

**Asamblea General**

Distr. general
7 de noviembre de 2007
Español
Original: inglés

**Comisión de las Naciones Unidas para
el Derecho Mercantil Internacional****Continuación del 40º período de sesiones**

Viena, 10 a 14 de diciembre de 2007

Garantías reales**Proyecto de guía legislativa sobre las operaciones
garantizadas****Nota de la Secretaría*****Adición****Índice**

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
VII. Prelación de una garantía real	1-170	4
A. Observaciones generales	1-151	4
1. Introducción	1-17	4
a) El concepto de prelación	1-7	4
b) Alcance de la prelación: tipos de conflictos de prelación	8-11	6
c) Importancia de las reglas de prelación	12-16	7
d) Esbozo del capítulo	17	9
2. Criterios para establecer unas reglas de prelación	18-24	9
3. Distintas bases para determinar la prelación	25-50	10
a) Orden de prelación cuando la oponibilidad se basa en el registro	27-34	11
b) Prelación cuando la oponibilidad a terceros se basa en la posesión	35-38	13
c) Orden de prelación cuando la oponibilidad a terceros se basa en el control del bien gravado	39-40	14

* Esta nota se presenta cinco semanas después de haber empezado a transcurrir el plazo de 10 semanas anterior al inicio de la reunión debido a la necesidad de concluir las consultas y ultimar las consiguientes modificaciones.



	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
d) Orden de prelación cuando la oponibilidad a terceros se basa en la inscripción en un registro especializado o la anotación en un certificado de titularidad	41-44	14
e) Orden de prelación cuando la oponibilidad a terceros se basa en la constitución de la garantía real	45-46	15
f) Orden de prelación cuando la oponibilidad a terceros se basa en la notificación a un tercero deudor	47-48	16
g) Orden de prelación establecido legislativamente según el carácter del crédito	49-50	16
4. Reglas para establecer la prelación entre acreedores concurrentes	51-126	17
a) Orden de prelación entre acreedores garantizados y no garantizados	52-53	17
b) Orden de prelación entre garantías reales concurrentes sobre los mismos bienes gravados	54-67	18
c) Orden de prelación de los derechos de los compradores, arrendatarios y licenciatarios de bienes gravados	68-94	22
d) Orden de prelación de los créditos preferentes	95-98	30
e) Orden de prelación de los derechos de los acreedores judiciales	99-107	31
f) Orden de prelación de los derechos de los proveedores de servicios relacionados con un bien gravado	108-111	33
g) Orden de prelación de los derechos de reclamación	112-114	34
h) Orden de prelación de una garantía real sobre un accesorio fijo	115-120	35
i) Orden de prelación de una garantía real sobre una masa de bienes o sobre un producto acabado	121-126	37
5. Alcance e interpretación de las reglas de prelación	127-151	39
a) Intrascendencia del conocimiento de la existencia de la garantía real	127-129	39
b) Libertad de contratación de la prelación: subordinación	130-133	40
c) Efectos sobre la prelación de la continuidad en la oponibilidad	134-136	41
d) Alcance de la prelación: desembolsos futuros y obligaciones futuras y contingentes	137-142	42
e) Orden de prelación de una garantía real sobre bienes adquiridos ulteriormente	143-145	44
f) Orden de prelación de la garantía real sobre el producto derivado de los bienes gravados	146-151	44
B. Observaciones específicamente relacionadas con los bienes	152-170	46
1. Orden de prelación de una garantía real sobre un título negociable	155-157	46
2. Orden de prelación de una garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria	158-164	47
3. Orden de prelación de una garantía real sobre dinero	165	49

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
4. Orden de prelación de una garantía real sobre el producto de una promesa independiente	166-167	49
5. Orden de prelación de una garantía real sobre un documento negociable o sobre bienes corporales abarcados por un documento negociable	168-170	50
C. Recomendaciones		51

VII. Prelación de una garantía real

A. Observaciones generales

1. Introducción

a) El concepto de prelación

1. El concepto de prelación constituye el eje de todo régimen eficaz de las operaciones garantizadas. Es el mecanismo primario que los ordenamientos utilizan para resolver conflictos entre los acreedores concurrentes de la propiedad del deudor (para las definiciones de los términos “prelación” y “acreedor concurrente”, véase la Introducción, sección B, Terminología). En el régimen de las operaciones garantizadas con bienes muebles, el concepto se refleja en un conjunto de principios y normas que establecen en qué medida un acreedor garantizado puede obtener el producto económico de su garantía real sobre un bien gravado con preferencia a los demás acreedores concurrentes.

2. La lógica y los límites del concepto de prelación se entienden mejor si se parte del régimen general de las relaciones entre deudores y acreedores en un ordenamiento jurídico. En algunos de ellos, el régimen de deudores y acreedores no se ocupa directamente de la relación entre los distintos acreedores del deudor si son varios; sólo se preocupa de la relación entre el acreedor y su deudor. En caso de incumplimiento, el acreedor puede obtener una sentencia judicial contra su deudor y conseguir sencillamente el embargo y la venta de los bienes de su deudor para pagar la suma que deba según la sentencia. En estos ordenamientos, el concepto de prelación (que deriva de la necesidad de determinar cuál de dos o más acreedores tiene un derecho preferente sobre el bien) sólo entra en juego si un acreedor concurrente impugna el derecho de otro acreedor a resarcirse con uno o más de los bienes de su deudor. Tal cosa puede suceder, por ejemplo, si un acreedor embarga una propiedad que se encuentra en una dependencia del deudor, la cual puede pertenecer de hecho a un tercero.

3. En la mayoría de los ordenamientos, sin embargo, el régimen de deudores y acreedores tiene un contenido más amplio y regula también de forma más expresa las relaciones entre todos los acreedores de un deudor. Estas relaciones se rigen normalmente por dos principios generales. Primero, la ley normalmente establece que los bienes de un deudor constituyen la “prenda común” (a veces denominada también “patrimonio embargable”) de todos los acreedores: todos los bienes de un deudor pueden ser embargados y vendidos para satisfacer una obligación confirmada mediante sentencia favorable a uno de los acreedores; sin embargo, si otros acreedores han obtenido también una sentencia favorable y se suman al embargo, el resultado de la venta se utilizará para pagar las deudas con todos los acreedores. Segundo, en caso de que no se haya obtenido dinero suficiente de la venta de los bienes para pagar a todos los acreedores en su totalidad, las deudas se satisfacen proporcionalmente y se pagan *pro rata* (por ejemplo, los acreedores se dividen en igualdad de condiciones los ingresos obtenidos de la venta en proporción con la cuantía respectiva de sus créditos).

4. Aunque los dos principios mencionados en el párrafo anterior forman parte del ordenamiento de la mayoría de los Estados, el régimen de deudores y acreedores en estos Estados ha evolucionado mucho y los ha superado, de forma que hoy permite que un acreedor particular tenga preferencia sobre otros acreedores. En otras palabras, en la mayoría de los ordenamientos estos dos principios rigen todas las relaciones entre deudores y acreedores salvo si uno o más de los acreedores ha contratado con su deudor una prelación. Por ejemplo, muchos ordenamientos permiten que los acreedores utilicen mecanismos tales como la retención del título o la venta con derecho de redención bien para impedir que algunos bienes sean aportados a la prenda común a disposición de todos los acreedores bien para retirar algunos bienes del deudor de este fondo común. De este modo, estos acreedores pueden tener más probabilidad de recibir el pago completo de las obligaciones contraídas con ellos pues no tienen que seguir compartiendo el valor económico de estos bienes con los acreedores concurrentes. Además, la mayoría de los ordenamientos autorizan a algunos acreedores a obtener un derecho preferencial en el reparto de los ingresos obtenidos de una venta realizada para satisfacer su crédito. Esta prelación puede derivar o bien de una disposición legal (como la prelación atribuida frecuentemente a los reparadores de los bienes, a los vendedores de bienes que no han sido pagados y a las autoridades fiscales) o bien de la firma de un contrato de garantía real sobre unos bienes concretos del deudor. En estos casos, el derecho de algunos acreedores a ser pagados con prelación a otros acreedores aumenta directamente la probabilidad de que los primeros obtengan el pago completo de sus créditos, ya que los acreedores concurrentes sólo serán pagados después de que se hayan satisfecho totalmente las deudas con los acreedores preferentes. Uno de los objetivos fundamentales de las reglas que rigen la prelación es regular las consecuencias que tienen estas técnicas para obtener una prelación sobre los demás acreedores concurrentes.

5. Los ordenamientos adoptan enfoques generales distintos para establecer un régimen de prelación. Algunos atribuyen a este concepto un contenido bastante limitado. Sólo se utiliza cuando concurren acreedores que han obtenido una preferencia a través de un quebrantamiento del principio de igualdad entre los acreedores. Estos ordenamientos normalmente no consideran que plantee un conflicto de prelación la concurrencia entre acreedores cuyas reclamaciones se limitan a uno o más de los bienes del deudor (principalmente los vendedores que han retenido el título y los posteriores adquirientes de bienes del deudor). Esta concurrencia de acreedores se resuelve ante todo y sobre todo determinando si el título sobre el bien en cuestión corresponde al acreedor o al deudor. Además, en estos ordenamientos las cuestiones de prelación normalmente sólo se plantean cuando un acreedor pretende ejecutar su crédito actuando sobre los bienes del deudor. El concepto de prelación no tiene ninguna trascendencia antes de ese momento.

6. En otros ordenamientos, el término prelación tiene un alcance más amplio. Se utiliza para referirse a la concurrencia entre acreedores que tienen un derecho real sobre los bienes (o los bienes conocidos) de su deudor (incluso los bienes que el deudor todavía no posea realmente). Por ejemplo, el conflicto entre un vendedor que ha retenido el título de un bien, un tercero a quien el deudor ha vendido voluntariamente el bien y un acreedor por sentencia judicial del comprador que tiene un derecho sobre el bien se puede considerar un conflicto de prelación. Además, en estos ordenamientos el concepto de prelación rige la relación entre los

acreedores concurrentes antes incluso de que el deudor haya incumplido sus obligaciones. La concurrencia entre el beneficiario de la transferencia de un crédito (cesionario) y un acreedor que pretenda cobrar ese crédito se considera un conflicto de prelación aunque el deudor no haya incumplido todavía sus obligaciones frente al acreedor que pretenda el cobro.

7. La Guía recomienda que, como marco general de referencia, los ordenamientos adopten un criterio plenamente integrado (o unitario) para abordar las garantías reales. Salvo en el caso de la financiación de adquisiciones, para el que se adopta un criterio no unitario (véase el capítulo XI relativo a la financiación de adquisiciones), tanto si el acreedor pretende obtener una preferencia mediante la aplicación del principio de la prenda común como si lo pretende mediante la aplicación del principio de igualdad entre los acreedores, el método concreto que se utilice es un asunto que ha de ser abordado en el régimen de las operaciones garantizadas (véase el capítulo III relativo a los enfoques básicos de las garantías reales, recomendación 11). Por eso, en el presente capítulo se utiliza el término prelación en el sentido más amplio que acaba de exponerse. Todas las situaciones de concurrencia entre un acreedor garantizado y cualquier otro acreedor que pretenda ejecutar sus derechos sobre un bien gravado se consideran conflictos de prelación.

b) Alcance de la prelación: tipos de conflictos de prelación

8. Antes de examinar por qué es tan importante el concepto de prelación (véanse los párrs. 12 a 16 *infra*), examinaremos las distintas situaciones en que se plantean cuestiones de prelación a fin de explicar el contexto. Normalmente las cuestiones de prelación se plantean en dos contextos principales, y en ambos se parte del supuesto de que al menos uno de los acreedores concurrentes es un acreedor garantizado.

9. Lo más frecuente es que las cuestiones de prelación se planteen en el momento en que se ejecuta una garantía real, por ejemplo, cuando el otorgante de una garantía real sobre un bien gravado incumple la obligación garantizada y el valor del bien gravado no basta para satisfacer las obligaciones contraídas con el acreedor que ejecuta su garantía y con todos los demás acreedores concurrentes que reclaman un derecho sobre el bien. En tal situación, el régimen de las operaciones garantizadas ha de determinar cómo se distribuye entre ellos el valor económico del bien. Es frecuente que el acreedor concurrente sea otro acreedor garantizado del otorgante. Un ejemplo típico es el del otorgante que concede una garantía real sobre el mismo bien a dos prestamistas diferentes. Sin embargo, en muchos casos el acreedor concurrente será titular de otro tipo de derecho real, por ejemplo, un derecho creado por imperio de la ley (por ejemplo, un acreedor preferente). Como segundo ejemplo cabe citar el caso del otorgante que incumple sus obligaciones con respecto a un acreedor garantizado y un acreedor no garantizado del otorgante obtiene una sentencia ejecutiva contra éste y toma medidas para ejecutar esa sentencia contra bienes gravados por la garantía real.

10. También se plantea una cuestión de prelación si un tercero reclama un crédito sobre un bien gravado pues en caso de tener éxito obtendrá un título claro sobre el bien (es decir, libre de cualquier garantía real y de las demás reclamaciones concurrentes sobre el bien). Un ejemplo típico es el del otorgante que constituye una garantía real en favor de un prestamista y retiene la posesión del bien, vendiendo el bien gravado a continuación a un tercero. En esta situación, el régimen de las operaciones garantizadas ha de determinar si el comprador del bien adquiere un

título libre de la garantía real constituida en favor del prestamista. Otro ejemplo es el del otorgante que constituye una garantía real sobre un bien en favor de un prestamista y a continuación arrienda ese bien a un tercero o concede a éste una licencia sobre el bien. En ese caso, el régimen de las operaciones garantizadas ha de determinar si el arrendatario financiero o el licenciataria del bien gravado pueden disfrutar de sus derechos como tales sin que les afecte la garantía real del prestamista. También cabe citar como ejemplo el caso del representante que intervenga en el procedimiento de insolvencia del otorgante y que reclame los bienes gravados por una garantía real del acreedor a fin de incluirlos en el patrimonio de la insolvencia.

11. En todos los casos antes mencionados, la prelación sólo entra en cuestión si las garantías reales son oponibles a terceros (para la diferencia entre oponibles entre las partes y oponibles frente a terceros véase el capítulo IV relativo a la constitución de una garantía real). Aunque algunos ordenamientos reconozcan que algunos derechos que quizá no sean “plenamente” oponibles a terceros tengan consecuencias sobre la prelación, otros establecen una clara distinción entre derechos oponibles a terceros y los que no lo son. En estos ordenamientos, las garantías reales que no son oponibles a terceros tienen el mismo rango tanto en las relaciones entre sí como frente a los derechos de los acreedores ordinarios no garantizados. Además, los acreedores concurrentes que tengan una condición preferente en virtud de otra ley (por ejemplo, los proveedores de servicios de reparación y los que se benefician de una preferencia legislativa) o que hayan adquirido bienes del otorgante tendrán siempre prelación sobre una garantía real que no sea oponible a terceros. Debe observarse, sin embargo, que aun en caso de que una garantía real no sea oponible a terceros y no tenga consecuencias sobre la prelación siempre será, no obstante, eficaz frente al otorgante y ejecutable (véase la recomendación 30 y el capítulo VIII relativo a los derechos y las obligaciones de las partes en un acuerdo de garantía).

c) Importancia de las reglas de prelación

12. Por diversos motivos, es un hecho ampliamente reconocido que para promover la oferta de financiación garantizada se necesitan unas reglas eficaces de prelación.

13. En primer lugar, la cuestión de mayor importancia para un acreedor garantizado es qué prelación tendrá su garantía real en caso de que pretenda ejecutarla dentro o fuera de un procedimiento de insolvencia del otorgante. Más en concreto, la cuestión es cuánto podrá esperar razonablemente obtener el acreedor garantizado de la venta de los bienes gravados. Esta cuestión tiene especial importancia si los bienes gravados se supone que son la fuente primaria o única de la que el acreedor puede obtener el reembolso de su crédito. En la medida en que el acreedor no esté seguro de la prelación de su garantía real futura, cuando valore si concede el crédito tendrá menos confianza en estos bienes gravados como garantía del reembolso. Esta incertidumbre acerca de la cantidad que podrá obtener de la venta de los bienes puede inducir al acreedor a aumentar el costo del crédito (por ejemplo, cobrando un tipo de interés más elevado) o a reducir el monto del crédito (adelantando un porcentaje menor del valor de los bienes gravados). En ocasiones puede incluso hacer que el acreedor se niegue a conceder crédito alguno.

14. Para reducir al mínimo esta incertidumbre (y por consiguiente para promover el crédito garantizado), es importante que los regímenes de las operaciones garantizadas incluyan unas normas claras de prelación que produzcan unos

resultados previsibles en caso de concurrencia entre acreedores sobre los bienes gravados. Además, como las garantías reales carecerán de valor para los acreedores garantizados de no ser ejecutables en un procedimiento de insolvencia del otorgante, es importante que esos resultados sean respetados por el régimen de la insolvencia en la mayor medida posible (véase el capítulo XIV relativo a los efectos de la insolvencia en una garantía real, párrs. 13 y 59 a 63). Lo dicho tiene especial relevancia en muchos casos porque el incumplimiento frente a un acreedor garantizado puede concurrir con el incumplimiento frente a otros acreedores, lo que puede provocar la insolvencia. Unas normas de prelación claras sirven no sólo para resolver conflictos sino también para evitarlos al permitir que los acreedores concurrentes prevean cómo se resolverá un conflicto de prelación potencial. De este modo, la existencia de unas reglas de prelación eficaces puede tener un efecto positivo sobre la disponibilidad de créditos garantizados y sobre su costo al permitir que los futuros acreedores tengan mayor confianza en que podrán contar con los bienes gravados en caso de incumplimiento por parte del otorgante de la garantía (aunque éste sea sometido a un procedimiento de insolvencia) y calcular correctamente los riesgos que supone la concesión de un crédito a un determinado prestatario.

15. Unas normas de prelación bien concebidas pueden tener también un impacto positivo en la oferta de créditos garantizados. Muchos bancos y otras instituciones financieras estarán dispuestos a conceder crédito a cambio de una garantía real que no sea de primer rango por estar subordinada a una o más garantías reales de rango superior en poder de otros acreedores garantizados siempre que estimen que el valor residual de los bienes del otorgante (una vez cumplidas las demás obligaciones garantizadas) será suficiente para cubrir el importe del préstamo respaldado por su garantía real y puedan confirmar con claridad cuál es la prelación concreta de su garantía real. Ello presupone que el posible acreedor futuro pueda determinar la cantidad máxima garantizada por las garantías reales de rango superior, sea poniéndose en comunicación con los titulares de las demás garantías reales o bien, si el ordenamiento exige una declaración de la cuantía máxima de la garantía real que grava un bien, consultando la notificación inscrita en el registro general de garantías reales (véase el párr. 141 *infra* y la recomendación 57, apartado d)). Como alternativa, en caso de que el posible acreedor garantizado no pueda cerciorarse de que existe un valor residual suficiente para fundamentar la concesión del nuevo crédito solicitado, podrá garantizarse un valor suficiente negociando un acuerdo de subordinación con uno o más de los acreedores garantizados de rango superior en virtud del cual éstos subordinen sus garantías reales sobre algunos bienes determinados a la nueva garantía real propuesta (véanse los párrs. 130 a 133 *infra* y la recomendación 75). Los acreedores garantizados de rango superior pueden aceptar la subordinación de sus garantías reales si creen que la nueva ampliación del crédito propuesta ayudará al otorgante de la garantía en sus negocios, aumentando así la probabilidad de que se satisfagan los créditos de rango superior.

16. En ambas situaciones, la probabilidad de que otro acreedor conceda un crédito al otorgante de una garantía aumenta considerablemente si el ordenamiento jurídico de que se trate cuenta con unas reglas de prelación claras que permitan a los acreedores evaluar su prelación con un alto grado de certeza. Además, unas reglas claras y bien concebidas de prelación facilitan la constitución de múltiples garantías reales sobre los mismos bienes y, de este modo, permiten al otorgante aprovechar al máximo el valor de sus bienes para obtener crédito.

d) Esbozo del capítulo

17. En la sección A.2 de este capítulo se examinan los criterios generales que han de aplicarse para establecer unas reglas de prelación, y en la sección A.3 los distintos métodos que pueden utilizarse para determinar la prelación. A continuación se examinan en el capítulo las reglas básicas de prelación que deben formar parte de un régimen eficaz de operaciones garantizadas. En la sección A.4 se considera la relación entre distintos acreedores concurrentes. En la sección A.5 se aborda el alcance y la interpretación de las reglas de prelación. En la sección B se examinan las reglas especiales de prelación aplicables únicamente a determinadas categorías concretas de bienes. El capítulo concluye con la sección C, que contiene una serie de recomendaciones.

2. Criterios para establecer unas reglas de prelación

18. Los Estados se encuentran ante varias posibilidades básicas de establecer unas reglas de prelación. En primer lugar, tienen que determinar el alcance del régimen de prelación. La primera cuestión es si debe abarcar únicamente la concurrencia entre varios acreedores de obligaciones personales o abarcar la concurrencia entre todas las personas que reclamen un derecho sobre los bienes o los bienes aparentes de un deudor, o en relación con ellos. Por los motivos antes indicados (véanse los párrs. 1 a 7), la Guía adopta la posición de que el régimen de prelación debe abarcar la concurrencia de todos los potenciales acreedores concurrentes.

19. A continuación, los Estados tienen que decidir cómo se organizarán y redactarán estas reglas de prelación. Los posibles enfoques son varios aunque en términos generales reflejan tendencias alternativas de redacción de las normas.

20. El primer enfoque sería establecer unas reglas de prelación que consistan en un conjunto de principios generales que los tribunales han de interpretar y aplicar para resolver los conflictos concretos. Cuando un Estado adopta este enfoque, especialmente si coincide con la promulgación de un nuevo régimen de operaciones garantizadas del tipo plenamente integrado que recomienda la Guía, fía a los tribunales la labor tremendamente onerosa de definir la aplicación detallada de estos principios generales. Los jueces no sólo tendrán que dominar rápidamente la lógica intrínseca del nuevo régimen sino que tendrán también que verificar y comprender las prácticas de mercado a fin de establecer unas reglas concretas que sean previsibles y eficaces. Además, el tiempo necesario para que se dicte un número suficiente de decisiones judiciales sobre una gama suficientemente amplia de cuestiones a fin de que haya una certeza real de la forma en que se aplican en la práctica los principios de prelación puede ser considerable.

21. Otro enfoque sería establecer un gran número de reglas detalladas de prelación destinadas a regular todas las posibles situaciones que puedan imaginarse en las que intervengan acreedores concurrentes. Si se adopta este enfoque, especialmente si el ordenamiento establecía previamente un régimen de prelación basado en la aplicación de unos principios amplios que partían de la necesidad de determinar primero la propiedad de los bienes objeto de las reclamaciones concurrentes, el sistema general de reglas concretas puede resultar de utilización extremadamente compleja y difícil por los abogados y jueces.

22. Otro enfoque posible sería elaborar y organizar unas reglas de prelación que constituyan un conjunto coherente de forma que haya primero una serie de principios más generales seguidos de aplicaciones concretas de estos principios en situaciones que se producen con frecuencia. Este enfoque puede aportar tanto claridad como un alto grado de certeza en cualquier conflicto de prelación concreto. Este es el enfoque recomendado por la Guía.

23. Para seleccionar uno u otro enfoque, el legislador ha de considerar los objetivos generales que pretende lograr. Recordemos que la Guía pretende ofrecer un régimen de operaciones garantizadas que prevea la constitución de derechos de garantía sin desplazamiento de la posesión sobre una gama de bienes corporales e inmateriales que hasta el momento no se pueden gravar en muchas jurisdicciones o no se pueden gravar con más de una garantía real al mismo tiempo (véase la recomendación 2, apartado a)). Además, la Guía adopta un enfoque plenamente integrado de las operaciones que, con independencia de su denominación, tengan por objetivo garantizar el cumplimiento de una obligación (véase la recomendación 11). Por último, la Guía reconoce que las garantías reales pueden hacerse oponibles a terceros a través de distintos métodos (véanse las recomendaciones 32 y 34 a 36). Por todos estos motivos, la Guía recomienda que los ordenamientos acepten el tercer enfoque al establecer sus reglas de prelación.

24. Respetando esta misma lógica, un régimen eficaz de operaciones garantizadas debe incorporar una serie de reglas de prelación detalladas y precisas que: a) tengan un alcance amplio y general; b) abarquen una amplia gama de obligaciones garantizadas actuales y futuras; c) sean aplicables a todos los tipos de bienes gravables, con inclusión de los bienes adquiridos ulteriormente y del producto; y d) prevean formas de solución de los conflictos de prelación entre diversos tipos de acreedores concurrentes (por ejemplo, acreedores garantizados, cesionarios, proveedores de servicios y acreedores judiciales). Este enfoque de las reglas de prelación alentará a los posibles prestamistas futuros a conceder créditos garantizados pues les ofrecerá un alto grado de seguridad de que podrán predecir cómo se resolverán los potenciales conflictos de prelación. En las restantes secciones de este capítulo se detallan las cuestiones que deben abordar estas reglas detalladas y cómo deben formularse éstas.

3. Distintas bases para determinar la prelación

25. En un régimen eficaz de operaciones garantizadas, y debido a que las reglas de prelación tienen por objetivo regular los derechos del titular de una garantía real frente a los derechos de otro u otros terceros, éstas tendrán una estrecha relación con los distintos métodos que pueden utilizarse para lograr la oponibilidad a terceros de una garantía real. En vista de la considerable importancia que la Guía atribuye a la oponibilidad a terceros, ésta adopta el planteamiento general de que ningún acreedor garantizado podrá afirmar su prelación sobre un acreedor concurrente si su garantía real no es oponible a terceros. Sólo en tal caso puede plantearse una cuestión de prelación.

26. En esta sección se examinan brevemente los distintos métodos para hacer oponible a terceros una garantía real que han adoptado distintos ordenamientos, indicándose en cada caso qué principios básicos de prelación se aplicarán cuando se haya logrado esa oponibilidad a través de cada método concreto. En la sección se examina sucesivamente la oponibilidad a terceros obtenida a través de: a) la

inscripción de una notificación en un registro general de garantías reales; b) la posesión del bien gravado por el acreedor garantizado; c) un acuerdo sobre el control del bien gravado; d) la inscripción en un registro especializado o la anotación en un certificado de titularidad; e) la constitución de la garantía real; y f) la notificación a un tercero deudor.

a) Orden de prelación cuando la oponibilidad se basa en el registro

27. Como se explicó anteriormente (véase el capítulo V relativo a la oponibilidad de la garantía real frente a terceros, párrs. [...] y el capítulo VI relativo al sistema de inscripción registral, párrs. [...]), una de las formas más eficaces de ofrecer a los acreedores la posibilidad de determinar con un alto grado de certeza su prelación en el momento de otorgar un crédito es que se base en el empleo de un registro público.

28. En la mayoría de los ordenamientos que disponen de un sistema fiable de inscripción registral de las notificaciones de garantías reales, el principio general es reconocer la prelación de la garantía a la que se refiera la primera notificación inscrita (método con frecuencia denominado “prelación basada en la fecha de inscripción”).

i) Inscripción de una notificación previa a la constitución de una garantía real

29. En muchos ordenamientos se considera tradicionalmente que el registro es un paso en la oponibilidad frente a terceros que se da una vez que la garantía real ha adquirido eficacia entre las partes. Esto significa que el registro hace público, y confirma, una garantía que ya existía o que adquiere vigencia precisamente cuando se inscribe (véase la exposición del capítulo V dedicado a la oponibilidad de la garantía real frente a terceros, párrs. [...]). Como ejemplo cabe citar un sistema jurídico en el que una garantía real se haga oponible a terceros cuando se registra el acuerdo completo de garantía. En algunos ordenamientos, sin embargo, el enfoque no es registrar una garantía que ya existe sino más bien inscribir una notificación de una garantía que puede que exista ya o puede que no exista. El registro no confirma que se haya constituido la garantía sino más bien que o ha sido constituida o puede constituirse. En consecuencia, en estos ordenamientos la regla de prelación basada en la fecha de inscripción es aplicable aun en caso de que no se hayan cumplido en el momento de la inscripción uno o más de los requisitos para la constitución de una garantía real.

30. Este planteamiento hace innecesario que un acreedor que ha inscrito ya una notificación tenga que volver a consultar el registro una vez cumplidos todos los requisitos restantes para la constitución de su garantía real. El acreedor tendrá la certeza de que, una vez inscrita una notificación de su garantía real en el registro, ningún derecho cuya notificación se inscriba posteriormente tendrá prelación sobre su garantía real. Por ejemplo, el acreedor A podrá inscribir su notificación en el registro, consultar el registro para determinar que no se ha inscrito ninguna notificación más de una garantía real y conceder un crédito en la seguridad de que su garantía real tendrá una prelación de primer rango aunque el acreedor B inscriba una notificación de una garantía real concurrente durante el período que transcurra entre la inscripción del acreedor A y la concesión por este acreedor A del crédito. Además, los demás acreedores actuales o potenciales estarán también protegidos por esta regla porque la inscripción de la notificación en el registro les advertirá de las potenciales garantías reales y podrán así adoptar medidas para protegerse

(como exigir una garantía personal o constituir una garantía real de menor rango sobre los mismos bienes o bien una garantía real de mayor rango sobre otros bienes). Este es el enfoque adoptado en la Guía (véase la recomendación 73, apartado a)).

ii) *Atenuaciones de la regla de prelación basada en la fecha de inscripción*

31. En muchos ordenamientos en los que la prelación se basa en la fecha de inscripción, se prevé una atenuación de este principio que afecta a los denominados “períodos de gracia” para la inscripción en el registro. Los períodos de gracia permiten la retroactividad de la oponibilidad a terceros de una garantía real si la inscripción se hace antes de que transcurra un breve plazo después de la constitución de la garantía real. En estos casos, la prelación se determina de acuerdo con la fecha de la constitución de la garantía real y no de la fecha de inscripción de la notificación. Conforme a esta regla, una garantía real que se cree antes, pero que se inscriba después, gozará de prelación sobre una garantía real que se constituya después pero se inscriba antes, siempre y cuando la notificación se inscriba en el registro dentro del período de gracia que se haya establecido. En tal caso, la fecha de inscripción no será un criterio fiable del rango de prelación de que goza un acreedor hasta que no haya expirado el período de gracia (véase en general el capítulo XII relativo a la financiación de adquisiciones, párrs. [...]).

32. Los acreedores procurarán protegerse frente a este riesgo de diversas formas. Pueden aplazar la concesión del crédito al otorgante hasta que haya expirado el período de gracia correspondiente. Sin embargo, esta solución tiene la consecuencia negativa de que significa de hecho retrasar la concesión del crédito al otorgante. Como alternativa, los acreedores pueden pedir al otorgante que les presente una declaración de que no han establecido ninguna garantía real concurrente sobre los mismos bienes gravados. Esta solución tampoco es la ideal porque sólo permite al acreedor presentar una reclamación por daños en caso de que la declaración no sea cierta. A fin de evitar el debilitamiento de la certeza que genera la aplicación de la regla de prelación basada en la fecha de inscripción, los ordenamientos en general restringen el empleo de períodos de gracia a casos excepcionales como: a) la financiación de adquisiciones; o b) cuando la inscripción previa o simultánea con la constitución de la garantía no sea logísticamente posible.

iii) *Excepciones a la regla de prelación basada en la fecha de inscripción*

33. Las reglas de prelación basadas en la fecha de inscripción no pueden ser absolutas. Los regímenes eficaces de operaciones garantizadas establecen dos tipos principales de excepciones. Algunos ordenamientos establecen que una garantía real puede ser automáticamente oponible a terceros desde su constitución, sin necesidad de inscribir una notificación en un registro. Esta excepción afecta la mayor parte de las veces a garantías reales sobre bienes de consumo (para la definición de los términos “bienes de consumo” véase la Introducción, sección B, Terminología). En estos casos, la prelación de la garantía real se determina en función del momento de su constitución (véanse los párrs. 45 y 46 *infra*).

34. Además, muchos Estados han establecido una excepción a la regla de prelación basada en la fecha de inscripción en favor de las garantías reales que se han hecho oponibles a terceros por un método distinto de la inscripción de una notificación en el registro general de garantías reales. Por ejemplo, si se ha inscrito

una notificación de una garantía real en el registro general después de haberse inscrito otra, pero se inscribe también en un registro especializado de títulos o se anota en un certificado de titularidad antes que otras garantías, los ordenamientos normalmente reconocen la prelación según el orden de inscripción en el registro especializado o según la anotación en el certificado de la titularidad (véanse los párrs. 41 a 44 *infra*). Igualmente, si una garantía real se inscribe en el registro general en segundo lugar pero el bien gravado es un título negociable cuya posesión tiene el acreedor (véanse los párrs. 35 a 38 y 155 a 157 *infra*), o un documento negociable también en posesión del acreedor (véanse los párrs. 168 a 170 *infra*), o un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria que ha sido objeto de un acuerdo de control (véanse los párrs. 158 a 164 *infra*), normalmente se atribuye la prelación al poseedor del título o documento negociable o al beneficiario del acuerdo de control.

b) Prelación cuando la oponibilidad a terceros se basa en la posesión

35. Como se ha señalado anteriormente (véanse el capítulo IV relativo a la constitución de una garantía real, párrs. [...], y el capítulo V relativo a la oponibilidad de la garantía real frente a terceros, párrs. [...]), la garantía real posesoria o con desplazamiento ha sido un componente tradicional importante del régimen de las operaciones garantizadas en la mayoría de los ordenamientos. Ello explica que, incluso en algunas jurisdicciones que cuentan con un registro general de las garantías reales, las constituidas sobre bienes corporales pueden hacerse oponibles a terceros también a través de la posesión por el acreedor.

36. En estos ordenamientos, a pesar del principio general de que la prelación corresponde al primer acreedor que inscriba una notificación en el registro general de garantías reales, dicha prelación se puede establecer también en función de la fecha en la que el acreedor obtuvo la posesión del bien gravado, sin que medie ningún requisito de inscripción de una notificación. Además, muchos de estos ordenamientos permiten que un tercero tenga la posesión efectiva de los bienes y que, cuando los acreedores garantizados sean múltiples, acuerden entre ellos que ese tercero mantenga la posesión en nombre de todos ellos, determinándose la prelación en función de las fechas respectivas en que se estableció la posesión en nombre de cada uno de ellos. En estos casos, la posesión por cada uno de los acreedores puede iniciarse en fechas diferentes y, por consiguiente, la prelación entre ellos se establecerá de acuerdo con la fecha en que comenzó la posesión en su nombre. Sin embargo, si el conflicto de prelación se plantea entre garantías reales que se han hecho oponibles a terceros mediante la posesión (con independencia de que sea el acreedor garantizado quien tenga la posesión o de que la tenga un agente en nombre de uno o más acreedores garantizados), la prelación generalmente se determina en función del orden en que se obtuvo la oponibilidad a terceros (véase la recomendación 73, apartado b)).

37. Debido a esa utilización de la fecha en que se adquiere la posesión para establecer la prelación, es necesario que los ordenamientos establezcan una regla que regule la prelación entre acreedores que han inscrito una notificación en el registro general de garantías reales y los acreedores que tienen la posesión. La regla habitual es que la prelación se determine en función del orden en que: a) se ha inscrito la notificación en el registro general de garantías reales; y b) se obtuvo la posesión del bien gravado (véase la recomendación 73, apartado c)). Por ejemplo, si

el acreedor A ha inscrito una notificación el día 1, el acreedor B tomó posesión del bien el día 2, el acreedor C acordó con el acreedor B el día 3 que mantenga la posesión del bien también en su nombre, y el acreedor D inscribió una notificación el día 4, el orden de prelación de los acreedores sería A, B, C y D.

38. Pese a su importancia, la prelación basada en la posesión tiene el inconveniente de que, como ésta frecuentemente no es un acto público, el titular de una garantía real que se base en la posesión tendrá que asumir la carga de establecer con precisión el momento en que adquirió esa posesión para establecer la prelación. A pesar de esta desventaja, sin embargo, la prelación basada en la posesión resulta comercialmente útil en el caso de ciertos bienes, por ejemplo, ciertos títulos negociables (por ejemplo, cheques, letras de cambio o pagarés) o ciertos documentos de titularidad también negociables (como los conocimientos de embarque o los recibos de almacén). En estos casos, la posesión puede permitir al acreedor garantizado impedir que el otorgante de la garantía disponga de los bienes gravados. Además, como se ha indicado, muchos ordenamientos establecen también que una garantía real sobre este tipo de bienes que sea oponible a terceros mediante la posesión tenga por lo general prelación frente a otra garantía real que se haya hecho oponible a terceros mediante la inscripción de una notificación, aunque la inscripción se realice primero (véanse las recomendaciones 98, 105 y 106; véanse también los párrs. 155 a 157 y 168 a 170 *infra*).

c) Orden de prelación cuando la oponibilidad a terceros se basa en el control del bien gravado

39. En algunos ordenamientos, la oponibilidad a terceros de una garantía real sobre ciertos tipos de bienes inmateriales puede lograrse por medio del “control” (véase la Introducción, sección B, Terminología). La mayoría de los ordenamientos que permiten que la oponibilidad se establezca mediante el control del bien gravado reconocen la prelación del acreedor garantizado que obtenga dicho control con independencia de que éste se haya obtenido antes o después de que los acreedores concurrentes hubieran adquirido un derecho sobre el bien. Por ejemplo, si el bien es un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria, el régimen de prelación generalmente da prioridad a una garantía real que sea oponible a terceros mediante el control frente a una garantía real que lo sea por otros medios (véase la recomendación 100; véanse también los párrs. 158 a 164 *infra*).

40. Tratándose de ciertos tipos de bienes inmateriales, como el derecho a recibir el producto de una promesa independiente, algunos ordenamientos establecen que el control puede ser el único método para lograr la oponibilidad. En tal caso, no es necesario que se establezcan reglas de prelación que regulen los conflictos entre la oponibilidad basada en el control y la lograda por cualquier otro medio (véase la recomendación 104; véanse también los párrs. 166 y 167 *infra*).

d) Orden de prelación cuando la oponibilidad a terceros se basa en la inscripción en un registro especializado o la anotación en un certificado de titularidad

41. Muchos ordenamientos permiten que las garantías y otros derechos (como el derecho del comprador o arrendador de un bien gravado) se inscriban en un registro especializado o se anoten en un certificado de titularidad. Originalmente, la función de algunos sistemas de registro especializado o de anotación en un certificado de titularidad era únicamente proteger a los compradores de bienes sometidos a ese

régimen de registro o anotación pues permite confirmar que el vendedor dispone realmente de título sobre el bien vendido. Sin embargo, algunos registros especializados, como el de buques o el de aeronaves, han tenido tradicionalmente también el objetivo más amplio de proteger a cualquier tipo de cesionarios de derechos sobre los bienes de que se trate, incluidos los titulares de garantías reales. En fechas más recientes los sistemas de registros especializados y anotaciones en los certificados de titularidad han mostrado tendencia a cumplir este objetivo más amplio (véase la recomendación 38).

42. Cuando un bien está sometido a un sistema de registro especializado o de anotación en el certificado de titularidad, se plantea la cuestión de cuál derecho de los varios mencionados en el registro o el sistema de anotación tiene prelación. En la mayoría de los casos, los ordenamientos que han adoptado estos registros o sistemas prevén que los derechos se clasifiquen según el orden en que fueron inscritos. Una garantía real tiene prelación frente a la inscrita posteriormente en el registro especializado o anotada en un certificado de titularidad.

43. Si existe un registro especializado será necesario también determinar si la prelación corresponde al derecho inscrito en un registro especializado o anotado en un certificado de titularidad o al inscrito en un registro general de garantías reales u oponible a terceros mediante la posesión o por otro medio. En la mayoría de estos ordenamientos, el derecho inscrito en un registro especializado o anotado en un certificado de titularidad tiene prelación sobre las otras garantías reales no registradas de este modo o no anotadas en un certificado de la titularidad. Estos ordenamientos aplican también normalmente una regla similar a los cesionarios, arrendatarios y licenciarios de derechos sobre bienes sometidos al régimen de registro especializado o anotación en el certificado de titularidad. Con escasas excepciones, los derechos del cesionario, arrendatario o licenciario sobre estos bienes estarán subordinados a los derechos inscritos en un registro especializado o anotados en un certificado de titularidad (véanse los párrs. 70 a 94 *infra* y la recomendación 75).

44. El motivo del enfoque antes indicado es permitir que los cesionarios de estos bienes operen con mayor eficacia pues permite que una sola persona haga una búsqueda sólo en un lugar (por ejemplo, el registro especializado o el certificado de titularidad). Sin embargo, es importante señalar que las reglas de prelación antes examinadas sólo son aplicables en la medida en que el régimen del registro especializado o de la anotación en el certificado de titularidad no establezca reglas de prelación diferentes.

e) Orden de prelación cuando la oponibilidad a terceros se basa en la constitución de la garantía real

45. En los ordenamientos que no cuentan con un sistema de registro de las garantías reales, la oponibilidad frecuentemente es automática y se consigue en el momento de la creación de la garantía real. Incluso en ordenamientos que han adoptado sistemas de registro, la oponibilidad de los derechos sobre determinados tipos de bienes, como los de consumo, es a veces automática. En estos ordenamientos, la prelación de una garantía real normalmente se determina comparando el momento en que se constituye con el momento en que se inscribe una notificación de una garantía real concurrente en el registro general de garantías

reales o el momento en que el derecho real concurrente se ha hecho oponible a terceros por otro método distinto (véanse los párrs. 59 a 61 *infra*).

46. La ventaja y la justificación de la oponibilidad automática es que libera a determinados acreedores de la necesidad de dar nuevos pasos para asegurar la prelación de sus derechos. Tratándose de bienes de consumo y bienes de escaso valor, la idea de vincular la prelación con la constitución de la garantía puede tener, por consiguiente, buenos resultados. Sin embargo, hay situaciones en que la oponibilidad automática puede restar eficacia al sistema de prelación. Por ejemplo, si un ordenamiento permite la oponibilidad automática en operaciones comunes, como las ventas con retención de la titularidad o la cesión de créditos por cobrar a título de garantía, los demás acreedores se verán obligados a realizar unas costosas y largas indagaciones (basándose para ello normalmente en pruebas menos objetivas como declaraciones del otorgante o información de dominio general en el mercado) para determinar la existencia y la prelación de una garantía real sin desplazamiento de la posesión.

f) Orden de prelación cuando la oponibilidad a terceros se basa en la notificación a un tercero deudor

47. La mayoría de las bases para determinar la prelación antes señalada contemplan situaciones en las que intervienen bienes corporales, como equipo y existencias. Cuando se constituyen garantías reales sobre créditos por cobrar u otros derechos de pago, los ordenamientos normalmente establecen que la prelación se determinará en función de la fecha en que se haya inscrito una notificación en el registro general de garantías reales o, si se utiliza otro método para hacer oponible a terceros la garantía, la fecha en que sea efectiva esa oponibilidad. Sin embargo, en otros ordenamientos la oponibilidad de una garantía real sobre un crédito por cobrar y la prelación entre acreedores concurrentes se basa en el momento en que se notifica al deudor del crédito por cobrar la existencia de la garantía real (para la definición de “deudor del crédito por cobrar” véase la Introducción, sección B, Terminología).

48. La ventaja de determinar la prelación sobre esta base es que se simplifican las medidas que debe adoptar el deudor del crédito por cobrar ya que se establece a quién debe hacerse el pago. Como desventaja cabe citar que puede aumentar la incertidumbre de los posibles acreedores garantizados futuros ya que éstos no podrán saber si un acreedor garantizado concurrente ha notificado su garantía real al deudor del crédito por cobrar. Otra desventaja es que la escasa certeza puede inducir a los acreedores a exigir la inmediata ejecución de sus garantías. Como consecuencia, el otorgante se verá privado de una fuente de ingresos para sus actividades.

g) Orden de prelación establecido legislativamente según el carácter del crédito

49. En muchos ordenamientos algunos créditos tienen prelación debido únicamente a su carácter, con independencia de la fecha en que se haya constituido o hecho oponible. En ese caso, los ordenamientos establecen por ley un orden de prelación, que será el aplicable en cualquier conflicto entre acreedores. Por ejemplo, el pago de impuestos y contribuciones a los programas de seguridad social y el de los salarios de los empleados generan unos créditos que a veces se consideran de primer rango, teniendo prelación incluso sobre las garantías reales que obtuvieron

previamente la condición de oponibles a terceros. Además, estos ordenamientos normalmente establecen una subclasificación en virtud de la cual, por ejemplo, los gastos judiciales pueden prevalecer frente a las deudas fiscales, las cuales pueden tener prelación sobre las deudas con los programas de seguridad social y éstas a su vez pueden prevalecer sobre los salarios adeudados a los empleados. Algunas veces es necesario registrar estos derechos y otras veces no, pero en ambos casos la prelación se determina en función del rango establecido legislativamente y no de acuerdo con criterios basados en el momento en que se constituyó la garantía real o se hizo oponible a terceros (véanse los párrs. 95 a 98 *infra*).

50. La ventaja de estas prelaciones determinadas legislativamente es que ofrecen un cierto grado de protección a unos acreedores que, en caso contrario, podrían carecer del poder de negociación necesario para obtener una garantía real mediante un acuerdo entre las partes. La desventaja es que, aunque tengan que inscribirse en un registro para ser oponibles a terceros, normalmente prevalecen sobre otras garantías reales anteriores. Por consiguiente, los acreedores garantizados no pueden determinar exactamente, en el momento en que aceptan una garantía real, cuál será el rango o el monto de las prelaciones legislativas. Esta incertidumbre es probable que inevitablemente haga subir el precio y la oferta de crédito garantizado. A la vista de este hecho, los ordenamientos normalmente limitan el carácter y cuantía de esos créditos (por ejemplo, a “los salarios, en una cuantía que no superará determinada cantidad por empleado” o “hasta un determinado número de salarios mensuales impagados”).

4. Reglas para establecer la prelación entre acreedores concurrentes

51. Los principios generales examinados hasta este momento constituyen la estructura básica de un régimen de prelación en lo referente a: a) los distintos medios que pueden utilizarse para organizar un sistema de prelación; y b) el alcance de la prelación de la garantía real, en particular en lo que respecta a obligaciones futuras, bienes adquiridos posteriormente y el producto. Pasamos ahora a examinar las reglas concretas de prelación que establecen los derechos de los acreedores concurrentes.

a) Orden de prelación entre acreedores garantizados y no garantizados

52. Por lo general, los ordenamientos establecen que todas las garantías reales que sean oponibles a terceros tienen prelación sobre los derechos de los acreedores no garantizados. Generalmente se acepta que es necesario reconocer a los acreedores garantizados esta prelación para facilitar la oferta de crédito garantizado. Los acreedores no garantizados pueden adoptar otras medidas para proteger sus derechos, como cobrar una prima que compense su mayor riesgo, vigilar la solvencia del crédito o exigir al deudor el pago de intereses por las sumas debidas. Además, el crédito garantizado puede permitir al otorgante aumentar su capital de explotación. Normalmente, los anticipos obtenidos a través de una línea de crédito garantizada para financiar el capital de explotación son la principal fuente de ingresos que utilizará una empresa para pagar a sus acreedores no garantizados en el curso ordinario de sus operaciones (véase el capítulo II relativo al ámbito de aplicación y otras reglas generales, sección F, Ejemplos de prácticas de financiación abarcadas). El principio de que los acreedores garantizados tienen prelación sobre los no garantizados es un elemento fundamental del enfoque adoptado por la Guía y

que fundamenta muchas de sus recomendaciones (véase, por ejemplo, la recomendación 81).

53. En muchos ordenamientos, la prelación atribuida a los acreedores garantizados frente a los que no lo están es absoluta. Sin embargo, algunos ordenamientos establecen una excepción en favor de los acreedores judiciales. El titular de un crédito no garantizado puede obtener un derecho sobre los bienes del deudor si obtiene una sentencia o una orden judicial provisional contra el deudor. Al inscribir la sentencia en el registro general de garantías reales, el acreedor judicial puede convertir su crédito no garantizado en uno garantizado cuyo rango se establecerá de conformidad con las reglas de prelación ordinarias. Otros ordenamientos van más allá y establecen que si un acreedor no garantizado ha adoptado las medidas necesarias según las leyes aplicables para obtener una sentencia o una orden judicial provisional, el derecho real que reclama puede tener prelación finalmente sobre determinadas reclamaciones de un acreedor garantizado anterior (véase la recomendación 81 y los párrs. 99 a 107 *infra*).

b) Orden de prelación entre garantías reales concurrentes sobre los mismos bienes gravados

54. Uno de los pilares de un régimen moderno de operaciones garantizadas es que resuelva eficazmente las controversias de prelación entre garantías reales concurrentes sobre los mismos bienes gravados. Este tipo de controversias puede referirse a garantías reales que se han hecho oponibles a terceros mediante la inscripción de una notificación en el registro general de garantías reales, a garantías reales que se han hecho oponibles a terceros por otro método o a una combinación de garantías reales que se han hecho oponibles a terceros mediante el registro y a través de otro método. Con escasas excepciones, los ordenamientos establecen que en todas las distintas situaciones que a continuación se examinan, la prelación se determina por el orden en que se efectúa la inscripción. En los siguientes párrafos se examinará con más detalle cómo se aplica normalmente este principio básico en diversas situaciones particulares.

i) Orden de prelación entre garantías reales oponibles a terceros mediante la inscripción de una notificación en el registro general de garantías reales

55. En la mayoría de las jurisdicciones que disponen de un registro general de garantías reales, la prelación entre las que se han hecho oponibles a terceros mediante la inscripción de una notificación se determina por el orden en que se efectúa esa inscripción, independientemente del orden en que se hayan hecho oponibles e incluso de que en el momento de la inscripción no se cumplan uno o más de los requisitos para la oponibilidad. Las excepciones que se reconocen a este principio son muy limitadas (véanse los párrs. 63 a 67 *infra*).

56. El siguiente ejemplo permite ilustrar este enfoque: un otorgante solicita un préstamo al banco A, que estará garantizado por una garantía real sobre todos sus bienes de equipo actuales y futuros (garantía que puede hacerse oponible a terceros mediante la inscripción de una notificación en el registro general de garantías reales). El día 1, el banco A consulta el registro, lo que le permite confirmar que no se han inscrito otras notificaciones de garantías reales de otros acreedores sobre los bienes de equipo del otorgante. El día 2, el banco A establece con el otorgante un acuerdo de garantía por el que se compromete a efectuar el préstamo garantizado o

solicitado. El mismo día 2, el banco A inscribe una notificación de la garantía real en el registro general, pero no hace efectivo el préstamo al otorgante hasta el día 5. Por consiguiente, la garantía real del banco A quedó constituida y se hizo oponible a terceros el día 5 (es decir, el momento en que se cumplieron todos los requisitos de constitución y oponibilidad). Sin embargo, si el día 3 el otorgante establece un acuerdo de garantía con el banco B, por el que éste concede un préstamo al otorgante respaldado por una garantía real sobre los bienes de equipo actuales y futuros del otorgante y ese mismo día (el día 3), el banco B inscribe una notificación de su garantía real en el registro general y concede el préstamo al otorgante, la consecuencia será que la garantía real del banco B quedó constituida y se hizo oponible a terceros el día 3. Según el criterio de prelación basado en la fecha de inscripción que se describió anteriormente, la garantía real del banco A tendría prelación sobre la garantía real del banco B, independientemente de que la garantía de este último fuera constituida y se hiciera oponible a terceros antes que la garantía real del banco A.

57. Las razones fundamentales en que se basa ese criterio son: a) fomentar la pronta inscripción de la garantía real (que sirve de notificación a terceros); y b) dar certeza a los acreedores garantizados al permitirles determinar la prelación de sus garantías reales antes de conceder el crédito. En el ejemplo anterior, cuando el banco A consulta el registro el día 2 después de haber inscrito su notificación, y determina que no hay otras notificaciones en el registro que afecten al bien gravado pertinente, puede desembolsar su préstamo el día 5 con la certeza de que su garantía real tendrá prelación sobre todas las demás garantías sobre el bien gravado que se hagan oponibles a terceros en el futuro, ya que la prelación de su garantía real se remontará al momento en que fue inscrita. Al permitir al banco A contar con ese alto grado de certeza, el criterio del orden de prelación basado en la fecha de inscripción puede constituir un factor importante de promoción de la financiación garantizada. Igualmente, si el banco B consulta el registro sabrá inmediatamente que tendrá una posición subordinada en caso de que el banco A desembolse el crédito y por consiguiente podrá ajustar convenientemente las condiciones del crédito que concederá.

58. La misma certeza es imposible si se aplica el criterio alternativo de algunos ordenamientos según el cual la prelación corresponde a la primera garantía real que se haga oponible a terceros (para adquirir esta oponibilidad se exige tanto la constitución como el registro, o se utiliza otro método). Siempre se correrá el riesgo de que otra garantía real pueda hacerse oponible a terceros, y por consiguiente tener prelación, después de que el banco A o el banco B efectúe la consulta en el registro, pero antes de que haga efectivo el préstamo. Este riesgo existirá independientemente de la brevedad que pueda tener el intervalo entre las dos acciones. Por eso, en la Guía se adopta la posición de que, en estos casos, la prelación entre acreedores concurrentes debe determinarse de acuerdo con la fecha de inscripción de la notificación en el registro, y no en función de la fecha en que se haya constituido la garantía real o se haya hecho oponible (véase la recomendación 73, apartado a)).

ii) *Orden de prelación entre garantías reales que se han hecho oponibles a terceros por métodos distintos de la inscripción de una notificación en el registro general de garantías reales*

59. Cuando se trate de un conflicto de prelación entre garantías reales que se han hecho oponibles a terceros por métodos distintos a la inscripción de una notificación en el registro general de garantías reales, los ordenamientos normalmente atribuyen la prelación a la garantía real que primero se haya hecho oponible a terceros. Esta regla sería aplicable, por ejemplo, en el caso de una garantía real sobre un determinado bien gravado que sea oponible a terceros mediante la posesión y otra garantía real sobre el mismo bien que sea automáticamente oponible en el momento de su constitución.

60. Tratándose de garantías reales que sean oponibles a terceros mediante la posesión, normalmente no se requiere una regla basada en la “fecha de posesión”, análoga a la basada en la “fecha de inscripción”, ya que normalmente un acreedor garantizado obtendrá la posesión del bien gravado en el momento en que concede el crédito, y no antes. Según algunos ordenamientos, sin embargo, el acreedor puede ejercer su posesión a través de un tercero. De ser éste el caso, podrá ejercer la posesión de este modo más de un acreedor garantizado y su prelación relativa se determinará por el orden en que hayan establecido su posesión a través del tercero. A un resultado semejante se llegaría en el improbable caso de que un banco u otra institución financiera estableciera más de un acuerdo de control. La prelación dependería de las fechas de los distintos acuerdos.

61. En cada uno de los ejemplos ofrecidos, y de conformidad con el principio aplicable a las garantías reales que se hacen oponibles a terceros mediante la inscripción de una notificación en el registro general de garantías reales, la Guía adopta la posición de que, en esos casos, la prelación de los acreedores concurrentes se determinará por la fecha en que las distintas garantías reales se hicieron oponibles a terceros (véase la recomendación 73, apartado b)).

iii) *Orden de prelación entre garantías reales oponibles a terceros mediante la inscripción de una notificación en el registro general de garantías reales y otras garantías oponibles a terceros por otros métodos*

62. En lo que respecta a los conflictos de prelación entre garantías reales oponibles a terceros mediante la inscripción de una notificación en el registro general de garantías reales y otras garantías oponibles a terceros por otros métodos, los ordenamientos normalmente dan prelación a la garantía real que primero se inscriba o se haga oponible. Esta regla viene a constituir una prolongación lógica de la regla basada en la fecha de inscripción, utilizándose el registro como base para que otros acreedores garantizados puedan tener un alto grado de certeza de la prelación de que gozarán sus garantías reales. Como la notificación puede ser inscrita antes de que se constituya la garantía real (lo que no es posible si la oponibilidad se obtiene mediante la posesión o es automática desde su constitución), esta regla fomenta también la utilización del registro para hacer oponibles a terceros las garantías reales. En la Guía se adopta este principio ya que es el más eficaz cuando la oponibilidad a terceros se obtiene por métodos distintos (véase la recomendación 73, apartado c)).

iv) *Excepciones al principio de prelación por el orden de inscripción de las notificaciones de los acreedores garantizados concurrentes*

63. Los ejemplos antes expuestos de cómo se aplica el principio de prelación por el orden de inscripción en distintas situaciones en las que las garantías reales se hacen oponibles a terceros por métodos diferentes están sujetos a contadas excepciones que reflejan reglas de prelación especiales que afectan a determinados métodos de obtener la oponibilidad o a determinados tipos de operaciones o de bienes gravados, y se basan en normativas o consideraciones prácticas especiales para tales operaciones o bienes. Dos de los distintos métodos para obtener la oponibilidad que acabamos de mencionar en concreto (es decir, la inscripción en un registro especializado y el control) dan frecuentemente lugar a reglas especiales de prelación.

a. Inscripción en un registro especializado o anotación en un certificado de titularidad

64. En muchos ordenamientos, la garantía real o un derecho de otra índole (como el derecho del comprador o el arrendatario de un bien gravado) pueden ser inscritos en un registro especializado o pueden hacerse constar en un certificado de titularidad. La mayoría de estos ordenamientos establecen que la prelación de los derechos depende del orden en que fueron inscritos o anotados (por ejemplo, que la primera garantía real inscrita tiene prelación sobre las garantías reales que se inscriban o anoten posteriormente). Para proteger la integridad de estos registros o sistemas de anotación, la Guía adopta esta postura (véase la recomendación 74, apartado b)).

65. Si existe un registro especializado es necesario también determinar cuál, entre el derecho inscrito en un registro especializado o anotado en un certificado de titularidad, por un lado, y el derecho inscrito en el registro general de garantías reales o que se ha hecho oponible a terceros mediante la posesión, por otro lado, tiene la prelación. La mayoría de estos ordenamientos establecen que una garantía real u otro derecho inscrito en un registro especializado o anotado en un certificado de titularidad tiene prelación sobre una garantía real inscrita en un registro general o que se haya hecho oponible a terceros por otro método distinto de la inscripción en un registro especializado o la anotación en un certificado de titularidad, con independencia de cuál de estos hechos se produjera primero. Una vez más, para proteger la integridad de estos registros o sistemas de anotación la Guía adopta una postura similar (véase la recomendación 74, apartado a)).

b. Acuerdos de control

66. Los ordenamientos establecen normalmente una segunda excepción que permite que la oponibilidad de los derechos reales sobre determinados tipos de bienes inmateriales se obtenga mediante el control de éstos. Estos ordenamientos establecen que si un acreedor obtiene la oponibilidad de una garantía real mediante el control del bien, esta garantía tendrá prelación con independencia de que otros acreedores hayan podido obtener la oponibilidad de sus garantías reales por otros métodos (véanse los párrs. 158 a 164 y 166 y 167 *infra*). Teniendo en cuenta el carácter especial de los derechos reales sobre derechos de pago, la Guía adopta esta postura (véanse las recomendaciones 100 y 104).

c. Otras excepciones a la regla de prelación basada en el orden de inscripción

67. Además de las situaciones antes señaladas, en las que la oponibilidad se obtiene por métodos especiales, también se exceptúan de la regla de prelación basada en el orden de inscripción determinados tipos de operaciones o de bienes gravados. Estos tipos de operaciones o de bienes son los siguientes: a) bienes sujetos a una garantía real para adquisiciones (enfoque unitario y no unitario) y bienes sujetos a garantías en virtud de un mecanismo de retención de la titularidad o de arrendamiento financiero (enfoque no unitario) (véase el capítulo XI relativo a la financiación de adquisiciones, y las recomendaciones 173 a 182 y 188 a 196); b) aquellos casos en que la oponibilidad de una garantía real sobre títulos y documentos negociables o dinero puede obtenerse mediante la posesión (véanse los párrs. 155 a 157, 165 y 168 a 170 *infra*, y las recomendaciones 98, 99, 103, 105 y 106); c) los casos relacionados con garantías reales sobre accesorios fijos (véanse los párrs. 115 a 120 *infra* y las recomendaciones 84 a 86); y d) las situaciones en las que intervengan garantías reales sobre una masa de bienes o un producto acabado (véanse los párrs. 121 a 126 *infra* y las recomendaciones 87 a 89).

c) Orden de prelación de los derechos de los compradores, arrendatarios y licenciarios de bienes gravados

i) Observaciones generales

68. Cuando existe una garantía real sobre unos bienes corporales (y no sobre títulos o documentos negociables) y el otorgante de esa garantía los vende o arrienda o concede una licencia sobre ellos, el comprador, el arrendatario o el licenciario tienen interés en recibir ese bien libre de todo gravamen, mientras que el acreedor garantizado tendrá interés en mantener su garantía real sobre los bienes vendidos (con determinadas excepciones, véanse los párrs. 73 a 84 *infra*). Es importante que las reglas de prelación tengan presentes los intereses de ambas partes y establezcan un equilibrio adecuado entre ellos. Si la garantía de un acreedor garantizado sobre determinados bienes peligrara cada vez que el otorgante los vendiera o arrendara o concediera una licencia sobre ellos, su valor como garantía resultaría gravemente disminuido y se desincentivaría la oferta de crédito garantizado por su valor.

69. En la mayoría de los ordenamientos, el punto de partida es el principio general de que cualquier beneficiario de la transferencia (incluido el comprador, permutador, donatario, legatario y otros cesionarios similares), el arrendatario o el licenciario de un bien gravado ejerce sus derechos sobre el bien limitados por la garantía real anterior (se habla del *droit de suite* de la garantía real; véase el capítulo V relativo a la oponibilidad de la garantía real frente a terceros; véanse también las recomendaciones 31 y 76). En otras palabras, el acreedor garantizado puede seguir el bien cuando éste pase a manos del comprador u otro cesionario, arrendatario o licenciario. A continuación se examinan las excepciones a este principio general que afectan a cada uno de estos tipos de operaciones.

ii) Derechos de los compradores

70. Como ya se señaló (véase el capítulo V relativo a la oponibilidad de la garantía real frente a terceros, y el capítulo IV relativo a la constitución de una garantía real), cuando un bien gravado se vende el acreedor garantizado retiene su garantía real

sobre el bien gravado original y obtiene además una garantía real sobre el producto de la venta, que puede incluir efectivo, créditos por cobrar o incluso otros bienes si se trata de operaciones de trueque e intercambio (para la definición de “producto” véase la Introducción, sección B, Terminología). En tales casos se plantea la cuestión de determinar si la garantía real sobre el producto debe sustituir a la garantía real sobre el bien gravado de forma que el comprador pueda ejercer sus derechos libres de la garantía real.

71. A veces se aduce que la garantía real debe extinguirse cuando se produce una venta, basándose en la premisa de que el acreedor garantizado no se ve perjudicado por la venta de los bienes exentos de su garantía real pues retiene un derecho de garantía sobre el producto de la venta. Ahora bien, es posible que de esta forma no resulte necesariamente protegido el acreedor garantizado puesto que el producto frecuentemente no es tan valioso para el acreedor como el bien gravado original. En muchos casos, el producto podrá tener un valor escaso o nulo para el acreedor (por ejemplo, un crédito que no pueda ser cobrado porque el deudor está en una situación financiera precaria). En otros casos puede resultar difícil al acreedor identificar el producto de la venta, lo que haría ilusoria una reclamación del mismo. Además, existe el riesgo de que, aunque el producto de la venta sea valioso para el acreedor garantizado, el vendedor que lo recibe lo disperse dejando sin nada al acreedor. Por último, también puede suceder que otro acreedor haya aceptado una garantía real sobre el producto de la venta como bien gravado original y que haya obtenido prelación. Existe una verdadera posibilidad de que esta situación se dé en el caso de los créditos por cobrar.

72. Aunque los ordenamientos hayan adoptado diferentes criterios para compaginar los intereses de los acreedores garantizados con los de las personas que compran bienes gravados a los otorgantes de una garantía que están en posesión del bien, la mayoría establece que la garantía real pervive a pesar de la transferencia aunque el acreedor garantizado pueda reclamar un derecho sobre el producto. Esto no significa que el acreedor garantizado vaya a ser pagado dos veces. Como la garantía real asegura el cumplimiento de una obligación, el acreedor garantizado que reclame su derecho sobre los bienes y sobre el producto de su venta no puede reclamar o recibir más de lo que se le adeuda. En la Guía se adopta la posición de que, por principio general, el acreedor garantizado debe retener su garantía real sobre el bien gravado original y también sobre el producto de su venta o transferencia de otro tipo (véanse las recomendaciones 19, 31, 39, 40 y 76).

73. Con todo, la mayoría de los Estados reconoce dos excepciones al principio general de que la garantía real sobre un bien continúa gravando ese bien después de su enajenación, y la Guía lo hace igualmente. La primera excepción hace referencia a las situaciones en las que el acreedor garantizado autoriza expresamente la venta del bien libre de la garantía real (véase la recomendación 77, apartado a)). Un acreedor garantizado puede autorizar esa venta, por ejemplo, porque considera que el producto es suficiente para garantizar el pago de la obligación garantizada o porque el otorgante da al acreedor garantizado otros bienes como garantía que cubran la pérdida del bien vendido. Debe observarse, sin embargo, que esta excepción no es aplicable en caso de que el acreedor garantizado autorice la venta pero no autorice al otorgante de la garantía a vender el bien libre de ella. En esta situación, el comprador generalmente adquiere su título sobre el bien pero sujeto a la garantía real.

74. La segunda excepción se refiere a situaciones de las que se infiere que el acreedor garantizado ha autorizado la venta de los bienes libres de la garantía real ya sea porque los bienes gravados son de tal naturaleza que la parte garantizada espera que se venderán exentos de la garantía real o ya sea porque todas las partes afectadas tienen interés en que se vendan libres de dicha garantía real. Los ordenamientos han plasmado esta segunda excepción en diferentes disposiciones que se describen en los párrafos siguientes.

a. El criterio del curso ordinario de los negocios

75. Un criterio que siguen muchos ordenamientos es disponer que toda venta de bienes gravados asimilables a existencias que efectúe el otorgante en el curso ordinario de sus negocios entrañará la extinción automática de toda garantía real que el acreedor garantizado tenga sobre dichos bienes, sin que el comprador, el vendedor o el acreedor garantizado deban realizar ningún otro acto. El corolario de esta norma es que la excepción no se aplicará cuando la venta de existencias tenga lugar fuera del curso ordinario de los negocios del otorgante o cuando la venta se relacione con un bien no asimilable a existencias; en tales casos, la venta no extingue la garantía real sobre el bien gravado y, en caso de incumplimiento por el otorgante, el acreedor garantizado podrá ejecutar su garantía sobre los bienes gravados en poder del comprador (salvo, por supuesto, que el acreedor garantizado haya consentido que se haga la venta exenta de la garantía real). Cuando el acuerdo de constitución de la garantía real así lo estipule, la venta del bien gravado constituirá en sí un acto de incumplimiento que autorizará al acreedor garantizado a ejecutar sin más su garantía real; de lo contrario, el acreedor garantizado no podrá hacerlo hasta que el otorgante incurra en incumplimiento.

76. De acuerdo con este criterio, se deberán cumplir dos requisitos para que el bien gravado se pueda vender exento de la garantía real. El primero es que el negocio del vendedor del bien sea precisamente la venta de bienes de ese tipo, o sea que, el bien gravado no puede ser un bien que el vendedor no suela vender. Además, la venta no podrá celebrarse de manera diferente a la que de ordinario sigue el vendedor (por ejemplo, la venta fuera de los canales corrientes de distribución, como ocurriría, por ejemplo, si el vendedor normalmente vende sólo a minoristas y la venta de que se trate se ha hecho a un mayorista). El segundo requisito es que el comprador no deberá tener conocimiento de que la venta viola los derechos de que goza un acreedor garantizado en virtud de un acuerdo de garantía (para una regla de interpretación del concepto de “conocimiento”, véase la Introducción, sección B, Terminología). Así ocurriría, por ejemplo, si el comprador tuviera conocimiento de que la venta estaba prohibida por lo estipulado en el acuerdo de garantía. En cambio, el simple conocimiento por parte del comprador de que el bien estaba gravado con una garantía real sería insuficiente.

77. El criterio del “curso ordinario de los negocios” ofrece la ventaja de que responde a la expectativa comercial de que el otorgante venderá sus existencias de bienes corporales (y, de hecho, deberá venderlas para mantener la viabilidad financiera de su empresa) y de que el comprador de los bienes corporales los adquirirá libres de toda garantía real existente. Sin esa exención del principio de que la garantía real continúa siendo aplicable al bien cuando pasa a manos del comprador, la capacidad del otorgante de vender esos bienes en el curso ordinario de sus negocios quedaría restringida sobremanera, puesto que los compradores se

verían obligados a investigar si hay reclamaciones que pudieran pesar sobre el bien corporal antes de adquirirlo. Ello acarrearía gastos considerables y obstaculizaría en gran medida operaciones que forman parte del curso ordinario de sus negocios.

78. Ese criterio permite además determinar de forma sencilla y clara si los bienes corporales se venden o no libres de toda garantía real. Por ejemplo, la venta de bienes de equipo por parte de un concesionario del ramo a un fabricante que los habrá de utilizar en su fábrica es evidentemente una venta de existencias que forma parte del curso ordinario de los negocios del concesionario, y el comprador recibirá los bienes automáticamente libres de toda garantía real constituida sobre ellos en favor de los acreedores del concesionario. Ese resultado concuerda con las expectativas de todas las partes y el comprador tendrá desde luego derecho a suponer que tanto el vendedor como cualquiera de sus acreedores garantizados esperarán que la venta se efectúe a fin de generar ingresos al vendedor. En cambio, no cabría considerar que la venta de una partida importante de un gran número de máquinas a otro concesionario constituye una operación efectuada en el curso ordinario de los negocios del concesionario. Igualmente, la venta de una vieja máquina impresora por un impresor tampoco se puede considerar que se ha realizado en el curso ordinario de los negocios del impresor. En la mayoría de los casos, será evidente para el comprador, o fácil de comprobar por éste, que la venta se realiza en el curso ordinario de los negocios del vendedor. Por estos motivos, el criterio del curso ordinario de los negocios es el adoptado por la Guía (véase la recomendación 78, apartado a)).

79. Cuando se trate de ventas de bienes gravados que sean evidentemente ajenas al curso ordinario de los negocios del otorgante, o cuando el comprador tenga la mínima duda, si el acreedor está obligado a inscribir su garantía real en el correspondiente registro general, el comprador podrá protegerse verificando en el registro si los bienes que adquiere están o no gravados con una garantía real y, en caso afirmativo, pedir al acreedor garantizado que levante ese gravamen.

80. Algunos ordenamientos permiten que los compradores de bienes gravados adquieran los bienes libres de la garantía real incluso si la operación cae fuera del marco del curso ordinario de los negocios del vendedor, cuando se trata de bienes de bajo costo. El motivo de ello es que en esos ordenamientos el régimen de operaciones garantizadas no permite la inscripción de una garantía real sobre un bien de bajo costo o que el costo de las inscripciones es elevado en comparación con el costo del bien gravado, y no sería justo imponer esa carga financiera al comprador. Cabe argumentar, en cambio, que es poco probable que el acreedor garantizado trate de ejecutar su garantía sobre el bien que pasa a poder del comprador si tiene efectivamente poco valor. Además, la determinación de los bienes que merecen ser eximidos por su bajo costo se traduciría en categorizaciones arbitrarias y que tendrían que modificarse constantemente para adecuarlas a las fluctuaciones de precios debidas a la inflación y a otros factores. Por eso, la Guía no prevé ninguna excepción en favor de los bienes de bajo costo.

81. El caso relativamente poco común de que se vendan unos bienes varias veces y ninguna de las ventas se realice en el curso ordinario de los negocios del vendedor plantea unas cuestiones normativas más difíciles. En algunos ordenamientos, el comprador que adquiera los bienes de un vendedor que los haya comprado a su vez al otorgante (“un comprador lejano”) obtendrá los bienes libres de toda garantía real constituida por el otorgante. Ese criterio se aplica porque puede ser difícil para un

comprador lejano averiguar la existencia de una garantía real que hubiera otorgado un antiguo propietario de los bienes gravados. En muchos casos, el comprador lejano ni siquiera se enterará de que los bienes pertenecieron al propietario anterior, y por consiguiente, no tendrá motivo alguno para buscar información al respecto. El problema que plantea este criterio es que reduce la fiabilidad de una garantía real dada por el vendedor debido a la posibilidad de que el bien sea enajenado, sin el conocimiento del acreedor garantizado, a un comprador lejano ya sea sin segunda intención o con el propósito deliberado de dejar sin validez la garantía real. Por esa razón, otros ordenamientos establecen que si un comprador de bienes corporales los adquiere libres de toda garantía real constituida por su vendedor, el comprador lejano los adquirirá también libres de toda garantía real. En estos ordenamientos, si el comprador lejano compra a un vendedor que a su vez compró el bien sometido a la garantía real, adquirirá la propiedad sometida a dicha garantía a no ser que la venta lejana se haya realizado en el curso ordinario de los negocios del vendedor. Para mantener la coherencia del criterio de ventas realizadas en el curso ordinario de los negocios, la Guía recomienda que, cuando el comprador de bienes corporales los adquiere exentos de la garantía real otorgada por su vendedor, el comprador lejano los adquirirá igualmente libres de la garantía (véase la recomendación 79). Si el vendedor los adquiere sometidos a la garantía real, el comprador lejano los adquirirá también normalmente sometidos a esa garantía.

82. Un posible inconveniente de la aplicación del criterio del curso ordinario de los negocios es que tal vez un comprador no siempre distinga con claridad (en particular en el comercio internacional) qué actividades forman parte del curso ordinario de los negocios del vendedor. Con todo, cabe observar que en una relación normal entre comprador y vendedor es muy probable que el comprador conozca el tipo de negocios que realiza el vendedor y, en tal caso, la aplicación del criterio del curso ordinario de los negocios respondería a las expectativas legítimas de las partes. En la práctica, por ello, el número de casos en que se plantea esa confusión es escaso. En síntesis, las ventajas de la aplicación del criterio del curso ordinario de los negocios son superiores a los inconvenientes. Ese criterio favorece el comercio y permite a los acreedores garantizados y a los compradores proteger sus intereses respectivos de forma eficaz y rentable sin socavar el fomento de la financiación garantizada.

b. El criterio de la buena fe

83. Muchos ordenamientos han optado por un criterio diferente para determinar si el comprador de bienes gravados adquiere la titularidad de esos bienes libre de la garantía real constituida por el vendedor. En estos ordenamientos, el comprador de los bienes corporales los adquiere de buena fe (sin tener en cuenta si la venta formaba o no parte del curso ordinario de los negocios del vendedor). Los ordenamientos formulan de distinta forma la definición de “buena fe” a estos efectos. Por ejemplo, en algunos de ellos el comprador tiene el deber de investigar si los bienes están sometidos a una garantía real, aunque en otros el comprador no tiene tal deber.

84. Un argumento en favor de la aplicación de ese criterio es que el concepto de buena fe se conoce en todos los ordenamientos y se ha aplicado extensamente tanto a nivel nacional como internacional. Otro argumento es que debe presumirse que todo comprador actúa de buena fe a menos que se demuestre lo contrario. Un tercer

argumento a favor de ese criterio es que libera al comprador de la necesidad de dedicar tiempo y dinero a consultar el registro. Con todo, el problema que plantea este enfoque es que se centra en un criterio subjetivo relacionado con el conocimiento y las intenciones del comprador (lo cual plantea también problemas de prueba), y no en las expectativas comerciales de todas las partes involucradas.

iii) *Derechos de los arrendatarios financieros*

85. A veces surgen conflictos de prelación entre el titular de una garantía real constituida sobre un bien corporal por el propietario o el arrendador financiero del bien y el arrendatario financiero de dicho bien. En este caso, no se trata de saber si el arrendatario financiero obtiene el bien exento de hecho de la garantía real en el sentido de que se suspende dicha garantía. La cuestión consiste más bien en determinar si la garantía real no afecta al derecho del arrendatario financiero de utilizar el bien arrendado en las condiciones previstas en el contrato de arrendamiento. La principal cuestión que se plantea en dicho caso es si procede que, en el supuesto de que el titular de tal garantía decida ejecutarla, el arrendatario pueda seguir utilizando pese a ello el bien mientras siga pagando el arrendamiento financiero y respetando las demás condiciones de dicho contrato. Se aplica aquí también el principio general referente a los compradores ya antes examinado (véanse los párrs. 70 a 72 *supra*). El bien está, en principio, gravado con la garantía real y, en consecuencia, el acreedor garantizado podrá ejecutar la garantía en caso de incumplimiento del otorgante, aun cuando ello signifique que el arrendatario tenga que dejar de utilizar el bien en cuestión de conformidad con las condiciones estipuladas en el contrato de arrendamiento.

86. Como en el caso de los compradores de bienes corporales gravados con una garantía real preexistente, muchos ordenamientos reconocen dos excepciones a ese principio general. En ninguno de los dos casos la garantía real dejará de existir. Sin embargo, durante el período del arrendamiento el derecho del acreedor garantizado se limita a los derechos del arrendador sobre el bien y el arrendatario podrá continuar usufructuando ininterrumpidamente ese bien de conformidad con las condiciones estipuladas en el contrato de arrendamiento.

87. La primera excepción se produce cuando el acreedor garantizado ha autorizado al otorgante a celebrar el arriendo sin que se vea afectada la garantía real. Como sucedía en el caso de las ventas de bienes corporales, si un acreedor garantizado ha autorizado el arrendamiento, carece de trascendencia que el arrendatario conociera la existencia de la garantía real. La Guía recoge esta excepción (véase la recomendación 77, apartado b)). La segunda excepción se relaciona con situaciones en que el arrendador del bien corporal tiene como negocio el arriendo de ese tipo de bienes, el arrendamiento se concierta en el curso ordinario de los negocios del arrendador y el arrendatario no tiene conocimiento efectivo de que el arriendo viola los derechos del acreedor garantizado en virtud del acuerdo de garantía. Ese conocimiento existiría, por ejemplo, si el arrendatario supiera que el acuerdo de garantía por el que se constituyó la garantía real correspondiente prohibía expresamente al otorgante arrendar el bien. Con todo, el simple conocimiento de la existencia de la garantía real, demostrada porque el arrendatario vio la notificación inscrita en el sistema de registro de garantías o de otro modo, no bastaría para anular los derechos de que goza el arrendatario financiero. Esta excepción se basa en consideraciones de orden normativo similares a las que explicaban la excepción

análoga aplicable a las ventas de bienes corporales en el curso ordinario de los negocios del vendedor y es el enfoque adoptado en la Guía (véanse la recomendación 78, apartado b), y el párr. 73 *supra*).

88. Todo régimen de operaciones garantizadas eficaz debe abordar también la cuestión del subarriendo financiero. En caso de que se considere que los derechos del arrendatario de bienes corporales no se ven afectados por una garantía real constituida sobre esos bienes por el arrendador, se suele considerar también que los derechos de un posible subarrendatario tampoco se verán afectados. Para mantener la coherencia del enfoque basado en el curso ordinario de las operaciones comerciales, la Guía recomienda que esta regla se aplique también a los subarrendos (véase la recomendación 79).

iv) *Derechos de los licenciarios*

89. Las mismas cuestiones ya examinadas se plantean también en el caso de la concesión de licencias sobre bienes inmateriales que estén gravados con una garantía real constituida por quien concede la licencia, aplicándose también el principio general aplicable a la venta o arrendamiento de bienes corporales (véase la recomendación 76). En consecuencia, si una garantía real sobre un bien inmaterial es oponible a terceros, esa garantía seguirá gravando el bien que pase a manos del licenciario, a menos que se aplique una de las excepciones que se indican a continuación (véanse las recomendaciones 77 y 78).

90. La primera excepción reconocida por la mayoría de los ordenamientos tiene dos vertientes que respetan la regla aplicable a las ventas y arrendamientos financieros de bienes corporales. Como ocurre tratándose de arrendamientos financieros, si el acreedor garantizado ha autorizado la licencia, el licenciario recibe el bien exento de la garantía y carece de trascendencia que tuviera conocimiento de su existencia. La Guía incluye esta excepción (véase la recomendación 77, apartado b)).

91. La segunda excepción (análoga igualmente a las excepciones referentes a la venta y el arrendamiento financiero de bienes corporales) se aplica en situaciones relacionadas con la concesión de licencias no exclusivas sobre bienes inmateriales cuando los negocios del otorgante de la licencia incluyen la concesión de licencias no exclusivas sobre este tipo de bienes, la licencia se concierta en el curso ordinario de esos negocios y el licenciario no tiene conocimiento de que la licencia viola los derechos del acreedor garantizado con arreglo al acuerdo de garantía (véase la recomendación 78, apartado c)). Al igual que cuando se trata de la venta y el arrendamiento financiero de bienes corporales, se suele reconocer que dicho conocimiento existirá, por ejemplo, cuando el licenciario sepa que el acuerdo por el que se constituyó la garantía real prohíbe expresamente al otorgante conceder una licencia sobre ese bien. Sin embargo, el simple conocimiento de la existencia de la garantía real, demostrado, por ejemplo, por una notificación inscrita en el sistema de registro de garantías, no sería suficiente para anular los derechos del licenciario.

92. Es importante señalar que esta segunda excepción se refiere únicamente a las licencias no exclusivas sobre bienes inmateriales (por ejemplo, licencias de una propiedad intelectual de las que el licenciario no es el único y exclusivo, como en el caso de programas informáticos de distribución masiva) y no se aplica a las licencias exclusivas. Cuando la actividad de un otorgante es la concesión de

licencias sobre bienes inmateriales, normalmente el acreedor garantizado que goce de una garantía real sobre el bien esperará que su otorgante conceda licencias no exclusivas sobre el bien en cuestión a fin de generar ingresos. Además, no es razonable esperar que el licenciatario de carácter no exclusivo consulte el registro general de garantías reales para determinar si existen garantías reales sobre el bien que es objeto de la licencia. En cambio, una licencia exclusiva sobre bienes inmateriales, en virtud de la cual se concede al licenciatario el derecho exclusivo a utilizar el bien en todo el mundo, o incluso en un territorio determinado, suele ser una operación negociada que cae fuera del curso ordinario de los negocios del otorgante de la licencia (aunque también puede ser que pertenezca al curso ordinario de los negocios del otorgante de la licencia si la actividad de éste es negociar licencias exclusivas como suele ser el caso, por ejemplo, en la industria cinematográfica). Cuando se trata de una licencia exclusiva cabe razonablemente esperar que el licenciatario consulte el registro general para determinar si el bien que es objeto de la licencia está gravado con una garantía real constituida por el otorgante, y obtener la exención correspondiente o la subordinación de la garantía.

93. Por último, al igual que cuando se trata de la venta o el arrendamiento financiero de bienes corporales, un régimen de operaciones garantizadas debe contemplar el caso de los sublicenciatarios. Y, como en la venta y el arrendamiento financiero, existen razones de peso para asegurarse de que, en caso de que el ordenamiento considere que la garantía real constituida por el otorgante original de la licencia no afecta a la propia licencia, el sublicenciatario no se vea tampoco afectado por la garantía (véase la recomendación 79).

v) *Derechos de los donatarios y otros beneficiarios de transferencias gratuitas*

94. La situación de un receptor de un bien gravado a título de regalo (es decir, sin que medie valor; normalmente un “donatario”, pero también un “legatario”) es algo distinta de la de un comprador u otro beneficiario de una transferencia por un precio. Como el beneficiario de una transferencia gratuita no aporta nada, no hay prueba objetiva alguna de que se haya perjudicado por haber creído que el otorgante poseía los bienes exentos de gravámenes. Por ello, de surgir un conflicto de prelación entre el donatario de un bien y el titular de una garantía real sobre el bien donado que haya sido otorgada por el donante, cabe esgrimir razones de peso para dar prelación al acreedor garantizado, aun en supuestos de que la garantía real no sea, por lo demás, oponible a terceros. Un segundo argumento en favor de este enfoque es que si un bien gravado es a continuación regalado, no hay “resultado” que el acreedor garantizado pueda considerar sustitutivo del bien gravado. Aunque algunos ordenamientos han adoptado este enfoque, la mayoría respetan la regla general de que sólo tendrán prelación sobre otros acreedores las garantías reales que sean oponibles a terceros. Esto significa que la garantía real que sea oponible seguirá afectando al bien que está en manos del cesionario (véase la recomendación 76) y sólo se prevén excepciones para los cesionarios que han pagado un precio, como los compradores, los arrendatarios o los licenciarios (véanse las recomendaciones 77 a 79). Si se aplica esta regla, el donatario nunca podrá ser un cesionario del bien en el curso ordinario de los negocios y sólo recibirá el bien libre de la garantía real si ésta no se ha hecho oponible a terceros.

d) Orden de prelación de los créditos preferentes

95. Con el fin de lograr objetivos de interés social, muchos ordenamientos reconocen en el marco o incluso al margen de un procedimiento de insolvencia prelación legal a determinados créditos no garantizados sobre otros créditos del mismo rango y, en algunos casos, sobre créditos con garantía real, e incluso con garantía previamente inscrita en un registro. Por ejemplo, las deudas fiscales y salariales con el Estado y con los empleados gozan de prelación, en algunos ordenamientos, sobre las garantías reales ya existentes. Como los objetivos sociales o de interés público varían de un país a otro, varía también la índole precisa de esos créditos y el rango de prelación otorgado. Además, muchos ordenamientos exigen al menos que algunos de estos créditos estén inscritos en el registro para que sean oponibles a terceros, mientras que otros no lo hacen.

96. La razón aducida a favor de estos créditos preferentes es que están al servicio de un objetivo social. Las posibles desventajas dependen en gran medida de que se exija su inscripción en el registro. Si no se exige esa inscripción, normalmente resultará difícil o imposible a los futuros acreedores determinar si existen créditos de este tipo, lo que aumenta la incertidumbre y por consiguiente desalienta la oferta de crédito garantizado. Esta desventaja concreta no existirá si los créditos tienen que ser inscritos en el registro. No obstante, también los créditos preferentes registrados pueden influir negativamente en la disponibilidad de crédito garantizado y su precio. El motivo es que, como estos créditos disminuyen el valor económico del bien para el acreedor garantizado, los acreedores frecuentemente optan por trasladar el mayor riesgo financiero de su crédito al otorgante de la garantía, elevando el tipo de interés o deduciendo del préstamo ofrecido el importe estimado de los créditos preferentes.

97. Para evitar que se desaliente el crédito garantizado, muchos ordenamientos han reducido recientemente el número de créditos preferentes a los que se concede prelación sobre las garantías reales ya constituidas. La tendencia de la legislación moderna es reconocer tales créditos únicamente si no se dispone de ningún medio eficaz distinto para cumplir el objetivo social previsto. Por ejemplo, en algunas jurisdicciones los ingresos fiscales se protegen ofreciendo incentivos a los directores de empresa para que resuelvan los problemas financieros con rapidez so pena de incurrir en responsabilidad personal, mientras que las deudas salariales están protegidas por un fondo público. Además, muchos ordenamientos procuran limitar también el impacto de los créditos preferentes sobre la disponibilidad de crédito garantizado imponiendo un límite sea a la suma que deberá pagarse al acreedor preferente sea al porcentaje de la suma obtenida tras la ejecución de la deuda que se destinará a pagarle.

98. Si se opta por admitir ciertos créditos preferentes, la ley que los rija ha de ser lo bastante clara como para permitir al acreedor calcular por adelantado su importe eventual a fin de protegerse. En algunos ordenamientos se ha logrado esa claridad y transparencia especificando todos los créditos preferentes en una única ley o en un anexo de dicha ley, o exigiendo que se inscriban en un registro público y dándoles prelación únicamente sobre las garantías reales que se inscriban ulteriormente. Si se opta por este segundo planteamiento, sin embargo, desaparecen gran parte de los motivos que explican el reconocimiento de los propios créditos preferentes. La razón de ello es que algunos surgen inmediatamente antes de que se inicie un procedimiento de insolvencia y por consiguiente es improbable que se conceda un

crédito garantizado después de la inscripción en el registro de los créditos preferentes. La Guía trata de mantener un equilibrio con respecto a estos créditos preferentes y se abstiene de recomendar su inscripción en el registro, recomendando en cambio que la legislación limite tanto los tipos como los importes de esos créditos y que, en la medida en que se reconozcan, se describan en las disposiciones pertinentes de manera suficientemente clara y concreta, de forma que los posibles acreedores garantizados puedan evaluar si conceden o no crédito al otorgante (véase la recomendación 80).

e) Orden de prelación de los derechos de los acreedores judiciales

99. En los regímenes contemporáneos de operaciones garantizadas, la regla general es que la garantía real que es oponible a terceros tiene prelación sobre los derechos de un acreedor no garantizado. Sin embargo, como se examinó en el párrafo [...] *supra*, algunos ordenamientos establecen que el titular de un crédito no garantizado puede obtener un derecho sobre los bienes de un deudor si obtiene una sentencia u orden judicial provisional contra el deudor e inscribe la sentencia u orden judicial provisional en el registro general de garantías reales, convirtiendo así el crédito no garantizado en un crédito garantizado cuyo rango se establece de acuerdo con las reglas ordinarias de prelación. Algunos de estos ordenamientos van más allá y establecen que si un acreedor no garantizado ha dado los pasos necesarios en virtud de la legislación aplicable para obtener una sentencia u orden judicial provisional, los derechos reales que reclama pueden efectivamente tener prelación sobre otras reclamaciones de acreedores garantizados anteriores. La legislación distingue estos acreedores de otros acreedores no garantizados por su diligencia en hacer todo lo que esté a su alcance, a veces con un costo significativo, para mantener su reclamación contra su deudor. Para facilidad de referencia, el término “sentencia” se utiliza a continuación para referirse tanto a sentencias como a órdenes judiciales provisionales, y los términos “acreedor judicial” se utilizan para referirse a los acreedores que han obtenido o bien una sentencia o bien una orden judicial provisional contra el deudor.

100. El resultado no es injusto con los demás acreedores no garantizados ya que a éstos les asistían los mismos derechos a recurrir a los tribunales con el mismo fin pero no se tomaron el tiempo ni realizaron los gastos necesarios para hacerlo. Sin embargo, para impedir que los acreedores judiciales gocen de facultades excesivas en los ordenamientos en los que basta un solo acreedor para iniciar un procedimiento de insolvencia, en el régimen de insolvencia a menudo se prevé que el representante de la insolvencia pueda impugnar toda garantía real derivada de una sentencia judicial que se dicte dentro de un plazo especificado previamente a la apertura del procedimiento de insolvencia. En diversos ordenamientos, el derecho del acreedor judicial sobre un bien se extingue o no es reconocido en el procedimiento de insolvencia del deudor.

101. Los regímenes modernos de operaciones garantizadas suelen encarar este tipo de conflicto de prelación estableciendo un cuidadoso equilibrio entre los intereses del acreedor judicial y los del acreedor garantizado. Por una parte, el acreedor con prelación judicial puede estar interesado en saber en un momento determinado si los bienes del otorgante conservan un valor suficiente no gravado que permita ejecutar la sentencia. Por otra parte, hay también razones de peso para proteger los derechos

del acreedor garantizado, puesto que éste se apoyó expresamente en su garantía real como base para otorgar el crédito.

102. En muchos ordenamientos se trata de lograr ese equilibrio dando en general prelación a la garantía real anterior sobre el derecho que otro acreedor adquiera por sentencia judicial sobre los bienes gravados, siempre que la garantía real sea oponible antes de que nazca el derecho pertinente del acreedor judicial. Este principio general es el adoptado en la Guía (véase la recomendación 81).

103. Los ordenamientos que pretenden proteger los derechos de los acreedores judiciales establecen normalmente una excepción y dos limitaciones a la regla general. Por lo común, se establece una excepción a los derechos de los acreedores judiciales en caso de que se constituya una garantía real para financiar adquisiciones sobre bienes gravados que no sean existencias ni bienes de consumo. Se da la prelación a la garantía real para la financiación de adquisiciones, aun cuando no sea oponible a terceros en el momento en que el acreedor judicial adquiera derechos sobre los bienes gravados, siempre que dicha garantía real se haya hecho oponible a terceros dentro del período de gracia previsto para ese tipo de garantías. Una regla contraria crearía un riesgo inaceptable para los proveedores de financiación de adquisiciones que ya hubieran otorgado el crédito antes de que el acreedor judicial adquiriera el derecho sobre los bienes y, por consiguiente, desalentaría la financiación de adquisiciones (véase la recomendación 179).

104. Las limitaciones a la regla arriba mencionada se relacionan con el importe del crédito al que se da prelación. La primera limitación obedece a la necesidad de proteger a los acreedores garantizados existentes que fueran a realizar nuevos desembolsos basados en el valor de unos bienes sujetos a derechos creados por sentencia judicial. Debe haber un mecanismo que advierta a los acreedores de ese tipo de derechos. En muchos ordenamientos en los que se cuenta con un sistema de registro, se exige que se inscriba en él una notificación de los derechos creados por vía judicial. Cuando no hay sistema de registro o cuando las sentencias judiciales pertinentes no están sujetas a la inscripción en él, se puede exigir al acreedor judicial que notifique a los acreedores garantizados la existencia de la sentencia. Además, cabe estipular que la prelación del acreedor garantizado existente se prolongue por cierto plazo (quizá de 45 a 60 días) tras la inscripción de los derechos creados por vía judicial (o tras la notificación al acreedor), a fin de que el acreedor pueda tomar las medidas del caso para proteger sus derechos de forma acorde. Cuanto menor sea el tiempo de que un acreedor garantizado disponga para responder a la imposición de derechos por vía judicial y cuanto menos se den a conocer públicamente esos derechos, tanto más incidirá negativamente su posible existencia sobre la cuantía y el costo de las líneas de crédito para desembolsos futuros.

105. La Guía recomienda que se envíe una notificación a los acreedores garantizados inscritos en el registro y que la prelación de otra garantía real se limite al crédito otorgado por el acreedor garantizado durante un número determinado de días (por ejemplo, de 30 a 60) después de haber recibido la notificación de la existencia de los derechos del acreedor judicial (véase la recomendación 81, apartado a)). Si bien esta limitación impone al acreedor judicial la obligación de notificar sus derechos al acreedor garantizado, ésta no suele ser una carga desmedida para él y libera al acreedor garantizado de la obligación de consultar frecuentemente el registro para determinar si hay sentencias contra el otorgante (lo que representaría una carga mucho más onerosa y costosa, que casi siempre se

trasladará al otorgante). La existencia del período de gracia está justificada porque impide que, tratándose de una línea de crédito rotatorio u otro servicio crediticio que prevea prórrogas futuras de la financiación, el acreedor garantizado tenga que suspender de inmediato los préstamos u otros créditos, circunstancia que podría ocasionar dificultades al otorgante o incluso llevarlo a la insolvencia.

106. La segunda limitación tiene que ver con los desembolsos futuros. La prelación de una garantía real puede hacerse extensiva incluso a los desembolsos que se hagan después de que se notifique al acreedor garantizado los derechos reconocidos al acreedor judicial, siempre que, previamente a dicha notificación, se haya contraído el compromiso irrevocable de efectuar el desembolso de una cantidad fija o una cantidad que se pueda determinar con arreglo a una fórmula especificada.

107. El fundamento de esta regla es que no sería justo privar a un acreedor garantizado que se haya comprometido irrevocablemente a otorgar un crédito de la prelación que le sirvió de base en el momento de contraer el compromiso. La razón aducida en contra es que, de acuerdo con las condiciones de muchas líneas de crédito, el hecho de que haya una sentencia judicial constituye un caso de incumplimiento que daría derecho al acreedor garantizado a suspender el desembolso de sumas adicionales. Sin embargo, suspender el desembolso de sumas adicionales puede no ser una protección suficiente para el acreedor garantizado y puede ser perjudicial también para las otras partes. Por ejemplo, la pérdida repentina de financiación provocada por la sentencia podría muy bien llevar al otorgante a un procedimiento de insolvencia, lo que produciría no sólo pérdidas al acreedor garantizado y a los demás acreedores sino que también podría dar lugar a la destrucción del negocio del otorgante. La Guía resuelve este conflicto de prelación en favor de la continuación del pago de los desembolsos de una línea de crédito irrevocable, en aras de permitir al otorgante mantener activo su negocio, circunstancia que le dará la mayor oportunidad de hacer frente a sus obligaciones (véase la recomendación 81, apartado b)).

f) Orden de prelación de los derechos de los proveedores de servicios relacionados con un bien gravado

108. Muchos ordenamientos establecen que los proveedores de servicios que están relacionados con bienes corporales gravados o que de alguna manera añaden valor a esos bienes, por ejemplo, mediante su almacenamiento, reparación o transporte, gozan de derechos reales sobre esos bienes. Algunos ordenamientos permiten que estos derechos reales maduren para convertirse en una garantía real completa que permite al proveedor de servicios ejecutar su derecho como si se tratara de una garantía real. Otros ordenamientos establecen que los derechos de los proveedores de servicios consisten simplemente en su capacidad para negarse a entregar los bienes a quien lo solicite. Con independencia del carácter de los derechos de los proveedores de servicios, éstos sólo pueden reclamar, según estos ordenamientos, mientras los bienes están en su posesión.

109. Ese tratamiento dado a los proveedores de servicios tiene la ventaja de inducirlos a continuar prestándolos y facilitar así el mantenimiento y la conservación de dichos bienes. En la mayoría de los ordenamientos la prelación dada al derecho real otorgado a los prestadores de servicios sobre bienes que estén en su posesión es superior a la prelación de otras garantías reales sobre esos bienes. En particular, este derecho tiene un rango superior al de las demás garantías reales

sobre los bienes con independencia de las fechas en que ambos derechos se hicieron oponibles a terceros. La justificación de esa regla de prelación es que los proveedores de servicios no son financieros profesionales y deben quedar exonerados de consultar el registro para determinar la existencia de garantías reales concurrentes antes de prestar sus servicios. Además, la regla facilita servicios como la reparación, el almacenamiento y otras mejoras, que normalmente benefician tanto a los acreedores garantizados como a los otorgantes.

110. Surge la cuestión de determinar si la prelación dada a los proveedores de servicios debe limitarse a cierta cantidad o reconocerse sólo en determinadas circunstancias. Uno de los criterios posibles es limitar la prelación a una cantidad (por ejemplo, un mes de alquiler en el caso de los propietarios de locales) y reconocer la prelación sobre garantías reales preexistentes únicamente si se añade al bien un valor que beneficie directamente a los titulares de esas garantías. Este criterio tiene la ventaja de que no limita indebidamente los derechos de los acreedores garantizados. Tendría, con todo, el inconveniente de que no quedarían protegidos los proveedores de servicios que no añadan ningún valor y, en todo caso, sería necesario determinar el importe del valor que han agregado al bien, requisito que puede aumentar los costos y dar lugar a litigios.

111. Otro criterio seguido es limitar la prelación de los proveedores de servicios al valor razonable de los servicios prestados. Ese criterio reflejaría un equilibrio justo y eficiente entre los intereses en conflicto, a la vez que garantizaría la protección razonable de los proveedores de servicios y obviaría las dificultades de probar el valor relativo de los bienes gravados antes y después de que se presten los servicios. Como el valor razonable de los servicios se basa en un cálculo que puede ser verificado de forma comparativa y pública, este criterio reduce también al mínimo los gastos que supone reclamar el crédito. Por este motivo, la Guía recomienda este enfoque (véase la recomendación 82).

g) Orden de prelación de los derechos de reclamación

112. Algunos ordenamientos prevén que un proveedor que vende bienes corporales a crédito sin garantía podrá, en caso de incumplimiento o de insolvencia financiera del comprador (acompañada, o no, de la apertura de un procedimiento de insolvencia de éste), tener legalmente el derecho de reclamarle la devolución de esos bienes dentro de un plazo determinado (denominado “plazo de reclamación”). Si se ha iniciado un procedimiento de insolvencia del comprador, el régimen de la insolvencia aplicable determinará el grado en que los reclamantes de la devolución de los bienes verán suspendidos o afectados sus derechos de otro modo (véanse las recomendaciones 39 a 51 de la *Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia, de la CNUDMI*).

113. Una cuestión importante es determinar si un derecho de reclamación sobre un bien corporal determinado debe tener prelación sobre una garantía real preexistente sobre el mismo bien, tanto dentro como fuera de un procedimiento de insolvencia. En otras palabras, se trata de determinar si, cuando los bienes del comprador (incluidos los bienes que se pretende reclamar) están gravados con garantías reales efectivas en favor de un acreedor garantizado, los bienes reclamados deben ser devueltos al vendedor libres de tales garantías. En algunos ordenamientos la reclamación tiene efecto retroactivo y pone al vendedor en la misma situación en que estaba antes de la venta (o sea, como titular de un bien que no estaba gravado

con garantías reales en favor de los acreedores del comprador). Sin embargo, en otros ordenamientos el bien continúa gravado con las garantías reales preexistentes, siempre que la garantía real se haya hecho oponible a terceros antes de que el proveedor ejerza su derecho de reclamación. La justificación de esta postura es que los titulares de esas garantías reales probablemente se fundamentaron en la existencia de los bienes reclamados para otorgar el crédito. Además, si se diera prelación a los derechos de reclamación en estas circunstancias, la respuesta de los financiadores de la adquisición de existencias sería muchas veces reducir el importe del crédito concedido al otorgante “reservándose” frente a posibles derechos de reclamación.

114. En los Estados que han promulgado un régimen moderno de operaciones garantizadas del tipo previsto en la Guía, el vendedor puede protegerse obteniendo una garantía real del pago de la adquisición de los bienes y, por consiguiente, el objetivo que se pretendía lograr al reconocer derechos de reclamación normalmente puede lograrse por otros medios. Por consiguiente, la Guía recomienda que no se conceda prelación a los derechos de reclamación salvo si se han ejercido antes de que se haya hecho oponible a terceros una garantía real concurrente (véase la recomendación 83).

h) Orden de prelación de una garantía real sobre un accesorio fijo

115. Los bienes corporales pueden muchas veces convertirse en accesorios fijos de otros bienes corporales (sean muebles, como en el caso de los neumáticos de los vehículos de motor, o inmuebles, como en el caso de las chimeneas ornamentales, los candelabros o las calderas de los edificios). En tales casos, es frecuente que puedan plantearse conflictos entre las garantías reales constituidas sobre el accesorio fijo y las garantías reales constituidas sobre el bien que lleve anejo el accesorio. Para decidir cómo determinar la prelación relativa de estos derechos, las consideraciones normativas que entran en juego si se trata de accesorios fijos de una propiedad inmobiliaria o de accesorios fijos de bienes muebles son diversas.

i) Orden de prelación de una garantía real sobre un accesorio fijo de un bien inmueble

116. En la medida en que el régimen de las operaciones garantizadas permita la constitución de garantías reales sobre accesorios fijos de un bien inmueble (como lo recomienda la Guía; véase la recomendación 21), ha de incluir reglas que regulen la prelación relativa del titular de una garantía real sobre un accesorio fijo de un bien inmueble frente a los titulares de derechos sobre el bien inmueble de que se trate. Una de las consideraciones fundamentales de esas reglas de prelación es evitar la perturbación innecesaria de principios bien establecidos del régimen legal de la propiedad inmobiliaria.

117. Esas reglas de prelación tendrán que abordar una serie de conflictos de prelación diferentes. El primero se da entre una garantía real sobre un accesorio fijo (o cualquier otro derecho sobre ese accesorio, por ejemplo, el derecho de un comprador o de un arrendatario) que se haya constituido y hecho oponible a terceros con arreglo al régimen legal de la propiedad inmobiliaria, por una parte, y otra garantía real sobre el accesorio fijo que sea oponible a terceros en virtud del régimen de las operaciones garantizadas con bienes muebles, por la otra. En tal caso, por deferencia con el régimen de la propiedad inmobiliaria, la mayoría de los ordenamientos reconocen la prelación de la garantía constituida y hecha oponible a

terceros con arreglo a ese régimen. Con el fin de preservar la fiabilidad del registro de la propiedad inmobiliaria, ésta es también la posición adoptada en la Guía (véase la recomendación 84).

118. El segundo conflicto de prelación puede surgir entre la garantía real sobre un bien gravado que o bien sea un accesorio fijo de un inmueble en el momento en que la garantía real se hace oponible frente a terceros o bien pasa a serlo posteriormente, siempre que la garantía real se haya hecho oponible a terceros mediante su inscripción en el registro de la propiedad inmobiliaria, y una garantía real (u otro derecho como el derecho de un comprador o un arrendador) sobre el inmueble de que se trate. En tal caso, la prelación se determina en función de la fecha de inscripción en el registro de la propiedad inmobiliaria. De nuevo, la justificación de esta postura es preservar la fiabilidad del registro de la propiedad inmobiliaria, justificación que fundamenta también la postura adoptada en la Guía (véase la recomendación 85).

119. Puede también plantearse un tercer tipo de conflicto de prelación entre una garantía real para adquisiciones que se constituya sobre un bien gravado que se convierta en un accesorio fijo de un bien inmueble y un gravamen sobre el bien inmueble. Para promover la financiación de la adquisición de accesorios fijos, la Guía recomienda que se dé prelación a la garantía real para adquisiciones constituida sobre el bien gravado que se convierte en un accesorio fijo (véase la recomendación 180; en virtud de la recomendación 192, el mismo principio será aplicable en aquellos casos en los que el financiador de adquisiciones, en un enfoque no unitario, tenga un derecho de retención del título o un derecho de arrendamiento financiero).

ii) *Orden de prelación de una garantía real sobre un accesorio fijo de un bien mueble*

120. Las garantías reales sobre bienes que posteriormente se convierten en accesorios fijos de bienes muebles pueden dar origen a varios tipos de conflictos de prelación. Uno de estos tipos es el que puede plantearse entre dos garantías reales sobre bienes que posteriormente se convierten en accesorios fijos de uno o varios bienes muebles. También puede plantearse otro conflicto de prelación entre una garantía real sobre un bien que posteriormente se convierte en accesorio fijo de otro bien mueble y una garantía real sobre el bien mueble al que se incorporó el accesorio si ambas han sido inscritas en el registro general de garantías reales. En estos casos, la prelación se podrá determinar en función del orden de inscripción en el registro o de hacerse oponibles a terceros (véase la recomendación 173). Puede también plantearse un tercer tipo de conflicto de prelación entre una garantía real sobre un bien que posteriormente se convierte en un accesorio fijo que se hizo oponible a terceros mediante su inscripción en un registro especializado o su anotación en un certificado de titularidad y una garantía real sobre el bien mueble mismo que se haya inscrito también en el registro general de garantías reales. En tal caso, se da prelación al derecho más antiguo, en deferencia a las normas de preservación de la integridad de los registros especializados y los sistemas de certificación de la titularidad (véase la recomendación 74, apartado a)). Un cuarto tipo de conflicto de prelación puede plantearse entre dos garantías reales sobre bienes que posteriormente se convierten en accesorios fijos de uno o varios bienes muebles y ambas garantías se han hecho oponibles a terceros mediante su inscripción en un registro especializado o su anotación en un certificado de

titularidad. Un quinto conflicto de prelación puede plantearse entre una garantía real sobre un bien que posteriormente se convierte en un accesorio fijo y una garantía real sobre el bien mueble al que se incorpora el accesorio fijo si ambas garantías se han hecho oponibles a terceros mediante su inscripción en un registro especializado o su anotación en un certificado de titularidad. En estos casos, la prelación se determina por el momento en que se hizo la inscripción o la anotación (véanse las recomendaciones 74, apartado b), y 86).

i) Orden de prelación de una garantía real sobre una masa de bienes o sobre un producto acabado

121. Muchos tipos de bienes corporales se destinan a la manufactura o a su transformación o mezcla con otros bienes corporales de la misma índole. Esta circunstancia da origen a tres tipos de posibles conflictos de prelación que exigen reglas especiales. Estos tres tipos son: a) conflictos entre garantías reales constituidas sobre bienes corporales de la misma índole que pasen a formar parte de una sola masa de bienes o de un solo producto acabado (por ejemplo, azúcar y azúcar, aceite y aceite, trigo y trigo); b) conflictos entre garantías reales sobre bienes corporales distintos que pasen a formar parte de una masa o un producto acabado (por ejemplo, azúcar y harina, fibra de vidrio y resina de poliéster, tejido y tinta); y c) conflictos entre una garantía real constituida originariamente sobre bienes corporales separados y una garantía real constituida sobre la masa de bienes o el productos acabado resultantes (por ejemplo, azúcar y tarta, fibra de vidrio y muebles, tejido y pantalones). A continuación se examinan estos posibles conflictos.

i) Orden de prelación de las garantías reales sobre bienes corporales de la misma índole que pasan a formar parte de una sola masa de bienes o de un solo producto acabado

122. Los ordenamientos normalmente establecen que las garantías reales sin desplazamiento de la posesión sobre bienes corporales que a continuación se mezclan subsisten sobre la masa así formada o sobre el producto acabado y tienen la misma prelación entre ellas que tenían antes de ser mezclados los bienes. La razón de esta regla es que el acto de incorporar esos bienes corporales a una masa o a un producto acabado no debe afectar en nada a los respectivos derechos de los acreedores con garantías reales concurrentes sobre los bienes corporales originariamente separados. Entre sí, deben encontrarse en idéntica situación. Por supuesto, en estos casos la suma total disponible para satisfacer las demandas de los acreedores garantizados no puede ser superior al valor que tenían los bienes corporales gravados con las garantías reales concurrentes inmediatamente antes de pasar a formar parte de la masa de bienes o del producto acabado (véase la recomendación 22). La Guía recomienda también que se respete este principio (véase la recomendación 87).

ii) Orden de prelación de las garantías reales sobre bienes corporales distintos que pasan a formar parte de una masa de bienes o de un producto acabado

123. Si las garantías reales sobre bienes corporales distintos que pasan a formar parte de una masa de bienes o de un producto acabado continúan gravando esa masa o producto, la cuestión es determinar su valor relativo. Los ordenamientos han adoptado muchos enfoques distintos para resolver esta cuestión, que dependen de la

forma en que definen el alcance de los derechos de un acreedor garantizado sobre la masa o el producto. La Guía recomienda que se reconozca a los acreedores garantizados el derecho a repartirse el valor máximo agregado de sus garantías reales sobre la masa o el producto acabado de forma proporcional con el valor de los bienes gravados con sus respectivas garantías inmediatamente antes del proceso de elaboración o de su incorporación al valor total de los componentes en ese momento (véase la recomendación 22). Utilizando el ejemplo de la tarta, si el valor del azúcar es 2 y el de la harina 5, en tanto que el valor de la tarta es 8, los acreedores recibirán 2 y 5, respectivamente, pero ninguno de ellos recibirá más que la cuantía de su obligación garantizada. En caso de que el valor del azúcar sea 2 y el de la harina 5, pero el valor de la tarta sea 6, los acreedores recibirán 2 y 5 séptimos de 6, respectivamente. Cada uno de los acreedores sufrirá en esta situación una pérdida proporcional.

124. De ahí que en este tipo de casos cada acreedor pueda reclamar la prelación de su crédito anterior a la elaboración del producto final sobre la parte que represente el valor del componente objeto de la garantía. Eso quiere decir que si la cuantía de un crédito garantizado es inferior al valor del componente gravado y existe otro crédito garantizado cuya cuantía es superior al valor del componente gravado con ella, el segundo no puede reclamar un derecho de prelación sobre el exceso de valor atribuible al bien gravado con la primera garantía real. Para evitar estos límites, muchos acreedores garantizados describen en los acuerdos de garantía los bienes gravados de forma tal que incluyan no sólo los componentes sino también la masa o el producto que se obtienen con esos componentes. Sin embargo, los ordenamientos normalmente adoptan la fórmula de valoración relativa antes descrita para determinar cuáles son los derechos de los acreedores garantizados que tienen garantías reales sobre distintos componentes de una masa o de un producto, enfoque que también recomienda la Guía (véase la recomendación 88).

iii) *Orden de prelación de una garantía real constituida originariamente sobre bienes corporales separados y una garantía real constituida sobre la masa de bienes o el producto acabado*

125. El tercer tipo de conflictos que los ordenamientos tienen que resolver es el que se plantea entre garantías reales sobre bienes corporales separados que entran a formar parte de una masa de bienes o de un producto acabado y las garantías reales constituidas sobre la propia masa o el producto. Por lo general, los ordenamientos adoptan la postura de que estos conflictos se rigen por las reglas ordinarias de prelación. Por ejemplo, si un acreedor garantizado (A) tiene una garantía real sobre una cantidad de azúcar y esta garantía se notificó al registro el 1º de enero, y si otro acreedor garantizado (B) tiene una garantía real sobre las tartas actuales y futuras que se notificó al registro el 1º de febrero, el acreedor garantizado A tendrá prelación pero con la salvedad, que se recoge en la recomendación 22, de que su garantía real se limitará al valor de los bienes inmediatamente antes de entrar a formar parte de la masa o el producto. Al contrario, si un acreedor garantizado (A) tiene una garantía real sobre una cantidad de azúcar y esta garantía fue notificada al registro el 1º de febrero, y otro acreedor garantizado (B) tiene una garantía real sobre las tartas presentes y futuras y esta garantía fue notificada al registro el 1º de enero, el acreedor garantizado B tendrá la prelación.

126. Sin embargo, hay que hacer una excepción a este principio si el acreedor garantizado que tiene una garantía sobre un componente es un financiador de adquisiciones (véase el capítulo XI relativo a la financiación de adquisiciones). En tal caso, y de acuerdo con el régimen general de la financiación de adquisiciones, los ordenamientos normalmente dan prelación a las garantías reales constituidas para financiar adquisiciones frente a todas las demás garantías sobre la masa de bienes o el producto que abarquen los bienes futuros. Para mantener la coherencia de un régimen que promueva la oferta de crédito para la financiación de la adquisición de bienes corporales, la Guía recomienda también la adopción de este principio (véase la recomendación 89).

5. Alcance e interpretación de las reglas de prelación

a) Intrascendencia del conocimiento de la existencia de la garantía real

127. Una de las características fundamentales de un régimen eficaz de las operaciones garantizadas es que, con independencia del método escogido para determinar la prelación, ésta se fijará remitiéndose a hechos objetivos (por ejemplo, la inscripción de una notificación, la posesión, un acuerdo de control o una notificación sobre el certificado de titularidad). Para que el sistema de prelación aporte certeza estos hechos objetivos tienen que ser el único y exclusivo medio para determinar la prelación. Por eso, en la mayoría de los ordenamientos que han modernizado su régimen de las garantías reales el orden de prelación de éstas, que se establece en función, por ejemplo, de la fecha de inscripción de una notificación en el registro o de la posesión del bien por el acreedor, se respeta aunque un acreedor posterior u otro acreedor concurrente haya adquirido sus derechos conociendo la existencia de una garantía real que no estaba en aquel momento inscrita en el registro ni era oponible de otro modo a terceros.

128. La justificación de esta regla se basa en la premisa de que resulta frecuentemente difícil demostrar que una persona conocía un hecho concreto en un momento determinado. Este hecho tiene especial incidencia si se trata de una sociedad u otra persona jurídica con numerosos empleados. Las reglas de prelación que dependen de un conocimiento subjetivo abren la puerta a complicados procedimientos de solución, disminuyendo así la certeza del rango de prelación de los acreedores garantizados y la eficacia y eficiencia del sistema. Aunque pueda parecer extraño reconocer la prelación de un acreedor que sabe que el otorgante ya ha constituido una garantía real, basándose para ello en el orden en que se produce un hecho públicamente verificable a través del cual el acreedor hace oponibles a terceros sus derechos, el hecho es que así se asegura la certeza de las relaciones entre los potenciales acreedores concurrentes. Esta consideración sirve de fundamento para la recomendación de la Guía de que se considere intrascendente el simple conocimiento de la existencia de una garantía real para determinar la prelación (véase la recomendación 90).

129. Dicho esto, es importante distinguir el simple conocimiento de la existencia de una garantía real del conocimiento de que una operación concreta infringe los derechos de un acreedor garantizado. Por ejemplo, el conocimiento por un comprador de la existencia de una garantía real no inscrita en el registro no altera el régimen de prelación establecido para los derechos registrados. En cambio, si el comprador sabe también que el bien que adquiere se vende en contravención de las condiciones concretas de un acuerdo de garantía (por ejemplo, la prohibición de que

el otorgante venda los bienes gravados), este hecho puede tener importantes ramificaciones jurídicas (por ejemplo, la adquisición del título sobre el bien condicionada al mantenimiento de las garantías reales ya existentes; véanse los párrs. 70 a 72 *supra*; véanse también las recomendaciones 78, 98, apartado b), 102 y 103).

b) Libertad de contratación de la prelación: subordinación

130. La mayoría de los regímenes de prelación contienen normas que se aplican salvo si las partes afectadas han establecido expresamente otra cosa. En otras palabras, la mayoría de los ordenamientos prevén que el acreedor garantizado pueda en cualquier momento subordinar, por decisión unilateral o mediante acuerdo, su garantía real a la de un demandante concurrente, actual o futuro. Por ejemplo, el prestamista A, titular de una garantía real de primer rango sobre todos los bienes actuales y futuros del otorgante, puede acceder a que éste constituya una garantía real sobre determinado bien a favor del prestamista B que tenga mayor prelación respecto de dicho bien, con el propósito de aprovechar su valor para que el prestamista B le facilite financiación adicional basándose en el valor del bien. El reconocimiento de la validez de la subordinación de garantías reales refleja un principio bien arraigado (véase, por ejemplo, el artículo 25 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internacional). Habida cuenta del reconocimiento generalizado de la utilidad de los acuerdos de subordinación, la Guía recomienda que sean permitidos (véase la recomendación 91).

131. Sin embargo, la subordinación no puede afectar a los derechos de los demandantes concurrentes sin su consentimiento. Así, por ejemplo, un acuerdo de subordinación no debe influir negativamente en la prelación de un acreedor garantizado que no sea parte en el acuerdo. Esto significa que, si el ordenamiento exige a los acreedores que indiquen en la notificación inscrita en el registro el importe máximo de la garantía real constituida (véase la recomendación 57, apartado d)), la subordinación se limitará al valor indicado de la garantía real de rango superior. Por ejemplo, si el prestamista A ha limitado su garantía real a 100.000 y el prestamista B tiene una garantía de 50.000, un acuerdo de subordinación entre el prestamista A y el prestamista C, que tiene una garantía de 200.000, no puede dar lugar a que se autorice al prestamista C a reclamar una prelación sobre la garantía del prestamista B por un importe superior a la garantía real de 100.000 del prestamista A.

132. La finalidad de un acuerdo de subordinación es permitir que los acreedores garantizados acuerden entre ellos el orden de prelación más eficiente entre sus derechos sobre los bienes gravados. Para obtener el máximo beneficio de este orden consensuado es fundamental que la prelación conseguida por vía de un acuerdo de subordinación siga siendo aplicable en el supuesto de que se abra un procedimiento de insolvencia del otorgante. Algunos ordenamientos incluyen ya una disposición de este tipo en su régimen de la insolvencia. En otros, puede que sea necesario modificar el régimen de la insolvencia con objeto de facultar a los tribunales para ordenar la ejecución de un acuerdo de subordinación y a los representantes de la insolvencia para resolver conflictos de prelación entre partes en un acuerdo de subordinación sin incurrir en responsabilidad (véase el capítulo XVI relativo a los efectos de la insolvencia sobre las garantías reales, párr. 63, y la recomendación 237).

133. La subordinación de las garantías reales y otros derechos de propiedad sobre bienes gravados no significa la subordinación de los pagos previos al incumplimiento, una cuestión que compete al régimen contractual. Se trata de un asunto que corresponde al régimen general de las obligaciones. Normalmente, antes del incumplimiento y mientras el otorgante siga devolviendo el préstamo u otros créditos recibidos, el acreedor garantizado no tiene derecho a hacer valer su garantía real y la prelación no constituye un problema. Así pues, mientras no se cometa un fraude o no haya acuerdo en contrario entre el otorgante y el acreedor garantizado, nada impide al primero efectuar pagos para satisfacer obligaciones garantizadas con garantías reales subordinadas.

c) Efectos sobre la prelación de la continuidad en la oponibilidad

134. En los ordenamientos en que la oponibilidad a terceros de una garantía real se puede establecer mediante más de un método (por ejemplo, de forma automática o por inscripción, posesión, control o anotación en un certificado de titularidad) se plantea la cuestión de determinar si cabe admitir que el acreedor garantizado que haya establecido inicialmente la prelación de su garantía real mediante un método cambie a otro método sin perder la prelación original. Algunos ordenamientos no permiten que los acreedores cambien el método por el que lograron la oponibilidad de su garantía real. Por consiguiente, estos ordenamientos no permiten que se mantenga la prelación de un acreedor si se produce tal cambio. Por ejemplo, si un acreedor inscribe una notificación en el registro general de garantías reales el día 1, obtiene la posesión del bien gravado el día 10 y cancela la inscripción el día 20, a partir de ese momento la fecha pertinente para establecer la prelación será el día 10, y no el día 1. Si el método inicial para establecer la prelación ha dejado de existir, sólo podrá haber prelación desde el momento en que se logró la prelación a través de otro método todavía vigente.

135. En otros ordenamientos es posible mantener la prelación aun después de haberse cambiado el método para lograr la oponibilidad. Que la prelación se mantenga dependerá de la forma en que se integren los distintos métodos para obtener la oponibilidad. En estos ordenamientos, el principio es que una garantía real no perderá su prelación si en ningún momento ha perdido su oponibilidad. Por ejemplo, si una garantía real sobre un bien se hace oponible a terceros mediante la posesión y el acreedor garantizado inscribe posteriormente una notificación en el registro general y devuelve la posesión al otorgante, la garantía real seguirá siendo oponible a terceros y la prelación se remontará al momento en que se tuvo inicialmente la posesión, siempre que la inscripción preceda a la entrega de la posesión por el acreedor. No obstante, si el acreedor garantizado inscribe la notificación después de haber entregado la posesión del bien, la prelación de la garantía real será válida sólo a partir del momento en que el acreedor garantizado inscriba la notificación en el registro. Las reglas que regulan la continuidad de la prelación tienen especial importancia en aquellos casos en los que la oponibilidad se estableció inicialmente mediante la posesión y la duración del crédito hace que el otorgante requiera la utilización del bien gravado. De conformidad con sus recomendaciones sobre la continuidad de la oponibilidad (véanse las recomendaciones 46 y 47), la Guía adopta la postura de que, a efectos de aplicar las reglas de prelación temporal que recomienda, se debe mantener la prelación a pesar de que cambie el método por el que se determine (véanse las recomendaciones 92 y 93).

136. Debe observarse que la regla antes mencionada sólo es aplicable si para determinar la prelación se utilizan reglas temporales, y no si se aplican reglas no temporales. En este último caso, el cambio de método para lograr la oponibilidad influirá en la prelación de una garantía real incluso en caso de que esa oponibilidad sea continua. Por ejemplo, si el titular de un título negociable inscribe en el registro una notificación de una garantía real sobre ese título antes de entregar su posesión, esa inscripción no basta para mantener la prelación especial que deriva de la posesión del título. En caso de que un segundo acreedor garantizado registre una notificación antes de que el acreedor garantizado que entregue la posesión haya registrado la suya, el segundo tendrá prelación a causa de su inscripción anterior (véanse los párrs. 155 a 157 *infra*; véase también la recomendación 98). Igualmente, si un acreedor garantizado que tiene el control de un derecho de pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria inscribe una notificación de su garantía real y a continuación entrega el control, la prelación especial derivada del control se pierde. Si otro acreedor garantizado ha inscrito una notificación en el registro general de garantías reales antes de la toma inicial del control, una vez que el acreedor garantizado ha entregado el control tendrá prelación a causa de su inscripción anterior (véanse los párrs. 158 a 164 *infra*; véase también la recomendación 100).

d) Alcance de la prelación: desembolsos futuros y obligaciones futuras y contingentes

137. En anteriores capítulos se ha abordado el hecho de que los regímenes modernos de operaciones garantizadas permiten que se asegure con una garantía real el cumplimiento no sólo de obligaciones ya existentes en el momento en que se constituyó dicha garantía sino también el de obligaciones futuras y contingentes (véase el capítulo IV relativo a la constitución de una garantía real, párrs. [...]; véase también la recomendación 16). La mayoría de los ordenamientos establecen que la garantía real inicial abarca el principal y los intereses que se hayan estipulado en el acuerdo, así como los honorarios y gastos que pueda suponer la reclamación del pago.

138. Los ordenamientos adoptan posturas diferentes con respecto a los desembolsos futuros que se produzcan a causa de acuerdos de crédito vigentes y de obligaciones contingentes. Algunos de ellos atribuyen la misma prelación a los desembolsos futuros que al crédito concedido originalmente, pero para que la prelación inicial se extienda a las obligaciones futuras y contingentes estos ordenamientos exigen que se pueda determinar tanto su tipo como su importe (el acuerdo de crédito, por ejemplo, puede establecer expresamente que sólo estarán garantizados los desembolsos futuros de una línea de crédito hasta un importe máximo de 100.000). En otros ordenamientos la garantía real puede extenderse a todas las obligaciones monetarias y no monetarias contraídas con el acreedor garantizado, que pueden ser de cualquier tipo y cuantía siempre que el acuerdo lo permita. En estos ordenamientos, las obligaciones futuras y contingentes previstas en el acuerdo de garantía tendrán la misma prelación que el crédito inicial concedido.

139. La consecuencia práctica de todo ello es que un acreedor garantizado tiene la seguridad, en el momento en que contrae la obligación de conceder un crédito, de que la prelación de su garantía real se extenderá no sólo al crédito que conceda en el momento de la conclusión del acuerdo de garantía, sino también a: a) las obligaciones que surjan posteriormente en virtud de los términos del acuerdo de

garantía (por ejemplo, desembolsos futuros como parte de un acuerdo de crédito rotatorio); o b) las obligaciones contingentes que se conviertan posteriormente en obligaciones efectivas porque se produce la contingencia (por ejemplo, obligaciones que pasan a ser pagaderas al acreedor garantizado en virtud de una garantía). Por ejemplo, en caso de que exista una línea de crédito por la que el prestamista haya convenido el día 1 en efectuar de cuando en cuando desembolsos en favor del otorgante durante todo el año de vigencia de la línea de crédito respaldada por la garantía real sobre los bienes del otorgante, la garantía real de todos los desembolsos efectuados tendrá la misma prelación, independientemente de que éstos se hagan los días 1, 35 ó 265.

140. Cuando se trate de un crédito concedido para permitir que el otorgante de la garantía real compre bienes corporales o servicios que recibirá en entregas sucesivas a lo largo de un período, este método significa que se considerará que la totalidad de dicho crédito nació en el momento de concluirse el contrato de compra de los bienes corporales o servicios y no en el momento de efectuarse cada entrega sucesiva de esos bienes o servicios. Una justificación de este criterio es que viene a ser el más rentable porque libera al acreedor garantizado de la necesidad de determinar la prelación de cada crédito que conceda, lo que normalmente supone realizar nuevas consultas del registro para determinar que no hay otros acreedores, la ejecución de acuerdos adicionales y la inscripción adicional del importe de los desembolsos del crédito que se realicen después de la constitución de la garantía real. Como los gastos que invariablemente suponen estos pasos adicionales se trasladan al otorgante directamente o se reflejan en un aumento de los tipos de interés, eliminarlos puede reducir el costo del crédito para éste. Otra justificación de este criterio es que reduce al mínimo el riesgo para el otorgante de que los desembolsos posteriores del crédito objeto de la garantía real se vean interrumpidos si el acreedor garantizado determina que ese futuro desembolso no tendrá la misma prelación que el desembolso inicial. Por estos motivos, la Guía recomienda la adopción de unas reglas de prelación que reconozcan la prelación de las obligaciones futuras (véase la recomendación 94).

141. Las reglas de prelación antes señaladas están sometidas, no obstante, a dos posibles limitaciones. La primera consiste en que, como se ha señalado, en algunos ordenamientos que amplían la prelación de una garantía real de forma que abarque los desembolsos futuros del crédito, esa prelación se limitará a la cuantía máxima detallada en la notificación inscrita en un registro público de la garantía real. La razón para aplicar este criterio es que promueve la financiación subordinada al alentar a posibles acreedores subordinados a conceder otro crédito basándose en el valor residual de los bienes gravados (por ejemplo, el valor de los bienes gravados que supere el importe máximo respaldado por la garantía real de mayor prelación que se indique en la notificación inscrita), siempre que el posible acreedor pueda cerciorarse de que existe un valor residual suficiente (véase la recomendación 95). Otros ordenamientos no adoptan este criterio basándose en que puede llevar a los acreedores garantizados a inflar el importe indicado en la notificación inscrita para incluir una suma mayor que la prevista en el momento de concluir el acuerdo de garantía a fin de poder hacer frente a posibles desembolsos futuros imprevistos (véase el capítulo VI referente al sistema de inscripción registral, párrs. [...]; véase también la recomendación 57, apartado d)).

142. La segunda limitación consiste en que, según reconoce la Guía, en algunas circunstancias el acreedor garantizado no debe poder reclamar la prelación de su

crédito por los desembolsos futuros frente a otro acreedor que haya obtenido una sentencia o una orden judicial provisional contra el otorgante y haya dado pasos para ejecutar la sentencia contra los bienes gravados (véanse los párrs. 99 a 107 *supra*; véanse también las recomendaciones 81 y 94).

e) Orden de prelación de una garantía real sobre bienes adquiridos ulteriormente

143. Como se examina más en detalle en el capítulo IV relativo a la constitución de la garantía real, en algunos ordenamientos cabe constituir una garantía real sobre los bienes que sea probable que un otorgante adquiera en el futuro (“bienes adquiridos ulteriormente”). Partiendo del supuesto de que la descripción de estos bienes adquiridos ulteriormente bastará para identificarlos, la garantía real nacerá automáticamente en el instante en que el otorgante adquiera dichos bienes, sin que medie ningún otro trámite. Gracias a ello se reducen al mínimo los gastos de constitución de una garantía real y se responde a las expectativas comerciales de las partes. Esto es particularmente importante para las garantías constituidas sobre existencias que una empresa adquiere continuamente para revender, los créditos por cobrar de una empresa, que se irán cobrando y seguirán naciendo constantemente (véase el capítulo II relativo al ámbito de aplicación y otras reglas de carácter general, sección F, Ejemplos de prácticas de financiación consideradas, párrs. [...]) y el equipo que la empresa del otorgante utiliza y que irá renovando en el curso ordinario de su negocio.

144. El reconocimiento de la constitución automática de una garantía real sobre bienes adquiridos ulteriormente plantea la cuestión de si la prelación sobre ellos surte efecto a partir de la fecha en que se inscribe la garantía o ésta pasa a ser oponible a terceros o a partir de la fecha en que el otorgante adquiere efectivamente los bienes. En los distintos ordenamientos esta cuestión se resuelve de diversa manera. En algunos, la fecha en que surte efecto la prelación varía en función de la índole del acreedor concurrente que aspira a ella. En estos ordenamientos, la prelación se determina, frente a los demás acreedores con garantías reales contractuales, por la fecha de inscripción u oponibilidad de la garantía real y, frente a los demás acreedores, por la fecha de adquisición efectiva del bien por el otorgante. En otros ordenamientos, la prelación de una garantía real sobre los bienes adquiridos ulteriormente frente a los demás acreedores concurrentes se determina por la fecha en que se estableció inicialmente.

145. En general se acepta que el segundo de estos criterios es el más eficaz y efectivo para promover la oferta de financiación garantizada. En consecuencia, los regímenes modernos de operaciones garantizadas especifican normalmente que la prelación de una garantía real abarca todos los bienes gravados que fueron incluidos en la notificación inscrita, con independencia de que existan antes o después de la inscripción. Este es el enfoque adoptado en la Guía (véase la recomendación 96).

f) Orden de prelación de la garantía real sobre el producto derivado de los bienes gravados

146. Si el acreedor goza de una garantía real sobre el producto (para la definición de “producto”, véase la Introducción, sección B, Terminología), habrá que dirimir la prelación de esa garantía frente a los derechos de los demás acreedores concurrentes. Cabe mencionar entre los eventuales acreedores concurrentes dotados de una garantía real sobre el producto a todo acreedor del otorgante que goce de una

garantía real sobre dicho producto y a todo acreedor del otorgante que obtenga una garantía real sobre el producto por sentencia judicial.

147. Los bienes que constituyen el producto de la enajenación del bien originariamente gravado para proteger a un acreedor garantizado pueden ser, a la vez, bienes originariamente gravados para proteger a otro acreedor garantizado. Por ejemplo, el acreedor A puede tener una garantía real sobre todos los créditos por cobrar del otorgante en virtud de la garantía real de que goza sobre todas las existencias, actuales y futuras de la empresa del otorgante y sobre el producto de la venta o de cualquier otro acto de disposición de dichas existencias; el acreedor B puede tener una garantía real sobre todos los créditos por cobrar, existentes y futuros, del otorgante a título de garantía original sobre dichos créditos. Si el otorgante vende posteriormente a crédito las existencias constituidas en garantía del acreedor A, ambos acreedores gozarán de una garantía real sobre los créditos por cobrar nacidos de dicha venta: el acreedor A tendrá una garantía real sobre los créditos por cobrar a título de producto de la venta de las existencias gravadas y el acreedor B tendrá una garantía real sobre los mismos créditos por cobrar por disponer de una garantía real originaria sobre todos los créditos por cobrar, actuales y futuros, del mismo otorgante.

148. En los ordenamientos que reconocen la posibilidad de constituir una garantía real sobre el producto, las reglas de prelación pueden diferir en función del carácter de los acreedores concurrentes y del tipo de bienes que dieron origen al producto. En los conflictos de prelación entre titulares de garantías reales concurrentes, el orden de prelación de las garantías reales sobre el producto de los bienes originariamente gravados podrá deducirse de las reglas de prelación aplicables a los derechos sobre los bienes originariamente gravados. Así pues, el momento en que una garantía real sobre un bien gravado se hace oponible a terceros o es inscrita en el registro general será también el momento en que será oponible a terceros o se considerará inscrita, respectivamente, la garantía real sobre el producto de la venta de esos bienes gravados.

149. En el caso de una concurrencia entre acreedores garantizados que dispongan de una garantía real sobre los bienes a título de producto y acreedores garantizados que dispongan de una garantía real sobre estos bienes a título de bienes originariamente gravados, algunos ordenamientos distinguen entre producto que adopta la forma de créditos por cobrar y producto que adopta la forma de bienes corporales (por ejemplo, bienes corporales obtenidos a cambio). Estos ordenamientos distinguen también normalmente entre producto derivado de la venta de existencias y producto derivado de la venta de bienes de equipo. La regla general es que un acreedor garantizado que dispone de una garantía real sobre unos créditos por cobrar generados por la venta de existencias a título de bienes originariamente gravados tendrá prelación sobre otro acreedor que reclame tales créditos por cobrar como producto, con independencia de las fechas respectivas en que sus derechos se hicieron oponibles a terceros.

150. En otros ordenamientos no se establece ninguna diferencia por la forma del producto o el carácter de los bienes. La regla es que la primera garantía real sobre unos bienes determinados que se inscriba en un registro tiene prelación sobre las garantías de los acreedores concurrentes. Por ejemplo, si la fecha de inscripción en el registro de la garantía real sobre los bienes cuya venta ha generado el producto es anterior a la fecha de inscripción en el registro de la garantía real sobre el producto

como bien originariamente gravado, tendrá prelación la garantía real sobre los bienes que dieron origen al producto. En cambio, si se inscribió una notificación de la garantía sobre el producto como bien originariamente gravado antes de que el acreedor concurrente hubiera inscrito su garantía con respecto a los bienes que dieron origen al producto, la prelación corresponderá a la garantía real del acreedor sobre el producto como bien originariamente gravado. Este es el criterio recomendado en la Guía (véase la recomendación 97).

151. En supuestos en los que la fecha de inscripción no determine el orden de prelación de las garantías concurrentes sobre el bien originariamente gravado (como ocurriría, por ejemplo, con las garantías reales para financiar adquisiciones, que gozan de una prelación especial sobre dicho bien), habrá que determinar caso por caso la regla de prelación aplicable al producto (véase el capítulo XI relativo a las garantías reales para la financiación de adquisiciones, párrs. [...]; véanse también las recomendaciones 181 y 182 (enfoque unitario) y 194 a 196 (enfoque no unitario)).

B. Observaciones específicamente relacionadas con los bienes

152. Acabamos de examinar de forma particularizada los conflictos de prelación que suelen plantearse cuando el objeto gravado es un bien corporal. El principio de “prelación basado en la fecha de inscripción” es un punto de partida para decidir de forma eficiente.

153. Como se indicó anteriormente, sin embargo, en algunos casos es necesario ajustar este principio. Algunos de estos ajustes afectan a otros acreedores garantizados (por ejemplo, una garantía real sobre accesorios fijos o sobre masas de productos o productos elaborados). Otros afectan a los acreedores concurrentes que no estén garantizados (por ejemplo, los cesionarios, arrendatarios y licenciarios o los representantes de la insolvencia).

154. Además de los ajustes citados para tener en cuenta la diversidad de las obligaciones garantizadas y la diversidad de los acreedores concurrentes, los regímenes modernos de operaciones garantizadas contienen también algunas reglas de prelación especiales que afectan a tipos de bienes particulares y derivan de los métodos particulares que pueden utilizarse para lograr la oponibilidad a terceros de las garantías sobre estos tipos de bienes. En esta sección se examinan las cuestiones de prelación que plantean estos tipos de bienes.

1. Orden de prelación de una garantía real sobre un título negociable

155. Muchos ordenamientos han adoptado reglas de prelación especiales para las garantías reales sobre títulos negociables, como cheques, letras de cambio y pagarés. Esas reglas reflejan la importancia que se da al concepto de negociabilidad en esos ordenamientos.

156. Como ya se señaló (véase el capítulo V relativo a la oponibilidad frente a terceros de la garantía real), en muchos ordenamientos las garantías reales sobre títulos negociables se pueden hacer oponibles mediante su inscripción en el registro general de garantías reales o mediante el traspaso de la posesión del título (véase la recomendación 37). En esos ordenamientos, es frecuente que la garantía real que adquiera su oponibilidad mediante el traspaso de la posesión del título tenga

prelación sobre la garantía real que se haga oponible mediante la inscripción, independientemente del momento en que ésta se efectúe. El fundamento de esta regla es que resuelve el conflicto de prelación en favor de la preservación de la negociabilidad sin dificultades de los títulos negociables. Para proteger la coherencia de la legislación que rija los títulos negociables (para la regla de interpretación de la expresión “legislación que rija los títulos negociables”, véase la Introducción, sección B, Terminología), la Guía recomienda que se adopte este principio de prelación (véase la recomendación 98).

157. Por la misma razón, esos ordenamientos a menudo dan prelación a un comprador o a otro cesionario (de una operación contractual), si esa persona o bien cumple los requisitos de tenedor protegido del título con arreglo a la legislación que rija los títulos negociables, o bien toma posesión del título y da una contrapartida a título oneroso, de buena fe y sin tener conocimiento de que la transferencia viola los derechos del acreedor garantizado. A ese respecto, conviene señalar que el conocimiento de la existencia de una garantía real por parte de un cesionario de un título o documento no significa de por sí, que el cesionario no haya actuado de buena fe. Para ello, el comprador ha de saber que la transmisión libre de garantías reales del bien estaba prohibida por el acuerdo de constitución de la garantía. También en este caso la Guía adopta una regla de prelación que respeta los principios antes expuestos del régimen de los títulos negociables (véase la recomendación 99).

2. Orden de prelación de una garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria

158. Normalmente un régimen de prelación completo aborda una serie de conflictos diferentes en los que intervienen garantías reales sobre los derechos al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria (para la definición de “cuenta bancaria”, véase Introducción, sección B, Terminología). Algunos ordenamientos consideran que el derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria es un crédito por cobrar. En estos ordenamientos no hay una regla especial que rija la constitución o la oponibilidad de las garantías reales sobre el derecho de pago. En otros ordenamientos, oponibilidad se puede lograr también mediante el control del bien. En estos casos, los ordenamientos han de determinar también las consecuencias sobre la prelación de que la oponibilidad se haya logrado a través de tal método (véanse los párrs. 39 y 40 *supra*). Son posibles varios conflictos de prelación diferentes.

159. Uno de los tipos de conflictos de prelación es el que se da entre una garantía real que sea oponible a terceros mediante el control del bien gravado y otra que lo sea por un método diferente. En tal situación, en muchos de los ordenamientos que han incorporado el concepto de control goza de prelación la garantía real que se hace oponible en virtud de este control, puesto que así se facilitan las operaciones financieras que se basan en el derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria y los acreedores garantizados no tienen necesidad de consultar el registro general de garantías reales. Esa es también la postura adoptada en la Guía (véase la recomendación 100, primera oración).

160. Un segundo tipo de conflicto de prelación es el que se da entre dos garantías reales, cada una de las cuales pasa a ser oponible mediante el control del bien gravado. En tal caso, la consecuencia lógica que normalmente adoptan los

ordenamientos que reconocen los acuerdos de control es dar prelación a la garantía real que primero se haya hecho oponible mediante ese control (es decir, en el orden en que se concluyeron los respectivos acuerdos de control). En la práctica, este tipo de conflicto no se presenta a menudo, ya que es poco probable que un banco depositario concierte a sabiendas más de un acuerdo de control respecto de la misma cuenta bancaria cuando no exista entre ambos acreedores garantizados un acuerdo sobre la forma en que se determinará la prelación. No obstante, el conflicto es teóricamente posible y la Guía adopta, por consiguiente la posición de que en estos casos se debe aplicar el principio normal de “prelación basada en la fecha de inscripción” (véase la recomendación 100, segunda oración).

161. Un tercer tipo de conflicto de prelación se produce cuando uno de los acreedores garantizados es el propio banco depositario. En tal situación, hay razones de peso para dar prelación al banco depositario debido a que, en cualquier caso, el banco depositario llevará por lo general las de ganar en tales situaciones en razón del derecho de compensación que normalmente le corresponde en virtud del régimen de operaciones no garantizadas (salvo si ha renunciado expresamente a él), y por tanto una regla de prelación que favorezca al banco en esas circunstancias permitirá que el conflicto se resuelva dentro de los límites del régimen de prelación sin necesidad de recurrir a otras disposiciones. En la Guía se recomienda la adopción de este principio (véase la recomendación 100, tercera oración).

162. Los ordenamientos que aplican esta regla de prelación con frecuencia prevén una excepción en caso de que el conflicto de prelación se dé entre el banco depositario y un acreedor garantizado que obtenga el control de la cuenta bancaria convirtiéndose en cliente del banco depositario, y adoptan en general una regla que da prelación al cliente. Ese criterio se basa en que, al aceptar al acreedor garantizado concurrente como su cliente, el banco depositario conviene en general en renunciar a su derecho en el acuerdo de depósito que concluye con él. Asimismo, el banco depositario con frecuencia perdería su derecho de compensación en tales situaciones porque no habría reciprocidad ente el banco depositario y el otorgante, dado que la cuenta bancaria no figura a nombre del otorgante (véase la recomendación 100, tercera oración).

163. Un cuarto tipo de conflicto es el que se da entre la garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria y los derechos de compensación que el banco depositario pudiera tener frente al otorgante-cliente. A fin de impedir el debilitamiento de la relación entre el banco y el cliente, los regímenes de operaciones garantizadas dan prelación a los derechos de compensación del banco depositario. En algunos ordenamientos se ha incorporado expresamente al régimen de operaciones garantizadas este concepto de prelación. Ésta es también la posición recomendada por la Guía (véase la recomendación 101).

164. El quinto tipo de conflicto de prelación es el que puede plantearse entre una garantía real sobre el derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria y el derecho del beneficiario de una transferencia de fondos de la cuenta bancaria iniciada por el otorgante. La expresión “transferencia de fondos” tiene la finalidad de abarcar una diversidad de formas de transferencia, incluido los cheques y los medios de comunicación electrónicos. En ese tipo de situación, razones de mucho peso a favor de la libre negociabilidad de fondos apoyan una regla que dé prelación al beneficiario de la transferencia, siempre que éste no tenga conocimiento de que esa transferencia constituía una infracción de los derechos del acreedor garantizado

por su garantía real. Por consiguiente, si el beneficiario de la transferencia acepta los fondos a sabiendas de que la transferencia viola la garantía real prevista en el acuerdo de garantía, los toma con el gravamen de la garantía real. Esta es la recomendación de la Guía, sujeta a la advertencia de que la recomendación no tiene el propósito de influir negativamente en los derechos de los beneficiarios de transferencias de fondos de cuentas bancarias según otras leyes distintas de las que regulan las operaciones garantizadas (véase la recomendación 102).

3. Orden de prelación de una garantía real sobre dinero

165. Con el ánimo de lograr la máxima negociabilidad del dinero, muchos regímenes de operaciones garantizadas permiten que el beneficiario de una transferencia de dinero disponga de él libre de las reclamaciones de otras personas, incluidos los titulares de garantías reales válidas sobre el dinero (para la definición de “dinero”, véase la Introducción, sección B, Terminología). Como en el caso de los beneficiarios de la transferencia de fondos de una cuenta bancaria, la única excepción a esta regla de prelación se da cuando el beneficiario tiene conocimiento de que la transferencia del dinero viola el acuerdo de seguridad entre el titular de la cuenta y el acreedor garantizado (es decir, ha entrado en colusión con el titular de la cuenta bancaria para privar al acreedor garantizado de sus derechos). Como en otras situaciones similares en las que interviene una transferencia de fondos de una cuenta bancaria, el simple conocimiento de la existencia de la garantía real no infringe los derechos del beneficiario de la transferencia. Una vez más, siguiendo la práctica generalmente aceptada con respecto al dinero, la Guía recomienda la adopción de este principio de prelación (véase la recomendación 103).

4. Orden de prelación de una garantía real sobre el producto de una promesa independiente

166. El régimen de las promesas independientes se ha desarrollado en gran medida a través de las prácticas del sector que opera con cartas de crédito y garantías bancarias. Como ya se indicó (véase el capítulo V relativo a la oponibilidad de la garantía real), una garantía real sobre un derecho a cobrar el producto de una promesa independiente pasa a ser oponible únicamente mediante el control. Dado que en este contexto el método habitual para lograr el control es obteniendo una aceptación, en el caso de varios posibles pagadores (por ejemplo, el garante/emisor, el confirmante y varias personas designadas), el control sólo se logrará frente a cada uno de los garantes/emisores, confirmantes o personas designadas que hayan dado su aceptación. Por ello, la regla de prelación normalmente se centra en la persona concreta que sea el pagador.

167. Normalmente, en el caso extraño de que se planteara un conflicto de prelación entre el titular de una garantía real sobre un derecho a recibir el producto de una promesa independiente que se ha hecho oponible a terceros mediante el control y una garantía real que se ha hecho oponible a terceros porque garantiza el pago de un crédito por cobrar, un título negociable u otro bien inmateral, la primera tendrá prelación (véanse las recomendaciones 48 y 104). Como en el caso de las cuentas bancarias, esta regla se basa en la necesidad de facilitar las operaciones en las que intervengan promesas independientes liberando a las partes de la necesidad de consultar el registro general de garantías reales para determinar si el crédito por cobrar cuyo pago facilita la promesa independiente está sometido a otra garantía

real, promoviéndose de este modo la confianza en las promesas independientes. A efectos prácticos, este tipo particular de conflicto de prelación es bastante raro porque en la mayoría de los casos el beneficiario del crédito por cobrar será también el beneficiario de la promesa independiente. En cualquier caso, de acuerdo con el principio de “prelación basada en la fecha de inscripción”, entre dos garantías reales que se hayan hecho oponibles a terceros a través de un control establecido mediante la aceptación, la prelación corresponde a la primera garantía real que sea aceptada por el pagador. La justificación de esta conclusión se basa en gran medida en la práctica pues establece una regla especial necesaria para mantener bajos los gastos que genera una promesa independiente. Como estas promesas independientes han dado lugar a que se desarrolle una rama muy especializada del derecho mercantil a través fundamentalmente de la práctica, la Guía recomienda que las reglas de prelación correspondientes respeten estos principios (véase la recomendación 104).

5. Orden de prelación de una garantía real sobre un documento negociable o sobre bienes corporales abarcados por un documento negociable

168. Los regímenes de operaciones garantizadas eficaces suelen contar con reglas que aborden por lo menos dos conflictos de prelación relacionados con los documentos negociables, tales como los resguardos de almacén o los conocimientos de embarque negociables. El primero es el conflicto entre el titular de una garantía real sobre un documento negociable o sobre los bienes abarcados por éste, por una parte, y la persona con la que se haya negociado debidamente el documento, por otra. A fin de proteger la posibilidad de negociar con estos documentos a través del régimen de operaciones no garantizadas, la mayoría de los ordenamientos prevén que la garantía real sobre el documento negociable y sobre los bienes corporales abarcados por éste se subordinará a los derechos de rango superior que haya podido adquirir el cesionario del documento en virtud del régimen de documentos negociables. Por ese mismo motivo, esa es la posición recomendada en la Guía (véase la recomendación 105).

169. El segundo conflicto puede darse entre el titular de una garantía real sobre los bienes corporales abarcados por el documento negociable que deriva de la garantía real sobre el propio documento negociable, y el titular de una garantía real sobre esos mismos bienes que deriva de otra operación (por ejemplo, la constitución de una garantía real directa sobre los bienes). Este tipo de conflicto se puede plantear bien si la garantía real directa sobre los bienes corporales se hizo oponible a terceros mientras esos bienes estaban abarcados por el documento negociable o bien si la garantía real directa sobre los bienes corporales se hizo oponible a terceros antes de que dichos bienes quedaran abarcados por el documento negociable. En ambos casos, la prelación por lo general se atribuye a la garantía real sobre el documento negociable. Esta regla de prelación promueve la fiabilidad de los documentos negociables como instrumento comercial, especialmente por lo que respecta a los conocimientos de embarque emitidos con motivo de ventas internacionales. Por tanto, esa es también la postura adoptada en la Guía (véase la recomendación 106).

170. Sin embargo, cabe establecer una excepción a esta regla referente al caso concreto de un documento negociable que abarque unos bienes corporales que no sean existencias. Los acreedores normalmente esperan que las existencias se expidan y que se emita un conocimiento de embarque o un resguardo de almacén y por consiguiente pueden prever que durante un breve período los bienes

directamente gravados por su garantía real estarán abarcados por ese resguardo de almacén o conocimiento de embarque. No es frecuente que esto suceda, por ejemplo, si se trata de bienes de equipo. Por tanto, la regla que atribuye una prelación absoluta a la garantía real sobre documentos negociables tiene menos importancia en este caso y es posible que se justifique una excepción. Se trata de establecer que la regla es inaplicable si los bienes corporales no son existencias y la garantía real directa (es decir, la garantía real del acreedor garantizado que no tiene la posesión del documento negociable) se hizo oponible a terceros antes de: a) el momento en que el bien quedó abarcado por el documento negociable; o, de ser anterior, b) el momento en que el otorgante de la garantía real y el acreedor garantizado en posesión del documento negociable llegaron al acuerdo de que el bien fuera abarcado por el documento negociable, siempre que lo fuera durante un breve período determinado (por ejemplo, 30 días) a partir de la fecha del acuerdo. En este caso concreto, se aplicaría la regla normal de “prelación basada en la fecha de inscripción” y tendría prelación el primer acreedor que hiciera oponible a terceros su garantía sobre los bienes corporales (sea directamente o sea a través de la constitución de una garantía sobre un documento negociable que abarque esos bienes). Esta excepción ofrece un cierto grado de protección a los titulares de garantías reales sobre bienes corporales distintos de las existencias en caso de que el otorgante, sin notificarlo a esos titulares y sin su autorización, haga que los bienes queden abarcados por un documento negociable. Por estos motivos, la Guía recomienda también que se adopte esta excepción (véase la recomendación 106, segunda oración).

C. Recomendaciones

[Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee tomar nota de que, puesto que el documento A/CN.9/637 incluye un conjunto refundido de las recomendaciones del proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas, las recomendaciones no se reproducen en el presente documento. Una vez que las recomendaciones se finalicen se reproducirán al final de cada capítulo.]
