



Asamblea General

Distr. limitada
5 de noviembre de 2002*
Español
Original: inglés

**Comisión de las Naciones Unidas para
el Derecho Mercantil Internacional**
Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales)
Segundo período de sesiones
Viena, 17 a 20 de diciembre 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	1-75	1
IV. Constitución de garantías reales	1-75	2
A. Observaciones generales	1-70	2
1. Introducción	1-3	2
2. Elementos básicos de una garantía real	4-47	2
a) Obligaciones a garantizar	4-15	2
b) Bienes gravables	16-35	5
c) Producto de los bienes	36-47	10
3. Acuerdo de garantía	48-60	12
a) Definición y funciones	48-50	12
b) Partes	51	12
c) Contenido mínimo	52-53	13
d) Formalidades	54-58	13
e) Efectos	59-60	14
4. Requisitos del carácter real	61-70	14
a) Dominio o derecho de disposición	61-65	14
b) Transferencia de la posesión, control, notificación y publicidad ..	66-70	15
B. Resumen y recomendaciones	71-75	16

* Este documento se presenta sólo seis semanas antes del comienzo de la reunión, en vez de las diez reglamentarias, debido a la necesidad de concluir consultas y de ultimar las consiguientes modificaciones.



IV. Constitución de garantías reales

A. Observaciones generales

1. Introducción

1. El presente capítulo trata de las cuestiones relativas a la forma contractual de constituir una garantía real (los derechos reales de garantía establecidos por ley o por decisión judicial sólo se mencionan en relación con problemas de prelación; véase el documento A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.7, párrs. 33 a 39). Dado que, por lo general, el acuerdo de las partes no es suficiente para crear una garantía real, en el presente capítulo se examinan los demás requisitos de carácter real, tales como la transferencia de la posesión, la notificación, la publicidad o el control. En la presente Guía, antes de examinar las cuestiones relativas al acuerdo de garantía (véase la sección A.3) y los requisitos suplementarios para constituir una garantía real eficaz (véase la sección A.4), se esbozan los dos elementos esenciales de ambos, 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. El momento en que se celebra el acuerdo de garantía o en que se concluye un acto adicional tiene importancia para la clasificación de las garantías sobre el mismo bien (para las condiciones y efectos de la clasificación véase el documento A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.7). A diferencia de lo que ocurre con la propiedad, que en principio no permite establecer una jerarquía de diversos propietarios, varios derechos reales de garantía pueden clasificarse y, por lo tanto, pueden gravar simultáneamente un mismo bien. Esta coexistencia permite al deudor o al otro otorgante utilizar plenamente el valor económico del bien.

3. Aun cuando una garantía real esté debidamente constituida, puede ocurrir que no cumpla su función más importante, que es asegurar su prelación en caso de insolvencia del deudor. Esta situación puede darse, por ejemplo, cuando la constitución del derecho real de garantía haya infringido la prohibición establecida en el régimen de insolvencia de realizar transferencias preferentes en el período de sospecha que precede a la apertura del procedimiento de insolvencia o contravenga las normas vigentes sobre transferencias fraudulentas (véanse los detalles en el documento A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.5).

2. Elementos básicos de una garantía real

a) Obligaciones a garantizar

i) Relación entre la garantía y la obligación garantizada

4. Una garantía real es accesorio, o dependiente de la obligación garantizada. Esto significa que la validez y las condiciones del acuerdo de garantía dependen de la validez y de las condiciones del acuerdo que haya creado la obligación que se garantiza. En particular, las condiciones de la garantía (por ejemplo, su monto) no pueden superar las condiciones de la obligación garantizada (pero se pueden reducir si las partes están de acuerdo). A fin de incorporar las formas modernas de financiación (por ejemplo, las operaciones de crédito renovable), la obligación garantizada no necesita ser específica sino que puede comprender obligaciones futuras y obligaciones de monto fluctuante (véanse los párrafos 9 a 15). En aquellos

países en que la retención de la titularidad no está asimilada al derecho real de garantía, el principio del carácter accesorio de este derecho no rige las garantías reales basadas en la titularidad (véase el documento A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.2, párrs. 29 a 42). En esos casos, la posición del acreedor es más firme porque para ejecutar su derecho no necesita probar el monto exigible de la obligación garantizada. Sin embargo, el deudor puede exigirle la devolución de toda suma excedentaria obtenida por encima del monto de la deuda.

ii. Limitaciones

5. En algunos países las garantías sin desplazamiento sólo pueden existir respecto de determinados tipos de obligaciones previstas en la legislación (por ejemplo, los préstamos para la compra de automóviles o los préstamos para agricultores). En cambio, estas limitaciones no existen en otros países que cuentan con un régimen general para las garantías reales con desplazamiento únicamente o incluso sin desplazamiento. Este criterio tan amplio puede ampliar los principales beneficios de una financiación garantizada (por ejemplo, una mayor disponibilidad de crédito con un costo inferior) para las partes en una gran variedad de operaciones. En la medida en que no se establezcan estas limitaciones o distinciones de las obligaciones garantizadas, este criterio también puede aumentar la certeza.

6. En aras de la certeza, la coherencia y la igualdad de trato de todos los deudores y acreedores garantizados, conviene evitar en lo posible la existencia de regímenes especiales que regulen diversos tipos de obligaciones. En las situaciones en que se considere necesario instituir estos regímenes especiales por razones socioeconómicas especiales, deberían ser establecidos de forma específica por el legislador nacional y no impuestos para una gran variedad de obligaciones. Estos regímenes especiales pueden referirse, por ejemplo, a las obligaciones de pago de saldo del precio de venta garantizado con una retención de titularidad, que generalmente recibe prelación debido a la importancia de estos créditos para la economía (véase el documento A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.2, párr. 36, y el documento A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.5, párr. 12).

iii. Variedad de obligaciones

a) Obligaciones monetarias y no monetarias

7. Siguiendo el ejemplo de la mayoría de las legislaciones nacionales, la Guía parte de la hipótesis de que, en la práctica, las obligaciones garantizadas más importantes son las monetarias pero la Guía también toma en cuenta la reconocida necesidad de que se pueda garantizar el cumplimiento de obligaciones no monetarias (por ejemplo, la entrega de mercaderías). Pero a fin de que se pueda ejecutar con el bien gravado la obligación no monetaria debe ser convertible a una obligación monetaria en el momento de su ejecución.

b) Tipos de obligaciones monetarias

8. No es posible ni necesario enumerar exhaustivamente en la legislación las posibles fuentes de obligaciones monetarias que se pueden garantizar. Existe una gran variedad de fuentes posibles y, de todas formas, la fuente jurídica no es pertinente a menos que haya un régimen especial para la garantía en tipos concretos de obligaciones (por ejemplo, para los préstamos pignoratícios). En toda lista

indicativa de tales obligaciones monetarias figurarían normalmente las obligaciones derivadas de préstamos y la compra de bienes, como existencias y equipo financiada con crédito.

c) Obligaciones futuras

9. Los ordenamientos jurídicos pueden diferir respecto de la distinción entre obligaciones “existentes” y “futuras” o “eventuales”. En algunos sistemas, una obligación es futura cuando no es exigible. En otros ordenamientos, la obligación es futura cuando el contrato del que se derive no ha sido celebrado en el momento en que se transfiere o se grava (véase el párrafo b) del artículo 5 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional; en adelante, “la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos”). El primer criterio tiene por objeto aumentar la certeza y la protección del deudor, mientras que el segundo, en interés de la economía en general, está destinado a validar las operaciones relativas a obligaciones futuras. Estas operaciones que garantizan obligaciones futuras revisten una gran importancia económica (por ejemplo, los préstamos renovables; véase el documento A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1, párrs. 21 a 23). Si cada prórroga o aumento del crédito requiriera la modificación de la correspondiente garantía, o incluso la constitución de una nueva, esto sería perjudicial para la disponibilidad y el costo de los créditos.

10. Por esta razón, los ordenamientos jurídicos modernos aceptan la garantía sobre obligaciones futuras. La posible incompatibilidad con el principio de la accesoriedad del derecho real, de garantía (véase el párrafo 4) es más aparente que real ya que, si bien el derecho real puede constituirse con anterioridad no se puede ejercer mientras no haya nacido la obligación garantizada. A fin de proteger a los deudores de un endeudamiento excesivo, algunos ordenamientos jurídicos fijan un límite máximo de valor garantizable de las obligaciones futuras. Una posible desventaja de este criterio es que no permitiría al deudor beneficiarse de ciertas operaciones, como por ejemplo los préstamos renovables (véase también el párrafo 13).

11. Las obligaciones sujetas a una condición subsiguiente son obligaciones existentes y, por lo tanto, no plantean problemas especiales. Las obligaciones sujetas a una condición precedente se tratan normalmente como obligaciones futuras (véanse los párrafos 9 y 10).

iv) Descripción

a) General

12. Normalmente no es necesario hacer una descripción específica de cada obligación garantizada, pero la obligación garantizada debe estar determinada o debe poder determinarse mediante el acuerdo de garantía cuando resulte necesario, por ejemplo, al ejecutar la garantía el acreedor garantizado u otro acreedor del deudor.

b) Importe máximo

13. En algunos ordenamientos jurídicos es necesario que en el acuerdo de las partes se describa concretamente la obligación garantizada o se le fije un límite máximo. Se presume que tal descripción o límite benefician al deudor, ya que lo protegerán del exceso de endeudamiento y le dejarían la opción de obtener crédito adicional de otra parte. No obstante, esos requisitos pueden provocar la limitación del importe del crédito disponible y, en consecuencia, aumentar su costo. Ésta es la principal razón por la que muchos ordenamientos jurídicos no requieren descripciones concretas y permiten cláusulas que engloben “cualquier suma” o que, al menos, no limiten el importe máximo de las obligaciones garantizadas (véanse también los párrafos 10 y 14). Este criterio parte de la presunción de que el acreedor garantizado no puede reclamar más de lo que se le debe y de que cuando la obligación está garantizada en su totalidad, es probable que al deudor se le ofrezcan mejores condiciones de crédito (véase también el documento A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.5, párrs. 35 a 37, y el documento A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.6, párrs. 11 y 12).

c) Fluctuación del importe de la obligación

14. Tal como se ha señalado anteriormente (véase el párrafo 9 y el documento A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1, párrs. 21 a 23), las operaciones modernas de financiación ya no suelen prever un pago único sino, muchas veces, anticipos que se abonan en diversos momentos en función de las necesidades del deudor. Este tipo de 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) el prestamista sólo estaría dispuesto a entregar otro anticipo si se le diera una garantía suplementaria. Por lo tanto, la legislación debe reconocer las garantías de futuros anticipos.

f) Importe en moneda extranjera

15. El importe de la obligación garantizada puede expresarse en cualquier moneda. En ocasiones pueden surgir dificultades para realizar la conversión a la moneda del lugar de pago, o problemas de ejecución o de insolvencia. Esta cuestión puede resolverse por acuerdo de las partes. Pero en aras de la certeza, una ley de operaciones garantizadas debería establecer que, salvo acuerdo en contrario, el importe de la obligación garantizada debería convertirse a la moneda nacional.

b) Bienes gravables**i) Objeto del derecho real de garantía**

16. El objeto del derecho real de garantía es el dominio (titularidad) del bien gravado (incluidos los bienes futuros; véase el párrafo 61), que tiene el deudor o (en los casos en que la garantía la ofrece un tercero) el garante. En el caso de un derecho real de garantía sobre un crédito por cobrar, lo que se grava es la titularidad o el dominio del garante sobre dicho bien. Pero también es posible gravar otro derecho real, como por ejemplo, el derecho de uso y goce o el arrendamiento. En tales casos, el derecho del acreedor garantizado tiene la misma limitación que el

derecho gravado de uso y goce o el de arrendamiento y está supeditado a los derechos de rango superior del titular del dominio.

ii) Limitaciones

17. Al igual que en los regímenes especiales para determinados tipos de obligaciones garantizadas (véase el párrafo 5), las normas especiales que rigen determinados tipos de garantías reales sin desplazamiento introducen limitaciones respecto del tipo de bien que puede constituirse en garantía. Los bienes que no se pueden gravar en absoluto o que sólo se pueden gravar con limitaciones (por ejemplo, un valor mínimo que no se puede gravar) pueden ser, por ejemplo, los sueldos, las pensiones y los enseres domésticos de primera necesidad (salvo en garantía del pago de su precio de venta).

18. Cuando no haya razones de orden público para establecer un régimen especial, debería permitirse la constitución de una garantía real sobre todos los tipos de bienes, corporales o inmateriales, tales como los créditos por cobrar y otros activos, incluidas las contrademandas que tenga el deudor frente al acreedor garantizado.

iii) Bienes futuros

19. La cuestión de si los bienes futuros pueden gravarse es de gran importancia práctica. El término “futuros” abarca los bienes ya existentes en el momento de la celebración del acuerdo de garantía pero que no pertenecen al deudor (o de los que el deudor no puede disponer). También abarca los bienes que en ese momento todavía no existen. En ambos casos se presume que tales bienes son gravables.

20. En muchos países, las partes pueden convenir la constitución de un derecho real de garantía sobre un bien futuro del deudor. Es un acto de disposición actual, pero que sólo se adquiere eficacia cuando el deudor se convierte en propietario del bien u obtiene de algún modo el derecho a disponer de él. La Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos adopta este criterio (véanse el párrafo 2 del artículo 8 y el apartado a) del artículo 2).

21. Es importante permitir el uso de bienes futuros como garantía de un crédito, especialmente para garantizar reclamaciones derivadas de préstamos renovables (véanse los párrafos 9 y 10) gravando un conjunto de bienes rotatorios. Los bienes a los que se aplica generalmente este método son las existencias inventariadas, que por su carácter se van vendiendo y renovando, y los créditos por cobrar que una vez cobrados se reemplazan por otros nuevos. La principal ventaja de este criterio es que un acuerdo de garantía puede cubrir un conjunto cambiante de bienes que se ajustan a la descripción enunciada en el acuerdo de garantía. De no ser así, serían necesarios actos sucesivos de constitución de nuevas garantías, lo cual incrementaría el costo de la operación.

22. En algunos países, los bienes futuros no se pueden utilizar como garantía. Este criterio se basa principalmente en conceptos técnicos del derecho de propiedad (lo que no existe no puede ser transferido ni gravado). También se debe al temor de que el hecho de permitir la amplia disposición de los bienes futuros pueda provocar un exceso de endeudamiento y que el deudor termine dependiendo excesivamente de un acreedor y no pueda obtener un crédito garantizado adicional de otras fuentes (véase el párrafo 26). Otra de las razones por las que no conviene permitir la constitución de garantías reales sobre bienes futuros es que los acreedores no

garantizados del deudor podrían ver considerablemente reducida la posibilidad de cobrar sus créditos.

23. No deben invocarse nociones técnicas del régimen de propiedad para obstaculizar la necesidad práctica de recurrir a bienes futuros como garantía para obtener crédito. Además, los deudores comerciales pueden proteger sus propios intereses y no necesitan limitaciones legales de la transferibilidad de los bienes futuros. Por otra parte, los acreedores no garantizados pueden estar protegidos por normas adecuadas de prelación. Estas normas pueden establecer, por ejemplo, que en caso de un conflicto de prelación entre un acreedor que tiene un derecho real de garantía sobre todos los bienes de un deudor y los acreedores no garantizados, una parte de los bienes del deudor puede destinarse a satisfacer a dichos acreedores (véanse los párrafos 26 y 32, así como el documento A/AC.9/WG.VI/WP.6/Add. 5, párrs. 26 a 28).

iv) Bienes no identificados específicamente

24. Algunos tipos de bienes, especialmente los de equipo, son estables y no es frecuente que sean objeto de disposición y sustitución. Por lo tanto, pueden describirse y detallarse individualmente. Sin embargo, esto no es posible para otro tipo de bienes, especialmente para las existencias y, hasta cierto punto, los créditos por cobrar. Para estos casos muchos países han elaborado normas que permiten a las partes describir sólo de forma general los bienes que se han de gravar. La identificación específica que se requiere generalmente pasa de los bienes individuales a un conjunto, que a su vez debe ser identificado específicamente. Por ejemplo, en el caso de los créditos por cobrar, basta con identificarlos mencionando “todos los deudores de la A a la G”. En el caso de las existencias inventariadas, una identificación suficiente puede ser “todos los bienes almacenados en la sala A del establecimiento comercial del deudor”.

25. En algunos ordenamientos jurídicos incluso basta con una descripción que mencione todos los bienes actuales y los futuros (por ejemplo “todos los bienes que actualmente poseo y los bienes que adquiera en el futuro”). En alguno de estos ordenamientos los consumidores, o incluso los pequeños comerciantes, no pueden constituir una garantía de este tipo sobre la totalidad de sus bienes.

26. Una cuestión relacionada con la garantía sobre todos los bienes, pero que se distingue de ella, es la de la garantía excesiva que se da cuando el importe de la garantía es notablemente superior al de la obligación garantizada. Si bien el acreedor garantizado sólo puede reclamar su crédito más los intereses y costas (y quizás los daños y perjuicios), la garantía excesiva puede crear problemas. Los bienes del deudor pueden estar tan gravados que le resulte difícil, o imposible, obtener de otro acreedor una garantía de segundo grado. Además, la ejecución de los créditos comunes puede resultar imposible, o al menos más difícil. Las garantías reales basadas en la titularidad presentan el mismo problema. Una solución que han encontrado los tribunales de algunos países es declarar nulo el exceso de garantía o conceder al deudor un recurso para liberar la garantía excedente (véanse los párrafos 23 y 32, así como el documento A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add. 5, párrs. 26 a 28). Esta solución podría funcionar en la práctica, siempre que se otorgue al acreedor garantizado un margen comercialmente adecuado.

v) Hipoteca de establecimiento mercantil y cargas flotantes

27. En algunos países, la garantía general sobre todos los bienes adopta la forma de una hipoteca de establecimiento mercantil o de cargas flotantes. Un ejemplo de esta hipoteca es la hipoteca de un pequeño establecimiento mercantil que se limita esencialmente a bienes inmateriales, tales como el nombre comercial, la clientela o los derechos de propiedad intelectual (véase artículo 69 de la Ley Uniforme de la OHADA). Por su alcance limitado, esta hipoteca reviste escasa importancia.

28. En cambio, en algunos países la hipoteca de grandes establecimientos mercantiles desempeña un papel importante como garantía. La hipoteca de un gran establecimiento mercantil puede comprender todos los bienes muebles de una empresa, sean corporales o inmateriales, aunque puede estar limitada a las partes divisibles de la empresa. Generalmente no comprende los bienes inmuebles, ya que éstos se rigen por un régimen distinto (respecto de los accesorios fijos, véanse los párrafos 34 y 35).

29. El aspecto más importante de la hipoteca de un establecimiento mercantil es que la empresa deudora tiene la facultad de disponer de los bienes gravados en el curso ordinario de los negocios y que la garantía se traslada automáticamente al importe resultante de la disposición del bien. En la mayoría de los ordenamientos jurídicos se admite esta facultad de disponer de los bienes gravados sin que afecte al derecho real de garantía. Pero en algunos ordenamientos jurídicos la disposición de los bienes gravados realizada por el deudor, aunque sea con la autorización del acreedor, se considera incompatible con la idea de una garantía real. En algunos de estos ordenamientos jurídicos la jurisprudencia inventó la idea de una carga “flotante”, que no es más que un posible derecho de propiedad que permite a la empresa deudora disponer de los bienes en el curso normal de los negocios. A partir del momento en que el deudor está en quiebra no puede disponer de los bienes, momento en que la carga flotante “se cristaliza” para convertirse en una carga “fija” de plena efectividad.

30. Una ventaja interesante de la hipoteca de grandes establecimientos mercantiles es que cuando el acreedor garantizado la ejecuta o cuando la ejecuta otro acreedor se puede nombrar un administrador para la empresa. Esto puede ayudar a evitar la liquidación y a facilitar la reorganización de la empresa, con un efecto favorable para los acreedores, la mano de obra y la economía en general. Pero en la práctica los administradores nombrados por el acreedor garantizado pueden favorecer a éste. Es un problema que se mitiga en parte cuando al administrador lo nombra el tribunal o alguna otra autoridad.

31. No obstante, en la práctica la hipoteca de grandes establecimientos mercantiles presenta otras desventajas. Una de ellas es que el acreedor garantizado generalmente es o se transforma en el prestamista principal o exclusivo de la empresa. Aunque la competencia de otro prestamista que ofrezca mejores condiciones no está necesariamente excluida, no es una situación, en principio, conveniente. Otra desventaja es que, en la práctica, el acreedor hipotecario no suele vigilar debidamente las actividades comerciales de la empresa ni participar activamente en el procedimiento de reorganización, ya que su crédito está ampliamente asegurado.

32. A fin de contrarrestar la posición extremadamente fuerte del acreedor hipotecario, la empresa deudora puede conseguir la devolución de todo excedente sustancial (véase párrafo 26). Siguiendo el ejemplo de algunos países, también se

puede considerar la posibilidad de disminuir la prelación de la hipoteca en el caso de insolvencia de la empresa (véanse los párrafos 23 y 26, así como el documento A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add. 5, párrs. 26 a 28).

33. En un sistema moderno de operaciones garantizadas que admita una garantía sobre todos los bienes de un deudor comercial (sean personales o societarios) no hay necesidad de conservar la estructura particular ni la terminología de una “hipoteca de establecimiento mercantil” o de una “carga flotante”. Lo que es importante es conservar las características funcionales de estas instituciones. Esto significa que podría constituirse una garantía real sin desplazamiento sobre todos los bienes de un deudor, y que el deudor podría conservar el derecho a disponer de los bienes gravados en el curso ordinario de los negocios.

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez podría examinar si en caso de ejecución de un derecho real de garantía sobre todos los bienes de un deudor convendría que el tribunal u otra autoridad nombrara un administrador.]

vi) Accesorios fijos

34. Los accesorios son bienes muebles, especialmente el equipo, adheridos a la propiedad inmueble. Esta adhesión plantea la cuestión de determinar si los accesorios se rigen por las normas aplicables a los bienes muebles (y se preservan sus derechos singulares) o si pasan a regirse por las normas aplicables a los bienes inmuebles (y sus derechos singulares se extinguen). En muchos países, los accesorios o pertenencias que no pueden separarse fácilmente de la cosa pasan a ser regidos por las disposiciones de la propiedad inmueble y todo derecho singular previo de dicho accesorio o pertenencia puede extinguirse (que el titular de ese derecho tenga derecho a ser indemnizado es una cuestión aparte). La determinación de que un accesorio pueda separarse fácilmente de la cosa responde a distintos criterios, tales como la dificultad técnica o el costo (en comparación con el valor del accesorio).

35. En esos países, los accesorios que se pueden separar fácilmente del bien inmueble al que están físicamente unidos no pasan a regirse por las normas de la propiedad inmueble cuando el propietario del accesorio y el propietario del bien inmueble son personas distintas. Esta norma se aplica a un proveedor que ha retenido el título de determinado accesorio (generalmente equipo) y se debería aplicar a los demás acreedores garantizados que han entregado dinero para la compra del bien gravado (“acreedores del dinero de compra con garantía”). De otra forma, los acreedores de dinero de compra que tienen garantía perderían sus derechos y habría un enriquecimiento ilícito del titular del dominio o del titular de la hipoteca sobre el inmueble. Este criterio no frustraría las expectativas legítimas de terceros cuando la retención del título sobre dichos accesorios se pudiera inscribir en un registro, cosa que ya es posible en muchos países.

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo quizás desee hacer extensivo a los titulares de derechos reales que garantizan el dinero para la compra de accesorios el derecho a inscribirlos en un registro nacional. Con ello se impediría la “expropiación” de los derechos reales de garantía sobre los accesorios y el enriquecimiento ilícito del titular de la hipoteca inmobiliaria.]

c) Producto de los bienes

i) Introducción

36. En caso de que los bienes gravados sean enajenados (o arrendados o dados en licencia) durante el período en que la deuda que garantizan está pendiente de pago, el deudor puede recibir, a cambio de esos bienes, dinero en efectivo, bienes corporales (es decir, mercaderías o títulos negociables) o bienes inmateriales (es decir, créditos por cobrar u otros activos). Muchos ordenamientos jurídicos entienden que este dinero o estos bienes corporales o inmateriales son el “producto” del bien gravado. En algunos casos, el bien inicialmente gravado puede generar un producto que, a su vez, genera otro producto cuando el deudor vende, cambia o dispone de otra forma del producto originario a cambio de otro bien. Este producto se denomina “producto del producto”.

37. En otros casos, el bien gravado puede generar otro bien de propiedad del deudor, incluso sin que se realice ninguna operación. En algunos ordenamientos jurídicos, la propiedad generada de esta forma por el bien gravado se denomina “frutos civiles” o “frutos naturales”. Se trataría, por ejemplo, de los intereses o dividendos de los activos financieros, producto del seguro, animales recién nacidos y frutas o cosechas.

38. En algunos ordenamientos jurídicos, los frutos y productos civiles o naturales se distinguen claramente y están regulados por normas diferentes. Para justificar este criterio se suele mencionar lo difícil que es identificar el producto y la necesidad de proteger los derechos de los terceros sobre ese producto. En otros ordenamientos jurídicos, no se distingue entre los frutos y productos civiles o naturales, que se rigen por las mismas normas. Para justificar este criterio se menciona la dificultad de distinguir entre los frutos civiles o naturales, y el hecho de que ambos deriven y reemplacen a los bienes gravados o puedan afectar su valor.

39. Un ordenamiento jurídico que regule las garantías reales debe tratar dos cuestiones distintas relativas al producto y a los frutos civiles o naturales (en adelante denominados colectivamente “producto”, salvo indicación en contrario). La primera cuestión es si el acreedor garantizado retiene el derecho real de garantía cuando la posesión del bien gravado se transfiere del deudor a un tercero mediante la operación que genera el producto (véase un análisis de este tema en el documento A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.7, párrs. 26 a 32).

40. La segunda cuestión se refiere a los derechos del acreedor sobre el producto. Un ordenamiento jurídico que regule las garantías reales debe ofrecer soluciones claras para varias cuestiones (véanse los párrafos 41 a 47).

ii) Existencia de derechos sobre el producto

41. La justificación del derecho sobre el producto radica en el hecho de que si el acreedor garantizado no obtiene ese derecho, su derecho sobre el bien gravado podría desaparecer o quedar reducido por un acto de disposición de ese bien. Si el derecho real de garantía se extinguiera cuando el bien gravado se transfiriera a otra persona no protegería debidamente al acreedor garantizado contra una quiebra y, por lo tanto, disminuiría su valor como fuente de crédito. Este resultado, que tendría consecuencias perjudiciales para la disponibilidad y el costo del crédito, sería igual aun que el derecho real de garantía sobre el bien gravado en un principio perdurara

con la transmisión del bien. La razón de este resultado radica en que la transferencia del bien gravado pudiera aumentar la dificultad de ubicarlo y de obtener su posesión, incrementara el costo de la ejecución y redujera su valor.

iii) Circunstancias en que pueden nacer derechos sobre el producto

42. El derecho sobre un producto nace generalmente cuando el bien gravado se enajena (o se arrienda u otorga en licencia). En los sistemas que tratan los frutos civiles o naturales como producto puede nacer un derecho sobre tal producto aunque no se haya realizado ninguna operación con respecto al bien gravado (por ejemplo, los dividendos que devengan las acciones).

iv) Carácter personal o real de los derechos sobre el producto

43. Si el derecho que el acreedor garantizado tiene sobre el producto es un derecho real, ninguna operación ni acto lo perjudicará, ya que el derecho real es oponible a terceros. Por otra parte, el hecho de otorgar al acreedor garantizado un derecho real sobre el producto puede frustrar las expectativas legítimas de una parte que haya obtenido una garantía real directamente sobre dicho producto como bien original gravado. No obstante, en los ordenamientos jurídicos en que las garantías reales deben inscribirse, esta cuestión puede ser más fácil de resolver. En esos sistemas un presunto prestamista está advertido de la posible existencia de un derecho real de garantía sobre cualquier bien de su presunto prestatario (incluso sobre el producto de dicho bien) y puede tomar las medidas necesarias para identificar y ubicar el producto.

v) Amplitud y plazo de la identificación del producto

44. *[El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar en qué medida un producto debe ser identificado como resultante de un bien gravado y el momento para hacerlo.]*

vi) Ubicar el producto mezclado con otros bienes

45. *[El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la cuestión de cómo ubicar los productos que se han mezclados con otros bienes.]*

vii) Justificación del derecho sobre el producto

46. En algunos ordenamientos jurídicos, la legislación extiende la garantía real al producto de los bienes gravados y al producto del producto mediante normas supletorias que se aplican cuando no existe un acuerdo en contrario. En otros ordenamientos jurídicos, ese derecho de accesión no se reconoce (por las razones mencionadas en el párrafo 43), pero las partes pueden aceptar como garantía todo tipo de bienes. En esos sistemas, las partes tienen libertad de establecer, por ejemplo, que se aceptan como garantía las existencias inventariadas, los créditos por cobrar, los títulos negociables, los valores y el dinero en efectivo. De esta forma, todos estos bienes se consideran bienes gravables y no producto. En algunos de estos ordenamientos jurídicos, las partes pueden extender por decisión contractual determinados derechos reales de cuasigarantía (por ejemplo, la retención del título) al producto (véase el documento A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.2, párrs. 34 a 42, y el documento A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.7, párrs. 51 a 59).

viii) Productos del producto

47. Si existe un derecho de accesión sobre el producto del bien gravado, éste debería hacerse extensivo al producto del producto. Si el acreedor garantizado pierde su derecho al producto una vez que ha tomado otra forma, su crédito correrá los mismos riesgos que los créditos sin derechos sobre el producto (véase el párrafo 41).

3. Acuerdo de garantía**a) Definición y funciones**

48. El acuerdo de garantía entre el acreedor y el deudor o el garante, en aquellos casos en que la garantía sea proporcionada por un tercero, es uno de los elementos constitutivos de toda garantía real. En la mayoría de los países, pero no en todos, se requiere un acto adicional (véase la sección A.4). En algunos países, el acuerdo de garantía, acompañado por ese acto adicional, es oponible a todas las partes (*erga omnes*). En esos países, los mecanismos de cuasigarantía, como el acuerdo de retención de título, son oponibles *erga omnes* desde el momento en que se celebra el acuerdo pertinente, que incluso puede no ser por escrito. En otros países, el acuerdo de garantía sólo es oponible entre las partes (*inter partes*), ya que para ser oponible a terceros se requiere un acto adicional.

49. El acuerdo de garantía debe distinguirse del acuerdo para constituir una garantía futura (por ejemplo, cuando se otorga un crédito al deudor). Este acuerdo da nacimiento a la obligación de crear un derecho real de garantía, pero no produce consecuencias de carácter real.

50. El acuerdo de garantía cumple varias funciones. En primer lugar, en aquellos países que siguen el derecho romano es la justificación jurídica (*causa*) de otorgar la garantía real al acreedor. En segundo lugar, el acuerdo de garantía establece la relación entre el derecho real de garantía y el crédito garantizado. En tercer lugar, el acuerdo de garantía generalmente regula la relación entre el deudor (o un tercero) otorgante del derecho real sobre el bien gravado, y el acreedor garantizado (respecto de los derechos anteriores a la insolvencia, véase el documento A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.8; para los derechos posteriores a la insolvencia, véanse los documentos A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.9 y A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.5). Si bien el acuerdo de garantía puede ser un acuerdo independiente, suele estar incluido en el contrato de financiación o en otro contrato similar (por ejemplo, el contrato de venta de mercaderías a crédito) concertado entre el deudor y el acreedor.

b) Partes

51. En la mayoría de los casos, el acuerdo de garantía se concierta entre el deudor como otorgante del derecho real y el acreedor como parte que recibe la garantía. Ocasionalmente, cuando un tercero otorga la garantía a favor del deudor, esta persona se convierte en parte en el acuerdo en lugar del deudor. En el caso de importantes préstamos concedidos por varios acreedores (especialmente en el caso de préstamos sindicados), un tercero que actúa como agente o depositario puede tener la garantía real. Ninguna de estas posibles variaciones afecta el fondo del acuerdo de garantía.

c) Contenido mínimo

52. El acuerdo de seguridad debe especificar la identidad de las partes y describir razonablemente la obligación que quedará garantizada por los bienes gravados. La legislación puede enumerar o no estas especificaciones indispensables de un acuerdo de garantía, pero su omisión en el instrumento constitutivo puede resultar en la nulidad de la garantía, a menos que esos elementos puedan probarse por otros medios.

53. En el acuerdo de garantía las partes pueden aclarar otras cuestiones, como por ejemplo el deber de cuidar la cosa que recae en quién tiene la posesión del bien gravado. A falta de acuerdo, puede haber normas supletorias para aclarar la relación entre las partes (respecto de las cuestiones relativas al período anterior a la insolvencia, véase el documento A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.8; respecto de las cuestiones relativas al período posterior a la insolvencia, véanse los documentos A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.9 y A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.5).

d) Formalidades**i) Forma escrita y requisitos conexos**

54. Los ordenamientos jurídicos difieren respecto de los requisitos de forma y su función. Por lo que se refiere a la forma escrita, algunos ordenamientos jurídicos no la exigen en absoluto, mientras que otros exigen un instrumento simple, un instrumento firmado, un instrumento notarial o judicial, o algún otro documento (como en el caso de la hipoteca de establecimiento mercantil). Normalmente, la forma escrita sirve para dar fe del acuerdo, para advertir a las partes sobre las consecuencias jurídicas de su acuerdo, y para proteger a los terceros contra la posibilidad de antedatar dolosamente el acuerdo.

55. La forma escrita también puede ser una condición de validez (o de eficacia en el sentido de producir efectos de carácter real) entre las partes o una condición de su oponibilidad a terceros o de prelación entre acreedores concurrentes. También puede ser una condición para obtener la posesión del bien gravado o para invocar el acuerdo de garantía en el caso de exigencia del cumplimiento, ejecución o insolvencia.

56. En algunos ordenamientos jurídicos se exige que una autoridad pública certifique la fecha en el caso de desplazamiento de la posesión, con excepción de los préstamos de pequeño monto donde incluso se permitan las pruebas testimoniales. Si bien esta certificación puede evitar la posibilidad de que se antedate el instrumento, puede incrementar el tiempo y los gastos de una transacción.

57. En otros ordenamientos jurídicos se requiere una fecha certificada o la autenticación del acuerdo para diversos tipos de garantía sin desplazamiento (véanse, por ejemplo, los artículos 65, 70, 94 y 101 de la Ley de la OHADA). Hay por lo menos un país donde se exige esta certificación en lugar de exigirse la publicidad mediante la inscripción en un registro. Sin embargo, en los casos en que se exige la inscripción, puede no ser necesaria la certificación adicional de la fecha del acuerdo.

58. A fin de ahorrar tiempo y gastos, habría que reducir al mínimo los requisitos obligatorios de forma. La forma escrita no parece necesaria como condición de

validez (o de eficacia, en el sentido de producir efectos de carácter real) del acuerdo de garantía entre las partes. Sin embargo, frente a terceros el acuerdo escrito puede servir de prueba y evitar que se antedate con dolo, al menos respecto a la garantía real sin desplazamiento. Debería bastar un simple escrito (que no necesita tener la firma de ambas partes y que puede adoptar una de las formas modernas de comunicación). Para la hipoteca de establecimiento mercantil o los casos en que el acuerdo puede servir de título suficiente para la ejecución (véase el párrafo 55) se requerirá un documento más formal. En tal caso, también puede no requerirse un instrumento escrito, pero entonces al acreedor garantizado le corresponderá la carga de probar el contenido y la fecha del acuerdo.

e) Efectos

59. En algunos países en donde únicamente los derechos reales son oponibles a todas las partes (*erga omnes*) un acuerdo de garantía pleno sólo se perfecciona una vez concertado el acuerdo y realizado un acto adicional (entrega de la posesión, notificación, inscripción en el registro o control; véanse los párrafos 61 a 70). Existen dos excepciones. En algunos países, la cláusula de retención de título es oponible a terceros al concentrarse el contrato de compraventa en el que figure. La otra excepción es la transferencia de créditos en garantía, que en algunos países es plenamente eficaz aun sin notificar al deudor de esos créditos.

60. En otros países, respecto de los efectos de los derechos reales se hace una distinción entre los efectos entre las partes en el acuerdo de garantía y los efectos frente a terceros. En esos países, la garantía nace al concertarse el acuerdo (por escrito) pero sólo entre las partes contratantes (*inter partes*). Se requiere un acto adicional para que la garantía tenga efectos frente a terceros (véanse los párrafos 61 a 70).

4. Requisitos del carácter real

a) Dominio o derecho de disposición

61. En la mayoría de los ordenamientos jurídicos, el otorgante de la garantía (que generalmente es el deudor, pero que puede ser un tercero) debe tener el dominio del bien que se ha de gravar (véase el párrafo 16). En otros ordenamientos jurídicos, basta con que el garante tenga la facultad de disponer del bien (aunque no la titularidad). Con respecto a los bienes futuros, basta con que en una fecha futura el garante adquiera el dominio o la facultad de disposición (véanse los párrafos 19 a 23).

62. Cuando el garante no tiene el dominio ni la facultad de disponer del bien, se plantea la cuestión de si el acreedor garantizado puede, aun así, adquirir la garantía de buena fe. En algunos ordenamientos jurídicos, el acreedor adquiere el derecho de garantía cuando la buena fe subjetiva está respaldada por indicios objetivos de dominio. Estos indicios pueden ser, por ejemplo, situaciones en que el acreedor haya otorgado crédito al deudor o esté dispuesto a hacerlo, o cuando el garante esté inscrito como propietario del bien que se ha de gravar, estén en su posesión y transfiera dicha posesión al acreedor.

63. La legislación pertinente suele regular la cuestión conexas de la validez y la efectividad de una restricción contractual de la facultad de disponer. En algunos países se da eficacia a estas limitaciones a fin de proteger los intereses de alguna de

las partes en el acuerdo de restricción de la facultad de disponer. En otros países, estas restricciones contractuales carecen de efecto o sólo tienen un efecto limitado, a fin de preservar la libertad de disposición del garante, en especial cuando la persona que adquiere el bien no conoce la existencia de una restricción contractual.

64. La Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos sigue un criterio similar y apoya la transferibilidad de un crédito exigible, en interés de la economía en general. En virtud del artículo 9 de la Convención, una cesión surtirá efecto aunque exista un acuerdo entre el cedente y el deudor que limite el derecho de cesión. El mero conocimiento de la existencia de la restricción por parte del cesionario no basta para resolver el contrato que da nacimiento a la cesión del crédito. El efecto de esta disposición está limitado de dos formas. En primer lugar, sólo se aplica a los créditos comerciales en sentido amplio; y en segundo lugar, la restricción contractual es eficaz entre el cedente y el deudor, es decir que el deudor tiene libertad de reclamar daños y perjuicios del cedente por incumplimiento del contrato cuando este derecho exista en virtud de una norma que tenga vigencia al margen de la Convención. Sin embargo, no podrá efectuarse esta reclamación al cesionario como derecho de compensación (véase el párrafo 3 del artículo 18).

65. Este criterio promueve las operaciones de financiación mediante créditos, ya que libera al cesionario (es decir, al acreedor garantizado) de la carga de examinar el contrato que dio nacimiento al crédito cedido para comprobar si la transferencia del crédito estaba prohibida o condicionada. De no ser así, los prestamistas deberían examinar un gran número de contratos, lo cual resultaría muy costoso o incluso imposible (por ejemplo, en caso de créditos futuros).

b) Transferencia de posesión, control, notificación y publicidad

66. El método para producir derechos reales oponibles a terceros y, en aquellos sistemas que permiten la clasificación de las garantías reales constituidas sobre un mismo bien, y para establecer la prelación sobre los acreedores concurrentes, varía de un país a otro e incluso dentro de un mismo país, según el tipo de derecho real de que se trate. Hay cuatro métodos principales para constituir un derecho real de garantía que sea oponible a todas las personas (y tenga prelación sobre los acreedores concurrentes).

i) Transferencia de la posesión

67. El derecho real de garantía con desplazamiento de la posesión se constituye mediante un acuerdo y la transferencia de la posesión del bien al acreedor o a un tercero que actúe como representante del acreedor. En caso de una transferencia de dominio a efectos de una garantía, puede haber una transferencia ficticia al acreedor mediante un acuerdo adicional de depósito o garantía. Este tipo de acuerdo sustituye la posesión directa del deudor con la posesión indirecta del acreedor (*constitutum possessorium*). En el caso de títulos negociables, también se puede transferir la posesión mediante la entrega del título con un endoso, de ser necesario, según las normas que regulen los títulos negociables.

ii) Control

68. Los derechos reales de garantía sobre ciertos bienes inmateriales (por ejemplo, las cuentas bancarias) se constituyen por acuerdo y transferencia del control. El

control puede revestir la forma de una posesión ficticia (por ejemplo, cuando el banco tiene una garantía real sobre la cuenta del deudor). También puede reflejarse en la facultad de disponer (por ejemplo, cuando el acreedor garantizado puede, por acuerdo con el deudor, disponer de la cuenta de éste sin pedir nuevamente su consentimiento).

iii) Notificación

69. Los derechos reales de garantía sobre créditos pueden constituirse por un acuerdo y la notificación al deudor del crédito. Esa notificación se considera un acto de publicidad. Sin embargo, la notificación puede no ser una forma muy eficaz de dar publicidad a una cesión, ya que puede ser imposible de realizar (por ejemplo, en el caso de la cesión de un crédito futuro) o muy costosa (por ejemplo, en el caso de una cesión de créditos en bloque que comprenda varios deudores), o el deudor puede no facilitar ninguna información, o no facilitar información certera, a los terceros interesados.

iv) Publicidad

70. Alguna forma de publicidad puede ser necesaria, especialmente para la constitución de una garantía real, sin desplazamiento, sobre bienes corporales o inmateriales. Esta publicidad puede adoptar la forma de inscripción del acuerdo de garantía y puede tener efectos constitutivos. También puede adoptar la forma de inscripción de una cantidad limitada de datos y tener funciones como la de advertir a los terceros de la posible existencia de un derecho real y como base para determinar la prelación entre los acreedores concurrentes (respecto del detalle sobre las formas, funciones y efectos de la publicidad, véanse los documentos A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add. 5 y 6).

B. Resumen y recomendaciones

71. En un régimen jurídico moderno se debería permitir garantizar todo tipo de obligaciones, incluidas las obligaciones futuras y una cantidad fluctuante de obligaciones. También debería ser posible dar en garantía todo tipo de bienes, aunque el deudor no tenga el dominio sobre el bien ni la facultad de disponer de él, o que el bien no exista al momento de la constitución de 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 que permita dar en garantía la totalidad de los bienes del deudor.]

72. El acreedor garantizado también debería recibir 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 (véanse los párrafos 36 a 47).]

73. En principio, un acuerdo de constitución de una garantía real sin desplazamiento debe realizarse por escrito. Para la garantía real con desplazamiento no debería exigirse la forma escrita. En la forma escrita deberían incluirse las

formas modernas de comunicación y no exigirse la firma de ambas partes. En ese instrumento se deberían identificar las partes y describir razonablemente el bien gravado y la obligación garantizada. En caso de que no se exijan formalidades, el acreedor garantizado debería tener la carga de probar las condiciones del acuerdo de garantía y la fecha de constitución del derecho real.

[Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar también si es conveniente prever otras excepciones al requisito de la forma escrita.]

74. Para la constitución de una garantía real de con desplazamiento es necesario un acuerdo entre el acreedor garantizado y el deudor (o el garante) y la transferencia de la posesión del bien gravado al acreedor garantizado o a un tercero.

75. Para la constitución de una garantía real sin desplazamiento debería bastar un acuerdo (por escrito; véase el párrafo 72) y algún acto adicional (control, notificación o publicidad).

[Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si es conveniente prever alguna excepción a esta norma general. Tal vez desee considerar también la necesidad de distinguir entre un derecho real de garantía que sea válido y oponible a las partes y uno que sea oponible también a terceros.]