



Asamblea General

Distr. limitada
28 de mayo 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	1-60	1
VII. Derechos y obligaciones de las partes con anterioridad al incumplimiento	1-60	2
A. Observaciones generales	1-45	2
1. Introducción	1-6	2
2. Autonomía contractual	7-10	3
a. Principio de la autonomía contractual.	7	3
b. Limitaciones	8-10	4
3. Reglas de derecho supletorio.	11-45	4
a. Significado.	11-12	4
b. Objetivos del legislador	13-14	5
c. Tipos de reglas supletorias	15-45	5
B. Resumen y recomendaciones	46-60	11



VII. Derechos y obligaciones de las partes con anterioridad al incumplimiento

A. Observaciones generales

1. Introducción

1. Los requisitos para un acuerdo constitutivo de garantía real válido y judicialmente ejecutorio pueden ser mínimos y fáciles de cumplir (véase A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1, párrs. ...). Ahora bien, la eficiencia y previsibilidad de las operaciones garantizadas requieren la incorporación al acuerdo de cláusulas o estipulaciones adicionales en que se resuelvan otros aspectos de la operación. Se alienta a las propias partes a que adapten esas cláusulas y estipulaciones a sus propios deseos y necesidades. Ahora bien, para colmar toda laguna contractual que surja por haber omitido las partes alguna estipulación suplementaria, un régimen moderno de las operaciones garantizadas debe contener reglas de derecho supletorio que definan los derechos y obligaciones de las partes en el acuerdo de garantía con anterioridad al incumplimiento de la operación garantizada. Un ejemplo de disposición de ese tipo sería que se estipulara que los ingresos reportados por los bienes gravados pudieran ser retenidos por el acreedor garantizado para incrementar así el valor del bien gravado o que pudieran utilizarse para pagar la obligación garantizada en caso de incumplimiento.

2. La reglamentación de los derechos y obligaciones de las partes con anterioridad al incumplimiento en el régimen de las operaciones garantizadas aumentará de distintas maneras los grados de eficacia y previsibilidad. Contribuirá a aclarar la posición respectiva de las partes colmando toda laguna eventual del acuerdo de garantía. Permitir a las partes que definan su relación recurriendo a un conjunto de reglas de derecho supletorio constituye también un principio básico de todo régimen eficaz de las operaciones garantizadas sobre bienes muebles, o representa al menos uno de sus corolarios más importantes (véase A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1, párrs. 28 y 30). A este respecto, la Guía comparte principios que han inspirado recientemente numerosas reformas legales (por ejemplo, los artículos 2736 a 2742 del Código Civil de Quebec y los artículos 9-207 a 9-210 del Código de Comercio Uniforme de los Estados Unidos), ciertas leyes modelo regionales (por ejemplo, el artículo 15 de la Ley Modelo sobre Operaciones Garantizadas del Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo (BERD) y el artículo 33 de la Ley Modelo Interamericana de Garantías Mobiliarias), así como ciertos instrumentos internacionales relativos a operaciones de compraventa internacional (por ejemplo, el artículo 6 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías) o los relativos a determinados aspectos de las operaciones garantizadas sobre bienes muebles (por ejemplo, el párrafo 1 del artículo 11 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional y el artículo 16 del Convenio relativo a las garantías reales internacionales sobre bienes de equipo móvil).

3. Además, al permitir asignar derechos y obligaciones al acreedor garantizado y al otorgante de la forma en que ellos mismos probablemente lo convendrían, un conjunto de reglas supletorias contribuirá a reducir los gastos de las operaciones, ya que las partes no tendrán que negociar ni enunciar nuevas disposiciones que ya están debidamente consignadas en esas reglas. Además, si las reglas supletorias son

claras, servirán de orientación a las partes y a los tribunales judiciales o arbitrales, reduciendo la posibilidad de controversias, los gastos ocasionados por ellas y las sentencias incompatibles. Por último, al representar un conjunto de normas a las que las partes no estarán sujetas si no lo desean, las reglas supletorias podrán utilizarse como instrumento de redacción que contenga una lista de cuestiones que las partes deberán examinar en el momento de negociar y concertar un acuerdo constitutivo de garantía real.

4. Además, las reglas supletorias permiten que el principio de la autonomía contractual funcione de forma totalmente beneficiosa para las partes. Ello es particularmente importante en las operaciones a largo plazo o en otras operaciones en que las partes no puedan prever todo o, incluso, en que tengan derecho a aplicar un criterio flexible, habida cuenta de que el requisito de que las partes formalicen toda enmienda o complemento del acuerdo subsiguiente a la concertación ocasionaría considerables gastos de tramitación, que correrían en última instancia por cuenta del otorgante.

5. Se han fijado tres límites al alcance del presente capítulo. En primer lugar, no se ocupará de las condiciones requeridas para que se constituya una garantía real (por ejemplo, los datos mínimos que han de figurar en el acuerdo), ya que su función es distinta, por lo que esas condiciones son examinadas en el capítulo IV (véase A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.3, párrs. 48 a 60). En segundo lugar, este capítulo no se ocupará de los derechos y obligaciones de las partes en un acuerdo de garantía a raíz del incumplimiento, ya que el incumplimiento plantea cuestiones que se rigen por otros principios que se examinarán en el capítulo VIII (véase A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.5). Y, en tercer lugar, en este capítulo no se pretende hacer una lista exhaustiva de las cuestiones que las partes tal vez desearán examinar en el momento de iniciar las negociaciones contractuales, sino que se ofrece, por necesidad, sólo una lista indicativa o no exhaustiva de los derechos y obligaciones en que probablemente convendrán las partes que negocien una operación garantizada ordinaria.

6. El examen inicial que se hace a continuación se centra en dos importantes cuestiones de fondo. La primera se refiere al principio de la autonomía contractual y al margen que se ha de dar a las partes para perfilar los términos de su propio acuerdo de garantía (siempre que ese acuerdo cumpla con los requisitos de fondo y de forma para la constitución de una garantía real). La segunda cuestión se refiere a la índole y al número de reglas supletorias que deben enunciarse en una legislación moderna sobre las operaciones garantizadas, a fin de prever el carácter variable y evolutivo de las operaciones garantizadas. Al final de este capítulo se esboza una serie de recomendaciones sobre reglas supletorias recomendadas.

2. Autonomía contractual

a. Principio de la autonomía contractual

7. Con la salvedad del respeto debido a la legislación de protección del consumidor o a consideraciones similares de orden público, el principio de la autonomía contractual debe regir la relación entre las partes en todo acuerdo constitutivo de una garantía real, previo al incumplimiento de la operación garantizada. Si bien la entidad que concede crédito financiero tiene un notable margen de maniobra para determinar el contenido del acuerdo de garantía gracias a

la autonomía contractual, ésta también permite ampliar la oferta de crédito financiero a menor costo para el otorgante.

b. Limitaciones

8. El acreedor garantizado y el otorgante deben poder estipular libremente sus mutuos derechos y obligaciones. Con todo, esa libertad se limita a los aspectos contractuales y no ha de extenderse a los efectos del régimen de la propiedad dimanantes del acuerdo de garantía. La autonomía contractual se aplica a las partes en el acuerdo de garantía (o sea, el acreedor garantizado y el otorgante,) y no debe afectar a los derechos ni a las obligaciones de personas que no sean partes en ese acuerdo.

9. Ya que es imposible prever todas las circunstancias en que vaya a necesitarse una garantía real para respaldar el cumplimiento de una obligación, es aconsejable limitar las restricciones que reduzcan la capacidad de las partes para adaptar la operación garantizada a sus propias necesidades y a las circunstancias del caso. Debe imponerse, no obstante, cierto límite a la autonomía contractual a fin de que el acreedor garantizado no abuse de su posición (véase el ejemplo de la constitución de garantías por valor notablemente superior al de la obligación garantizada en el documento A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add. 1, párrs. ...). Esos límites deben asentarse claramente en principios de orden público y, en particular, en el principio de la buena fe y de la equidad comercial.

10. Dentro de esos límites, que cada país determinará a su arbitrio fundándose en sus propios criterios de orden público, las partes deben gozar de la mayor autonomía posible para:

- i) convenir en las cláusulas o condiciones de su acuerdo de garantía;
- ii) definir la obligación que se ha de garantizar y los hechos que serán constitutivos de su incumplimiento; y
- iii) determinar cuáles son las facultades de que dispondrá, en su caso, el otorgante sobre los bienes gravados.

3. Reglas de derecho supletorio

a. Significado

11. Las reglas que figuran en el presente capítulo se aplicarán únicamente si las partes no han convenido otra cosa. Serán de aplicación automática, salvo que se demuestre que las partes obraron con la intención de excluirlas. La terminología utilizada para identificar estas reglas, destinadas a ser aplicables “salvo acuerdo en contrario de las partes”, varía de un país a otro (por ejemplo, *jus dispositivum*, *lois supplétives*, normas supletorias, reglas de derecho supletorio o de derecho no imperativo o facultativo). Cualquiera que sea la terminología que se emplee, debe quedar claro que estas reglas serán aplicables y ejecutables en la medida en que las partes no hayan convenido otra cosa.

12. Las reglas supletorias que se examinan en el presente capítulo prevén únicamente los incidentes más frecuentes o comunes que plantean las operaciones garantizadas, estableciendo al respecto todo derecho u obligación que el legislador

pueda suponer razonablemente que las partes hubieran deseado estipular, pese a no haberlo hecho explícitamente en el acuerdo constitutivo de su garantía real.

b. Objetivos del legislador

13. Toda regla supletoria debe basarse en objetivos de orden público, tales como la asignación razonable de la responsabilidad de custodiar o cuidar el bien gravado y preservar su valor previo al incumplimiento. Toda condición o estipulación adicional del acuerdo de constitución de la garantía, por la que se desee amparar a los prestamistas garantizados o al otorgante, deben dejarse a la iniciativa de las partes en el acuerdo. Por ejemplo, las partes podrían desear estipular en su acuerdo la ley que regulará sus mutuos derechos y obligaciones o convenir en que el otorgante depositará en una determinada cuenta de depósito el producto de todo seguro que obtenga por la pérdida del bien gravado. Esos ejemplos ilustran meramente algunos de los muchos incidentes que las partes suelen estipular expresamente en el acuerdo de garantía.

14. Las reglas supletorias deben reflejar las necesidades y prácticas de cada derecho interno. No obstante, es probable que en la mayoría de los países se reconozcan las ventajas de introducir reglas supletorias que incentiven la oferta de crédito financiero a un precio favorable y estimulen un comportamiento responsable por parte de aquél bajo cuyo control y custodia vaya a quedar el bien gravado. Por ejemplo, la mayor parte de los derechos internos aceptarían una regla supletoria que otorgara al acreedor garantizado el derecho a que se le reembolsaran los gastos justificados que le haya ocasionado la preservación del bien gravado.

c. Tipos de reglas supletorias

15. Se ha de hacer una distinción entre aquellos derechos y obligaciones que son propios del acreedor garantizado que esté en posesión del bien gravado (garantía real con desplazamiento), aquellos que son propios del otorgante en cuyo poder vaya a quedar el bien gravado (derechos de garantía sin desplazamiento) y aquellos que son comunes al titular del derecho real de garantía con desplazamiento y al titular del derecho real de garantía sin desplazamiento de la posesión.

i. Garantía real posesoria o con desplazamiento

16. En el marco de una garantía real con desplazamiento, las reglas supletorias deben servir como mínimo para preservar el valor de los bienes gravados, especialmente si esos bienes son productivos o reportan frutos. Entre esos derechos y deberes de un acreedor garantizado en posesión del bien gravado cabe citar los siguientes:

a) Deber de custodia

17. Puede alentarse un comportamiento responsable por parte del acreedor garantizado en posesión del bien gravado imponiéndole el deber de obrar con el cuidado debido en la custodia de dicho bien. Si bien las partes no podrán excluir el deber de custodia ni eximir al acreedor garantizado de su responsabilidad por incumplimiento, pueden establecer distintos grados y modalidades en que puede ejercerse este deber de custodia. El alcance y las modalidades de este deber varía en función de la naturaleza de los bienes. En el caso de bienes corporales, consistirá en

la preservación física de los bienes (en cuanto a los bienes inmateriales, véanse los párrafos 19 y 34).

18. El deber de custodia deberá ejercerse según proceda en las circunstancias de cada caso. En algunos casos, no será razonable esperar que el otorgante supervise el bien gravado y convendrá que el acreedor garantizado en posesión de la garantía real asuma el deber de custodia. En otros casos, bastará con que el acreedor garantizado notifique al otorgante, que tal vez esté en mejores condiciones de adoptar las medidas necesarias para preservar los bienes (aunque no en los locales del otorgante, ya que la devolución de los bienes gravados puede acarrear la extinción de la garantía real). Como es imposible describir con precisión en una regla supletoria las distintas formas que puede tener el deber de custodia en diferentes circunstancias, conviene enunciar la regla supletoria en términos amplios.

b) Deber de adoptar otras medidas para salvaguardar los derechos del otorgante sobre bienes inmateriales

19. Si el bien gravado consiste en un derecho de pago incorporado a un título negociable, el deber de custodia no se limita a la preservación física del documento en que consta tal derecho de pago. Abarcará también la obligación de adoptar las medidas necesarias para mantener o salvaguardar los derechos del otorgante frente a los derechos de otras partes, vinculadas previamente al título negociable. Así pues, si las partes no convienen otra cosa, esas medidas podrán consistir, por ejemplo, en presentar el título, un protesto, si procede, y la notificación de la desatención. Corresponde asimismo a un acreedor garantizado en posesión de un bien gravado en forma de título negociable salvaguardar los derechos del otorgante adoptando las medidas que correspondan contra personas secundariamente responsables respecto del mismo título (es decir, los garantes).

c) Derecho a hacer uso razonable del bien gravado

20. Debe permitirse que el acreedor garantizado utilice o explote el bien gravado en todo lo que favorezca su preservación y mantenimiento, siempre que ello se haga de manera y en un grado razonable.

d) Deber de preservar el carácter identificable del bien gravado

21. Si los bienes gravados no son fungibles, el acreedor garantizado deberá mantener todo bien corporal en forma identificable y no mezclarlo con otros. Si los bienes gravados son fungibles y se mezclan con otros, el deber del acreedor garantizado de preservar el carácter identificable de esos bienes consistirá en mantener la misma cantidad de bienes de idéntica calidad y valor a los bienes originalmente constituidos en garantía.

e) Deber de permitir que el otorgante inspeccione el bien gravado

22. Otra obligación del acreedor garantizado en cuyo poder obre el bien gravado es permitir que el otorgante inspeccione el bien o los bienes gravados en todo momento oportuno.

f) Derecho a retener todo producto o fruto civil o natural a título de garantía adicional

23. El acreedor garantizado deberá estar facultado para retener, a título de garantía adicional, todo producto monetario o no monetario o “fruto civil” (véase A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.3, párrs. 36 y 37) dimanante de dicho bien, para destinarlo al pago de la obligación garantizada, salvo que las partes convinieran otra cosa en el acuerdo de garantía.

g) Derecho a ceder la obligación garantizada y la garantía real

24. Todo acreedor garantizado debe estar facultado para ceder la obligación garantizada y la garantía real (incluso en los ordenamientos en que se limite contractualmente el derecho a la cesión; véase el párrafo 1 del artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos). En casos excepcionales, podrá asignarse la garantía real independientemente de la obligación que respalda (por ejemplo, cuando se transfiera a una institución financiera la garantía real de una sociedad matriz constituida sobre los bienes de una filial, con el fin de obtener un nuevo préstamo para la filial).

h) Derecho a “subpignorar” el bien gravado

25. En algunos ordenamientos se faculta al acreedor garantizado para constituir una garantía real sobre el bien gravado que obre en su poder a título de garantía de la deuda (“subpignorción del bien gravado”), con tal de que no se ponga en peligro el derecho del otorgante a recuperar su bien una vez que haya cumplido su obligación. En otros ordenamientos no se faculta al acreedor garantizado en posesión de la garantía para subpignorar el bien gravado, aun cuando lo haga de forma que no socave el derecho del otorgante a recuperar su bien una vez que haya cumplido su obligación. No obstante, el derecho del acreedor garantizado a la subpignorción es corriente en el marco de las operaciones garantizadas relacionadas con garantías reales sobre valores bursátiles (la presente Guía no se ocupa de este tipo de garantías reales).

i) Derecho a asegurarse contra toda pérdida o daño del bien gravado

26. El riesgo de pérdida o deterioro del bien gravado sigue recayendo sobre el otorgante pese a la constitución de la garantía real (en la mayoría de los ordenamientos jurídicos el otorgante conservará un derecho real sobre el bien gravado). No obstante, el acreedor garantizado obrará en su propio interés si saca un seguro completo para el bien gravado. Por ello, debe facultarse al acreedor garantizado a negociar un seguro en nombre del otorgante, que deberá reembolsarle el gasto realizado en esta gestión.

j) Derecho a abonar impuestos en nombre del otorgante

27. Todo impuesto que recaiga sobre el bien o bienes gravados será también imputable al otorgante. Ahora bien, todo acreedor garantizado debe estar facultado para pagar esos impuestos en nombre del otorgante con miras a amparar su garantía real sobre dicho bien. Ese pago tributario será tenido por gasto justificado, al haberse realizado en la custodia del bien gravado, por lo que el acreedor garantizado tendrá derecho a que le sea reembolsado.

k) Derecho al reembolso de gastos justificados

28. Los gastos necesarios para la custodia y la conservación de los bienes gravados mientras estén en posesión del acreedor garantizado deberían correr a cargo del otorgante. Si estos gastos son realizados por el acreedor garantizado en posesión del bien gravado y en cumplimiento de su deber de custodia, éste tiene derecho a que el otorgante le reembolse dichos gastos. Las primas de seguros (véase el párrafo 26) y los pagos fiscales (véase el párrafo 27) son ejemplos de gastos justificados cuyo reembolso tiene derecho a exigir el acreedor garantizado al otorgante.

29. En el acuerdo de garantía cabe prever otros modos de asignar los gastos derivados de la conservación y custodia de los bienes gravados. Además, el acuerdo de garantía puede prever otros tipos de gastos que pueden proteger más el derecho del acreedor garantizado sobre los bienes gravados que el del otorgante. Aun cuando esos gastos estén justificados, no deberían correr a cargo del otorgante como forma de derecho supletorio. No obstante, el pago de esos gastos puede corresponder al otorgante si el acuerdo de garantía lo prevé así.

l) Obligación de restituir el bien gravado

30. Una vez satisfecha la obligación garantizada, el acreedor que esté en posesión del bien gravado debe restituirlo al otorgante. Dado que el acreedor garantizado no puede desvincularse de esta obligación, normalmente esta regla no será supletoria sino imperativa.

ii. Garantías reales sin desplazamiento o entrega de la posesión

31. Como objetivo clave para su eficiencia, todo régimen de las operaciones garantizadas debe alentar un comportamiento responsable por parte del otorgante que siga en posesión de los bienes gravados (véase A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1, párr. 33). Por consiguiente, toda la normativa supletoria de la garantía real sin desplazamiento está destinada a amparar el valor económico de los bienes del otorgante (véase A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1, párr. 28). Alentar la explotación económica de los bienes del otorgante propicia su rentabilidad para éste, mientras que preservar el valor de los bienes gravados, previo al incumplimiento del deudor, responde al objetivo de optimizar el valor de liquidación de dichos bienes en provecho del acreedor garantizado.

a) Deber de permitir toda inspección por parte del acreedor garantizado

32. El acreedor garantizado debe tener el derecho a supervisar las condiciones de custodia del bien gravado que obre en poder del otorgante. A tal efecto, el otorgante estará obligado a permitir toda inspección oportuna de ese bien por el acreedor garantizado.

b) Deber de mantener los bienes gravados debidamente asegurados y de tributar por ellos

33. El deber de custodiar el bien gravado, que se asigna al otorgante que esté en posesión del mismo, entraña el deber de mantener dicho bien bajo la cobertura adecuada de un seguro y el deber de pagar oportunamente toda carga tributaria que pese sobre el mismo. Si corresponde al acreedor garantizado asumir esos gastos por

este concepto, tiene derecho a ser reembolsado por el otorgante, cuya obligación de reembolso estará cubierta por su garantía real (véanse los párrafos 26 y 27).

c) Deber de adoptar medidas para preservar todo derecho que recaiga sobre el bien gravado

34. Tratándose de bienes inmateriales gravados, tales como el derecho del otorgante a ser pagado por medio de créditos por cobrar (por ejemplo, una cuenta de depósito, regalías o derechos de patente, derechos de autor y marcas comerciales), el aspecto más importante del deber de custodia del otorgante consistirá en adoptar toda medida necesaria para preservar esos derechos, independientemente de si están incorporados o no a un título negociable (véase el párrafo 19).

d) Derecho a percibir el producto o los “frutos civiles”

35. Todo incremento o beneficio generado por los bienes gravados en posesión del otorgante, independientemente de si esos bienes suplementarios se consideran o no frutos civiles o naturales o producto (sobre esta cuestión, véase A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1, párrs. ...), quedarán automáticamente sujetos al derecho real de garantía que tenga el acreedor garantizado, a menos que se convenga otra cosa (véase el párrafo 23).

e) Deber de llevar un expediente adecuado de su administración y de rendir cuentas

36. Cuando los bienes gravados sean bienes rentables, que se dejan en posesión del otorgante, siempre que el derecho real de garantía englobe las rentas o ingresos generados por el bien, el otorgante puede tener que llevar expedientes adecuados y rendir razonablemente cuenta de la disposición y administración del producto o de los frutos reportados por los bienes gravados.

f) Derecho a utilizar, mezclar, procesar y entremezclar los bienes gravados y a disponer de ellos

37. El otorgante en posesión del bien gravado está facultado para utilizar, mezclar, procesar o entremezclar los bienes gravados con otros bienes. En principio, el otorgante no debería tener derecho a disponer de los bienes gravados sin la autorización del acreedor garantizado. No obstante, a título de excepción, el otorgante puede disponer de los bienes gravados siempre y cuando lo haga en el giro normal de su negocio (véase A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3, párrs. ...).

38. En el caso de una disposición de bienes gravados que produzca la extinción del derecho de garantía sobre esos bienes, la garantía real puede abarcar también el producto (para un análisis de esta cuestión, véase A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.3, párrs. 41 a 47).

g) Derecho a otorgar otra garantía real constituida sobre el mismo bien

39. El otorgante debe estar facultado para conferir una garantía real subsiguiente sobre un bien ya gravado.

h) Deber del acreedor garantizado a cancelar la inscripción o a adoptar otras medidas

40. Una vez cumplida en su totalidad la obligación garantizada, el acreedor garantizado debe liberar el bien gravado de la garantía real y solicitar la cancelación de la inscripción del derecho real de garantía o adoptar las medidas pertinentes para dar aviso de que los bienes del otorgante ya no están sujetos a ninguna garantía real (dado que el acreedor garantizado no puede desvincularse de esa obligación, normalmente esta regla no será de derecho supletorio sino imperativo).

iii. Garantías con y sin desplazamiento de la posesión

a) Deber de custodia

41. Si el bien gravado es un bien corporal, el deber de custodia se refiere principalmente a la preservación del bien (véase el párrafo 17). Si se trata de un bien inmaterial, el deber de custodia del acreedor garantizado comprenderá tanto la preservación física de todo título como la adopción de las medidas necesarias para defender y hacer cumplir el derecho de cobro enunciado en el título (véanse también los párrafos 19 y 34).

b) Deber del otorgante de compensar toda desvalorización imprevista

42. Si los bienes gravados sufrieran una desvalorización notable que no se hubiera podido prever al celebrar el acuerdo de garantía, el otorgante podría tener que ofrecer una garantía suplementaria para compensar la considerable e imprevista pérdida de valor.

43. En caso de desvalorización previsible del bien gravado debida al paso del tiempo o a las condiciones del mercado, las partes en el acuerdo de garantía tal vez deseen convenir en que, si la desvalorización alcanza un nivel considerable, el otorgante pueda tener que ofrecer una garantía suplementaria o el acreedor garantizado pueda asimilar tal pérdida de valor a un incumplimiento.

c) Derecho a ceder la garantía real junto con la obligación garantizada

44. El acreedor garantizado puede ceder libremente la obligación garantizada, con lo cual cede normalmente también la garantía real (véase, por ejemplo, el artículo 10 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos; en algunos casos, el acreedor garantizado puede ceder la garantía real sin la obligación garantizada; véase el párrafo 24). Tras tal cesión, el cesionario o beneficiario de la transferencia hereda todos los derechos y obligaciones del acreedor garantizado originario.

d) Deber del acreedor garantizado de restituir el bien gravado o renunciar de otro modo al derecho de garantía

45. Una vez cumplida en su totalidad la obligación garantizada, el acreedor garantizado que esté en posesión del bien gravado debe restituirlo al otorgante (véase el párrafo 30). En el caso de una garantía sin desplazamiento de la posesión inscrita en un registro público, el acreedor garantizado debe solicitar la cancelación de la garantía real o dar aviso de que el bien está liberado de su gravamen (véase el párrafo 40).

B. Resumen y recomendaciones

46. Las reglas de derecho supletorio que figuran en el presente capítulo tratan de aclarar cuáles deben ser los derechos y las obligaciones de las partes en un acuerdo constitutivo de una garantía real con anterioridad al incumplimiento de la operación garantizada. Estas reglas se refieren únicamente a los derechos y obligaciones contractuales antes del incumplimiento, con la salvedad de los efectos del acuerdo de garantía en cuanto a la propiedad y la relación entre las partes después del incumplimiento.

47. Estas reglas son de índole facultativa, y por tanto no imperativas, por lo que la expresión, “salvo acuerdo en contrario”, debe ser entendida como preámbulo de todo derecho o deber asignado, por esas reglas, a las partes. Un corolario del carácter facultativo de estas reglas es que las partes podrán, por vía contractual, renunciar a todo derecho o rechazar todo deber dimanante de esas reglas, o podrán modificarlas, salvo que esa renuncia o modificación sea contraria al orden público de derecho interno o que contradiga algún principio inderogable de buena fe o de equidad comercial.

48. En principio, las partes en una operación garantizada deben tener libertad para concertar las características de su relación, a reserva de los límites impuestos por el orden público (*ordre public*) y por la protección de los terceros. Por ejemplo, el acreedor garantizado en posesión no puede incumplir la obligación de restituir el bien gravado al otorgante una vez pagada la obligación garantizada (véanse los párrafos 30, 40 y 45).

49. Todo acreedor garantizado, en posesión del bien gravado, debe custodiar, preservar y mantener el bien en buen estado. El acreedor garantizado está igualmente obligado a efectuar toda reparación necesaria para mantener dicho bien en ese estado. De tratarse de bienes muebles corporales, el acreedor garantizado deberá velar por que sigan siendo debidamente identificables. Si esos bienes son fungibles, el deber de diligencia comprende la obligación de preservar la misma cantidad de bienes gravados con idéntica calidad y valor.

50. Cuando el bien gravado consista en el derecho del otorgante a cobrar ciertas sumas de dinero, independientemente de si ese derecho figura enunciado en un título, la obligación de custodia que ha de asumir el acreedor garantizado incluirá el deber de preservar todo derecho del otorgante frente a cualquier persona secundariamente responsable.

51. El acreedor garantizado en posesión debe permitir que el otorgante inspeccione oportunamente el bien gravado. De cumplirse plenamente la obligación garantizada, el acreedor garantizado deberá devolver el bien gravado al otorgante.

52. El acreedor garantizado en cuyo poder obre el bien gravado puede estar facultado para retener, a título de garantía adicional, todo incremento o beneficio que produzca dicho bien. En caso de producto monetario, el acreedor garantizado puede destinarlo al pago de la obligación garantizada o remitirlo al otorgante.

53. Salvo en un número limitado de circunstancias, el acreedor garantizado no podrá constituir una garantía real sobre los bienes gravados que estén en su posesión.

54. Todo gasto razonable que realice el acreedor garantizado en el cumplimiento de su obligación de custodia (por concepto de seguros y pago de impuestos) le deberá ser reembolsado. Ese derecho del acreedor garantizado a ser reembolsado por esos gastos deberá estar igualmente garantizado por el bien gravado.
55. En el marco de una garantía real sin desplazamiento, el otorgante, facultado para retener la posesión del bien gravado, deberá estar a su vez sujeto a un deber de custodia y preservación de dicho bien. En el cumplimiento de este deber, el otorgante deberá sufragar los gastos necesarios por concepto de primas de seguro, impuestos y otros derechos o cargas.
56. El otorgante en posesión de los bienes gravados podrá utilizarlos, procesarlos, mezclarlos y entremezclarlos con otros bienes, así como disponer de ellos en el giro normal de su negocio. La garantía real puede hacerse extensiva al producto o a los “frutos civiles” que genere el bien gravado.
57. El otorgante podrá también otorgar una garantía real subsiguiente sobre los bienes gravados que estén en su posesión.
58. El deudor en posesión de los bienes gravados debe permitir que el acreedor garantizado supervise oportunamente los bienes. En el caso de bienes gravados que reporten ingresos, el otorgante está obligado a mantener expedientes adecuados en que se detalle la forma en que se administran los bienes gravados o en que se dispone de ellos.
59. De tratarse de bienes inmateriales, la obligación de custodia del otorgante abarcará el ejercicio oportuno, o la salvaguardia, de todo derecho del otorgante a ser pagado o la adopción de toda medida que sea necesaria para cobrar oportunamente toda suma que le sea debida, por concepto de dichos bienes.
60. Una vez cumplida plenamente la obligación garantizada, todo acreedor garantizado deberá solicitar que se borre la garantía real del registro o adoptar las medidas pertinentes para avisar a los terceros de que los bienes han dejado de estar gravados.
-