



Asamblea General

Distr. limitada
6 de junio de 2003
Español
Original: inglés

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales)
Cuarto período de sesiones
Viena, 8 a 12 de septiembre de 2003

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	1-62	1
III. Prácticas básicas en materia de garantías reales	1-62	2
A. Observaciones generales	1-52	2
1. introducción	1-2	2
2. Instrumentos habitualmente designados por el término de garantía ...	3-28	2
a. Garantías reales sobre bienes muebles corporales	3-23	2
b. Garantías reales constituidas sobre bienes muebles inmateriales ...	24-28	7
3. Recurso a la titularidad para fines de garantía	29-45	9
a. Transferencia de la titularidad al acreedor	30-34	9
b. Retención de la propiedad por el acreedor	35-45	10
4. Garantía global integrada	46-52	14
B. Resumen y recomendaciones	53-62	16



III. Prácticas básicas en materia de garantías reales

A. Observaciones generales

1. Introducción

1. A lo largo del tiempo se han ido introduciendo prácticas muy diversas en los diversos países para garantizar los créditos de un acreedor (habitualmente para su cobro monetario) frente a su deudor. En el presente capítulo se describen con amplitud los principales mecanismos concebidos para que el acreedor disponga de medios eficaces de garantía, las ventajas e inconvenientes que entraña cada mecanismo para las partes inmediatamente afectadas, o sea, el acreedor y el deudor, y para los terceros, así como las cuestiones de fondo que ha de tener presentes el legislador.

2. A grandes rasgos, cabe distinguir tres grandes categorías de instrumentos que se utilizan para fines de garantía. En primer lugar, los instrumentos concebidos para este fin y directamente designados por el término de garantía (véase la sección A.2); en segundo lugar, el recurso a la titularidad (propiedad) para fines de garantía, combinado con diversos tipos de arreglos contractuales (véase la sección A.3); y, en tercer lugar, el recurso a una única modalidad de garantía global integrada (véase la sección A.4).

2. Instrumentos habitualmente designados por el término de garantía

a. Garantías reales sobre bienes muebles corporales

3. Tradicionalmente, la mayoría de los países distinguen entre los derechos reales de garantía sobre bienes muebles corporales (“bienes corporales”; véase la sección A.2.a) y los derechos reales de garantía sobre bienes muebles inmateriales (“bienes inmateriales”; véase la sección A.2.b). De hecho, el carácter corporal de un bien se presta a constituir sobre él formas de garantía no aplicables a los bienes inmateriales (véanse los párrafos 8, 25 y 26).

4. En la categoría de las garantías reales sobre bienes corporales, la mayoría de los países hacen una distinción entre una garantía real con desplazamiento (véase la sección A.2.a.i) y una garantía real sin desplazamiento (véase la sección A.2.a.ii). En el primer caso se entrega la posesión de los bienes gravados al acreedor o a un tercero; en el segundo, el otorgante de la garantía, que suele ser el deudor pero puede ser también un tercero, retiene la posesión de dichos bienes.

i. Garantía con desplazamiento

a) Prenda

5. La forma más común (y más antigua) de garantía con desplazamiento o entrega de la posesión, constituida sobre un bien corporal, es la prenda. La prenda requiere para su validez que el otorgante renuncie a la posesión del bien corporal gravado y que lo entregue al acreedor garantizado o a un tercero designado por ambas partes (por ejemplo, un almacén). El verdadero tenedor de la garantía puede ser también un representante o fideicomisario que actúe en nombre del acreedor o de un consorcio de acreedores o al menos por cuenta de tal acreedor o de tal

consorcio de acreedores. Esa desposesión del otorgante habrá de efectuarse al constituirse la garantía y deberá prolongarse mientras dure; la devolución del bien gravado al otorgante será normalmente causa de extinción de la prenda.

6. Esa desposesión no implica necesariamente el traslado de los bienes gravados a otro lugar; lo importante es que el otorgante pierda de algún modo el acceso a dichos bienes. Eso se consigue, por ejemplo, entregando al acreedor garantizado la llave del local en que se almacenen los bienes gravados, siempre y cuando el otorgante se vea privado así de todo acceso a dichos bienes sin autorización previa.

7. Esa desposesión del otorgante puede asimismo efectuarse entregando los bienes gravados a un tercero o constituyendo en garantía bienes que ya obren en manos de un tercero. Cabe citar como ejemplo las mercancías o las materias primas ya depositadas en el almacén de un tercero. Como ejemplo de un arreglo institucional (más costoso) cabe citar el de una empresa “depositaria” independiente que custodie en el domicilio comercial del otorgante los bienes pignorados por cuenta del acreedor garantizado. La validez de este arreglo depende de que el otorgante no tenga acceso, sin autorización previa, a los locales en que estén depositados los bienes pignorados. Además, los empleados de la empresa depositaria no podrán serlo a la vez del otorgante (si por razón de su pericia, se han seleccionado de entre los empleados del propio otorgante, será preciso cortar toda relación laboral que tuvieran con el mismo).

8. Tratándose de bienes de cierta índole, tales como títulos y documentos (sean o no negociables), que prevean algún derecho sobre bienes corporales (por ejemplo, conocimientos de embarque o recibos de almacén) o bienes inmateriales (por ejemplo, títulos negociables, bonos o títulos bursátiles), la desposesión se efectuará transfiriendo esos títulos o documentos al acreedor garantizado. Ahora bien, en supuestos de esta índole puede ser difícil trazar la línea divisoria entre las garantías con o sin desplazamiento.

9. A resultas de la desposesión del otorgante, la prenda con desplazamiento proporciona al acreedor garantizado tres importantes ventajas. En primer lugar, el otorgante no podrá disponer de los bienes pignorados sin el consentimiento del acreedor garantizado. En segundo lugar, el acreedor no corre el riesgo de que el valor de los bienes gravados se vea mermado por negligencia o descuido de mantenimiento por parte del otorgante. En tercer lugar, si la ejecución de la prenda es necesaria, el acreedor garantizado no perderá tiempo ni habrá de efectuar gasto alguno para reclamar la entrega por el otorgante del bien gravado, ni correrá el riesgo de que ese bien no le sea entregado.

10. La prenda con desplazamiento reporta también ventajas a los terceros, en particular a los otros acreedores del otorgante. La desposesión de éste evita el riesgo de dar una falsa impresión de riqueza y minimiza también el riesgo de fraude.

11. Por otra parte, la prenda con desplazamiento tiene también notables inconvenientes para el otorgante. El mayor inconveniente es que la desposesión lo priva de la utilización y disfrute de los bienes gravados. Esa desposesión puede ser gravosa en supuestos en los que la posesión del bien gravado sea indispensable para generar los ingresos con los que el otorgante comercial cuente para reembolsar el préstamo (como sucedería, por ejemplo, con las materias primas, los bienes semiacabados, el equipo y las existencias eventualmente gravados).

12. Para el acreedor garantizado, la prenda con desplazamiento tiene el inconveniente de que lo obliga a almacenar, custodiar y mantener los bienes gravados, salvo que esta tarea sea asignada a un tercero. En todo supuesto en el que el acreedor garantizado no desee o no pueda asumir estas tareas, el encomendarlas a un tercero supondrá gastos adicionales que directa o indirectamente recaerán sobre el otorgante. Otra desventaja eventual es la responsabilidad en la que podría incurrir un acreedor garantizado en posesión de bienes gravados (por ejemplo, un prestamista que sea tenedor de un conocimiento de embarque o de un certificado de depósito de mercancías) que ocasionen daños. Esto sería particularmente grave si esos daños son ambientales (véanse los capítulos IV, párrs. ..., y VII, párrs. ...).

13. Ahora bien, cuando las partes pueden soslayar las desventajas descritas anteriormente (véanse los párrafos 11 y 12), la prenda con desplazamiento puede serles útil. Cabe citar dos grandes tipos de aplicación. En primer lugar, cuando los bienes gravados se encuentran ya o pueden pasar fácilmente a manos de un tercero, como pudiera ser una entidad comercial que custodia bienes ajenos. El segundo supuesto es el de aquellos títulos o documentos que incorporan la titularidad sobre un bien corporal o inmaterial, que pueden pasar fácilmente a manos del propio acreedor garantizado.

b) Derecho de retención de la posesión

14. En el presente documento no se abordan los derechos legales de retención puesto que, salvo algunas excepciones, esos derechos no entran en el ámbito de la Guía (véase A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1, párr. 8). Un derecho de retención que nazca de un contrato permite que una parte se abstenga de cumplir su propia prestación por incumplimiento de la otra y, concretamente, retenga algún bien que, con arreglo a lo estipulado en el contrato, la parte que ejercita su derecho de retención esté obligada a entregar a la parte que ha incumplido su obligación. Por ejemplo, un banco no necesita devolver documentos de titularidad, como los conocimientos de embarque, ni títulos negociables, como las letras de cambio o los pagarés, en custodia de un cliente ni permitir a éste retirar fondos de su cuenta, si el cliente, que haya concedido al banco un derecho de retención, incumple su obligación de reembolsar un crédito. Cuando tal derecho de retención está respaldado por la facultad de proceder a la venta del bien retenido, en algunos ordenamientos este derecho reforzado está conceptuado como una prenda, aun cuando se haya seguido un método distinto del de la prenda para constituirlo (véanse los párrafos 5 a 8). Cabe igualmente conceptuar ese derecho de retención reforzado como un derecho dotado de ciertos efectos análogos a los de la prenda. La consecuencia más importante de equiparar tal derecho contractual de retención a una prenda es que el acreedor que retenga la posesión gozará de prelación respecto de los bienes retenidos, salvo que éstos se hayan gravado anteriormente con una garantía real eficaz sin desplazamiento.

ii. Garantía sin desplazamiento

15. Como se señaló anteriormente (véase el párrafo 11), la prenda con desplazamiento constituida sobre bienes requeridos para el proceso de fabricación o destinados a la venta (tales como bienes de equipo, materias primas, artículos semiacabados y existencias) es económicamente inviable. Estos bienes o artículos son necesarios para la marcha del negocio de todo otorgante comercial, por lo que si

se le priva de acceso a esos bienes o del derecho de disposición de dichos bienes, el otorgante no podrá obtener los ingresos requeridos para reembolsar el préstamo que haya contraído. Este problema puede ser particularmente grave para el creciente número de otorgantes comerciales que carecen de inmuebles susceptibles de ser constituidos en garantía.

16. Para resolver este problema, en la legislación de algunos países se ha ido introduciendo, particularmente durante los últimos 50 años, la posibilidad de constituir garantías sobre bienes muebles fuera del marco restrictivo de la prenda con desplazamiento. Mientras que algunos países han introducido un nuevo derecho real que abarca diversos mecanismos de constitución de garantías, otros países crearon por ley un tipo de derecho real sobre determinados bienes semejante a la prenda sin desplazamiento. No obstante, la mayoría ha seguido la tradición del siglo XIX (que eludía una tendencia anterior de carácter más liberal) y ha insistido en mantener el régimen de la prenda como única modalidad legítima de constituir un bien mueble en garantía. A lo largo del siglo XX, el legislador y los tribunales de estos países han reconocido la necesidad económica de constituir garantías sobre bienes muebles que no requieran el desplazamiento o entrega de la posesión.

17. Cada país ha intentado solucionar esta dificultad conforme a sus necesidades y peculiaridades locales y al marco general de su ordenamiento jurídico, lo que ha dado lugar a una gran diversidad de soluciones. Un claro reflejo de la diversidad existente es la multitud de denominaciones empleadas, incluso en el interior de un solo país, tales como: desposesión “ficticia”; prenda sin desplazamiento; prenda inscrita en un registro; *nantissement* (prenda de inmuebles); certificado de prenda; *hypothèque*; “privilegio contractual”; certificado de venta; *chattel mortgage* (hipoteca mobiliaria del *common law*); y *trust* (derecho real fiduciario, propio del *common law*). De mayor importancia es el limitado ámbito de aplicación de esas soluciones. Tan sólo algunos países han promulgado leyes generales sobre la garantía real sin desplazamiento (véase un enfoque más global en la sección A.4). Algunos países disponen de dos regímenes legales de prendas sin desplazamiento, uno aplicable a las garantías utilizadas en la financiación industrial o artesanal y otro aplicable a las garantías utilizadas en la financiación de empresas pesqueras y agrícolas. Ahora bien, en la mayoría de los países existe una legislación especializada sobre prendas sin desplazamiento aplicable a pequeños sectores, como la adquisición de automóviles o de maquinaria, o la producción cinematográfica.

18. En algunos países se observa incluso cierta renuencia a permitir la constitución de garantías reales sin desplazamiento sobre las existencias inventariadas de una empresa. Se alega a este respecto cierta incompatibilidad entre la garantía real del acreedor y el derecho del otorgante a vender sus existencias, que son indispensables para convertirlas en el efectivo que le permitirá reembolsar un préstamo garantizado. Otro motivo es que la enajenación de esas existencias puede dar lugar a conflictos muy complejos entre diversos cesionarios o entre diversos acreedores garantizados. Otro motivo posible para no permitir la constitución de garantías reales sin desplazamiento sobre existencias inventariadas consistiría en la decisión legal eventual de reservar esas existencias para satisfacer los créditos de los acreedores del otorgante que no gocen del respaldo de una garantía real (véase A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6, párr. ...).

19. Por muy diverso que sea el régimen legal de la garantía real sin desplazamiento, ese régimen acostumbra a exigir cierta forma de publicidad para la

garantía así otorgada. La finalidad de esa publicidad es contrarrestar la falsa impresión de riqueza imputable al hecho de que los bienes gravados sigan obrando en manos del otorgante (véase un examen detenido de esta cuestión en el documento A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.2, párrs. ...). Se argumenta a menudo que en una economía moderna en la que predomina el crédito, las partes supondrán que los bienes pueden haberse dado en garantía o que puede haberse retenido la titularidad de esos bienes. No obstante, toda suposición de esa índole tenderá a encarecer el costo del crédito, aun cuando la titularidad corresponda al propietario y los bienes no estén gravados (riesgo que podrá evitarse en parte sólo a costa de una investigación exhaustiva y onerosa). Además, tales suposiciones no bastan para amparar suficientemente los derechos del acreedor garantizado o de terceros, habida cuenta de que se desconoce el nombre del propietario y del acreedor garantizado anterior, la cuantía garantizada o la información sobre los bienes pignorados. Igualmente, un sistema fundado en tales suposiciones generales carece de una base objetiva que permita establecer un régimen que determine el orden de prelación de las garantías reales sobre los mismos bienes, lo que podría impedir que el otorgante utilizara el valor total de sus bienes para obtener crédito.

20. Parece ser necesario colmar la brecha entre la demanda de garantías reales sin desplazamiento y el acceso a menudo limitado a estas formas de garantía que prevé la legislación en vigor. La finalidad primordial de toda reforma jurídica en materia de operaciones garantizadas es la de sugerir posibles mejoras en el campo de las garantías reales sin desplazamiento y en la cuestión conexas de las garantías reales constituidas sobre bienes inmateriales (véase la sección A.2.b).

21. Si bien algunos regímenes modernos han mostrado que las dificultades son superables, la experiencia indica que el régimen moderno de la garantía real sin desplazamiento o entrega de la posesión es más complejo que el de la prenda tradicional con desplazamiento. Ello se debe en buena parte a las siguientes cuatro características básicas de la garantía real sin desplazamiento. En primer lugar, puesto que el otorgante retiene la posesión de la cosa, conserva la facultad de disponer de ella o de crear una garantía real concurrente sobre la cosa o el bien gravado, incluso en contra de la voluntad del acreedor que goza de una garantía real sobre dicha cosa o bien. Ello obliga a introducir ciertas reglas relativas a los efectos de dichos actos de disposición y al orden de prelación de los derechos así creados (véase el tema de la prelación en A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3). En segundo lugar, el acreedor garantizado deberá cerciorarse de que el otorgante en posesión de la cosa gravada la custodia con la diligencia debida y preserva su valor comercial. El acreedor garantizado deberá por ello estipular estas obligaciones del otorgante en el acuerdo de garantía con él concertado (véase un análisis de los derechos y obligaciones de las partes previas al incumplimiento en A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.4). En tercer lugar, si debe procederse a la ejecución de la garantía, el acreedor garantizado preferirá a menudo hacerse con la posesión de los bienes gravados. Ahora bien, si el otorgante no está dispuesto a desprenderse de esos bienes, es probable que el acreedor haya de entablar procedimientos judiciales y extrajudiciales, para lo que tal vez convenga prever alguna acción o vía procesal agilizada (véase un análisis de las cuestiones de incumplimiento y ejecución en A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.5). En cuarto lugar, tal vez haya que contrarrestar mediante distintas formas de publicidad la falsa impresión de riqueza imputable al hecho de que se hayan constituido garantías reales “secretas” sobre bienes que siguen obrando en poder del otorgante. Ahora bien, en una economía moderna en que predomina el crédito, este problema

va perdiendo importancia en la medida en que en general se sabe que el bien está gravado o que la posesión no supone que la persona en posesión del bien sea el propietario (sin embargo, ello entraña gastos; véase el párrafo 19), o en la medida en que las garantías reales queden sujetas a requisitos de publicidad (véase un análisis de las cuestiones de publicidad en A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.2).

22. Teniendo presente que en general se reconoce la necesidad económica de que sea posible constituir garantías reales sin desplazamiento y las diferencias básicas mencionadas anteriormente entre las garantías reales con desplazamiento y sin desplazamiento (véase el párrafo 21), muchos países tendrán que promulgar leyes en la materia.

23. Dada la existencia de modelos legales anteriores (véanse los párrafos 16 a 19), el legislador tal vez se encuentre ante tres opciones. La primera consistiría en introducir un régimen legal integrado para las garantías con y sin desplazamiento de la posesión (véase la sección A.4). Es el criterio acertado que prevé la Ley Modelo Interamericana de Garantías Mobiliarias, aprobada en febrero de 2002. Otra opción sería la de introducir un nuevo régimen legal integrado para la garantía real sin desplazamiento, dejando el régimen de la garantía real con desplazamiento al arbitrio del derecho interno aplicable. La tercera opción sería la de introducir un régimen legal especial que permitiera recurrir a la garantía real sin desplazamiento para la financiación de empresas deudoras en determinadas ramas del comercio o de la industria. La tendencia dominante entre los regímenes más modernos, tanto a nivel interno como internacional, es la de concebir con un criterio integrado el régimen aplicable, al menos en lo relativo a la garantía real sin desplazamiento. La adopción de un criterio selectivo para tipos concretos de garantías reales sin desplazamiento podría ser fuente de lagunas, solapamientos, incoherencias o falta de transparencia en este campo, y podría dar lugar a quejas provenientes de todo sector industrial que se viera excluido. Además, una regulación selectiva dificultaría aún más la solución de los conflictos de prelación que pudieran surgir entre las garantías reales con desplazamiento y sin desplazamiento.

b. Garantías reales constituidas sobre bienes muebles inmateriales

24. Entre los bienes inmateriales figuran una amplia gama de derechos (por ejemplo, el derecho al cobro de una suma o al cumplimiento de alguna otra obligación contractual, tales como la entrega de petróleo en el marco de un contrato de suministro industrial). Cabe citar ciertas categorías relativamente nuevas de bienes inmateriales (por ejemplo, los valores bursátiles no certificados que obren en poder de algún intermediario) y los derechos de propiedad intelectual (por ejemplo, patentes, marcas comerciales y derechos de autor). En vista de la enorme importancia económica adquirida por los bienes inmateriales durante los últimos años, está creciendo la demanda para la utilización de estos bienes como sustrato o soporte económico válido para la constitución de una garantía real. Habida cuenta de que en las operaciones de financiación de la compra de equipo industrial o de existencias comerciales la garantía se constituye a menudo sobre bienes inmateriales, como los créditos por cobrar o los derechos de propiedad intelectual, el principal valor de la garantía reside con frecuencia en esos bienes inmateriales. Éstos pueden consistir, además, en el producto generado por las existencias o los bienes de equipo. En la presente Guía no se tratan los valores bursátiles, puesto que plantean un conjunto de problemas que exigen tratamiento especial y que se analizan en textos

que están elaborando el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) y la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Sin embargo, en la Guía se examinan las garantías reales constituidas sobre créditos por cobrar, o sea, el derecho a reclamar el pago de dinero y el cumplimiento de obligaciones contractuales no monetarias, así como las garantías reales constituidas sobre otras categorías de bienes inmateriales, como el producto generado por bienes corporales o por créditos por cobrar.

25. Por definición, un bien inmaterial no se presta a ser poseído (físicamente). No obstante, el derecho interno de la mayoría de los llamados países de derecho civil o “romano” ha previsto la constitución de una prenda posesoria (véanse los párrafos 5 a 13) al menos sobre ciertos créditos monetarios. En el derecho interno de estos países se ha procurado crear requisitos similares a una desposesión exigiendo al otorgante que transfiera al acreedor todo escrito o documento vinculado al crédito constituido en prenda (como sería el contrato que haya dado lugar a su nacimiento). Ahora bien, esa transferencia no bastará para constituir la prenda. Lo habitual es que en muchos países la “desposesión” del otorgante sea (artificialmente) sustituida por el requisito de la entrega de una notificación de la prenda constituida al otorgante del crédito constituido en prenda.

26. En algunos países, se han desarrollado técnicas que surten efectos comparables a los de la entrega en posesión de un bien corporal. La técnica más radical es la de la transferencia plena del derecho gravado (o de la porción gravada de ese derecho) al acreedor garantizado. Ahora bien, esta técnica va más allá del efecto propio de la constitución de una garantía real, al ser equiparable a una transferencia de la propiedad (véase la sección A.3.a). Conforme a una técnica de alcance más restringido, la titularidad del derecho gravado no se verá en sí afectada, pero será inválido todo acto de disposición del otorgante efectuado sin autorización del acreedor garantizado. En el supuesto de una cuenta bancaria, si el otorgante (el acreedor de la cuenta gravada) consiente, en su calidad de titular de la cuenta, en que su cuenta sea bloqueada como salvaguardia de la garantía del acreedor garantizado, éste dispondrá sobre la cuenta de un poder equivalente al que le daría la posesión de un bien mueble corporal. Y ese poder será aún más real si el acreedor garantizado es el propio banco en que figura esa cuenta.

27. En terminología moderna, esas técnicas de obtener la “posesión” de bienes inmateriales se denominan correctamente técnicas de “control”. Ese control puede, no obstante, ser de diversos grados. En algunos casos, el control será absoluto e imposibilitará todo acto de disposición del otorgante. En otros casos, el otorgante podrá efectuar ciertos actos de disposición o podrá disponer de sumas que no excedan del tope máximo fijado, siempre y cuando el acreedor garantizado tenga acceso a la cuenta. Ese control puede ser un requisito para la validez (véase A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.3, párrs. 66 y 68) o la prelación (véase A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3, párr. ...) de la garantía real.

28. Al procurarse crear un régimen global de las garantías reales sin desplazamiento constituidas sobre bienes corporales (véase la sección A.2.a.) se suele integrar en el mismo régimen, especialmente en el que regula los créditos por cobrar, las garantías reales constituidas sobre las categorías más importantes de bienes inmateriales. Ese criterio es lógico, puesto que la venta de existencias inventariadas se traduce por lo general en créditos por cobrar y a menudo conviene que la garantía real que se constituye sobre las existencias abarque también el

producto generado por ellas. El sistema de publicidad previsto en los regímenes de garantías reales sobre bienes corporales (véase una descripción detallada al respecto en A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.2) puede cumplir también la misma función positiva en el caso de las garantías reales constituidas sobre bienes inmateriales, como los créditos por cobrar. A ello puede sumarse la posible ventaja de obviar el envío de una notificación al deudor de los créditos por cobrar, que tal vez no sea posible en ciertas operaciones garantizadas que entrañen una masa de bienes no delimitada. Aun cuando sea factible el envío de tal notificación, se justificará no cursarla por diversos motivos (gastos o confidencialidad).

3. Recurso a la titularidad para fines de garantía

29. Además de las técnicas propias de la garantía real (véase la sección A.2), la práctica comercial y en ocasiones la ley han recurrido en muchos países a una técnica alternativa para la constitución de una garantía real sin desplazamiento sobre bienes tanto corporales como inmateriales, a saber, la titularidad (o propiedad) del bien como forma de garantía (*propriété sûreté*). La propiedad puede constituirse en una forma de garantía ya sea mediante su transferencia al acreedor (véase la sección A.3.a) o mediante su retención por el acreedor (véase la sección A.3.b). Tanto la transferencia como la retención de la propiedad o titularidad facultan al acreedor para obtener una forma de garantía real no posesoria o sin desplazamiento de la cosa (véase en el párrafo 15 lo relativo a la necesidad económica, y la razón de ser, de la garantía real sin desplazamiento).

a. Transferencia de la titularidad al acreedor

30. Los tribunales y ordenamientos de algunos países disponen la transferencia de la titularidad de los bienes al acreedor garantizado cuando no existe un régimen de las garantías reales sin desplazamiento o para colmar lagunas y salvar ciertos impedimentos.

31. La transferencia como garantía de la titularidad resulta atractiva para los acreedores en algunos ordenamientos internos por dos razones. En primer lugar, los requisitos formales y sustantivos para la transferencia a otra persona de la titularidad de bienes corporales o inmateriales son a menudo menos estrictos y, por lo tanto, menos costosos que los requisitos exigidos para la constitución de una garantía real. En segundo lugar, en un supuesto de ejecución de la garantía o de insolvencia del deudor, el acreedor se encontrará a menudo en mejor situación si es titular de un derecho de propiedad que si es titular de un derecho real de rango secundario, en particular si los bienes del propietario, aunque obren en manos del otorgante de la garantía, no forman parte de la masa de la insolvencia, en tanto que, cuando tales bienes están gravados por una mera garantía real a favor del acreedor sí integran dicha masa. Conforme al derecho interno de otros países, aunque existen diferencias formales entre la propiedad como forma de garantía y las garantías reales, en lo relativo a los requisitos exigidos para su constitución como garantía o para su ejecución, esas diferencias han sido atenuadas hasta tal punto que los mecanismos de constitución de derechos de titularidad están sujetos a los mismos requisitos que los que se exigen para la constitución de garantías reales propiamente dichas. Empero, en otros ordenamientos, las transferencias de garantía se rigen por las mismas normas que se aplican a las transferencias de la titularidad, en tanto que

en el caso de ejecución e insolvencia, son equiparadas a los mecanismos de constitución de garantías reales.

32. La transferencia de la propiedad a título de garantía está permitida por ley en algunos países y está reconocida por la práctica jurisprudencial en otros. En algunos ordenamientos jurídicos, su constitución está sujeta a normas menos exigentes, que rigen las transferencias de la titularidad, y tiene el efecto de una transferencia plena de titularidad. En otros ordenamientos, su constitución se rige por normas más engorrosas, que rigen el régimen de las garantías reales, y sólo tiene el efecto de una operación garantizada. En otros ordenamientos, especialmente en los países denominados de derecho civil, la transferencia de la propiedad como forma de garantía está considerada como una forma de eludir el régimen normal de las garantías reales, por lo que se tiene por nula. En los ordenamientos que cuentan con un régimen general y moderno de garantías sin desplazamiento, la transferencia de la propiedad está permitida pero se la equipara a un mecanismo de transferencia de garantías reales (véase la sección 4). Esto significa que su constitución, publicidad, prelación y ejecución están sujetos a los mismos requisitos que se aplican a los derechos reales de garantía (en caso de insolvencia, los bienes forman parte de la masa de la insolvencia; véase A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6, párr. ...).

33. El legislador se encontrará ante dos opciones. La primera sería la de admitir la transferencia de la propiedad para fines de garantía con los requisitos (habitualmente) menores y con los efectos superiores propios de una transferencia de la propiedad (en caso de insolvencia, los bienes no formarían parte de la masa de la insolvencia; véase A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6, párr. 11), con lo que se soslayarían ciertos inconvenientes del régimen general de las garantías reales. Con esta opción se fortalece la posición de acreedor garantizado (aunque ello entrañe el riesgo de que se aumente su responsabilidad, véase el capítulo IV, párr. ...), al tiempo que se debilita la posición del otorgante de la garantía real y de los demás acreedores de este otorgante. Esta solución puede estar justificada en países que no dispongan de un régimen moderno y sólido de las garantías reales sin desplazamiento.

34. La otra opción sería la de permitir la transferencia de la propiedad para fines de garantía, pero limitando sus requisitos o sus efectos, o ambos a la vez, a los de una mera garantía real. Conforme a la segunda opción, cabe conseguir una reducción graduada de las ventajas reportadas al acreedor garantizado y de las desventajas correlativas de las otras partes, especialmente si los requisitos de la transferencia de la titularidad o sus efectos, o unos y otros, son definidos en función de lo requerido por una garantía real. Se sigue este enfoque en ordenamientos que cuentan con un régimen de garantías global e integrado, en el que se permite la transferencia de la titularidad pero en que sin embargo la transferencia está sujeta a las mismas normas que rigen el régimen de los derechos reales de garantía (véase la sección 4).

b. Retención de la propiedad por el acreedor

35. El segundo mecanismo de utilización de la titularidad del bien como forma de garantía es posible en el marco de lo que se denomina a menudo “financiación del precio de compra” (véase una descripción y un ejemplo en A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1, párrs. 16 a 19), y se concreta por medio de la retención contractual de esa titularidad

(reserva de dominio). El vendedor o todo otro prestamista del dinero requerido para comprar un bien corporal o incluso inmaterial puede retener la titularidad del bien hasta obtener el cobro íntegro del precio de compra (acuerdo de mera retención de la titularidad).

36. En algunos países, los acuerdos de mera retención de la titularidad pueden variar en función de diversas cláusulas, que incluyen las cláusulas de “totalidad de las cuantías” o de “cuenta corriente”, en virtud de las cuales el vendedor retiene la titularidad hasta que se hayan pagado todas las deudas contraídas por el deudor y no sólo aquéllas que dimanen del contrato de venta pertinente, y las cláusulas relativas a los frutos y al producto, en virtud de las cuales la titularidad se hace extensiva a los frutos y al producto derivados de los bienes de los cuales el vendedor haya retenido la titularidad.

37. Una variante del acuerdo de mera retención de la titularidad con resultados económicos iguales consiste en combinar un contrato de arriendo con una opción de compra para el arrendatario (por una suma nominal), que éste sólo podrá ejercitar cuando haya pagado la mayor parte del “precio de compra” mediante el pago de cuotas periódicas de arriendo (véase un ejemplo en A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1, párr. 20). En supuestos en los que el arriendo de equipo o de algún otro bien cubra toda su vida útil, cabe considerar ese arriendo como un acuerdo de retención de la titularidad aunque no haya opción final de compra. En los párrafos siguientes, el término “vendedor”, al menos respecto de los arriendos que funcionan como garantía, también incluirá al “arrendador”, y el término “comprador” abarcará al “arrendatario”.

38. Económicamente, un arreglo de retención de la titularidad entraña una garantía real que satisface particularmente bien la necesidad de crédito garantizado del vendedor al que se financia el precio de compra, por lo que esos vendedores recurren a menudo a esta técnica. En muchos países, este tipo de crédito, que los proveedores suelen ofrecer a los compradores, está muy difundido, diferenciándose de otros créditos bancarios de carácter general, y la preferencia de que goza obedece a la importante función económica que cumplen las pequeñas y medianas empresas proveedoras. En otros países, un banco financia también el precio de compra con mayor regularidad, por ejemplo, cuando el vendedor vende al banco y el banco vende, a su vez, a un comprador reteniendo la propiedad del bien, o cuando el comprador paga al vendedor en metálico con fondos prestados por un banco al que el comprador traspasa la titularidad como garantía del préstamo. En esos países, esta fuente de crédito y su garantía real anexa reciben particular atención.

39. Gracias a su origen como simple cláusula de un contrato de venta o arriendo, muchos países consideran la retención de la titularidad como una cuasigarantía que no está, por ello, sujeta al régimen general de las garantías reales ni en cuanto a sus requisitos de forma o de publicidad ni en cuanto a sus efectos (principalmente en materia de prelación). Otra de las ventajas de la retención de la titularidad es que puede ser constituida de manera económica habida cuenta de que, en muchos países, no está sujeta a requisitos de publicidad. También se adapta muy bien a la financiación a corto plazo, y en algunos países, otorga al comprador derechos reales. En los países en los que se permite solamente la constitución de garantías sin desplazamiento sobre ciertos tipos de bienes, pero no así en el caso de compra de existencias inventariadas, la retención de la titularidad permite financiar la compra de dichos bienes. Otra ventaja es que al vendedor que retiene la titularidad se le

otorga, en muchos países, una posición jurídica privilegiada. Ello puede estar justificado por el deseo de apoyar a las pequeñas y medianas empresas proveedoras y de promover la técnica de la financiación del precio de compra por el proveedor como método distinto de los créditos bancarios de carácter general. Esa posición jurídica privilegiada puede justificarse también por el hecho de que, al desprenderse de la cosa o bien vendido sin recibir el pago, el vendedor acrecienta la masa de bienes del otorgante de la garantía real y requiere cierta protección.

40. A su vez, la retención de la titularidad presenta ciertas desventajas. La posición del comprador y de los acreedores del comprador se debilita, y a falta de requisitos de publicidad, los terceros tienen que basarse en las declaraciones del comprador o recabar información de otras fuentes, lo que lleva tiempo e implica gastos. Otra desventaja técnica de la retención de la titularidad es que impedirá, o cuando menos dificultará, que el comprador utilice el bien comprado para constituir una garantía de menor prelación a favor de otro acreedor. Otra desventaja de esta técnica es que imposibilita o dificulta la ejecución de los derechos de los demás acreedores del deudor sin el consentimiento del vendedor. Por esta razón, en algunos países a los acuerdos de retención se les aplica, en todos sus aspectos, el régimen de las garantías reales, mientras que, en otros países, sólo se les aplica el régimen de las garantías reales en algunos aspectos (por ejemplo, están sujetos a requisitos de publicidad pero se les otorga una posición especial privilegiada). En otros ordenamientos jurídicos, las cláusulas de retención de titularidad no son oponibles a terceros en general o, en particular, si se refieren a determinados bienes, especialmente las existencias inventariadas, por estimarse que la retención por el vendedor de la titularidad es incompatible con la facultad otorgada al comprador de disponer de los bienes inventariados.

41. Cabe considerar diversas opciones de política legislativa. La primera sería la de preservar el carácter especial del acuerdo de retención de la titularidad como dispositivo jurídico basado en el derecho de propiedad sobre cierto bien. De acuerdo con una de esas opciones, la retención de la titularidad no estaría sujeta a ningún requisito de forma o de publicidad. Con ella se podrían garantizar créditos distintos del precio de compra y podría hacerse extensiva a los frutos y productos del bien sobre el que se constituyó. El vendedor podría, en caso de impago del precio pendiente, exigir al comprador la restitución de los bienes y disponer de ellos como si fuese el propietario, sin tener que rendir cuentas al comprador, salvo por cualquier parte del precio de compra que hubiese sido pagado. Del mismo modo, si el comprador incurre en insolvencia, el administrador de la insolvencia tendría que pagar el precio de compra pendiente para obtener la titularidad. Si el administrador de la insolvencia decide no pagar, el vendedor podría reclamar los bienes como si fuese el propietario o insistir en el pago del precio de compra pendiente (véase A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6, párr. ...). Otra opción algo diferente consistiría en preservar el carácter especial del acuerdo de retención de la titularidad pero limitando sus efectos a: garantizar solamente la financiación del precio de compra del bien o bienes considerados con exclusión de todo otro crédito, y restringir dicha garantía al bien comprado con exclusión de sus frutos o del producto.

42. Otra opción consistiría en incorporar el acuerdo de retención de la titularidad al régimen ordinario de las garantías reales. En ese caso, la constitución, publicidad, prelación y ejecución, incluso en el supuesto de insolvencia del comprador (véase A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6, párr. ...), del acuerdo de retención de la titularidad se

regiría por las mismas normas que se aplican al régimen de garantías reales sin desplazamiento. De acuerdo con dicho enfoque, por las razones de política legislativa arriba mencionadas (véase párr. 38), sería posible otorgar al vendedor determinadas ventajas (por ejemplo, tener prelación a partir del momento en que se perfeccione el contrato de compraventa al que se incorporó el acuerdo de retención de la titularidad o a partir del momento en que se haga entrega de los bienes). Otra opción más sería la de equiparar plenamente esta técnica de retención de la titularidad a la de toda otra garantía real sin desplazamiento (es decir, sin otorgar al vendedor ningún tipo de privilegios).

43. Las dos primeras opciones mencionadas (véase párr. 41) supondrían la preservación, o la creación, de un régimen especial para la retención de la titularidad al margen del régimen global de las garantías reales sin desplazamiento. Los acuerdos de retención de la titularidad se aplicarían mediante la inclusión de cláusulas especiales en los contratos de compraventa y el vendedor gozaría de una posición jurídica privilegiada respecto de los acreedores del comprador en el supuesto de que se inicie una acción que tenga por objeto la ejecución de la garantía o en el supuesto de insolvencia del deudor. La primera opción, en particular, dota al vendedor (o a otro prestamista que financie el precio de compra) de amplios privilegios, lo que supondría desventajas para los demás acreedores del comprador, especialmente en caso de ejecutarse la garantía real del vendedor o de declararse la insolvencia del comprador. Sin embargo, a falta de todo requisito de publicidad, los acreedores potenciales tendrían que prever, en las cláusulas de los contratos de préstamos, el riesgo que entraña el hecho de que los bienes sobre los que se constituyó la garantía estén sujetos a un acuerdo de retención de la titularidad, lo que podría tener consecuencias negativas sobre la disponibilidad y el costo del crédito.

44. Las dos últimas opciones mencionadas en el párrafo 42 se ajustan más a un régimen global de las garantías reales. A los efectos de una legislación en materia de operaciones garantizadas, la retención de la titularidad se regiría por las mismas normas que rigen los mecanismos de constitución de garantías reales. A los efectos de otro tipo de legislación (a saber, legislación en materia tributaria), la retención de la titularidad podría preservar su carácter de mecanismo de titularidad. En la primera opción, especialmente, se acepta que el vendedor que financia el precio de compra ocupe una posición privilegiada (por ejemplo, teniendo prelación a partir del momento en que se perfeccione la operación de venta pertinente) por desprenderse de los bienes vendidos y porque la venta con financiación debe ser fomentada por razones económicas (a saber, porque fomenta el crecimiento económico y el comercio). Por el contrario, por consideración a los demás acreedores del comprador, el privilegio legal podría limitarse al precio de compra del bien considerado y al bien o bienes cuya venta se financie. Por la misma razón, toda garantía constituida sobre los frutos o el producto de la venta de los bienes comprados o toda cuantía que adeude el comprador que no se derive de un contrato de venta con cláusula de retención de la titularidad no gozarían de ese privilegio y estarían sujetas al régimen común aplicable a las garantías reales (por ejemplo, teniendo prelación a partir del momento en que la operación correspondiente se inscriba en un registro).

45. La conversión de esta técnica de retención de la titularidad a los efectos de la legislación en materia de operaciones garantizadas mejoraría la posición del

comprador, dado que le permitiría crear garantías reales (sin desplazamiento) de rango inferior para garantizar un préstamo negociado con otro acreedor. Mejoraría asimismo la posición de los demás acreedores del comprador caso de procederse a la ejecución de la garantía sobre el bien gravado o caso de incurrir el comprador en insolvencia. La posición del proveedor no tendría por qué debilitarse, al menos, mientras las cláusulas relativas a la retención de la titularidad gozaran de una posición jurídica privilegiada respecto de la prelación (con algunas pocas excepciones, en principio, solamente la mera retención de la titularidad goza de un privilegio). La posición del proveedor no cambiaría en el supuesto de que el comprador incurriese en insolvencia, puesto que independientemente de que se equipare o no la retención de la titularidad a una garantía real, el proveedor se encuentra amparado (véase A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6, párr. ...). Con todo, el proveedor tendría que inscribirse (véase A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3, párr. ...) y la cláusula de “totalidad de las cuantías” y la relativa a los frutos y al producto adquirirían prelación sólo a partir de la fecha de inscripción.

4. Garantía global integrada

46. La institución de una única garantía real global sobre todo tipo de bienes muebles se inspira en la observación de que no sólo los diferentes tipos de garantías reales sin desplazamiento sino también la prenda tradicional con desplazamiento o entrega de la posesión se basan en unos pocos principios rectores idénticos. Lo esencial es que el contenido prime sobre la forma. No es pura coincidencia que esta idea haya nacido en Estados de estructura federal, tales como los Estados Unidos de América o el Canadá, lo que explica la aparición del Código de Comercio Uniforme (“UCC”). El UCC, un régimen legal modelo adoptado por los 50 Estados de la Unión, creó una única garantía real global sobre bienes muebles al unificar una multitud de derechos reales con y sin desplazamiento sobre bienes corporales y bienes inmateriales, incluidos los arreglos de transferencia y retención de la titularidad, que existían a tenor de las leyes promulgadas por los diversos estados de la Unión y conforme al *common law* del país. Esta idea se extendió al Canadá, a Nueva Zelandia y a otros países. La Ley Modelo Interamericana de Garantías Mobiliarias sigue un criterio similar en muchos aspectos. La Ley Modelo sobre Operaciones Garantizadas del BERD adopta un enfoque análogo hasta el punto de que establece una “garantía real” específica que puede ser compatible con otros mecanismos de constitución de garantías reales (como por ejemplo, el *leasing* o arriendo con opción a compra) y redefine la retención de la titularidad como una garantía real.

47. Un régimen global e integrado de garantías reales presenta determinadas ventajas. En primer lugar, todas las leyes pertinentes (a menudo numerosas) que tratan sobre las garantías reales sin desplazamiento pueden subsumirse en un solo texto que asegure que sus normas sean coherentes y que su campo de aplicación sea extenso. En segundo lugar, el régimen podrá abarcar las normas relativas a las garantías reales con desplazamiento de la cosa, especialmente la prenda tradicional con desplazamiento y, a la vez, también podrá adaptarse a los requisitos contemporáneos (por ejemplo, mediante la introducción de la noción de control). En tercer lugar, los mecanismos de titularidad tales como la transferencia de garantías reales y la retención de la titularidad podrán ser incorporados al régimen. En cuarto lugar, el régimen también podrá abarcar los acuerdos contractuales que tengan una

función de garantía, tales como los contratos de *leasing*, de compraventa y de reventa.

48. Por lo general, es conveniente que exista cierta coherencia entre la transferencia como garantía de la titularidad y la cesión de créditos por cobrar como garantía. Más controvertida puede resultar la integración de la retención de la titularidad en la medida en que esté destinada a favorecer los créditos de los proveedores como variante de los créditos bancarios de carácter general. Sin embargo, esos objetivos de política pueden lograrse incluso en el marco de un régimen global integrado mediante normas especiales que rijan la constitución, la publicidad, la prelación, la ejecución y la situación en supuestos de insolvencia de un acuerdo de retención de titularidad (o cualesquiera de esos aspectos).

49. El rasgo principal de un enfoque amplio es que el fondo prima sobre la forma para que las partes tengan acceso a todas las formas posibles de garantías para obtener préstamos. Si bien este sistema podrá requerir una redefinición de determinadas operaciones (a saber, la transferencia de la titularidad con fines de garantía o la retención de la titularidad), al menos a los efectos de las leyes relativas a las operaciones garantizadas, ello representa un beneficio para los otorgantes de garantías reales, los acreedores garantizados y los terceros, incluidos los representantes de la insolvencia en caso de insolvencia del otorgante. De lo contrario, las partes podrían eludir los requisitos de publicidad y presentar recursos que le otorgarían ventajas indebidas frente a los demás acreedores.

50. Además, de acuerdo con este sistema, un acreedor que se proponga conceder un préstamo garantizado no se verá obligado a investigar los diversos mecanismos de constitución de garantías reales ni a determinar sus respectivas exigencias y limitaciones, ni tampoco a sopesar sus ventajas e inconvenientes. Análogamente, se aligerará la carga de los acreedores del otorgante de la garantía real o, en su caso, del representante de la masa de insolvencia de éste, que deban tener presentes sus derechos (y obligaciones) frente al acreedor garantizado si, en vez de ocuparse de distintos regímenes, sólo tienen que examinar un único régimen global que prevé una garantía real global. Además, la existencia de tal régimen reducirá el costo de constitución de garantías reales y, por ende, abaratará el crédito garantizado.

51. En supuestos de operaciones transfronterizas se facilitará también el reconocimiento de las garantías reales que nazcan conforme al derecho de un país, si el ordenamiento del país al que se trasladen los bienes gravados prevé un régimen uniforme de garantías reales globales. Tal régimen permitirá regular una variedad muy amplia de garantías reales extranjeras, independientemente de que éstas sean restringidas o de carácter tan global como la del propio régimen.

52. Técnicamente, pueden utilizarse dos métodos legislativos para establecer un régimen de garantías reales globales e integradas. Según una de ellas, se podrán preservar y utilizar las denominaciones de los anteriores mecanismos de constitución de garantías reales, tales como la transferencia de la titularidad. Sin embargo, su constitución y sus efectos como garantías reales se subordinan a un conjunto de normas integradas, en tanto que conservan los efectos de titularidad plena para otros fines (como, por ejemplo, en materia fiscal o contable). De conformidad con otro método ligeramente diferente, las normas aplicables a determinados tipos básicos de contratos que se pueden utilizar para fines de garantía, tales como los contratos de compraventa, de arriendo o de cesión, se complementan

con una cláusula general que establece que, si se utiliza un contrato de compraventa o de arriendo para garantizar créditos, se aplicarán determinadas normas suplementarias (como, por ejemplo, normas relativas a la publicidad o a la ejecución). No existe una diferencia sustancial entre las dos técnicas legislativas respecto de los efectos que se atribuyen a las garantías reales.

B. Resumen y recomendaciones

53. Aun cuando sean limitados, se dan ciertos supuestos en que la prenda con desplazamiento cumple una función valiosa de garantía real (véase el párrafo 13).

54. Un derecho contractual de retención de la titularidad, que faculte al acreedor para vender el bien gravado, funciona igual que una prenda con desplazamiento (véase el párrafo 14).

55. Las garantías reales sin desplazamiento son de suma importancia para todo régimen eficiente y moderno de las operaciones garantizadas. El otorgante de la garantía real precisa de la posesión del bien gravado y el acreedor garantizado debe ser amparado contra todo crédito concurrente en un supuesto de incumplimiento o, más aún, de insolvencia de la empresa otorgante de la garantía (véase el párrafo 15).

56. A la luz de la creciente importancia de los bienes inmateriales como valor constituido en garantía de un crédito, y de la frecuente insuficiencia del régimen legal aplicable a este tipo de bienes, sería conveniente preparar un régimen legal moderno de la garantía real sobre bienes inmateriales. Dicho régimen debería asemejarse lo más posible al régimen de la garantía real sin desplazamiento sobre bienes corporales, habida cuenta de que: a menudo el deudor ofrece la totalidad de su patrimonio como garantía, con inclusión de los bienes tanto inmateriales como corporales; en el marco de operaciones relativas a la constitución de garantías sobre bienes corporales (por ejemplo, la financiación de equipo o de existencias), se pueden constituir garantías reales sobre bienes inmateriales (por ejemplo, sobre los derechos de propiedad intelectual); y el producto de bienes corporales puede consistir en bienes inmateriales. En particular, respecto de los créditos por cobrar, se deberían tener en cuenta, como principios rectores, los principios de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos (por ejemplo, respecto de la transferibilidad de los créditos futuros, la validez de las cesiones globales y de las cesiones realizadas a pesar de la existencia de limitaciones contractuales a la cesión, y el amparo del deudor). Respecto de la constitución de garantías reales sobre bienes inmateriales excluidos, tales como los valores bursátiles, cabría hacer una remisión a la labor de otras organizaciones.

57. Respecto de los mecanismos de la titularidad, como la transferencia de garantías y la retención de la titularidad de bienes corporales, así como la cesión de créditos o de otros bienes inmateriales como garantías, existen dos opciones.

58. Conforme a la primera opción, si un país adopta un régimen de garantía global, sujeto a ciertas excepciones, las normas aplicables a las garantías reales se aplicarían también a los mecanismos de transferencia de la titularidad. Las excepciones podrían consistir en una prelación especial a favor del proveedor (o incluso a favor de un banco que financia la compra de un bien) con la retención de la titularidad, posiblemente sujeta, en determinados casos, a que se notifique a los acreedores la inscripción pública (véase A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3, párr. ...).

59. De acuerdo con la segunda opción, si un país ya cuenta con un régimen jurídico moderno con mecanismos de transferencia de la titularidad pero no para las garantías reales sin desplazamiento y no desea seguir un sistema global integrado, se podrían contemplar dos regímenes separados, uno para las garantías reales sin desplazamiento y otro para los mecanismos de la titularidad. Según ese régimen, la constitución de mecanismos de transferencia de la titularidad se regiría por las normas existentes. No se exigiría cumplir requisitos de publicidad, salvo en aquellos supuestos en los que la legislación existente previera la inscripción de ciertos bienes (como por ejemplo, buques y aeronaves). Sin embargo, a falta de todo requisito de publicidad, los acreedores potenciales tendrían que prever el riesgo de la existencia de un acuerdo de retención de la titularidad en las cláusulas de los contratos de préstamo, lo que podría tener consecuencias negativas para la disponibilidad y el costo del crédito (véase el párrafo 43).

60. En lo que atañe a la ejecución de un acuerdo de retención de la titularidad en el marco de ese régimen, el vendedor podría exigir al comprador la restitución de los bienes y podría disponer de ellos como si fuese el propietario, sin tener que rendir cuentas al comprador (salvo por el reembolso de cualquier parte del precio de compra que hubiese sido pagada). En caso de insolvencia del comprador, el administrador de la insolvencia tendría que pagar el precio de compra pendiente para obtener la titularidad. Si el administrador de la insolvencia decide no pagar, el vendedor podría reclamar los bienes como si fuese el propietario o insistir, como acreedor general, en el pago del precio de compra pendiente (véase el párrafo 41).

61. Para el supuesto de ejecución de la transferencia de la titularidad como garantía, en el marco de esa opción, dos sistemas son al menos posibles, dado que, incluso en los países que no cuentan con un sistema global integrado de garantías, la transferencia de la titularidad es a menudo equiparada a un mecanismo de titularidad o a un mecanismo de constitución de garantía (véase el párrafo 32). Cuando la transferencia de la garantía como titularidad es equiparada a un mecanismo de titularidad, el cesionario puede hacer ejecutar su crédito como si fuese el propietario y no debe rendir cuentas al cedente acerca de cualquier remanente que existiere luego de la enajenación de los bienes gravados y del pago del crédito del cesionario. En caso de insolvencia, los bienes no forman parte de la masa, pero el administrador de la insolvencia puede ejercer cualquier derecho contractual conexo. Si la transferencia de la titularidad como garantía es equiparada a un mecanismo de constitución de garantía, el acreedor, luego de la venta pública o privada de los bienes transferidos y de la satisfacción del crédito garantizado, tiene que rendir cuenta por el remanente. En caso de insolvencia, los bienes forman parte de la masa y se les aplicará el mismo régimen jurídico que a los bienes gravados con garantías reales (véanse los párrafos 33 y 34). También es posible una combinación de estos dos sistemas (en los que las transferencias de garantías son equiparadas, en lo que respecta a su constitución y a determinados efectos, a las transferencias de titularidad, mientras que respecto de la ejecución y la insolvencia se las equipara a los mecanismos de constitución de garantías).

62. Hay buenos motivos para sustituir un régimen de las garantías reales consistente en una variedad de modalidades particulares de constitución de garantías por un régimen que establezca un derecho de garantía integrado y global (véanse los párrafos 46 a 52).