



Asamblea General

Distr. limitada
31 de enero de 2011
Español
Original: inglés

**Comisión de las Naciones Unidas para
el Derecho Mercantil Internacional**
Grupos de Trabajo VI (Garantías Reales)
19º período de sesiones
Nueva York, 11 a 15 de abril de 2011

Proyecto de guía para un registro de las garantías reales

Nota de la Secretaría

Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
I. Introducción	1-13	6
A. General	1-5	6
B. Fuentes de experiencia registral	6-8	7
C. Principios rectores	9	8
D. Destinatarios del proyecto de guía	10-13	8
II. Finalidad de un registro de las garantías reales	14	9
A. Introducción	14-16	9
B. Función de una garantía real	17-18	10
C. Razones por las que se recurre al crédito garantizado	19	11
D. Garantías reales posesorias (con desplazamiento del bien gravado a manos del acreedor garantizado) y no posesorias (sin desplazamiento)	20-22	11
E. Respuesta dada por un registro a los riesgos jurídicos de la garantía real no posesoria	23-25	12
F. Excepciones a las reglas de oponibilidad y prelación fundadas en la inscripción	26-36	13
1. La garantía real posesoria	26	13
2. Financiación de adquisiciones	27	14



3.	Operaciones realizadas en el curso normal de un negocio	28-30	14
4.	Dinero en efectivo, títulos negociables y documentos negociables	31	15
5.	Cuentas bancarias y valores bursátiles	32	15
6.	Bienes sujetos a formas de inscripción especiales	33-35	16
7.	Otras excepciones	36	16
G.	Operaciones inscribibles en el registro	37-44	17
1.	Criterio general: primacía del fondo sobre la forma	37	17
2.	Dispositivos de garantía mediante retención de la titularidad	38-39	17
3.	La cesión pura y simple de créditos por cobrar	40-41	18
4.	Otros tipos de operación	42-44	18
H.	Ámbito territorial del registro	45-46	19
I.	Efecto del conocimiento efectivo o presunto de la existencia de una garantía no inscrita sobre su oponibilidad y su prelación	47	20
J.	Inscripción registral e insolvencia	48-52	20
K.	Inscripción registral y constitución de una garantía real	53	21
L.	Inscripción registral y ejercicio de una garantía real	54	22
M.	Consecuencias de haberse omitido la inscripción registral	55	22
N.	Coordinación del registro de las garantías reales con otros registros especiales de bienes inmuebles	56-58	22
O.	Coordinación del registro de las garantías reales con un registro de la propiedad inmobiliaria	59-61	23
III.	Rasgos esenciales de un registro eficiente de las garantías reales	62-72	23
A.	Introducción	62	23
B.	Determinar la titularidad de los bienes gravados	63-64	24
C.	Inscripción de avisos o inscripción de documentos	65-69	25
D.	Archivo indexado por otorgantes en vez de por bienes	70-72	26

Información de antecedentes

En su 42º período de sesiones (Viena, 29 de junio a 17 de julio de 2009), la Comisión tomó nota con interés de los temas de trabajo futuros examinados por el Grupo de Trabajo VI en sus períodos de sesiones 14º y 15º (A/CN.9/667, párr. 141, y A/CN.9/670, párrs. 123 a 126). En ese período de sesiones, la Comisión acordó que la Secretaría organizara un coloquio internacional a principios de 2010 para recabar las opiniones y el asesoramiento de expertos acerca de la posible labor futura en materia de garantías reales¹. De conformidad con esa decisión², la Secretaría organizó un coloquio internacional sobre las operaciones garantizadas (Viena, 1 a 3 de marzo de 2010). En el coloquio se examinaron varios temas, incluida la inscripción registral de las garantías reales sobre bienes muebles, las garantías reales sobre valores bursátiles que no estén en poder de intermediarios, una ley modelo sobre las operaciones garantizadas, una guía contractual para las operaciones garantizadas, la concesión de licencias de propiedad intelectual y la puesta en práctica de los textos de la CNUDMI sobre garantías reales. Participaron en el coloquio expertos procedentes de los países, de organizaciones internacionales y del sector privado³.

En su 43º período de sesiones (Nueva York, 21 de junio a 9 de julio de 2010), la Comisión examinó una nota de la Secretaría sobre la posible labor futura en materia de garantías reales (A/CN.9/702 y Add.1). En la nota se abordaban todos los temas examinados en el coloquio. La Comisión reconoció que todos los temas presentaban interés y debían mantenerse en su futuro programa de trabajo para su examen en un futuro período de sesiones sobre la base de las notas que pudiera preparar la Secretaría, dentro de los límites de los recursos disponibles. No obstante, habida cuenta de los limitados recursos de que dispone, la Comisión acordó que debía concederse prioridad a la inscripción registral de las garantías reales sobre bienes muebles⁴.

Prevaleció el parecer, a dicho respecto, de que un texto relativo a la inscripción registral de las garantías reales sobre bienes muebles sería un complemento valioso de la labor ya realizada por la Comisión en materia de operaciones garantizadas y ofrecería a los Estados la orientación que tan urgentemente requieren para la apertura y el buen funcionamiento de un registro eficiente de las garantías reales. Se afirmó que la reforma del régimen de las operaciones garantizadas no podía llevarse a cabo eficazmente sin haber previamente abierto al público un registro eficiente de las garantías reales. Se puso de relieve que en la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre las Operaciones Garantizadas* (la “*Guía*”) no se abordaban con suficiente detalle las diversas cuestiones jurídicas, administrativas, de infraestructura y funcionales que era preciso resolver para asegurar el buen funcionamiento de un registro eficiente⁵.

¹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento núm. 17 (A/64/17)*, párrs. 313 a 320.

² *Ibid.*

³ Véanse los documentos del coloquio en www.uncitral.org/uncitral/en/commission/colloquia/3rdint.html.

⁴ *Ibid.*, *sexagésimo quinto período de sesiones, Suplemento núm. 17 (A/65/17)*, párrs. 264 y 273.

⁵ *Ibid.*, párr. 265.

La Comisión convino asimismo en que, si bien podía confiarse al Grupo de Trabajo la decisión sobre la forma y la estructura definitiva del texto, ese texto podría: a) enunciar principios, directrices, un comentario, recomendaciones o un reglamento modelo; y b) basarse en la *Guía*, en los textos preparados por otras organizaciones y en todo reglamento que se haya promulgado en algún país que ya disponga de un registro de las garantías reales similar al registro general de las garantías reales que se recomienda en la *Guía*. Tras deliberar, la Comisión decidió encomendar al Grupo de Trabajo la preparación de un texto relativo a la inscripción registral de las garantías reales sobre bienes muebles⁶.

En su 18º período de sesiones (Viena 5 a 10 de noviembre de 2010), el Grupo de Trabajo examinó una nota de la Secretaría titulada “Inscripción registral de las garantías reales sobre bienes muebles” (A/CN.9/WG.VI/WP.44 y Add.1 y Add.2). El Grupo de Trabajo comenzó mostrándose favorable a la preparación de un texto relativo a la inscripción registral de las garantías reales sobre bienes muebles, al observar que la práctica financiera había demostrado claramente que la eficacia de un régimen de las operaciones garantizadas dependía de que se dispusiera de un sistema de inscripción registral eficiente (véase A/CN.9/714, párr. 12). En cuanto a la forma y la estructura del texto que se preparara, el Grupo de Trabajo partió del supuesto de que se prepararía una guía acerca del establecimiento y funcionamiento eficiente de un registro de las garantías reales sobre bienes muebles, en la que se enunciaran principios, directrices, comentarios y tal vez un reglamento modelo. El Grupo de Trabajo convino también en que el texto que se propusiera para dicha guía fuera compatible con el régimen legal de las operaciones garantizadas recomendado por la *Guía*, sin dejar, por ello, de tener en cuenta la diversidad de los enfoques adoptados en los reglamentos por los que se rigen los registros más modernos tanto nacionales como internacionales. Se observó además que, con arreglo, a lo recomendado en la *Guía* (recomendación 54, apdo. j)), la guía que se propusiera para los futuros registros debería tener en cuenta la necesidad de facilitar la inscripción de avisos consignados sobre soportes tanto electrónicos como de papel, a fin de que las partes interesadas puedan presentar su aviso o su consulta al registro, ya sea por vía electrónica o sobre papel (A/CN.9/714, párr. 13). Se pidió a la Secretaría que preparara un proyecto de texto para la guía registral propuesta a la luz de las deliberaciones y de las conclusiones a que llegara el Grupo de Trabajo (A/CN.9/714, párr. 11). El texto que figura a continuación constituye un anteproyecto de esa futura guía.

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee preparar la guía ahora propuesta en forma de un texto autónomo o de un suplemento de la Guía (sobre las Operaciones Garantizadas). En vista de la decisión adoptada por el Grupo de Trabajo en el 18º período de sesiones, de que el régimen de las operaciones garantizadas recomendado en la Guía sirviera de base para la guía registral ahora propuesta, se diría que tal vez convenga que el texto propuesto para dicha guía adopte la forma de un suplemento de la Guía. Ahora bien, denominar “guía” el texto propuesto como reglamentación eventual de un registro de las garantías reales, tal vez realce su posible interés y esa denominación estaría de todos modos, justificada por el hecho de que la guía propuesta no se limitará a desarrollar las cuestiones ya tratadas en la Guía, sino que abordaría nuevas

⁶ *Ibid.*, párrs. 266 y 267.

cuestiones (que se tratarán conforme al régimen recomendado por la Guía). Si el Grupo de Trabajo decide denominar al texto propuesto por el nombre de “guía” y no por el nombre de “suplemento” de la Guía [sobre las Operaciones Garantizadas], tal vez deseen contemplar títulos como los siguientes: “guía para un registro de las garantías reales”, “guía para la creación de un registro de las garantías reales”, etc. Aun cuando la decisión definitiva acerca de esta cuestión vaya a adoptarse en una etapa ulterior la preparación del texto propuesto tal vez se vea facilitada por la adopción de alguna hipótesis de trabajo a este respecto, en esta etapa inicial.]

I. Introducción

A. General

1. En la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre las Operaciones Garantizadas* (la “*Guía*”) se refleja el reconocimiento general de la importancia económica de que se disponga de un marco jurídico moderno que facilite la financiación garantizada por gravámenes constituidos sobre bienes muebles. La creación de un registro en el que sea posible informarse acerca de la posible existencia de garantías reales sobre estas categorías de bienes gravables constituye un rasgo fundamental del régimen que se recomienda en la *Guía* y de las iniciativas favorables a una reforma general en esta esfera.

2. En el capítulo IV de la *Guía* se hacen ya comentarios y recomendaciones sobre cuestiones concernientes a la inscripción registral de las garantías reales. Ahora, para enterarse bien del régimen y de los efectos jurídicos de la inscripción registral de estas garantías, así como del alcance de dicha inscripción, hará falta que el lector adquiera un buen conocimiento de la *Guía* en su conjunto. Por ello, el capítulo II del proyecto de guía para un registro de las garantías reales (el “proyecto de guía”) comienza por hacer un resumen completo pero conciso de la función jurídica que cumple o que puede cumplir un registro de las garantías reales en todo Estado que ya disponga o desee disponer de un marco legislativo moderno de las operaciones financieras garantizadas acorde con las recomendaciones de la *Guía*. El texto del capítulo II trata de asesorar acerca de dicha función a toda persona que, sin ser necesariamente jurista, haya de intervenir en la creación del registro, para lo que deberá poseer un entendimiento básico de la función de un registro que le permita llevar a cabo su cometido al respecto, así como a todo futuro cliente del registro y demás personas interesadas (véase párr. 10 *infra*).

3. Un registro general de las garantías reales difiere notablemente de los registros para la inscripción de la titularidad de ciertas categorías de bienes y de los gravámenes que pesen sobre tales bienes, así como sobre bienes de gran valor, tales como buques, con los que la mayoría de los Estados están muy familiarizados. Por ello, el capítulo III del proyecto de guía para un registro de las garantías reales explicará los rasgos esenciales de este tipo de registro en particular, la función de la inscripción de un aviso para establecer la oponibilidad a terceros de la garantía inscrita y la indexación por el dato identificador del otorgante de la garantía, que es lo que permite un funcionamiento eficiente de este tipo de registro y lo que le distingue de otros tipos de registro.

4. El marco legal de las operaciones garantizadas suele encomendar la reglamentación detallada de las funciones de inscripción y de búsqueda o consulta en un registro a un reglamento del registro, a unas directrices ministeriales o a alguna norma de rango similar. Pese a que el capítulo IV de la *Guía* imparte recomendaciones acerca de los principios generales aplicables a las funciones que debe cumplir un registro, en el capítulo IV del proyecto de guía para un registro (véase A/CN.9/WG.VI/WP.46/Add.1 y 2) formula directrices más precisas acerca de la presentación de avisos para su inscripción en el registro y acerca de la consulta o búsqueda de esos avisos en un registro. Esas directrices serán complementadas por un proyecto de reglamentación modelo de un registro (véase A/CN.9/WG.VI/WP.46/Add.3).

5. En el capítulo IV de la *Guía* no se examinan, al menos en detalle, la multitud de cuestiones tecnológicas, administrativas y funcionales que habrán de resolverse para el buen funcionamiento de un registro de las garantías reales. Por ello, en el capítulo V del proyecto de guía para un registro (véase A/CN.9/WG.VI/WP.46/Add.2) se tratará de colmar esa laguna de la *Guía*, examinando esas cuestiones prácticas más a fondo y en mayor detalle.

B. Fuentes de experiencia registral

6. La experiencia de los Estados que han introducido ya el tipo de registro general de las garantías reales previsto en la *Guía* es una clara muestra de las ventajas que la tecnología informática aporta a la eficiencia de un registro de las garantías reales. Por ello, el proyecto de guía trata de sacar enseñanzas de dichos precedentes para impartir orientación a los Estados, en particular, en lo relativo a los aspectos de diseño y funcionamiento técnico del registro.

7. Además, en el proyecto de guía se recurre a otras fuentes internacionales, entre las que cabe citar las siguientes:

a) Principios del Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo (BERD) para la publicidad de las garantías reales: Directrices relativas al establecimiento de un registro de gravámenes (2004);

b) Definición de normas del BERD en materia de publicidad de las garantías reales (2005);

c) Guía del Banco Asiático de Desarrollo (BAD) acerca de los registros de garantías sobre bienes muebles (2002);

d) Principios, definiciones y reglamento modelo de un proyecto de marco común de un derecho privado europeo, volumen 6, libro IX (garantías reales sobre bienes muebles), capítulo 3 (oponibilidad a terceros), sección 3 (inscripción), (2010), preparado por el Grupo de estudio sobre un código civil europeo y por el Grupo de investigaciones acerca del derecho privado de la CE (*Acquis Group*);

e) El Reglamento Modelo para el Registro en virtud de la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias (octubre de 2009) de la Organización de los Estados Americanos (OEA);

f) Publicación de la Corporación Financiera Internacional (Banco Mundial) sobre las Operaciones Garantizadas y los Registros de Gravámenes (enero de 2010);

g) Tratado fundacional de la *Organisation pour l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique* (OHADA): novedades relativas al establecimiento de un registro regional de las garantías reales; y

h) Convenio relativo a las garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil (Ciudad del Cabo, 2001) y sus Protocolos, por los que se establecen registros internacionales (que, pese a estar indexados por el bien gravado y admitir la inscripción de operaciones distintas de las operaciones financieras garantizadas, funcionan mediante un sistema de inscripción de avisos que determina la oponibilidad y la prelación de la garantía inscrita).

8. Las fuentes nacionales, regionales e internacionales anteriormente citadas no siempre son conformes a lo que se recomienda en el capítulo IV de la *Guía*, relativo a la inscripción registral. Por ello, el proyecto de guía para un registro explica la razón de ser del enfoque que se recomienda en la *Guía* en función de otros posibles enfoques.

C. Principios rectores

9. El proyecto de guía actual para un registro se inspira en los siguientes principios:

a) Eficacia jurídica: las directrices jurídicas y funcionales aplicables a las funciones de inscripción, consulta y búsqueda en un registro deben ser sencillas, claras y precisas;

b) Eficiencia funcional: todos los servicios del registro, en particular los de inscripción y de consulta y búsqueda, deberán estar diseñados con miras a posibilitar una consulta tan rápida y económica del registro como sea posible obtener sin merma de la seguridad y exactitud de la información inscrita en el archivo del registro; y

c) Igualdad de trato para todos los usuarios del registro: los otorgantes, los acreedores garantizados y ordinarios, y los reclamantes concurrentes eventuales, están interesados por igual en el alcance y contenido de la información inscrita en un registro de las garantías reales y en la eficiencia del servicio de consulta de esa información. Por ello, el marco jurídico y funcional del registro deberá estar diseñado con miras a conciliar los intereses de todos sus posibles usuarios.

D. Destinatarios del proyecto de guía

10. Los destinatarios del proyecto de guía para un registro de las garantías reales incluyen a toda persona interesada en dicho registro o que haya de participar en su diseño y puesta en marcha, o que pueda verse afectada por su apertura, entre los que cabe citar:

a) Los diseñadores del registro, incluido el personal técnico que haya de definir las especificaciones del equipo y la programación informática del registro;

b) El personal directivo y administrativo del registro;

c) La clientela, las entidades de crédito, las agencias de auditoría y de puntuación de la solvencia crediticia de las empresas y los representantes de la insolvencia, así como toda persona cuyos derechos puedan verse afectados por operaciones comerciales con bienes muebles tal vez gravados;

d) La comunidad jurídica en general (jueces, árbitros y abogados en ejercicio); y

e) Toda persona o entidad que haya de intervenir o de asesorar en la reforma del régimen de las operaciones garantizadas (tales como el Banco Mundial, el BERD, el Banco Asiático de Desarrollo y el Banco Interamericano de Desarrollo).

11. Muchos de los posibles lectores del proyecto de guía no estarán versados en las complejidades del régimen de las operaciones financieras garantizadas ni tendrán siquiera formación jurídica. Por ello, el proyecto de guía está formulado en un “lenguaje sencillo” que se vale de ayudas gráficas de fácil lectura.

12. Al igual que la *Guía*, el proyecto de guía se ha formulado en términos que permitan su utilización en Estados pertenecientes a diversas familias jurídicas. Por consiguiente, en la medida en que se formule en el proyecto de guía algún modelo de reglamentación, se utilizará una terminología genérica y neutra que sea coherente con la empleada en la *Guía* y que podrá adaptarse con facilidad al derecho interno, así como a los usos de cada país en lo concerniente al lenguaje jurídico y al rango legal o reglamentario que procederá dar a la norma que eventualmente se promulgue.

13. Por ejemplo, la *Guía* utiliza los términos “aviso” y “notificación” en el sentido de comunicación a fin de abarcar no solo un formulario (o ventana informática) que se utilice para transmitir información o datos al registro (véanse los términos aviso y notificación en la introducción de la *Guía*, secc. b), recomendaciones 54, apdo. b), y 57), sino también al empleo del término “notificación” en el sentido de “dar aviso o notificar” en el contexto del ejercicio extrajudicial de una garantía (véanse recomendaciones 149 a 151). El capítulo IV de la *Guía* complementa estos significados del término “aviso”, conforme se utiliza en un contexto registral, refiriéndolo: a) a la “información consignada en un aviso” o “al contenido del aviso” (véanse recomendaciones 54, apdo. d) y 57); y b) al “aviso inscrito” en el sentido de la información presentada al registro en el aviso, una vez que el aviso haya sido aceptado por el registro y la información consignada en el archivo del registro al que se dará acceso al público en general (véase recomendación 70). El proyecto de guía utiliza estos términos en ese mismo sentido, insistiendo más en la información consignada en la comunicación, presentada sobre papel o por vía electrónica, que en el medio de comunicación utilizado.

II. Finalidad de un registro de las garantías reales

A. Introducción

14. Un registro general de las garantías reales del tipo contemplado en la *Guía* permite la inscripción de la información presentada en un aviso, respecto de toda garantía real, actual o futura, a fin de: a) hacer la garantía oponible a terceros; b) facilitar un punto de referencia eficiente para determinar la prelación en función del momento de inscripción; y c) ofrecer una fuente de información objetiva para todo tercero que desee negociar alguna operación en función de los bienes del otorgante (véase la sección de finalidad del capítulo IV de la *Guía*).

15. El término registral “inscripción de un aviso” designa la operación de anotar un aviso en el registro. De efectuarse sobre papel suele constar de tres fases: a) la presentación, por el solicitante de una inscripción, de información consignada en un aviso; b) la anotación en el registro de la información presentada en el aviso y la asignación, por el registro, al aviso inscrito, de su fecha y hora de inscripción; y c) la anotación de los datos pertinentes, tomados del aviso, en el índice del registro, momento a partir del cual la información inscrita en el aviso puede ser ya

consultada por el autor de una búsqueda en el registro. En el contexto electrónico, cabe que los tres pasos se efectúen simultáneamente al completar el autor de una inscripción la presentación de su aviso. En algunos Estados, el aviso quedará válidamente inscrito al completarse la segunda fase, es decir, al ser admitido, por el registro, el aviso presentado. La *Guía* recomienda, en su lugar, que se exija para la validez de una inscripción que la información consignada en el aviso pueda ser obtenida por todo autor de una consulta en el registro (véase recomendación 70).

16. Un registro de las garantías reales no funcionan en el vacío, sino que forma parte integrante del marco jurídico y económico general en el que funciona el régimen de la financiación garantizada instituido por un Estado. Ahora bien, es posible que los que intervengan en el diseño y funcionamiento diario de un registro de las garantías reales, así como su clientela habitual, no estén familiarizados con las complejidades de la financiación garantizada. Por tanto, en el presente capítulo se ofrece una visión de conjunto de las operaciones garantizadas y de la función que cumple la inscripción registral en el marco jurídico de las operaciones garantizadas, conforme al régimen recomendado en la *Guía*.

B. Función de una garantía real

17. Aun cuando la terminología puede variar (por ejemplo, “prenda”, “gravamen”, o “hipoteca”), el principio básico de la garantía real es prácticamente el mismo en todas partes. La garantía real es un tipo de derecho real (es decir, es un derecho que, al igual que la propiedad, está constituido sobre la propia cosa y que es, por ello mismo, distinto de los derechos personales) que se confiere a un acreedor en garantía del pago de un préstamo o del cumplimiento de alguna otra obligación (véase el término “garantía real” en la introducción de la *Guía*, secc. B). Una garantía real reduce el riesgo de pérdida que pueda suponer a un acreedor garantizado el impago de su deuda garantizada, facultándole para hacer valer su derecho a percibir, a título de fuente supletoria de reembolso, el valor realizable de los bienes gravados. Por ejemplo, si una empresa toma fondos prestados contra la garantía de su equipo industrial e incumple su obligación de reembolsar el préstamo, su acreedor garantizado estará facultado para hacerse con la posesión del equipo y enajenarlo con miras a obtener el reembolso del saldo pendiente de pago de la deuda contraída por dicha empresa. El rasgo esencial de la garantía real consiste en que normalmente faculta al acreedor garantizado para reclamar el valor de los bienes gravados con preferencia a todo otro reclamante concurrente. Al mitigar el riesgo de la pérdida resultante de un impago, la persona que otorga una garantía (“otorgante”, consúltese este término en la introducción de la *Guía*, secc. B) podrá obtener un crédito financiero que, de lo contrario, se le hubiera denegado o podrá negociar condiciones, por lo demás, más favorables para el préstamo que esté negociando (por ejemplo, por una cuantía superior, a un tipo de interés más bajo o con un plazo de reembolso más largo).

18. Toda garantía real nace de un contrato (acuerdo de garantía) por el que el otorgante de la garantía consiente en constituir ciertos bienes suyos en garantía de determinada obligación. A veces, la obligación garantizada será la de reembolsar un préstamo, el saldo liquidatorio de una línea de crédito abierta por una institución financiera, u otro crédito similar. En otros casos, el otorgante deseará obtener la financiación requerida para la compra de un bien que quedará gravado en garantía

del reembolso de la financiación obtenida para su compra. Por ejemplo, un vendedor tal vez obtenga una garantía sobre el bien vendido, o tal vez retenga en garantía la titularidad de dicho bien, a fin de garantizar el pago aplazado de su precio de compra (consúltese la financiación de adquisiciones en la *Guía* cap. IX, así como en los párrs. 27, 38 y 39 *infra*).

C. Razones por las que se recurre al crédito garantizado

19. Las empresas comerciales (particularmente si son pequeñas o medianas empresas) suelen requerir alguna forma de financiación crediticia para su puesta en marcha o su desarrollo ulterior, así como para adquirir maquinaria, existencias u otros medios requeridos para producir los bienes y prestar los servicios con los que esperan poder negociar para obtener ganancias. Por ello el crédito desempeña una función esencial en la financiación del desarrollo industrial y comercial. Los consumidores también pueden necesitar crédito para adquirir equipo electrodoméstico o vehículos motorizados. Conforme ya se dijo, es probable que un acreedor deniegue el crédito solicitado, si debe fiarse de una mera promesa de reembolso, o que solo lo otorgue a un deudor de reconocida solvencia, por una cuantía inferior a la solicitada, a un plazo de vencimiento más breve o a un tipo de interés más elevado. Ello explica que muchos consumidores y muchas empresas medianas y pequeñas no consigan crédito alguno salvo que ofrezcan bienes en garantía del reembolso del crédito solicitado (véase la introducción de la *Guía*, párrs. 1 a 11).

D. Garantías reales posesorias (con desplazamiento del bien gravado a manos del acreedor garantizado) y no posesorias (sin desplazamiento)

20. El derecho interno reconoce desde hace tiempo la prenda (garantía posesoria clásica) en la que el otorgante de la garantía hace entrega del bien gravado (llamada por ello también garantía con desplazamiento del bien gravado a manos del titular de la garantía) al acreedor garantizado (véase la *Guía*, cap. I, párrs. 51 a 59). La entrega material del bien gravado permite que el acreedor garantizado se sienta seguro de que el bien en su posesión no está gravado a favor de otro acreedor y le permite ampararlo contra todo daño físico o merma de su valor. La desposesión del otorgante alerta también a todo comprador eventual de dicho bien y a todo otro acreedor del otorgante de que ese bien es objeto de un gravamen.

21. Sin embargo, la prenda posesoria o con desplazamiento del bien gravado a manos del acreedor, solo es posible cuando el bien puede ser objeto de posesión física. Ello excluye a muchas categorías de bienes muebles, incluidos todos los bienes futuros del otorgante (es decir, todo bien que el otorgante adquiera o produzca habiendo ya constituido una garantía sobre dicho bien; véase la *Guía*, cap. I, párr. 8), así como los bienes inmateriales, y entre ellos los créditos por cobrar y los derechos de propiedad intelectual. Además, la entrega de la posesión puede frustrar el propósito de la financiación. Una empresa ha de retener la posesión de su equipo, de sus existencias y de otros bienes requeridos por la empresa para poder trabajar y generar ingresos que permitan pagar la obligación garantizada. Mientras que, aplazar la entrega al consumidor de un bien corporal cuya compra sea

financiada con un crédito garantizado privaría al consumidor del uso y disfrute actual del bien comprado a crédito. Incluso en casos en los que sea posible hacer entrega del bien gravado, cabe que el acreedor ni desee ni esté en condiciones de almacenar, y tal vez de mantener y asegurar, un bien gravado voluminoso (véase el examen de las ventajas y desventajas de la prenda posesoria en la *Guía*, cap. I, párrs. 51 a 59).

22. En vista de las limitaciones de la garantía posesoria, los regímenes modernos de las operaciones garantizadas suelen permitir que la garantía se otorgue sin hacer entrega, al acreedor garantizado, de la posesión del bien gravado. Un régimen jurídico que reconozca la validez de la garantía real no posesoria facilita el acceso a las fuentes de crédito al aumentar la gama de bienes que una empresa podrá ofrecer en garantía, ya que podrá gravar sus bienes tanto corporales como inmateriales, así como sus bienes futuros (en particular, sus existencias y créditos por cobrar) además de sus bienes actuales. Este es el enfoque que recomienda la *Guía* (véanse, respecto de los bienes gravables, recomendaciones 2 y 17; respecto de la garantía real constituida sobre todos los bienes de un otorgante, véase la *Guía*, cap. II, párrs. 61 a 70). La garantía no posesoria puede ser también fuente de crédito para los consumidores ya que les permite tomar posesión inmediata de todo bien comprado que hayan de pagar a plazos.

E. Respuesta dada por un registro a los riesgos jurídicos de la garantía real no posesoria

23. Es inherente a la función económica que cumple el bien gravado, en cuanto objeto de un derecho real que el acreedor garantizado tendrá derecho en caso de impago del otorgante a reclamar el valor del bien gravado con preferencia a todo otro reclamante concurrente (consúltense los términos “reclamante concurrente” y “prelación” en la introducción de la *Guía*, secc. B). Ahora bien, el reconocimiento de la garantía no posesoria supone un riesgo de falta de información para terceros. Por ejemplo, todo comprador de un bien, así como todo acreedor garantizado eventual, del poseedor actual de un bien, deseará estar seguro de que el bien que obre en manos de dicho poseedor actual, no está gravado por una garantía real ya existente. Igualmente todo acreedor ordinario de un deudor, así como su representante de la insolvencia, desearán saber cuáles de los bienes del deudor están ya gravados y, por lo tanto, no disponibles para satisfacer otras reclamaciones. Debido a esta falta de información, el derecho interno tal vez se sienta reacio a permitir que el titular de una garantía real no posesoria la haga valer frente a reclamantes concurrentes que adquirieron un derecho sobre el bien gravado sin haber tenido oportunidad alguna de enterarse de la existencia de la garantía real. Ahora bien, el bien gravado perderá o verá mermado su valor de garantía para el acreedor en la medida en que la norma legal que ampare a un tercero le permita hacer valer su derecho sobre el bien gravado libre de todo gravamen preexistente.

24. El establecimiento de un registro de las garantías reales permite resolver el riesgo de “falta de información” a que da lugar la garantía real no posesoria sin dejar de amparar los derechos tanto del acreedor garantizado como de todo tercero interesado. Si se supedita la oponibilidad de la garantía real a su inscripción registral, todo tercero podrá amparar sus intereses consultando el registro antes de negociar con bienes de un otorgante eventual. Un orden de prelación basado en el

momento de inscripción permitirá, a su vez, que todo acreedor garantizado se sienta seguro de que, si la inscribe a tiempo, su garantía real será oponible a todo reclamante concurrente ulterior. El marco legal recomendado en la *Guía* prevé un orden general de prelación, basado en el momento de inscripción, con muy escasas excepciones.

25. Para reportar tales beneficios, un registro general de las garantías reales precisa del respaldo de un marco jurídico, conforme al recomendado por la *Guía*. Por ello, el régimen de las operaciones garantizadas, en cuyo marco se establezca el registro, deberá satisfacer las tres reglas esenciales de todo régimen basado en la inscripción registral de las garantías. En primer lugar, todo interesado en hacer que su garantía real sea oponible a terceros deberá poder inscribirla (véanse recomendaciones 29 y 32). En segundo lugar, en caso de incumplimiento del otorgante, el titular de una garantía real no posesoria, que se haya hecho oponible a terceros, tendrá derecho a hacer valer su garantía frente a todo reclamante concurrente, realizando el valor en garantía del bien gravado para destinarlo al pago de toda suma aún pendiente de la obligación garantizada (véase el término “prelación” en la *Guía*, secc. B, y recomendaciones 142 y 152). En tercer lugar, la prelación entre garantías constituidas sobre un mismo bien, que se hayan hecho oponibles a terceros por inscripción, se regirá por su orden de inscripción (véase recomendación 76, apdo. a)). Aunque estas tres reglas sean básicas, todo régimen moderno de las operaciones garantizadas, inspirado en la *Guía*, establecerá, sin duda, algunas salvedades en aras del logro de otros objetivos del legislador. En la sección siguiente se dan algunos ejemplos al respecto.

F. Excepciones a las reglas de oponibilidad y prelación fundadas en la inscripción

1. La garantía real posesoria

26. Aunque la mayoría de las operaciones financieras garantizadas se valen de la garantía no posesoria, sigue utilizándose la prenda posesoria para gravar en garantía ciertos tipos de bienes, como artículos de lujo de uso personal, títulos u otros documentos negociables y certificados de títulos valores. Los Estados que han instaurado un sistema de inscripción registral suelen permitir, respecto de todo bien que pueda ser objeto de posesión efectiva (no mera posesión virtual, ficticia, supuesta o simbólica; véase el término “posesión” en la introducción de la *Guía*, secc. B), que la garantía se haga oponible tanto por inscripción registral como por entrega efectiva del bien gravado al acreedor garantizado. Este es el enfoque que la *Guía* recomienda (véase recomendación 37). Se estima que la desposesión del otorgante de su bien gravado da suficiente aviso a terceros de que es probable que dicho bien suyo esté gravado. De surgir un conflicto de prelación entre una garantía real inscrita y una garantía real posesoria sobre el mismo bien, la prelación se regirá por el orden cronológico de la inscripción registral de la garantía o de la entrega en posesión del bien gravado, según sea el caso. No obstante, con respecto a ciertos bienes, como los títulos y los documentos negociables, o los certificados de valores no depositados en poder de un intermediario, una garantía real que se haga oponible a terceros por posesión del bien gravado gozará de prelación incluso frente a una garantía previamente inscrita (véase la *Guía*, recomendaciones 101 y 109).

2. Financiación de adquisiciones

27. Una regla de prelación en función del orden de inscripción supone que una garantía real sobre los futuros bienes de una empresa (o sea, sobre todo bien que adquiera o produzca la empresa estando ya constituida la garantía real), de la que se haya inscrito un aviso en el registro, gozará de prelación sobre toda garantía sobre esos mismos bienes cuyo aviso sea inscrito más tarde. Esta regla se funda en el argumento de que todo acreedor garantizado ulterior pudo y debía haber consultado el registro antes de conceder crédito. Sin embargo, la mayoría de los regímenes modernos de las operaciones garantizadas reconocen que debe hacerse una excepción a esta regla respecto de aquellos bienes corporales (por ejemplo, bienes de consumo, equipo o existencias) o derechos de propiedad intelectual del otorgante, cuya adquisición sea financiada por el acreedor garantizado ulterior. Dado que esos nuevos bienes sólo forman parte de la masa patrimonial del otorgante gracias al crédito abierto por el financiador de su adquisición, se considera justo que dicho crédito (inscrito ulteriormente) goce de prelación respecto del valor de tales bienes frente al crédito del acreedor previamente inscrito. Reconocer tal prelación a la garantía real del pago de una adquisición (noción que, conforme al enfoque unitario de la financiación de adquisiciones, designa la titularidad retenida, sobre el bien así adquirido, tanto por el vendedor garantizado del bien como por su arrendador financiero, según sea el caso; véase el término “garantía real del pago de una adquisición” en la introducción de la *Guía*, sec.B) beneficia no sólo al financiador de la adquisición sino también al otorgante (el adquirente del bien) de este tipo de garantía, al permitirle diversificar sus fuentes de crédito garantizado para financiar nuevas adquisiciones (véase la *Guía*, cap. IX). Para preservar su prelación, el titular de una garantía real del pago de una adquisición deberá normalmente inscribirla en el registro a raíz de la entrega del bien al otorgante y tal vez deba dar asimismo aviso de su garantía al acreedor previamente inscrito en el registro, cuando el bien objeto de su garantía entre a formar parte de las existencias de su común otorgante. Ahora bien, conforme al enfoque recomendado por la *Guía* para el régimen, tanto unitario como no unitario (véanse recomendación 180, y párrs. 38 y 39 *infra*), de la financiación de adquisiciones, cabrá exceptuar a toda garantía real del pago de un bien de consumo de este requisito de inscripción.

3. Operaciones realizadas en el curso normal de un negocio

28. En muchos Estados, el comprador que adquiere un bien gravado sin saber que está sujeto a una garantía real (“un comprador de buena fe”) toma el bien libre de todo gravamen. De ser este el caso, un comprador eventual no solo no estará obligado a consultar el registro para averiguar si el bien que desee adquirir está ya gravado, sino que tendrá interés en no hacerlo. Tal grado de amparo del comprador es incompatible con la finalidad de un sistema de publicidad registral global destinado a establecer un régimen de prelación claro y objetivo para resolver todo conflicto de prelación entre reclamantes concurrentes. Por ello, los regímenes de las operaciones garantizadas que disponen de un registro general de las garantías reales suelen facultar al acreedor garantizado que haya inscrito un aviso de su garantía para ejercitar su garantía sobre el bien gravado inscrito que haya pasado de manos de su otorgante a un comprador con independencia de si el comprador tuvo o no conocimiento efectivo de la garantía inscrita. Este es el enfoque recomendado por la *Guía* (véase recomendación 79).

29. Sin embargo, ese derecho general de un acreedor garantizado a ejercitar su garantía sobre un bien gravado que esté en manos de un comprador está sujeto a una importante salvedad. Los regímenes de las operaciones garantizadas casi siempre prevén que un comprador de un bien corporal vendido por el otorgante en el curso normal de su negocio lo adquiere libre de todo gravamen, esté o no inscrito en el registro. Este es asimismo el enfoque recomendado en la *Guía* (véase recomendación 81). Tal excepción por concepto de venta efectuada en el curso normal del negocio del otorgante suele ser oponible por un comprador aun cuando haya tenido conocimiento previo de la existencia de un gravamen sobre el bien comprado que sea oponible a terceros por inscripción. Ahora bien, dicha excepción no será invocable por un comprador que tuvo conocimiento además de que la venta violaba un derecho del acreedor garantizado, pactado en su acuerdo de garantía, de que su garantía seguiría gravando al bien aun cuando fuera vendido.

30. Este enfoque es compatible con toda expectativa comercial razonable tanto del otorgante como del acreedor garantizado. No sería realista esperar que los compradores de bienes ofrecidos por una empresa vendedora de ese tipo de bienes, consulten el registro para averiguar si tales artículos de venta están o no gravados. Por lo demás, un acreedor garantizado que tome una garantía real en las existencias de un otorgante lo hará normalmente en el entendimiento de que el otorgante podrá enajenar sus existencias, libres de todo gravamen, en el curso normal de su negocio. De hecho, para que una empresa otorgante pueda obtener los ingresos requeridos para reembolsar el préstamo garantizado, sus clientes deberán sentirse legalmente seguros de que todo bien que adquieran de la empresa vendedora estará libre de todo gravamen.

4. Dinero en efectivo, títulos negociables y documentos negociables

31. Los regímenes de las operaciones garantizadas suelen otorgar una protección similar a los cesionarios o a los acreedores garantizados concurrentes a los que se paga en dinero efectivo o a cuyo favor se negocian documentos negociables (como un conocimiento de embarque) o títulos negociables (como un cheque). Este es el enfoque que la *Guía* recomienda (véanse recomendaciones 101, 102, 108 y 109). En todos estos casos, se estima que la plena negociabilidad en el mercado de estas categorías de bienes es de mayor importancia para el comercio que el riesgo que suponga tal grado de negociabilidad para la prelación de una garantía inscrita sobre tales bienes.

5. Cuentas bancarias y valores bursátiles

32. Con objeto de facilitar las operaciones de las grandes entidades financieras garantizadas por valores bursátiles y productos financieros derivados, el derecho interno prevé a veces excepciones a la regla general de la prelación, fundada en el orden de inscripción, respecto de las garantías reales sobre cuentas bancarias y ciertos tipos de valores (cabe señalar no obstante que los valores bursátiles y los derechos de cobro nacidos de contratos financieros o de operaciones con divisas quedaron ya excluidos del ámbito de la *Guía*; véase recomendación 4, apdos. c) a e)). El derecho interno suele ofrecer, en tales casos, al acreedor garantizado, la posibilidad de sustituir la inscripción registral por un derecho de “control” adquirido sobre la cuenta bancaria o los valores gravados; reconociendo a la garantía de todo acreedor que haya adquirido el “control” del bien gravado

prelación sobre toda otra garantía, incluso previamente inscrita. La *Guía* recomienda este enfoque (respecto de las cuentas bancarias, véase el término “control” en la introducción de la *Guía*, secc. B, y recomendación 103).

6. Bienes sujetos a formas de inscripción especiales

33. Otras excepciones a la regla general de la prelación, fundada en el orden de inscripción, pueden dimanar de la decisión de retener, junto al registro general de las garantías reales, otras formas de inscripción que funcionen satisfactoriamente. Algunos Estados exigen, por ejemplo, que se anote toda garantía real sobre un vehículo motorizado en el propio certificado de titularidad de dicho vehículo. Tales Estados reconocen, respecto de los vehículos motorizados, la prelación de toda garantía anotada en su certificado de titularidad frente a las garantías inscritas en el registro de las garantías reales y tal vez exijan también que una garantía sea anotada en dicho certificado, para que la garantía sea oponible al derecho de un cesionario ulterior del vehículo. La *Guía* recomienda este sistema (véanse recomendaciones 77 y 78).

34. Además algunos Estados disponen de registros especiales para la inscripción de gravámenes y otros derechos reales sobre ciertas categorías de bienes muebles, tales como buques y aeronaves y la propiedad intelectual. En la medida en que tales registros cumplan una función de mayor alcance que la de dar publicidad a las garantías reales sobre dichas categorías de bienes (por ejemplo, la de dejar constancia de la adquisición o transferencia de la titularidad sobre dichos bienes) un Estado podrá reconocer prelación a una garantía inscrita en un registro especial sobre las garantías inscritas en su registro general de las garantías reales; cabe que también se exija la inscripción en dicho registro especial para que una garantía sea oponible a un cesionario ulterior del bien gravado. La *Guía* recomienda este enfoque (véanse recomendaciones 77 y 78).

35. Por último, los Estados partes en tratados internacionales, como en el Convenio relativo a las garantías internacionales en elementos de equipo móvil y sus Protocolos exigen la inscripción en el registro internacional de las garantías reales y demás gravámenes sobre los tipos de bienes a los que se aplican esos tratados (por ejemplo, fuselajes y motores de aeronave, y material rodante ferroviario).

7. Otras excepciones

36. El reconocimiento de otras excepciones dependerá del contexto social y económico de cada Estado. Por ejemplo, puede que algunos Estados deseen proteger a los compradores de bienes de consumo de valor relativamente bajo, hayan sido o no comprados en el curso normal del negocio del vendedor. Se estima que no es realista esperar que un comprador consulte, en tales casos, el registro antes de efectuar su compra.

G. Operaciones inscribibles en el registro

1. Criterio general: primacía del fondo sobre la forma

37. A reserva de las excepciones ya señaladas, todo régimen de las operaciones garantizadas cuya eficiencia esté basada en la inscripción registral de las garantías deberá ser aplicable a todas las operaciones que, de hecho, cumplan una función de garantía, cualquiera que sea su forma, el tipo del bien gravado, la índole de la operación garantizada o la condición de las partes. La *Guía* recomienda este enfoque (véase recomendación 2). Por ello, si, por ejemplo, un deudor transfiere la titularidad de un bien, en el marco de una “venta”, a su acreedor, pero retiene la posesión de dicho bien en el entendimiento con el comprador de que podrá recuperar la titularidad del bien, pagando su obligación pendiente, dicha venta deberá quedar sujeta al régimen de inscripción registral y de prelación que sea aplicable a una garantía real. Este enfoque es necesario a fin de no menoscabar las ventajas que reporta el establecimiento de un registro general de las garantías reales en orden a la determinación del orden de prelación y a la reducción de riesgos dimanantes de la falta de publicidad.

2. Dispositivos de garantía mediante retención de la titularidad

38. En algunos Estados, las operaciones en las que el acreedor retiene la titularidad del bien enajenado a fin de asegurar el pago del precio de su adquisición por el deudor, son tratadas al igual que una operación garantizada a efectos del régimen de las operaciones garantizadas, por lo que el derecho de retención de la titularidad del bien enajenado será subsumido en la noción de “garantía real” y quedará sujeto a inscripción en el registro general de las garantías reales. Este es el enfoque unitario de las garantías reales que recomienda la *Guía* (recomendación 178). En otros Estados esta retención de la titularidad de un bien, en garantía del pago de su precio, es tratada como conceptualmente distinta de las garantías otorgadas sobre bienes que ya pertenezcan al otorgante. Ahora bien incluso en estos Estados se suele reconocer que los dispositivos de retención de la titularidad suscitan los mismos problemas de falta de publicidad que una garantía real tradicional. De no exigirse su inscripción, se estará privando a todo tercero interesado del único medio a su alcance para averiguar si el bien que obra en manos de una persona está de hecho sujeto a la titularidad retenida por su vendedor o su arrendador. Por ello, estos Estados supeditan también la oponibilidad de estos derechos a su inscripción registral, pero respetando la peculiaridad de su nombre. Este es el enfoque no unitario que recomienda la *Guía* (véase recomendación 187). Tanto el enfoque unitario como el no unitario, que recomienda la *Guía*, respetan el criterio de la primacía del fondo sobre la forma.

39. La titularidad retenida sobre el bien enajenado, por su vendedor o por su arrendador financiero, cumple una función de garantía del pago de dicho bien por el adquirente, cuyo ejercicio está amparado frente a toda garantía previamente inscrita, sobre los bienes futuros, de esa misma índole, otorgada por el adquirente. En todo régimen que adopte el enfoque unitario, recomendado por la *Guía*, respecto de la financiación de adquisiciones, el vendedor o el arrendador del bien enajenado tendrá derecho a tomar posesión de dicho bien en el supuesto de impago de la deuda garantizada (el precio de compra) por el comprador o el arrendatario del bien a fin de saldar dicha deuda con el producto de su venta, con prelación sobre todo otro

acreedor con una garantía inscrita en el registro. Esta prelación está justificada por la misma razón que exime al titular de una garantía real del pago de una adquisición de la regla que reconoce la primacía de la primera garantía inscrita (véase recomendación 180 y párr. 25 *supra*). En primer lugar, el otorgante adquirió el bien a raíz del crédito abierto por el vendedor o por el arrendador del bien así adquirido, y no a raíz del crédito abierto por el acreedor garantizado previamente inscrito. En segundo lugar, dar prelación, respecto de tal tipo de bienes, a una garantía previamente inscrita cortaría esta fuente de financiación de adquisiciones. Por ello, todo régimen de las operaciones garantizadas suele amparar, en estos casos, a todo vendedor o arrendador del bien que vaya a ser así adquirido, que financie dicha adquisición y que inscriba oportunamente un aviso de su operación de crédito, frente a todo reclamante concurrente (véanse recomendaciones 192 a 194).

3. La cesión pura y simple de créditos por cobrar

40. Una cesión pura y simple de un crédito por cobrar crea el mismo problema de falta de información, para todo tercero interesado, que una garantía real no posesoria. Todo acreedor interesado en la cesión por su deudor eventual, a título de garantía, de uno o más créditos por cobrar no dispone de una vía eficiente para averiguar si los créditos por cobrar adeudados a una empresa están o no cedidos previamente. Aun cuando los deudores de dichos créditos por cobrar puedan informarle al respecto, no sería viable en la práctica acudir a ellos, especialmente si la cesión, a título de garantía, abarca los créditos por cobrar tanto presentes como futuros de la empresa beneficiaria del crédito contemplado. Para remediar esta falta de información, el régimen de las operaciones garantizadas hace extensiva, a la cesión pura y simple, a título de garantía, de créditos por cobrar, la obligación de inscripción registral exigible del titular de toda garantía real, reconociéndose la prelación de toda cesión en garantía previamente inscrita, sobre la garantía de todo cesionario de esos mismos créditos, ulteriormente inscrita. Otras cesiones pura y simples, tales como la venta ordinaria, no están sujetas a inscripción, por no cumplir la función de garantía asignable a la cesión de créditos por cobrar.

41. El someter la cesión pura y simple de créditos por cobrar al requisito de inscripción no significa que esas cesiones vayan a ser catalogadas como operaciones de garantía. Solo se pretende que la oponibilidad del derecho de todo destinatario de una cesión pura y simple de créditos por cobrar esté sujeto a las mismas reglas en materia de creación, oponibilidad y prelación de su derecho que las aplicables a una garantía real sobre esos mismos créditos. Significa además que se le asignarán al cesionario de tal cesión los mismos derechos y obligaciones frente a los deudores de los créditos por cobrar que se reconocen al titular de una garantía real sobre dichos créditos. Este es el enfoque que se recomienda en la *Guía* (véase cap. I, párrs. 23 a 31, y recomendaciones 3 y 167).

4. Otros tipos de operación

a) El simple arrendamiento y la venta en consignación

42. El simple arrendamiento a largo plazo y la venta en consignación de bienes muebles no son operaciones que garanticen el precio de adquisición de dichos bienes. Ahora bien, crean problemas de falta de publicidad análogos para todo tercero interesado en esos bienes ya que entrañan una separación de la titularidad del bien (del arrendador o del consignador del bien) de su posesión efectiva

(en manos del arrendatario o consignatario). Para remediar este problema, algunos Estados extienden a estos tipos de operación el régimen de inscripción registral y de prelación que es aplicable a las garantías reales del pago de una adquisición y a los dispositivos de retención de la titularidad. Este enfoque permite además que un arrendador o un consignador inscriba su derecho a fin de ampararse contra el riesgo de que un tribunal dictamine de que un simple arrendamiento de bienes o su venta en consignación constituía de hecho una operación garantizada que no será oponible si no se ha inscrito un aviso al respecto. La *Guía* no recomienda, sin embargo, este enfoque.

b) Garantías legales

43. Un registro de las garantías reales sobre bienes muebles tiene por objeto hacer posible la inscripción registral de las garantías reales nacidas de un acuerdo entre las partes en una operación garantizada. Ahora bien, en algunos Estados cabrá también inscribir ciertos derechos de origen legal que otorguen a su titular un amparo equivalente al de una garantía real. Cabe citar, por ejemplo, el derecho del erario público a tomar posesión de los bienes de un contribuyente para cobrar todo impuesto impagado. En tales Estados, esos derechos públicos preferenciales, de origen legal, quedarán sometidos al mismo régimen de inscripción registral y de prelación que el de una garantía real.

44. Ahora bien, la *Guía* no recomienda este enfoque, sino que trata a estos créditos de origen legal como privilegios que la ley debe limitar en cuanto a su cuantía y su índole (véase recomendación 83). Ello hace que estos créditos públicos estén exentos de inscripción registral y de la prelación fundada en la regla del primer aviso inscrito, por lo que todo tercero interesado deberá tener presente este riesgo y obrar con la cautela debida.

H. Ámbito territorial del registro

45. El usuario de un registro necesita directrices claras acerca de dónde deberá inscribirse un aviso concerniente a operaciones en las que intervengan partes ubicadas en distintos Estados y que afecten a bienes sitios en distintos Estados. Esas directrices se encuentran en las reglas de conflictos de leyes de la ley del Estado del foro que rijan la determinación de la ley aplicable a la creación, la oponibilidad, la prelación y el ejercicio de la garantía real inscribible. Según el enfoque adoptado por los regímenes modernos de conflictos de leyes, que es el que recomienda la *Guía*, la índole de los bienes gravados determinará la ley aplicable. Para toda garantía sobre bienes corporales, será aplicable la ley del Estado donde estén ubicados los bienes gravados (véase recomendación 203). De estar ubicados esos bienes en diversos Estados, será aplicable la ley del respectivo Estado, lo que, de disponer cada Estado de su propio registro, obligará al acreedor a inscribir su garantía en cada uno de esos Estados. Para toda garantía sobre bienes inmateriales, o sobre bienes corporales que estén siendo usados en más de un Estado, será en cambio aplicable la ley del Estado donde esté ubicado el otorgante (véanse recomendaciones 204 y 208).

46. Ahora bien, distintas reglas de conflictos de leyes serán aplicables a las garantías sobre ciertos tipos de bienes, tales como los créditos por cobrar nacidos de

una operación relativa a bienes inmuebles, todo derecho al pago de los fondos acreditados en una cuenta bancaria, todo derecho al cobro del producto de una promesa independiente, los derechos de propiedad intelectual y el producto de dichos bienes (véanse recomendaciones 209 a 215 y 248). Por ejemplo, de ser el bien gravado propiedad intelectual, será aplicable, en primer lugar, la ley del Estado donde la propiedad intelectual esté protegida, pero cabe que una garantía real pueda ser también creada y hacerse oponible al representante de la insolvencia y a los acreedores judiciales del otorgante con arreglo a la ley del Estado donde el otorgante esté ubicado, y sólo sea ejercitable con arreglo a dicha ley (véase *Suplemento relativo a las garantías reales constituidas sobre propiedad intelectual*, recomendación 248).

I. Efecto del conocimiento efectivo o presunto de la existencia de una garantía no inscrita sobre su oponibilidad y su prelación

47. En Estados que carecen de un registro general de las garantías reales, su derecho interno suele prever que todo tercero que adquiera un bien gravado sin tener un conocimiento efectivo o presunto de que esté gravado, tomará dicho bien libre de todo gravamen. En todo Estado que disponga de un registro general de las garantías reales del tipo previsto en la *Guía*, tal conocimiento efectivo o presunto no sustituye a la inscripción, por lo que la adquisición de un bien gravado no inscrito a sabiendas de que es objeto de un gravamen no constituye un acto de mala fe. Esta regla permite que todo tercero que consulte el registro podrá confiar en que los bienes del otorgante no están gravados por un gravamen oculto. Esta regla no se presta a injusticias con los acreedores garantizados, al estar estos obligados a efectuar una inscripción oportuna de su garantía.

J. Inscripción registral e insolvencia

48. Los regímenes modernos de las operaciones garantizadas y de la insolvencia suelen exigir la inscripción registral para la oponibilidad de una garantía real a los acreedores judiciales no garantizados y al representante de la insolvencia del otorgante. Este es el enfoque recomendado en la *Guía* (véanse recomendaciones 238 y 239) en consonancia con la Guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia. El no inscribir una garantía o el no hacerla oponible por algún otro medio, o el no haberlo hecho a su debido tiempo, supondrá que el acreedor garantizado quedará relegado en la práctica a la condición de acreedor no garantizado frente a todo reclamante concurrente, así como frente al representante de la insolvencia y a todo acreedor judicial del otorgante.

49. Esta regla:

- a) Propicia la pronta inscripción registral por los acreedores garantizados;
- b) Hace posible que el representante de la insolvencia del otorgante determine con eficiencia cuáles son los bienes gravados del otorgante;
- c) Hace posible que todo acreedor judicial determine en cualquier momento la medida en que el patrimonio del otorgante esté gravado, lo que le permitirá determinar si vale la pena acudir a la vía judicial ejecutoria; y

d) Hace posible que todo acreedor eventual determine, en todo momento, el grado de endeudamiento garantizado de su deudor eventual, lo que le ayudará a evaluar su solvencia.

50. Ahora bien, la inscripción registral a su debido tiempo no protege a un acreedor garantizado de toda medida impugnatoria fundada en ciertas reglas generales del régimen de la insolvencia, como las que declaran la nulidad de toda cesión preferencial o fraudulenta y las que otorgan prelación a determinadas categorías protegidas de acreedores (véase la *Guía*, cap. XII, y recomendación 239; véanse también las recomendaciones 88 y 188 de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia).

51. Además, los regímenes modernos de las operaciones garantizadas y de la insolvencia suelen facultar al acreedor garantizado para adoptar medidas a fin de preservar o mantener la oponibilidad de su garantía tras la apertura de un procedimiento de insolvencia (véase recomendación 238). Por consiguiente, el acreedor garantizado podrá prorrogar la oponibilidad de una inscripción que, de lo contrario, expiraría a raíz de una insolvencia, haciendo inscribir un aviso de enmienda.

52. Un régimen de la insolvencia moderno suele autorizar, asimismo, al otorgante insolvente para crear una garantía en respaldo de toda financiación, posterior a una declaración de insolvencia, que esté justificada (véase recomendación 65 de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia). Tal financiación, posterior a la apertura de un procedimiento, no goza de prelación sobre las garantías reales existentes salvo que el acreedor garantizado lo consienta o lo autorice el foro competente. De autorizarse la financiación garantizada posterior a la apertura, deberá identificarse al otorgante, en el aviso inscrito, según su condición de insolvente (Véase A/CN.9/WG.VI/WP.46/Add.1, párr. 23).

K. Inscripción registral y constitución de una garantía real

53. Con arreglo al régimen de las operaciones garantizadas recomendado por la *Guía*, la inscripción registral no constituye una garantía real (véase recomendación 33), sino que la garantía real surtirá efecto y pasará a ser ejercitable entre el otorgante y el acreedor garantizado tan pronto como se concierte un acuerdo de garantía que satisfaga las formalidades mínimas, es decir un acuerdo escrito que deje constancia del consentimiento del otorgante a gravar cierto bien o bienes suyos (véanse recomendaciones 13 a 15). La inscripción registral es tan solo un requisito para hacer la garantía oponible a terceros. Además, como se explica en detalle más adelante lo que se inscribe en el registro no es el acuerdo de garantía propiamente dicho, sino ciertos datos básicos consignados en un aviso acerca de la existencia de una garantía real (véanse recomendación 32 y párrs. 65 a 69 *infra*). La inscripción no constituye prueba fehaciente de esa existencia sino que esa prueba está incorporada al acuerdo de garantía no inscrito. El aviso inscrito sirve tan solo para alertar a todo tercero que consulte el registro acerca de la posible existencia de una garantía sobre los bienes descritos.

L. Inscripción registral y ejercicio de una garantía real

54. Algunos regímenes jurídicos exigen que el acreedor garantizado inscriba en el registro un aviso de su ejercicio de una medida ejecutoria de su garantía. En tales casos, el secretario del registro suele estar obligado a dar aviso de la medida ejecutoria entablada a todo otro acreedor garantizado previamente inscrito que goce de una garantía sobre el mismo bien. No se recomienda en la *Guía* que se obligue al acreedor garantizado a hacer inscribir un aviso de su ejercicio de una medida ejecutoria. La *Guía* recomienda, en su lugar, que se obligue al acreedor garantizado, que contemple el ejercicio de su garantía, a consultar el registro a fin de dar aviso a todo tercero interesado inscrito (particularmente a todo acreedor concurrente) de la medida ejecutoria prevista (véase, por ejemplo, recomendación 151).

M. Consecuencias de haberse omitido la inscripción registral

55. La *Guía* no recomienda que se obligue al acreedor garantizado a inscribir un aviso de su garantía, por lo que tampoco recomienda que se le impongan multas u otras sanciones por no haberlo hecho. El único efecto adverso de haberse omitido la inscripción de una garantía será, por ello, que esa garantía no será oponible a ciertos terceros, conforme se describe en la *Guía*.

N. Coordinación del registro de las garantías reales con otros registros especiales de bienes muebles

56. De existir algún registro especial que prevea la inscripción de una garantía real sobre tales bienes muebles que sea oponible a terceros (como en el caso de todo registro internacional creado en el marco del Convenio relativo a las garantías internacionales en elementos de equipo móvil y sus Protocolos), el régimen legal aplicable a uno y otro registro habrá previsto lo relativo a la coordinación de las inscripciones registrales en el uno y en el otro. La *Guía* y el *Suplemento relativo a las garantías reales sobre propiedad intelectual* examinan con cierto detalle la coordinación entre el registro de las garantías reales y el de la propiedad intelectual (véase la *Guía*, cap. III, párrs. 75 a 82, cap. IV, párr. 117; véase también el *Suplemento*, párrs. 135 a 140).

57. Por ejemplo, la *Guía* prevé que una garantía real sobre un bien sujeto a inscripción en un registro especial podrá hacerse oponible a terceros por inscripción en el registro general de las garantías reales o en dicho registro especial y examina la cuestión de la coordinación entre uno y otro registro por medio de un régimen de prelación adecuado, que da primacía a la inscripción de un aviso de la garantía en el registro especial pertinente sobre el aviso de una garantía sobre el mismo bien inscrito en el registro general de las garantías reales (véanse recomendaciones 43 y 77, apdo. a)).

58. La *Guía* examina también otros modos de coordinar registros, en particular, el traslado automático de una copia de la información inscrita de un registro al otro y la apertura de una vía de acceso común a los registros donde corresponda inscribir ciertos avisos comunes. Esta solución planteará dificultades técnicas al diseño del registro de las garantías reales siempre que la inscripción en el registro especial

haya de indexarse por bienes en vez de por otorgantes, según se hace en el registro general de las garantías reales; véase la *Guía*, cap. III, párrs. 77 a 81; y párrs. 70 a 72, *infra*).

O. Coordinación del registro de las garantías reales con un registro de la propiedad inmobiliaria

59. En casi todos, sino en todos, los países existe el llamado registro de la propiedad (inmobiliaria). En la mayoría de esos países el registro de las garantías reales funciona por separado del registro de la propiedad debido a diferencias en la descripción del bien gravado y en la estructura e indexación de los registros (véanse párrs. 70 a 72 *infra*) así como en la oponibilidad a terceros del derecho inscrito.

60. Ahora bien, todo Estado que introduzca un registro general de las garantías reales tendrá que impartir orientación acerca de dónde procederá inscribir los avisos de las garantías reales sobre bienes incorporados a un inmueble. Los regímenes modernos de las garantías reales prevén que esos avisos se inscriban, conforme a lo recomendado en la *Guía*, o bien en el registro general de las garantías reales o bien en el registro de la propiedad (véase recomendación 43). La selección entre uno u otro lugar de inscripción tendrá consecuencias para la prelación. La *Guía* recomienda que un gravamen inscrito en el registro de la propiedad gozará de prelación sobre una garantía únicamente inscrita en el registro general de las garantías reales (véase recomendación 87). La *Guía* recomienda también que la garantía real no sea oponible a un comprador o a otro tercero que adquiera un derecho sobre la propiedad inmobiliaria salvo que se haya inscrito un aviso de la garantía en el registro de la propiedad con anterioridad a la venta u otro acto de disposición del inmueble (véase recomendación 88).

61. Cabe también señalar que la descripción de los bienes exigida para un aviso concerniente a un bien incorporado a un inmueble tal vez difiera según que el aviso vaya a ser inscrito en un registro general de las garantías reales o en un registro de la propiedad. La *Guía* exige que todo bien incorporado a un inmueble sea descrito en términos que permitan su debida identificación (véase recomendación 57, apdo. b)). Para indexar un aviso en el registro general de las garantías reales bastará con dar una descripción del bien corporal que se haya incorporado o se vaya a incorporar al inmueble, mientras que para indexarlo en un registro de la propiedad hará falta que el bien inmueble, al que vaya a ser incorporado, sea descrito en los términos exigibles por el régimen legal de la propiedad inmobiliaria.

III. Rasgos esenciales de un registro eficiente de las garantías reales

A. Introducción

62. Una mayoría de Estados han establecido registros para inscribir la titularidad de la propiedad inmobiliaria y de ciertos tipos de bienes muebles de gran valor, como buques y aeronaves, así como los derechos y gravámenes que pesen sobre tales bienes, a raíz de operaciones que les conciernan. Para poder establecer con éxito un registro eficaz de las garantías reales, es esencial que los encargados de

diseñarlo y su clientela eventual entiendan bien sus marcados rasgos diferenciales. Por ello, este capítulo explica esos rasgos de todo registro de las garantías reales eficiente y eficaz (en capítulos subsiguientes se explicarán los puntos de diseño y reglamentarios que son esenciales para responder a los rasgos distintivos de este tipo de registro).

B. Determinar la titularidad de los bienes gravados

63. Un registro típico de la propiedad, como pudiera ser un registro de la propiedad rústica, un registro naval o un registro de aeronaves dará a conocer tanto al propietario actual de determinado bien, como todo gravamen que pese sobre dicho bien. Ahora bien, no resultaría ni práctico ni eficiente tratar de establecer un único registro fiable de la titularidad de la gran masa de bienes muebles corporales e incorporales que son objeto de gravámenes. Por ello, un registro general de las garantías reales constituidas sobre esa variada masa de bienes muebles contemplada por la *Guía* no registra la titularidad del bien gravado descrito en el aviso inscrito, ni las transferencias de esa titularidad, ni siquiera garantiza que la persona designada como otorgante en el aviso inscrito sea el auténtico propietario del bien gravado a su nombre. El registro deja meramente constancia fidedigna de los gravámenes que tal vez pesen sobre todo bien, de la índole descrita, que el otorgante posea o pueda llegar a poseer a raíz de operaciones comerciales o de hechos de los que el registro no deja constancia.

64. Conforme se explicó antes, la *Guía* recomienda que la retención de la titularidad en el marco de una venta a plazos o de un arrendamiento financiero quede sujeta al régimen de inscripción general de las garantías reales, incluso en Estados que no tratan a este tipo de operación como fuente de una garantía real (véanse párrs. 38 y 39 *supra*). También recomienda que la titularidad adquirida por el cesionario de una cesión pura y simple de un crédito por cobrar quede sujeta al régimen de inscripción general de las garantías reales (véanse párrs. 40 y 41 *supra*). Ahora bien, pese a que la *Guía* no recomienda esta práctica, algunos Estados extienden el régimen de inscripción de las garantías reales al arrendamiento de bienes a largo plazo y a su venta en consignación (véase párr. 42 *supra*), mientras que otros que no lo hacen extensivo a dichas operaciones, admiten que se haga una inscripción cautelar de las mismas para ampararse contra la posibilidad de que un foro competente dictamine que lo que se presentaba como un mero arrendamiento de bienes o su venta en consignación era, de hecho, una operación garantizada (véase párr. 42 *supra*). En este tipo de operaciones, el aviso inscrito no hablará de una garantía real sino de la titularidad retenida por el vendedor, el arrendador o el consignador de los bienes o de la titularidad adquirida por el cesionario del bien. Ahora bien, la inscripción registral tampoco es en estos casos ni fuente ni prueba de la titularidad del bien, sino que se limita a dar aviso de que cabe que el cesionario, el vendedor, el arrendador o el consignador sea el titular del bien descrito. La titularidad de estas personas dependerá de toda prueba fidedigna, pero no inscrita en el registro, que exista de la operación o del hecho que haya dado origen a la titularidad actual del bien inscrito en el aviso.

C. Inscripción de avisos o inscripción de documentos

65. Los sistemas de inscripción registral de la titularidad de determinadas parcelas de terreno o de ciertas categorías de bienes muebles, tales como buques, suelen obligar al autor de la inscripción a presentar a examen o a hacer inscribir la documentación probatoria de su titularidad. Ello se debe a que la inscripción en esos registros constituye prueba firme o, al menos, presuntiva de la titularidad del bien inscrito o de todo derecho real o gravamen que pese sobre dicho bien.

66. En algunos países, el registro de las garantías reales exige que se presente la documentación que subyace a la garantía. Ahora bien, en línea con los regímenes modernos de las operaciones garantizadas, la *Guía* recomienda la inscripción de avisos (véanse recomendaciones 54, apdo. b) y 57). Un sistema registral basado en la inscripción de avisos no requiere ni que la documentación probatoria de la garantía real sea inscrita ni que sea siquiera presentada al examen del personal del registro. Bastará con hacer inscribir los datos básicos requeridos para alertar a todo autor de una consulta acerca de la posibilidad de que los bienes descritos en el aviso estén gravados. La inscripción del aviso de una garantía real no da fe de que ese gravamen exista sino que advierte de su posible existencia actual o futura.

67. La *Guía* recomienda la inscripción de avisos y no de documentos, por razón de que el aviso puede darse con bastantes menos datos que los que figuren en la documentación probatoria, lo que:

a) Reducirá los gastos de inscripción (al no haberse de inscribir toda la documentación) y de búsqueda (al no haberse de consultar una documentación tal vez voluminosa ni requerirse asesoramiento letrado para su lectura);

b) Aliviará la labor administrativa y de archivo requerida del personal del registro para su funcionamiento;

c) Reducirá los riesgos de error (cuanto menos datos se inscriban menor será el riesgo de error en su inscripción); y

d) Amparará mejor la privacidad del acreedor garantizado y del otorgante y respetará la índole confidencial de sus operaciones.

68. Como ya se señaló, en un registro que funcione, conforme recomienda la *Guía*, mediante la inscripción de avisos, esa inscripción no crea la garantía real sino que se limita a hacer que la garantía inscrita sea oponible a terceros, siempre que dicha garantía exista al ser inscrito el aviso de garantía, o que sea oponible al nacer la garantía, si su inscripción se hizo anticipadamente (véanse recomendaciones 32, 33 y 67). Además, si bien una inscripción no será válida mientras no la haya autorizado por escrito (o por comunicación electrónica; véanse recomendaciones 111 y 12)) el otorgante, bastará con consignar esa autorización sobre el acuerdo de garantía, que podrá presentarse incluso después de la inscripción (véanse recomendaciones 55, apdo. d), y 71, así como A/CN.9/WG.VI/WP.46/Add.1 cap. IV, secc. B). Para proteger a un otorgante contra una inscripción no autorizada, que, si bien no confiere derecho alguno al acreedor así inscrito, tal vez impida que el otorgante se valga de sus bienes para negociar la obtención de crédito, el otorgante estará facultado a hacer cancelar o enmendar la inscripción de todo aviso, donde su nombre figure, por alguna vía administrativa o judicial sumaria (véanse

recomendaciones 55 apdo. c) y 72 apdo. b), y A/CN.9/WG.VI/WP.46/Add.1, cap. IV, secc. H). Toda sanción adicional destinada a amparar al otorgante inscrito contra una inscripción sin su autorización dependerá de lo que determine cada Estado acerca de la gravedad del riesgo de una inscripción no autorizada o incluso fraudulenta en función del gasto que suponga administrar esas sanciones (véase la *Guía*, cap. IV, párr. 20).

69. En un registro que funcione mediante la inscripción de avisos, el registro sirve como mero lugar de archivo de la información inscrita y el efecto jurídico de la inscripción vendrá determinado por normas de rango substantivo del régimen de las operaciones garantizadas. Por ello, el personal del registro no habrá de verificar la información presentada ni podrá efectuar cambio alguno en su contenido. Por ello mismo, conforme se examina más adelante, todo dato que el autor de la inscripción desee agregar o enmendar en el aviso inscrito habrá de ser inscrito por separado y no tiene por efecto cancelar datos previamente inscritos. En otras palabras, la enmienda no se hace borrando la información ya inscrita y sustituyéndola por la nueva. Se hace, de hecho, agregando datos a los previamente inscritos, de modo que el autor de una consulta encontrará y podrá examinar los datos tanto inicial como ulteriormente inscritos. Ni el autor de una inscripción ni el secretario del registro podrán sustituir dato alguno que esté ya inscrito en el registro, por lo que deberá diseñarse el archivo del registro en función de esta norma. En contraste con un registro normal, en un registro de las garantías reales no cabe editar o rectificar un aviso inscrito y todo cambio habrá de hacerse en forma de un aviso de enmienda ulterior (véase recomendación 72).

D. Archivo indexado por otorgantes en vez de por bienes

70. La propiedad inmobiliaria suele gozar de un dato identificador geográfico lo bastante preciso para poder ser indexada y consultada en un registro por referencia al bien inscrito. En cambio, la mayoría de los bienes muebles carecen de un dato identificador lo bastante objetivo y singular para poder ser indexados en un registro por referencia al bien inscrito. Además, un régimen moderno de las operaciones garantizadas debe hacer posible la inscripción registral de masas de bienes presentes y futuros tales como el equipo del otorgante, sus existencias o sus créditos por cobrar; exigir una descripción individualizada para la inscripción de este tipo de bienes se prestaría a errores si es que resulta siquiera viable.

71. Por ello, la información consignada en el aviso que vaya a inscribirse en un registro de las garantías reales, del tipo contemplado en la *Guía*, será indexada por el dato identificador del otorgante (su nombre u otro dato equivalente como pudiera ser un dato de identificación personal emitido por el Estado) en vez de por el bien gravado (véase la *Guía*, cap. IV, párrs. 31 a 33 y 70, y cap. IV, sec. K). La indexación del aviso inscrito por el otorgante de la garantía simplifica el proceso de inscripción. Un acreedor garantizado podrá hacer inscribir, mediante una única inscripción, su garantía aun cuando esté constituida sobre los bienes presentes y futuros del otorgante o sobre alguna categoría genérica de sus bienes. La *Guía* recomienda que se adopte este enfoque (véase recomendación 57, apdo. a)).

72. Algunos registros de las garantías reales ofrecen una indexación suplementaria por el bien gravado, aplicable respecto de ciertas categorías de bienes de gran valor para los que se disponga de datos identificadores alfanuméricos y para los que exista un mercado de reventa importante (por ejemplo, vehículos motorizados, remolques, viviendas móviles, fuselajes y motores de aeronave, material rodante ferroviario, embarcaciones y motores de embarcación. Aun cuando la *Guía* no recomienda este enfoque, examina su funcionamiento y su razón de ser (véase cap. IV, párrs. 34 a 36 *infra*). En el capítulo IV se hace un examen más detenido de este enfoque.
