación de algún derecho de un acreedor garantizado a raíz de un acuerdo de garantía, no se verán afectados por la garantía real sobre el bien; y

c) Los derechos del licenciataria de una licencia no exclusiva de bienes inmateriales licenciados en el curso normal del negocio del licenciante, sin conocimiento de que esa licencia se hace en violación de algún derecho de un acreedor garantizado a raíz de un acuerdo de garantía, no se verán afectados por la garantía real sobre el bien.

79. El régimen debería disponer que cuando un comprador adquiriera un derecho sobre un bien gravado libre de todo gravamen, toda persona que adquiriera de él un derecho sobre dicho bien, lo adquirirá también libre de todo gravamen. Cuando los derechos de un arrendatario o de un licenciatario no se vean afectados por una garantía real, los derechos de todo subarrendatario o de todo sublicenciatario no se verán tampoco afectados por dicha garantía real.

Prelación de los créditos privilegiados

80. El régimen debería prever que se limiten tanto el tipo como el monto de los créditos privilegiados nacidos por imperio de la ley que gocen de prelación sobre las garantías reales y que, en la medida en que existan dichos créditos, que sean descritos en el régimen en términos a la vez claros y concisos.

Prelación de los derechos de los acreedores judiciales

81. El régimen debería prever que una garantía real gozará de prelación frente a los derechos de un acreedor ordinario, salvo que el acreedor ordinario haya obtenido, con arreglo a la ley, una sentencia o una medida cautelar contra el otorgante y haya adoptado toda medida requerida para hacer valer sus derechos sobre los bienes del otorgante a raíz de dicha sentencia o medida cautelar, antes de que la garantía real fuera oponible a terceros. La prelación de la garantía real será también aplicable al crédito otorgado por el acreedor garantizado:

a) Antes de la expiración de un plazo de [un breve plazo que se indicará] días antes de que el acreedor ordinario hubiera dado aviso de que había adoptado las medidas necesarias para adquirir derechos sobre el bien gravado; o

b) A raíz de un compromiso irrevocable contraído por el acreedor garantizado, de otorgar crédito (por una cuantía fija o por una cuantía que se haya de fijar con arreglo a una fórmula prescrita) siempre que dicho compromiso haya sido asumido por el acreedor garantizado antes de que el acreedor ordinario le diera aviso de que había adoptado las medidas necesarias para hacer valer sus derechos sobre el bien gravado.

Esta recomendación está sujeta a la excepción prevista en la recomendación 179 (capítulo XI, Enfoque unitario de la financiación de las adquisiciones).

Prelación de los derechos de personas que presten algún servicio con respecto al bien gravado

82. Si la ley aplicable al margen del presente régimen confiere un derecho equivalente a una garantía real al acreedor que haya prestado servicios respecto de un bien gravado (por ejemplo, reparándolo, almacenándolo o transportándolo), esos derechos estarán limitados al bien que esté en posesión de ese acreedor hasta un valor razonable de los servicios prestados y gozarán de prelación sobre toda garantía real sobre el bien que haya pasado a ser oponible a terceros por alguno de los métodos mencionados en las recomendaciones 32 ó 34 (capítulo V, relativo a la oponibilidad de una garantía real).

Prelación de todo derecho reivindicatorio reconocido al proveedor

83. El régimen debería disponer que si la ley por lo demás aplicable reconoce al proveedor de bienes corporales un derecho reivindicatorio sobre los mismos, ese derecho estará subordinado a toda garantía real que se haya hecho oponible a terceros antes de que el proveedor lo ejerciera.

Prelación de una garantía real sobre un bien incorporado fijo de un inmueble

84. El régimen debería disponer que una garantía real o cualquier otro derecho (como pudiera ser el derecho de un comprador o arrendatario) sobre un bien incorporado fijo de un inmueble que haya sido creado y hecho oponible a terceros con arreglo al régimen de la propiedad inmobiliaria, conforme a lo previsto en las recomendaciones 21 y 43, gozará de prelación frente a una garantía real sobre dicho bien incorporado que se haya hecho oponible a terceros por alguno de los métodos mencionados en las recomendaciones 32 ó 34 (capítulo V, relativo a la oponibilidad de una garantía real).

85. El régimen debería disponer que una garantía real sobre un bien corporal que sea un bien incorporado fijo de un inmueble al hacerse oponible la garantía a terceros o que haya pasado a ser un bien incorporado fijo de un inmueble subsiguientemente y se haya hecho oponible a terceros por inscripción en el registro de la propiedad inmobiliaria, conforme a lo previsto en la recomendación 43 (capítulo V, relativo a la oponibilidad de una garantía real), gozará de prelación frente a toda garantía real o cualquier otro derecho (como pudiera ser el derecho de un comprador o de un arrendatario) sobre el bien inmueble conexo que sea inscrito posteriormente en el registro.

Prelación de una garantía real sobre un bien incorporado fijo de bienes muebles

86. Una garantía real o cualquier otro derecho (como pudiera ser el derecho de un comprador o de un arrendatario) sobre un bien incorporado fijo de otro bien mueble que se haga oponible a terceros por inscripción en un registro especializado o por anotación en un certificado de titularidad con arreglo a la recomendación 42, gozará de prelación sobre toda garantía real o cualquier otro derecho sobre el bien mueble conexo que subsiguientemente sea inscrito en el registro especializado o anotado en el certificado de titularidad.

Prelación de una garantía real sobre una masa de bienes o sobre un producto acabado

87. El régimen debería disponer que, cuando dos o más garantías reales constituidas sobre un mismo bien corporal conserven su validez sobre una masa de bienes o sobre un producto acabado, conforme a lo previsto en la recomendación 22 (capítulo V, relativo a la oponibilidad de una garantía real), esas garantías reales gozarán entre sí de la misma prelación que tuvieran sobre el bien gravado inmediatamente antes de que ese bien pasara a formar parte de la masa de bienes o del producto acabado.

88. El régimen debería disponer que, si unas garantías reales constituidas sobre distintos bienes corporales conservan su validez sobre la masa de bienes o sobre el producto acabado del que esos bienes pasen a formar parte, y si cada garantía real es oponible a terceros, esos acreedores garantizados tendrán derecho a compartir el

valor agregado máximo exigible por concepto de sus garantías reales sobre la masa o el producto resultante con arreglo a la relación que existiera entre el valor de sus respectivas garantías reales. Para los fines de esta fórmula, el valor máximo de una garantía real será su valor con arreglo a la recomendación 22 (capítulo IX, relativo a la constitución de una garantía real) o el valor efectivamente garantizado por concepto de esa garantía, de ser éste inferior.

89. El régimen debería disponer que una garantía real sobre bienes corporales originariamente separados que siga siendo válida sobre la masa de bienes o el producto acabado del que los bienes gravados hayan pasado a formar parte y que sea oponible a terceros, gozará de prelación frente a una garantía real otorgada por el mismo otorgante sobre la masa de bienes o el producto acabado.

Incidencia nula sobre la prelación del conocimiento de la existencia de una garantía real

90. El régimen debería disponer que el conocimiento por parte del reclamante concurrente de la existencia de una garantía real, no afectará el orden de prelación²⁸.

Subordinación

91. El régimen debería disponer que un reclamante concurrente que goce de prelación podrá renunciar en cualquier momento a su prelación por un acto unilateral o por acuerdo en favor de algún reclamante concurrente existente o futuro.

Repercusión de la continuidad de la oponibilidad a terceros sobre el orden de prelación

92. El régimen debería disponer que, a efecto de la recomendación 73, la prelación de una garantía real no se verá afectada por algún cambio en el método por el que se haga oponible a terceros, con tal de que no deje en ningún momento de ser oponible a terceros.

93. El régimen debería disponer que, si una garantía real se ha inscrito o se ha hecho oponible a terceros, pero después dejó de estar inscrita o de ser oponible a terceros durante cierto período, la prelación de esa garantía real datará, en adelante, de la fecha en que sea subsiguientemente inscrita o hecha oponible a terceros, de ser esta fecha anterior.

Prelación de una garantía real de una obligación futura

94. El régimen debería disponer que, a reserva de lo dispuesto en la recomendación 81, la prelación de una garantía real se hará extensiva a todas las obligaciones garantizadas, independientemente del momento en que hayan nacido.

²⁸ Respecto de la incidencia que pueda tener el hecho de conocer que una operación viola los derechos de un acreedor garantizado, véanse las recomendaciones 78, 99, apartado b), 102 y 103.

Alcance de la prelación

95. El régimen debería disponer que (capítulo VI, relativo al sistema de registro), si un Estado aplica el apartado d) de la recomendación 57 la prelación de la garantía real se limitará al importe máximo indicado en el aviso de inscripción.

Aplicación de las reglas de prelación a una garantía real sobre bienes aún por adquirir

96. El régimen debería disponer que, para los fines de los apartados a) y c) de la recomendación 73, la prelación de una garantía real se hará extensiva a todos los bienes gravados incluidos en el aviso de inscripción, con independencia de si esos bienes están ya adquiridos por el otorgante o de su existencia data de la propia fecha de inscripción o de antes o después de esa fecha.

Aplicación de las reglas de prelación a una garantía real sobre el producto

97. El régimen debería disponer que, para los fines de la recomendación 73, el momento en que una garantía real sobre un bien gravado pase a ser oponible a terceros o el momento en que se inscriba el aviso de esa garantía será también el momento aplicable a la oponibilidad a terceros o la inscripción de la garantía real subsistente sobre el producto del bien gravado.

B. Recomendaciones concernientes a ciertos bienes**Prelación de una garantía real sobre un título negociable**

98. El régimen debería disponer que una garantía real sobre un título negociable que se haga oponible a terceros por posesión del título, conforme a lo previsto en la recomendación 37 (capítulo V, relativo a la oponibilidad de una garantía real), gozará de prelación sobre toda garantía real constituida sobre dicho título negociable que se haga oponible a terceros por cualquier otro método.

99. El régimen debería disponer que una garantía real sobre un título negociable que se haga oponible a terceros por un método distinto de la posesión del título estará subordinada al derecho adquirido (mediante un acuerdo) por un acreedor garantizado, un comprador o algún otro cesionario que:

a) Goce de la condición de tenedor protegido con arreglo al régimen legal aplicable a los títulos negociables; o

b) Tome posesión del título negociable a raíz de alguna contraprestación efectuada de buena fe y sin conocimiento de que la entrega de ese título se hace en violación de una garantía real adquirida por el acreedor garantizado con arreglo a un acuerdo de garantía.

Prelación de una garantía real sobre el derecho al cobro de los fondos acreditados en una cuenta bancaria

100. El régimen debería disponer que una garantía real constituida sobre el derecho al cobro de los fondos acreditados en una cuenta bancaria que sea oponible a terceros mediante control de la cuenta, conforme a lo previsto en la recomendación 49 (capítulo V, relativo a la oponibilidad de una garantía real), goza

de prelación sobre toda garantía real concurrente que se haga oponible a terceros por cualquier otro método. Si el banco depositario concierta un acuerdo de control con más de un acreedor garantizado, la relación entre esos acreedores vendrá determinada por la fecha del respectivo acuerdo de control. En caso de que el propio banco depositario sea el acreedor garantizado, su garantía real gozará de prelación frente a toda otra garantía real (aun cuando dicha garantía se haga oponible a terceros por un acuerdo de control con el banco depositario o aun cuando la garantía real del banco depositario se haya constituido posteriormente) que no sea una garantía real de un acreedor garantizado que haya adquirido control pasando a ser tenedor de la cuenta.

101. El régimen debería disponer que todo derecho real de un banco depositario, que sea válido con arreglo a otro régimen, de compensar las obligaciones que le sean debidas al banco depositario por el otorgante contra el derecho del otorgante al cobro de los fondos acreditados en una cuenta bancaria, gozará de prelación frente a toda garantía real de un acreedor garantizado que no sea un acreedor que haya adquirido un derecho de control pasando a ser tenedor de la cuenta.

102. El régimen debería disponer que cuando un otorgante transfiera fondos desde una cuenta bancaria, el cesionario de esos fondos los adquiere libres de toda garantía real al cobro de los fondos acreditados en esa cuenta bancaria, salvo que el cesionario obrara a sabiendas de que esa transferencia violaba el derecho de un acreedor garantizado por un acuerdo de garantía. La presente recomendación no aminorará derecho alguno que algún otro régimen reconozca al beneficiario de una transferencia de fondos provenientes de una cuenta bancaria.

Prelación de una garantía real constituida sobre una suma monetaria

103. El régimen debería prever que una persona que esté en posesión de una suma monetaria que sea objeto de una garantía real adquirirá la posesión de esa suma monetaria libre de ese gravamen, con independencia de que esa suma constituya el objeto originariamente gravado o su producto, salvo que esa persona obrara a sabiendas de que esa transferencia se hacía en violación de los derechos del acreedor garantizado con arreglo al acuerdo de garantía. La presente recomendación no aminorará ningún derecho de un beneficiario de una transferencia de fondos de una cuenta bancaria con arreglo a otro régimen.

Prelación de una garantía real sobre el producto de una promesa independiente

104. El régimen debería prever que una garantía real sobre el producto de una promesa independiente que se haya hecho oponible a terceros mediante control gozará de prelación frente a una garantía real que se haya hecho oponible a terceros con arreglo a lo previsto en la recomendación 48 (capítulo V, relativo a la oponibilidad de una garantía real). Si el control se obtuvo por el reconocimiento otorgado por la persona indicada y esa persona otorgó reconocimientos contradictorios a más de un acreedor garantizado, la prelación entre esos acreedores garantizados se determinará por el orden en que esos acreedores obtuvieron ese reconocimiento.

Prelación de una garantía real sobre un documento negociable o sobre los bienes corporales incorporados al documento negociable

105. El régimen debería disponer que una garantía real sobre un documento negociable y sobre los bienes corporales incorporados a dicho documento estará subordinado a todo derecho de rango superior conferido por la ley que rijan los documentos negociables a la persona a la que ese documento negociable haya sido transferido.

106. El régimen debería disponer que una garantía real sobre un bien corporal que haya pasado a ser oponible a terceros en virtud de la posesión de un documento negociable, tiene prelación frente a una garantía real concurrente que haya pasado a ser oponible a terceros por algún otro método. Esta regla no se aplica a una garantía real sobre bienes distintos de las existencias cuando la garantía real del acreedor garantizado que no está en posesión del documento negociable haya pasado a ser oponible a terceros con anterioridad al momento en que:

- a) El bien haya quedado incorporado al documento negociable; o
- b) El otorgante y el acreedor garantizado que tenga la posesión del documento negociable hayan celebrado un acuerdo en que se estipule que el bien estará incorporado al documento negociable, siempre que esa incorporación se produzca dentro de [un breve período que se indicará] días a contar de la fecha del acuerdo.

VIII. Derechos y obligaciones de las partes en un acuerdo de garantía

Finalidad

La finalidad de las disposiciones sobre los derechos y obligaciones de las partes es incrementar la eficiencia de las operaciones garantizadas y reducir los costos de las operaciones y las posibles controversias, concretamente:

- a) Previendo reglas imperativas sobre los derechos y obligaciones de la parte que está en posesión del bien gravado;
- b) Previendo reglas no imperativas sobre los derechos y obligaciones de las partes para su aplicación cuando las partes no hayan abordado esas cuestiones en su acuerdo; y
- c) Previendo reglas no imperativas que sirvan de ayuda para la formulación de las cuestiones que las partes deseen abordar en su acuerdo y para la preparación de una lista guía de dichas cuestiones.

A. Recomendaciones generales

Derechos y obligaciones de las partes en un acuerdo de garantía²⁹

107. El régimen debería disponer que los derechos y obligaciones mutuos de las partes están determinados por:

- a) Los términos y condiciones que se enuncian en el acuerdo, incluidas las reglas o condiciones generales a que se haga referencia en ellos;
- b) Cualquier uso que hayan convenido; y
- c) A menos que se haya acordado otra cosa, por cualquier práctica que hayan establecido entre ellos.

Reglas imperativas

108. El régimen debería disponer que la parte que esté en posesión de los bienes gravados deberá adoptar medidas razonables para preservar dichos bienes y conservar su valor.

109. El acreedor garantizado deberá devolver los bienes gravados que estén en su posesión una vez que la obligación garantizada se haya pagado íntegramente o haya sido satisfecha de alguna otra manera³⁰.

Reglas no imperativas

110. El régimen debería disponer que, a menos que se convenga otra cosa el acreedor garantizado tendrá derecho:

- a) A que se le reembolsen los gastos razonablemente realizados con miras a preservar los bienes gravados que estén en su posesión;
- b) A hacer un uso razonable de los bienes gravados que estén en su posesión y destinar los ingresos que produzcan al pago de la obligación garantizada; y
- c) A inspeccionar los bienes gravados que estén en posesión del otorgante.

B. Recomendaciones específicamente relacionadas con los bienes

Declaraciones del cedente³¹

111. Con respecto a la cesión de un crédito contractual, el régimen debería disponer que:

- a) A menos que el cedente y el cesionario acuerden otra cosa, el cedente asegure, en el momento de la celebración del contrato de cesión, que:
 - i) El cedente tiene el derecho a ceder el crédito;

²⁹ Respecto de la recomendación 107, véase el artículo 11 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos.

³⁰ Respecto de la obligación del acreedor garantizado de cancelar la notificación inscrita en el registro, véase recomendación 69, capítulo VI, relativo al sistema de registro.

³¹ Respecto de las recomendaciones 111 a 113, véanse los artículos 12 a 14 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos.

- ii) El cedente no ha cedido con anterioridad el crédito a ningún otro cesionario; y
- iii) El deudor del crédito no puede ni podrá oponer excepciones ni gozar de derechos de compensación;
- b) A menos que el cedente y el cesionario hayan convenido otra cosa, el cedente no declare que el deudor del crédito tiene o tendrá la capacidad para pagar.

Derecho de notificación del deudor del crédito

112. El régimen debería disponer que:

- a) Salvo acuerdo en contrario entre el cedente y el cesionario, el cedente o el cesionario, o ambos, podrán enviar al deudor del crédito una notificación de la cesión e instrucciones de pago, pero una vez enviado el aviso, sólo el cesionario podrá enviar tales instrucciones; y
- b) La notificación de la cesión o de las instrucciones de pago efectuada en violación del acuerdo a que se hace referencia en el apartado a) de la presente recomendación no será inválida a efectos de la recomendación 116 (capítulo IX, relativo a los derechos y obligaciones de terceros deudores) a causa de tal violación. Sin embargo, nada de lo dispuesto en la presente recomendación afectará a las obligaciones o a la responsabilidad de la parte que incumpla tal acuerdo en lo que respecta a los daños y perjuicios derivados de dicho incumplimiento.

Derecho al pago

113. El régimen debería disponer que:

- a) Entre el cedente y el cesionario, a menos que se convenga otra cosa, e independientemente de que se haya enviado o no la notificación de la cesión:
 - i) Si el pago del crédito cedido se efectúa en beneficio del cesionario, éste tendrá derecho a retener el producto y los bienes corporales devueltos con respecto al crédito cedido;
 - ii) Si el pago del crédito cedido se hace en beneficio del cedente, el cesionario tendrá derecho al pago del producto y también a los bienes corporales devueltos al cedente con respecto al crédito cedido; y
 - iii) Si el pago del crédito cedido se hace en beneficio de otra persona respecto de la cual el cesionario goce de prelación, el cesionario tendrá derecho al pago del producto y también a los bienes corporales devueltos a esa persona en relación con el crédito cedido;
- b) El cesionario no podrá retener un valor superior al de su derecho sobre el crédito.

IX. Derechos y obligaciones de terceros deudores

Finalidad

La finalidad de las disposiciones relativas a los derechos y obligaciones de terceros deudores es incrementar la eficiencia de las operaciones garantizadas

cuando el bien gravado garantice el pago u otra forma de cumplimiento de una obligación de un tercero con el otorgante, concretamente:

- a) Previendo reglas relativas a los derechos y obligaciones de las partes en la cesión de crédito y a la protección del deudor del crédito;
- b) Previendo reglas para garantizar la coherencia del régimen de las operaciones garantizadas con otros regímenes que se ocupen de los derechos y obligaciones dimanantes de los títulos negociables y los documentos negociables; y
- c) Previendo reglas para garantizar la coherencia del régimen de las operaciones garantizadas con otros regímenes que rijan los derechos y obligaciones de los bancos depositarios y del garante emisor, el confirmante o la persona designada en una promesa independiente.

A. Derechos y obligaciones del deudor del crédito³²

Protección del deudor del crédito

114. El régimen debería disponer que:

- a) De no disponer otra cosa la presente ley, y salvo el consentimiento del deudor del crédito, la cesión no afectará a los derechos y obligaciones de éste ni a las condiciones de pago estipuladas en el contrato originario; y
- b) En las instrucciones de pago se podrá cambiar el nombre de la persona, la dirección o la cuenta en la cual el deudor deba hacer el pago; sin embargo, no se podrá cambiar:
 - i) La moneda en que se deba hacer el pago según el contrato originario; o
 - ii) El Estado donde se deba hacer el pago según el contrato originario por otro que no sea aquel en donde esté situado el deudor del crédito.

Notificación de la cesión

115. El régimen debería disponer que:

- a) Tanto la notificación de la cesión como las instrucciones de pago surtirán efecto una vez recibidas por el deudor del crédito si constan en un idioma en el que razonablemente quepa prever que el deudor quedará informado de su contenido. Es suficiente que la notificación de la cesión o las instrucciones de pago consten en el idioma del contrato originario;
- b) La notificación de la cesión o las instrucciones de pago podrán corresponder a créditos nacidos con posterioridad a la notificación; y
- c) La notificación de una cesión subsiguiente constituye notificación de toda cesión anterior.

³² Respecto de las recomendaciones 115 a 120, véanse los artículos 16 a 21 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos.

Pago liberatorio del deudor del crédito

116. El régimen debería disponer que:

- a) Hasta que reciba la notificación de la cesión, el deudor del crédito podrá liberarse de su obligación efectuando el pago de conformidad con el contrato originario;
- b) Una vez recibida la notificación de la cesión y a reserva de lo dispuesto en los apartados c) a h) de la presente recomendación, el deudor del crédito podrá efectuar el pago liberatorio únicamente en favor del cesionario o de conformidad con las nuevas instrucciones de pago que reciba en la notificación de la cesión o que le dé ulteriormente el cesionario por escrito;
- c) El deudor del crédito, si recibe más de una instrucción de pago relativa a una única cesión de los mismos créditos efectuada por el mismo cedente, quedará liberado de su obligación haciendo el pago de conformidad con las últimas instrucciones de pago que haya recibido del cesionario antes de hacerlo;
- d) El deudor del crédito, de serle notificada más de una cesión efectuada por el mismo cedente de unos mismos créditos, quedará liberado de su obligación haciendo el pago de conformidad con la primera notificación que reciba;
- e) El deudor del crédito, si recibe notificación de una o más cesiones subsiguientes, quedará liberado de su obligación haciendo el pago de conformidad con la notificación de la última de las cesiones subsiguientes;
- f) El deudor del crédito, de serle notificada la cesión de una parte de uno o más créditos o de un derecho indiviso sobre tales créditos, quedará liberado de su obligación pagando de conformidad con la notificación o de acuerdo con lo dispuesto en la presente recomendación como si no hubiera recibido la notificación. Si el deudor paga de conformidad con la notificación, sólo quedará liberado de su obligación en lo que respecta a la parte o al derecho indiviso pagado;
- g) El deudor del crédito, de serle notificada la cesión por el cesionario, tendrá derecho a pedirle que presente en un plazo razonable prueba suficiente de que la cesión del cedente inicial en beneficio del cesionario inicial y todas las cesiones intermedias han tenido lugar y, de no hacerlo el cesionario, el deudor del crédito quedará liberado de su obligación haciendo el pago de conformidad con lo dispuesto en la presente recomendación como si no hubiera recibido la notificación del cesionario. Por prueba suficiente de la cesión se entenderá cualquier escrito emitido por el cedente, o cualquier prueba equivalente, en que se indique que la cesión ha tenido lugar; y
- h) Lo dispuesto en la presente recomendación se entenderá sin perjuicio de cualquier otro motivo por el cual el deudor del crédito quede liberado de su obligación haciendo el pago a quien tenga derecho a percibirlo, a una autoridad judicial o de otra índole, o a una caja pública de depósitos.

Excepciones y derechos de compensación del deudor del crédito

117. El régimen debería disponer que:

- a) El deudor del crédito, frente a la acción del cesionario para reclamarle el pago de los créditos cedidos, podrá oponer las excepciones o los derechos de

compensación derivados del contrato originario, o de cualquier otro contrato que sea parte de la misma operación, que tendría si la cesión no hubiera tenido lugar y si la acción hubiese sido ejercitada por el cedente;

b) El deudor del crédito podrá oponer al cesionario cualquier otro derecho de compensación, siempre que lo hubiera podido invocar en el momento de recibir la notificación de la cesión; y

c) No obstante lo dispuesto en los apartados a) y b) de la presente recomendación, el deudor del crédito no podrá oponer al cesionario las excepciones y los derechos de compensación que tenga contra el cedente de conformidad con el apartado b) de la recomendación 24 o el apartado e) de la recomendación 25 (capítulo IV, relativo a la constitución de una garantía real) en razón del incumplimiento de un acuerdo por el que se limite de alguna manera el derecho del cedente a efectuar la cesión.

Acuerdo de no oponer excepciones ni derechos de compensación

118. El régimen debería disponer que:

a) El deudor del crédito, mediante escrito firmado por él, podrá convenir con el cedente en no oponer al cesionario las excepciones ni los derechos de compensación que tenga en virtud de la recomendación 117. Ese acuerdo impedirá al deudor oponer al cesionario tales excepciones y derechos;

b) El deudor del crédito no podrá renunciar a oponer excepciones:

- i) Derivadas de actos fraudulentos imputables al cesionario; ni
- ii) Basadas en su propia incapacidad; y

c) Este acuerdo podrá modificarse únicamente mediante otro acuerdo por escrito firmado por el deudor del crédito. Los efectos de estas modificaciones respecto del cesionario se registrarán por lo dispuesto en el apartado b) de la recomendación 119.

Modificación del contrato originario

119. El régimen debería disponer que:

a) El acuerdo concertado antes de la notificación de la cesión entre el cedente y el deudor del crédito que afecte a los derechos del cesionario será válido respecto de éste, el cual adquirirá los derechos correspondientes;

b) El acuerdo concertado después de la notificación de la cesión entre el cedente y el deudor del crédito que afecte a los derechos del cesionario no será válido respecto de éste salvo si:

- i) El cesionario consiente en él; o si
- ii) El crédito no es completamente exigible por la falta de pleno cumplimiento del contrato originario y, o bien éste prevé la modificación, o cualquier cesionario razonable consentiría en tal modificación en el contexto de dicho contrato; y

c) Lo dispuesto en los apartados a) y b) de la presente recomendación no afectará a los derechos del cedente o del cesionario en razón del incumplimiento de un acuerdo concertado entre ellos.

Reintegro de la suma pagada

120. El régimen debería disponer que el incumplimiento por el cedente del contrato originario no dará derecho al deudor del crédito a recuperar del cesionario la suma que hubiese pagado al cedente o al cesionario.

B. Derechos y obligaciones de la parte obligada en virtud de un título negociable

121. El régimen debería disponer que los derechos de un acreedor garantizado sobre un título negociable frente a una persona obligada en virtud del título negociable se determinarán por la ley que rijan los títulos negociables.

C. Derechos y obligaciones del banco depositario

122. El régimen debería disponer que:

a) La constitución de una garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria no afectará a los derechos y obligaciones del banco depositario sin que éste lo consienta; y

b) Cualesquiera derechos de compensación que el banco depositario pueda tener en virtud de una ley que no sea la presente ley no se verán afectados por ninguna garantía real que pueda tener dicho banco sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria.

123. El régimen debería disponer que sus disposiciones no obligan a un banco depositario:

a) A pagar a una persona que no sea la persona que controle los fondos acreditados en una cuenta bancaria;

b) A atender a solicitudes de información sobre si existe un acuerdo de control o una garantía real a favor suyo y sobre si el otorgante mantiene el derecho a disponer de los fondos acreditados en la cuenta; ni

c) A celebrar un acuerdo de control.

D. Derechos y obligaciones del garante/emisor, el confirmante o la persona designada en una promesa independiente

124. El régimen debería disponer que:

a) Los derechos de un acreedor garantizado sobre el derecho a percibir el producto de una promesa independiente están sujetos a los derechos, enunciados en la legislación y seguidos en la práctica que rigen las promesas independientes, del garante/emisor, el confirmante o la persona designada y de cualquier otro beneficiario designado en la promesa o a quien se haya efectuado una transferencia de los derechos de cobro;

b) Los derechos de un cesionario de una promesa independiente no se ven afectados por las garantías reales constituidas sobre el derecho a percibir el producto de la promesa independiente adquiridas del cedente o de cualquier otro cedente anterior; y

c) Los derechos independientes de un garante/emisor, un confirmante, una persona designada o un cesionario de una promesa independiente no se verán afectados negativamente por ninguna garantía real que puedan tener sobre el derecho a percibir el producto de la promesa independiente.

125. El régimen debería disponer que ningún garante/emisor ni ningún confirmante o persona designada tendrán la obligación de pagar a cualquier persona que no sea un confirmante, una persona designada, un beneficiario designado, un cesionario aceptado de la promesa independiente o un cesionario aceptado del derecho a percibir el producto de una promesa independiente.

126. El régimen debería disponer que si un acreedor garantizado ha obtenido el control sobre el producto de una promesa independiente al ser aceptado como cesionario de ese derecho, el acreedor garantizado tendrá el derecho a hacer valer esa aceptación frente al garante/emisor, al confirmante o a la persona designada que diera la aceptación.

E. Derechos y obligaciones del emisor de un documento negociable

127. El régimen debería disponer que los derechos de un acreedor garantizado sobre un documento negociable con respecto al emisor o cualquier otra persona obligada por el documento negociable se regirán por la ley que regule los documentos negociables.

X. Ejecución de una garantía real

Finalidad

Las disposiciones sobre la ejecución de las garantías reales tienen por objeto:

a) Prever métodos claros, sencillos y eficientes para ejecutar las garantías reales al producirse un incumplimiento por parte del deudor;

b) Prever métodos concebidos para incrementar al máximo la suma neta que reporte la liquidación de los bienes gravados, en beneficio del otorgante, del deudor o de otra persona que adeude el pago de la obligación garantizada, del acreedor garantizado y de otros acreedores que tengan algún derecho sobre los bienes gravados; y

c) Prever la aplicación de métodos judiciales agilizados y, a reserva de la aplicación de las salvaguardias apropiadas, de métodos extrajudiciales para que el acreedor garantizado ejerza sus derechos.

A. Recomendaciones generales

Normas generales de conducta en el contexto de la ejecución

128. El régimen debería prever que todas las partes deberán ejecutar sus derechos y cumplir sus obligaciones conforme a las disposiciones sobre la ejecución, actuando de buena fe y de forma razonable desde el punto de vista mercantil.

Limitaciones de la autonomía de las partes

129. El régimen debería disponer que las normas generales de conducta previstas en la recomendación 128 no podrán ser objeto de una renuncia unilateral ni podrán modificarse mediante acuerdo en ningún momento.

130. El régimen debería disponer que, a reserva de lo establecido en la recomendación 129, el otorgante y cualquier otra persona que adeude un pago o que deba cumplir una obligación garantizada frente a otra persona podrá renunciar unilateralmente a cualquiera de los derechos que le confieren las disposiciones relativas a la ejecución o modificarlos mediante acuerdo únicamente cuando haya habido incumplimiento.

131. El régimen debería disponer que, a reserva de lo que establece la recomendación 129, el acreedor garantizado podrá en todo momento renunciar unilateralmente a cualquiera de los derechos que le confieren las disposiciones relativas a la ejecución o modificarlos mediante acuerdo.

132. El régimen debería disponer que una modificación de los derechos mediante acuerdo no afectará a los derechos de cualquier persona que no sea parte en el acuerdo. La carga de la prueba corresponderá a la persona que impugne la validez del acuerdo argumentando que es incompatible con las recomendaciones 129, 130 ó 131.

Responsabilidad

133. El régimen debería disponer que si una persona incumple las obligaciones establecidas en las disposiciones relativas a la ejecución, estará sujeta al pago de los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento.

Recursos judiciales y de otra índole con respecto al incumplimiento

134. En el régimen debería preverse que el deudor, el otorgante u otras personas interesadas (por ejemplo, un acreedor garantizado con un grado de prelación inferior al del acreedor garantizado ejecutante, un garante o un copropietario de los bienes gravados) tendrán derecho a recurrir en cualquier momento a un tribunal o a otra autoridad en caso de que el acreedor garantizado no cumpla con sus obligaciones previstas en las disposiciones relativas a la ejecución de una garantía real.

Procedimientos judiciales sumarios

135. El régimen debería prever procedimientos judiciales sumarios para dar cabida a situaciones en que el acreedor garantizado, el otorgante o cualquier otra persona que deba cumplir la obligación garantizada o que pretenda tener algún derecho

sobre un bien gravado recurra a un tribunal o a otra autoridad en relación con el ejercicio de los derechos que tiene a raíz del incumplimiento.

Derechos del otorgante tras el incumplimiento

136. El régimen debería prever que, al producirse el incumplimiento, el otorgante tendrá derecho a ejercer uno o más de los siguientes derechos:

- a) Pagar íntegramente la obligación garantizada, y quedar liberado de la garantía real constituida sobre todos los bienes gravados que respalden la obligación, conforme a la recomendación 137;
- b) Apelar ante un tribunal u otra autoridad en caso de que el acreedor garantizado no esté cumpliendo sus obligaciones previstas en las disposiciones del presente régimen, conforme a la recomendación 134;
- c) [Proponer al acreedor garantizado, o] rechazar la propuesta del acreedor garantizado, de aceptar un bien gravado a modo de satisfacción total o parcial de la obligación garantizada, conforme a la recomendación 156; y
- d) Ejercer cualquier otro derecho previsto en el acuerdo de garantía o en otra regla de derecho.

Extinción de la garantía real tras el pago íntegro de la obligación garantizada

137. El régimen debería prever que el deudor, el otorgante o cualquier otra parte interesada (por ejemplo, un acreedor garantizado cuya garantía real goce de un grado de prelación inferior al del acreedor garantizado ejecutante, un garante o uno de los copropietarios de los bienes gravados) tendrán derecho a pagar íntegramente la obligación garantizada, incluidos los intereses y gastos de ejecución hasta la fecha del pago íntegro. Ese derecho se podrá ejercer hasta que el acreedor garantizado enajene o acepte el bien gravado o cobre su importe [o hasta que el acreedor garantizado celebre un acuerdo para enajenar el bien gravado]. Si se han cancelado todos los compromisos de otorgar crédito financiero, con este pago todos los bienes gravados que respaldan esa obligación dejarán de estar sujetos a la garantía real, a reserva de todo derecho de subrogación en beneficio de la persona que efectúe el pago.

[Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee tomar nota de que el texto de la presente recomendación que figura entre corchetes tiene por objeto reflejar la práctica que suelen seguir los acreedores garantizados al celebrar un contrato para disponer de los bienes gravados antes de que tenga lugar la enajenación efectiva.]

Derechos del acreedor garantizado tras el incumplimiento

138. El régimen debería disponer que, tras el incumplimiento, el acreedor garantizado tendrá derecho a ejercer uno o más de los siguientes derechos con respecto a un bien gravado:

- a) Obtener la posesión de un bien corporal gravado, conforme a las recomendaciones 143 y 144;
- b) Vender o enajenar de algún otro modo un bien gravado, arrendarlo o conceder una licencia respecto de él, conforme a las recomendaciones 145 y 146;

c) Proponer al otorgante que el acreedor garantizado acepte un bien gravado a modo de cumplimiento total o parcial de la obligación garantizada, conforme a las recomendaciones 153 a 155;

d) Ejercer su garantía real sobre un bien incorporado, conforme a las recomendaciones 162 y 163;

e) Cobrar el valor o ejecutar de otro modo una garantía real sobre un bien gravado que sea un crédito por cobrar, un título negociable, un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria o el derecho a percibir el producto de una promesa independiente, conforme a las recomendaciones 164 a 172;

f) Ejercer sus derechos en virtud de un documento negociable, conforme a la recomendación 173; y

g) Ejercitar cualquier otro derecho previsto en el acuerdo de garantía (excepto si es incompatible con las disposiciones del presente régimen) o en cualquier regla de derecho.

Métodos de ejecución judicial y extrajudicial para ejercitar derechos a raíz del incumplimiento

139. El régimen debería disponer que, tras un incumplimiento, el acreedor garantizado podrá ejercer los derechos previstos en la recomendación 138 recurriendo a un tribunal o a otra autoridad, o sin tener que interponer ese tipo de recurso. El ejercicio de los derechos del acreedor garantizado por vía extrajudicial está supeditado a lo establecido en la norma general de conducta enunciada en la recomendación 128 y a los requisitos establecidos en las recomendaciones 144 a 148 en lo que respecta a la obtención de la posesión y a la enajenación de un bien gravado.

Derechos acumulativos posteriores al incumplimiento

140. El régimen debería prever que el ejercicio de un derecho tras el incumplimiento no invalidará la posibilidad de acogerse a otro derecho, salvo que el ejercicio de un derecho haya hecho imposible ejercitar otro derecho.

Derechos ejercitables a raíz del incumplimiento con respecto a la obligación garantizada

141. El régimen debería prever que el ejercicio de los derechos posteriores al incumplimiento con respecto a un bien gravado no impide ejercitar derechos posteriores al incumplimiento con respecto a la obligación garantizada por dicho bien gravado, y viceversa.

Derecho del acreedor garantizado con mayor grado de prelación a hacerse cargo de la ejecución

142. En el régimen debería preverse que, cuando un acreedor garantizado haya iniciado la ejecución adoptando alguna de las medidas descritas en las recomendaciones relativas a la ejecución o un acreedor judicial haya adoptado las medidas enunciadas en la recomendación 81 (capítulo VII, relativo a la prelación de una garantía real), el acreedor garantizado cuya garantía real goce de prelación sobre la del acreedor garantizado ejecutante o sobre la del acreedor judicial

ejecutante tendrá derecho a asumir el control del proceso de ejecución en cualquier momento anterior a la enajenación final, a la aceptación o [al cobro] de un bien gravado [o a la celebración de un acuerdo por parte del acreedor garantizado para enajenar el bien gravado]. El derecho a asumir el control incluye el de proceder a la ejecución mediante cualquier método previsto en el presente régimen.

[Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee suprimir el primer texto que va entre corchetes si decide adoptar la nueva recomendación enunciada en la nota que va después de la recomendación 164. El segundo texto entre corchetes tiene por objeto ajustar la presente recomendación al texto entre corchetes de la recomendación 137.]

Derecho del acreedor garantizado a la posesión de un bien gravado

143. El régimen debería prever que, al producirse un incumplimiento, el acreedor garantizado tendrá derecho a la posesión de un bien corporal gravado.

Obtención por vía extrajudicial de la posesión de un bien gravado

144. El régimen debería disponer que el acreedor garantizado podrá optar por obtener la posesión de un bien gravado corporal sin recurrir a un tribunal o a otra autoridad únicamente si:

- a) El otorgante ha dado su consentimiento, en el acuerdo de garantía, a que el acreedor garantizado pueda obtener la posesión sin recurrir a un tribunal o a otra autoridad;
- b) El acreedor garantizado ha notificado al otorgante y a cualquier persona que esté en posesión del bien gravado el incumplimiento y la intención del acreedor garantizado de obtener la posesión sin recurrir a un tribunal o a otra autoridad; y
- c) En el momento en que el acreedor garantizado trate de obtener la posesión del bien gravado, el otorgante no ponga ningún reparo.

[Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee examinar la cuestión de si en el apartado c) se debe hacer referencia también a la persona que está en posesión del bien gravado y no sólo al otorgante.]

La Comisión tal vez desee también examinar la cuestión de si, en caso de que, en el momento en que el acreedor garantizado se proponga obtener la posesión del bien gravado, el otorgante o cualquier otra persona en cuya posesión se halle el bien gravado dan su asentimiento afirmativo, no será necesario que se cumplan los requisitos enunciados en los apartados a), b) y c). Ese resultado se podría lograr agregando una frase separada del texto redactada en los términos siguientes:

“No será necesario que se cumplan los requisitos enunciados en los apartados a), b) y c) de la presente recomendación si, en el momento en que el acreedor garantizado se proponga obtener la posesión del bien gravado, el otorgante o cualquier otra persona en cuya posesión se halle el bien gravado dan su asentimiento afirmativo.”]

Enajenación extrajudicial de un bien gravado

145. El régimen debería prever que, tras producirse un incumplimiento, el acreedor garantizado tendrá derecho, sin recurrir a ningún tribunal ni a otra autoridad, a

vender o a enajenar de otro modo un bien gravado, a arrendarlo o a conceder licencias sobre él, hasta donde corresponda a los derechos que el otorgante tenga sobre el bien gravado. A reserva de lo dispuesto en la recomendación 128 sobre la norma de conducta, un acreedor garantizado que opte por ejercer ese derecho podrá seleccionar el método, la manera, el momento, el lugar y otros aspectos de la enajenación, el arrendamiento o la concesión de la licencia.

Notificación anticipada de la enajenación extrajudicial de un bien gravado

146. El régimen debería disponer que, tras un incumplimiento, el acreedor garantizado deberá dar notificación de su intención de proceder a la venta o a otro tipo de enajenación de un bien gravado, a su arrendamiento o a la concesión de una licencia sobre él, sin recurrir a ningún tribunal ni a otra autoridad. No será preciso efectuar la notificación si el bien gravado es un bien perecedero, si puede perder valor rápidamente o si es un tipo de bien que se puede vender en un mercado reconocido.

147. El régimen debería prever disposiciones que garantizaran que la notificación mencionada en la recomendación 146 pudiera darse de forma eficiente, puntual y fiable, a fin de proteger al otorgante o a otras partes interesadas, evitando al mismo tiempo toda repercusión negativa en los recursos del acreedor garantizado y en el valor potencial neto de liquidación de los bienes gravados.

148. Respecto de la notificación mencionada en la recomendación 146, el régimen debería:

a) Especificar que la notificación deberá darse:

- i) Al otorgante, al deudor y a cualquier otra persona que adeude el pago de la obligación garantizada;
- ii) A cualquier persona que tenga derechos sobre el bien gravado y que, más de [se especificará el número] días antes de que el acreedor garantizado haya notificado al otorgante, haya dado a conocer por escrito esos derechos al acreedor garantizado;
- iii) A cualquier otro acreedor garantizado que, más de [se especificará el número] días antes de que se envíe la notificación al otorgante, haya registrado una notificación de garantía real sobre el bien gravado que quede indizada bajo el dato identificador del otorgante; y
- iv) A cualquier otro acreedor garantizado que haya estado en posesión del bien gravado cuando el acreedor garantizado ejecutante tomó posesión de dicho bien;

b) Especificar la forma y el momento en que deberá darse tal notificación, así como la fecha y el contenido mínimo, determinando incluso si dicha notificación debería especificar el cálculo de la cuantía adeudada en ese momento y una indicación del derecho del deudor o del otorgante a obtener que los bienes gravados queden liberados de la garantía real con arreglo a la recomendación 137; y

c) Disponer que la notificación esté redactada en un idioma que quepa razonablemente prever que será entendido por los destinatarios, de modo que queden informados de su contenido.

[Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee estudiar si el apartado c) debería incluir un texto redactado en los términos siguientes:

“Bastará que la notificación se dé en el idioma del acuerdo de garantía que se esté ejecutando.”

La adición de este texto haría que el apartado c) se conformara al párrafo 1 del artículo 16 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos, en el cual se basa el apartado c). Así se lograría que, si los destinatarios de la notificación se encuentran en varios países, bastará que esté redactada en el idioma del acuerdo de garantía pertinente.]

Distribución del producto de la enajenación de un bien gravado

149. En el régimen debería preverse que, en caso de enajenación extrajudicial de un bien gravado [o de cobro de un crédito, de un título negociable o de otra obligación], el acreedor garantizado ejecutante deberá destinar el producto neto de su ejecución (previa deducción de los costos de ejecución) al pago de las obligaciones garantizadas. A reserva de lo previsto en la recomendación 150, el acreedor garantizado ejecutante deberá cancelar todo superávit que subsista tras este pago a los acreedores concurrentes subordinados que, antes de toda distribución del superávit, hayan notificado al acreedor garantizado ejecutante su reclamación concurrente subordinada, hasta por el monto que corresponda a su reclamación. El saldo restante, si lo hubiere, deberá remitirse al otorgante.

[Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee reemplazar el texto de la presente recomendación que figura entre corchetes por la nueva recomendación enunciada en la nota que va después de la recomendación 164.]

150. Además, en el régimen debería disponerse que, en caso de ejecución extrajudicial, exista o no controversia sobre el derecho de algún reclamante concurrente a cobrar o sobre el grado de prelación en el cobro, el acreedor garantizado ejecutante podrá, de conformidad con las reglas procesales generalmente aplicables, hacer efectivo el superávit a una autoridad judicial competente u otra autoridad o a una caja pública de depósitos para su distribución. En caso de efectuarse tal pago, el superávit debería repartirse en función de las reglas que rigen la prelación en el presente régimen.

151. En el régimen debería preverse que la distribución del producto resultante de una liquidación judicial o de otro procedimiento administrado oficialmente deberá efectuarse conforme a las normas generales del Estado que rijan los procedimientos de ejecución, pero con sujeción a las reglas de prelación del presente régimen.

152. En el régimen debería disponerse que, a menos que se convenga otra cosa, el deudor y toda otra persona que adeude el pago de la obligación garantizada deberán abonar todo déficit en el saldo pagado que quede pendiente tras la aplicación del producto neto de la ejecución al cumplimiento de la obligación garantizada.

[Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee suprimir el texto que figura entre corchetes, ya que en las recomendaciones 8 y 130 se prevé la autonomía de las partes. Si se conserva el texto que va entre corchetes, tal vez sea necesario agregar en todas las recomendaciones que están sujetas a la autonomía de las partes, a fin de evitar repercusiones negativas en lo tocante a la aplicación del principio de la autonomía de las partes.]

Recibo de los bienes gravados como forma de pago de la obligación garantizada

153. En el régimen debería disponerse que, al producirse un incumplimiento, el acreedor garantizado podrá proponer por escrito que recibiría uno o más de los bienes gravados a modo de pago total o parcial de la obligación garantizada.

154. Con respecto a la propuesta mencionada en la recomendación 153, el régimen debería:

- a) Disponer que la propuesta deberá enviarse a las siguientes personas:
 - i) El otorgante, el deudor y cualquier otra persona que adeude pagos correspondientes a la obligación garantizada o deba cumplirla de alguna otra forma (por ejemplo, un garante);
 - ii) A toda persona a la que asistan derechos sobre el bien gravado que hayan notificado esos derechos por escrito al acreedor garantizado más de [se especificará el número] días antes del envío de la propuesta por parte del acreedor garantizado al otorgante;
 - iii) A cualquier otro acreedor garantizado que más de [se especificará el número] días antes de que la propuesta sea enviada al otorgante, haya inscrito en un registro una notificación de una garantía real sobre el bien gravado indizado bajo el dato identificador del otorgante; y
 - iv) A cualquier otro acreedor garantizado que se halle en posesión del bien gravado en el momento en que se hubiera hecho cargo de él el acreedor garantizado; y

b) Disponer que en la propuesta deberá especificarse la suma adeudada en la fecha en que se envió la propuesta, así como la cuantía de la obligación que se propone dar por satisfecha al aceptar el bien gravado.

155. El régimen debería disponer que el acreedor garantizado podrá hacerse cargo del bien gravado de conformidad con lo previsto en la recomendación 153, a menos que reciba de una persona a la que, en virtud de la recomendación 154, haya de enviarse una propuesta una objeción por escrito a dicha propuesta dentro de [un breve plazo que se especificará] días a partir de la fecha de envío de la propuesta. En caso de una propuesta de aceptación del bien gravado como satisfacción parcial de la obligación, será necesario el consentimiento afirmativo por parte de cada destinatario de la propuesta.

[Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee tomar nota de que la presente recomendación ha sido alineada con las recomendaciones precedentes haciendo referencia al acreedor garantizado “que recibe” una objeción por escrito.]

156. El régimen debería disponer que el otorgante podrá formular una propuesta como la mencionada en la recomendación 153 y si el acreedor garantizado la acepta, el acreedor garantizado deberá proceder conforme a dispuesto en las recomendaciones 154 y 155.

Derechos adquiridos mediante distribución judicial

157. En el régimen debería preverse que, si un acreedor garantizado enajena un bien gravado mediante un procedimiento judicial u otro procedimiento oficial, los

derechos adquiridos por el cesionario deberán determinarse conforme a las normas generales del Estado que regulen los procedimientos de ejecución.

Derechos adquiridos mediante distribución extrajudicial

158. El régimen debería prever que si un acreedor garantizado vende o enajena de otra manera un bien gravado sin recurrir a un tribunal ni a otra autoridad, de conformidad con el presente régimen, una persona que adquiera el derecho del otorgante sobre el bien estará sujeta a los derechos que tengan mayor grado de prelación sobre la garantía real de acreedor garantizado ejecutante, pero estará libre de los derechos del acreedor garantizado ejecutante y de los de otra parte reclamante concurrente cuyo grado de prelación sea inferior al del acreedor garantizado ejecutante. La misma norma se aplicará a los derechos sobre un bien gravado adquirido por un acreedor garantizado que haya recibido el bien gravado como pago total o parcial de la obligación garantizada.

159. El régimen debería disponer que, si un acreedor garantizado arrienda o concede una licencia sobre un bien gravado sin recurrir a un tribunal ni a ninguna otra autoridad, de conformidad con el presente régimen, el arrendatario o el licenciatario adquirirán el beneficio del arriendo o de la licencia durante el período correspondiente, a reserva de los derechos que tuvieran prelación sobre la garantía real del acreedor garantizado ejecutante.

160. El régimen debería disponer que si el acreedor garantizado vende o enajena de otro modo el bien gravado, o si lo arrienda o concede una licencia sobre él de manera no conforme las recomendaciones del presente capítulo, todo adquirente, arrendatario o licenciatario del bien gravado que actúe de buena fe adquirirá los derechos o beneficios descritos en las recomendaciones 158 y 159.

Concurrencia de regímenes de ejecución relacionados con bienes muebles y bienes inmuebles

161. El régimen debería prever lo siguiente:

a) El acreedor garantizado podrá optar por ejecutar una garantía real sobre un bien incorporado a un bien inmueble con arreglo a las recomendaciones del presente capítulo o de conformidad con el régimen que regule la ejecución de gravámenes sobre bienes inmuebles; y

b) Si una obligación frente a un acreedor garantizado está respaldada tanto por bienes muebles como por bienes inmuebles del otorgante, el acreedor garantizado podrá ejecutar:

i) La garantía real sobre los bienes muebles conforme a las disposiciones pertinentes del presente régimen y el gravamen sobre los bienes inmuebles conforme al régimen que regule la ejecución de gravámenes sobre bienes inmuebles; o

ii) Ambas garantías reales conforme al régimen que regule la ejecución de gravámenes sobre bienes inmuebles.

Ejecución de una garantía real sobre bienes incorporados a bienes inmuebles

162. El régimen debería disponer que un acreedor garantizado que tenga una garantía real sobre un bien incorporado a un bien inmueble sólo tendrá derecho a ejecutar su garantía real si goza de prelación respecto de los derechos concurrentes sobre el bien inmueble. En caso de tal tipo de ejecución, un acreedor que tenga un derecho concurrente sobre un bien inmueble con un grado inferior de prelación tendrá derecho a liquidar la obligación respaldada por una garantía real del acreedor garantizado ejecutante sobre el bien incorporado. El acreedor garantizado ejecutante será responsable de los daños sufridos por el bien inmueble al separar de él el bien incorporado, pero no de ninguna pérdida de valor que se deba únicamente a la ausencia del bien incorporado.

163. [El régimen debería disponer que un acreedor garantizado que tenga una garantía real sobre un bien incorporado a un bien mueble tendrá derecho a ejecutar su garantía real sobre el bien incorporado. El acreedor que goce de un grado de prelación más alto tendrá derecho a hacerse cargo del proceso de ejecución, de conformidad con lo previsto en la recomendación 142. El acreedor que tenga un grado de prelación inferior tendrá derecho a liquidar la obligación respaldada por la garantía real del acreedor garantizado ejecutante sobre el bien incorporado. El acreedor garantizado ejecutante será responsable de los daños sufridos por el bien mueble al separar de él el bien incorporado, pero no de la pérdida de valor que se deba únicamente a la ausencia del bien incorporado.]

[Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee examinar y aprobar la presente recomendación, que ha sido agregada para tener en cuenta la cuestión de la ejecución de una garantía real sobre un bien incorporado a un bien mueble.]

B. Recomendaciones específicamente relacionadas con los bienes

Aplicación del capítulo relativo a la ejecución a las transferencias absolutas de créditos por cobrar

164. El régimen debería disponer que las recomendaciones del presente capítulo no serán aplicables al cobro o a otro tipo de ejecución de un crédito por cobrar transferido mediante una cesión pura y simple, exceptuando:

- a) La recomendación 128, en el caso de una transferencia pura y simple con recurso; y
- b) Las recomendaciones 165 y 166.

[Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee reemplazar el texto de la recomendación 142 que figura entre corchetes por un texto redactado en los siguientes términos:

“El régimen debería disponer que, cuando se trate del cobro u otro tipo de ejecución de un crédito por cobrar o de un instrumento negociable o de la ejecución de una reclamación, el acreedor garantizado ejecutante deberá aplicar el producto neto de su ejecución (tras deducir los costos de ejecución) a la obligación garantizada. El acreedor garantizado ejecutante deberá pagar todo excedente a los demandantes concurrentes que, antes de cualquier distribución del excedente, hayan notificado de su reclamación al acreedor

garantizado ejecutante, en la medida en que corresponda a cada reclamación. En caso de que quede algún saldo, éste se deberá remitir al otorgante.”

La segunda oración de este texto tiene por objeto dar cierto grado de protección a un acreedor garantizado que goce de un grado de prelación mayor que el del acreedor garantizado ejecutante (“acreedor garantizado principal”). El cobro de créditos por cobrar por un acreedor garantizado secundario deberá distinguirse de la enajenación de los bienes gravados por un acreedor garantizado secundario. Un acreedor garantizado principal estará protegido porque su garantía real sobre el bien enajenado continúa (véase la recomendación 158).]

Ejecución de una garantía real sobre un crédito por cobrar

165. El régimen debería disponer que, en el caso de un crédito por cobrar transferido mediante una cesión pura y simple, a reserva de las recomendaciones 114 a 120 (capítulo IX, relativo a los derechos y obligaciones de terceros deudores), el cesionario tendrá el derecho a cobrar o a hacer ejecutar de algún otro modo el crédito. En el caso de una transferencia de un crédito a título de garantía, el cesionario, a reserva de las recomendaciones 114 a 120 tendrá el derecho a cobrar o a hacer cumplir de otro modo el crédito después del incumplimiento, o antes del incumplimiento con el acuerdo del cedente.

166. El régimen debería prever que el derecho del cesionario a cobrar o a hacer ejecutar de otro modo el pago de un crédito exigible incluye el derecho a cobrar o, si no, a hacer ejecutar cualquier derecho personal o real que respalde el pago del crédito.

Ejecución de una garantía real sobre un título negociable

167. En el régimen debería preverse que, después de incurrirse en incumplimiento, o antes de él y con el acuerdo del otorgante, el acreedor garantizado tendrá derecho, a reserva de lo dispuesto en la recomendación 121 (capítulo IX, relativo a los derechos y obligaciones de terceros deudores), a cobrar o a hacer valer de algún otro modo un título negociable que sea un bien gravado frente a una persona que se halle obligada por ese título.

168. El régimen debería disponer que el derecho del acreedor garantizado a cobrar o a hacer valer de algún otro modo un título negociable incluye el derecho a cobrar o a hacer ejecutar de algún otro modo cualquier derecho personal o real que respalde el pago del título negociable.

Ejecución de una garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria

169. En el régimen debería preverse que, después de incurrirse en incumplimiento, o antes de él y con el consentimiento del otorgante, el acreedor garantizado que disponga de una garantía real sobre el derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria, a reserva de lo dispuesto en las recomendaciones 122 y 123 (capítulo IX, relativo a los derechos y obligaciones de terceros deudores), tendrá derecho a cobrar o a hacer valer de algún otro modo su derecho al cobro de los fondos.

170. En el régimen debería preverse que el acreedor garantizado que tenga el control tendrá el derecho, a reserva de las recomendaciones 122 y 123 (capítulo IX, relativo a los derechos y obligaciones de terceros deudores), a ejecutar su garantía real sin tener que recurrir a un tribunal ni a ninguna otra autoridad.

171. El régimen debería disponer que el acreedor garantizado que no tenga el control tendrá derecho, a reserva de las recomendaciones 122 y 123 (capítulo IX, relativo a los derechos y obligaciones de terceros deudores), a cobrar o a ejecutar de algún otro modo la garantía real sobre el derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria frente al banco depositario únicamente en virtud de un mandamiento judicial, a menos que el banco depositario convenga en un procedimiento de otra índole.

Ejecución de una garantía real sobre el derecho a percibir el producto de una promesa independiente

172. El régimen debería disponer que, después de incurrir en incumplimiento, o antes de él y con el acuerdo del otorgante, el acreedor garantizado que tenga una garantía real sobre el derecho a percibir el producto de una promesa independiente tendrá el derecho, a reserva de las recomendaciones 124 a 126 (capítulo IX, relativo a los derechos y obligaciones de terceros deudores), a cobrar o a hacer valer de otro modo su derecho a percibir el producto de la promesa independiente.

Ejecución de una garantía real sobre un documento negociable o sobre bienes corporales abarcados por un documento negociable

173. En el régimen debería preverse que, al producirse un incumplimiento, o antes de él y con el consentimiento del otorgante, el acreedor garantizado tendrá derecho, a reserva de lo dispuesto en la recomendación 127 (capítulo IX, relativo a los derechos y obligaciones de terceros deudores), a ejecutar una garantía real sobre un documento negociable o sobre los bienes abarcados por el documento negociable.

XI. Financiación de adquisiciones

Opción A: Enfoque unitario de la financiación de adquisiciones*

Finalidad

Las disposiciones destinadas a las garantías reales del pago de una adquisición tienen por finalidad:

- a) Reconocer la importancia de la financiación garantizada de adquisiciones y facilitar el recurso a ella como fuente asequible de crédito, particularmente para la pequeña y mediana empresa;
- b) Prever igual trato para todos los proveedores de financiación garantizada de adquisiciones; y

* Un Estado podrá adoptar la opción A (enfoque unitario de la financiación de adquisiciones), es decir, las recomendaciones 174 a 183, o la opción B, es decir, las recomendaciones 184 a 199. Las recomendaciones que no figuran en el presente capítulo son aplicables por lo general, salvo en la medida en que hayan sido notificadas por las recomendaciones del presente capítulo.

- c) Facilitar toda operación garantizada en general, dotando de transparencia al régimen aplicable a las garantías reales del pago de una adquisición.

Equivalencia entre una garantía real del pago de una adquisición y una garantía real en general

174. El régimen debería prever que toda garantía real del pago de una adquisición constituye una garantía real. Por ello, todas las recomendaciones respecto de las garantías reales, comprendidas las relativas a su constitución, oponibilidad a terceros (a reserva de lo dispuesto en la recomendación 175), inscripción, ejecutoriedad y derecho aplicable a una garantía real, son aplicables a toda garantía real del pago de una adquisición. Las recomendaciones sobre la prelación también son aplicables (a reserva de lo dispuesto en las recomendaciones 176 a 182).

Oponibilidad y prelación de una garantía real del pago de bienes de consumo

175. El régimen debería prever que toda garantía real del pago de bienes de consumo es oponible a terceros a raíz de su constitución y, a reserva de lo dispuesto en la recomendación 177, gozará de prelación sobre una garantía real concurrente sin fines de adquisición constituida por el otorgante.

Prelación de las garantías reales del pago de bienes corporales

176. El régimen debería prever que, a reserva de lo dispuesto en la recomendación 177:

Variante A**

a) Toda garantía real del pago de un bien corporal, que no sea un bien de consumo ni forme parte de existencias, gozará de prelación frente a toda garantía concurrente constituida por el otorgante para fines que no sean garantizar el pago (aun cuando se haya inscrito un aviso de dicha garantía en el registro general de las garantías reales antes que el aviso concerniente a la garantía del pago de su adquisición), con tal de que:

- i) El acreedor garantizado por la garantía de adquisición retenga la posesión del bien corporal; o
- ii) Se inscriba un aviso de la garantía real del pago en el registro general de las garantías reales dentro de un plazo de [indíquese un breve plazo, tal vez de 20 a 30 días] días a partir de la entrega al otorgante del bien corporal gravado;

b) Una garantía real del pago de existencias gozará de prelación frente a toda garantía real concurrente sin fines de adquisición constituida por el otorgante (aun cuando la segunda haya pasado a ser oponible a terceros antes que la primera), con tal de que:

- i) El acreedor garantizado que haya financiado la adquisición retenga la posesión de las existencias; o
- ii) Previo a la entrega al otorgante de las existencias:

** Un Estado podrá adoptar la variante A o la variante B de la recomendación 176.

a. Se haya inscrito un aviso de la garantía real del pago de su adquisición en el registro general de las garantías reales; y

b. El acreedor garantizado que financie la adquisición notifique al acreedor garantizado de la garantía sin fines de adquisición previamente inscrita tiene una garantía real del pago de una adquisición o pretende obtenerla. Esa notificación deberá describir con suficiente claridad las existencias para que el acreedor garantizado de la garantía real sin fines de adquisición pueda concretar las existencias que son objeto de la garantía real del pago de una adquisición;

c) Un único aviso, efectuado con arreglo al apartado ii) b. del párrafo b) de la presente recomendación, podrá abarcar garantías reales del pago de una adquisición en el marco de las operaciones múltiples entre las mismas partes sin necesidad de que cada operación sea identificada en el aviso. El aviso será válido únicamente para las garantías reales del pago de los bienes corporales cuya posesión obtenga el otorgante en plazo de [indíquese un plazo, por ejemplo, cinco años] años a partir de la fecha del aviso.

Variante B

toda garantía real del pago de un bien corporal, que no sea un bien de consumo, gozará de prelación frente a toda garantía concurrente constituida por el otorgante para fines que no sean garantizar el pago (aun cuando se haya inscrito un aviso de dicha garantía en el registro general de las garantías reales antes que el aviso concerniente de la garantía del pago de su adquisición), con tal de que:

a) El acreedor garantizado por la garantía de adquisición retenga la posesión del bien corporal; o

b) Se inscriba un aviso de la garantía real del pago en el registro general de las garantías reales dentro de un plazo de [indíquese un plazo breve, por ejemplo, 20 ó 30 días] a partir de la entrega al otorgante del bien corporal.

[Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee tomar nota de que en la variante A se establece una distinción entre bienes corporales que no sean existencias y las existencias propiamente dichas, mientras que en la variante B no se establece una distinción de esa índole. Dichas variantes se presentan con objeto de aplicar la decisión de la Comisión de seguir el orden y la estructura del texto incluido en la recomendación 189 para velar por la equivalencia funcional de los enfoques unitario y no unitario (véase A/62/17 (parte I), párr. 63). Habida cuenta del hecho de los derechos de retención de la titularidad y de arrendamiento financiero suelen ser derechos de garantía sin desplazamiento de la cosa (y en todo caso siguen siendo de aplicación las recomendaciones generales sobre la oponibilidad a terceros obtenida mediante la posesión), la Comisión tal vez desee considerar si los apartados a) i) y b) i) de la variante A y el apartado a) de la variante B son necesarios. La misma cuestión se plantea respecto de la recomendación 189 infra.]

Prelación de una garantía real inscrita en un registro especializado o anotada en un certificado de titularidad

177. El régimen debería prever que la prelación de una garantía real del pago de una adquisición con arreglo a la recomendación 176 no primará sobre la prelación de una garantía real u otro derecho inscrito en un registro especializado o anotado en un certificado de titularidad en virtud de la recomendación 74 (capítulo VII sobre la prelación de las garantías reales).

Prelación entre garantías reales del pago de una adquisición concurrentes

178. El régimen debería prever que la prelación entre garantías reales del pago de una adquisición concurrentes vendrá determinada con arreglo a las reglas generales de prelación aplicables a las garantías reales no destinadas al pago de una adquisición, a reserva de que una de las garantías reales del pago de una adquisición lo sea de un proveedor que se hizo oponible a terceros dentro del plazo previsto en la recomendación 176, en cuyo caso la garantía real del pago de una adquisición del proveedor gozará de prelación respecto de todas las garantías reales del pago de una adquisición concurrentes.

Prelación de una garantía real del pago de una adquisición frente al derecho de un acreedor judicial

179. El régimen debería prever que una garantía real del pago de una adquisición que se haga oponible a terceros dentro del plazo previsto en la recomendación 176, gozará de prelación frente a los derechos de un acreedor no garantizado que de lo contrario gozaría de prioridad con arreglo a la recomendación 81 (capítulo VII sobre la prelación de las garantías reales).

Prelación de una garantía real del pago de una adquisición sobre un accesorio fijo de un inmueble frente a todo gravamen anteriormente inscrito sobre dicho inmueble

180. El régimen debería prever que una garantía real del pago de un bien corporal que vaya a pasar a ser un accesorio fijo de un inmueble gozará de prelación frente a terceros con derechos existentes sobre dicho inmueble (que no sea un gravamen por el que se garantice un préstamo obtenido para la construcción del inmueble), a condición de que se haya inscrito en el registro de la propiedad inmobiliaria una notificación de la garantía real del pago de una adquisición dentro de un plazo de [indíquese un breve plazo de unos 20 a 30 días] días a partir del momento en que el bien corporal pasó a ser un accesorio fijo.

Prelación de una garantía real del pago de una adquisición sobre el producto de los bienes corporales adquiridos que no sean existencias ni bienes de consumo

181. El régimen debería disponer que una garantía real del pago de bienes corporales que no sean existencias ni bienes de consumo gozará de la misma prelación que una garantía real del pago de una adquisición sobre esos bienes.

Prelación de una garantía real del pago de una adquisición sobre el producto de las existencias adquiridas

182. El régimen debería prever que una garantía real del pago de una adquisición sobre el producto de las existencias adquiridas gozará de una misma prelación que la garantía real del pago de dichas existencias con tal de que ese producto no esté en forma de créditos por cobrar, títulos negociables, derechos de pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria o derechos de recibir el producto de una promesa independiente. Ahora bien, dicha prelación estará supeditada a que el acreedor garantizado que financie la adquisición notifique al respecto a todo acreedor garantizado que, antes de que ese producto nazca, haya inscrito un aviso respecto de una garantía real sobre bienes de la misma especie que el producto de las existencias vendidas.

[Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee tomar nota de que para seguir el orden y la estructura de la recomendación sugerida en la nota de la recomendación 196, que no establece una distinción entre las existencias y los bienes corporales que no sean existencias, podría añadirse aquí una variante de esta recomendación (titulada “Prelación de una garantía real del pago de una adquisición sobre el producto de un bien corporal”) con arreglo al siguiente texto:

“El régimen debería prever que, si una garantía real del pago de bienes corporales es oponible a terceros, la garantía real sobre el producto gozará de la misma prelación que una garantía real no destinada al pago de una adquisición.”]

Las garantías reales del pago de una adquisición como garantías reales en el procedimiento de insolvencia

183. El régimen debería prever que, en el caso de un procedimiento de insolvencia relacionado con el deudor, las disposiciones aplicables a las garantías reales se aplicarán también a las garantías reales del pago de una adquisición.

[Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee tomar nota de que esta recomendación se trasladó del capítulo XIV sobre el efecto de la insolvencia en las garantías reales para evitar la inferencia de que la caracterización de las garantías reales del pago de una adquisición como garantías reales es un asunto del régimen de la insolvencia (inferencia que sería incompatible con la Guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia de la CNUDMI; véase, por ejemplo la nota 6 de la recomendación 35 de la Guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia de la CNUDMI). La Comisión tal vez desee estudiar la posibilidad de suprimir esta recomendación y añadir a la recomendación 174 sobre la equivalencia de una garantía real del pago de una adquisición y una garantía real general la palabra “insolvencia”. Como consecuencia de ello, las recomendaciones sobre garantías reales se aplicarían a las garantías reales del pago de una adquisición dentro o fuera de la insolvencia (únicamente se modificarían las recomendaciones sobre prelación relativas a las garantías reales del pago de una adquisición).]

Opción B: Enfoque no unitario de la financiación de adquisiciones*

Finalidad (enfoque no unitario)

Las disposiciones del régimen destinadas a la financiación de adquisiciones, (con inclusión de las garantías reales del pago de una adquisición, los derechos de retención de la titularidad y los de arrendamiento financiero, tienen por finalidad:

- a) Reconocer la importancia de la financiación de adquisiciones y facilitar el recurso a esa financiación como fuente asequible de crédito, particularmente para la pequeña y mediana empresa;
- b) Prever igual trato para todo financiador de adquisiciones; y
- c) Facilitar toda operación garantizada en general, dotando de transparencia al régimen aplicable a la financiación de adquisiciones.

Métodos de financiación de las adquisiciones

184. El régimen debería prever que:

- a) Las disposiciones sobre las garantías reales del pago de una adquisición en el contexto del enfoque no unitario son idénticas a las adoptadas en el contexto del enfoque unitario;
- b) Todos los acreedores, tanto los proveedores como los prestamistas, podrán adquirir una garantía real del pago de una adquisición de conformidad con las disposiciones que rigen las garantías reales del pago de una adquisición;
- c) Podrá preverse un régimen de financiación de adquisiciones basado en los derechos de retención de la titularidad y los derechos de arrendamiento financiero de conformidad con la recomendación 185; y
- d) Un prestamista podrá adquirir el beneficio de un derecho de retención de la titularidad y de un derecho de arrendamiento financiero mediante una cesión o una subrogación.

Equivalencia entre un derecho de retención de la titularidad y un derecho de arrendamiento financiero y una garantía real del pago de una adquisición

185. El régimen debería prever que las reglas aplicables a la financiación de adquisiciones reportarán resultados económicos que sean funcionalmente equivalentes entre sí con independencia de que el derecho del acreedor sea un derecho de retención de la titularidad, un derecho de arrendamiento financiero o una garantía real del pago de una adquisición.

Eficacia jurídica de un derecho de retención de la titularidad y de un derecho de arrendamiento financiero

186. El régimen debería prever que un derecho de retención de la titularidad o un derecho de arrendamiento financiero tendrá eficacia jurídica únicamente si el

* Un Estado podrá adoptar la opción A (enfoque unitario de la financiación de adquisiciones), es decir, las recomendaciones 174 a 183, o la opción B (enfoque no unitario de la financiación de adquisiciones), es decir, las recomendaciones 184 a 199.

acuerdo de venta o de arrendamiento se ha concertado o se prueba por un escrito que, en combinación con la conducta entre las partes, indique la intención del vendedor o del arrendador de retener la propiedad. El escrito deberá existir a más tardar en el momento en que el comprador o el arrendador obtenga la posesión del bien corporal.

Derecho del comprador o del arrendatario a constituir una garantía real

187. El régimen debería disponer que un comprador o un arrendatario podrán constituir una garantía real sobre un bien corporal objeto de un derecho de retención de la titularidad o de un derecho de arrendamiento financiero. La garantía real grava el bien corporal únicamente en la medida en que el valor del bien corporal excede de la cantidad debida al vendedor o al arrendador financiero.

Oponibilidad a terceros de un derecho de retención de la titularidad o de un derecho de arrendamiento financiero sobre bienes de consumo

188. El régimen debería prever que un derecho de retención de la titularidad y un derecho de arrendamiento financiero sobre bienes de consumo serán oponibles a terceros una vez celebrado el contrato de venta o de arrendamiento, siempre y cuando este derecho se haga constar de conformidad con la recomendación 186.

Oponibilidad a terceros de un derecho de retención de la titularidad sobre un bien corporal

189. El régimen debería prever que:

Variante A*

a) El derecho de retención de la titularidad o el derecho de arrendamiento financiero sobre un bien corporal que no constituya existencias ni bienes de consumo será oponible a terceros únicamente si:

- i) El comprador o arrendador conserva la posesión del bien corporal; o
- ii) Se inscribe una notificación al respecto en el registro general de garantías reales a más tardar [indíquese un plazo breve, por ejemplo de 20 ó 30 días] días después de que el comprador o arrendador obtenga la posesión del bien corporal;

b) El derecho de retención de la titularidad o el derecho de arrendamiento financiero sobre existencias serán oponibles a terceros únicamente si:

- i) El vendedor o el arrendador conserva la posesión de las existencias; o si
- ii) Antes de la entrega de las existencias al comprador o al arrendatario:

a. Se inscribe una notificación al respecto en el registro general de las garantías reales; y

* Un Estado podrá adoptar la variante A o la variante B de la recomendación 189.

b. Un acreedor garantizado que goce de una garantía real sin fines de adquisición inscrita anteriormente y constituida por el comprador o el arrendatario sobre existencias del mismo tipo recibe una notificación del vendedor o el arrendador en el sentido de que el vendedor o el arrendador se proponen invocar el derecho de retención de la titularidad o el derecho de arrendamiento financiero. En esa notificación se deberían describir las existencias con precisión suficiente para que el acreedor garantizado pueda determinar la naturaleza de las existencias sujetas al derecho de retención de la titularidad o al derecho de arrendamiento financiero;

c) Un único aviso, efectuado con arreglo al apartado ii) b. del párrafo b) de la presente recomendación, podrá abarcar los derechos de retención de la titularidad y los derechos de arrendamiento financiero en el marco de operaciones múltiples entre las mismas partes sin necesidad de que cada operación sea identificada en el aviso. El aviso será válido únicamente para los derechos sobre bienes corporales cuya posesión obtenga el comprador o el arrendatario en un plazo de [indíquese un plazo, por ejemplo, cinco años] años a partir de la fecha del aviso.

Variante B

el derecho de retención de la titularidad o el derecho de arrendamiento financiero sobre los bienes corporales que no sean bienes de consumo serán oponibles a terceros únicamente si:

a) El vendedor o el arrendador conservan la posesión del bien corporal; o

b) Se inscribe una notificación al respecto en el registro general de las garantías reales a más tardar [indíquese un plazo breve, por ejemplo de 20 ó 30 días] días después de que el comprador o el arrendatario obtengan la posesión del bien corporal.

La regla contenida en esta recomendación se aplica también a una garantía real del pago de un bien corporal que no sea un bien de consumo.

[Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee tomar nota de que la variante A de la presente recomendación establece una distinción entre existencias y bienes corporales que no son existencias, mientras que la variante B no establece una distinción de esa índole.]

Suficiencia de un solo aviso o notificación

190. El régimen debería prever que bastará con hacer inscribir un solo aviso en el registro general de las garantías reales para obtener la oponibilidad a terceros de un derecho de retención de la titularidad o un derecho de arrendamiento financiero en el marco de todas las operaciones concertadas entre las mismas partes antes o después de la inscripción, en la medida en que recaigan sobre bienes corporales que correspondan a la descripción dada en el aviso. Las disposiciones del sistema de registro se aplicarán, con las modificaciones terminológicas pertinentes, a la inscripción de un derecho de retención de la titularidad y un derecho de arrendamiento financiero.

Consecuencias de que no se obtenga la oponibilidad a terceros de un derecho de retención de la titularidad o de un derecho de arrendamiento financiero

191. El régimen debería disponer que si un derecho de retención de la titularidad o un derecho de arrendamiento financiero no es oponible a terceros, la propiedad del bien corporal frente a terceros pasará al comprador o el arrendatario, y el vendedor o arrendador dispondrán de una garantía real sobre el bien corporal objeto de las recomendaciones aplicables a las garantías reales.

Oponibilidad a terceros del derecho de retención de la titularidad o del derecho de arrendamiento financiero sobre un accesorio fijo de un bien inmueble

192. El régimen debería disponer que el derecho de retención de la titularidad o el derecho de arrendamiento financiero sobre un bien corporal que se convierta en un accesorio fijo de un bien inmueble será oponible a terceros con derechos sobre el bien inmueble que estén inscritos en el registro de propiedad inmobiliaria solamente si se ha inscrito en el registro de propiedad inmobiliaria a más tardar [especifíquese un breve período de tiempo, como 20 a 30 días] días después de que el bien corporal haya pasado a ser un accesorio fijo.

Existencia de una garantía real sobre el producto de bienes corporales objeto de un derecho de retención de la titularidad o un derecho de arrendamiento financiero

193. El régimen debería prever que un vendedor o un arrendador que gocen de un derecho de retención de la titularidad o un derecho de arrendamiento financiero sobre un bien corporal tendrán una garantía real sobre el producto de dicho bien corporal.

Oponibilidad a terceros de una garantía real sobre el producto de un bien corporal objeto de un derecho de retención de la titularidad o un derecho de arrendamiento financiero

194. El régimen debería prever que:

a) Toda garantía real sobre el producto a que se hace referencia en la recomendación 193 será oponible a terceros únicamente si el producto ha sido descrito en términos genéricos en el aviso inscrito por el que se hizo oponible a terceros el derecho de retención de la titularidad o el derecho de arrendamiento financiero o si el producto consiste en dinero, créditos por cobrar, títulos negociables o el derecho al cobro de fondos acreditados en una cuenta bancaria;

b) Si el producto no ha sido descrito en términos genéricos en el aviso inscrito o no consiste en los tipos de bienes enumerados en el apartado a) de la presente recomendación, la garantía real sobre el producto será oponible a terceros durante [indíquese un breve plazo de tiempo] días después de que nazca el producto y con carácter continuo posteriormente, si se hizo oponible a terceros por uno de los métodos enumerados en la recomendación 32 ó 34 (capítulo V sobre la oponibilidad a terceros de las garantías reales) antes del vencimiento de ese plazo.

Prelación de una garantía real sobre el producto de un bien corporal que no constituya existencias o bienes de consumo

195. El régimen debería prever que, si un derecho de retención de titularidad o un derecho de arrendamiento financiero es oponible a terceros, la garantía real sobre el producto al que se hace referencia en la recomendación 193 gozará de prioridad frente a toda garantía real sobre los mismos bienes.

Prelación de una garantía real sobre el producto de las existencias adquiridas

196. El régimen debería prever que, si un derecho de retención de la titularidad o un derecho de arrendamiento financiero es oponible a terceros, la garantía real sobre el producto de las existencias adquiridas a que se hace referencia en la recomendación 193 gozará de la misma prelación que un derecho de retención de la titularidad o de arrendamiento financiero sobre dichas existencias, salvo cuando el producto consista en efectos a cobrar, títulos negociables, derechos al cobro de fondos acreditados en una cuenta bancaria y derechos a recibir el producto de una promesa independiente. Ahora bien, dicha prelación estará supeditada a que el vendedor o arrendador notifiquen al respecto a todo acreedor garantizado que, antes de que ese producto nazca, haya inscrito un aviso respecto de una garantía real sobre bienes de la misma especie que el producto de las existencias.

[Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee recordar que, en su 40º período de sesiones (primera parte), decidió que se preparara una segunda variante respecto de la oponibilidad a terceros de un derecho de retención de la titularidad y un derecho de arrendamiento financiero que no estableciese una distinción entre las existencias y los bienes que no fueran existencias respecto de los bienes gravados iniciales (véase A/62/17 (Parte I), párrs. 63 y 89 a 90). Dichas variantes se recogen en la recomendación 189.]

La Comisión tal vez desee estudiar la posibilidad de si para seguir el texto y la estructura de las variantes que figuran en la recomendación 189, se debería presentar una variante de las recomendaciones 195 y 196 (titulada “Prelación de las garantías reales sobre el producto de un bien corporal”) del siguiente tenor:

“El régimen debería prever que, si un derecho de retención de la titularidad o un derecho de arrendamiento financiero sobre bienes corporales es oponible a terceros, la garantía real sobre el producto a que se hace referencia en la recomendación 193 gozará de la misma prioridad que una garantía real no destinada a la adquisición si la garantía real sobre el producto es oponible a terceros con arreglo a la recomendación 194.

El régimen debería prever que la regla que figura en la recomendación precedente se aplicará también al producto de un bien corporal objeto de una garantía real del pago de una adquisición.”

La Comisión tal vez desee tomar nota de que dichas recomendaciones disponen que la garantía real sobre el producto de un bien corporal que fuera objeto de un derecho de retención de la titularidad o un derecho de arrendamiento financiero gozará de la misma prelación que una garantía real no destinada a la adquisición (o sea, no una superprelación). Este enfoque, que es acorde con la recomendación 196, tiene la finalidad de evitar una repercusión negativa en la financiación de efectos por cobrar y la financiación de existencias, y es compatible

con el enfoque adoptado en la mayoría de los foros en los que se utiliza la retención de titularidad.]

Ejecución de un derecho de retención de la titularidad o de un derecho de arrendamiento financiero

197. El régimen debería prever que:

a) Las reglas relativas a la ejecución de un derecho de retención de la titularidad o un derecho de arrendamiento financiero sobre un bien corporal a raíz de un incumplimiento deberían ocuparse de:

- i) La forma en que el vendedor o el arrendador podrán obtener la posesión del bien corporal;
- ii) Si el vendedor o el arrendador están obligados o no a enajenar el bien corporal y, en caso afirmativo, la forma de hacerlo;
- iii) La cuestión de si el vendedor o el arrendador pueden retener un superávit; y
- iv) La cuestión de si el vendedor o el arrendador tienen alguna reclamación frente al comprador o el arrendatario por eventuales deficiencias;

b) El régimen que se aplique a la ejecución de una garantía real a raíz de un incumplimiento será aplicable a la ejecución de un derecho de retención de la titularidad o de un derecho de arrendamiento financiero tras un incumplimiento, sin que con ello se menoscabe la coherencia del régimen aplicable a la venta y al arrendamiento.

Derecho de retención de la titularidad o derecho de arrendamiento financiero en el procedimiento de insolvencia

198. El régimen debería prever que, en caso de un procedimiento de insolvencia respecto del deudor,

Variante A*

las disposiciones que se apliquen a las garantías reales se aplicarán también a los derechos de retención de la titularidad y los derechos de arrendamiento financiero.

Variante B

las disposiciones de la legislación del Estado promulgante que se apliquen a los derechos de propiedad de terceros se aplicarán también a los derechos de retención de la titularidad y los derechos de arrendamiento financiero.

[Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee tomar nota de que esta recomendación se trasladó del capítulo XIV sobre el efecto de la insolvencia en las garantías reales para evitar la inferencia de que la caracterización de las garantías reales del pago de una adquisición como garantías reales o como derechos de propiedad es un asunto del régimen de la insolvencia (inferencia que sería incompatible con la Guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia de

* Un Estado podrá adoptar la variante A o la variante B de la recomendación 198.

la CNUDMI; véase, por ejemplo, la nota 6 de la recomendación 35 de la Guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia de la CNUDMI).

La Comisión tal vez desee también tomar nota de que en el comentario se explicará que dicha caracterización es una cuestión del régimen de las operaciones garantizadas o del régimen de la propiedad en general. En el comentario también se explicará que el régimen de la insolvencia difiere al régimen de las operaciones garantizadas en estas cuestiones. El comentario también explicará que una garantía real del pago de una adquisición ha de considerarse como una garantía real en el contexto tanto del enfoque unitario como del no unitario.

El comentario del capítulo XIV sobre el efecto de la insolvencia en las garantías reales explicará que, en el marco de la Guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia de la CNUDMI, si un derecho de retención de la titularidad o un derecho de arrendamiento financiero es, en virtud de un régimen distinto del régimen de la insolvencia, una garantía real, se aplicarán las recomendaciones de la Guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia de la CNUDMI que se ocupan de las garantías reales. Si un derecho de retención de la titularidad o un derecho de arrendamiento financiero es, en virtud de un régimen distinto del de la insolvencia, un derecho de propiedad, se aplicarán las recomendaciones de la Guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia de la CNUDMI que se ocupan de los bienes propiedad de terceros.]

Ley aplicable a un derecho de retención de la titularidad o a un derecho de arrendamiento financiero

199. El régimen debería prever que las disposiciones sobre conflicto de leyes que se apliquen a las garantías reales se aplicarán también a los derechos de retención de la titularidad y los derechos de arrendamiento financiero.

XII. Conflicto de leyes*

Finalidad

La finalidad de las normas de conflicto de leyes es determinar la ley aplicable a: la constitución, oponibilidad a terceros y prelación de una garantía real; y los derechos y obligaciones del otorgante, el acreedor garantizado y los terceros con anterioridad y posterioridad al incumplimiento³³.

A. Recomendaciones generales

Ley aplicable a las garantías reales sobre bienes corporales

200. El régimen³⁴ debería disponer, salvo que en las recomendaciones 201 a 204 y 208 se disponga otra cosa, que la ley aplicable a la constitución de toda garantía

* Las recomendaciones sobre el conflicto de leyes se prepararon en estrecha colaboración con la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

³³ Las cuestiones de conflicto de leyes relativas a la financiación de adquisiciones y la insolvencia se abordan en los capítulos XI y XIV respectivamente.

³⁴ En el presente capítulo se entiende por “régimen” el régimen de las operaciones garantizadas u otro régimen en el que un Estado podrá incluir disposiciones sobre conflicto de leyes.

real sobre bienes corporales, la posibilidad de oponerle a terceros y su grado de prelación será la ley del Estado en que esté situado el bien.

201. El régimen debería prever que la ley aplicable a las cuestiones mencionadas en la recomendación 198 respecto de una garantía real sobre un bien corporal de una especie que suele utilizarse en más de un Estado será la ley del Estado en que esté situado el otorgante.

202. El régimen debería prever que, si un bien corporal es objeto de inscripción en un registro especializado o de anotación en un certificado de titularidad que prevean la inscripción o anotación de una garantía real, la ley aplicable a las cuestiones mencionadas en la recomendación 200 será la ley del Estado bajo cuya jurisdicción esté el registro o se expida el certificado de titularidad.

203. El régimen debería prever que la ley aplicable a una garantía real sobre un bien corporal que se haya hecho oponible a terceros mediante la posesión de un documento negociable frente a otra garantía real concurrente que se haya hecho oponible a terceros mediante otro método será la ley del Estado en que esté situado el documento.

Ley aplicable a las garantías reales sobre bienes corporales en tránsito o destinados a la exportación

204. El régimen debería disponer que toda garantía real sobre bienes corporales (que no sean títulos negociables ni documentos negociables) que estén en tránsito, o que se vayan a exportar del Estado en que se encuentren en el momento de constituirse la garantía real, podrá constituirse y hacerse valer frente a terceros con arreglo a las leyes del Estado en que estuviesen situados inicialmente los bienes, de conformidad con la recomendación 200, o con arreglo a las leyes del Estado de destino final, siempre y cuando los bienes lleguen a ese Estado en un plazo de [indíquese un plazo breve] días a contar desde el momento en que se haya constituido la garantía real.

Ley aplicable a las garantías reales sobre bienes inmateriales

205. El régimen debería disponer que la ley aplicable a la constitución de toda garantía real sobre bienes inmateriales, la posibilidad de oponerla a terceros y su grado de prelación será la ley del Estado en que esté situado el otorgante.

Ley aplicable a los créditos por cobrar nacidos de una venta, un arrendamiento o un acuerdo de garantía relativo a un bien inmueble

206. El régimen debería disponer que la ley aplicable a la constitución de toda garantía real sobre un crédito por cobrar nacido de una venta, de un arrendamiento o de un acuerdo de garantía relativo a un bien inmueble, la posibilidad de oponerla a terceros y su grado de prelación será la ley del Estado en que esté situado el cedente. No obstante, la ley aplicable a los conflictos de prelación relativos a los derechos de un demandante concurrente inscrito en el registro de la propiedad inmobiliaria será la ley del Estado en que esté dicho registro. La norma que figura en la oración anterior se aplicará únicamente si la inscripción es pertinente en virtud de dicha ley a la prelación de una garantía real sobre el crédito por cobrar.

Ley aplicable a las garantías reales sobre el derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria

207. El régimen debería disponer que la ley aplicable a la constitución de toda garantía real sobre el derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria, la posibilidad de oponerla a terceros, su grado de prelación y su ejecución, así como los derechos y obligaciones del banco depositario con respecto a dicha garantía será

Variante A*

la ley del Estado en que el banco que administre la cuenta bancaria tenga su establecimiento. Si tuviera establecimiento en más de un Estado, se hará remisión al lugar en que se encuentre la filial que administra la cuenta.

Variante B

la ley del Estado expresamente designado en el acuerdo sobre la cuenta para regularlo o, si en ese acuerdo se estipulara expresamente la aplicabilidad de otra ley a todas esas cuestiones, esa otra ley. No obstante, la ley del Estado determinada conforme a la oración anterior únicamente será aplicable si el banco depositario, en el momento de concertar el acuerdo sobre la cuenta, posee en ese Estado una oficina normalmente encargada de administrar cuentas bancarias. De no ser determinada la ley aplicable conforme a las dos oraciones anteriores, la ley aplicable habrá de determinarse en virtud de reglas supletorias basadas en el artículo 5 del Convenio de La Haya sobre la ley aplicable a ciertos derechos sobre valores depositados en poder de un intermediario³⁵.

La presente recomendación está sujeta a la excepción prevista en la recomendación 208.

Ley aplicable a la posibilidad de oponer a terceros garantías reales sobre determinados tipos de bienes mediante inscripción registral

208. El régimen debería disponer que, si el Estado en que está situado el otorgante reconoce la inscripción registral como método para que una garantía real sobre un título negociable o un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria surta efecto frente a terceros, sea la ley de ese Estado la que determine si esa garantía ha pasado a ser oponible a terceros mediante la inscripción registral efectuada conforme a sus leyes.

Ley aplicable a las garantías reales sobre el derecho de recibir el producto de una promesa independiente

209. El régimen debería disponer que la ley del Estado especificado en una promesa independiente del garante/emisor, del confirmante o de la persona designada regirá:

a) Los derechos y obligaciones del garante/emisor, del confirmante o de la persona designada que haya recibido una solicitud de aceptación o que haya pagado o pueda pagar o dar valor de otra forma en virtud de una promesa independiente;

* Un Estado podrá adoptar la variante A o la variante B de la recomendación 207.

³⁵ Un Estado que adopte la variante B tiene que adoptar también las recomendaciones 223 y 224.

b) El derecho a ejecutar la garantía real constituida sobre el derecho a recibir el producto de una promesa independiente frente al garante/emisor, al confirmante o a la persona designada; y

c) Salvo que en la recomendación 209 se disponga otra cosa, la validez frente a terceros y la prelación de la garantía real constituida sobre el derecho a recibir el producto de una promesa independiente.

210. Si la ley aplicable no queda determinada por la garantía independiente del garante/emisor o del confirmante, la ley que regirá las cuestiones enunciadas en la recomendación 209 será la del Estado en el que esté situada la filial u oficina del garante/emisor o del confirmante que se indique en la promesa independiente. Sin embargo, cuando se trate de una persona designada, la ley aplicable será la del Estado en que esté situada la filial u oficina de la persona designada que haya pagado o que pueda pagar o dar valor de otra forma en virtud de la promesa independiente.

211. El régimen debería disponer que la ley aplicable a la constitución y validez frente a terceros de una garantía real sobre un crédito por cobrar, un título negociable u otro bien inmaterial, cuyo pago u otra forma de cumplimiento esté respaldado por la promesa independiente, será también la ley aplicable a la cuestión de si se constituye una garantía real sobre el derecho a recibir el producto de una promesa independiente y pasa a ser oponible a terceros automáticamente como se prevé en las recomendaciones 25 y 48 (capítulo IV sobre la constitución de garantías reales).

Ley aplicable a las garantías reales sobre el producto de un bien

212. El régimen debería disponer que:

a) La constitución de toda garantía real sobre el producto de un bien se regirá por la ley aplicable a la constitución de la garantía real sobre el bien originalmente gravado del cual se obtenga el producto; y

b) La ley aplicable a la posibilidad de oponer a terceros toda garantía real sobre el producto de un bien y su prelación será la ley que rija oponibilidad a terceros y la prelación de una garantía real constituida sobre bienes del mismo tipo que el producto.

Ley aplicable a los derechos y obligaciones del otorgante y del acreedor garantizado

213. El régimen debería disponer que la ley aplicable a los derechos y obligaciones recíprocos del otorgante y el acreedor garantizado emanados del acuerdo de garantía será la ley que hayan elegido y, si no hubieran elegido la ley aplicable, la ley que regule el acuerdo de garantía.

Ley aplicable a los derechos y obligaciones de la parte obligada y del acreedor garantizado

214. El régimen debería disponer que la ley aplicable a los créditos por cobrar, los títulos negociables o los documentos negociables, será también la ley que rija:

a) La relación entre el deudor y el cesionario del crédito por cobrar, entre la parte obligada en virtud de un título negociable y el titular de una garantía real sobre dicho título, o entre el emisor de un documento negociable y el titular de una garantía real sobre dicho documento;

[Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee suprimir la referencia a la ley aplicable a la relación entre el emisor de un instrumento negociable y el titular de una garantía real sobre dicho documento. Si el régimen de las operaciones garantizadas dispusiera que dicha relación está sujeta a la ley del Estado que regule el documento negociable, ello podría dar por resultado una incompatibilidad con los enfoques adoptados actualmente en las leyes de transportes de distintos Estados. Tal vez sea preferible dejar el asunto a otra ley.]

b) Las condiciones en que la cesión del crédito por cobrar o la garantía real sobre el título negociable o el documento negociable podría invocarse frente al deudor del crédito, frente a la parte obligada en virtud del título negociable o frente al emisor del documento negociable (incluso la posibilidad de que el deudor, la parte obligada o el emisor hiciera hacer valer o no un acuerdo de intransferibilidad); y

c) La determinación de que las obligaciones del deudor del crédito, de la parte obligada en virtud del título negociable o del emisor del documento negociable se han cumplido o no.

Ley aplicable a la ejecución de las garantías reales

215. El régimen debería disponer que, a reserva de la recomendación 220, la ley aplicable a:

a) Las cuestiones relativas a la ejecución de las garantías reales constituidas sobre bienes corporales será la ley del Estado en que tenga lugar la ejecución; y

b) Las cuestiones relativas a la ejecución de las garantías reales constituidas sobre bienes inmateriales será la ley que rijan la prelación de la garantía.

Significado de la “ubicación” del otorgante

216. El régimen debería disponer que, a efectos de las disposiciones del presente régimen relativas al conflicto de leyes, el otorgante estará situado en el Estado en que se encuentre su establecimiento. Si está establecido en más de un Estado, su establecimiento será aquel en que ejerza la administración central. Si no tiene un establecimiento, se hará referencia a su residencia habitual.

Momento aplicable al determinar la ubicación

217. El régimen debería disponer que:

a) Salvo en lo dispuesto en el apartado b) de la presente recomendación, cuando en las disposiciones del presente régimen relativas al conflicto de leyes se mencione la ubicación de los bienes o del otorgante, se interprete que se hace referencia, a efectos de las cuestiones relacionadas con la constitución de la garantía real, al lugar en que se encontraban los bienes o el otorgante en el momento de constituirse la garantía real y, a efectos de las cuestiones relativas a la oponibilidad a terceros y la prelación, al lugar en que se encontraban los bienes o el otorgante en el momento de plantearse la cuestión;

b) Si los derechos de las partes reclamantes concurrentes sobre un bien gravado se constituyeron y pasaron a ser oponibles a terceros antes del cambio de ubicación del bien o del otorgante, cuando en las disposiciones del presente régimen relativas al conflicto de leyes se mencione la ubicación de los bienes o del otorgante se entenderá, en lo que respecta a la oponibilidad a terceros y a las cuestiones de prelación, como una referencia al lugar anterior al cambio de ubicación.

Exclusión de la remisión

218. El régimen debería disponer que toda remisión, en las disposiciones del presente régimen relativas al conflicto de leyes, a “la ley” de otro Estado como ley que rige una determinada cuestión deberá entenderse como la ley vigente en ese Estado para cuestiones que no sean las reglas sobre conflicto de leyes.

Orden público y reglas imperativas desde una perspectiva internacional

219. El régimen debería disponer que:

a) El tribunal del foro sólo puede negarse a aplicar la ley determinada en las disposiciones del presente régimen relativas al conflicto de leyes cuando los efectos de su aplicación sean manifiestamente contrarios al orden público del foro;

b) Las disposiciones sobre conflicto de leyes no impiden que el tribunal del foro aplique las disposiciones de su propia ley que, independientemente de las reglas sobre conflicto de leyes, deban aplicarse incluso a situaciones internacionales; y

c) Las reglas enunciadas en los apartados a) y b) de la presente recomendación no permiten la aplicación de disposiciones de la ley del foro a la oponibilidad a terceros o a la prelación de una garantía real.

Efecto de la apertura de un procedimiento de insolvencia en la ley aplicable a las garantías reales

220. El régimen debería disponer que la apertura de un procedimiento de insolvencia no sustituye a las normas sobre conflicto de leyes que determinan la ley aplicable a la constitución, la oponibilidad a terceros, la prelación y la ejecución de una garantía real (y, en el contexto del enfoque no unitario, un derecho de retención de titularidad y un derecho de arrendamiento financiero). Ahora bien, esta disposición estará sujeta a los efectos que tenga en esas cuestiones la aplicación del régimen de insolvencia del Estado en el que se abra el procedimiento de insolvencia (*lex fori concursus*) a cuestiones como la elusión, el trato de los acreedores garantizados, la clasificación de demandas o la distribución del producto³⁶.

[Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee tomar nota de que la presente recomendación se trasladó del capítulo XIV sobre el efecto de la insolvencia en las garantías reales y fue revisada con objeto de evitar incompatibilidades con la Guía legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia, que se ocupa de la ley aplicable a la validez y eficacia de los derechos y reclamaciones, pero no de la ley aplicable a la prelación general o la ejecución de

³⁶ Véase la recomendación 31 de la Guía legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia.

las garantías reales. En el comentario se explicará que la primera oración de la presente recomendación introduce una norma de conflicto de leyes generalmente aceptable, que es acorde con la Guía legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia ya que la segunda oración mantiene la aplicación de la lex fori concursus³⁷. En este contexto, el comentario mencionará el comentario del capítulo XIV sobre el efecto de la insolvencia en las garantías reales en el que se explican las recomendaciones sobre conflicto de leyes de la Guía legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia.]

B. Recomendaciones especiales cuando el derecho aplicable es el de un Estado con varias unidades territoriales

221. El régimen debería disponer que, en aquellas situaciones en que la ley aplicable a una cuestión sea la de un Estado integrado por varias unidades territoriales, a reserva de lo dispuesto en la recomendación 222, toda referencia a la ley de un Estado compuesto por varias unidades territoriales se entenderá referida a la ley de la unidad territorial pertinente (determinada sobre la base de la ubicación del otorgante o de un bien gravado o, si no, en virtud de las normas sobre conflicto de leyes) y, en la medida en que sea aplicable a dicha unidad territorial, se entenderá referida a la ley del Estado integrado por varias unidades territoriales propiamente dicho.

222. El régimen debería disponer que si, en virtud de sus disposiciones relativas al conflicto de leyes, la ley aplicable es la de un Estado compuesto por varias unidades territoriales o la de una de sus unidades territoriales, serán las reglas internas sobre conflicto de leyes vigentes de dicho Estado multiterritorial o su unidad territorial las que determinarán si se aplicarán las reglas sustantivas de derecho del Estado multiterritorial o las de una determinada unidad territorial de dicho Estado.

223. El régimen debería disponer que, cuando el titular de una cuenta y el banco depositario hayan convenido en aplicar al acuerdo sobre la cuenta la ley de una determinada unidad territorial de un Estado integrado por varias unidades territoriales:

- a) La palabra “Estado”, que figura en la primera oración de la recomendación 207 (variante B) se entenderá referida a dicha unidad territorial;
- b) Las palabras “ese Estado”, en la segunda oración de la recomendación 207 (variante B) se entenderán referidas al Estado multiterritorial propiamente dicho.

224. El régimen debería disponer que se aplicará la ley de una unidad territorial cuando:

- a) En virtud de la recomendación 207 (variante B) y de la recomendación 223, la ley designada sea la de la unidad territorial de dicho Estado multiterritorial;
- b) En virtud de la ley de dicho Estado, la ley de una unidad territorial se aplique únicamente cuando el banco depositario tenga una oficina en el territorio de

³⁷ Véase Guía legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia, segunda parte, párr. 88 y recomendación 34, que dispone que podrían preverse otras excepciones de ese principio siempre y cuando se expongan o señalen claramente en el régimen de la insolvencia.

la unidad territorial que cumpla los requisitos especificados en la segunda oración de la recomendación 207 (variante B); y

c) La regla descrita en el apartado b) de la presente recomendación esté vigente en el momento en que se haya constituido la garantía real sobre la cuenta bancaria³⁸.

XIII. Transición

Finalidad

La finalidad de las disposiciones del régimen relativas a la transición es lograr una transición justa y eficiente entre el régimen anteriormente aplicable y el presente régimen una vez promulgado.

Fecha de entrada en vigor

225. En el régimen debería especificarse ya sea una fecha posterior a su promulgación para su entrada en vigor (la “fecha de entrada en vigor”), o un mecanismo por el que se fije esa fecha. A partir de dicha fecha, el régimen se aplicará a todas las operaciones comprendidas en su ámbito, concertadas antes o después de dicha fecha, a reserva de lo dispuesto a continuación.

Inaplicabilidad del régimen a las actuaciones abiertas antes de su entrada en vigor

226. El régimen debería disponer que no será aplicable a las cuestiones que estén siendo dirimidas en el marco de un litigio o de otro procedimiento vinculante de solución de controversias antes de la fecha de entrada en vigor. Si la ejecución de una garantía real ha comenzado antes de la fecha de entrada en vigor, podrá continuar en virtud del régimen vigente antes de la fecha de entrada en vigor (“normativa legal anterior”).

[Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee considerar si el inicio de un recurso posterior al incumplimiento antes de la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen debería resultar en la aplicación a la ejecución de toda normativa legal anterior. De ser así, es más pertinente utilizar la palabra “deberá” en lugar de “podrá”.]

Constitución de una garantía real

227. El régimen debería disponer que la normativa legal anterior determinará si se constituyó una garantía real antes de la fecha de entrada en vigor.

Oponibilidad a terceros de una garantía real

228. El régimen debería disponer que una garantía real que haya pasado a ser oponible a terceros conforme a la normativa legal anterior conservará su eficacia frente a terceros hasta:

³⁸ Únicamente los Estados que adopten la recomendación 207 (variante B) tienen que adoptar las recomendaciones 223 y 224.

a) El momento en que deje de ser oponible en virtud de la normativa legal anterior; y

b) Hasta la expiración de un plazo de [especificar el plazo] meses después de la fecha de entrada en vigor (“el período de transición”).

Si se cumplen las prescripciones relativas a la oponibilidad a terceros antes de que ésta haya cesado en virtud de la oración precedente, la oponibilidad a terceros mantendrá su continuidad.

Prelación de una garantía real

229. A reserva de lo dispuesto en las recomendaciones 230 y 231, el régimen debería prever que la prelación de una garantía real se regirá por el presente régimen. El momento en que una garantía real pasó a ser oponible a terceros o fue objeto de una inscripción de notificación en virtud de la normativa legal anterior será el momento que servirá para determinar la prelación de dicha garantía.

230. El régimen debería prever que la prelación de una garantía real será determinada por la normativa legal anterior cuando:

a) La garantía real y los derechos de todos los reclamantes concurrentes hubieran nacido antes de la fecha de entrada en vigor; y

b) No se haya producido ningún cambio en la situación jurídica de esos derechos desde la fecha de entrada en vigor.

231. El régimen debería prever que la situación jurídica de una garantía real ha cambiado si:

a) La garantía real era oponible a terceros en la fecha de entrada en vigor, conforme a la recomendación 228, y posteriormente dejó de ser oponible a terceros; o

b) La garantía real no era oponible a terceros en la fecha de entrada en vigor y posteriormente pasó a ser oponible a terceros.

[Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee considerar si debería suprimirse o no esta recomendación porque tal vez no explique suficientemente el sentido de la expresión “situación jurídica” y podría incluso inducir a confusión. Tal vez baste añadir las palabras “relativa a la prelación” después de las palabras “situación jurídica” en la presente recomendación para hacer frente a esta cuestión, y se puede explicar más a fondo en el comentario.]

XIV. Los efectos de la insolvencia en las garantías reales

A. Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia³⁹: definiciones y recomendaciones

Definiciones

12. b) “Bienes del deudor”: todo bien y derecho del deudor, así como todo derecho real sobre bienes que obren o no en su posesión, ya sean corporales o

³⁹ Publicación de las Naciones Unidas, S.05.V.10.

inmateriales, muebles o inmuebles, y todo derecho del deudor sobre bienes gravados o sobre bienes que sean propiedad de un tercero;

12. r) “Contrato financiero”: operación al contado, a plazo, de futuros, de opción o de permuta financiera relativa a tipos de interés, productos básicos, monedas, acciones u obligaciones bursátiles, índices u otros instrumentos financieros, así como toda operación de préstamo o de recompra o rescate de valores negociables, y cualquier otra operación similar a alguna de las anteriormente mencionadas que se concierte en un mercado financiero, o toda combinación de las operaciones anteriormente mencionadas;

[Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee considerar si las definiciones de los términos “contrato financiero” y “acuerdo de compensación global” (tomado de la Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internacional, apartados k) y l) del artículo 5 y reproducidos en la Guía legislativa sobre las operaciones garantizadas) deberían reproducirse también aquí.]

12. x) “*Lex fori concursus*”: la ley del foro ante el que se haya abierto el procedimiento de insolvencia;

12. y) “*Lex rei sitae*”: la ley del Estado en que esté ubicado el bien de que se trate;

12. z) “Compensación global por saldos netos”: la compensación global de obligaciones monetarias o no monetarias en virtud de contratos financieros;

12. aa) “Acuerdo de compensación global”: modalidad de contrato financiero entre dos o más partes que prevea una o más de las siguientes operaciones:

i) La liquidación neta de los pagos abonables en una misma moneda y vencidos en una misma fecha, ya sea por novación o de alguna otra forma;

ii) A raíz de la insolvencia o de otro tipo de incumplimiento de una de las partes en dicho acuerdo, la liquidación de todas las operaciones pendientes a su valor real de mercado o a su valor de sustitución, para la conversión de las sumas resultantes a una sola moneda y a un único saldo neto que una de las partes abonará a la otra; o

iii) La compensación de los saldos calculados en la forma indicada en el inciso ii) de la presente definición que sean adeudados en virtud de dos o más acuerdos de compensación global⁴⁰.

12. dd) “Parte interesada”: toda persona cuyos derechos, obligaciones u otros intereses puedan verse afectados por el procedimiento de insolvencia o por algún incidente dimanante del mismo, incluidos el deudor, el representante de la insolvencia, todo acreedor, todo socio de la empresa, el comité de acreedores, toda entidad pública o cualquier otra persona que pueda verse igualmente afectada. Ello no deberá dar lugar a que una persona con un interés remoto o difuso que puedan verse afectados por el procedimiento de insolvencia pueda ser considerada parte interesada en dicho procedimiento;

⁴⁰ Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta S. 04.V.14), artículo 5, apartado l)).

- 12. ff) “Preferencia”: operación mediante la cual un acreedor obtiene una ventaja o percibe un pago especial;
- 12. gg) “Prelación”: el derecho de toda persona a gozar de prioridad en el cobro, respecto de otra persona, cuando tal derecho haya nacido por efecto de la ley;
- 12. hh) “Crédito prioritario”: todo crédito que sea abonable con anterioridad al pago a los acreedores ordinarios no garantizados;
- 12. ii) “Protección del valor”: toda medida destinada a preservar el valor económico de los bienes gravados y los bienes pertenecientes a terceros durante el procedimiento de insolvencia (en algunos ordenamientos se habla del “amparo debido”). Dicho valor podrá protegerse mediante pagos en efectivo, la constitución de una garantía real sobre bienes adicionales o sustitutivos, o por cualquier otro medio que, a juicio del tribunal, proporcione la protección requerida;
- 12. pp) “Garantía real”: derecho sobre un bien que se haya constituido en garantía del pago o cumplimiento de una o varias obligaciones.

Recomendaciones

[Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee tomar nota de que, a fin de velar por que todas las recomendaciones pertinentes de la Guía legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia se reproduzcan en el presente capítulo, las recomendaciones (34), (40 a 45), (63), (73), (79), (81 a 85), (87), (92), (146 a 149) y (178) de dicha Guía legislativa se ha incluido infra.]

Objetivos fundamentales de un régimen de la insolvencia eficaz y eficiente

- 1) A fin de establecer y desarrollar un régimen eficaz de la insolvencia deberían tenerse en cuenta los siguientes objetivos fundamentales:
 - a) Dar seguridad en el mercado para promover la estabilidad y el crecimiento económicos;
 - b) Obtener el máximo valor de los bienes;
 - c) Ponderar adecuadamente las respectivas ventajas de la vía de liquidación y de la vía de reorganización;
 - d) Tratar de manera equitativa a los acreedores que se encuentren en circunstancias similares;
 - e) Lograr una solución oportuna, eficiente e imparcial de la situación de insolvencia;
 - f) Preservar la masa de la insolvencia para que pueda efectuarse una distribución equitativa entre los acreedores;
 - g) Garantizar un régimen de la insolvencia transparente y previsible que comprenda incentivos para reunir y facilitar información; y
 - h) Reconocer los derechos existentes de los acreedores y establecer reglas claras para determinar el grado de prelación de los créditos.

4) El régimen de la insolvencia debería especificar que, cuando una garantía real sea válida y ejecutoria en virtud de una norma ajena al régimen de la insolvencia, será reconocida en un procedimiento de insolvencia como válida y ejecutoria.

7) A fin de elaborar un régimen eficaz y eficiente de la insolvencia, procederá considerar los siguientes rasgos comunes de todo régimen de la insolvencia:

a) a d) ...

e) La protección de la masa de la insolvencia contra las acciones de los acreedores, del propio deudor y del representante de la insolvencia y, cuando las medidas de protección de la masa sean aplicables a los acreedores garantizados, la determinación del modo en que deberá salvaguardarse el valor económico de sus garantías reales durante el procedimiento de insolvencia;

f) a r) ...

Régimen aplicable a la validez y efectividad de los derechos y créditos

30) El régimen aplicable a la validez y efectividad de los derechos y créditos existentes en el momento de la apertura del procedimiento de insolvencia deberá establecerse conforme a las normas de derecho internacional privado del Estado en el que se abra el procedimiento de insolvencia.

Régimen aplicable a los procedimientos de insolvencia: *lex fori concursus*

31) El régimen de la insolvencia del Estado en el que se abra el procedimiento de insolvencia (*lex fori concursus*) deberá aplicarse a todos los aspectos de la apertura, la sustanciación, la administración y la conclusión de dicho procedimiento y sus efectos. Entre ellos cabe citar los siguientes:

a) a i) ...

j) El tratamiento de los acreedores garantizados;

k) a n) ...

o) La clasificación de los créditos;

p) a s) ...

Excepciones a la aplicación del régimen del procedimiento de insolvencia

...

34) Si, además de las recomendaciones 32 y 33, se añadieran nuevas excepciones, su número debería ser limitado y su contenido habría de exponerse o señalarse claramente en el régimen de la insolvencia.

Bienes que constituyen la masa de la insolvencia

35) El régimen de la insolvencia debería especificar que la masa de la insolvencia estará integrada por:

- a) Los bienes del deudor⁴¹, incluidos los derechos que pueda tener el deudor sobre bienes gravados y sobre bienes que sean propiedad de terceros;
- b) Los bienes adquiridos tras la apertura del procedimiento de insolvencia; y
- c) ...

Medidas cautelares⁴²

39) El régimen de la insolvencia debería especificar que el tribunal podrá conceder una exención de carácter provisional, a petición del deudor, de los acreedores o de terceros, si tal exención es necesaria para proteger y preservar el valor de los bienes del deudor⁴³ o los intereses de los acreedores entre el momento de la presentación de una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia y la apertura del procedimiento⁴⁴, concretamente:

- a) Paralizando la ejecución de medidas contra los bienes del deudor, incluidas las acciones encaminadas a dar eficacia a las garantías reales frente a terceros o la ejecución de garantías reales;
- b) a d) ...

Indemnización por los efectos de las medidas cautelares

40) El régimen de la insolvencia podrá facultar al tribunal para:

- a) Exigir a quien solicite medidas cautelares que aporte una indemnización y, en su caso, pague las costas u otros gastos; o
- b) Imponer sanciones en relación con una solicitud de medidas cautelares.

Equilibrio entre los derechos del deudor y los del representante de la insolvencia

41) El régimen de la insolvencia debería establecer claramente el equilibrio entre los derechos y obligaciones del deudor y de todo representante de la insolvencia designado en el marco de una medida cautelar. En el período comprendido entre la presentación de una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia y la

⁴¹ La propiedad de los bienes se determinaría con arreglo al derecho pertinente aplicable, en que el término “bienes”, definido en sentido amplio, abarque las propiedades, los derechos y los créditos del deudor, incluidos sus derechos y créditos sobre los bienes que sean propiedad de terceros.

⁴² Estos artículos se ajustan a los artículos correspondientes de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza; véase el artículo 19 (véase el anexo III de la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*).

⁴³ Los bienes a que se hace referencia en los apartados a) a c) son únicamente los que forman parte de la masa de la insolvencia una vez iniciado el procedimiento.

⁴⁴ El régimen de la insolvencia debería especificar el momento a partir del cual surtirá efecto la orden relativa a las medidas cautelares, por ejemplo, el momento en que se haya dictado la orden, retroactivamente desde la primera hora del día en que se dicte la medida, o en cualquier otro momento (véase el párrafo 44 de la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*).

apertura de dicho procedimiento, el deudor tiene derecho a seguir dirigiendo su empresa y a utilizar y disponer de los bienes en el curso ordinario de los negocios, a reserva de las restricciones que le imponga el tribunal.

Notificación

42) El régimen de la insolvencia debería especificar que, a menos que el tribunal dispense a una parte del deber de notificación o limite esa obligación, habrá que notificar debidamente a las partes interesadas que se vean afectadas por:

a) Una solicitud u orden judicial de medidas cautelares (incluidas las solicitudes de revisión y modificación o revocación de tales medidas); y

b) Una orden judicial de medidas suplementarias aplicables en el momento de la apertura, a menos que el tribunal dispense a una parte del deber de notificación o limite esa obligación.

Medidas cautelares a instancia de parte

43) El régimen de la insolvencia debería especificar que cuando no se notifique una solicitud de medida cautelar al deudor o a otra parte interesada que se vea afectada por dicha medida, el deudor u otra parte interesada que se vea afectada por la medida cautelar tendrá derecho, previa solicitud urgente, a ser oído con la mayor prontitud⁴⁵ para que exponga sus argumentos antes de que el tribunal decida si debe mantenerse o no la dispensa de notificación.

Modificación o revocación de medidas cautelares

44) El régimen de la insolvencia debería especificar que el tribunal podrá, por iniciativa propia o a petición del representante de la insolvencia, del deudor, de un acreedor o de toda otra persona afectada por las medidas cautelares, revisar y modificar o revocar éstas.

Revocación de medidas cautelares

45) El régimen de la insolvencia debería especificar que quedarán revocadas las medidas cautelares cuando:

a) Se desestime una solicitud de apertura de procedimiento;

b) Se impugne con éxito, en virtud de la recomendación 43, una orden de adopción de tales medidas; y

c) Entren en vigor las medidas aplicables en el momento de la apertura del procedimiento, salvo si el tribunal opta por mantenerlas.

⁴⁵ Todo plazo legal que se incluye en el régimen de la insolvencia debería ser breve para impedir que disminuyera el valor del negocio del deudor.

Medidas aplicables en el momento de la apertura

46) El régimen de la insolvencia debería especificar que, en el momento de la apertura de un procedimiento de insolvencia⁴⁶:

- a) Se paralizará el inicio o la continuación de acciones individuales o de procedimientos⁴⁷ que afecten a los bienes del deudor, así como sus derechos, obligaciones o responsabilidades;
- b) Se paralizará toda acción encaminada a que las garantías reales sean eficaces frente a terceros y a la ejecución de garantías reales⁴⁸;
- c) Se paralizará toda medida ejecutiva contra los bienes de la masa de la insolvencia;
- d) Se suspenderá el derecho de otra parte a poner fin a todo contrato con el deudor⁴⁹; y
- e) Se suspenderá el derecho a transmitir o gravar cualquier bien de la masa de la insolvencia o a disponer de él de algún otro modo⁵⁰.

Duración de las medidas automáticamente aplicables al iniciarse un procedimiento

49) El régimen de la insolvencia debería especificar que las medidas aplicables en el momento de la apertura de un procedimiento de insolvencia mantendrán sus efectos durante todo este procedimiento hasta que:

- a) El tribunal otorgue una exención al respecto⁵¹;

⁴⁶ Por lo general, las medidas enunciadas surtirían efecto en el momento de dictarse la orden de apertura.

⁴⁷ Véase el artículo 20 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza (véase el anexo III de la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*). Se pretende que las acciones individuales mencionadas en el apartado a) de la recomendación 46 abarquen también las acciones entabladas ante un tribunal arbitral. Sin embargo, tal vez no sea siempre posible paralizar automáticamente las actuaciones arbitrales, como en los supuestos en que el arbitraje no se celebre en el propio Estado, sino en el extranjero.

⁴⁸ Si la ley aplicable al margen del régimen de la insolvencia permite que las garantías reales se hagan oponibles dentro de ciertos plazos, es conveniente que ese régimen reconozca esos plazos y permita que la garantía se haga oponible cuando la apertura del procedimiento de insolvencia tenga lugar dentro del plazo correspondiente. Cuando la ley ajena al régimen de la insolvencia no prevea esos plazos, la paralización aplicable en el momento de la apertura de un procedimiento de insolvencia impedirá que la garantía real pase a ser oponible. (Para un examen más a fondo de la cuestión, véase el párrafo 32 de la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia* y la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre las Operaciones Garantizadas).

⁴⁹ Véanse los párrafos 114 a 119 de la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*. Esta recomendación no tiene la finalidad de evitar que se ponga fin a un contrato si éste estipula una fecha de terminación que resulte ser posterior a la apertura del procedimiento de insolvencia.

⁵⁰ La limitación del derecho a transmitir o gravar bienes de la masa de la insolvencia o a disponer de ellos de alguna otra forma puede ser objeto de una excepción en los casos en que se autorice al deudor a continuar sus actividades comerciales y en que éste pueda transmitir o gravar sus bienes o disponer de ellos de otra manera en el curso ordinario de sus negocios.

⁵¹ Las medidas de exención deberían otorgarse por los motivos enunciados en la recomendación 51 de la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*.

b) En un procedimiento de reorganización, entre en vigor un plan de reorganización⁵²; o

c) En el caso de los acreedores garantizados en procedimientos de liquidación, expire el período fijado por la ley⁵³, a menos que el tribunal prorrogue ese período cuando se demuestre que:

i) La prórroga es necesaria para obtener el máximo valor posible de los bienes en beneficio de los acreedores; y

ii) El acreedor garantizado quedará protegido de toda disminución del valor del bien gravado sobre el que tenga una garantía real.

Protección frente a una disminución del valor de bienes gravados

50) El régimen de la insolvencia debería especificar que, previa solicitud al tribunal, el acreedor garantizado deberá gozar del derecho a que se preserve el valor de los bienes gravados que respalden su crédito. El tribunal podrá otorgar medidas cautelares, concretamente:

a) Pagos en efectivo con cargo a la masa;

b) La aportación de garantías reales suplementarias; o

c) Otras medidas que el tribunal considere apropiadas.

Exención de los efectos de las medidas aplicables en el momento de la apertura de un procedimiento

51) El régimen de la insolvencia debería especificar que un acreedor garantizado podrá solicitar al tribunal que lo exima de los efectos de las medidas aplicables en el momento de la apertura de un procedimiento de insolvencia por motivos que pueden ser, entre otros:

a) El hecho de que el bien gravado no sea necesario para una eventual reorganización o venta de la empresa del deudor;

b) El hecho de que el valor del bien gravado esté disminuyendo como consecuencia de la apertura de un procedimiento de insolvencia y de que el acreedor garantizado no esté protegido contra esa reducción del valor; y

c) En una reorganización, el hecho de que no se haya aprobado un plan de reorganización en el plazo pertinente.

Facultad para usar los bienes de la masa de la insolvencia y disponer de ellos

52) El régimen de la insolvencia debería permitir:

⁵² El plan puede entrar en vigor al ser aprobado por los acreedores o confirmado por el tribunal, según lo que prevea el régimen de la insolvencia (véase la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*, capítulo IV, párrafos 54 y siguientes).

⁵³ La finalidad es que la paralización sólo se aplique a los acreedores garantizados durante un breve período, por ejemplo de 30 a 60 días, y que el régimen de la insolvencia especifique claramente el período de aplicación.

a) La utilización y disposición de los bienes de la masa de la insolvencia (incluidos los bienes gravados) en el curso ordinario de los negocios, excepto el producto líquido de su venta; y

b) La utilización y disposición de los bienes de la masa de la insolvencia (incluidos los bienes gravados) al margen del curso ordinario de los negocios, a reserva de lo previsto en las recomendaciones 55 y 58.

Imposición de nuevos gravámenes sobre bienes gravados

53) El régimen de la insolvencia debería especificar que podrán imponerse nuevos gravámenes sobre bienes ya gravados, a reserva de lo previsto en las recomendaciones 65 a 67.

Utilización de bienes que sean propiedad de terceros

54) El régimen de la insolvencia debería especificar que el representante de la insolvencia podrá utilizar un bien que sea propiedad de terceros o que esté en posesión del deudor, siempre y cuando se cumplan, entre otras, las siguientes condiciones:

a) Los intereses del tercero queden protegidos contra toda disminución del valor del bien; y

b) Los gastos derivados de los contratos de prestación continuada y de la utilización del bien tengan carácter de gastos administrativos.

Facultad de vender bienes de la masa que no estén gravados ni sujetos a otras cargas

58) El régimen de la insolvencia debería permitir al representante de la insolvencia vender todo bien que estuviera gravado o sujeto a otros derechos reales, sin ningún tipo de gravámenes y al margen del curso ordinario de los negocios, a condición de que:

a) El representante de la insolvencia notifique la venta propuesta a los titulares de garantías reales o de otros gravámenes;

b) Los titulares de dichos gravámenes tengan la oportunidad de exponer sus argumentos ante el tribunal cuando tengan objeciones a la venta propuesta;

c) No se haya dictado ninguna limitación de la paralización; y

d) Se preserve la prelación de los derechos sobre el producto de la venta del bien.

Utilización del producto líquido

59) El régimen de la insolvencia debería permitir al representante de la insolvencia utilizar el producto líquido o disponer de él, siempre que:

a) El acreedor garantizado que tenga una garantía real sobre ese producto líquido dé su consentimiento a que se utilice o se disponga de él; o

b) Se haya notificado al acreedor garantizado la utilización o disposición propuesta y se le haya dado la oportunidad de exponer sus argumentos ante el tribunal; y

c) Se hayan previsto salvaguardias para preservar los intereses del acreedor garantizado contra toda disminución del valor del producto líquido.

Bienes gravosos

62) El régimen de la insolvencia debería permitir al representante de la insolvencia determinar la forma de proceder respecto de los bienes que resulten gravosos para la masa. En particular, el régimen podrá permitir al representante renunciar a los bienes gravosos, después de notificar a los acreedores al respecto y de darles la oportunidad de oponerse a la medida propuesta. No obstante, cuando el valor del crédito garantizado sea superior al del bien gravado, y cuando dicho bien no sea necesario para la reorganización o la venta de la empresa como negocio en marcha, el régimen de la insolvencia podrá permitir que el representante de la insolvencia renuncie al bien y lo entregue al acreedor garantizado sin notificar a los demás acreedores.

Obtención y autorización del crédito después de la apertura del procedimiento

63) El régimen de la insolvencia debería dar facilidades e incentivos al representante de la insolvencia para que obtuviera crédito tras la apertura del procedimiento si el representante lo estimase necesario para mantener en marcha la empresa del deudor o garantizar su supervivencia o para preservar o incrementar el valor de la masa. El régimen de la insolvencia podrá requerir la autorización previa del tribunal o de los acreedores para la concesión de crédito tras la apertura.

Garantías en respaldo de toda financiación posterior a la apertura de un procedimiento

65) El régimen de la insolvencia debería permitir que se constituyera una garantía real para el reembolso de la financiación posterior a la apertura de un procedimiento, incluso sobre bienes no gravados, como los bienes adquiridos ulteriormente, o una garantía nueva o con menor prelación sobre bienes de la masa ya gravados.

66) El régimen de la insolvencia⁵⁴ debería especificar que una garantía real sobre los bienes del deudor encaminada a garantizar la financiación posterior a la apertura del procedimiento no tendrá prelación respecto de otra garantía real ya existente sobre los mismos bienes, a menos que el representante de la insolvencia obtenga el consentimiento del acreedor o los acreedores garantizados beneficiarios de la garantía o aplique el procedimiento enunciado en la recomendación 67.

67) El régimen de la insolvencia debería especificar que, cuando el acreedor garantizado ya existente no dé su consentimiento, el tribunal podrá autorizar la constitución de una garantía real que goce de prelación sobre las garantías preexistentes, siempre que se satisfagan determinadas condiciones, a saber, que:

⁵⁴ Esta norma puede estar enunciada en la legislación sobre otra materia. En tal caso, el régimen de la insolvencia debería señalar la existencia de tal disposición.

- a) Se notifique al acreedor garantizado ya existente y se le dé la oportunidad de ser oído por el tribunal;
- b) El deudor pueda probar que no le es posible obtener la financiación de otra manera; y
- c) Se protejan los intereses del acreedor garantizado ya existente⁵⁵.

Efecto del cambio de procedimiento en los créditos posteriores a la apertura

68) El régimen de la insolvencia debería especificar que, cuando el procedimiento de reorganización pase a ser un procedimiento de liquidación, toda prelación concedida a la financiación posterior a la apertura del procedimiento en la reorganización deberá seguir reconociéndose en la liquidación⁵⁶.

Cláusulas de extinción y de agilización automáticas

70) El régimen de la insolvencia debería especificar que no será invocable, frente al representante de la insolvencia o al deudor, ninguna cláusula contractual por la que se estipule la extinción o la agilización automáticas de un contrato cuando:

- a) Se haya presentado una solicitud de apertura o se haya iniciado un procedimiento de insolvencia;
- b) Se haya nombrado un representante de la insolvencia⁵⁷.

71) El régimen de la insolvencia debería indicar claramente los contratos a los que no podrá aplicarse la recomendación 70, como los contratos financieros, o los que estén sujetos a reglas especiales, como los contratos de trabajo.

Mantenimiento o rechazo de un contrato

72) El régimen de la insolvencia debería especificar que el representante de la insolvencia podrá decidir que continúe cumpliéndose un contrato del que tenga conocimiento cuando ello resulte beneficioso para la masa de la insolvencia⁵⁸. El régimen de la insolvencia debería especificar que:

- a) El derecho a mantener un contrato es aplicable a la totalidad de éste; y

⁵⁵ Véanse los párrafos 63 a 69 de la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*.

⁵⁶ No se reconocerá necesariamente el mismo grado de prelación. Por ejemplo, es posible que los préstamos otorgados después de la apertura sólo sean reembolsables tras el pago de los créditos administrativos relacionados con los gastos de la liquidación.

⁵⁷ Esta recomendación sólo sería aplicable a los contratos en que puedan dejarse sin efecto tales cláusulas (véase el comentario sobre las excepciones en los párrafos 143 a 145 de la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*) y no pretende ser excluyente, sino establecer un criterio mínimo. Por consiguiente, el tribunal debe poder examinar toda otra cláusula contractual que prevea la extinción de un contrato cuando se den circunstancias análogas.

⁵⁸ Siempre que pueda invocarse la paralización automática a raíz de la apertura del procedimiento con objeto de evitar la extinción (en virtud de una cláusula de extinción automática) de contratos celebrados con el deudor, todos los contratos deberán conservar su validez para que el representante de la insolvencia pueda estudiar la posibilidad de mantenerlos, a menos que la fecha de extinción estipulada en el contrato sea posterior a la apertura del procedimiento.

- b) Al mantenerse dicho contrato, resultarán ejecutables todas sus cláusulas.

73) El régimen de la insolvencia puede permitir que el representante de ésta decida rechazar un contrato⁵⁹. El régimen debería especificar que la decisión de rechazo será aplicable al contrato en su totalidad.

Mantenimiento de un contrato incumplido por el deudor

79) El régimen de la insolvencia debería especificar que cuando el deudor hubiera incumplido un contrato, el representante de la insolvencia podrá decidir que siga cumpliéndose dicho contrato, siempre y cuando se subsane el incumplimiento, se restablezca la situación económica que tenía la parte perjudicada antes del incumplimiento y la masa de la insolvencia tenga la capacidad suficiente para cumplir el contrato mantenido.

Cumplimiento previo al mantenimiento o al rechazo de un contrato

80) El régimen de la insolvencia debería especificar que el representante de la insolvencia podrá aceptar o requerir de la otra parte el cumplimiento de un contrato antes de la decisión de mantener o rechazar éste. Las reclamaciones de la otra parte que se deriven del cumplimiento aceptado o requerido por el representante de la insolvencia antes del mantenimiento o del rechazo del contrato serán pagaderas en concepto de gastos de administración de la masa:

a) Si la otra parte ha cumplido el contrato, el importe de los gastos de administración deberá corresponder al precio contractual del cumplimiento; o

b) Si el representante de la insolvencia utiliza bienes que sean propiedad de terceros y que estén en posesión del deudor en virtud de un contrato, deberá protegerse al tercero de toda pérdida de valor de sus bienes y dicha parte tendrá derecho a que se le abone una suma en concepto de gastos de administración de la masa, conforme al apartado a).

Reclamaciones por ulterior incumplimiento de un contrato mantenido

81) El régimen de la insolvencia debería especificar que cuando se haya decidido mantener un contrato y seguir cumpliéndolo, los daños y perjuicios derivados de un ulterior incumplimiento serán pagaderos en concepto de gastos de administración de la masa.

Daños y perjuicios derivados del rechazo de un contrato

82) El régimen de la insolvencia debería especificar que los daños y perjuicios derivados del rechazo de un contrato anterior a la apertura serán determinados de conformidad con el derecho aplicable y que deberían tratarse como créditos de acreedores ordinarios no garantizados. El régimen de la insolvencia podría limitar las reclamaciones derivadas del rechazo de un contrato de larga duración.

⁵⁹ En vez de la facultad de rechazar un contrato, algunos ordenamientos prevén que se interrumpa simplemente el cumplimiento del contrato, salvo que el representante de la insolvencia decida lo contrario.

Cesión de contratos

83) El régimen de la insolvencia podrá especificar que el representante de la insolvencia podrá optar por ceder un contrato, pese a las restricciones estipuladas en él, siempre y cuando la cesión sea beneficiosa para la masa.

84) Si la otra parte en un contrato se opone a su cesión, el régimen de la insolvencia podrá facultar, no obstante, al tribunal para aprobar la cesión, siempre y cuando:

- a) El representante de la insolvencia mantenga el contrato;
- b) El cesionario pueda cumplir las obligaciones contractuales cedidas;
- c) La otra parte en el contrato no quede en clara situación de desventaja a consecuencia de la cesión; y
- d) Antes de la cesión se subsane el incumplimiento del contrato por parte del deudor.

85) El régimen de la insolvencia podrá especificar que, cuando se ceda un contrato, el cesionario pasará a sustituir al deudor como parte contratante a partir de la fecha de la cesión, y que la masa ya no tendrá ninguna obligación en virtud del contrato.

Operaciones anulables⁶⁰

87) El régimen de la insolvencia debería establecer disposiciones con efecto retroactivo, concebidas para revocar toda operación realizada por el deudor o de la que hayan sido objeto bienes de la masa y que haya disminuido el valor de ésta o violado el principio del trato equitativo de los acreedores. El régimen de la insolvencia debería especificar que serán anulables los siguientes tipos de operaciones:

- a) Toda operación cuya finalidad sea impedir, demorar u obstaculizar el cobro de los respectivos créditos de los acreedores, cuando la operación pueda dejar ciertos bienes fuera del alcance de acreedores ya existentes o potenciales o perjudicar de algún otro modo los intereses de los acreedores.
- b) Toda operación por la que el deudor transmita un derecho real sobre sus bienes o contraiga una obligación y tal transmisión o compromiso constituyan una donación y que se haya realizado o contraído por un contravalor nominal inferior o insuficiente siendo el deudor ya insolvente o cuando, a raíz de la operación, el deudor haya pasado a ser insolvente (operaciones infravaloradas): y
- c) Toda operación en que intervengan los acreedores por la que alguno de ellos obtenga una proporción de los bienes del deudor superior a su cuota de la masa prorrateada o perciba beneficios de dicha proporción y que se realice siendo ya el deudor insolvente (operaciones preferentes).

⁶⁰ En la presente sección, el término “operación” se entenderá referido en general a una amplia variedad de actos jurídicos mediante los cuales cabe disponer de bienes o contraer obligaciones mediante transmisión, un pago, la constitución de una garantía real o de otro tipo, un préstamo o algún acto de renuncia [o una acción encaminada a dar eficacia a las garantías reales frente a terceros], y puede consistir en una combinación de operaciones.

Anulación de las garantías reales

88) El régimen de la insolvencia debería especificar que, cuando una garantía real sea eficaz o ejecutable en virtud de una regla de derecho distinta del régimen de la insolvencia, podrá quedar sujeta a las disposiciones de anulación del régimen por los mismos motivos que otras operaciones.

Operaciones no anulables

92) El régimen de la insolvencia debería especificar las operaciones no anulables, incluidos los contratos financieros.

Contratos financieros

103) Una vez rescindidos los contratos financieros del deudor, el régimen de la insolvencia debería permitir que la parte hiciera efectivas sus garantías reales, destinando su producto al cumplimiento de las obligaciones dimanantes de dichos contratos. Los contratos deberían quedar exentos de toda paralización impuesta por el régimen de la insolvencia a la ejecución de una garantía real.

Participación de los acreedores

126) El régimen de la insolvencia debería especificar que los acreedores, estén o no amparados por una garantía, tendrán derecho a participar en el procedimiento de insolvencia, e indicar las funciones que, en el ejercicio de ese derecho, podrán desempeñar.

Derecho a ser oído y a solicitar una revisión

137) El régimen de la insolvencia debería especificar que toda parte interesada tendrá derecho a ser oída respecto de cualquier cuestión del procedimiento de insolvencia que afecte a sus derechos, obligaciones o garantías reales. Por ejemplo, la parte interesada debería estar legitimada para:

- a) Impugnar todo acto que requiera aprobación judicial;
- b) Solicitar que el tribunal revise cualquier acto que no requiera aprobación judicial o cuya aprobación no haya sido solicitada al tribunal; y
- c) Solicitar cualquier medida de amparo o exoneración que pueda reclamar en el procedimiento de insolvencia.

Derecho de apelación⁶¹

138) El régimen de la insolvencia debería especificar que toda parte interesada podrá apelar contra cualquier resolución del tribunal que afecte a sus derechos, obligaciones o garantías reales.

⁶¹ De conformidad con sus objetivos fundamentales, el régimen de la insolvencia debería disponer que las apelaciones en el procedimiento de insolvencia no dejaran en suspenso las decisiones recurridas, a menos que así lo determinara el tribunal. Ello permitiría que los casos de insolvencia pudieran abordarse y resolverse de forma ordenada, rápida y eficiente y sin perturbaciones indebidas. Los plazos para presentar apelaciones deberían ajustarse a los previstos en el derecho generalmente aplicable, aunque en la insolvencia tienen que ser más breves para evitar la interrupción del procedimiento.

Mecanismos de votación

145) El régimen de la insolvencia debería establecer un mecanismo de votación para la aprobación del plan. Este mecanismo debería prever los acreedores y los titulares de acciones que tendrán derecho a votar respecto del plan; el modo en que se efectuará la votación, ya sea en una junta convocada al efecto, por correo o por algún otro medio, como por vía electrónica y mediante el voto por poder; y la posibilidad de que los acreedores y dichos titulares voten por categorías en función de sus respectivos derechos.

146) El régimen de la insolvencia debería especificar que los acreedores o titulares de acciones cuyos derechos sean modificados o se vean afectados por el plan no quedarán vinculados por las condiciones del plan, salvo que se les haya dado la oportunidad de votar respecto de la aprobación del mismo.

147) El régimen de la insolvencia debería especificar que cuando el plan no vaya a modificar los derechos de un acreedor o accionista o de una categoría de acreedores o accionistas, ni a afectar a esos derechos, dicho acreedor o accionista, o dicha categoría de acreedores o accionistas, no podrá votar respecto de la aprobación del plan.

148) El régimen de la insolvencia debería especificar que los acreedores que tengan derecho a votar sobre el plan deberán clasificarse por separado con arreglo a sus respectivos derechos y que cada categoría deberá votar por separado.

149) El régimen de la insolvencia debería especificar que habrá que otorgar el mismo trato a todos los acreedores y titulares de acciones de una misma categoría.

Plan de reorganización**Aprobación por categorías**

150) Cuando la votación para la aprobación del plan se realice por categorías de acreedores, el régimen de la insolvencia debería especificar cuál será el efecto, para la aprobación del plan, del resultado obtenido en la votación de cada categoría. Cabe prever diversos criterios, como el de exigir que el plan sea aprobado por una determinada mayoría de categorías o por todas ellas, pero que al menos una de las categorías de acreedores cuyos derechos sean modificados o se vean afectados por el plan deberá aprobarlo.

151) Cuando el régimen de la insolvencia no exija que el plan sea aprobado por todas las categorías, debería prever el trato que se ha de dar a las categorías que no voten a favor de un plan que sea, por lo demás, aprobado por las categorías cuya aceptación sea exigida. Ese trato debería tener como base las condiciones enumeradas en la recomendación 152.

Confirmación de un plan aprobado

152) Cuando el régimen de la insolvencia exija la confirmación judicial de un plan aprobado, debería exigir que el tribunal confirmara el plan si éste cumple las condiciones siguientes:

a) Que se haya obtenido la aprobación requerida y se haya seguido debidamente el procedimiento prescrito para la aprobación;

b) Que los acreedores reciban con arreglo al plan un valor que sea al menos equivalente al que habrían recibido en un procedimiento de liquidación, salvo que dichos acreedores hayan expresamente convenido en recibir un trato menos favorable;

c) Que nada de lo dispuesto en el plan sea contrario a derecho;

d) Que se vaya a pagar plenamente todo crédito o gasto administrativo, salvo en la medida en que el beneficiario de dicho crédito o gasto convenga en que se le otorgue un trato distinto; y

e) Salvo en la medida en que las categorías de acreedores afectadas hayan acordado otra cosa, si una categoría de acreedores ha votado contra el plan, esa categoría se reconocerá como tal, con arreglo al plan, en el régimen de la insolvencia, y en la distribución que se efectúe conforme al plan deberá tenerse en cuenta la prelación reconocida.

Impugnación de la aprobación del plan (cuando no se exija su confirmación judicial)

153) Cuando un plan pase a ser vinculante a raíz de su aprobación por los acreedores sin que se requiera confirmación judicial alguna, el régimen de la insolvencia debería permitir a toda parte interesada, incluido el deudor, impugnar su aprobación. El régimen debería especificar los criterios para la evaluación de toda impugnación interpuesta, entre los que cabe citar:

a) Que se cumplan las condiciones enunciadas en la recomendación 152; y

b) Que medie un supuesto de dolo, en cuyo caso serán aplicables los requisitos enunciados en la recomendación 154.

Créditos garantizados

172) El régimen de la insolvencia debería especificar si los acreedores garantizados tendrán que comunicar sus créditos.

Créditos indeterminados

178) El régimen de la insolvencia debería permitir que los créditos no cuantificados pudieran reconocerse provisionalmente, a la espera de que el representante de la insolvencia fije su valor.

Valoración de los créditos garantizados

180) El régimen de la insolvencia debería disponer que el representante de la insolvencia pudiera determinar, mediante una valoración del bien gravado, la parte del crédito de un acreedor garantizado que está respaldada por la garantía y la que no lo está.

Créditos garantizados

188) El régimen de la insolvencia debería especificar que un crédito garantizado deberá reembolsarse con cargo al bien gravado en una liquidación, o con arreglo a lo dispuesto en un plan de reorganización, subordinándolo a los créditos que tengan eventualmente mayor prelación. El régimen debería reducir al mínimo y enunciar

claramente los créditos que tuvieran un mayor grado de prelación que los créditos garantizados. Cuando el valor del bien gravado sea insuficiente para satisfacer el crédito del acreedor garantizado, éste podrá participar en el procedimiento como si fuera un acreedor ordinario sin garantía.

B. Recomendaciones adicionales relativas a la insolvencia

Bienes adquiridos después de la apertura

232. Salvo por lo dispuesto en la recomendación 233, el régimen de la insolvencia debería especificar que un bien de la masa adquirido después de la apertura de un procedimiento de insolvencia no estará sujeto a ninguna garantía real constituida por el deudor antes de la apertura del procedimiento.

233. El régimen de la insolvencia debería especificar que un bien de la masa adquirido después de la apertura de un procedimiento de insolvencia con respecto al deudor estará sujeto a una garantía real que haya constituido el deudor antes de la apertura del procedimiento de insolvencia en la medida en que el bien sea el producto (líquido o no) de un bien gravado que hubiera pertenecido al deudor antes de la apertura.

Cláusulas de extinción automática en procedimientos de insolvencia

234. Si el régimen de la insolvencia dispone que una cláusula contractual en virtud de la cual, una vez abierto el procedimiento de insolvencia, o una vez que se haya producido otro hecho relacionado con la insolvencia, se extinga automáticamente cualquier obligación contraída en virtud de un contrato, o se agilice el vencimiento de cualquier obligación contraída en virtud de un contrato, sea inejecutable respecto del representante de la insolvencia o del deudor, el régimen de la insolvencia deberá especificar también que esa disposición no hará inejecutable ni invalidará una cláusula contractual que exonere al acreedor de la obligación de conceder un préstamo o de otorgar crédito u otras facilidades financieras en beneficio del deudor.

Posibilidad de oponer una garantía real a terceros en procedimientos de insolvencia

235. El régimen de la insolvencia debería disponer que, si una garantía real era oponible a terceros en el momento de la apertura del procedimiento de insolvencia, se pudieran adoptar medidas después de la apertura del procedimiento para prolongar, preservar o mantener su validez frente a terceros en la medida y en la forma permitida en el régimen de las operaciones garantizadas.

Prelación de una garantía real en procedimientos de insolvencia

236. El régimen de la insolvencia debería disponer que si una garantía real goza de prelación en virtud de reglas de derecho distintas del régimen de la insolvencia, esa prelación siga intacta en el procedimiento de insolvencia, salvo que, de conformidad con el régimen de la insolvencia, se dé prelación a otro crédito. Esas excepciones deberían reducirse al mínimo y deberían establecerse claramente en el régimen de la insolvencia. La presente recomendación se subordina a la recomendación 188 de la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*.

Efecto de un acuerdo de subordinación en un procedimiento de insolvencia

237. El régimen de la insolvencia debería disponer que, si el titular de una garantía real sobre un bien de la masa de la insolvencia subordina su prelación, unilateralmente o en virtud de un acuerdo, en favor de un demandante concurrente existente o futuro, esa subordinación sea vinculante en el procedimiento de insolvencia con respecto al deudor.

Costos y gastos de conservación del valor del bien gravado en un procedimiento de insolvencia

238. El régimen de la insolvencia debería disponer que el representante de la insolvencia goce de prelación absoluta para recuperar con cargo al valor de un bien gravado los costos o gastos en que haya incurrido razonablemente para conservar, preservar o aumentar el valor del bien gravado en beneficio del acreedor garantizado.

Valoración de los bienes gravados en procedimientos de reorganización

239. El régimen de la insolvencia debería disponer que, al determinar el valor de liquidación de los bienes gravados en procedimientos de reorganización, se tenga en cuenta el uso de esos bienes y la finalidad de la valoración. El valor de liquidación de esos bienes puede basarse en su valor como parte de una empresa en marcha.
