

**Asamblea General**

Distr. limitada
1º de marzo de 2002
Español
Original: inglés

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

Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales)

Primer período de sesiones

Nueva York, 20 a 24 de mayo de 2002

Garantías reales**Proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas****Informe del Secretario General****Adición****Índice**

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
Proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas	1-57	1
IV. Constitución de garantías reales	1-57	2
A. Observaciones generales	1-57	2
1. Introducción	1-3	2
2. Elementos básicos de una garantía real	4-34	2
a. Obligaciones a garantizar	5-16	3
b. Bienes a gravar	17-29	5
c. Producto de los bienes gravados	30-34	7
3. Acuerdo de garantía	35-46	8
a. Definición	35	8
b. Contenido mínimo	36-38	9
c. Formalidades	39-43	9
d. Efectos	44-46	10
4. Requisitos suplementarios	47-54	11
a. Introducción	47	11
b. Derecho del otorgante a disponer de los bienes	48-51	11
c. Transferencia de posesión, publicidad y control	52-54	12
B. Resumen y recomendaciones	55-57	12



IV. Constitución de garantías reales

A. Observaciones generales

1. Introducción

1. Dado que la Guía trata casi exclusivamente de las garantías reales contractuales (los derechos reales de garantía legislativos o judiciales sólo se mencionan de forma marginal, por ejemplo, en el contexto de los conflictos de prelación; véase el capítulo XI), en el presente capítulo se explica la base contractual para la constitución de un derecho real de garantía. Dado que por lo general un contrato no es suficiente para crear una garantía real eficaz, en el presente capítulo se abordan también otros requisitos suplementarios (por ejemplo, la transferencia de la posesión, la publicidad o el control). Antes de examinar el acuerdo de garantía (véase la sección A.3) y los requisitos suplementarios para constituir una garantía real eficaz (véase la sección A.4), en la presente Guía se esbozan los dos elementos básicos, a saber, las obligaciones que deben garantizarse (véase la sección A.2.a) y los bienes que deben gravarse (véase la sección A.2.b).

2. A diferencia de lo que ocurre con la propiedad, que en principio no permite establecer una jerarquía de propietarios, en los derechos reales de garantía no existe tal monopolio. Así, pueden establecerse paralelamente diversas garantías sobre un bien. Esta coexistencia de varios derechos reales de garantía sobre un mismo bien permite al otorgante utilizar plenamente el valor económico del bien. Esta coexistencia de las garantías reales es posible gracias a su jerarquización en función de la fecha en que se realizó un acto (por ejemplo, el de constitución, publicidad o control; sobre las condiciones y los efectos de la jerarquización, véase el capítulo VII).

3. Aun cuando una garantía real se haya creado válidamente, puede ocurrir que no cumpla su función más importante, que es la de asegurar el derecho preferente del acreedor garantizado al patrimonio insolvente del deudor. Esta situación puede darse, por ejemplo, cuando la constitución de un derecho de garantía contravenga las disposiciones del régimen de la insolvencia relativas a la invalidez de las medidas adoptadas por el deudor para enajenar el patrimonio durante el período de sospecha anterior a la apertura de un procedimiento de insolvencia (véanse los detalles en el capítulo X).

2. Elementos básicos de una garantía real

4. Normalmente, la garantía es un elemento accesorio de la obligación garantizada. Esto significa que la validez y las condiciones de la garantía dependen de la validez y de las condiciones de la obligación garantizada. En particular, las condiciones de la garantía no pueden superar a las de la obligación garantizada (pero pueden reducirse si las partes convienen en ello). Este principio ha sido objeto de ciertas restricciones a fin de ajustarse a las prácticas modernas de financiación, que requieren que la garantía mantenga cierta independencia respecto de la obligación garantizada (por ejemplo, en las operaciones de créditos renovados). No obstante, sigue siendo uno de los principales principios del régimen de los créditos garantizados.

a. Obligaciones a garantizar

i. Limitaciones

5. En los países cuya legislación regula únicamente determinados tipos de garantías sin traspaso de la posesión, las obligaciones garantizadas se limitan a las descritas en dicha legislación (por ejemplo, los préstamos para la compra de automóviles o los préstamos para los agricultores).

6. En cambio, tales limitaciones no existen en los países que cuentan con un régimen general para las garantías reales únicamente con o sin desplazamiento de la posesión. Sin embargo, incluso en un régimen uniforme puede ser necesario hacer, por razones prácticas, algunas distinciones funcionales (por ejemplo, a fin de dar prelación a los créditos destinados a las compras esenciales).

7. En aras de la coherencia y de la igualdad de tratamiento de todos los deudores y acreedores garantizados, conviene evitar en lo posible hacer distinciones funcionales entre las obligaciones garantizadas. Sólo habría que introducir o mantener tales regímenes especiales donde, por razones especiales (particularmente la protección social o graves desequilibrios económicos), se considere necesario instituir tal régimen de protección. En cualquier caso, cuando resulten necesarios, estos regímenes especiales deben ser adoptados expresamente por los legisladores y deben quedar fuera de su alcance una gran diversidad de obligaciones.

ii. Tipos de obligaciones

a) Obligaciones monetarias y no monetarias

8. Al igual que en la mayoría de las legislaciones, la Guía parte de la hipótesis de que, en la práctica, las obligaciones garantizadas más importantes son las monetarias. Sin embargo, existen también casos en que se exige el cumplimiento garantizado de obligaciones no monetarias (por ejemplo, para la entrega de mercancías). Este requisito es aceptado en muchos ordenamientos jurídicos, siempre y cuando las obligaciones no monetarias garantizadas puedan convertirse, en el momento de su ejecución, en obligaciones monetarias.

b) Tipos de obligaciones monetarias

9. Desde un punto de vista legislativo, es imposible enumerar exhaustivamente las posibles fuentes de obligaciones monetarias. Además, es innecesario, ya que la fuente jurídica no es pertinente a efectos de la garantía, a menos que haya un régimen especial (por ejemplo, para los préstamos pignoratícios). En toda lista indicativa de tales obligaciones monetarias figurarían normalmente las obligaciones derivadas de préstamos y la adquisición de bienes mediante crédito.

c) Obligaciones futuras

10. La garantía de obligaciones actuales, es decir, las que han nacido simultáneamente con la creación del derecho de garantía, o anteriormente, no plantea particulares problemas. La garantía de obligaciones futuras, es decir, las que nacen después de la creación del derecho de garantía, si bien puede plantear ciertas cuestiones, reviste una gran importancia económica (por ejemplo, para las operaciones de créditos renovables; véase A/CN.9/WP.2/Add.2, párrs. 8 a 10). Para las prácticas comerciales supondría una notable carga que cada prórroga o

incremento de crédito requiriera una correspondiente modificación de la garantía o incluso la constitución de una nueva.

11. Por esta razón, muchos ordenamientos jurídicos reconocen la garantía para las obligaciones futuras. La posible incompatibilidad con el principio del carácter accesorio del derecho de garantía (conforme al cual la validez y las condiciones del derecho de garantía dependen de la validez y de las condiciones de la obligación garantizada) es más aparente que real, ya que, si bien la garantía se crea antes, no surte efecto hasta que nace la obligación garantizada propiamente dicha. En algunos ordenamientos jurídicos se limitan las obligaciones futuras para proteger al deudor. A consecuencia de esas limitaciones, puede ocurrir que el deudor no se beneficie de operaciones como las de créditos renovables.

12. Las obligaciones sujetas a una condición subsiguiente no son obligaciones actuales y, por lo tanto no plantean problemas especiales. Normalmente, las obligaciones sujetas a condiciones anteriores se tratan como obligaciones futuras (véanse los párrafos 10 y 11).

d) Una obligación, varias obligaciones o todas las obligaciones/cantidad máxima

13. En algunos ordenamientos jurídicos debe describirse o fijarse un límite máximo de la obligación garantizada. Se parte de la hipótesis de que la descripción o el límite benefician al deudor. No obstante, los requisitos pueden entrañar la limitación de la cantidad de crédito disponible o el aumento del costo del crédito. Ésta es la principal razón por la que los ordenamientos jurídicos modernos no requieren descripciones concretas y permiten cláusulas que engloban “todas las sumas” o que, al menos, no fijan topes para las obligaciones garantizadas (véanse los párrafos 14 y 16). El acreedor garantizado no puede reclamar más de lo que se le adeuda y, si la obligación está plenamente garantizada, es probable que se ofrezcan al deudor mejores condiciones de crédito.

e) Fluctuación del importe de la obligación

14. Tal como se ha señalado anteriormente (véase el párrafo 10), las operaciones modernas de financiación ya no prevén un pago único sino, muchas veces, anticipos que se abonan en diversos momentos en función de las necesidades del deudor. Esta financiación puede llevarse a cabo mediante una cuenta corriente cuyo saldo fluctúe a diario. Si se redujera el importe de la obligación garantizada cada vez que se efectuara un pago (conforme al principio del carácter accesorio de la garantía), los prestamistas sólo estarían dispuestos a pagar más anticipos si se les diera una garantía suplementaria. Esta consecuencia podría evitarse interpretando de forma razonable la intención de las partes, consistente en determinar el importe de la obligación garantizada mediante el importe (fluctuante) del saldo de la cuenta corriente, sin tener en cuenta un nivel máximo intermedio e inferior.

f) Moneda extranjera

15. El importe de la obligación garantizada puede expresarse en cualquier moneda. En ocasiones, pueden surgir dificultades a la hora de convertir la moneda en la del lugar de pago, en el momento de la ejecución o en caso de insolvencia. La cuestión de la moneda puede dejarse en manos de las partes, conforme a lo que dispongan las leyes pertinentes.

iii. Descripción

16. Normalmente no es necesario hacer una descripción específica de cada obligación garantizada (véase el párrafo 13). No obstante, las obligaciones garantizadas y sus importes deben determinarse o ser determinables cuando resulte necesario (por ejemplo, en el momento de la ejecución a cargo de un acreedor garantizado o de otro acreedor del deudor) sobre la base del acuerdo de garantía.

b. Bienes a gravar

i. Limitaciones

17. Al igual que en los regímenes especiales para determinados tipos de obligaciones garantizadas (véase el párrafo 5), puede haber leyes especiales para tipos concretos de derechos reales sin traspaso de la posesión que introduzcan limitaciones sobre los tipos de bienes que pueden constituirse en garantía. Los activos que no pueden constituirse en garantía son, por ejemplo, los sueldos, las pensiones y los bienes domésticos esenciales (salvo como garantía para obligaciones de pago del precio de compra).

18. A falta de razones de orden público para esos regímenes, debería ser posible constituir una garantía real sobre todos los tipos de bienes, tanto corporales como inmateriales, incluidos los derechos de cobro u otras obligaciones. Como garantía deberían servir incluso las reclamaciones monetarias del deudor frente al acreedor garantizado.

ii. Bienes futuros (incluidos los posteriormente adquiridos)

19. La cuestión de si los bienes futuros pueden gravarse es de gran importancia práctica. Se da un amplio significado al término “futuro”, que abarca los bienes ya existentes en el momento de la celebración del acuerdo de garantía pero que aún no pertenecen al deudor (o de los que el deudor no puede disponer). El concepto de bien “futuro”, abarca también los bienes que, en un determinado momento, ni siquiera existen.

20. En algunos países, las partes pueden convenir en constituir un derecho real sobre un futuro bien del deudor. La enajenación del bien es actual pero sólo es efectiva cuando el deudor pasa a ser el propietario del bien o adquiere de otro modo el derecho a disponer de él. La Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional, aprobada por la Asamblea General el 12 de diciembre de 2001 (“la Convención sobre la Cesión”) sigue este criterio (véase el artículo 8 2) y el artículo 2 a)).

21. Este criterio es importante, en particular para las operaciones de préstamos renovables (véase el párrafo 10). Los bienes a los que se suele aplicar esta técnica son los inventarios, que por naturaleza se venden y se sustituyen, y los créditos, tras cuyo cobro son sustituidos por nuevos créditos. La principal ventaja de este enfoque es que con un acuerdo de garantía es suficiente para constituir una garantía sobre una sucesión de bienes que se ajusten a la descripción enunciada en el acuerdo de garantía. De otro modo, serían necesarios varios actos sucesivos de creación de nuevos derechos de garantía, lo cual incrementaría el costo de la operación. La

misma técnica puede aplicarse también cuando se deba fijar una garantía sobre un determinado bien que deba entregar el deudor o que éste deba adquirir de otra persona.

22. En cambio, en muchos otros ordenamientos jurídicos no se permite la constitución de garantías sobre bienes futuros. Esta prohibición se basa en parte en conceptos técnicos derivados del derecho que rige la propiedad. También se debe al temor de que, al dar mucho margen para la disposición de bienes futuros, se imponga una carga excesivamente onerosa sobre los bienes del deudor, impidiéndole así obtener créditos garantizados suplementarios de otras fuentes (véase el párrafo 26). Además, se puede reducir notablemente la probabilidad de que se satisfagan las reclamaciones de los acreedores no garantizados del deudor.

23. Puede ser difícil ponderar y armonizar debidamente los diversos intereses, en particular si el régimen legal afecta también a las operaciones no comerciales. En un contexto comercial, puede ser excesivo limitar la imposición de toda carga sobre los bienes futuros del deudor a causa de las posibles, aunque inciertas consecuencias negativas para el futuro. Puede ser preferible imponer únicamente limitaciones cuando exista la probabilidad de que se produzcan consecuencias nefastas (por ejemplo, en casos de conflictos con acreedores no garantizados). En caso de producirse tal dilema, la solución óptima consistiría en tratarlo como un problema de prelación (véase el capítulo VII).

iii. Bienes no enunciados expresamente

24. Algunos tipos de bienes, especialmente los de equipo, son estables y no son objeto de enajenaciones y sustituciones frecuentes. Por lo tanto, pueden describirse y detallarse uno a uno. Esto no es posible para otros tipos de bienes, especialmente para los inventarios y, hasta cierto punto, los créditos. Para estas situaciones y otras situaciones comparables, muchos países han elaborado reglas que permiten a las partes enumerar contractualmente los bienes que podrán gravarse como requisito para una enajenación válida, incluso si cambian los distintos elementos (si se enajenan o si se sustituyen de forma ordinaria). El requisito de especificación individual, generalmente requerido, pasa a ser un requisito sobre la totalidad de los bienes, que deben especificarse en su conjunto. Por ejemplo, en el caso de los créditos, basta con identificarlos haciendo referencia a “todos los deudores con iniciales de A a G”. En el caso de un inventario, la identificación suficiente puede ser la siguiente: “todos los bienes almacenados en la sala A de los locales comerciales del deudor”.

25. En algunos ordenamientos jurídicos puede ser suficiente hacer incluso una descripción referida a todos los bienes, actuales y futuros. En otros ordenamientos no se permite constituir una garantía sobre la totalidad de los bienes con respecto a los consumidores o incluso a los pequeños comerciantes.

26. Una cuestión relacionada con la garantía sobre todos los bienes, pero también diferenciada de ella, es la de la constitución de garantías por valor notablemente superior al de la obligación garantizada. De conformidad con el principio del carácter accesorio de los derechos reales, el deudor no se ve perjudicado si el acreedor garantizado no puede materializar o exigir más de lo que corresponda al valor de la reclamación garantizada más los intereses y gastos (y quizá también los daños y perjuicios). No obstante, de lo que se trata es de si una garantía excesiva

vincula los bienes del deudor. En los ordenamientos jurídicos que permiten dar como garantía el mismo bien a más de un acreedor de distinta categoría, este problema no puede plantearse. En los ordenamientos jurídicos en que no sea así, las partes pueden resolver el problema de la constitución de garantías por valor excesivo fijando topes para el valor de la obligación garantizada y, de ser necesario, reduciendo la garantía para que corresponda al valor de la reclamación garantizada.

27. Varios países prevén una forma institucionalizada de garantía general sobre todos los bienes en forma de “hipoteca empresarial”. Uno de esos tipos de hipotecas es la pequeña hipoteca empresarial, que se limita básicamente a los bienes inmateriales, como los nombres comerciales, la clientela o los derechos de propiedad intelectual (véase el artículo 69 de la Ley Uniforme de la OHADA). Dado su alcance limitado, este tipo de hipoteca reviste escasa importancia.

28. En cambio, la gran hipoteca empresarial desempeña un papel fundamental como garantía en los países que la adoptan. Una gran hipoteca empresarial puede englobar todos los bienes muebles de una empresa, tanto corporales como inmateriales, si bien puede limitarse a partes divisibles de una empresa. No abarca los bienes inmuebles, ya que éstos están sujetos a un régimen distinto. Dado que las hipotecas empresariales se diferencian de las hipotecas sobre bienes inmuebles, es necesario aclarar la regulación de los accesorios fijos que pueden quedar sujetos a esas hipotecas.

29. Una gran hipoteca empresarial es comparable a un régimen en que puedan constituirse garantías sobre todos los bienes del deudor. Un aspecto interesante de este tipo de garantía es el hecho de que puede nombrarse un administrador para la empresa no sólo en caso de insolvencia del deudor sino incluso también, en algunos países, al ejecutar la garantía el acreedor garantizado u otro acreedor. El nombramiento de un administrador puede contribuir a evitar la liquidación y a facilitar la reorganización de la empresa de forma beneficiosa para los acreedores, los empleados y la economía en general. Esta característica especial no es exclusiva de las hipotecas empresariales sino que puede preverse en general para los derechos de garantía y las ejecuciones de garantías. Sin embargo, hasta la fecha, la hipoteca empresarial institucional puede ofrecer el medio óptimo para materializar esta idea.

c. Producto de los bienes gravados

i. Definición

30. Cuando se dispone de bienes gravados (o éstos se arriendan o son objeto de licencias) durante el período en que la deuda que garanticen esté pendiente de pago, el deudor puede recibir, a cambio de esos bienes, dinero en efectivo o bienes corporales o inmateriales. En muchos ordenamientos jurídicos este pago se define como el “producto” de la garantía. En algunos casos, el bien gravado original puede generar un producto que el deudor vende o intercambia o del que se desprende a cambio de otros bienes. Esto último es el “producto del producto”.

31. En otras situaciones, el bien gravado puede generar otros bienes para el deudor sin que se produzca ninguna operación. Estos bienes, que en algunos ordenamientos jurídicos se conocen como “producto civil” o “natural”, son, por ejemplo, los intereses o dividendos sobre bienes financieros que sirven de garantía, el producto de seguros, animales recién nacidos y frutos de cultivos. En otros ordenamientos

jurídicos no se hace ninguna distinción entre estos tipos de producto y el producto derivado de las operaciones concertadas por el deudor.

ii. Naturaleza y alcance del derecho del acreedor

32. Cuando, mediante una operación o de otro modo, el deudor obtiene derechos sobre el producto del bien gravado original, se plantean dos cuestiones que deben abordarse en todo régimen jurídico de las garantías reales. La primera cuestión consiste en determinar si el acreedor conserva derechos de garantía sobre un bien gravado que se haya transferido del deudor en la operación que haya generado el producto (esta cuestión se analiza en los párrafos ...).

33. La segunda cuestión se refiere a los derechos del acreedor sobre el producto. Todo régimen legal de las garantías reales debe resolver claramente lo siguiente:

- i) si el acreedor tiene derecho a reclamar el producto;
- ii) las circunstancias en que se plantea esta reclamación;
- iii) el carácter y el alcance (real o personal) de esa reclamación;
- iv) la cuestión de si los bienes deben “identificarse” como producto a fin de ser objeto de un derecho;
- v) el modo en que deben regularse las situaciones en que los bienes gravados originales se mezclan o se funden con otros bienes, concretamente el grado de prelación del derecho del acreedor garantizado frente al que puedan tener otras partes sobre esos otros bienes;
- vi) si esta reclamación nace aun cuando no esté prevista en el acuerdo entre las partes; y
- vii) si debe regularse el “producto del producto” del mismo modo que el producto inicial de los bienes gravados.

34. La justificación del derecho sobre el producto radica en el hecho de que, si el acreedor no obtiene derechos sobre el producto del bien gravado original, disminuirá el valor de los derechos de garantía como fuente de crédito. Por otra parte, si se concede al acreedor garantizado un derecho real sobre el producto del bien gravado se pueden frustrar las expectativas legítimas de las partes que tengan un derecho de garantía sobre el producto como bienes gravados originales, al menos en los ordenamientos jurídicos en que no existe un sistema de publicidad para esos derechos. En los ordenamientos en los que se prevé la publicidad como base para la solución general de todos los conflictos de prelación, esta cuestión no plantea grandes dificultades, al menos mientras existan reglas claras para la localización del producto.

3. Acuerdo de garantía

a. Definición

35. El acuerdo de garantía es el acuerdo concertado entre el acreedor y el deudor o un tercero que aporta una garantía, que constituye (o que es uno de los elementos constitutivos de) un derecho de garantía. Conviene diferenciar el acuerdo de garantía del acuerdo para constituir una garantía en el futuro (por ejemplo, si se

concede un crédito al deudor). El acuerdo de garantía es el único que puede tener consecuencias de derechos reales (los requisitos reales suplementarios se analizan en la sección A.4).

b. Contenido mínimo

36. La legislación fija a menudo el contenido mínimo de un acuerdo de garantía a fin de proteger a las partes. Si no se prevé ese contenido mínimo, la garantía será normalmente nula y sin efecto. Los requisitos mínimos pueden ser los siguientes:

- i) La mención de la identidad de las partes;
- ii) La descripción de la obligación que debe garantizarse;
- iii) La descripción de los bienes gravados;
- iv) La firma manuscrita o electrónica del otorgante de la garantía; y
- v) La fecha del acuerdo, a menos que la fecha se establezca mediante inscripción.

37. Incluso en los ordenamientos en que la legislación no prescribe específicamente este contenido mínimo, un acuerdo de garantía en el que falte uno de los elementos arriba mencionados puede ser considerado nulo y sin efecto.

38. Las partes negocian normalmente cláusulas suplementarias, a fin de aclarar su relación mutua. Desde el punto de vista legislativo, es aconsejable prever reglas supletorias para el caso en que no haya acuerdo específico entre las partes (los efectos previos al incumplimiento se examinan en el capítulo VIII; los efectos posteriores al incumplimiento se analizan en los capítulos IX y X).

c. Formalidades

i. Escrito

39. A fin de promover la certeza en el cumplimiento de los derechos de las partes en el acuerdo de garantía y de los derechos de los terceros, muchos ordenamientos jurídicos exigen que el acuerdo de garantía se celebre por escrito. En particular, si se permite la utilización de medios modernos de comunicación, es muy probable que el requisito sobre la forma escrita no cree problemas de tiempo ni de costo. Puede prescindirse de este requisito para ciertas operaciones, especialmente en los casos de promesas con desplazamientos de posesión, ya que los terceros ya están en cierto modo protegidos con la desposesión del deudor.

ii. Formalidades suplementarias

40. En algunos ordenamientos jurídicos se exige que una autoridad pública certifique la fecha de las promesas con desplazamiento de posesión, salvo para los pequeños préstamos en que se permite incluso la prueba mediante testigos. La ventaja de esta certificación es que contribuye a evitar la inscripción de fechas ficticias, aunque puede resultar un proceso costoso y largo.

41. En otros ordenamientos jurídicos se requiere una fecha certificada de autenticación del acuerdo de garantía para diversos tipos de garantías sin desplazamiento de la posesión (véanse, por ejemplo, los artículos 65, 70, 94 y 101 de la Ley de la OHADA). Si bien en las garantías sin desplazamiento la

certificación es más importante para evitar la inscripción de fechas falsas, no es necesaria cuando la publicidad sea una condición de eficacia frente a terceros o de prelación sobre terceros (véanse los capítulos V y VI).

42. En ordenamientos jurídicos que prevén las hipotecas empresariales (véanse los párrafos 27 a 29), puede requerirse un documento escrito o incluso un documento notarial o documento judicial equivalente. Este requisito puede parecer excesivo, pero se puede justificar por el hecho de que puede facilitar la ejecución.

43. A fin de ahorrar tiempo y gastos, deberían preverse formalidades mínimas. Para las garantías reales sin desplazamiento debería bastar una simple comunicación escrita (también por medios modernos de comunicación). Para las hipotecas empresariales o casos en que el acuerdo de garantía sea un título suficiente para la ejecución, cabe considerar un documento más formal.

d. Efectos

44. Una vez concertado, el acuerdo de garantía pasa a ser inmediatamente eficaz entre las partes, a menos que se acuerde otra cosa. Los requisitos suplementarios difieren de un país a otro. Incluso en un mismo ordenamiento jurídico, la respuesta puede variar para distintos tipos de garantías reales. Además, no está resuelta de manera uniforme la cuestión de los consiguientes efectos sobre los derechos reales.

45. En muchos ordenamientos jurídicos en que los derechos reales son únicamente los que pueden hacerse valer frente a todas las personas, el acuerdo de garantía no basta por sí solo para constituir un derecho de garantía. En otros ordenamientos jurídicos en que se hace la distinción entre efectos sobre los derechos reales entre las partes y frente a los terceros, el acuerdo de garantía es suficiente para constituir un derecho de garantía pero, en caso de que haya varias partes reclamantes, tendrá prelación la parte que haya cumplido la primera un requisito suplementario. En ambas categorías de ordenamientos jurídicos, además del acuerdo de garantía se requiere un acto como la entrega de la posesión, la publicidad o el control. En algunos países se han previsto excepciones para esta regla con miras a la retención y la transferencia de la titularidad.

46. Cuando se requiera el desplazamiento de la posesión, puede bastar una transferencia ficticia mediante un acuerdo suplementario (de depósito o de garantía) que superponga a la posesión directa del deudor la posesión indirecta del acreedor (*constitutum possessorium*). Lo mismo cabe prever en situaciones en que, en caso de venta o arrendamiento con crédito el vendedor o el arrendador mantengan la titularidad hasta que se haya pagado íntegramente el precio de venta o el alquiler. El mantenimiento de la titularidad por parte del vendedor o del arrendador significa que, al abonarse el precio de compra y al cumplirse toda obligación garantizada suplementaria, la titularidad pasa al comprador. En los países en que la titularidad queda absorbida por un derecho de garantía general y uniforme, se sigue otro enfoque. La titularidad es transferida al comprador conforme a las reglas ordinarias, pero el vendedor conserva un derecho de garantía a fin de asegurarse el pago del precio de compra (o el cumplimiento de obligaciones suplementarias).

4. Requisitos suplementarios

a. Introducción

47. Tal como se ha mencionado ya (véase el párrafo 45), en muchos ordenamientos jurídicos la concertación de un acuerdo de garantía válido no basta de por sí para crear una garantía real válida y eficaz. Normalmente deben cumplirse requisitos suplementarios para que la garantía real sea eficaz frente a terceros (o para que goce de prelación sobre el derecho de otras partes reclamantes). En los países que no reconocen efectos de derechos reales únicamente entre las partes en el acuerdo de garantía, no puede materializarse ninguno de esos derechos antes de que se cumplan estos requisitos suplementarios.

b. Derecho del otorgante a disponer de los bienes

48. El otorgante de una garantía (normalmente el deudor y, en casos excepcionales, un tercero) debe tener el derecho a constituir una garantía. En algunos ordenamientos jurídicos, el otorgante tiene que ser el propietario de los bienes que se gravan. En otros ordenamientos, basta con que el otorgante esté facultado para disponer de los bienes aun cuando no sea el propietario de éstos. Con respecto a los bienes futuros, es suficiente que el otorgante pase a ser el propietario u obtenga la facultad para disponer de los bienes ulteriormente (véanse los párrafos 20 y 21).

49. Cuando el otorgante no tiene derecho o no está facultado para disponer de los bienes, se plantea la cuestión de si el acreedor garantizado puede, aún así, adquirir la garantía de buena fe. En algunos ordenamientos jurídicos, el acreedor adquiere el derecho de garantía si la buena fe subjetiva está respaldada por elementos objetivos, como el hecho de que el acreedor haya otorgado crédito al deudor o esté dispuesto a hacerlo, o de que el otorgante figure inscrito como propietario o conserve la posesión o la transfiera al acreedor.

50. La legislación a este respecto a menudo regula la cuestión conexa de la validez y del efecto de las restricciones contractuales impuestas a la enajenación de los bienes. En algunos países prevalece la necesidad de mantener la libertad del deudor para enajenar los bienes, en particular si el acreedor a cuyo favor se haya constituido la garantía desconoce la cláusula restrictiva. La Convención sobre la Cesión sigue un criterio similar y apoya la transferibilidad de una reclamación en aras del comercio. En virtud del artículo 9 de la Convención, una cesión es eficaz pese a una restricción contractual de la cesión, y el mero conocimiento de la existencia de tal restricción no es suficiente para declarar resuelto el contrato del que se derive el crédito cedido. La parte en cuyo favor se haya convenido la promesa negativa o la cláusula de intransferibilidad puede tener libertad para reclamar daños y perjuicios de la otra parte contratante por incumplimiento de la cláusula contractual restrictiva si tal reclamación existe en virtud del derecho aplicable al margen de la Convención. No obstante, esta reclamación no podrá presentarse contra el cesionario por vía de la compensación (véase el párrafo 3 del artículo 18).

51. Este enfoque promueve la concesión de crédito garantizado, ya que libera al acreedor de la obligación de examinar el contrato del que haya nacido el crédito cedido, a fin de asegurarse de si la transferencia del crédito se ha prohibido o está sujeta a condiciones. De no ser así, los proveedores de fondos deberían examinar un

gran número de contratos, lo cual podría resultar muy costoso o incluso imposible (por ejemplo, en el caso de los créditos futuros).

c. Transferencia de posesión, publicidad y control

52. Los métodos para producir efectos de derechos reales (o para establecer la prelación sobre los derechos de otras partes reclamantes) varían de un país a otro, e incluso en cada país, según el tipo de garantía de que se trate. Existen tres métodos principales para constituir un derecho de garantía eficaz frente a todas las personas (si bien, como se menciona más arriba, en algunos países se hace una distinción entre los efectos de derechos reales entre las partes y este tipo de efectos frente a terceros).

i. Transferencia de la posesión

53. El compromiso de posesión se crea mediante acuerdo y transferencia de la posesión del bien al acreedor. La posesión debe transferirse al acreedor garantizado o al tercero convenido que suela actuar como representante del acreedor, y este acreedor o tercero deben conservar la posesión. También se prevén las transferencias ficticias de posesión (véase el párrafo 46), pero no son necesarias en los ordenamientos jurídicos que admiten los compromisos sin desplazamiento. La posesión también puede transferirse entregando títulos negociables o documentos, con un endoso si es necesario en virtud del derecho que rija los títulos negociables.

ii. Publicidad o control

54. Con excepción de los casos en que el acuerdo de garantía es suficiente para crear una garantía real, para la constitución de derechos de garantía sin desplazamiento de la posesión y para su eficacia frente a terceros (o para la prelación sobre los derechos de otras partes reclamantes) se requiere alguna forma de publicidad o de control. La publicidad o el control puede ser también un requisito para la eficacia frente a terceros o para la prelación (en los capítulos V y VI se examinan en detalle las formas, las funciones y los efectos de la publicidad).

B. Resumen y recomendaciones

55. En un régimen moderno aplicable a los créditos garantizados debería ser posible garantizar todos los tipos de obligaciones, incluidas las obligaciones futuras, y otorgar garantías sobre todos los tipos de bienes, incluidos aquellos que el deudor no pueda enajenar o que no existan en el momento de constituirse la garantía real.

[Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si conviene prever excepciones a esta regla. Además, el Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar las ventajas y desventajas comparativas de un régimen en que puedan otorgarse garantías sobre todos los bienes de cualquier deudor, deudor comercial o sólo de empresas.]

56. El acreedor garantizado debe también gozar de un derecho sobre un producto fácilmente identificable.

[Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar la naturaleza y el alcance del derecho sobre el producto. En particular, cabría tratar cuestiones como la de si el derecho sobre el producto es un derecho personal o real,

de si este derecho goza de la misma prelación con respecto a los derechos de otras partes reclamantes, el derecho de garantía real sobre los bienes gravados, y la cuestión de si el derecho sobre el producto abarca también el producto del producto.]

57. El acuerdo de garantía debe figurar por escrito, y en esta forma escrita deben entrar también los medios modernos de comunicación. En el acuerdo debería especificarse la identidad de las partes y deberían describirse razonablemente el bien gravado y la obligación garantizada.

[Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar también si es conveniente prever excepciones a la regla sobre la forma escrita. Tal vez desee examinar también otros posibles requisitos mínimos para el contenido del acuerdo de garantía, así como el efecto de dicho acuerdo y todo requisito suplementario para la constitución de un derecho de garantía real.]