



# Asamblea General

Distr. general  
19 de abril de 2007  
Español  
Original: inglés

## Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

40º período de sesiones

Viena, 25 de junio a 12 de julio de 2007

### Garantías reales

### Proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas

### Nota de la Secretaría

### Adición

### Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
XIII. Derecho internacional privado .....	1-75	3
A. Observaciones generales .....	1-75	3
1. Introducción .....	1-11	3
a) Finalidad de las reglas de derecho internacional privado .....	1-6	3
b) Alcance de las reglas de derecho internacional privado .....	7-11	5
2. Reglas de derecho internacional que rigen la constitución, oponibilidad y orden de prelación de una garantía real .....	12-24	6
3. Régimen aplicable a la constitución, oponibilidad y prelación de una garantía real sobre un bien corporal .....	25-34	9
a) Regla general: ley de la ubicación del bien gravado ( <i>lex situs</i> o <i>lex rei sitae</i> ) .....	26-27	10
b) Regla adicional relativa a la constitución y oponibilidad de una garantía real sobre mercancías en tránsito y mercancías de exportación .....	28-30	10



c)	Regla especial relativa a la constitución, oponibilidad y prelación de una garantía real sobre un título negociable . . . . .	31	11
d)	Excepciones respecto de determinados tipos de bienes . . . . .	32-34	11
4.	Ley aplicable a la constitución, oponibilidad y prelación de una garantía real sobre un bien inmaterial . . . . .	35-47	12
a)	Regla general: ley de la ubicación del otorgante . . . . .	35-40	12
b)	Excepciones respecto de determinados tipos de bienes . . . . .	41-47	14
5.	Ley aplicable a la constitución, oponibilidad y prelación de una garantía real sobre el producto . . . . .	48-52	15
6.	Ley aplicable a los derechos y obligaciones de las partes en el acuerdo de garantía . . . . .	53	17
7.	Ley aplicable a los derechos y obligaciones de la parte obligada. . . . .	54-55	17
8.	Ley aplicable a la ejecución de una garantía real . . . . .	56-64	18
9.	Reglas y momento aplicable para la determinación de la ubicación . . . . .	65-70	20
10.	Orden público y reglas imperativas desde una perspectiva internacional . . . . .	71	21
11.	Reglas especiales cuando el derecho aplicable es el de un Estado con varias unidades territoriales. . . . .	72-75	21
B.	Recomendaciones . . . . .		23

## **XIII. Derecho internacional privado**

### **A. Observaciones generales**

#### **1. Introducción**

##### **a) Finalidad de las reglas de derecho internacional privado**

1. En el presente capítulo se examinan las reglas para determinar el derecho aplicable a la constitución, la oponibilidad a terceros, la prelación frente a los derechos de reclamantes concurrentes y la ejecución de una garantía real (para las definiciones de los términos “garantía real”, “prelación” y “demandante concurrente”, véase A/CN.9/631/Add.1, Introducción, secc. B, Terminología y reglas de interpretación). Se trata de las generalmente denominadas reglas de derecho internacional privado (o reglas de conflicto de leyes), que determinan también el ámbito territorial de aplicación de las reglas de fondo enunciadas en la Guía (es decir, los casos en que deban aplicarse las normas de fondo del Estado que adopta el régimen enunciado en la Guía). Por ejemplo, si un Estado ha promulgado las reglas de derecho sustantivo previstas en la Guía en lo referente a la prelación de una garantía real, esas reglas sólo se aplicarán a los conflictos de prelación que se planteen en el Estado promulgante en la medida en que la regla de derecho internacional privado sobre cuestiones de prelación remita a la legislación de dicho Estado. Si la regla de derecho internacional privado dispone que el régimen aplicable en materia de prelación será el de otro Estado, la prelación relativa de cada reclamación se determinará conforme al derecho de ese otro Estado.

2. Las reglas de derecho internacional privado propuestas en la Guía sólo se aplicarán si el foro se encuentra en un Estado que haya adoptado las recomendaciones de la Guía. No podrán aplicarse en otro Estado si éste no las ha adoptado. Ello obedece al hecho de que un Estado no puede legislar sobre las reglas de derecho internacional privado que habrán de aplicarse en otro Estado, donde los tribunales aplican sus propias reglas en ese ámbito. A fin de decidir si aplica su derecho interno o el derecho de otro Estado, es preciso que el tribunal determine si se trata de un caso interno o de un caso de alcance internacional, lo cual puede considerarse en sí una cuestión del derecho internacional privado. A diferencia de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional<sup>1</sup> (denominada en adelante la “Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos”), que define el “carácter internacional”, la Guía no aborda la cuestión sino que la deja a discreción de la ley del foro. En cualquier caso, en lo que respecta a la ley de un Estado al que se hayan de aplicar las reglas de derecho internacional privado, tiene que haber un factor de conexión con ese Estado. Los principales factores de conexión de que trata el presente capítulo son la ubicación de los bienes y la ubicación del otorgante de una garantía real.

3. Después de que se haya constituido una garantía real y ésta haya pasado a ser oponible a terceros, bien podría ocurrir un cambio en el factor de conexión. Por ejemplo, si la oponibilidad de una garantía real sobre existencias situadas en el Estado A se rige, en virtud de las reglas de derecho internacional privado de ese

<sup>1</sup> Publicación de las Naciones Unidas, N° de venta S.04.V.4.

Estado, por la ley de la ubicación de las existencias, se plantea la cuestión de determinar qué ocurrirá si parte de esas existencias es trasladada posteriormente al Estado B (cuyas reglas de derecho internacional privado estipulan a su vez que la ley de la ubicación de los bienes corporales regula la oponibilidad de las garantías reales sobre ese tipo de bienes). Una opción sería que la garantía siguiera siendo oponible en el Estado B sin necesidad de tomar en él ninguna otra medida. Otra opción consistiría en que se constituyera una nueva garantía con arreglo a la legislación del Estado B. Una tercera opción sería que se preservara el derecho preexistente del acreedor garantizado, a reserva de que en el Estado B se cumplieran ciertas formalidades en un determinado plazo (por ejemplo, en los 30 días siguientes al traslado de los bienes al Estado B). Puesto que se trata de una cuestión de derecho sustantivo y no de derecho internacional privado, la Guía se ocupa de ella en el capítulo V (véase A/CN.9/631, recomendación 46). El presente capítulo se ocupa únicamente del momento aplicable para determinar la ubicación del bien o del otorgante a efectos de establecer si una garantía real ha sido constituida, se ha hecho oponible a terceros y ha adquirido prelación sobre algún otro derecho (véase A/CN.9/631, recomendación 216).

4. En un régimen eficiente de las operaciones garantizadas, las reglas de derecho internacional privado aplicables a las operaciones garantizadas reflejan normalmente los objetivos de dicho régimen, lo cual significa que la ley que regula los aspectos de propiedad de una garantía real debe poder determinarse fácilmente. La certeza jurídica es un objetivo fundamental de la elaboración de reglas que afecten a las operaciones garantizadas, tanto en lo que respecta a los problemas de fondo como al derecho internacional privado. Otro de los objetivos es la previsibilidad. Como lo ilustraba el ejemplo dado en el párrafo anterior, las reglas de derecho internacional privado deberían dar respuesta a la pregunta de si una garantía real obtenida en virtud de la ley del Estado A continúa sujeta a esa ley o pasa a estar sujeta a la ley del Estado B cuando un cambio ulterior en el factor de conexión hiciera aconsejable la ley del Estado B respecto de una garantía real del mismo tipo. Un tercer objetivo fundamental de un régimen de derecho internacional privado eficiente es que las reglas pertinentes respondan a las expectativas razonables de las partes interesadas (acreedor, otorgante, deudor y terceros). Se argumenta que, para lograr ese resultado, la ley aplicable a una garantía real debe guardar cierta relación con las circunstancias que se regirán por esa ley.

5. La utilización de la Guía (incluido el presente capítulo) para elaborar un régimen de las operaciones garantizadas coadyuvará a reducir los riesgos y los costos resultantes de las diferencias entre los regímenes actuales de derecho internacional privado. En una operación garantizada, el acreedor garantizado suele querer que sus derechos se reconozcan en todos los Estados en que pueda tener que ejecutar su garantía (incluso en aquellos en que se administre el procedimiento de insolvencia respecto del otorgante y de sus bienes). Si esos Estados tienen diferentes reglas de derecho internacional privado en relación con el mismo tipo de bienes gravados, el acreedor deberá acatar más de un régimen a fin de estar plenamente protegido. La ventaja de la armonización de las reglas del derecho internacional privado de diferentes Estados es que el acreedor garantizado puede recurrir a la misma regla de ese derecho (que llevará a los mismos resultados) para determinar la situación de su garantía en todos esos Estados. Ese es uno de los objetivos logrados, con respecto a los créditos por cobrar, por la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos y, con respecto a los valores en posesión de

intermediarios, por el Convenio de La Haya sobre la ley aplicable a ciertos derechos sobre valores depositados en un intermediario, adoptado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, celebrada en 2002 (denominado en adelante el “Convenio de La Haya sobre valores”).

6. Las reglas de derecho internacional privado serían necesarias aun cuando todos los Estados hubiesen armonizado sus leyes sustantivas en materia de operaciones garantizadas. Quedarían casos en los que las partes tendrían que determinar el Estado cuyos requisitos se aplicarán. Por ejemplo, aunque las leyes de todos los Estados estableciesen que un derecho de garantía sin desplazamiento de la cosa se hace oponible a terceros mediante la inscripción en un registro público, habría que saber también en qué Estado debe efectuarse la inscripción.

**b) Alcance de las reglas de derecho internacional privado**

7. En el presente capítulo no se definen las garantías reales a las que se aplicarán las reglas de derecho internacional privado. Normalmente, a efectos del derecho internacional privado, la caracterización de un derecho como garantía real reflejará el régimen sustantivo de operaciones garantizadas de un ordenamiento jurídico. En principio, el tribunal aplicará su propia ley cuando deba calificar una cuestión a fin de seleccionar la regla de derecho internacional privado apropiada. Sin embargo, se plantea la cuestión de determinar si las reglas de derecho internacional privado de un Estado relacionadas con las garantías reales se deberían aplicar también a otras operaciones funcionalmente similares a la garantía, aun cuando no entren en el ámbito de aplicación del régimen sustantivo de las operaciones garantizadas de ese Estado (por ejemplo, ventas con retención de la titularidad, arriendos financieros y operaciones similares). El hecho de que el régimen sustantivo de operaciones garantizadas de un Estado no se aplicase a esas otras operaciones no debería ser óbice para que el Estado aplicara a esas transacciones las reglas de derecho internacional privado aplicables a las operaciones garantizadas.

8. Se plantea un problema parecido respecto de ciertas transferencias no efectuadas con fines de garantía, para las que es conveniente que el régimen aplicable a la constitución de una garantía real y a su oponibilidad y orden de prelación sea el mismo que para una garantía real sobre la misma categoría de bienes. Cabe citar, a título de ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos (y sus reglas de derecho internacional privado), que se aplica a las transferencias de créditos puros y simples, así como a los derechos de garantía sobre créditos por cobrar (véase el inciso a) del artículo 2 de esa Convención). La selección de este criterio obedece, ante todo, a la necesidad de remitirse a una única ley para determinar el grado de prelación entre demandantes concurrentes que tengan un derecho sobre el mismo crédito. La Guía adopta el mismo criterio. De lo contrario, en caso de que surja un conflicto de prelación entre el comprador de un crédito y el acreedor que es titular de una garantía sobre el mismo crédito, sería más difícil (y a veces imposible) determinar quién goza de prelación si la prelación del comprador se rige por la ley del Estado A y la del acreedor garantizado por la ley del Estado B.

9. Sea cual fuere la decisión adoptada en un ordenamiento sobre la categoría de operaciones que se rigen por las reglas de derecho internacional privado, el alcance de las reglas de constitución, oponibilidad y orden de prelación de una garantía real se vería limitado a los aspectos de propiedad de las operaciones pertinentes. Así

pues, una regla sobre el derecho aplicable a la constitución de una garantía real sólo determinará la ley que regula los requisitos que deberán cumplirse para que quede constituida una garantía real sobre bienes gravados. No se aplicaría, en cambio, a las obligaciones personales contraídas por las partes en virtud del contrato. En la mayoría de los ordenamientos las obligaciones de carácter puramente contractual se rigen por lo general por la ley que las partes escogen en su acuerdo o, cuando no haya elección previa, por la ley que rija el acuerdo de garantía (por ejemplo el Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales<sup>2</sup>, celebrado en Roma en 1980, denominado en adelante el “Convenio de Roma”). La Guía recomienda el mismo criterio para la determinación de los derechos y obligaciones recíprocos del otorgante y el acreedor garantizado con respecto a la garantía real.

10. El corolario de reconocer la autonomía de las partes en lo que respecta a las obligaciones personales es que las reglas de derecho internacional privado aplicables a los aspectos de propiedad de las operaciones garantizadas quedan fuera del ámbito de la libertad contractual. Por ejemplo, no suele permitirse que el otorgante y el acreedor garantizado elijan la ley aplicable al orden de prelación, ya que esto no sólo podría afectar a los derechos de terceros, sino que además daría lugar a una controversia sobre el grado de prelación entre dos garantías reales concurrentes sujetas a dos leyes diferentes y que conducen a resultados contradictorios.

11. Las reglas de derecho internacional privado de numerosos regímenes estipulan hoy día que la referencia a la ley de otro Estado como la ley que rige una cuestión deberá entenderse como la ley vigente en ese Estado distinta de sus reglas de derecho internacional privado (véase, sin embargo, A/CN.9/631, apartado b) de la recomendación 219 y recomendación 220). Queda excluida la doctrina de la remisión, en aras de la previsibilidad y debido también a que la remisión puede ser contraria a las expectativas de las partes. La Guía adopta el mismo criterio (véase A/CN.9/631, recomendación 217).

## **2. Reglas de derecho internacional que rigen la constitución, oponibilidad y orden de prelación de una garantía real**

12. La determinación del alcance de los derechos que confiere una garantía real requiere, en general, un análisis en tres etapas de las siguientes cuestiones:

a) La cuestión de determinar si la garantía real se ha constituido válidamente (para las cuestiones comprendidas en el concepto de constitución de la garantía, véase el capítulo IV de la Guía).

b) La cuestión de determinar si la garantía es oponible a terceros (para las cuestiones que abarca el concepto de oponibilidad a terceros, véase el capítulo V de la Guía); y

c) La cuestión de determinar el grado de prelación del derecho de un acreedor garantizado frente al derecho de otra parte reclamante, por ejemplo, otro acreedor o el administrador de la insolvencia del otorgante (para las cuestiones que abarca el concepto de prelación, véase el capítulo VII de la Guía).

---

<sup>2</sup> Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1605, N° 28023.

13. De hecho, una garantía real tiene escaso valor práctico sino puede ejecutarse en forma eficiente. Sin embargo, esta cuestión no se relaciona con el alcance de los derechos que el acreedor garantizado tenga sobre los bienes gravados, y las reglas de derecho internacional privado relativas a la ejecución se examinarán en otra sección del presente capítulo.

14. No todos los ordenamientos jurídicos hacen una distinción entre la validez de una garantía real entre las partes y la oponibilidad a terceros (y el orden de prelación). En muchos ordenamientos, una garantía real válidamente constituida (u otro derecho real) es por definición oponible a todos (*erga omnes*) sin necesidad de ninguna otra medida. En esos ordenamientos, la misma regla de derecho internacional privado se aplica a la oponibilidad de una garantía real a todas las partes (y la prelación se puede analizar también como una cuestión de oponibilidad). No obstante, incluso los regímenes jurídicos que distinguen claramente entre la validez entre las partes, la oponibilidad a terceros y el orden de prelación no siempre establecen una regla de derecho internacional privado separada para cada una de esas cuestiones y, por ello, se aplica a las tres la misma regla de derecho internacional privado, lo que conduce a la aplicación de la misma regla de derecho sustantivo.

15. Por consiguiente, la cuestión clave es determinar si debe aplicarse una única regla de derecho internacional privado a las tres cuestiones indicadas. Consideraciones de orden normativo, como la simplicidad y la certeza, aconsejan la aplicación de una sola regla. Como ya se ha indicado, en los diferentes ordenamientos jurídicos no siempre se hace ni se entiende de igual modo esa distinción, con lo cual la implantación de distintas reglas de derecho internacional privado acerca de estas cuestiones puede complicar el análisis o dar a pie a incertidumbres. No obstante, hay casos en que la selección de un régimen diferente para las cuestiones de prelación respondería mejor a los intereses de terceros como, por ejemplo, los titulares de garantías no consensuales o de garantías análogas (entre ellos, un acreedor judicial o el administrador de la insolvencia).

16. Otra importante cuestión es determinar respecto de cada una de esas cuestiones (o sea, constitución, oponibilidad y prelación) si la misma regla de derecho internacional privado se aplica a los bienes corporales y a los bienes inmateriales. De escogerse esa opción, se favorecería una regla basada en la ley de la ubicación del otorgante o una regla basada en la ley de la ubicación de los bienes gravados (*lex situs* o *lex rei sitae*).

17. Un criterio basado en la *lex situs* no se ajustaría a lo previsto para los créditos por cobrar en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos (cuyo artículo 22 remite a la ley del Estado donde está situado el cedente, o sea, el otorgante de la garantía real). Además, puesto que no puede haber una posesión física de bienes inmateriales, la adopción de la *lex situs* como la regla aplicable de derecho internacional privado requeriría la formulación de reglas especiales y ficciones jurídicas para determinar la situación real de los diversos tipos de bienes inmateriales. Por esa razón, la Guía considera que la ubicación del bien no es el factor de conexión apropiado cuando se trata de bienes inmateriales y se muestra partidaria de un criterio basado, en general, en la ley de la ubicación del otorgante (véase A/CN.9/631, recomendación 204).

18. Además, en aras de la coherencia con la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos, se requeriría también que la definición de la ubicación del otorgante fuese la misma que en esa Convención. De conformidad con la Convención, el lugar donde está ubicado el otorgante es el lugar donde tenga su establecimiento o, cuando el otorgante tenga un establecimiento en más de un Estado, el lugar donde se ejerza su administración central. Cuando el otorgante no tiene establecimiento, se hace referencia a su residencia habitual (véase el inciso h) del artículo 5 de la Convención). En la Convención se siguió ese criterio debido principalmente a que se traduce en la aplicación de un régimen único fácil de determinar, o sea, la ley del Estado en que sea más probable que se inicie el principal procedimiento de insolvencia del cedente.

19. Por razones de simplicidad y certeza convendría adoptar la misma regla de derecho internacional privado (por ejemplo, la ley de la ubicación del otorgante de la garantía real) no sólo para los bienes inmateriales sino también para los bienes corporales, especialmente cuando se aplica el mismo régimen a la constitución, oponibilidad y orden de prelación de una garantía real. Siguiendo ese criterio, bastaría una sola consulta para determinar el alcance de las garantías reales que gravan todos los bienes del otorgante. No habría tampoco necesidad de orientación en caso de que se produjese un cambio en la ubicación de los bienes gravados ni haría falta distinguir entre la ley aplicable a los derechos con desplazamiento de la posesión y a los derechos sin desplazamiento (ni determinar cuál de ellos prevalecería cuando hubiera un conflicto entre un derecho con desplazamiento que se rigiera por la ley del Estado A y una garantía sobre el mismo bien, pero sin desplazamiento, que se rigiera por la ley del Estado B).

20. Sin embargo, no en todos los ordenamientos se considera que la ley de la ubicación del otorgante guarda suficiente relación con las garantías sobre bienes corporales, o, por lo menos, con los bienes “no móviles” (e incluso con determinados tipos de bienes inmateriales, como los derechos al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria o los derechos de propiedad intelectual, cuestión que se examina más adelante). Además, el resultado de adoptar la ley de la ubicación del otorgante significaría que hay una ley que rige una operación garantizada y otra que rige el traspaso de la propiedad sobre los mismos bienes. Para evitar ese resultado, sería necesario que los ordenamientos adoptasen para todas las transferencias la ley del Estado donde está situado el otorgante.

21. Además, está casi universalmente aceptado que toda garantía con desplazamiento de la posesión debe regirse por la ley del lugar en que se encuentran los bienes, con lo que la adopción de la ley del Estado del otorgante para las garantías con desplazamiento iría en contra de las expectativas razonables de los simples acreedores. En consecuencia, incluso si la regla general fuera la ley de la ubicación del otorgante, habría que hacer una excepción para las garantías reales con desplazamiento de la posesión.

22. Por todas esas razones, la Guía recomienda dos reglas generales de derecho internacional privado respecto de la ley aplicable a la constitución, oponibilidad y orden de prelación de una garantía real, a saber:

a) Con respecto a los bienes corporales, la ley aplicable debería ser la ley de la ubicación de los bienes (véase A/CN.9/631, recomendación 202);



b) Con respecto a los bienes inmateriales, la ley aplicable debería ser la ley de la ubicación del otorgante (véase A/CN.9/631, recomendación 204).

23. Habida cuenta de que las reglas de derecho internacional privado aplicables pueden diferir según el carácter corporal o inmaterial de los bienes, se plantea la cuestión de determinar qué regla de derecho internacional privado es apropiada cuando se constituye una garantía real posesoria sobre un bien inmaterial. A ese respecto, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos se considera que son bienes corporales determinadas categorías de bienes inmateriales incorporadas a un documento (por ejemplo, los títulos negociables), lo que entraña el reconocimiento de que se puede constituir una prenda sobre esos bienes inmateriales mediante la entrega del documento al acreedor. La Guía considera esos tipos de bienes inmateriales como bienes corporales (para la definición de “bienes corporales”, véase A/CN.9/631/Add.1, Introducción, secc. B, Terminología y reglas de interpretación) y, en consecuencia, la regla de derecho internacional privado para los bienes corporales se aplica, por lo general, a esos bienes inmateriales. De ahí se desprende que la ley del Estado donde se conserva el documento regirá la constitución, oponibilidad y orden de prelación de una garantía real sobre un título negociable (véase A/CN.9/631, recomendación 202).

24. Se plantea una cuestión conexa cuando las mercancías están representadas por un documento de titularidad negociable (como sería un conocimiento de embarque). Suele aceptarse que un documento de titularidad negociable también se equipara a un bien corporal y se grava con una prenda con desplazamiento. En tal caso, la ley de la ubicación del documento (y no las mercancías que consten en él) regirá la prenda. No obstante, surge la cuestión de determinar qué ley se aplicaría para dirimir un conflicto de prelación entre un acreedor prendario provisto de un documento de titularidad y otro acreedor a quien el deudor pudiera haber otorgado un derecho de garantía sin desplazamiento sobre las mercancías propiamente dichas, cuando el documento y las mercancías no se encuentren en el mismo Estado. En tal caso, las reglas de derecho internacional privado deberían asignar prelación a la normativa que rija la prenda, ya que esa solución respondería mejor a las expectativas legítimas de las partes en litigio. Ese resultado sería también acorde con la regla sustantiva propuesta por la Guía (véase A/CN.9/631, recomendación 107).

### **3. Régimen aplicable a la constitución, oponibilidad y prelación de una garantía real sobre un bien corporal**

25. Las consideraciones de orden normativo que hacen aconsejables las reglas generales de derecho internacional privado expuestas anteriormente (véase párr. 22) no se aplican necesariamente en todas las circunstancias y se aplican otras reglas respecto de determinadas categorías concretas de bienes en las que la ubicación del bien o del otorgante no constituye el factor de conexión más apropiado. Además, por razones de eficiencia, se aplican otras reglas respecto de las mercancías en tránsito y las mercancías de exportación. Por definición, esas mercancías no permanecen en su ubicación inicial y pueden cruzar las fronteras de varios Estados antes de llegar a su destino final. En los párrafos siguientes se explican las dos reglas generales de derecho internacional privado esbozadas anteriormente y las excepciones a esas reglas.

**a) Regla general: ley de la ubicación del bien gravado (*lex situs* o *lex rei sitae*)**

26. Como ya se indicó, la constitución, oponibilidad y prelación de una garantía real sobre un bien corporal se rige generalmente por la ley del Estado en que está situado el bien gravado (véase A/CN.9/631, recomendación 202). Un ejemplo citado frecuentemente sobre la aplicación de esta regla se relaciona con las garantías reales sobre existencias. Si un otorgante posee existencias situadas en un Estado que aplique esta regla (Estado A), la ley de ese Estado regirá las cuestiones pertinentes. La regla también significa asimismo que, si el otorgante posee también otras existencias en otro Estado (Estado B), será necesario que se cumplan los requisitos pertinentes del Estado B para que los tribunales del Estado A reconozcan que las existencias situadas en el Estado B están gravadas con las garantías reales del acreedor garantizado.

27. La regla general de derecho internacional privado aplicable a los bienes corporales no distingue entre garantías reales con desplazamiento y garantías reales sin desplazamiento. En consecuencia, se aplicará en general la ley de la ubicación del bien, independientemente de que el acreedor garantizado esté o no en posesión de él. Esta disposición tiene particular aplicación en el caso de bienes inmateriales asimilados a bienes corporales, tales como los títulos negociables y los documentos negociables. Por ejemplo, la ley de la ubicación del título o el documento regulará las cuestiones de prelación, incluso cuando la garantía real se haga oponible por métodos distintos a la posesión.

**b) Regla adicional relativa a la constitución y oponibilidad de una garantía real sobre mercancías en tránsito y mercancías de exportación**

28. En lo que respecta a las mercancías en tránsito o las mercancías de exportación, la aplicación de la ley de la ubicación de las mercancías significa que se aplica la ley del Estado en el que están situadas las mercancías en el momento en que se plantea la cuestión. De ahí se desprende que los acreedores garantizados tendrán que seguir el movimiento de las mercancías y cumplir los requisitos de diversos Estados a fin de asegurarse de que cuentan en todo momento con una garantía real efectiva. Para evitar ese resultado, una posibilidad sería que el foro del lugar de destino final (o intermedio) de las mercancías reconociera la validez de una garantía real que se haya constituido y hecho oponible con arreglo a la ley del lugar en que se encontraban inicialmente. Un criterio de esa índole respondería a las expectativas de las partes que se encuentren en el lugar inicial de las mercancías, pero no sería contrario a las expectativas de las partes que se basaran en la ubicación real de los bienes para conceder crédito al otorgante, ateniéndose a los requisitos establecidos en la ley del lugar de destino final de las mercancías.

29. Otra posibilidad sería que el foro del lugar de destino final reconociera como válida, por un período limitado, toda garantía real constituida y hecha oponible en virtud de la ley de la ubicación de las mercancías. Las partes que se encontraran en el lugar de destino inicial dispondrían entonces de un plazo para dar cumplimiento a los requisitos legales del Estado de destino final, a fin de retener su garantía real tal como originalmente fue constituida y hecha oponible a terceros. Ese criterio equilibraría los intereses de las partes de las diversas jurisdicciones (y es, de hecho el que recomienda la Guía respecto de todos los bienes corporales en general; véase A/CN.9/631, recomendaciones 46 y 216).

30. Una tercera posibilidad sería ofrecer al acreedor garantizado la opción de constituir y hacer oponible su garantía real con arreglo a la ley del Estado del lugar en que se encontraban inicialmente las mercancías o con arreglo a la ley del lugar que fuese su destino final (o intermedio) (véase A/CN.9/631, recomendación 203). Ese criterio permitiría a un acreedor garantizado que confía en que las mercancías llegarán a su lugar de destino previsto apoyarse en la ley de ese lugar para constituir y hacer oponible su garantía real. De lo contrario, en el caso de una garantía real constituida mientras las mercancías se encuentren en su lugar de origen, para que esa garantía fuese continuamente oponible a terceros, el acreedor garantizado tendría que cumplir los requisitos de constitución y oponibilidad del Estado de la ubicación inicial de las mercancías, de cada uno de los Estados por los que pudiesen pasar en tránsito y del Estado del lugar de su destino final. En cualquier caso, el orden de prelación estaría siempre sujeto a la ley del lugar en que se encuentren las mercancías en el momento en que surja la controversia de prelación.

**c) Regla especial relativa a la constitución, oponibilidad y prelación de una garantía real sobre un título negociable**

31. Como ya se mencionó, se acepta generalmente que la ley del Estado en que se encuentra el título (*lex situs*) debería regir la constitución, oponibilidad y orden de prelación de una garantía real sobre un título negociable. Sin embargo, en algunos ordenamientos, la oponibilidad de una garantía real sobre un título negociable se puede lograr también mediante la inscripción en el lugar en que se encuentre el otorgante. En tal caso, resulta lógico aplicar la ley de la ubicación del otorgante para determinar si mediante la inscripción se ha logrado la oponibilidad a terceros. De todos modos, ese criterio se limita a la oponibilidad lograda mediante inscripción. La ley de la ubicación efectiva del título rige siempre el orden de prelación de una garantía real sobre el título (véase A/CN.9/631, recomendación 207).

**d) Excepciones respecto de determinados tipos de bienes**

32. La regla general de derecho internacional privado aplicable a las garantías reales sobre bienes corporales está normalmente sujeta a determinadas excepciones cuando la ubicación de los bienes no sea un factor de conexión eficiente (por ejemplo, los bienes utilizados regularmente en varios Estados) o no se corresponda con las expectativas razonables de las partes (por ejemplo, bienes cuya propiedad debe inscribirse en registros especiales).

*i) Bienes móviles*

33. Los bienes móviles son bienes que en el curso normal de los negocios cruzan las fronteras de los Estados (por ejemplo, aeronaves, buques o, en algunos casos, vehículos automotores). Por ejemplo, un otorgante que se dedica a actividades de construcción en varios Estados puede tener que constituir garantías reales sobre maquinaria que es trasladada periódicamente de un Estado a otro para desarrollar esas actividades; o un otorgante que realiza operaciones de transporte puede verse en la necesidad de constituir garantías reales sobre los vehículos utilizados en su negocio de transporte (si bien los vehículos automotores normalmente no cruzan las fronteras nacionales de Estados insulares). La aplicación de la regla general de derecho internacional privado respecto de los bienes corporales de esa especie requeriría que el acreedor garantizado determinara la ubicación exacta de cada

máquina o cada vehículo en el momento de constitución de la garantía. Para asegurar la continuación de la oponibilidad de su garantía, sería necesario también que el acreedor garantizado se informara acerca de todos los Estados en los que podría llegar a estar situado cualquiera de esos bienes en un momento determinado y cumpliera los requisitos pertinentes de todos esos Estados. Además, no sería posible determinar el Estado en que se encontraría el bien en cuestión en el momento en que se plantee un conflicto de prelación en el futuro y, por consiguiente, determinar el régimen de prelación que se aplicaría para resolverlo. A fin de obviar esos problemas y evitar los costos e incertidumbres resultantes, en muchos regímenes jurídicos la constitución, oponibilidad y orden de prelación de una garantía real sobre un bien corporal del tipo del que se suele utilizar en más de un Estado se rige por la ley del Estado en que esté situado el otorgante (salvo cuando la propiedad del bien de ese tipo esté sujeta a la inscripción en un registro especial que permita también la inscripción de garantías reales; véase párr. 34 *infra*; véase también A/CN.9/631, recomendación 202).

ii) *Bienes corporales sujetos a inscripción especializada*

34. La propiedad de ciertas categorías de bienes corporales se inscribe a veces en registros especializados. Así suele ocurrir con las aeronaves y los buques y, en algunos Estados, con los vehículos automotores. En la medida en que el registro pertinente permita también la inscripción de garantías reales, se puede remitir a la ley del Estado bajo cuya autoridad se lleva el registro pertinente para determinar la ley que rige la constitución, oponibilidad y orden de prelación de una garantía real sobre un bien sujeto a inscripción en ese registro especializado. De esa manera, una consulta del registro daría a conocer tanto los derechos de propiedad como las garantías reales existentes respecto de esos bienes. Una regla de esa índole podría basarse en el derecho nacional (véase A/CN.9/631, recomendación 202) o en convenios internacionales, que tienen precedencia (por ejemplo, el Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit) y sus protocolos pertinentes).

**4. Ley aplicable a la constitución, oponibilidad y prelación de una garantía real sobre un bien inmaterial**

**a) Regla general: ley de la ubicación del otorgante**

35. En algunos ordenamientos jurídicos, la ley de los Estados en que se encuentra el otorgante rige la constitución, oponibilidad y prelación de una garantía real sobre un bien inmaterial. Por ejemplo, si un exportador que se encuentra en el Estado A constituye una garantía real sobre créditos por cobrar adeudados a clientes situados en los Estados B y C, la ley del Estado A regirá los aspectos de derecho real de la garantía de seguridad. Esta regla es acorde con el criterio seguido en la Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos con respecto al derecho aplicable a la cesión de créditos por cobrar (véase arts. 22 y 30).

36. En otros ordenamientos, la ley de la ubicación del bien rige todavía la constitución, oponibilidad y prelación de una garantía real sobre bienes inmateriales. En esos ordenamientos, es necesario establecer la ubicación de un bien inmaterial (por ejemplo, respecto de un crédito por cobrar, la ubicación del deudor

del crédito) y la ley de la ubicación del bien inmaterial (*lex situs*) rige todas esas cuestiones.

37. La aplicación de la ley de la ubicación del otorgante tiene varias ventajas con respecto a la *lex situs*. Es una sola ley, ya que el cedente es siempre una y la misma persona, incluso cuando la cesión se relaciona con muchos créditos por cobrar adeudados por deudores diferentes (las cesiones ulteriores, de A a B y de B a C, no plantean cuestiones de prelación ya que un cedente ocupa el lugar de otro). Además, es posible determinar con facilidad, en el momento de efectuar la cesión, la ley del Estado en que está situado el otorgante, incluso cuando la cesión se relaciona con otros créditos por cobrar o con créditos cedidos en bloque. Por otra parte, la ley de la ubicación del otorgante (el lugar de su administración central en caso de que tenga establecimientos en más de un Estado) es la ley del Estado en que con toda probabilidad se habrá de iniciar el principal procedimiento de insolvencia respecto del cedente.

38. Con todo, si bien la ley de la ubicación del bien gravado (*lex situs*) funciona bien en la mayoría de los casos cuando se trata de bienes materiales, se plantean grandes dificultades, de orden conceptual y práctico cuando la *lex situs* se aplica a bienes inmateriales. Desde el punto de vista conceptual, no hay consenso ni una respuesta clara respecto del “*situs*” de un crédito por cobrar. Una opinión es que se trata del lugar en que se debe efectuar el pago. Según otra opinión, el *situs* de un crédito por cobrar es el domicilio legal o el lugar del establecimiento o residencia principal del deudor del crédito. Una tercera opinión es que se debe considerar que un crédito por cobrar está situado en el Estado cuya ley rige la relación contractual entre el acreedor original (o sea, el otorgante) y el deudor. Cualquiera de esas opciones impondría al cesionario eventual la carga de tener que efectuar una detallada investigación de los hechos y las disposiciones jurídicas. Además, en muchos casos, podría resultar imposible para el cesionario determinar con certeza la ubicación exacta de un crédito por cobrar ya que los criterios para determinarla pueden depender de diversas prácticas comerciales o de la voluntad de las partes en el contrato en virtud del cual se crea el crédito por cobrar. Por ello, la aplicación de la *lex situs* como la ley que rige las garantías reales relacionadas con créditos por cobrar no ofrecería certeza ni previsibilidad, que son objetivos fundamentales de un sólido régimen de derecho internacional privado en la esfera de las operaciones garantizadas.

39. Por otra parte, aun cuando un régimen jurídico contara con disposiciones detalladas que permitan al acreedor garantizado existente o eventual determinar con facilidad y objetividad la ley de la ubicación de un crédito por cobrar, en muchas operaciones comerciales surgirían dificultades prácticas. Así ocurriría porque una garantía real puede estar relacionada no sólo con un crédito por cobrar existente y específicamente determinado, sino también con muchos otros créditos por cobrar. Una garantía real puede, por tanto, abarcar un conjunto de créditos por cobrar actuales y futuros. Por ejemplo, en tal caso, la selección de la *lex situs* como la ley que rige el orden de prelación no sería una decisión normativa eficiente, ya que se podrían aplicar reglas de prelación diferentes respecto de diversos créditos por cobrar que hayan sido cedidos. Además, cuando futuros créditos por cobrar estén sujetos a una garantía real, el acreedor garantizado no podría determinar el alcance de sus derechos de prelación en el momento de la operación, ya que entonces se desconoce el *situs* de esos futuros créditos por cobrar.

40. En vista de esas consideraciones, la Guía recomienda la ley del Estado en que está situado el otorgante (véase A/CN.9/631, recomendación 204). Los criterios para definir la ubicación del otorgante concuerdan con los que se encuentran en la Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos (véase A/CN.9/631, recomendación 215).

**b) Excepciones respecto de determinados tipos de bienes**

41. Hay tres categorías de bienes inmateriales a las que se aplican consideraciones diferentes y en las que la ubicación del otorgante no es el factor de conexión más apropiado (ni el único) para la selección de la ley aplicable, a saber: los derechos al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria; el producto de una promesa independiente; y los créditos por cobrar resultantes de una operación relacionada con bienes inmuebles.

*i) Derechos al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria*

42. En lo que respecta a la constitución, oponibilidad, prelación y ejecución de una garantía real sobre derechos al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria, así como a los derechos y obligaciones del banco depositario, en los diversos ordenamientos se siguen criterios diferentes (para la definición de “cuenta bancaria”, véase A/CN.9/631/Add.1, Introducción, secc. B, Terminología y reglas de interpretación). Uno de esos criterios es remitir esas cuestiones a la ley del Estado en que esté situada la sucursal del banco que administra la cuenta. Aplicando ese criterio, aumentarían la certeza y la transparencia respecto de la ley aplicable, ya que la ubicación de la sucursal pertinente podría determinarse fácilmente en el marco de la relación bilateral entre el banco y el cliente. Además, ese criterio respondería a las expectativas normales de las partes en operaciones bancarias corrientes. Asimismo, daría por resultado la aplicación de la misma ley a todas las cuestiones (por ejemplo, préstamos y aspectos fiscales o reglamentarios) relacionadas con las actividades bancarias.

43. Otro criterio es remitirse a la ley especificada en el acuerdo sobre la cuenta como la ley que rige dicho acuerdo o a cualquier otra ley expresamente especificada en él, siempre que el banco depositario tenga una sucursal en ese Estado. Si en el acuerdo sobre la cuenta no se especifica ninguna ley concreta, la ley aplicable sería la que se determinase en virtud de las reglas supletorias similares a las que se encuentran en el artículo 5 del Convenio de La Haya sobre valores. Aplicando ese criterio, la ley aplicable respondería a las expectativas de las partes en el acuerdo sobre la cuenta bancaria. Además, se obviaría la necesidad de tener que determinar la ubicación de una cuenta bancaria, lo cual no siempre sería tarea fácil. Igualmente, terceros interesados podrían determinar la ley estipulada en el acuerdo sobre la cuenta, ya que normalmente el otorgante y titular de la cuenta suministraría información sobre dicho acuerdo para obtener financiación de un prestamista que se base en los fondos existentes en la cuenta.

44. Como en el caso de los títulos negociables, la ley del Estado donde está ubicado el otorgante podría aplicarse a la oponibilidad de una garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria cuando la oponibilidad se logre mediante la inscripción en el lugar en que se encuentre el otorgante (véase párr. 31 *supra*).

ii) *Producto de una promesa independiente*

45. En muchos ordenamientos, la oponibilidad, orden de prelación y ejecución de una garantía real sobre el producto de una promesa independiente, así como los derechos y obligaciones de un garante/emisor, un confirmante o una persona designada, se rigen por la ley especificada en la promesa independiente (para la definición de “derecho sobre el producto de una promesa independiente”, véase A/CN.9/631/Add.1, Introducción, secc. B, Terminología y reglas de interpretación; para el criterio examinado, véase A/CN.9/631, recomendación 208). Si la ley aplicable no queda determinada en la promesa independiente, esas cuestiones se rigen por la ley del Estado en que se encuentre la oficina correspondiente de la persona que haya emitido la promesa (o haya convenido en cumplirla, según sea el caso) (véase A/CN.9/631, recomendación 209). Ese criterio ofrece certeza y previsibilidad con respecto a la ley aplicable a esas cuestiones. Asimismo, coincide con las expectativas normales de las partes en operaciones de esa índole. En lo que respecta a la constitución de una garantía real sobre dicho bien, se aplica la ley de la ubicación del otorgante, por las razones apuntadas anteriormente con respecto a las garantías reales sobre créditos por cobrar y en vista de que la constitución de la garantía supone solamente su validez entre las partes en el acuerdo de garantía y no afecta a los derechos de terceros.

46. Con excepción de la constitución de la garantía, las cuestiones indicadas en el párrafo anterior se rigen por la ley aplicable a los créditos por cobrar o los títulos negociables, cuando una promesa independiente se emita para garantizar el cumplimiento de una obligación relacionada con un crédito por cobrar o un título negociable y, con arreglo a la ley aplicable, el acreedor que tenga un derecho sobre el crédito por cobrar, el título negociable u otro bien inmaterial goza automáticamente del beneficio de la garantía real sobre el producto de la promesa independiente (véase A/CN.9/631, recomendación 210). Este criterio se justifica por la necesidad de establecer, por razones de coherencia, que la misma ley se aplique a la garantía real sobre un crédito por cobrar o un título negociable que se extienda automáticamente a los derechos que garantizan la ejecución del crédito o el título negociable.

iii) *Créditos por cobrar relacionados con un bien inmueble*

47. Cuando un crédito por cobrar nazca de la venta o arrendamiento de un bien inmueble o esté garantizado por un bien inmueble, normalmente, como ocurre con otros créditos por cobrar, la ley del Estado en que se encuentre el otorgante regulará los aspectos de propiedad de una garantía real sobre el crédito. Sin embargo, en el caso de un conflicto de prelación donde al menos uno de los reclamantes concurrentes haya inscrito su derecho en el registro de propiedad inmobiliaria del Estado en que se encuentra el bien, el conflicto de prelación se resolverá de conformidad con la ley de ese Estado (véase A/CN.9/631, recomendación 205).

**5. Ley aplicable a la constitución, oponibilidad y prelación de una garantía real sobre el producto**

48. En general, hay dos criterios para determinar la ley aplicable a la constitución, oponibilidad y prelación de una garantía real sobre el producto (para la definición de “producto”, véase A/CN.9/631/Add.1, Introducción, secc. B, Terminología y reglas de interpretación).

49. Un criterio para determinar la ley aplicable a una garantía real sobre el producto es remitirse a la ley aplicable a la garantía real sobre los bienes originalmente gravados. Por ejemplo, si los bienes gravados originales consisten en existencias situadas en el Estado A y el producto en créditos por cobrar y el otorgante está situado en el Estado B, la ley del Estado A se aplicaría a la constitución, oponibilidad y prelación de una garantía real sobre créditos por cobrar. En particular, un conflicto de prelación entre la garantía real sobre créditos por cobrar como producto de las existencias y la garantía real sobre los créditos por cobrar como bienes gravados originalmente se regiría por la ley del Estado A (la ley de la ubicación de las existencias). De esa manera se determinaría con mayor certeza la ley aplicable, en beneficio de los financiadores de existencias que toman como base de sus operaciones la existencia de los créditos como producto. Por otra parte, este criterio daría lugar a la aplicación de una ley distinta a la que los financiadores de créditos por cobrar esperarían que se aplicase a sus derechos sobre dichos créditos como bienes originalmente gravados.

50. Otro inconveniente de ese criterio es que el financiador de créditos no podría predecir cuál habrá de ser la ley aplicable, ya que la elección de esa ley dependerá de si el conflicto surge con un financiador de existencias (en cuyo caso regiría la ley de la ubicación de las existencias) o con otro reclamante concurrente (en cuyo caso regiría la ley de la ubicación del otorgante). Ese criterio tampoco ofrece una solución en una controversia tripartita entre el financiador de créditos por cobrar, el financiador de existencias y otro demandante concurrente. Asimismo, restaría fuerza a la elección de la ley de la ubicación del otorgante como la ley aplicable a una garantía real sobre créditos por cobrar, ya que éstos a menudo se derivan de la venta de bienes corporales. En muchos casos, el financiador de los créditos no podría ampararse en la ley de la ubicación del otorgante.

51. Otro criterio posible es remitirse a la ley aplicable a las garantías reales sobre bienes del mismo tipo que el producto. En el ejemplo dado anteriormente, la ley del Estado B (la ley de la ubicación del otorgante) se aplicaría a la constitución, oponibilidad y prelación de una garantía real sobre los créditos por cobrar. Consideraciones de simplicidad y certeza harían aconsejable un criterio de ese tipo. La ventaja es que siempre sería posible determinar la ley aplicable independientemente de las partes en la controversia.

52. Otro enfoque posible es combinar los dos criterios arriba mencionados y establecer el último como la regla aplicable a la oponibilidad y orden de prelación de una garantía real sobre el producto, en tanto que el primero se aplicaría a la constitución de la garantía. Con arreglo a este enfoque, la cuestión de determinar si una garantía real se extiende al producto se regiría por la ley aplicable a la constitución de la garantía sobre los bienes originalmente gravados de los que se derivó el producto, en tanto que la oponibilidad y el orden de prelación de un derecho al producto estarían sujetos a la ley que habría sido aplicable a tales cuestiones si el producto hubiese consistido en los bienes originalmente gravados. Este criterio respondería a las expectativas de un acreedor que obtiene una garantía real sobre las existencias en virtud del derecho interno, que establece que dicha garantía real se extiende automáticamente al producto. Respondería igualmente a las expectativas de los financiadores de créditos por cobrar con respecto a la ley que se aplicaría a la constitución, oponibilidad y orden de prelación de una garantía real sobre créditos por cobrar como bienes originalmente gravados. Por último, un



criterio de esa índole daría la seguridad de que el financiador de existencias puede apoyarse en la ley que rige su garantía real para determinar si ésta se extiende al producto y permitiría a todos los reclamantes concurrentes determinar con certeza la ley que regirá un posible conflicto de prelación (véase A/CN.9/631, recomendación 211).

#### **6. Ley aplicable a los derechos y obligaciones de las partes en el acuerdo de garantía**

53. Como ya se indicó (véase párr. 9), el alcance de las reglas de constitución, oponibilidad y orden de prelación de una garantía real se limita a los aspectos de propiedad (*in rem*) de la garantía. Esas reglas no se aplican a los derechos y obligaciones recíprocos de las partes en el acuerdo de garantía, que se rigen más bien por la ley que elijan las partes, o cuando no se elige una ley, por la ley que regule el acuerdo, determinada por las reglas de derecho internacional privado generalmente aplicables a las obligaciones contractuales (véase A/CN.9/631, recomendación 212). Por ejemplo, cuando las partes no hayan elegido una ley, los derechos y obligaciones recíprocos de las partes en el acuerdo de garantía pueden regirse por la ley más estrechamente relacionada con el acuerdo de garantía (véase el párrafo 1 del artículo 4 del Convenio de Roma). Cabe suponer que un acuerdo de garantía que garantiza un préstamo está más estrechamente relacionado con el Estado en el que la parte que cumple la obligación que sea característica del acuerdo de garantía tiene su administración central o su residencia habitual (véase el párrafo 2 del artículo 4 del Convenio de Roma). En tal acuerdo de garantía, esa parte podría ser el prestamista. En una venta con retención de la titularidad, podría ser el vendedor.

#### **7. Ley aplicable a los derechos y obligaciones de la parte obligada**

54. Las garantías reales sobre bienes inmateriales involucran por lo general a terceros, por ejemplo, el deudor de un crédito por cobrar, la parte obligada en virtud de un título negociable, el banco depositario, el garante/emisor, el confirmante o la persona designada en una promesa independiente o el emisor de un documento negociable. Las reglas de derecho internacional privado que rigen los aspectos de propiedad o ejecución de una garantía real no son necesariamente adecuados para la determinación de la ley aplicable a las obligaciones de terceros contra los que el acreedor garantizado pueda querer ejercer los recursos que se derivan de su garantía real. La razón principal es evitar frustrar las expectativas de las partes que tienen una obligación de pago que surja en relación con el bien gravado pero no participan en la operación con la que se relaciona el acuerdo de garantía.

55. En particular, el hecho de que un crédito por cobrar haya sido gravado con una garantía real no debería significar que las obligaciones del deudor del crédito pasen a estar sujetas a una ley diferente de la que regula el crédito. Consideraciones similares se aplican a los derechos de la parte obligada en virtud de un título negociable, el banco depositario, el garante/emisor, confirmante o persona designada en una promesa independiente o el emisor de un documento negociable cuando el bien gravado sea un título negociable, el reclamante del derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria o el producto de una promesa independiente o un documento negociable (véase A/CN.9/631, recomendaciones 206, 208 y 213).

## 8. Ley aplicable a la ejecución de una garantía real

56. En la mayoría de los ordenamientos, las cuestiones de procedimiento se rigen por la ley del Estado en que se adopte la medida judicial pertinente. Sin embargo, la ejecución puede guardar relación con cuestiones de fondo o con cuestiones de procedimiento. Aunque un tribunal aplicara el respectivo ordenamiento jurídico para determinar cuáles son las cuestiones de fondo y cuáles las de procedimiento, los siguientes son ejemplos de cuestiones que se suelen considerar cuestiones de fondo: la índole y el alcance de los recursos de que dispone el acreedor para liquidar los bienes gravados; la determinación de si esos recursos (o algunos de ellos) pueden ejercerse por fuera de la vía judicial; las condiciones que deberán cumplirse para que el acreedor garantizado tenga derecho a tomar posesión de los bienes y enajenarlos (o hacer que sean enajenados por vía judicial); la facultad del acreedor garantizado para cobrar créditos por cobrar que sean bienes gravados; y las obligaciones del acreedor garantizado frente a otros acreedores del otorgante.

57. En lo que respecta a las cuestiones de ejecución de índole sustantiva, cuando una garantía real haya sido constituida y hecho oponible con arreglo al derecho de un Estado pero se pretenda ejecutarla en el territorio de otro Estado, cabe preguntarse cuál será la vía o los medios ejecutorios de que dispondrá, en ese país, el acreedor garantizado. Esa cuestión puede ser de gran importancia práctica cuando el régimen ejecutorio de ambos Estados difiera sustancialmente. Por ejemplo, puede suceder que el régimen aplicable a la garantía real faculte al acreedor garantizado para ejecutarla sin recurrir previamente a la vía judicial, a menos de que se cumplan determinadas condiciones para la protección del otorgante, mientras que la ley del lugar donde se pretenda ejecutar esa garantía requiera una intervención judicial. Cada una de las soluciones posibles de esta cuestión conlleva ciertas ventajas y ciertos inconvenientes.

58. Una de las opciones consistiría en someter toda medida ejecutoria a la ley del lugar de ejecución, vale decir, la ley del foro (*lex fori*). El lugar de ejecución de las garantías reales sobre bienes corporales sería en la mayoría de los casos el lugar donde está situado el bien, en tanto que la ejecución de una garantía real sobre bienes inmateriales sería con frecuencia el lugar donde se encuentre el otorgante. Cabe aducir las siguientes razones a favor de esta regla:

a) La ley aplicable a la vía ejecutoria coincidiría con la ley normalmente aplicable a toda cuestión de índole procesal;

b) La ley aplicable a la vía ejecutoria coincidiría, en muchos casos, con la ley del Estado en que se encuentren los bienes que vayan a ser objeto de la medida ejecutoria prevista (y podría coincidir asimismo con la ley aplicable al orden de prelación, si las reglas de derecho internacional privado del foro remitieran a tal lugar para determinar las cuestiones de prelación);

c) Los requisitos aplicables serían los mismos para todo acreedor que trate de ejercitar algún derecho contra los bienes del otorgante, independientemente de que esos derechos tengan su origen en el derecho interno o en la ley de otro país.

59. Por otra parte, la selección de la *lex fori* puede crear incertidumbre si el bien gravado es un bien inmaterial. Por ejemplo, no está claro dónde deberá tener lugar la ejecución cuando los bienes gravados sean créditos por cobrar. La solución sería muy problemática ya que requeriría de criterios para determinar la ubicación de los

créditos por cobrar (véase párr. 38 *supra*). Además, el acreedor garantizado podría encontrarse en un Estado diferente en el momento en que se pongan en marcha las medidas de ejecución. En el caso de una cesión en bloque de créditos por cobrar que guardan relación con varios Estados, es posible que se apliquen leyes múltiples a la ejecución. El resultado sería el mismo si una medida ejecutoria tuviera que cumplirse en un Estado (por ejemplo, notificación del deudor del crédito por cobrar) y otra en un segundo Estado (por ejemplo, cobro o venta del crédito). Si entran en juego futuros créditos por cobrar, el acreedor garantizado tal vez no sepa en el momento de la cesión qué ley regulará sus recursos de ejecución. Toda esta incertidumbre con respecto a la ley aplicable tendrá probablemente una repercusión negativa en la oferta y el costo de la financiación.

60. Otra preocupación es que la *lex fori* no responda a las expectativas de las partes. Es posible que las partes hayan previsto que sus respectivos derechos y obligaciones, de tenerse que recurrir a la vía ejecutoria, serán los estipulados por la ley con arreglo a la cual se determinará la prelación de la garantía real. Por ejemplo, de permitirse la ejecución extrajudicial de la garantía real con arreglo a la ley que regula la prelación de la garantía, el acreedor garantizado debería poder recurrir a la ejecución extrajudicial en el territorio del Estado donde haya de ejecutar su garantía, aun cuando el derecho interno de ese Estado no faculte normalmente el recurso a esa vía.

61. Otra opción consistiría en remitir las cuestiones de fondo de la ejecución a la ley que regule la prelación de la garantía real. La ventaja de ese criterio está en que las cuestiones de ejecución guardan estrecha relación con las cuestiones de prelación (por ejemplo, la forma en que el acreedor garantizado vaya a ejecutar su garantía real puede repercutir en los derechos de los reclamantes concurrentes). Ese criterio tiene además otra ventaja: como la ley que rige el orden de prelación es a menudo la misma ley que rige la constitución y oponibilidad de la garantía real, el resultado final sería que las cuestiones de constitución, oponibilidad y prelación quedarían con frecuencia sujetas a la misma ley.

62. Una tercera opción sería la de adoptar una regla por la que la ley aplicable a la relación contractual entre las partes fuera igualmente la ley aplicable a la vía ejecutoria de la garantía real. Ello respondería a las expectativas de las partes y coincidiría también, en muchos casos, con la ley aplicable a la constitución de la garantía real, dado que esa ley suele ser seleccionada como la ley aplicable a las obligaciones contractuales. Sin embargo, conforme a ese enfoque, las partes gozarían de autonomía para elegir como ley aplicable a toda cuestión de índole ejecutoria una ley distinta de la ley del foro o de la ley que regula la constitución, oponibilidad y prelación de la garantía. Esta solución sería desventajosa para terceros que pudieran no disponer de los medios para determinar la índole de los recursos que pudiera ejercer el acreedor garantizado sobre bienes de su común deudor.

63. Por consiguiente, la remisión de todas las cuestiones de ejecución a la ley que rige la relación contractual de las partes exigiría excepciones que amparasen los derechos de terceros, así como las reglas imperativas del foro o de la ley que rige la constitución, oponibilidad y prelación de la garantía.

64. Otra opción sería tratar de conciliar las ventajas de las opciones basadas en la *lex fori* y la ley por la que se rige la prelación. Con arreglo a ese criterio, la

ejecución de una garantía real sobre bienes corporales podría regirse por la *lex fori*, mientras que la ejecución de una garantía real sobre bienes inmateriales se regiría por la misma ley que se aplica a la prelación (véase A/CN.9/631, recomendación 214).

## **9. Reglas y momento aplicable para la determinación de la ubicación**

65. Dado que las reglas generales de derecho internacional privado relativas a las garantías reales sobre bienes corporales y sobre bienes inmateriales se establecen en función de la ubicación de los bienes gravados y la ubicación del otorgante, respectivamente, es fundamental poder determinar con facilidad la ubicación pertinente. Normalmente, se considera que un bien corporal está situado en el lugar en que se encuentra físicamente y no es necesario establecer una regla concreta a ese efecto. Sin embargo, sí existe esa necesidad cuando se trata de determinar la ubicación del otorgante. El domicilio legal y la residencia de una persona natural bien podrían encontrarse en Estados diferentes. Igualmente, una persona jurídica puede tener su oficina central en un Estado diferente del Estado donde se encuentre su principal lugar de negocios o su centro de decisiones.

66. Como ya se indicó, la Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos define la ubicación del otorgante en la forma siguiente: el lugar donde está situado el otorgante es el lugar donde tenga su establecimiento o, cuando el otorgante tenga un establecimiento en más de un Estado, el lugar donde se ejerza su administración central. Cuando el otorgante no tiene establecimiento, se hace referencia a su residencia habitual (véase inciso h) del artículo 5). La Guía define la ubicación del otorgante de la misma manera (véase A/CN.9/631, recomendación 215).

67. Cualquiera que sea el factor de conexión por el que se opte para determinar la regla de derecho internacional privado más apropiada respecto de una cuestión determinada, tras la constitución de una garantía real podría producirse un cambio que modificara ese factor. Por ejemplo, cuando la ley aplicable sea la del tribunal en cuya jurisdicción el otorgante tenga su oficina central, el otorgante podría trasladar posteriormente su oficina central al territorio de otro país. De modo parecido, cuando la ley aplicable sea la del territorio donde estén situados los bienes gravados, puede suceder que esos bienes sean trasladados a otro país. Por ello, es necesario determinar el momento aplicable para la determinación de la ubicación.

68. De no resolverse explícitamente esta cuestión, las reglas generales de derecho internacional privado relativas a la constitución, oponibilidad y prelación de las garantías reales se podrían interpretar en el sentido de que, en caso de que se produzca un cambio en el factor de conexión pertinente, la ley inicialmente aplicable seguirá siendo aplicable a las cuestiones relacionadas con la constitución de la garantía (en vista de que surgieron antes de que se produjera el cambio), mientras que toda nueva ley ulterior se aplicaría a los hechos que se produzcan con posterioridad y que planteen cuestiones relacionadas con la oponibilidad o el orden de prelación. Por ejemplo, de darse una situación en la que la ley aplicable a la oponibilidad de una garantía fuese la ley de la ubicación del otorgante, la oponibilidad de la garantía al administrador de la insolvencia del otorgante se determinaría aplicando la ley del Estado de la nueva ubicación del otorgante en el momento en que se inician los procedimientos de insolvencia.

69. No obstante, si la ley no se pronuncia sobre esas cuestiones puede haber lugar a otras interpretaciones. Se podría entender, por ejemplo, que la ley aplicable ulterior pasara a regular también la constitución de la garantía entre las partes en caso de que se produjera una controversia de prelación con posterioridad al cambio (basándose en el argumento de que todo tercero que negocie con el otorgante debe poder determinar la ley aplicable a todas las cuestiones que puedan surgir, fundándose en el factor de conexión efectivo, que sería el que existía en la fecha de su trato con el otorgante).

70. Por consiguiente, parecería necesario impartir una orientación sobre esas cuestiones a fin de eliminar la incertidumbre, ya que un cambio en el factor de conexión se traducirá en la aplicación de una ley distinta de la que las partes esperaban que se aplicase si la ley del Estado en que se encuentra la nueva ubicación de los bienes o del otorgante tiene una regla diferente de derecho internacional privado. Normalmente, al efecto de determinar la ley aplicable a la constitución de la garantía, la ubicación pertinente es el lugar donde se encuentran el bien gravado o el otorgante en el momento de la constitución de la garantía. A los efectos de determinar la ley aplicable a la oponibilidad y la prelación, la ubicación pertinente es el lugar en que se encuentren en el momento en que se plantea la cuestión (véase A/CN.9/631, recomendación 216).

#### **10. Orden público y reglas imperativas desde una perspectiva internacional**

71. De acuerdo con las reglas de derecho internacional privado generalmente aplicables, el tribunal del foro sólo puede negarse a aplicar la ley determinada en sus reglas de derecho internacional privado cuando el efecto de su aplicación sea manifiestamente contrario al orden público del Estado del foro o cuando tales efectos sean contrarios a disposiciones imperativas de la ley del Estado del foro. El propósito de esa regla es preservar principios fundamentales de justicia del Estado del foro. Por ejemplo, si, en virtud de la ley del Estado del foro, no se puede constituir una garantía real sobre las prestaciones de jubilación y éste es un asunto de orden público o de derecho imperativo en el Estado del foro, éste puede negarse a dar efecto a una disposición de la ley aplicable que reconociese esa garantía. Sin embargo, el Estado del foro no podrá aplicar en cambio su propio derecho a cuestiones de oponibilidad y prelación, a menos que la ley de ese Estado sea la ley aplicable (véase A/CN.9/631, recomendación 218). La justificación de ese enfoque es la necesidad de evitar la incertidumbre con respecto a la ley aplicable a las cuestiones de oponibilidad y prelación. El mismo enfoque se sigue en el párrafo 2 del artículo 23, el párrafo 2 del artículo 30 y el artículo 31 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos. En el párrafo 3 del artículo 11 del Convenio de La Haya sobre valores se sigue igualmente ese criterio.

#### **11. Reglas especiales cuando el derecho aplicable es el de un Estado con varias unidades territoriales**

72. El término “Estado” se refiere en la Guía a un Estado o país soberano. No obstante, se plantea la cuestión de determinar qué ley se aplica cuando la regla de derecho internacional privado acerca de una cuestión determinada remite a un Estado compuesto por más de una unidad territorial, y cada unidad tiene su propio régimen jurídico en relación con la cuestión. Ese podría ser el caso de los Estados federales, en los que el régimen de operaciones garantizadas es, por lo general, de la

competencia de la autoridad legislativa de sus unidades territoriales. Para que las reglas de derecho internacional privado funcionen cuando la ley aplicable es la ley de ese Estado (incluso cuando el foro no sea un Estado compuesto por varias unidades territoriales), es necesario determinar la unidad territorial cuya ley habrá de regir.

73. Normalmente, las referencias a la ley de ese Estado remiten a la ley vigente en la unidad territorial pertinente, determinada sobre la base del factor de conexión aplicable (como la ubicación del bien o la ubicación del otorgante). Por ejemplo, cuando la ley aplicable es la ley de un Estado multiterritorial compuesto por tres unidades territoriales (A, B y C), la remisión a la ley de la ubicación del otorgante como la ley aplicable a una garantía real sobre créditos por cobrar significa que se remite a la ley de la unidad territorial A si el lugar de la administración central del otorgante se encuentra en la unidad territorial A (véase A/CN.9/631, recomendación 219, apartado a)).

74. A fin de mantener la coherencia de las reglas de derecho internacional privado de un Estado multiterritorial, se suele estipular que esas reglas continúan aplicándose, aunque sólo a nivel interno (véase A/CN.9/631, apartado b) de la recomendación 219 y recomendación 220). Utilizando el ejemplo dado en el párrafo anterior, cuando un otorgante esté situado en la unidad territorial A de un Estado multiterritorial, la aplicación de la ley de la unidad territorial B estaría permitida cuando las reglas internas de la unidad A sobre solución de conflictos determinaran que la ley de la unidad B es la ley aplicable. Ese podría ser el caso si las reglas de solución de conflictos de la unidad A previeran (como en la Guía) que la ley de la ubicación del otorgante regula la oponibilidad y la prelación de una garantía real sobre créditos por cobrar, pero definen la ubicación en forma diferente. Si la ubicación del otorgante tal como está definida en la Guía (es decir, el lugar de su administración central) se encuentra en la unidad territorial A pero la ley de esa unidad define la ubicación del otorgante en el sentido de que es la ubicación de su sede central y ésta se encuentra en la unidad territorial B, la oponibilidad y el orden de prelación de la garantía real sobre créditos por cobrar se regirán en tal caso por la ley de la unidad B. Esta parece ser una desviación de la regla general sobre la exclusión de la remisión (véase A/CN.9/631, recomendación 217). Sin embargo, tal “desviación” se limita a la remisión interna, que no incide en la certeza en cuanto a la ley aplicable. En el ejemplo anterior, no se remitiría a una ley distinta de la de la unidad territorial A en caso de que el domicilio legal del otorgante se encontrara en un Estado distinto de aquel del que forma parte la unidad A.

75. Estas reglas se aplican sólo a cuestiones que, en el Estado multiterritorial pertinente, se rijan por las leyes de sus unidades territoriales. No tendrían, en cambio, ningún efecto en un Estado federal cuya constitución establezca que las cuestiones relativas a las operaciones garantizadas se rigen por las leyes federales. Esas reglas no se aplicarían tampoco cuando la ley aplicable fuese la ley del Estado con varias unidades territoriales y jurisdicciones múltiples en las que la aplicación de la remisión pudiera crear inadvertidamente incertidumbres acerca de la ley aplicable.

## **B. Recomendaciones**

*[Nota a la Comisión: La Comisión tal vez desee tomar nota de que, en vista de que en el documento A/CN.9/631 figura un texto consolidado de las recomendaciones del proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas, las recomendaciones no se reproducen en el presente documento. Una vez que se hayan finalizado las recomendaciones, se reproducirán al final de cada capítulo.]*

---