



Asamblea General

Distr. limitada
17 de julio de 2006
Español
Original: inglés

**Comisión de las Naciones Unidas para
el Derecho Mercantil Internacional**
Grupo de Trabajo VI (Garantías reales)
11º período de sesiones
Viena, 4 a 8 de diciembre de 2006

Garantías reales

Proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas: terminología y recomendaciones

Nota de la Secretaría

Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
Terminología y reglas de interpretación.....	1-3	3
Recomendaciones	1-227	13
I. Objetivos clave de un régimen de las operaciones garantizadas eficiente y eficaz	1	13
II. Ámbito de aplicación	2-7	14
III. Enfoques básicos de las garantías reales y otras reglas de carácter general	8-11	18
IV. Constitución de una garantía real (eficacia entre las partes).....	12-29	19
A. Recomendaciones generales	12-21	20
B. Recomendaciones específicamente relacionadas con los bienes	22-29	22
V. Eficacia de la garantía real frente a terceros.....	30-54	30
A. Recomendaciones generales	30-44	31
B. Recomendaciones específicamente relacionadas con los bienes	45-54	37
VI. El sistema de inscripción registral.....	55-71	41
VII. Prelación de una garantía real sobre los derechos de demandantes concurrentes	72-105	49



	A.	Recomendaciones generales	72-88	49
	B.	Recomendaciones específicamente relacionadas con los bienes	89-105	58
VIII.		Derechos y obligaciones de las partes	106-111	66
	A.	Recomendaciones generales	106-107	67
	B.	Recomendaciones específicamente relacionadas con los bienes	108-111	67
IX.		Derechos y obligaciones de terceros deudores	112-125	69
	A.	Derechos y obligaciones del deudor del crédito	112-118	69
	B.	Derechos y obligaciones de la parte obligada en virtud de un título negociable	119	72
	C.	Derechos y obligaciones del banco depositario	120-121	72
	D.	Derechos y obligaciones del garante/emisor, del confirmante o de la persona designada en una promesa independiente	122-124	73
	E.	Derechos y obligaciones del emisor de un documento negociable	125	74
X.		Incumplimiento y vía ejecutoria	126-170	75
	A.	Recomendaciones generales	126-159	75
	B.	Recomendaciones específicamente relacionadas con los bienes	160-170	84
XI.		Insolvencia	171-181	87
	A.	Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia: definiciones y recomendaciones		87
	B.	Recomendaciones adicionales relativas a la insolvencia de la guía sobre las operaciones garantizadas	171-181	96
XII.		Mecanismos de financiación de adquisiciones	182-194	101
	A.	Enfoque unitario de los mecanismos de financiación de adquisiciones	182-194	101
	B.	Enfoque no unitario de los mecanismos de financiación de adquisiciones	182-194	106
XIII.		Conflicto de leyes	195-217	113
	A.	Recomendaciones generales	195-206	113
	B.	Recomendaciones específicamente relacionadas con los bienes	207-213	119
	C.	Reglas especiales cuando el derecho aplicable es el de un Estado con varias unidades territoriales	214-217	124
XIV.		Transición	218-227	125

Terminología y reglas de interpretación¹

1. En la presente Guía se ha adoptado cierta terminología para expresar los conceptos básicos de todo régimen eficaz de las operaciones garantizadas. Los términos utilizados no se han tomado de ningún ordenamiento jurídico en particular. Aun cuando cierto término resulte ser el mismo que el empleado en una determinada legislación nacional, es posible que no se utilice en el mismo sentido. Se ha adoptado este criterio con objeto de ofrecer al lector un vocabulario y un marco conceptual comunes e impulsar la armonización del régimen de las garantías reales.

2. La conjunción “o” no pretende ser exclusiva; el uso del singular implica también el plural y viceversa; en las frases que empiecen con “incluido” e “inclusive” no se pretende dar una enumeración exhaustiva; la forma verbal “podrá” indica una posible opción, mientras que la forma verbal “deberá” indica una obligación; y las palabras “tales como” y “por ejemplo” deben interpretarse del mismo modo que las palabras “incluido” o “inclusive”. [Por “acreedores” deberían entenderse los acreedores del Estado del foro y los acreedores extranjeros, a menos que se especifique otra cosa.]. La palabra “persona” se entenderá tanto como persona física como persona jurídica, a menos que se especifique otra cosa. El término “ley” o “régimen” en todo el proyecto de guía pretende abarcar tanto el derecho legislativo como el de origen no legislativo. La expresión “la ley que rige los títulos negociables” o toda expresión similar abarca todo el derecho que sea aplicable a los títulos negociables, no sólo la legislación sobre títulos negociables sino también el derecho de los contratos y otro tipo de derecho que pudiera ser aplicable. La misma regla se aplica a la frase “la ley que rige los documentos negociables”.

3. En los siguientes párrafos se enumeran los principales términos y conceptos empleados y se indica el significado básico que tienen en la presente Guía. Ese significado se define con mayor precisión en capítulos subsiguientes, en los que también se definen y utilizan otros términos y conceptos (como es el caso, por ejemplo, en el capítulo relativo a la insolvencia). Las definiciones deberán leerse junto con las recomendaciones pertinentes.

a) por “garantía real” se entenderá un derecho de origen contractual constituido sobre bienes muebles o bienes incorporados (accesorios fijos) por el que se garantice el pago u otro tipo de cumplimiento de una o más obligaciones, independientemente de que las partes lo hayan calificado de garantía real. Las garantías reales incluyen las garantías reales para compras y las garantías reales no destinadas a adquisiciones. Con respecto a los créditos por cobrar, se entenderá por garantía real toda cesión directa de un crédito por cobrar, así como toda cesión mediante garantía. En la presente Guía las “garantías reales” también se entenderán referidas al “derecho de un cesionario de créditos por cobrar”;

b) Por “garantía real para financiar compras” se entenderá, en el contexto de un enfoque unitario, toda garantía real constituida sobre un bien que respalde la obligación de pagar una parte no abonada del precio de compra del bien o el

¹ Las definiciones y las reglas de interpretación forman parte del comentario, y no de las recomendaciones de la Guía. Se incluyen en el presente documento para facilitar su consulta por el Grupo de Trabajo. Salvo indicación en contrario, esas definiciones y reglas de interpretación se basan en las contenidas en el documento A/CN.9/WG.VI/WP.27/Add.1.

cumplimiento de una obligación contraída para permitir al otorgante adquirir el bien. Las garantías reales para financiar compras abarcan las garantías denominadas reales, así como los derechos adquiridos en ventas con retención de la titularidad, las operaciones de arriendo y compra, los arrendamientos financieros y las operaciones de préstamo del dinero para financiar compras. Se entenderá que el “otorgante” de una garantía real para financiar compras incluye al comprador, al arrendatario financiero o al otorgante en una operación de préstamo para financiar una compra. Se entenderá por “financiador de adquisiciones” todo acreedor garantizado que tenga un derecho de garantía para compras e incluirá al vendedor con retención de titularidad, al arrendador financiero o al prestamista de dinero para la adquisición;

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee definir los mecanismos para la financiación de adquisiciones en términos del siguiente tenor:

“Por mecanismos de financiación de adquisiciones [en el contexto de un enfoque unitario] se entenderán los arreglos que, prescindiendo de si se denominan o no mecanismos de garantía, permiten a una persona adquirir la posesión o la utilización de un bien, quedando sujeta a la obligación de pagar el precio a una persona que retiene la garantía real sobre los bienes hasta que se abone el precio.”

Esta definición podría insertarse justo antes de la definición de “garantía real para financiar compras”.

El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar las siguientes definiciones suplementarias que son necesarias para un enfoque no unitario y que tendrían el siguiente tenor:

a) Por “mecanismos de retención de la titularidad [en el contexto de un enfoque unitario]” se entenderán los arreglos que permiten a una persona adquirir la posesión o la utilización de bienes, quedando sujeta a la obligación de pagar su precio a una persona que conserva la titularidad sobre los bienes hasta que se abone el precio. Entre los mecanismos de retención de la titularidad [en el contexto de un enfoque unitario] figuran las ventas con retención de la titularidad, los acuerdos de arrendamiento y compra, los arrendos financieros y las operaciones de préstamo de dinero para adquisiciones; y

b) “Derecho de propiedad en virtud de un mecanismo de retención de la titularidad” [en el contexto de un enfoque unitario] es la propiedad de un bien que respalda la obligación de pagar toda parte no abonada del precio de compra del bien u otra obligación contraída para que el comprador, el arrendatario financiero o el otorgante puedan adquirir el bien.” (Para esta nota, véase A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.5, nota a las definiciones.)

c) Por “obligación garantizada” se entenderá toda obligación cuyo cumplimiento esté asegurado por una garantía real;

d) Por “acreedor garantizado” se entenderá todo acreedor cuyo crédito esté respaldado por una garantía real. En la presente Guía, el concepto de “acreedor garantizado” se entenderá también referido al “cesionario”;

e) Por “deudor” se entenderá la persona a quien corresponda cumplir la obligación garantizada [incluidos los obligados secundarios, por ejemplo, los

garantes de una obligación]. El deudor no es necesariamente la persona que constituye la garantía real en beneficio del acreedor (véase “otorgante”);

f) Por “otorgante” se entenderá la persona que constituya una garantía real sobre uno o más de sus bienes en favor de un acreedor con objeto de respaldar su propia obligación o la de otra persona (véase “deudor”). En la presente Guía, el concepto de “otorgante” se entenderá también referido al “cedente”;

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que la tercera frase de las definiciones de “garantía real”, y la segunda frase de las definiciones de “acreedor garantizado” y “otorgante” tienen la finalidad de asegurar que las recomendaciones generales sean aplicables a las garantías reales sobre créditos por cobrar y a las transferencias puras y simples de tales créditos, salvo que se disponga otra cosa.]

g) Por “acuerdo de garantía” se entenderá un acuerdo concertado entre un otorgante y un acreedor, cualquiera sea su forma o su terminología, por el que se constituya una garantía real;

h) Por “bien gravado” se entenderá un bien corporal o inmaterial sobre el que se haya constituido una garantía;

i) Por “bienes corporales” se entenderá todo tipo de bienes muebles físicos. Entrarán en esta categoría las existencias, los bienes de equipo, los bienes incorporados o accesorios fijos, los títulos negociables y los documentos negociables;

j) Por “existencias” se entenderá todo bien corporal almacenado para su venta o arriendo en el curso ordinario de los negocios, así como las materias primas y los bienes semielaborados (en fase de elaboración);

k) Por “bienes de equipo” se entenderá todo bien corporal que una persona haya de utilizar en la explotación de su negocio;

l) Por “bienes incorporados a bienes inmuebles” se entenderá todo bien corporal que esté tan firmemente adherido o incorporado a un bien inmueble, sin que por ello pierda la condición de bien mueble, conforme a la legislación del Estado en que se encuentre;

[Nota para el Grupo de Trabajo: Tal vez deba señalarse que en el comentario se ofrecerán ejemplos de accesorios fijos de un inmueble (por ejemplo, un acondicionador de aire o un horno pero no los ladrillos y el cemento de un edificio.)

m) Por “accesorios fijos de otro bien mueble” se entenderá todo bien corporal que esté tan firmemente adherido o incorporado a otro bien mueble [que pueda considerarse parte de dicho bien mueble conforme a una ley distinta del presente régimen];

[Nota para el Grupo de Trabajo: Tal vez deba señalarse que en el comentario se darán ejemplos de accesorios fijos de otro bien mueble, por ejemplo, neumáticos, un motor de aeronave (para esta nota, véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, definiciones).]

n) Por “masa o producto” se entenderá todo bien corporal que no sea dinero que esté tan estrechamente unido a otro que pierda su identidad separada conforme a una ley distinta del presente régimen;

o) Por “bienes inmateriales” se entenderá todo tipo de bienes muebles que no sean corporales. Entre los bienes inmateriales cabe citar los créditos por cobrar y otros derechos a la ejecución de obligaciones no monetarias;

p) Por “crédito” se entenderá todo derecho al cumplimiento de una obligación monetaria, con excepción de los derechos adquiridos sobre bienes corporales en virtud de un documento negociable, la obligación de efectuar un pago en virtud de una promesa independiente y la obligación de un banco de pagar fondos acreditados en una cuenta bancaria;

[Nota al Grupo de Trabajo: Tal vez el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que la definición de “crédito” se ha revisado para reflejar la interpretación del Grupo de que las recomendaciones generales, complementadas por las recomendaciones sobre los créditos por cobrar, deberían aplicarse a lo siguiente: a) los créditos por cobrar contractuales no monetarios (véase A/CN.9/603, párr. 35), y b) los créditos extracontractuales (véase A/CN.9/603, párr. 36). Además, en la definición w), “contrato originario”, se ha agregado una frase para garantizar que la referencia a este contrato incluya cualquier otra fuente extracontractual de un crédito por cobrar. Además, se ha agregado un texto entre corchetes a las siguientes recomendaciones: a) la recomendación 22 (Eficacia de una cesión de créditos en bloque y una cesión de créditos por cobrar futuros, las partes de derechos o los derechos indivisos sobre créditos) a fin de asegurar que la prescripción de la credibilidad de los créditos extracontractuales no se vea obstaculizada, y b) la recomendación 109 (Declaraciones del cedente), para velar por que las recomendaciones relativas a estas declaraciones no se apliquen a la cesión de un crédito extracontractual (véase A/CN.9/603, párr. 36; véanse también en las notas al apartado a) de la recomendación 2 y las recomendaciones 22 y 109.]

q) Por “cesión” se entenderá la constitución de una garantía real sobre un crédito por cobrar o la transferencia pura y simple de un crédito por cobrar;

[Nota para el Grupo de Trabajo: Tal vez el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que en el comentario se explicará que la constitución de una garantía real sobre un crédito incluye toda transferencia directa de créditos mediante garantía, que en el proyecto de guía se trata con una garantía real.]

r) Por “cedente” se entenderá la persona que ceda un crédito por cobrar;

s) Por “cesionario” se entenderá la persona a quien se ceda un crédito por cobrar;

t) Por “cesión subsiguiente” se entenderá toda cesión realizada por el cesionario inicial o por cualquier otro cesionario. En todo supuesto de cesión subsiguiente, la persona que haga la cesión será el cedente y la persona a quien se haga la cesión será el cesionario;

u) Por “deudor de un crédito” se entenderá toda persona a quien corresponda pagar un crédito. El deudor de un crédito puede ser un garante, ya que una garantía accesoria constituye un crédito;

[Nota para el Grupo de Trabajo: Tal vez el Grupo de Trabajo tal vez desee recordar que, en su décimo período de sesiones, convino en suprimir las palabras “de la cuenta” en las referencias al “deudor de la cuenta”. La expresión “deudor de la cuenta” se ha sustituido por “deudor del crédito”. De este modo, la palabra “deudor” sigue refiriéndose al deudor de la obligación garantizada y se evitan confusiones en relación con ese término. Además, este criterio es compatible con la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos, en la que se hace referencia al “deudor”, y no al “deudor del crédito”. La ligera diferencia en la terminología se debe a que en la Convención se utiliza el término “cedente” para referirse al deudor de la obligación garantizada].

v) Por “notificación” se entenderá toda comunicación escrita [, salvo que se disponga otra cosa en la Guía]. Por “notificación de la cesión” se entenderá la comunicación escrita en la que se identifiquen suficientemente los créditos que se ceden y el cesionario. El requisito de la forma escrita se dará por satisfecho con una comunicación electrónica si la información que contiene es accesible para su ulterior consulta (véase el artículo 6 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico y el artículo 9 2) de la Convención sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales);

[Nota para el Grupo de Trabajo: Quizá el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que la Guía hace referencia a varios tipos de notificación (por ejemplo, notificación inscrita en el registro general de garantías reales, notificación de incumplimiento, notificación de la intención de pedir una ejecución extrajudicial, notificación de la cesión y notificación de los financiadores de existencias ya inscritas). Tal vez el Grupo de Trabajo desee estudiar si no deberían hacerse por escrito estas notificaciones y si debería utilizarse el mismo término o expresión para todas las notificaciones, o un término o expresión diferente para algunas de ellas (por ejemplo, “notificación” o “notificación inscrita” en el caso de la notificación inscrita en el registro general de garantías reales, y “notificación” en relación con las demás notificaciones).

Quizá el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que la regla de que el “escrito” incluirá las comunicaciones electrónicas se refleja en la recomendación 10. En función de si se mantiene la referencia al “escrito firmado” en la recomendación 13 (Constitución de una garantía real) y el apartado c) de la recomendación 116 (Acuerdo del deudor del crédito de renunciar a las excepciones), quizá el Grupo de Trabajo desee considerar la posibilidad de que la regla contenida en la recomendación 11, en el sentido de que la “firma” incluye la firma electrónica, debería reflejarse en la definición, así como en la recomendación 11.]

w) Por “contrato originario”, en el contexto de una cesión, se entenderá el contrato celebrado entre el cedente y el deudor del crédito del que nace el crédito cedido. En el caso de los créditos por cobrar extracontractuales, por “contrato originario” se entenderá la fuente extracontractual de los créditos;

x) Por “título negociable” se entenderá todo título en el que se consigne un derecho de pago, por ejemplo, cheque, un pagaré o una letra de cambio, que cumpla los requisitos de negociabilidad en virtud del régimen de los títulos negociables;

y) Por “documento negociable” se entenderá todo documento en el que se consigne un derecho a la entrega de bienes corporales, por ejemplo, un resguardo de

almacén o un conocimiento de embarque, que cumpla los requisitos de negociabilidad en virtud del régimen de los documentos negociables;

z) Por “promesa independiente” se entenderá toda carta de crédito (comercial o contingente), garantía independiente (pagadera a su reclamación o a su primera reclamación, o garantía bancaria o contragarantía) u otras promesas reconocidas como independientes por determinadas leyes o prácticas, entre ellas, la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente, las Reglas y Usos Uniformes relativos a los Créditos Documentarios, las Reglas sobre Prácticas Internacionales en materia de Cartas de Crédito Contingente y las Reglas Uniformes relativas a las garantías pagaderas a su reclamación;

aa) Por “producto de una promesa independiente” se entenderá el derecho a recibir un pago adeudado, un giro aceptado, una obligación de pago diferido contraída u otro valor, entregado en cada caso por el emisor/garante en cumplimiento de una promesa independiente, o por una persona designada para entregar un valor en cumplimiento de una promesa independiente. La expresión no abarca:

- i) el derecho al cobro (es decir, a solicitar el pago) de una promesa independiente; ni
- ii) lo que se cobra al cumplir una promesa independiente o al enajenar el derecho al producto de una promesa independiente (es decir, el producto en sí);

[Nota para el Grupo de Trabajo: Tal vez el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que en el comentario se explicará que la definición alude al “producto de una promesa independiente” para ajustarse a la terminología generalmente empleada en la legislación y las prácticas en materia de promesas independientes. Según se emplea en la Guía, esta expresión significa el derecho del otorgante como beneficiario de una promesa independiente a cobrar todo pago u otra forma de valor que se dé en virtud de la promesa independiente en función del cumplimiento por parte del beneficiario de las condiciones de la promesa independiente. La expresión no incluye el producto en sí, es decir, lo que se percibe efectivamente al realizar un cobro del garante/emisor, del confirmante o de la persona designada (un recibo de valor del beneficiario otorgado por el banco negociador no debería caracterizarse como cobro o enajenación) o al enajenar un derecho al producto en virtud de una promesa independiente.

La expresión “producto de una promesa independiente” se refiere a un derecho a cobrar, aun cuando el término “producto”, tal como se emplea en la legislación y la práctica en materia de garantías independientes, pueda referirse bien al derecho a cobrar bien a lo que se reciba en virtud de la promesa independiente y aun cuando en otras partes de la Guía el término “producto” se emplee para hacer referencia a todo lo que se recibe. En el comentario se pondrá de relieve la distinción entre una garantía real sobre el producto de una promesa independiente (como bien gravado original) y el “producto” (un concepto clave de la Guía) de bienes abarcados por la Guía.]

bb) Por “garante/emisor” se entenderá el banco o toda otra persona que otorgue una promesa independiente;

cc) Por “confirmante” se entenderá un banco u otra persona que agregue su propia promesa independiente a la del garante/emisor;

[Nota para el Grupo de Trabajo: Tal vez el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que en el comentario se explicará que, de conformidad con el artículo 6 e) de la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente, una confirmación proporciona al beneficiario la opción de exigir el pago del confirmante conforme a las condiciones de la promesa independiente confirmada, y no del garante/emisor.]

dd) Por “persona designada” se entenderá el banco o toda otra persona identificada por su nombre o categoría en una promesa independiente (por ejemplo, “un banco en el país X”) que haya sido designada para entregar un valor en virtud de esa promesa y que actúe en cumplimiento de esa designación;

ee) Un acreedor garantizado tiene el “control” [a diferencia de un garante/emisor, un confirmante o una persona designada] con respecto al producto de una promesa independiente:

- i) automáticamente al constituirse la garantía real si el garante/emisor, el confirmante o la persona designada son el acreedor garantizado; o
- ii) si el garante/emisor, el confirmante o la persona designada han hecho un reconocimiento en favor del acreedor garantizado;

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee hacer referencia, respecto del texto entre corchetes, a la nota correspondiente a la nota 96 (prelación de una garantía real sobre el producto de una promesa independiente).]

ff) El “reconocimiento” con respecto al producto de una promesa independiente significa que el garante/emisor, el confirmante o la persona designada que pagará o que entregará valor al procederse al cobro de una promesa independiente:

- i) ha reconocido o consentido, unilateralmente o mediante acuerdo (sin importar el modo en que se pruebe), la constitución de una garantía real (independientemente de que se denomine una cesión o de otro modo) en favor del acreedor garantizado sobre el producto de una promesa independiente; o
- ii) se ha obligado, unilateralmente o mediante acuerdo, a pagar o a entregar valor al acreedor garantizado al procederse al cobro de una garantía independiente;

gg) Por “cuenta bancaria” se entenderá toda cuenta que se mantenga en un banco y en la cual se puedan depositar o acreditar fondos. La expresión abarca las cuentas corrientes, las cuentas de ahorro y los depósitos a plazo fijo. Este concepto no incluye los créditos frente a un banco que nazcan de la ley que rija los títulos negociables.

[Nota para el Grupo de Trabajo: Quizá el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que en el comentario se explicará que el derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria abarcará el derecho al pago de fondos transferidos a una cuenta interna del banco y no aplicados a ninguna obligación para con el banco. En el comentario se explicará asimismo que los fondos transferidos al banco mediante el reembolso anticipado de una obligación de pago futura que el banco

haya aceptado en el curso ordinario de sus negocios bancarios también quedarán abarcados en la medida en que la persona que haya dado instrucciones al banco tenga un crédito con respecto a esos fondos si el banco no efectúa el pago futuro.]

hh) Se entenderá que un acreedor garantizado goza de “control” con respecto al derecho al pago de los fondos acreditados en una cuenta bancaria:

i) automáticamente al constituirse una garantía real en la que el banco depositario sea el acreedor garantizado;

ii) cuando el banco depositario haya celebrado un acuerdo de control con el otorgante y con el acreedor garantizado en virtud del cual el banco depositario haya accedido a seguir las instrucciones del acreedor garantizado con respecto al derecho al pago de fondos acreditados en la cuenta bancaria sin necesidad del consentimiento del otorgante, o

iii) cuando el acreedor garantizado sea el titular de la cuenta.

[Nota para el Grupo de Trabajo: Tal vez el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que en el comentario se explicará que: a) el banco depositario no estará obligado a celebrar un acuerdo de control; b) los derechos del acreedor garantizado estarán sujetos a los derechos y obligaciones del banco depositario de conformidad con la ley y práctica que rijan las cuentas bancarias; c) el acuerdo de control requerirá el consentimiento del otorgante (así como el del banco depositario) y el otorgante conservará el derecho a negociar con los fondos de la cuenta bancaria hasta que el acreedor garantizado dé al banco depositario otras instrucciones (aunque en algunos acuerdos de control los fondos quedarían bloqueados a partir de la celebración del acuerdo de control). En el comentario se explicará también que el apartado c) supra abarca las situaciones en que: a) una cuenta existente es transferida al acreedor garantizado; b) el acreedor garantizado conviene con el otorgante que los fondos se depositen en una cuenta que se abra posteriormente, y c) el acreedor garantizado es el único titular de la cuenta (es decir, no meramente un titular conjunto de la cuenta).]

ii) Por “derecho de propiedad intelectual” se entenderá las patentes, las marcas comerciales, las marcas de servicio, los secretos industriales, los derechos de autor y derechos conexos, y los diseños y dibujos industriales. La expresión también abarca los derechos adquiridos en virtud de las licencias correspondientes;

jj) Por “producto” se entenderá todo lo que se reciba respecto de los bienes gravados. Por ejemplo, incluirá todo lo que se reciba de resultas de la venta u otro acto de disposición o de cobro de los bienes, como el arriendo, la licencia, el producto del producto, sus frutos civiles o naturales, los dividendos que reporten, las distribuciones correspondientes, las sumas abonadas por compañías de seguros como indemnización en concepto de defectos, daño o pérdida de los bienes;

kk) Por “prelación” se entenderá el derecho de una persona a obtener un beneficio económico de su garantía real sobre un bien gravado con preferencia frente a toda otra parte reclamante;

ll) Por “parte reclamante” se entenderá:

i) Otro acreedor respaldado por una garantía sobre el mismo bien gravado (ya sea en calidad de bien originalmente gravado o de producto);

- ii) En el contexto de un sistema no unitario para las garantías reales para adquisiciones, el vendedor, el arrendador financiero o el prestamista de los fondos para las compras del mismo bien gravado que haya conservado la titularidad del bien;
- iii) Otro acreedor del otorgante que haga valer un derecho sobre el mismo bien gravado (por ejemplo, de pleno derecho, por embargo o por algún otro proceso análogo);
- iv) El representante de la insolvencia en caso de insolvencia del otorgante², o
- v) Todo comprador o beneficiario de una transferencia (incluso un arrendatario o un concesionario) del bien gravado;

mm) Por “garantía real con desplazamiento” se entenderá toda garantía constituida sobre un bien corporal efectivamente en posesión del acreedor garantizado o de un tercero (que no sea el deudor ni otro otorgante) que retenga el bien en beneficio del acreedor garantizado;

nn) Por “garantía real sin desplazamiento” se entenderá toda garantía constituida sobre: i) bienes corporales que no estén efectivamente en posesión del acreedor garantizado ni de otra persona que los retenga en beneficio de éste, o ii) bienes inmateriales;

[Nota para el Grupo de Trabajo: Quizá el Grupo de Trabajo desee estudiar si mm) y nn) son necesarios después de haberse decidido no hacer la distinción entre las garantías reales con y sin desplazamiento. Estas expresiones sólo se utilizan en el apartado e) de la recomendación 1 (objetivos clave) y en el apartado d) de la recomendación z (bienes, partes, obligaciones garantizadas y garantías reales).]

oo) Por “posesión” se entenderá, salvo tal como se utiliza en las recomendaciones [27 y 48 a 50] con respecto al emisor de un documento negociable, la posesión efectiva de bienes corporales por una persona o por un agente o empleado de ésta, o por otra persona que los tenga en nombre de dicha persona, o por una persona independiente que reconozca que los conserva en nombre de tal persona. Este concepto no abarca la posesión deducible, ficticia o simbólica.

pp) Por “emisor” de un título negociable se entenderá la persona que esté obligada a entregar bienes corporales abarcados por el documento conforme a la ley que rija los documentos negociables;

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que, en el caso del denominado conocimiento de embarque multimodal (si cumple los requisitos de la ley aplicable para ser considerado un documento negociable), el “emisor” podrá ser una persona que subcontrate a otras personas diversos tramos del transporte de las mercancías, pero que aun así asuma la responsabilidad del transporte y de los eventuales daños que se produzcan durante el mismo.]

² En el Capítulo sobre la insolvencia se hace referencia a “la insolvencia del deudor” en aras de la coherencia con la terminología utilizada en la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia (véase la nota de pie de página 55).

qq) Por “tribunal de la insolvencia” se entenderá toda autoridad judicial o de otra índole que esté facultada para controlar o supervisar un procedimiento de insolvencia;

rr) Por “masa de la insolvencia” se entenderá todo el conjunto de bienes y derechos del deudor que estén bajo el control o la supervisión del representante de la insolvencia y sujetos al procedimiento de insolvencia;

ss) Por “procedimiento de insolvencia” se entenderá todo procedimiento colectivo, ya sea judicial o administrativo, que se entable para los fines de una reorganización o liquidación de la empresa del deudor y que se lleve a cabo conforme al régimen de la insolvencia;

tt) Por “representante de la insolvencia” se entenderá toda persona o todo órgano encargado de administrar la masa de la insolvencia;

uu) Por “comprador en el curso ordinario de los negocios” se entenderá toda persona que compre existencias, en circunstancias normales para su negocio, a un comerciante de bienes corporales de esa clase, sin que le conste que con esa venta se violan los derechos del acreedor garantizado en virtud del acuerdo de garantía [u otros derechos que pueda tener otra persona sobre esos bienes corporales];

vv) Por “arrendatario en el curso ordinario de los negocios” se entenderá toda persona que arriende existencias, en circunstancias normales para su negocio, de un persona que se dedique a arrendar bienes corporales de esa clase, sin que le conste que con ese arrendamiento se viola los derechos del acreedor garantizado en virtud del acuerdo de garantía [u otros derechos que pueda tener otra persona sobre esos bienes corporales];

ww) Por “licenciatarario en el curso ordinario de los negocios” se entenderá toda persona que obtenga, en circunstancias normales para su negocio, una licencia sobre bienes inmateriales de una persona que se dedique a conceder licencias sobre bienes de esa clase, sin que le conste que la licencia viola los derechos de otra persona sobre esos bienes];

[Nota para el Grupo de Trabajo: Tal vez el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que las expresiones “comprador en el curso ordinario de los negocios”, “arrendatario en el curso ordinario de los negocios” y “licenciatarario en el curso ordinario de los negocios” se mencionan en la recomendación 83 (Derechos de los compradores, arrendatarios y licenciatararios de los bienes gravados). En el comentario se aclarará que es posible que un comprador, un arrendatario o un licenciatarario tenga constancia de la existencia de una garantía real, pero no sepa si la cesión viola las condiciones del acuerdo de garantía. En el comentario se explicará asimismo que, en los raros casos en que el comprador de las existencias tenga constancia, no sólo de la garantía real, sino también de que la venta viola las condiciones del acuerdo de garantía, el comprador no reunirá los requisitos para considerarlo un comprador en el curso ordinario de los negocios y, por lo tanto, no quedará libre de todo gravamen de conformidad con el apartado a) de la recomendación 83. En el comentario se aclarará igualmente que la prueba enunciada en la recomendación 83 es la misma que de la recomendación 94 (Prelación de una garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria) y 95 (Prelación de una garantía real sobre dinero en efectivo).]

xx) Por “bienes de consumo” se entenderá los bienes destinados a ser utilizados para fines personales, familiares o domésticos.

Recomendaciones³

I. Objetivos clave de un régimen de las operaciones garantizadas eficiente y eficaz⁴

Finalidad

La recomendación sobre los objetivos clave tiene por finalidad proporcionar un marco general para el establecimiento y el desarrollo de un régimen de las operaciones garantizadas eficiente y eficaz. Esta recomendación podría incluirse en un preámbulo del régimen de las operaciones garantizadas (en lo sucesivo denominado “el régimen”) como guía para las políticas legislativas subyacentes que habrán de tenerse en cuenta al interpretarlo y aplicarlo.

Objetivos clave

1. El régimen debería tener por finalidad:
 - a) Promover la concesión de crédito financiero garantizado;
 - b) Permitir el pleno aprovechamiento del valor inherente a una amplia gama de bienes gravables para obtener crédito financiero a través de la más amplia serie posible de operaciones crediticias;
 - c) Facilitar a los interesados la obtención de garantías reales por alguna vía sencilla y eficiente;
 - d) Tratar por igual a todas las fuentes de crédito y a las diversas formas de operaciones garantizadas;
 - e) Reconocer la validez de las garantías reales sin desplazamiento;
 - f) Alentar un comportamiento responsable exigiendo que todas las partes obren con transparencia y previsibilidad;
 - g) Establecer un orden de prelación claro y previsible;
 - h) Facilitar la realización de toda garantía real de un acreedor de forma previsible y eficiente;
 - i) Compaginar los intereses de las personas que puedan verse afectadas;
 - j) Fomentar la autonomía contractual de las partes;
 - k) Armonizar los diversos regímenes legales de las operaciones garantizadas, inclusive las reglas sobre conflicto de leyes.

³ Las recomendaciones que se consignan en el presente documento se basan en las contenidas en el documento mencionado en la nota que figura al lado del título de cada capítulo, a menos que se indique lo contrario en una nota de pie de página ubicada al lado del título de una recomendación o nota determinada.

⁴ Véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.7.

II. **Ámbito de aplicación**⁵

Finalidad

La finalidad de las disposiciones sobre el ámbito de aplicación del régimen es establecer un único y amplio régimen de las operaciones garantizadas. El régimen debería especificar los bienes, las partes interesadas, las obligaciones garantizadas y las garantías reales a los que será aplicable.

Bienes, partes interesadas, obligaciones garantizadas y garantías reales

2. El régimen debería aplicarse:

a) A todos los tipos de bienes muebles y accesorios fijos de otros bienes, corporales o inmateriales, presentes o futuros, inclusive existencias, bienes de equipo y otros bienes, créditos por cobrar contractuales y extracontractuales, obligaciones contractuales no monetarias, títulos negociables, documentos negociables, derechos al pago de fondos acreditados a una cuenta bancaria, el producto de una promesa independiente y derechos de propiedad intelectual;

[Nota para el Grupo de Trabajo: Tal vez el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que en el comentario se explicará que las recomendaciones generales, complementadas por las relativas a los créditos por cobrar, son aplicables a lo siguiente: a) los créditos contractuales y extracontractuales (sin embargo, las recomendaciones 22 y 109 no se aplican a los créditos por cobrar extracontractuales), y b) las obligaciones contractuales no monetarias. En el comentario se explicará también que la regla de derecho distinta del régimen que se recomienda en la Guía será aplicable a los derechos de las partes obligadas de las obligaciones contractuales no monetarias (véanse también las notas a la definición p), “crédito por cobrar”, y las recomendaciones 22 y 109).]

b) A todas las personas físicas y jurídicas, incluidos los consumidores, sin menoscabar, no obstante, derecho alguno que esté amparado por la legislación sobre la protección del consumidor;

c) A todo tipo de obligación presente o futura, determinada o por determinar, inclusive las obligaciones de monto fluctuante y las que estén descritas en términos genéricos:

d) A todo tipo de garantía real con desplazamiento o sin desplazamiento del bien gravado constituida sobre bienes muebles;

e) A todo tipo de derecho real nacido de un contrato por el que se garantice el pago u otra ejecución de una obligación, independientemente de la forma que adopte la operación involucrada, inclusive los diversos modos de retención de la titularidad, los arrendamientos financieros y los acuerdos de arriendo y compra, así como las transferencias de la titularidad como garantía.

[Nota para el Grupo de Trabajo: Quizá el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que en el comentario se aclarará que, aunque la Guía es aplicable a las garantías reales (definidas como garantías reales contractuales), el capítulo sobre

⁵ Véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.7.

la prelación se aplica a la competencia en cuanto a la prelación entre las garantías reales contractuales y las extracontractuales.]

Transferencias absolutas de créditos por cobrar⁶

3. El régimen debería ser aplicable a las transferencias absolutas de créditos por cobrar, a reserva de la recomendación 160 (Aplicación del capítulo sobre la ejecución a las transferencias absolutas de créditos por cobrar).

[Nota para el Grupo de Trabajo: Tal vez el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que, dado que la definición de “crédito por cobrar” excluye los derechos al pago en virtud de un título negociable, la obligación de pago en virtud de una promesa independiente y la obligación de un banco de pagar fondos acreditados en una cuenta bancaria, la recomendación 3 no es aplicable a una transferencia absoluta de un título negociable ni al producto de una promesa independiente o del derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria. Sin embargo, las recomendaciones de la Guía son aplicables a las transferencias de esos bienes con fines de garantía, pues son tratadas como operaciones garantizadas.

En el comentario se explicará que las transferencias absolutas de títulos negociables, del producto de una garantía independiente y de los fondos acreditados en una cuenta bancaria se han excluido por las siguientes razones: a) plantean distintos problemas y requerirían reglas especiales; b) a diferencia de los créditos por cobrar en los que la transferencia de una garantía y una transferencia absoluta competirían por la prelación sobre la base del orden de inscripción registral, en lo tocante a los títulos negociables, un acreedor garantizado siempre podría obtener un derecho superior mediante la toma de posesión del título. De manera análoga, y en relación con el producto de una promesa independiente y con los derechos al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria, un acreedor garantizado siempre podría lograr un derecho superior mediante el control. En el comentario también se examinarán, los problemas derivados de las transferencias absolutas de títulos negociables que no sean cheques, en beneficio de los Estados que puedan desear regularlas en su legislación (para esta nota, véase A/CN.9/611, nota al apartado f) de la recomendación 3).

A ese respecto, quizá el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que en el comentario se explicará que, aunque los principios del régimen de las transacciones garantizadas pueden hacerse fácilmente aplicables a la transferencia absoluta de pagarés y, posiblemente, de letras de cambio que no sean cheques, en forma análoga a la regulación por la Guía de la transferencia absoluta de créditos, esos principios no se prestan a ser aplicables a la transferencia absoluta de cheques. Este último tema lo regula suficientemente el régimen de los títulos negociables y el aplicable a los cobros bancarios.

En el comentario se explicará asimismo que un Estado promulgante que desee ampliar el ámbito de su régimen de las transacciones garantizadas para hacerlo aplicable a las transferencias absolutas de títulos negociables que sean pagarés o letras de cambio (y expandir la definición de “garantía real” para abarcar también el derecho del beneficiario de una transferencia en esa operación) tal vez quiera

⁶ Véase A/CN.9/611, apartado f) de la recomendación 3.

considerar la posibilidad de disponer que una garantía real que sea una transferencia absoluta de ese título negociable sea automáticamente oponible frente a terceros cuando se realice. Esa regla evitaría toda perturbación de las actuales prácticas financieras.

Además, en el comentario se explicará que, con respecto a la prelación de dicha garantía real, serían aplicables los principios generales de la prelación. En particular, esta materia se regirá por el principio general enunciado en la recomendación 76, con las reservas que se formulan en las recomendaciones 89 y 90. Como en el caso de la transferencia absoluta de un crédito por cobrar, el beneficiario de la transferencia absoluta de dicho título negociable debería poder ejecutar éste sin el consentimiento ulterior del cedente, con sujeción a los derechos de las partes obligadas por tal título, como se indica en el capítulo relativo a la vía ejecutoria (en relación con los tres párrafos precedentes, véase A/CN.9/611/Add.1, nota al apartado f) de la recomendación 3).]

Aeronaves, material rodante ferroviario, objetos espaciales, naves y propiedad intelectual

4. No obstante lo previsto en el apartado a) de la recomendación 2, el presente régimen no debería ser aplicable:

a) A aeronaves, material rodante ferroviario, objetos espaciales o buques, ni a sus accesorios fijos, en la medida en que las recomendaciones del régimen sean incompatibles con las actuales reglas de derecho especiales o las obligaciones internacionales del Estado relativas a esos tipos de bienes. Cuando haya una incompatibilidad directa, el régimen debería confirmar expresamente que las reglas de derecho especiales y las obligaciones internacionales regularán esos bienes en la medida en que exista tal incompatibilidad;

[Nota para el Grupo de Trabajo: Tal vez el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que en el comentario se explicará que la referencia a “aeronaves, material ferroviario rodante, objetos espaciales y buques” deberá interpretarse conforme al significado de estos términos y expresiones en la legislación nacional o en los convenios y convenciones relativos a ellos.]

b) A los derechos de propiedad intelectual en la medida en que las recomendaciones del presente régimen sean incompatibles con las actuales reglas de derecho o las obligaciones internacionales del Estado en relación con esos bienes.

[Nota para el Grupo de Trabajo: Quizá el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que en el comentario se explicará que un Estado que promulgue legislación en materia de operaciones garantizadas de conformidad con la Guía debería examinar la cuestión de si sería apropiado introducir ajustes en algunas de las recomendaciones aplicables a las garantías reales sobre la propiedad intelectual. A este respecto, un Estado debería examinar su actual normativa legal acerca de la propiedad intelectual y sus obligaciones en virtud de los tratados, convenciones, convenios y otros acuerdos internacionales sobre ese tipo de propiedad y, si las recomendaciones de la Guía son directamente incompatibles con esa normativa legal o esas obligaciones, en el régimen del Estado sobre las operaciones garantizadas se debería confirmar expresamente que dicha normativa legal y esas obligaciones regirán esas cuestiones en la medida en que exista tal incompatibilidad.]

Al examinar si es apropiado introducir ajustes en las recomendaciones aplicables a las garantías reales sobre la propiedad intelectual, un Estado debería analizar todas las circunstancias, caso por caso, y velar debidamente por que se establezca un régimen eficiente de las operaciones garantizadas y asegurar la protección y el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual con arreglo a los convenios y convenciones internacionales y las legislaciones nacionales.

Tal vez el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que, en su 39º período de sesiones, la Comisión pidió a la Secretaría que preparara un documento sobre la financiación de la propiedad intelectual para examinarlo en su 40º período de sesiones, con vistas a dar más orientaciones ulteriores a los Estados acerca de esa financiación.]

Valores bursátiles y bienes inmuebles

5. El régimen debería disponer que sus disposiciones no serán aplicables a los valores bursátiles ni a los bienes inmuebles [indirectamente en poder de sus titulares], aunque puedan afectar tales valores y bienes, como se enuncia en las recomendaciones 24 y 45.

[Nota para el Grupo de Trabajo: Quizá el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que los valores bursátiles y los bienes inmuebles quedan excluidos del ámbito de aplicación de la Guía como bienes gravados originarios. Sin embargo, pueden verse afectados por las recomendaciones de ésta.

Si una garantía real sobre valores bursátiles o una hipoteca garantizan un título negociable por cobrar u otra obligación, y ese título u obligación es cedido, la garantía real sobre dichos valores o hipoteca seguirá a éstos. Esta regla no afectará a los derechos de terceros, el orden de prelación ni los requisitos relativos a la vía ejecutoria que existan en virtud de la normativa legal referente a los valores bursátiles o los bienes inmuebles. Por ejemplo, gozará de prelación toda garantía real sobre valores bursátiles depositados en poder de un intermediario que se haga oponible frente a terceros mediante un asiento en libros o el control de conformidad con el régimen aplicable a los valores bursátiles.

Tal vez el Grupo de Trabajo desee examinar la cuestión de si, cuando los valores bursátiles o los bienes inmuebles son el producto de un bien regulado en la Guía, la garantía real abarca ese producto. En caso afirmativo, tal vez haya que ampliar el texto correspondiente para velar por que los derechos de terceros, la prelación y la ejecución de la garantía real sobre los valores bursátiles o los bienes inmuebles como producto queden sujetos, cuando proceda, a la legislación sobre tales valores o bienes.

Además, quizá el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que el texto que figura entre paréntesis en la recomendación 5 tiene por finalidad evitar que se excluyan del ámbito de aplicación de la Guía los valores bursátiles en poder de sus titulares, en la medida en que no estén sujetos a ninguna legislación especial (incluso el proyecto de convenio del UNIDROIT sobre el régimen sustantivo aplicable en materia de valores depositados en poder de un intermediario no es aplicable a los valores en poder de sus titulares). Así pues, no quedará ninguna laguna en lo concerniente, por ejemplo, a las garantías reales sobre las acciones de capital de una filial que estén, en su totalidad, en poder de la empresa matriz, ya

que hay importantes operaciones de préstamos comerciales en las que existen esas garantías.]

Sueldos y salarios

6. El régimen debería disponer que sus disposiciones no se aplicarán a los créditos por cobrar en forma de remuneraciones, pagos por concepto de jubilación, prestaciones relacionadas con el empleo y otras cantidades devengadas en virtud de contratos o relaciones laborales, así como otros pagos análogos (por ejemplo, pagos por concepto de subsidio por familiares a cargo), en la medida en que una normativa legal distinta del presente régimen limiten el otorgamiento de garantías reales sobre tales créditos o la transferencia de éstos.

Otras excepciones

7. El régimen debería limitar otras excepciones a su ámbito de aplicación y, si se formula alguna, debería enunciarse en el régimen de manera clara y concreta.

III. Enfoques básicos de las garantías reales y otras reglas de carácter general⁷

Finalidad

La finalidad de las recomendaciones sobre los enfoques básicos de las garantías reales es asegurar que el régimen regule en forma integrada y coherente todos los tipos de derechos sobre bienes muebles que hagan las veces de garantía.

Enfoque integrado y funcional

8. El régimen debería establecer un conjunto integrado y coherente de disposiciones acerca de las garantías reales sobre bienes corporales e inmateriales. Sus reglas deberían ser aplicables a todos los derechos creados contractualmente (independientemente de su forma) sobre los bienes muebles que garanticen una obligación, inclusive los derechos nacidos de una cesión de la titularidad sobre bienes corporales o de la cesión de créditos por cobrar con fines de garantía, la retención de la titularidad, un arrendamiento financiero o un acuerdo de arrendamiento con opción de compra [, salvo en la medida en que se disponga otra cosa en las recomendaciones 171 (enfoque no unitario de los mecanismos de financiación de adquisiciones, alternativa B) y 193 (Ejecución de derechos de propiedad mediante mecanismos de retención de la titularidad, enfoque no unitario, alternativa B).]

Autonomía contractual

9. El régimen debería disponer que, salvo disposición en contrario en [especifíquese las disposiciones cuya aplicación no puede excluirse ni modificarse mediante un acuerdo, como, por ejemplo, las normas de conducta en el contexto de la vía ejecutoria], el acreedor garantizado y el otorgante o el deudor podrán apartarse de o modificar por medio de un acuerdo las disposiciones del mismo

⁷ Véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.7.

relativas a sus derechos y obligaciones respectivos. Ese acuerdo no afectará los derechos de ninguna persona que no sea parte en el acuerdo.

Comunicaciones electrónicas

10. El régimen debería disponer que, cuando requiera que una comunicación o un contrato conste por escrito, o disponga que la ausencia de un escrito entrañará consecuencias, el requisito se cumplirá mediante una comunicación electrónica si la información contenida en ella está accesible para utilizarla para su ulterior consulta.

[Nota para el Grupo de Trabajo: Tal vez el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que el texto de esta recomendación sigue el enunciado del artículo 9 2) de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, que es coherente con el artículo 6 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico.]

11. [El régimen debería disponer que, cuando requiera que una comunicación o un contrato esté firmado por una persona, o prevea que la ausencia de una firma entrañará consecuencias, ese requisito se cumplirá en relación con una comunicación electrónica si:

- a) Se utiliza un método para identificar a la parte e indicar su intención con respecto a la información contenida en la comunicación electrónica, y
- b) El método utilizado es:
 - i) Tan fiable como sea apropiado para los fines para los que se generó o se cursó la comunicación electrónica, atendidas todas las circunstancias del caso, así como cualquier acuerdo pertinente; o
 - ii) Ha demostrado de hecho haber cumplido las funciones que se describen en el apartado a) *supra*, por sí solo o junto con otras pruebas.]

[Nota para el Grupo de Trabajo: Quizá el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que el texto de esta recomendación sigue el enunciado del artículo 9 3) de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en la Contratación Internacional, que es coherente con el artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico. Tal vez el Grupo de Trabajo desee también tomar nota de que, conforme al apartado c) de la recomendación 116 (Acuerdo en el sentido de no oponer excepciones ni derechos de compensación), se requiere un escrito firmado para renunciar a las excepciones del deudor de un crédito por cobrar.]

IV. Constitución de una garantía real (eficacia entre las partes)⁸

Finalidad

La finalidad de las disposiciones del régimen relativas a la constitución de una garantía real es especificar la forma en que se constituye tal garantía sobre bienes muebles (es decir, como adquiere eficacia entre las partes).

⁸ Véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.7.

A. Recomendaciones generales

Constitución de una garantía real

12. El régimen debería disponer que una garantía real se constituirá mediante un acuerdo entre su otorgante y el acreedor garantizado, en el que se identifique a ambos y se haga una descripción razonable de la obligación garantizada y de los bienes que vayan a quedar gravados. Bastará con hacer una descripción genérica de los bienes gravados (por ejemplo, “todos los bienes” o “todas las existencias”).

13. El régimen debería disponer que el acuerdo podrá ser verbal, si va acompañado por la transferencia de la posesión del bien gravado. En caso contrario, el acuerdo debe constar en un escrito [estar firmado por el otorgante de conformidad con la recomendación 11] [que demuestre la intención del otorgante de conceder la garantía real].

Momento de la constitución de una garantía real

14. El régimen debería disponer que una garantía real se constituirá cuando se hayan cumplido los requisitos relativos al acuerdo de garantía de conformidad con las recomendaciones 12 y 13 (Constitución de una garantía real) y el otorgante tenga derechos sobre los bienes o el derecho a gravarlos, a menos que las partes acuerden que se constituya en una fecha posterior.

Obligaciones sujetas a un acuerdo de garantía⁹

15. El régimen debería disponer que una garantía real podrá respaldar todo tipo de obligaciones, presentes o futuras, determinadas o por determinar, así como las condicionales y las fluctuantes.

Bienes sujetos a un acuerdo de garantía

16. El régimen debería disponer que podrá constituirse una garantía real sobre todo tipo de bienes, inclusive sobre partes de ellos y derechos indivisos sobre bienes. Un acuerdo de garantía podrá abarcar bienes que, en el momento en que se concluya el acuerdo, puedan no existir aún o que el otorgante pueda no poseer todavía o no tener facultades para gravarlos. Las excepciones a estas reglas deberían ser limitadas y describirse en el régimen en forma clara y concreta.

[Nota para el Grupo de Trabajo: Tal vez el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que en el comentario se explicará que una garantía real sobre bienes futuros o pertenecientes a terceros no quedará constituida hasta que el otorgante adquiera un derecho sobre tales bienes. Otros regímenes legales (por ejemplo, los que regulan las ventas o la propiedad inmueble podrán permitir a una persona otorgar una garantía real, sobre bienes que no posea o disponer de otro modo de ellos (por ejemplo, una regla que proteja a un cesionario de buena fe que adquiera algún derecho de un otorgante en posesión de bienes que no sean de su propiedad).]

17. El régimen debería disponer que podrá otorgarse una garantía real sobre todos los bienes de un otorgante.

⁹ Véase A/CN.9/611.

[Nota para el Grupo de Trabajo: Quizá el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que en el comentario se examinará un criterio adoptado en algunos ordenamientos jurídicos para preservar, en caso de insolvencia de una persona que haya otorgado una garantía real sobre todos sus bienes (para un análisis de las garantías sobre todos los bienes, véase A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.2, párrs. 20 a 25), cierto porcentaje del valor de los bienes gravados destinados a los acreedores no garantizados (véase A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6, párrs. 33 a 35). Sin embargo, y por los motivos que se indican en el comentario, en la Guía no se recomienda este criterio (véase la recomendación 85 (Prelación de los créditos preferentes)).]

Creación de una garantía real sobre el producto¹⁰

18. El régimen debería disponer que, salvo que las partes en el acuerdo de garantía acuerden otra cosa, la garantía real sobre los bienes gravados se hará extensiva al producto, siempre que éste sea identificable.

19. [El régimen debería disponer que, no obstante lo previsto en la recomendación 18, la garantía real se hará extensiva al producto en la forma de frutos civiles o naturales de los bienes gravados, solamente si las partes así lo estipulan en el acuerdo de garantía].

[Nota para el Grupo de Trabajo: Tal vez el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que la recomendación 19 introduce un criterio acerca de los frutos civiles y naturales de los bienes gravados diferente del adoptado en la recomendación 18 con respecto a otros tipos de producto. No obstante, el concepto de “producto”, tal como se define en la sección de terminología, incluye los frutos civiles y naturales, por lo que cabe prever que la expectativa normal sea la de que la garantía real se haga automáticamente extensiva a los frutos de ambas clases. Así pues, tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar la posibilidad de suprimir la recomendación 19.

Además, quizá el Grupo de Trabajo desee examinar, en conjuntos todas las definiciones y recomendaciones acerca de las garantías reales sobre el producto (es decir, la definición jj) y las recomendaciones 18 a 21, 43 y 44, 80, 173, 174, 191, 192 y 198). Quizá desee también tomar nota de que en el comentario se aclarará que estas recomendaciones tendrán que leerse en conjunto.]

El producto de bienes mezclados

20. El régimen debería disponer que, cuando el producto en la forma de dinero se mezcle con otros bienes, de manera que no sea identificable, el importe del producto inmediatamente antes de haber sido mezclado con otros bienes deberá ser tratado como producto identificable, a condición de que en algún momento posterior a la mezcla con los otros bienes, el importe total de los bienes mezclados haya sido superior al importe del producto. Si, en algún momento posterior a la mezcla con otros bienes, el importe total de los bienes mezclados es inferior al del producto, el importe total de los mismos en el momento en que dicho importe fue inferior, junto con el importe de todo producto que sea posteriormente mezclado con los bienes, deberá tratarse como producto identificable.

21. El régimen debería disponer que, cuando el producto que no sea dinero se haya mezclado con otros bienes del mismo tipo de manera que tal producto no sea

¹⁰ Véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, recomendaciones 29, 29 bis y 30.

identificable, la parte del total de los bienes que corresponda al valor del producto en el valor total de los bienes se tratará como producto identificable.

[Nota para el Grupo de Trabajo: Tal vez el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que la recomendación 20 se centra especialmente en el dinero, ya que: a) el producto de bienes mezclados que no son dinero es un fenómeno bastante raro, y b) también son raras las reglas que regulan la identificación en esas situaciones. Sin embargo, la recomendación 21 podría ser aplicable en los casos en que el producto esté integrado por bienes fungibles que estén mezclados con otros artículos del mismo tipo (por ejemplo, cuando el producto de una operación de trueque consiste en cereales almacenados en un elevador de granos común).]

B. Recomendaciones específicamente relacionadas con los bienes

Eficacia de una cesión de créditos en bloque y una cesión de créditos por cobrar futuros, las partes de derechos o los derechos indivisos sobre créditos¹¹

22. El régimen debería disponer que:

a) La cesión de créditos por cobrar [contractuales] que no estén debidamente especificados, los créditos futuros, las partes de derechos o los derechos indivisos sobre créditos tendrán eficacia entre el cedente y el cesionario y también frente al deudor del crédito siempre y cuando, en el momento de la cesión o, en el caso de los créditos futuros, en el momento en que nazcan, puedan vincularse a la cesión a la que se refieren, y

b) A salvo que se convenga otra cosa, toda cesión de uno o varios créditos futuros tendrá eficacia sin necesidad de que se realice un nuevo acto de transferencia para la cesión de cada crédito por cobrar.

[Nota para el Grupo de Trabajo: Quizá el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que el texto entre corchetes del apartado a) de la presente recomendación tiene por finalidad asegurar que las limitaciones legislativas a la transferibilidad de los créditos por cobrar extracontractuales no se vean afectadas (véase A/CN.9/603, párr. 36 y las notas a la definición p), “crédito por cobrar”, así como el párrafo a) de la recomendación 2 y la recomendación 109). Tal vez el Grupo de Trabajo desee examinar en conjunto todas las definiciones y recomendaciones acerca de las garantías reales sobre los créditos por cobrar (es decir, las definiciones a) y p) a w,) y las recomendaciones 18 a 20, 22 a 24, 45, 108 a 118, 160 a 162, 172, 192, 197, 207 y 213). Quizá desee también tomar nota de que en el comentario se aclarará que estas recomendaciones, así como las demás recomendaciones sobre ciertas clases de bienes han de leerse en conjunto.]

Eficacia de una cesión efectuada pese a la existencia de una cláusula de intransferibilidad

23. El régimen debería disponer que:

a) Una cesión será eficaz entre el cedente y el cesionario y frente al deudor del crédito pese a todo acuerdo entre el cedente inicial y cualquier cedente

¹¹ Para las recomendaciones 22 a 24, véase el documento A/CN.9/611, recomendaciones 14 a 16.

subsiguiente y el deudor del crédito o un cesionario subsiguiente por el que se limite de algún modo el derecho del cedente a ceder sus créditos por cobrar;

[Nota para el Grupo de Trabajo: Tal vez el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que en el comentario se explicará que en virtud del apartado a) de esta recomendación sólo carecerá de eficacia un acuerdo entre la parte obligada y el obligante por el que se limite el derecho del obligante a ceder un crédito adeudado por dicha parte a éste. Si se cede tal crédito, la parte obligada será el “deudor del crédito” y el obligante, el “cedente”.

Por ejemplo, si en un acuerdo de arrendamiento de bienes se limita el derecho del arrendador a ceder el producto del alquiler que se derive del arrendamiento, el apartado a) citado anula la eficacia de la limitación de la cesión, dado que el acuerdo se celebra entre la parte obligada (el arrendatario) y el obligante (el arrendador) del crédito (el alquiler que se deriva del contrato de arrendamiento). En cambio, si el acuerdo de arrendamiento entre el arrendador y el arrendatario limita el derecho de éste a ceder un crédito consistente en la reclamación de alquileres adeudados al arrendatario por el subarrendatario en virtud de un subarrendamiento, lo dispuesto en el apartado a) no será aplicable, y ninguna disposición de la Guía puede anular la eficacia de la limitación. Ello se debe a que el acuerdo por el que se limita el derecho del arrendatario a ceder su reclamación de alquileres que le arriende el subarrendatario en virtud del subarrendamiento no es un acuerdo entre el arrendatario (subarrendador y obligante en un subarrendamiento) y el subarrendatario (parte obligada en el subarrendamiento). La ejecutabilidad frente al arrendatario de la limitación en el arrendamiento se determinaría en virtud de reglas de derecho distintas de las recomendadas en la Guía.

El mismo análisis sería aplicable si la restricción de la cesión figurara en una licencia de propiedad intelectual. El apartado a) haría ineficaz toda cláusula de un acuerdo de concesión de licencia que impidiera al otorgante de la licencia ceder el producto adeudado por el licenciataria. Sin embargo, no dejaría sin eficacia una cláusula del acuerdo de licencia por la que se restringiera el derecho del licenciataria a ceder el producto de una sublicencia. La eficacia de tal cláusula se determinaría conforme a reglas de derecho distintas de las recomendadas en Guía.

En el comentario también se explicará que tal vez los Estados que no puedan protegerse por medio de limitaciones legislativas a la cesión deseen considerar la posibilidad de prever una excepción a la presente recomendación que esté en consonancia con el artículo 40 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos.]

b) Nada de lo previsto en la presente recomendación afectará ninguna obligación o responsabilidad del cedente por incumplimiento de tal acuerdo, pero la otra parte en dicho acuerdo no podrá resolver el contrato originario ni el contrato de cesión por la mera razón de ese incumplimiento. Ninguna persona que no sea parte en dicho acuerdo será responsable por el mero hecho de haber tenido conocimiento del acuerdo;

c) Esta recomendación es únicamente aplicable a las cesiones de créditos por cobrar:

- i) Nacidos de un contrato originario que sea un contrato para el suministro o el arrendamiento de bienes o servicios, salvo si se trata de servicios financieros, un contrato de obras o uno para la venta o el arrendamiento de bienes raíces;
- ii) Nacidos de un contrato originario de venta, de arrendamiento o de concesión de una licencia industrial o de otro tipo de propiedad intelectual o de información de dominio privado;
- iii) Que representen la obligación de pago por una operación efectuada mediante tarjeta de crédito;
- iv) Adeudados al cedente tras el pago neto compensatorio conforme a un acuerdo de liquidación de saldos netos entre más de dos partes.

[Nota para el Grupo de Trabajo: Tal vez el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que en el comentario se aclarará que la resolución del contrato que se menciona en el apartado b) significa la rescisión del contrato en general.]

Constitución de una garantía real sobre un derecho que garantice o respalde un crédito cedido, un título negociable u otra obligación

24. El régimen debería disponer que:

a) El acreedor garantizado que tenga una garantía real sobre un crédito por cobrar, un título negociable o cualquier otra obligación conceptuada como bien gravado por el presente régimen tendrá automáticamente el beneficio, sin que se requiera ninguna otra medida por parte del otorgante o del propio acreedor, a cualquier derecho personal o real que respalde el pago o la ejecución del crédito, el título negociable u otra obligación;

b) Si el derecho personal o real es una promesa independiente, la garantía real se hará automáticamente extensiva al producto de la promesa independiente, pero no al derecho a cobrar en virtud de ésta;

c) La presente recomendación no será aplicable a un derecho sobre bienes inmuebles que en virtud de una ley distinta del presente régimen sea transferible en forma independiente del crédito, del título negociable o de cualquier otra obligación que pueda respaldar;

d) Todo acreedor garantizado que posea una garantía real sobre un crédito por cobrar, un título negociable o cualquier otra obligación gozará del beneficio de cualquier derecho personal o real que respalde el pago del crédito, el título negociable u otra obligación, pese a todo acuerdo concertado entre el otorgante y el deudor de un crédito o la parte obligada del título negociable u otra obligación que limite de cualquier modo el derecho del otorgante a constituir una garantía real sobre el crédito, el título negociable u otra obligación, o sobre cualquier derecho personal o real que respalde el crédito, el título negociable u otra obligación;

e) Nada de lo previsto en la presente recomendación afectará ninguna obligación o responsabilidad por incumplimiento del acuerdo mencionado en el apartado d) de la presente recomendación, pero la otra parte en dicho acuerdo no

podrá resolver el contrato del que nazcan el crédito por cobrar, el título negociable u otra obligación, ni el acuerdo de garantía por el que se constituya el derecho personal o real de garantía por la sola razón de dicho incumplimiento. Ninguna persona que sea parte en dicho acuerdo será responsable por el mero hecho de haber tenido conocimiento del acuerdo;

f) Los apartados d) y e) de la presente recomendación sólo serán aplicables a las garantías reales sobre créditos por cobrar, títulos negociables u otras obligaciones:

i) Nacidos de un contrato originario que sea un contrato para el suministro o el arrendamiento de bienes o servicios, salvo si se trata de servicios financieros, un contrato de obras o un contrato para la venta o el arrendamiento de bienes inmuebles;

ii) Nacidos de un contrato originario de venta, arrendamiento o de concesión de una licencia industrial o de otro tipo de propiedad intelectual o de información de dominio privado;

iii) Que representen la obligación de pago por una operación efectuada mediante tarjeta de crédito;

iv) Adeudados al cedente tras el pago neto compensatorio conforme a un acuerdo de liquidación de saldos netos entre más de dos partes.

g) La regla enunciada en el apartado a) de la presente recomendación no afectará a ninguna obligación del otorgante frente al deudor del crédito o de la parte obligada del título negociable o de otra obligación;

h) En la medida en que los efectos automáticos en virtud del apartado a) de la presente recomendación y la eficacia automática frente a terceros en virtud de la recomendación 45, de una garantía real sobre cualquier derecho personal o real que respalde el pago de un crédito, de un título negociable o de otra obligación no se vean alterados, la presente recomendación no afectará a ningún requisito de una regla de derecho que no sea el presente régimen relativa a la forma o a la inscripción en un registro de la constitución de garantías reales sobre cualquier bien para respaldar el pago de un crédito, de un título negociable o de otra obligación, que no entren en el ámbito del presente régimen.

[Nota para el Grupo de Trabajo: Tal vez el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que en el comentario se explicará que la finalidad de la presente recomendación es facilitar las operaciones de financiación, tales como la bursatilización de préstamos mancomunados respaldados por garantías reales sobre bienes muebles e inmuebles. En esos casos, el comprador de los préstamos deseará poder consultar las garantías reales que respaldan los préstamos pero no querrá realizar, al principio de la compra, los gastos adicionales de un acto separado de transferencia (si lo requiere una regla de derecho distinta del régimen recomendado en la Guía) respecto de cada uno de los préstamos mancomunados, que podrían ser centenares o millares. Los eventuales actos separados de transferencia serían necesarios (si lo requiriera otra regla de derecho) únicamente para respaldar los préstamos en que posteriormente se produjera un incumplimiento, que suelen ser una pequeña parte del conjunto de préstamos efectivamente adquiridos. El comprador podría decidir si acepta los gastos de actos separados de transferencia en el momento de la ejecución, ya sea voluntariamente

por parte del deudor o con la asistencia de un tribunal. Empero, al decidir si compra los préstamos y a qué precio, el comprador tomaría en consideración los gastos de los actos separados de transferencia sólo en relación con la pequeña parte de los préstamos que se prevé no se cumplirán y no con todos ellos. Como consecuencia de los menores gastos, el vendedor estaría en condiciones de obtener un precio de compra más alto, con lo que obtendría más fondos.

En el comentario también se aclarará que la presente recomendación es aplicable a las transferencias absolutas de créditos por cobrar (pero no de títulos negociables o de otras obligaciones), dado que la Guía sólo se aplica en lo general a las transferencias directas de créditos.

En el comentario se explicará además que en los apartados a) a c) se sigue el texto del párrafo 1) del artículo 10 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos, con los ajustes necesarios habida cuenta de la naturaleza del régimen de la Guía como derecho interno, mientras que en los apartados e) y f) se sigue el enunciado de los apartados b) y c) de la recomendación 23 y de los párrafos 3) y 4) del artículo 10 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos.

Por otra parte, en el comentario se aclarará que en el apartado g) se sigue el texto del párrafo 5) del artículo 10 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en virtud del cual, si la garantía real implica la entrega de la posesión de un bien y esa entrega perjudica al deudor del crédito o a la parte obligada del título negociable o de otra obligación, no se verá afectada ninguna responsabilidad que pueda existir en virtud de una regla de derecho aplicable que sea distinta del régimen recomendado en la Guía. Esa responsabilidad puede nacer, por ejemplo, en el caso de que se haga entrega de la posesión de un bien corporal de particular valor si el acreedor garantizado o el cesionario lo daña o lo pierde.

En el comentario se aclarará asimismo que el apartado h), que sigue el texto del párrafo 6) del artículo 10 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos, deja claro que la forma de la transferencia de una garantía real sobre un bien que no entre en el ámbito del presente régimen (por ejemplo, un bien inmueble) se deja al arbitrio de una regla de derecho distinta del presente régimen, al menos en la medida en que no se vean afectadas la constitución automática de una garantía real ni su eficacia automática frente a terceros. En consecuencia, para el cesionario de una hipoteca puede ser necesario un documento notarial y la inscripción registral para obtener diversos derechos en virtud de la legislación inmobiliaria, como el derecho a ejecutar la hipoteca. En el comentario se explicará también que la forma de la transferencia de una garantía sobre un bien que entre en el ámbito del presente régimen se regirá por éste.]

Constitución de una garantía real sobre un título negociable¹²

[Nota para el Grupo de Trabajo: Tal vez el Grupo de Trabajo desee tomar de que en el comentario se explicará que, conforme a las recomendaciones 12 y 13 una garantía real sobre un título negociable podrá constituirse por un acuerdo entre el otorgante y el acreedor garantizado que figure por escrito y posiblemente esté firmado, o incluso por un acuerdo verbal que vaya acompañado por una entrega de

¹² Véase A/CN.9/611/Add.1

posesión del título. En el comentario se explicará asimismo que la constitución de una garantía real conforme a esas recomendaciones no afectará a los derechos obtenidos por endoso en virtud del régimen de los títulos negociables.]

Además, tal vez el Grupo de Trabajo desee examinar, en conjunto, todas las definiciones y recomendaciones acerca de las garantías reales sobre títulos negociables (es decir, la definición x), y las recomendaciones 45, 89, 90, 119, 163, 164, 195, 209 y 213). Quizá desee también tomar nota de que en el comentario se aclarará que estas recomendaciones han de leerse en conjunto.]

Constitución de una garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria¹³

[Nota para el Grupo de Trabajo: Tal vez el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que en el comentario se explicará que, conforme a las recomendaciones 12 y 13, una garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria podrá constituirse mediante un acuerdo entre el otorgante y el acreedor garantizado. En el comentario también se explicará que la finalidad de la recomendación 25 es confirmar la validez entre el otorgante y el acreedor garantizado (pero no frente al banco depositario) de una garantía real constituida sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria, pese a todo acuerdo sobre intransferibilidad entre el banco depositario y el otorgante (titular de la cuenta)].

25. El régimen debería disponer que una garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria será eficaz pese a todo acuerdo entre el otorgante y el banco depositario por el que se limite de algún modo el derecho del otorgante a constituir una garantía real sobre su derecho al pago de los fondos acreditados en la cuenta bancaria. No obstante, el banco depositario no tendrá la obligación de reconocer al acreedor garantizado ni se impondrán por lo demás a dicho banco ninguna obligación con respecto a la garantía real sin su consentimiento.

[Nota para el Grupo de Trabajo: Tal vez el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que en el comentario sobre el apartado b) de la recomendación 2 se aclarará que los Estados promulgantes tal vez deseen tomar en consideración el efecto que las recomendaciones de la presente Guía podrían tener en sus respectivas legislaciones sobre protección del consumidor.]

Además, tal vez el Grupo de Trabajo desee examinar, en conjunto, todas las definiciones y recomendaciones sobre los derechos al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria (es decir, las definiciones gg) y hh), y las recomendaciones 25, 46, 92 a 94, 120, 121, 165 a 167, 208, 209 y 213). Quizá desee también tomar nota de que en el comentario se aclarará que estas recomendaciones tienen que leerse en conjunto].

¹³ Véase A/CN.9/611/Add.1, recomendación 26.

Constitución de una garantía real sobre el producto de una promesa independiente¹⁴

26. El régimen debería disponer que el beneficiario podrá otorgar una garantía real sobre el producto de una promesa independiente, aun cuando el derecho a cobrar tal promesa no sea en sí transferible en virtud de la legislación y las prácticas que rijan la promesa independiente. El otorgamiento de una garantía real sobre el producto de una promesa independiente no constituye una transferencia del derecho a cobrar de la promesa. [La cuestión de si el derecho a cobrar de tal promesa puede transferirse será regulada por la legislación y las prácticas que rijan esas promesas.]

[Nota para el Grupo de Trabajo: Tal vez el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que en el comentario se aclarará que en la segunda parte de la primera frase se explicará que la cuestión importante de que la transferibilidad de la promesa propiamente dicha (es decir, del derecho a cobrar) no es relevante para el derecho a constituir una garantía real sobre el producto de una promesa independiente. En el comentario se explicará también que en la segunda frase se hace una distinción entre la transferencia del derecho a solicitar el pago en virtud de una promesa independiente y la transferencia de un derecho a cobrar el producto del pago derivado de una promesa independiente.]

Tal vez el Grupo de Trabajo desee estudiar la cuestión de si la tercera frase entre corchetes debería formar parte de la recomendación o del comentario, ya que enuncia lo que dispone otra normativa legal y no lo que debería disponer el presente régimen. Además, quizás desee también examinar en conjunto todas las definiciones y recomendaciones acerca de las garantías reales sobre el producto de una promesa independiente (es decir, las definiciones z) y aa) a ff), y las recomendaciones 26, 47, 96, 122 a 124, 168 y 210 a 212). Tal vez desee asimismo tomar nota de que en el comentario se aclarará que estas recomendaciones han de leerse en conjunto].

Constitución de una garantía real sobre un documento negociable¹⁵

27. El régimen debería disponer que la constitución de una garantía real sobre un documento negociable también da origen a una garantía real sobre los bienes que representa dicho documento, siempre que el emisor esté directa o indirectamente en posesión de dichos bienes en el momento en que se constituya la garantía real sobre el documento.

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se aclarará que una garantía real sobre bienes abarcados por un documento negociable podrá constituirse conforme a las recomendaciones 12 y 13 (por acuerdo que conste por escrito y posiblemente firmado, entre el otorgante y el acreedor garantizado, e incluso por acuerdo verbal y la transferencia de la posesión del documento) directamente sobre los bienes o, conforme a la recomendación 27, mediante la constitución de una garantía real sobre el documento negociable que respalde los bienes. En el comentario se aclarará también que ni las recomendaciones 12 y 13, ni la recomendación 27 ni ninguna otra afectarán a los derechos sobre documentos negociables que se hayan

¹⁴ Véase A/CN.9/611/Add.1, recomendación 25.

¹⁵ Véase A/CN.9/611/Add.1, recomendación 28.

adquirido de conformidad con la normativa legal que rija los documentos negociables.

En beneficio de los Estados promulgantes que tal vez deseen considerar la posibilidad de regular los documentos de transporte multimodal, en el comentario se explicará asimismo que, como la definición de documento negociable se deja en la Guía en manos de la normativa legal que rige los documentos negociables, también la negociabilidad de los documentos de transporte multimodal se dejará al arbitrio de esa normativa. Tal vez el Grupo de Trabajo desee examinar, en conjunto, todas las definiciones y recomendaciones acerca de las garantías reales sobre documentos negociables (es decir, las definiciones y), oo) y pp), y las recomendaciones 27, 48 a 50, 97, 98, 169, 125, 195 y 213). Quizá desee también tomar nota de que en el comentario se aclarará que estas recomendaciones tienen que leerse en conjunto.]

Constitución de una garantía real sobre accesorios fijos¹⁶

28. El régimen debería disponer que podrá constituirse una garantía real sobre un bien corporal que, en ese momento, sea un accesorio fijo de otro bien, o que toda garantía real constituida sobre un bien corporal subsistirá aun cuando ese bien pase posteriormente a ser un accesorio fijo de otro bien. Cabrá constituir una garantía real sobre un accesorio fijo de un inmueble tanto con arreglo al presente régimen como con arreglo al régimen legal aplicable a la propiedad inmueble.

[Nota para el Grupo de Trabajo: Tal vez el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que en el comentario se explicará que, de constituirse una garantía real sobre bienes que sean accesorios fijos de un inmueble, con arreglo al régimen legal aplicable a la propiedad inmueble, la garantía así constituida podrá pasar simultáneamente a ser oponible frente a terceros. En el comentario se explicará también que, de crearse tal garantía real con arreglo al régimen legal de las operaciones garantizadas, los derechos de las personas que tengan garantías reales sobre bienes inmuebles pueden no verse afectados. Por ejemplo, una garantía real constituida conforme al régimen legal aplicable a las operaciones garantizadas. Por ejemplo, una garantía real constituida con arreglo a ese régimen legal sólo podrá ser ejecutada si no existen garantías reales concurrentes constituidas conforme al régimen legal de la propiedad inmueble o no tiene prelación sobre las garantías reales concurrentes adquiridas con arreglo al régimen legal de la propiedad inmueble (véase la recomendación 99).

Además, tal vez el Grupo de Trabajo desee examinar, en conjunto, todas las definiciones y recomendaciones referentes a las garantías reales sobre accesorios fijos (es decir, las definiciones l) y m), así como las recomendaciones 28, 51 a 53, 99 a 102, 170, 189, 195, 200 y 201). Tal vez desee también tomar nota de que en el comentario se aclarará que estas recomendaciones tienen que leerse en conjunto.]

¹⁶ Véase A/CN.9/WG.26/Add.4, recomendación 31.

Constitución de una garantía real sobre una masa de bienes o un producto acabado¹⁷

29. El régimen debería disponer que no se podrá constituir ninguna garantía real sobre bienes corporales que formen parte de una masa o de un producto acabado. Sin embargo, toda garantía real sobre bienes corporales que pasen a formar parte de una masa o de un producto acabado después de la constitución de la garantía seguirá siendo ejercible sobre la masa ya formada o sobre el producto ya acabado. El importe de la garantía real quedará limitado al valor que tenían dichos bienes antes de ser incorporados a la masa o al producto.

[Nota para el Grupo de Trabajo: Tal vez el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que en el comentario se aclarará que no se podrá constituir ninguna garantía real sobre bienes corporales que formen parte de una masa o un producto acabado, ya que, en el momento de la constitución de la garantía, no existían como bienes corporales separados (véase la definición n), “masa o producto”). En el comentario se explicará además que toda garantía real sobre los bienes antes de que pasen a formar parte de una masa o producto seguirá siendo ejercible sobre la masa o el producto según el criterio contenido en la tercera frase de la presente recomendación. Con arreglo a este criterio, si el valor de la harina es 5 y el del azúcar es 5, mientras que el valor de la tarta o torta producida es 20 y son dos los acreedores garantizados por dichos bienes, cada acreedor recibirá 5, mientras deberá guardarse el valor restante equivalente a 10 para el otorgante y sus acreedores no garantizados. Si el valor de la tarta resulta inferior al de los ingredientes, los acreedores garantizados deberán compartir proporcionalmente esa pérdida de valor (por ejemplo, si el valor de la tarta es 8, cada acreedor garantizado recibirá 4). Ello significa que: a) el acreedor garantizado no podrá obtener más de lo que se le deba, y b) si el valor de la masa o el producto es inferior, el acreedor garantizado deberá soportar una disminución del importe de su garantía (se trata aquí de una cuestión de prelación).

Además, tal vez el Grupo de Trabajo desee examinar, en conjunto, todas las definiciones y recomendaciones acerca de las garantías reales sobre masas o productos (es decir, la definición n) y las recomendaciones 29, 54, 103 a 105 y 195). Tal vez desee también tomar nota de que en el comentario se aclarará que estas recomendaciones tienen que leerse en conjunto.]

V. Eficacia de la garantía real frente a terceros¹⁸

Finalidad

La finalidad de los requisitos establecidos por el régimen relativos para la eficacia de una garantía real frente a terceros es sentar las bases para establecer un orden de prelación previsible, equitativo y eficiente por los siguientes medios:

a) Exigiendo la inscripción registral como requisito para la eficacia de una garantía real frente a terceros, salvo cuando las excepciones y opciones distintas de

¹⁷ Véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, recomendación 32.

¹⁸ Véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.5

la inscripción registral sean apropiadas teniendo en cuenta las consideraciones de política comercial que vayan en otro sentido; y

b) Estableciendo un marco jurídico que permita crear y respaldar un sistema de inscripción registral público que sea simple, económico y eficaz para la inscripción de notificaciones relativas a las garantías reales.

A. Recomendaciones generales

Significado de la eficacia frente a terceros

30. El régimen debería disponer que una garantía real sólo será eficaz frente a terceros cuando se haya constituido de conformidad con lo dispuesto en el propio régimen y siguiendo uno de los métodos mencionados en las recomendaciones 33, 35 ó 36.

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que la recomendación 30 tiene por finalidad aclarar el significado de la eficacia frente a terceros a causa de su importancia tanto para el capítulo relativo a esa eficacia como para el relativo a la prelación y del hecho de que la eficacia frente a terceros separada de la eficacia entre las partes es un nuevo concepto para muchos ordenamientos jurídicos. La recomendación 30 se complementa con las recomendaciones 31 y 32 que aclaran aún más el significado de la eficacia frente a terceros.]

Eficacia de una garantía real que no sea oponible a terceros

31. El régimen debería disponer que una garantía real que se haya constituido de conformidad con las disposiciones del propio régimen acerca de la constitución de garantías reales será eficaz frente al otorgante aun cuando no lo sea frente a terceros.

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que una garantía real que no sea oponible a terceros no surtirá efecto frente a los acreedores generales o a los acreedores garantizados cuyas garantías reales no sean eficaces frente a terceros. Este enfoque se ajusta al significado de la eficacia frente a terceros adoptado en el proyecto de guía. El resultado práctico de este enfoque es que no se plantea ningún problema de prelación en el caso de las garantías reales que no sean eficaces frente a terceros y, por consiguiente, esas garantías serían iguales entre sí e iguales a las de los acreedores generales (a menos que se conviertan en acreedores judiciales, véase la recomendación 86).]

Eficacia ininterrumpida de una garantía real frente a terceros después de la transferencia de un bien gravado

32. El régimen debería disponer que, salvo lo dispuesto en las recomendaciones 82 a 84, después de la transferencia de un derecho sobre un bien gravado, toda garantía real que sea eficaz frente a terceros en el momento de esa transferencia continuará gravando el bien y seguirá siendo oponible a terceros.

[Nota para el Grupo de Trabajo: Tal vez el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que en el comentario se explicará que esta recomendación refleja la regla

de que la mera transferencia de un bien gravado no hace perder la eficacia frente a terceros a una garantía real (droit de suite). Esta regla se reformula en forma ligeramente diferente en la recomendación 81. Tal vez desee también estudiar si la regla debería insertarse en el presente capítulo o en el capítulo relativo a la prelación.]

Método general para lograr la eficacia frente a terceros de una garantía real

33. El régimen debería disponer que una garantía real constituida de conformidad con las disposiciones sobre la constitución de garantías sólo será oponible a terceros si se inscribe una notificación acerca de esa garantía en el registro general de garantías reales mencionado en las recomendaciones 55 a 71.

34. [El régimen debería disponer que la inscripción registral de dicha notificación no dará lugar a la constitución de una garantía real ni es necesaria para constituirla.]

[Nota para el Grupo de Trabajo: Quizás el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que en el comentario se explicará que la inscripción registral de la notificación de una garantía real es un requisito para que ésta adquiera eficacia frente a terceros, pero que con ella no se constituye la garantía real, ni tampoco es necesaria la notificación para constituirla. La constitución de la garantía real requiere un acuerdo entre las partes tal como se indica en las recomendaciones del capítulo relativo a la constitución de garantías.]

Otros métodos para lograr la eficacia frente a terceros de una garantía real

35. El régimen debería disponer que una garantía real puede también adquirir eficacia frente a terceros mediante la utilización de uno de los siguientes métodos alternativos de inscripción registral:

a) En el caso de bienes corporales, mediante la transferencia de la posesión de un bien gravado, como se indica en las recomendaciones 40 y 48 a 50;

b) [En el caso de bienes de consumo de un valor inferior a [especifíquese el valor] en el momento de la constitución de la garantía real, automáticamente al constituirse una garantía real sin fines de adquisición (para las garantías reales sobre bienes de consumo con fines de adquisición, véase la recomendación 185), como se indica en la recomendación 41;]

c) En el caso de bienes muebles sujetos a inscripción en un registro especializado o a anotación en un certificado de titularidad, mediante tal inscripción o anotación, conforme a lo dispuesto en la recomendación 42;

d) En cuanto al producto, automáticamente al adquirir eficacia frente a terceros con respecto a tal producto, tal como se prevé en las recomendaciones 43 y 44;

e) En el caso de un derecho personal o real que respalde el pago u otro tipo de cumplimiento de un crédito, un título negociable u otra obligación, adquiriendo la eficacia frente a terceros con respecto al crédito, al título negociable o a la otra obligación, tal como se prevé en la recomendación 45;

f) En el caso de un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria, mediante el control, conforme a lo dispuesto en la recomendación 46;

g) En el caso de accesorios fijos, mediante la inscripción registral, tal como se prevé en las recomendaciones 51 a 53; y

h) En el caso de una masa de bienes o un producto acabado, adquiriendo eficacia frente a terceros [sobre un bien corporal antes de que pase a formar parte de una masa o producto] [sobre la masa o el producto dentro de un plazo posterior a la fecha en que el bien pasa a formar parte de la masa o del producto], como se prevé en la recomendación 54.

Diferentes métodos para lograr la eficacia frente a terceros con respecto a diferentes tipos de bienes

36. El régimen debería disponer que, salvo en lo dispuesto en la recomendación 45, una garantía real sobre un derecho a cobrar el producto de una promesa independiente sólo adquiere eficacia frente a terceros mediante el control, tal como dispone la recomendación 47.

Método exclusivo para lograr la eficacia frente a terceros de una garantía real sobre el producto de una promesa independiente

37. El régimen debería disponer que podrán utilizarse distintos métodos para lograr la eficacia frente a terceros con respecto a diferentes elementos o clases de bienes gravados, independientemente de si están gravados o no por el mismo acuerdo de garantía.

Continuidad en la eficacia de una garantía real frente a terceros

38. El régimen debería disponer que la eficacia frente a terceros de una garantía real será continua, a pesar de que cambie el método por el que se le dé tal eficacia, siempre y cuando no haya ningún momento en que la garantía real no sea oponible a terceros.

[Nota para el Grupo de Trabajo: Tal vez el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que la presente recomendación no hace ninguna referencia separada a la inscripción registral (por ejemplo, a la inscripción anticipada antes de la constitución), ya que, si se produce un cambio en el método de adquisición de la eficacia frente a terceros antes de que venza la inscripción, la garantía real se habrá constituido y habrá adquirido así esa eficacia.]

Lapso en la inscripción anticipada o en la eficacia frente a terceros de una garantía real

39. El régimen debería disponer que, si la notificación de una garantía real se ha inscrito o se le ha dado eficacia frente a terceros y hay posteriormente un período en el que la garantía real no está registrada ni es oponible a terceros, se podrá restablecer la inscripción o la eficacia frente a terceros. En tal caso, esa inscripción o esa eficacia tendrán validez lo antes posible a partir de la fecha en que la garantía real quede registrada o sea oponible a terceros.

[Nota para el Grupo de Trabajo: Quizá el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que en el comentario se explicará que en la presente recomendación se hace referencia a la inscripción registral por separado de la eficacia frente a terceros debido que tal inscripción puede hacerse antes de la constitución de la garantía]

real, mientras que esa eficacia exige la constitución de la garantía y la plena utilización del método para hacerla oponible a terceros (véase la recomendación 31).

Quizás desee tomar nota también de que la recomendación sigue de cerca la terminología empleada en las recomendaciones 77 y 78, conforme a las cuales la prelación empieza a contar a partir del momento en que se restablezca la eficacia frente a terceros o en que se registre una notificación relativa a la garantía real. Tal vez desee además examinar si la primera frase de la recomendación 39 debería mantenerse en este capítulo, puesto que regula el lapso en la inscripción o en la eficacia frente a terceros y si la segunda frase debería plasmarse únicamente en el capítulo relativo a la prelación, pues trata esencialmente de este tema.

Tal vez desee tomar nota asimismo de que en el comentario se explicará que la eficacia frente a terceros puede sufrir un lapso cuando, por ejemplo, el acreedor garantizado no renueva su inscripción antes de que venza su plazo inicial o cuando la eficacia frente a terceros se haya obtenido mediante la entrega de la posesión de los bienes gravados al acreedor garantizado, pero éste devuelve posteriormente la posesión al otorgante. En el comentario se explicará también que la eficacia frente a terceros no sufre un lapso en tales casos si la garantía real está inscrita o si adquiere eficacia frente a terceros antes de que se produzca el lapso del método concreto que haya que emplear para que la adquiera.

En el comentario se consignarán los siguientes ejemplos de situaciones en que se mantendrá la continuidad de la eficacia frente a terceros pese a que haya una solución de continuidad en el método concreto para lograr esa eficacia:

a) El día 1 el otorgante constituye una garantía real en beneficio del acreedor garantizado, que el mismo día toma posesión de los bienes gravados. El día 2, el acreedor garantizado inscribe una notificación en el registro sobre su garantía real y renuncia a la posesión. La eficacia frente a terceros será continua desde el día 1;

b) El día 1, el otorgante constituye una garantía real en beneficio del acreedor garantizado, el cual inscribe el mismo día una notificación de su garantía real en el registro. El día 2, el acreedor garantizado toma posesión de los bienes gravados, mientras que la inscripción caduca el día 3. La eficacia frente a terceros es continua a partir del día 1. El resultado es el mismo si el acreedor garantizado hace de nuevo la inscripción el día 4 y entrega la posesión de los bienes gravados al otorgante el día 5.]

Eficacia frente a terceros de una garantía real sobre bienes corporales mediante la posesión

40. El régimen debería disponer que una garantía real sobre bienes corporales también puede adquirir eficacia frente a terceros, mediante la posesión.

[Nota para el Grupo de Trabajo: Tal vez el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que en el comentario se explicará que, dado que la expresión “bienes corporales” abarca los títulos negociables y los documentos negociables (véase la definición i)), la presente recomendación es aplicable a la eficacia frente a terceros de garantías reales sobre títulos negociables y documentos negociables. Como consecuencia de ello, una garantía real sobre un título negociable o un documento

negociable puede adquirir eficacia frente a terceros mediante la inscripción o la posesión. En las recomendaciones 48 a 50 se agregan reglas especiales relativas a la eficacia frente a terceros de las garantías reales sobre documentos negociables y sobre bienes englobados por los documentos negociables.]

[Eficacia frente a terceros de una garantía real sin fines de adquisición sobre bienes de consumo de bajo valor

41. Toda garantía real sin fines de adquisición sobre bienes de consumo de valor inferior a [especifíquese el valor] en el momento de la constitución de la garantía (para las garantías reales con fines de adquisición sobre bienes de consumo, véase la recomendación 185) que no esté sujeta a una inscripción especializada o a un sistema de certificado de titularidad será eficaz frente a terceros automáticamente al constituirla.]

[Nota para el Grupo de Trabajo: Tal vez el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que como no existe una financiación considerable en el caso de las garantías reales sin fines de adquisición sobre bienes de consumo, en el 39° período de sesiones de la Comisión hubo amplio apoyo en cuanto a que se suprimiera la recomendación 41 (y, por tanto, el apartado b) de la recomendación 35; véase A/61/17, párr. 25). Si se mantiene esta recomendación, quizás el Grupo de Trabajo desee considerar que, como un valor bajo en un país puede ser un valor alto en otro, la determinación del bajo valor debería basarse en un análisis de costos y beneficios en que se comparara el valor potencial de liquidación en un bien con el costo de la inscripción.]

Eficacia frente a terceros de una garantía real sobre bienes muebles respecto de los cuales existe una inscripción registral especializada o una anotación en un sistema de certificados de titularidad

42. El régimen debería disponer que toda garantía real sobre bienes muebles que estén sujetos a inscripción en un registro especializado o a anotación en un certificado de titularidad con arreglo a una normativa legal distinta del presente régimen podrá también adquirir eficacia frente a terceros mediante:

- a) Inscripción en el registro especializado, o
- b) Anotación en el certificado de titularidad.

[Nota para el Grupo de Trabajo: Tal vez el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que en el comentario se explicará que la inscripción en un registro especializado puede tener efectos de constitución más bien que efectos frente a terceros y comportar la inscripción registral de documentos en lugar de una mera notificación. En el comentario también se explicará que la recomendación 42 se formula para no tener que regular esa cuestión, que es materia de otra normativa legal. Además, en el comentario se explicará que la inscripción en el registro general de garantías reales y en el registro especializado son los únicos métodos disponibles para lograr la eficacia frente a terceros de una garantía real sobre bienes muebles de la clase mencionada en la presente recomendación (es decir, la eficacia frente a terceros tal vez no pueda lograrse mediante la posesión), si así lo dispone la legislación especial pertinente (para los accesorios fijos sujetos a inscripción registral especializada, véase la recomendación 53).

En el comentario se explicará asimismo que la recomendación 42 se complementa con la recomendación 79, en virtud de la cual una garantía real inscrita en el registro especializado o respecto a la cual se haya hecho una anotación en un certificado de titularidad tendrá prelación sobre una garantía real inscrita en el registro general de garantías reales. Por consiguiente, a fin de asegurar la máxima prelación sobre todas las clases de acreedores concurrentes, debería darse a la garantía real la eficacia frente a terceros mediante la inscripción de conformidad con la recomendación 42 y no con la recomendación 33. Este enfoque está justificado por la necesidad de preservar la fiabilidad del registro especializado o del sistema de certificados de titularidad para el comprador de bienes gravados o los acreedores garantizados que se fían de esos sistemas para asegurar la protección de sus derechos.]

Eficacia frente a terceros de una garantía real sobre el producto de un bien gravado¹⁹

Variante A

43. El régimen debería disponer que, si una garantía real sobre un bien gravado es eficaz frente a terceros, la garantía real sobre todo producto de dicho bien será oponible a terceros al formarse dicho producto, a condición de que:

a) la garantía real sobre el bien gravado se haya hecho eficaz frente a terceros por inscripción de una notificación en el registro general de garantías reales, por inscripción en un registro especializado o por anotación en un certificado de titularidad, y que esa garantía siga siendo eficaz en dicho momento, o

[Nota para el Grupo de Trabajo: Quizás el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que el apartado a) no sería aplicable, por ejemplo, a una garantía real que se hizo oponible a terceros mediante la posesión. Sería aplicable a ese derecho la regla residual enunciada en la recomendación 44. Quizá desee también tomar nota de que, en su 39º período de sesiones, la Comisión remitió las variantes al Grupo de Trabajo con vistas a tratar de llegar, en la medida de lo posible, a un acuerdo sobre una de ellas (véase A/61/17, párr. 26).]

b) El producto consista en dinero, créditos por cobrar, títulos negociables o derechos al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria.

44. De no ser aplicable la recomendación 43, la garantía real sobre el producto será oponible frente a terceros durante los [...] días siguientes a la formación del producto y seguirá siéndolo, sin interrupción, si se hizo oponible a terceros mediante alguno de los métodos mencionados en las recomendaciones 33 ó 35 con anterioridad a la expiración de dicho plazo.

Variante B

43. El régimen debería disponer que, si una garantía real sobre un bien gravado es eficaz frente a terceros, toda garantía real sobre algún producto del bien gravado también lo será al formarse dicho producto a condición de que esté en forma de

¹⁹ Para las recomendaciones 43 y 44 véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, recomendaciones 41 y 41 bis.

dinero, créditos por cobrar, títulos negociables o derechos al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria.

44. De no ser aplicable la recomendación 43, la garantía real sobre el producto será oponible a terceros durante los [...] días siguientes a la formación del producto y seguirá siéndolo, sin interrupción, si se hizo oponible a terceros, con anterioridad a la expiración de dicho plazo, mediante alguno de los métodos previstos en las recomendaciones 33 ó 35.

[Nota para el Grupo de Trabajo: Tal vez el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que dada la diversidad de opiniones en su seno sobre si la garantía sobre el producto será automáticamente eficaz o si hará falta algún otro acto para hacerla oponible a terceros una vez nacido el producto (véase A/CN.9/593, párrs. 26 a 32), la recomendación 43 ofrece dos variantes.

Con arreglo a la variante A, toda garantía real sobre el producto será automáticamente eficaz frente a terceros si la garantía real constituida sobre los bienes inicialmente gravados fue hecha oponible a terceros por inscripción registral o si la garantía recaía sobre dinero o algún bien similar. Si la garantía real fue dotada de eficacia frente a terceros por posesión, a tenor de la recomendación 44, la garantía real sobre el producto será oponible a terceros por un breve plazo y sólo pasará a serlo de modo permanente si media algún otro acto que la haga eficaz frente a terceros.

En virtud de la variante B, la eficacia automática de la garantía frente a terceros quedaría limitada a los supuestos en los que el producto esté en forma de dinero o similar, mientras que la recomendación 44 sería aplicable en todos los demás supuestos. A resultas de este enfoque, la garantía real sobre el producto seguiría siendo oponible a terceros durante algunos días después de haberse formado el producto y sólo pasaría a serlo de modo permanente si se inscribe en el registro una notificación de la garantía real sobre el producto o mediante posesión del producto. En el comentario se aclarará que los frutos civiles y naturales quedarán automáticamente englobados al haber sido definidos como “producto” (véase la definición jj).

Tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar la posibilidad de que, para equilibrar el amparo debido tanto a los terceros como al acreedor garantizado, el plazo indicado en la recomendación 44 sea tan breve como el período de gracia previsto en la recomendación sobre la eficacia frente a terceros de las garantías reales para la financiación de adquisiciones (es decir de 20 a 30 días, véase la recomendación 184).]

B. Recomendaciones específicamente relacionadas con los bienes

Eficacia frente a terceros de una garantía real sobre créditos por cobrar sobre un derecho que garantice un crédito, un título negociable o cualquier otra obligación²⁰

45. El régimen debería disponer que, si una garantía real sobre un crédito, un título negociable o cualquier otra obligación conceptuada como bien gravado por el

²⁰ Véase A/CN.9/611, recomendación 37.

presente régimen adquiere eficacia frente a terceros, la garantía real será automáticamente oponible a terceros con respecto a todo derecho personal o real que respalde el pago o la ejecución del crédito, del título negociable o de otra obligación, sin que el otorgante o el acreedor garantizado deban adoptar otras medidas. Si el derecho personal o real es una garantía independiente, una garantía real sobre el producto de la promesa independiente será automáticamente eficaz frente a terceros (pero, tal como dispone el apartado b) de la recomendación 24, la garantía real no se hará extensiva al derecho al cobro en virtud de la promesa independiente). Esta recomendación no será aplicable a un derecho sobre bienes inmuebles que en virtud de una regla de derecho distinta del presente régimen sea transferible disociándolo de un crédito, un título negociable u otra obligación que pueda respaldar.

[Nota para el Grupo de Trabajo: Tal vez el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que en el comentario se explicará que las recomendaciones generales sobre la eficacia frente a terceros se aplicarán a las garantías reales sobre créditos, así como a las transferencias directas de créditos. En el comentario también se aclarará que el texto que figura entre paréntesis en la segunda frase explica que la garantía real no se hace extensiva al derecho al cobro. Como no hay garantía real sobre el derecho al cobro, no se plantea a ese respecto la cuestión de la eficacia frente a terceros.]

Eficacia frente a terceros de una garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria²¹

46. El régimen debería disponer que una garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria es eficaz frente a terceros también si el acreedor garantizado obtiene el control del derecho al pago de los fondos acreditados en la cuenta bancaria.

[Nota para el Grupo de Trabajo: Tal vez el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que en el comentario se explicará que, conforme a la recomendación 33, una garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria puede también adquirir eficacia frente a terceros mediante la inscripción de una notificación de su constitución en el registro general de garantías reales.]

Eficacia frente a terceros de una garantía real constituida sobre el producto de una promesa independiente²²

47. El régimen debería disponer que, salvo lo previsto en la recomendación 45, una garantía real sobre el producto de una promesa independiente sólo podrá hacerse efectiva frente a terceros mediante la obtención por el acreedor garantizado del control con respecto al producto de tal promesa.

[Nota para el Grupo de Trabajo: Tal vez el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que ni la posesión de la promesa independiente ni la inscripción registral deberían ser un método para lograr la eficacia frente a terceros de una garantía real sobre un derecho al producto de una promesa independiente. La posesión de una promesa independiente (aun cuando sea en forma tangible) sólo desempeña una

²¹ Véase A/CN.9/611/Add.1, recomendación 43.

²² Véase A/CN.9/611/Add.1, recomendación 49.

función limitada en la utilización moderna de tales promesas. Además, si se incluyera la posesión en la Guía como método para lograr la eficacia frente a terceros, se requerirían reglas complejas para regular la prelación y los conflictos de leyes. No obstante, cabe señalar que, si bien la posesión no constituye un método para lograr la eficacia frente a terceros, como cuestión práctica, la posesión daría protección al acreedor garantizado cuando, en virtud de la promesa independiente, fuera necesaria su presentación física a fin de cobrar en virtud de ella. En tal circunstancia, el beneficiario no podría hacer un cobro efectivo sin la cooperación del acreedor garantizado, de modo que éste podría adoptar medidas para conseguir el pago (por ejemplo, podría requerir al beneficiario que obtuviera una aceptación que lograría el control para el acreedor garantizado antes de entregar la promesa independiente y de permitir que ésta fuera presentada al garante/emisor o a una persona designada que diera tal aceptación).]

Eficacia frente a terceros de una garantía real sobre un documento negociable²³

48. El régimen debería disponer que una garantía real sobre un documento negociable también podrá adquirir eficacia frente a terceros mediante la obtención de la posesión del documento por parte del acreedor garantizado.

49. El régimen debería disponer que, si una garantía real sobre un documento negociable es eficaz frente a terceros, la garantía real correspondiente sobre los bienes respaldados por el documento será también oponible a terceros. Siempre que un documento negociable represente bienes, una garantía real sobre éstos podrá adquirir eficacia frente a terceros mediante la obtención de la posesión del documento por parte del acreedor garantizado.

50. El régimen debería disponer que una garantía real sobre un documento negociable que haya adquirido eficacia frente a terceros mediante la obtención de la posesión del documento por parte del acreedor garantizado seguirá siendo oponible a terceros durante un breve período de [especifíquese el número] días después de que el documento negociable haya sido entregado al otorgante o a otra persona para los fines de venta o intercambio definitivo, la carga o la descarga o todo otro acto de disposición de los bienes abarcados por el documento negociable.

Eficacia frente a terceros de una garantía real sobre accesorios fijos o bienes incorporados a inmuebles²⁴

51. El régimen debería disponer que, si una garantía real sobre un bien corporal es eficaz frente a terceros en el momento en que el bien pasa a ser un accesorio fijo, la garantía real seguirá siendo eficaz en lo sucesivo.

52. El régimen debería disponer que una garantía real sobre un accesorio fijo de un inmueble podrá hacerse también eficaz frente a terceros por inscripción en el registro de la propiedad inmueble.

[Nota para el Grupo de Trabajo: Tal vez el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que en el comentario se explicará que, de conformidad con la recomendación 33, una garantía real sobre un bien corporal que sea un accesorio fijo cuando la garantía se haga oponible a terceros, o pase a ser un accesorio fijo

²³ Véase A/CN.9/611/Add.1, recomendaciones 44 a 44 ter.

²⁴ Véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, recomendaciones 45 y 46.

posteriormente, podrá hacerse oponible a terceros mediante la inscripción de una notificación en el registro general de garantías reales. En el comentario se explicará también que la recomendación 51 tiene por finalidad aclarar que no es necesario ningún otro paso para hacer eficaz frente a terceros una garantía real sobre un accesorio fijo que ya era eficaz antes de que el bien corporal pasara a ser un accesorio. Además, en el comentario se explicará que en la recomendación 52 se deja claramente sentado que una garantía real sobre un accesorio fijo de un bien inmueble podrá hacerse oponible a terceros mediante inscripción en el registro general de garantías reales o en el registro de propiedad inmueble.

La presente recomendación tiene por finalidad amparar la integridad y fiabilidad del registro de la propiedad inmueble. La recomendación está complementada por la recomendación 99, con arreglo a la cual toda garantía real sobre accesorios fijos de bienes inmuebles que se haga oponible a terceros con arreglo a la normativa legal que rija la propiedad inmueble gozará de prelación sobre una garantía sobre esos accesorios que se haga oponible de conformidad con el presente régimen. La recomendación 52 también está complementada por la recomendación 100, con arreglo a la cual toda garantía real sobre accesorios fijos de bienes inmuebles, que pase a ser eficaz frente a terceros mediante inscripción en el registro de la propiedad inmueble en virtud de la recomendación 52 tendrá prelación sobre una garantía real sobre el bien inmueble conexo que fue inscrito posteriormente. En el comentario también se explicará que, si se hace oponible a terceros, con arreglo a la presente recomendación, una garantía real sobre un accesorio fijo de un inmueble, la garantía inscrita se regirá, en principio, por el régimen legal interno de la propiedad inmueble. Sin embargo, tal vez haya que señalar a la atención del legislador la necesidad de enmendar el régimen legal interno relativo a esa propiedad a fin de autorizar la inscripción de una notificación acerca de una garantía real, sin necesidad de legitimación notarial. Una dificultad para todo tercero que desee consultar esa notificación es que la inscripción en el registro de la propiedad inmueble se hará en relación con el bien y no con el otorgante.

En el comentario se explicará además que la garantía real quedará constituida sobre el bien inmueble en su conjunto, pero que la notificación inscrita deberá describir el accesorio fijo y la prelación de la garantía quedará limitada al valor que tendría el accesorio en caso de ser separado. Deberá también abordarse la cuestión de si el accesorio fijo puede ser separado y cómo se efectuaría el pago al acreedor garantizado, en caso de procederse a la realización de la garantía (véase la recomendación 170). Tal vez el Grupo de Trabajo desee estudiar la cuestión de si un acreedor que haya adquirido una garantía en virtud del régimen interno de la propiedad inmueble debería estar facultado para liberar la deuda para con el acreedor garantizado con una garantía real constituida de conformidad con la normativa legal aplicable a la propiedad inmueble. Tal vez convenga dejar este asunto al arbitrio de los acuerdos que se concierten entre acreedores.

En el comentario también se examinarán los criterios adoptados en la legislación recientemente promulgada, en virtud de la cual una garantía real sobre un accesorio fijo sólo se inscribe en el registro general de garantías reales, y el registro envía una notificación de esa inscripción al registro de bienes inmuebles.]

Eficacia frente a terceros de una garantía o de algún otro derecho real sobre accesorios fijos que hayan de ser inscritos en un sistema de registro especializado o anotados en un sistema de certificado de titularidad²⁵

53. El régimen debería disponer que toda garantía real sobre un accesorio fijo de un bien inmueble que esté sujeto a inscripción en un registro especializado o a anotación en un certificado de titularidad en virtud de una normativa legal distinta del presente régimen también podrá hacerse eficaz frente a terceros mediante:

- a) La inscripción en el registro especializado, o
- b) La anotación en el certificado de titularidad.

[Nota para el Grupo de Trabajo: Tal vez el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que el enunciado de la presente recomendación sigue de cerca el texto de la recomendación 42.]

Eficacia frente a terceros de una garantía real sobre una masa de bienes o sobre un producto acabado²⁶

Variante A

54. El régimen debería disponer que, si una garantía real sobre un bien corporal es eficaz frente a terceros cuando pasa a formar parte de una masa de bienes o de un producto acabado, la garantía real sobre la masa o el producto constituida conforme al presente régimen, tal como se indica en la recomendación 29, será oponible a terceros en lo sucesivo sin necesidad de ningún otro acto.

Variante B

54. El régimen debería disponer que, si una garantía real sobre un bien corporal es eficaz frente a terceros cuando pasa a formar parte de una masa de bienes o de un producto acabado, la garantía real sobre la masa o el producto constituida en virtud del presente régimen, conforme a lo indicado en la recomendación 29, será oponible a terceros en lo sucesivo durante los [...] días que sigan a la formación de la masa de bienes o el producto acabado. La garantía seguirá siendo eficaz después de dicho plazo, siempre que se haga oponible a terceros mediante alguno de los métodos mencionados en las recomendaciones 33 a 35 antes de haber expirado dicho plazo.

VI. El sistema de inscripción registral²⁷

Finalidad

La finalidad de las disposiciones del régimen relativas al sistema de inscripción registral es establecer un registro general de garantías reales y regular su administración. La finalidad del sistema registral es:

- a) Ofrecer un método mediante el cual una garantía real existente o futura sobre bienes existentes o futuros del otorgante pueda adquirir eficacia frente a terceros;

²⁵ Véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, recomendación 46 bis.

²⁶ Véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add. 4, recomendación 47.

²⁷ Véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.5.

b) Sentar las bases de un régimen de prelación que dependa del momento en que se logre la eficacia de una garantía real frente a terceros; y

c) Proporcionar una fuente objetiva de información para que los terceros que tengan alguna relación con los bienes del otorgante (como los acreedores garantizados y los compradores potenciales, los acreedores judiciales y el representante de la insolvencia del otorgante) sepan si los bienes pueden gravarse con una garantía real.

El sistema registral debería concebirse de modo tal que las inscripciones y los procesos de búsqueda fueran sencillos, no costaran tiempo ni dinero, fueran fácilmente manejables por los usuarios y públicamente accesibles.

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que la sección sobre la finalidad de este capítulo establecerá una relación entre las recomendaciones 12 y 13 (constitución de garantías reales), 30 (distinción de la constitución respecto de la eficacia frente a terceros), 34 (puntualizar que con la inscripción no se constituye una garantía real), 42 (inscripción en un registro especializado) y 64 (poner de relieve que la inscripción puede tener lugar antes de la constitución de una garantía real).

En el comentario se explicará asimismo que los sistemas registrales que:
a) requieran la inscripción de documentos (y no de una notificación como se dispone en el apartado b) de la recomendación 55 y en la recomendación 58;
b) requieran el examen o la verificación de los documentos (en vez de exigir únicamente el examen y la verificación por quien haga la inscripción, como se dispone en el apartado c) de la recomendación 55);
c) surtan efectos constitutivos (en vez de los efectos descritos en las recomendaciones 33 ó 35); y
c) requieran el pago de elevados recargos de inscripción (por ejemplo, ad valorem) (en vez de recargos nominales basados en la recuperación de los gastos, como dispone el apartado h) de la recomendación 55, no son aptos para una inscripción eficiente, económica y cómoda para el usuario, lo cual es crucial para un régimen de las operaciones garantizadas sobre bienes muebles que promueva un mayor acceso a crédito de costo inferior.]

Marco operativo del proceso de inscripción y de consulta

55. El régimen debería establecer un marco administrativo para asegurar que el proceso de inscripción y de búsqueda funcione como sigue:

a) Estarán ampliamente disponibles orientaciones claras y concisas sobre los procedimientos de inscripción y búsqueda y estará ampliamente difundida la información sobre la existencia y la función del registro;

b) La inscripción se efectuará registrando una notificación que contenga la información especificada en la recomendación 58, y no una copia del acuerdo de garantía correspondiente o de otro documento;

c) Las notificaciones podrán inscribirse sin que las verifique o examine nadie que no sea quien las inscriba;

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que las notificaciones falsas o que induzcan a error podrían cancelarse en virtud de la recomendación 68, mientras

que la cuestión de una eventual penalización de inscripciones que sean falsas, a sabiendas de su autor, o que induzcan a error se deja en manos del derecho extracontractual, penal o de otras disposiciones legales. En el comentario también se dará orientación sobre los tipos de posibles penalizaciones.]

d) Una persona podrá efectuar una búsqueda sin necesidad de justificar los motivos por los que la hace;

e) Los archivos del registro estarán centralizados y contendrán todas las notificaciones de garantías reales inscritas en virtud del presente régimen;

f) Las notificaciones estarán divididas en índices y podrán ser consultadas en función del nombre del otorgante o de cualquier otro dato identificador fiable del otorgante, como la identificación emitida por el Estado o el número de inscripción comercial;

g) El registro será de acceso público;

h) Los recargos impuestos por la inscripción y por la búsqueda se fijarán a un nivel no superior al necesario para permitir la recuperación de los gastos;

i) Las personas que efectúen inscripciones podrán elegir entre múltiples modos y puntos de acceso al registro;

j) El horario de funcionamiento del registro será fiable y se establecerá teniendo en cuenta las necesidades de los usuarios potenciales del registro; y

k) En la medida en que la capacidad infraestructural del Estado lo permita, el sistema de inscripción registral funcionará con métodos informáticos. En particular,

i) Las notificaciones se archivarán de forma electrónica en una base de datos informática;

ii) Las personas que procedan a una inscripción o a una búsqueda dispondrán de acceso inmediato al archivo del registro por medios electrónicos o similares, inclusive Internet y el intercambio electrónico de datos;

iii) El sistema estará programado de forma que se reduzca al mínimo el riesgo de inscripción de datos incompletos o no pertinentes (por ejemplo, imponiendo la obligatoriedad de llenar los espacios destinados a datos esenciales); y

iv) El sistema estará programado para facilitar la recuperación rápida y completa de información y para reducir al mínimo las consecuencias prácticas de un error humano.

Seguridad e integridad del registro

56. A fin de garantizar la seguridad y la integridad del sistema de inscripción registral, el marco operativo legal del registro debería tener las siguientes características:

a) La persona o entidad que haga una inscripción podrá obtener una prueba de la inscripción una vez que haya registrado la información;

- b) Se verificará por adelantado la identidad de quienes hagan una inscripción y se preservará esa prueba de identidad;
- c) [El registro] [El acreedor garantizado] estará obligado a enviar una copia de la notificación al otorgante que se mencione en ella;
- d) El registro estará obligado a enviar una copia de todo cambio que se produzca en una notificación al acreedor garantizado que se mencione en ella;
- e) Si bien la gestión cotidiana del registro podrá delegarse en una entidad privada, el Estado mantiene la responsabilidad de asegurar que el registro se lleva de conformidad con lo dispuesto en el marco jurídico que lo rige; y
- f) Se mantendrá una copia de reserva del registro a fin de asegurar que pueda reconstruirse.

Responsabilidad por pérdidas o daños

57. El régimen debería disponer la asignación de responsabilidad por pérdidas o daños causados por un error en la administración o gestión del registro y en el sistema de búsqueda. Si el sistema se ha concebido para permitir la inscripción y la búsqueda directas por los usuarios del registro sin la intervención del personal del registro, la responsabilidad del registro con respecto a una inscripción o a una búsqueda impresas de forma inexacta o incompleta se atribuirá simplemente a un mal funcionamiento del sistema.

Contenido requerido de la notificación

58. El régimen debería requerir que la notificación contenga únicamente:

- a) La identidad del otorgante, tal como disponen las recomendaciones 59 a 61, y del acreedor garantizado o de su representante, así como la dirección de cada una de esas personas;
- b) Una descripción del bien que sea objeto de la notificación, tal como dispone la recomendación 63;
- c) La duración de la inscripción, tal como dispone la recomendación 64; y
- [d) Una declaración sobre la cifra monetaria máxima por la que se pueda ejecutar la garantía real [si el Estado determina que tal información es útil para facilitar un préstamo subordinado.]]

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que, si bien el significado del término "representante" puede estar sujeto a otra legislación, este concepto abarcará al agente, al fideicomisario o a otra persona que actúe en nombre o en beneficio del acreedor garantizado.]

Suficiencia del dato de identificación del otorgante en una notificación

59. El régimen debería disponer que una notificación será únicamente eficaz si en ella se especifica el dato correcto de identificación del otorgante o, en el caso de una declaración incorrecta, cuando la notificación pueda recuperarse mediante una búsqueda en los archivos del registro empleando el dato de identificación correcto.

60. El régimen debería disponer que, cuando el otorgante fuera una persona física, el dato de identificación del otorgante a efectos de una inscripción eficaz será el nombre del otorgante, tal como figure en un documento oficial especificado, como un certificado de nacimiento, una tarjeta de identidad o un pasaporte. Cuando sea necesario para determinar sin lugar a dudas la identidad del otorgante, se exigirá información suplementaria, como la fecha de nacimiento o el número de la tarjeta de identidad.

61. El régimen debería disponer que cuando el otorgante sea una entidad jurídica, el nombre del otorgante para los fines de una inscripción efectiva será el nombre que figure en los documentos constitutivos de la entidad.

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se aclarará que cuando el nombre del otorgante se enuncie en un registro separado mantenido por el Estado, por ejemplo, un registro comercial o de sociedades, el Estado tal vez desee establecer vínculos entre los dos registros para facilitar la inscripción exacta de los datos. En el comentario se explicará también que, tratándose de personas físicas, y a fin de distinguir entre personas físicas con el mismo nombre, se exigirá, además del nombre, otro dato de identificación (por ejemplo, la fecha de nacimiento). Este dato de identificación suplementario no se requerirá para sociedades mercantiles, puesto que no puede haber ninguna otra empresa que lleve el mismo nombre para ser aceptada en el registro de sociedades.]

Modificación del dato de identificación del otorgante

62. El régimen debería disponer que si el nombre del otorgante cambia después de haberse efectuado la inscripción de una garantía real:

a) Una garantía real sobre un bien gravado sobre el que el otorgante tuviera derechos en el momento del cambio del nombre conservará su eficacia frente a terceros;

b) Una garantía real sobre un bien adquirido por el otorgante o constituida en el plazo de [...] días después de la fecha en que se produzca el cambio de nombre, será eficaz frente a terceros; y

c) Una garantía real sobre un bien adquirido por el otorgante o constituida más de [...] días después de la fecha del cambio de nombre no será eficaz frente a terceros, a menos que se enmiende la notificación para especificar el nuevo dato de identificación del otorgante.

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar las siguientes variantes de la recomendación 62:

“Variante A

El régimen debería disponer que, si el dato de identificación del otorgante cambia después de registrarse una notificación, la garantía real mantendrá su eficacia frente a terceros hasta que el otorgante notifique al acreedor garantizado el cambio de nombre. A continuación, el acreedor garantizado dispondrá de [...] días para enmendar la notificación. Si ello no se hace, la garantía real será ineficaz frente a los acreedores garantizados registrados y frente a los compradores que adquieran un derecho sobre el bien gravado después de la expiración del plazo, a menos que

el acreedor garantizado enmienda la notificación antes de que la garantía real concurrente sea registrada o de que el comprador adquiera un derecho sobre el bien.

Variante B

El régimen debería disponer que, si el dato de identificación del otorgante cambia después de inscribirse la notificación, el acreedor garantizado dispondrá de [...] días para enmendar la notificación. Si ello no se hace, la garantía real será ineficaz frente a los acreedores garantizados registrados y frente a los compradores que adquieran un derecho sobre el bien gravado tras la expiración del plazo de [...] días a partir de la fecha del cambio, a menos que el acreedor garantizado enmienda la notificación antes de que se inscriba la garantía real concurrente o de que el comprador adquiera un derecho sobre el bien.”

Además, el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se darán orientaciones sobre la duración del plazo mencionado en la recomendación 62 (que podría ser, por ejemplo, de 60, 90 ó 120 días). En el comentario también se analizarán diversas circunstancias en las que una entidad podrá modificar su nombre (por ejemplo, en el caso de fusión o de adquisición).]

Suficiencia de la descripción de los bienes que sean objeto de una notificación

63. El régimen debería disponer que una descripción de los bienes que sean objeto de una notificación se considerará suficiente si permite a un tercero identificar los bienes que son objeto de la notificación disociándolos de otros bienes del otorgante. Una descripción genérica de los bienes gravados será suficiente.

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que descripciones tales como “todas las existencias” o “todos los bienes presentes y futuros”, serán suficientes.]

Momento de la inscripción

64. El régimen debería disponer que una notificación relativa a una garantía real podrá inscribirse antes o después de que se constituya la garantía real.

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que la finalidad de esta recomendación es confirmar que la inscripción puede tener lugar antes de la constitución de la garantía real. En el comentario se explicará que la finalidad de permitir la inscripción anticipada es ofrecer a los acreedores garantizados la posibilidad de asegurar su grado de prelación mediante la inscripción, especialmente frente a posibles acreedores garantizados concurrentes, lo antes posible a fin de facilitar la concesión de crédito una vez concertado el acuerdo formal de garantía (véase también la recomendación 76 conforme a la cual la prelación se rige por la fecha de inscripción (es decir, antes de la constitución de una garantía real, suponiendo que tal garantía empiece a existir subsiguientemente) o por la fecha en que adquiere eficacia frente a terceros (es decir, la constitución más la inscripción o la posesión). En el comentario se explicará también que el otorgante no se verá afectado por notificaciones inexactas o falsas en la medida en que no produzcan consecuencias jurídicas y, en cualquier caso, el deudor siempre podrá solicitar la cancelación de la notificación en virtud

de la recomendación 68, o ejercitar otros recursos de derecho extracontractual o penal u otras normativas legales.]

Notificación única para múltiples acuerdos de garantía entre las mismas partes

65. El régimen debería disponer que la inscripción de una única notificación será suficiente para asegurar la eficacia frente a terceros de garantías reales constituidas o que se vayan a constituir mediante todos los acuerdos de garantía concertados entre las mismas partes, siempre y cuando abarquen elementos o tipos de bienes muebles que entren en la descripción hecha en la notificación.

Duración y prórroga de una notificación

66. El régimen debería especificar la duración de una notificación o permitir a la persona que haga la inscripción seleccionar la duración de la notificación en el momento de la inscripción y prorrogarla en cualquier momento antes de su vencimiento.

Momento de eficacia de una notificación o de una enmienda

67. El régimen debería disponer que una notificación o su enmienda surtirán efecto cuando la información consignada en la notificación o en su enmienda sea inscrita en el sistema registral de modo que pueda ser revelada en una búsqueda en el registro.

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que si un sistema registral permite la presentación de notas de papel en el registro (por oposición a datos directos inscritos por sus autores) se producirá cierta demora entre la recepción de la notificación por el encargado del registro y el momento en que el personal de registro ingresará la información sobre la notificación en el registro con el fin de que esté disponible para quienes hagan búsquedas. En tales circunstancias, se plantea la cuestión del momento en que la inscripción debe adquirir eficacia, el momento de la recepción de la notificación en el registro o el momento en que la notificación se ingrese en el registro y quede a la disposición de quienes hagan búsquedas. Si la inscripción es eficaz a partir del momento en que es recibida por el encargado del registro, en una búsqueda no se encontrarán todas las inscripciones legalmente eficaces. A fin de proteger las necesidades de información de los terceros, la presente recomendación, por consiguiente, establece la simultaneidad entre el momento de la inscripción y el momento a partir del cual la información puede ser buscada y hallada. Si bien ello crea un riesgo de demora para el acreedor garantizado, éste estará en una mejor posición que los terceros para adoptar medidas de autoprotección. Además, las recomendaciones antes enunciadas sobre el diseño y el funcionamiento del sistema registral deberían asegurar procedimientos de inscripción rápidos y eficientes. En un sistema totalmente electrónico que no requiera la intervención del personal del registro, el ingreso de la notificación y su disponibilidad para la búsqueda son prácticamente simultáneos y este problema se reduce notablemente.

El Grupo de Trabajo tal vez desee también tomar nota de que en el comentario se explicará que una enmienda podrá contener diversos cambios, como a) la adición o supresión de elementos o de tipos de bienes gravados; b) la adición o la supresión del nombre de un otorgante; c) la inscripción de un cambio en el nombre

del otorgante o del acreedor garantizado; d) la revelación de una cesión de la garantía real por el acreedor garantizado mencionado en la inscripción original a un nuevo acreedor garantizado; o e) la revelación de un acuerdo de subordinación o de un compromiso que afecte a una garantía real inscrita.]

Cancelación o enmienda de una notificación

68. El régimen debería disponer que si no se ha celebrado entre las partes un acuerdo de garantía o si la garantía real ha quedado liquidada [mediante el pago íntegro o de otro modo] o si cualquier información consignada en la notificación no es autorizada por el otorgante:

a) El acreedor garantizado deberá cancelar o enmendar la notificación en el plazo de [...] días después de la solicitud del otorgante;

b) El otorgante tendrá derecho a obligar a cancelar o a enmendar una notificación mediante un procedimiento sumario;

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que el otorgante podrá solicitar la cancelación de la notificación en virtud del apartado b) incluso antes de que venza el periodo especificado en el apartado a). En tal caso, sin embargo, el otorgante podrá tener que sufragar los costos que de ello se deriven (véase A/CN.9/593, párr. 54). El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota también de que en el comentario se dará orientación a los Estados sobre la duración del periodo mencionado en la presente recomendación (por ejemplo, de 20 a 30 días).]

69. El régimen debería disponer que el acreedor garantizado tendrá derecho a cancelar o a enmendar la notificación en cualquier momento.

70. El régimen debería disponer que, en un breve plazo tras la cancelación de una notificación, el encargado del registro deberá retirar dicha notificación del registro en el que puedan hacerse búsquedas, pero la información consignada en la notificación cancelada y el hecho de su cancelación deberían archivarse de modo que pudieran encontrarse si fuera necesario.

71. [El régimen debería disponer que, en el caso de una cesión de la obligación garantizada, [se podrá enmendar la notificación para indicar el nombre del nuevo acreedor garantizado, pero la notificación no enmendada seguirá siendo eficaz] [para seguir siendo eficaz, la notificación deberá enmendarse indicándose en ella el nombre del nuevo acreedor garantizado].]

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar cuál de las variantes que figuran entre corchetes en esta recomendación es preferible (véase A/CN.9/593, párr. 56).]

VII. Prelación de una garantía real sobre los derechos de demandantes concurrentes²⁸

Finalidad

La finalidad de las disposiciones del régimen en materia de prelación es:

- a) Prever un régimen eficiente y previsible para determinar el orden de prelación de una garantía real frente a los derechos de todos los posibles demandantes concurrentes; y
- b) Facilitar las operaciones mediante las cuales un otorgante pueda constituir más de una garantía real sobre el mismo bien y utilizar así el valor pleno de sus bienes para obtener crédito.

A. Recomendaciones generales

Alcance de la prelación

72. El régimen debería disponer que la prelación concedida a una garantía real se hace extensiva a todas las obligaciones respaldadas por el acuerdo de garantía [hasta el importe monetario máximo indicado en la notificación].

Ausencia de efectos del conocimiento de la existencia del acuerdo de garantía

73. El régimen debería prever que el conocimiento de la existencia de una garantía real por parte de un demandante concurrente no afectará a sus derechos dimanantes de las disposiciones del régimen en materia de prelación.

Prelación de las garantías reales que respaldan obligaciones futuras

74. [A reserva de lo dispuesto en la recomendación 86,] la prelación de una garantía real no depende de la fecha en que se contrajo la obligación garantizada.

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se aclarará que si una garantía real que respalde un crédito se hace oponible a terceros el día 1 y el crédito se concede el día 2 y luego los días 3 y 4, la prelación empieza a partir del momento en que la garantía real adquirió eficacia frente a terceros (es decir, el día 1). En el comentario se explicará también que en la recomendación 86 se hace una excepción a esta regla disponiendo que, si la obligación garantizada fue contraída después de que un acreedor judicial adquiriera derechos sobre el bien gravado, la garantía real estará subordinada a los derechos del acreedor judicial. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar si habría que introducir alguna otra excepción (por ejemplo, la prelación absoluta de una garantía real con fines de adquisición debería limitarse a las obligaciones garantizadas contraídas hasta el momento de la adquisición de los bienes pertinentes por el cesionario).]

²⁸ Véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.6.

Acuerdos de subordinación

75. El régimen debería disponer que una parte reclamante concurrente con derecho a prelación podrá en todo momento subordinar su prelación unilateralmente o mediante acuerdo en favor de otro reclamante concurrente actual o futuro.

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se aclarará que, en virtud de la presente recomendación, los acuerdos de subordinación no sólo serían posibles entre partes reclamantes concurrentes con distinto grado de prelación sino también entre partes concurrentes con el mismo grado de prelación (véase A/CN.9/593, párr. 61). El Grupo de Trabajo tal vez desee también tomar nota de que los acuerdos de subordinación en caso de insolvencia del otorgante se regulan en la recomendación 179.]

Prelación entre garantías reales sobre los mismos bienes gravados

76. El régimen debería disponer que, salvo en lo dispuesto en las recomendaciones [...], una garantía real sobre bienes muebles inscrita o eficaz frente a terceros, según lo que ocurra primero, gozará de prelación sobre una garantía real constituida sobre el mismo bien que se haya inscrito o que haya adquirido eficacia frente a terceros posteriormente. La fecha de inscripción determina la prelación de una garantía real con respecto a todos los bienes gravados con independencia de que hayan sido adquiridos por el otorgante o de que hayan empezado a existir antes o después de la fecha de inscripción o en el momento de la inscripción.

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se aclarará que la referencia a la inscripción se entenderá como referencia anterior a la constitución de una garantía real conforme a la recomendación 64, mientras que la referencia a la eficacia frente a terceros se entenderá como constitución complementada por una medida encaminada a lograr la eficacia frente a terceros conforme a las recomendaciones 33, 35 ó 36. En el comentario se explicará también que se plantearán problemas de prelación cuando existan derechos concurrentes sobre los mismos bienes, cuando el deudor incumpla la obligación garantizada y cuando el valor de los bienes gravados no sea suficiente para satisfacer todas las obligaciones garantizadas. En el comentario se aclarará también que:

a) Entre dos garantías reales inscritas en el registro general de garantías reales, ganará la primera que haya sido inscrita;

b) Entre dos garantías reales inscritas en un registro especializado o anotadas en un certificado de titularidad, ganará la primera que haya sido inscrita;

c) Entre una garantía general inscrita en el registro general de garantías reales y una garantía real inscrita en un registro especializado o anotada en un certificado de titularidad, ganará esta última (a consecuencia de la recomendación 79); y

d) Entre una garantía real inscrita (antes de su constitución) en el registro general de garantías reales o en un registro especializado o anotada en un certificado de titularidad y una garantía real (constituida y) hecha oponible a terceros, ganará la primera garantía inscrita o eficaz frente a terceros.

Además, el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario también se aclarará que si una garantía real no es eficaz frente a terceros, no se planteará ningún conflicto de prelación y, por consiguiente, esas garantías reales tendrán el mismo grado de prelación. En el comentario se explicará también que la recomendación 76 es aplicable a un conflicto entre dos garantías reales sobre los mismos bienes gravados (en cuanto a si debería ser aplicable a los conflictos con compradores o con un acreedor judicial, véase la nota que figura a continuación de la recomendación 82).

Además, el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario también se explicará que las razones por las cuales una garantía real inscrita antes de su constitución gozará de prelación a partir de la fecha de la inscripción con el deseo de fomentar las inscripciones anticipadas (con las que se notifica a los terceros) y de dar seguridad a los acreedores garantizados permitiéndoles determinar la prelación de sus garantías reales antes de conceder crédito. Esta razón no es aplicable a la posesión anticipada. Además, esa regla no sería necesaria con respecto a los títulos negociables y a los documentos negociables, dado que su posesión les confiere una prelación superior a la que se obtiene mediante la inscripción registral (véanse las recomendaciones 89, 90, 97 y 98). En cuanto a otros bienes corporales, se asume que la posesión anticipada no suele darse (la entrega de la posesión se basará siempre en un acuerdo relativo a la garantía real). En consecuencia, no se introduce ninguna regla general del tenor de la recomendación 76 con respecto a la posesión anticipada. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si existen prácticas de financiación sustanciales en las que el acreedor garantizado pueda tomar posesión de los bienes gravados antes de tal acuerdo y, de ser ese el caso, si el acreedor garantizado que tomó posesión por anticipado debería gozar de prelación a partir de ese momento (véase A/CN.9/593, párr. 68).]

Continuidad en la prelación

77. El régimen debería disponer que la prelación de una garantía real es continua a pesar de que se modifique el método por el que se haga oponible a terceros, siempre y cuando no haya ningún momento en que la garantía real deje de ser eficaz frente a terceros.

78. El régimen debería disponer que si una garantía real se ha inscrito o ha adquirido eficacia frente a terceros y posteriormente ha habido un período durante el cual la garantía real no haya estado inscrita ni haya tenido eficacia frente a terceros, la prelación de esa garantía real empezará lo antes posible a partir de que sea inscrita o de que adquiera eficacia frente a terceros.

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en virtud de la recomendación 39, la eficacia frente a terceros es continua y si se produce una solución de continuidad, tendrá vigencia a partir del momento en que se restablezca su validez (véanse también los ejemplos enunciados en la nota correspondiente a la recomendación 39).]

Prelación de una garantía o de otros derechos inscritos en un registro especializado o anotados en un certificado de titularidad

79. El régimen debería disponer que una garantía real u otro derecho (como el derecho de un comprador o de un arrendador) sobre bienes muebles que no sean bienes incorporados que haya adquirido eficacia frente a terceros conforme a lo dispuesto en la recomendación 42 gozará de prelación sobre:

- a) Una garantía real sobre el mismo bien respecto de la cual se haya inscrito una notificación en el registro general de garantías reales o que haya adquirido eficacia frente a terceros mediante otro método sin importar el orden cronológico; y
- b) Una garantía real que subsiguientemente se haya inscrito en el registro especializado o se haya anotado en un certificado de titularidad.

Prelación de una garantía real sobre el producto²⁹

80. Con la salvedad de lo dispuesto en las recomendaciones [...], el régimen debería disponer que una garantía real sobre el producto de un bien gravado que sea eficaz frente a terceros gozará de la misma prelación que la garantía real sobre el bien gravado.

Derechos de los compradores, arrendatarios y licenciatarios de bienes gravados

81. El régimen debería disponer que, una vez que una garantía real haya adquirido eficacia frente a terceros, la garantía continuará gravando los bienes en posesión de un tercero, salvo en el caso dispuesto en las recomendaciones 82, 83 y 84.

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que esta recomendación tiene la finalidad de enunciar la regla de que el acreedor garantizado podrá seguir al bien que esté en manos de un cesionario (droit de suite, una regla enunciada de un modo algo diferente en la recomendación 32.)]

82. El régimen debería disponer que:

- a) Una garantía real no seguirá gravando un bien que el otorgante venda o que enajene de otro modo, si [:
 - i)] El acreedor garantizado autoriza la venta u otro tipo de enajenación sin el gravamen de la garantía real [; o
 - ii) En el caso de una garantía real que se haya inscrito antes de su constitución, si el acreedor garantizado tiene conocimiento de la venta]; y
- b) Los derechos del arrendatario o del licenciatario de un bien gravado no se verán afectados por una garantía real si [:
 - i)] El acreedor garantizado autoriza al otorgante a arrendar el bien o a conceder una licencia sobre él [sin que ello se vea afectado por la garantía real] [; o

²⁹ Véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, recomendación 67.

- ii) En el caso de una garantía real que se haya inscrito antes de su constitución, si el acreedor garantizado tiene conocimiento del arrendamiento o de la concesión de la licencia.]

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que se ha modificado el enunciado del apartado b) de la presente recomendación para tener en cuenta la reserva formulada en el 39º período de sesiones de la Comisión (véase A/61/17, párr. 37; por la misma razón se introdujeron cambios similares en el texto de los apartados b) y c) de la recomendación 83 y en la segunda frase de la recomendación 84) y la cuestión es abordada en los párrafos que siguen a esta nota.]

Conforme a la recomendación 76, la inscripción de una notificación antes de la constitución de una garantía real otorga prelación sobre otras garantías reales que (se hayan constituido y) se hayan hecho oponibles a terceros posteriormente. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar si esa recomendación debería ser aplicable a los conflictos de prelación entre un acreedor garantizado y un comprador, un arrendatario o un licenciatario de bienes gravados que adquirieran un derecho sobre los bienes después de la inscripción de una notificación pero antes de la constitución efectiva de una garantía real sobre ellos. Cabe considerar que el comprador, el arrendatario o el licenciatario deberían poder tomar los bienes libres de todo gravamen en esas circunstancias sobre la base de que cuando la garantía real se constituya, los bienes gravados ya no serán propiedad del vendedor o estarán sujetos a derechos de posesión o utilización del arrendatario o del licenciatario. El inconveniente de este enfoque radicaría en que entonces el acreedor garantizado podría invocar su acto de inscripción anticipada para preservar su prelación sólo frente a otros acreedores garantizados. Ante nuevos cesionarios, el acreedor garantizado tendría que realizar más indagaciones antes de poder conceder crédito anticipado con seguridad una vez que la garantía real empezara a existir.

Se plantea un problema similar cuando un acreedor judicial adquiere derechos sobre bienes gravados después de inscribirse anticipadamente la notificación de una garantía real pero antes de que la garantía real quede realmente constituida. Las consideraciones son algo diferentes en este caso, dado que los derechos de un acreedor garantizado no están subordinados a los del acreedor judicial, conforme a las recomendaciones del presente capítulo, hasta que adquiera efectivamente conocimiento de los derechos del acreedor judicial, quedando entonces subordinado para los anticipos hechos después de tener conocimiento de ello. Por consiguiente, si aún no se ha constituido la garantía real cuando el acreedor judicial notifica al acreedor garantizado sus derechos, el acreedor garantizado puede protegerse ya sea pidiendo al otorgante que cumpla lo juzgado o reduciendo el crédito que el acreedor garantizado tiene previsto conceder. Cabría adoptar una regla similar para otros compradores que intervinieran posteriormente. Según este enfoque, un comprador, un licenciatario o un arrendatario de bienes quedarían libres del gravamen de la garantía real previamente constituida pero que aún no se hubiera materializado, siempre y cuando el acreedor garantizado tuviera conocimiento de la venta, del arrendamiento o de la concesión de la licencia. Los compradores, arrendatarios y licenciatarios podrían entonces protegerse notificando su operación en vez de tener que obtener del acreedor garantizado una renuncia positiva a la prelación. Del

mismo modo, el acreedor garantizado estaría protegido porque tendría efectivamente conocimiento de la operación en curso antes de concertar el acuerdo de garantía.

El Grupo de Trabajo tal vez desee también tomar nota de que la aplicación de la regla enunciada en la recomendación 82 requiere una comparación de la fecha en la que la garantía real adquirió eficacia frente a terceros con la fecha de la venta, del arrendamiento o de la concesión de licencia respecto del bien gravado. (puesto que una garantía real que no fuera eficaz frente a terceros no produciría efectos para los compradores, los arrendatarios o los concesionarios de una licencia). Si bien la fecha en que la garantía real adquiere eficacia frente a terceros suele ser obvia (pues los archivos del registro revelarán en qué momento se inscribió una notificación), puede que no esté claro el momento en que se produjo una venta. Por ejemplo, puede haberse concertado un contrato de venta de mercancías que sean bienes gravados entre el otorgante/vendedor y el comprador el día 1; el día 2 puede haberse enviado la mercancía al comprador (ya sea porque el contrato preveía el transporte en esa fecha o por alguna otra razón); el comprador puede haber recibido las mercancías el día 3, y el comprador puede haberlas pagado el día 4; conforme al derecho aplicable, la venta efectuada por el otorgante/vendedor al comprador puede haberse producido en cualquiera de esas fechas o incluso en otra. Para aplicar la regla enunciada en la recomendación 82 es preciso saber cuál de esas fechas es la fecha en que tuvo lugar la venta, porque la fecha en que la garantía real había adquirido eficacia frente a terceros podría ser anterior a alguna de esas fechas pero no a todas. Así pues, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si la recomendación 82 (o el comentario que la acompaña) deberían prever una orientación suplementaria para determinar en qué fecha debe considerarse que se produjo la venta a efectos de determinar la situación de los derechos del comprador respecto de las mercancías frente al acreedor garantizado. En el comentario se aclarará también que, si el otorgante de un bien lo vende con retención de titularidad, el comprador lo adquirirá sin tal titularidad cuando pague el precio. Antes de ello, el vendedor con retención de titularidad tendrá los derechos de un propietario (o de un acreedor garantizado, según si se ha seguido un enfoque unitario o no unitario).]

83. El régimen también debería disponer que:

- a) Un comprador que actúe en el curso ordinario de los negocios [y un comprador de bienes de consumo] adquirirán el bien libre del gravamen de la garantía real;
- b) Los derechos de un arrendatario que actúe en el curso ordinario de los negocios no se verán afectados por una garantía real; y
- c) Los derechos de un licenciatario que actúe en el curso ordinario de los negocios en virtud de una licencia no exclusiva no se verán afectados por una garantía real.

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que, conforme a la definición uu), el “comprador en el curso ordinario de los negocios” es un comprador de existencias en el curso ordinario de los negocios que no tiene conocimiento de que la venta viole una garantía u otro derecho. El Grupo de Trabajo tal vez desee también recomendar que los compradores de bienes de consumo [de bajo valor] que no tengan conocimiento de que los bienes están

gravados por una garantía real debería poder adquirirlos libres del gravamen de la garantía real. A este respecto, el Grupo de Trabajo tal vez desee tener en cuenta que ese tipo de comprador no dispondría de ningún medio para averiguar la existencia de una garantía real que gravara los bienes dado que, conforme a las recomendaciones 41 y 185, las garantías reales sin fines de adquisición sobre bienes de consumo de bajo valor y las garantías reales con fines de adquisición sobre bienes de consumo están exentas del requisito de inscripción (véase A/CN.9/593, párr. 77). Con respecto a los párrafos b) y c), en el comentario se explicará que la garantía real no dejará de existir pero que, durante el período de arrendamiento o de licencia, el derecho del acreedor garantizado estaba limitado al derecho del arrendador o de quien conceda la licencia.]

84. El régimen debería disponer que si un comprador o un cesionario adquiere un bien gravado libre de todo gravamen, la persona que subsiguientemente adquiera un derecho sobre ese bien del comprador o del cesionario lo adquirirá también libre del gravamen de la garantía real. Cuando los derechos de un arrendatario o de un licenciatario no se vean afectados por una garantía real, tampoco lo estarán los derechos de un subarrendatario o de un sublicenciatario.

Prelación de los créditos privilegiados

85. El régimen debería limitar tanto el número como el importe de los créditos preferentes que nazcan en virtud de la ley y que tengan prelación sobre las garantías reales y, en la medida en que existan créditos privilegiados, éstos deberían describirse en el régimen de forma clara y específica.

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar si los compradores, arrendatarios y licenciatarios deberían adquirir sus derechos libres de todo crédito privilegiado. Dado que esta cuestión no plantea ningún conflicto de prelación con una garantía real, podría abordarse en el comentario.]

Prelación de los derechos de los acreedores judiciales

86. El régimen debería disponer que [, salvo en lo dispuesto en la recomendación 188,] una garantía real tendrá prelación sobre los derechos de un acreedor no garantizado que ejecute su garantía, siempre y cuando ésta haya adquirido eficacia frente a terceros antes de que el acreedor no garantizado [, en virtud de una ley distinta del presente régimen,] obtuviera una sentencia o una medida judicial cautelar contra el otorgante y hubiera adoptado las medidas necesarias para adquirir los derechos sobre los bienes del otorgante en virtud de la sentencia o de la orden judicial cautelar. La prelación de la garantía real se hace extensiva al crédito concedido por el acreedor no garantizado durante un número especificado de días después de que el acreedor no garantizado haya notificado al acreedor garantizado la existencia de los derechos del acreedor no garantizado sobre los bienes pero no se hace extensiva al crédito concedido tras la expiración de dicho período.

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar: a) si es posible que una garantía real sobre un determinado bien adquiera eficacia frente a terceros al mismo tiempo que un acreedor no garantizado adquiera, en virtud de una sentencia o de una orden judicial cautelar, un derecho sobre dicho bien y b) en tal caso, cuál de esos derechos tendrá prelación sobre el otro.]

El problema reviste suma importancia en el caso de una garantía real sobre bienes futuros de un otorgante. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar el siguiente ejemplo. Un acreedor garantizado constituye una garantía real sobre todos los bienes presentes y futuros del otorgante y le adelanta crédito. El acreedor garantizado inscribe en el registro una notificación que abarca los bienes presentes y futuros. Subsiguientemente, en virtud de una ley distinta del régimen de las operaciones garantizadas, un acreedor no garantizado del otorgante obtiene una sentencia o una orden judicial cautelar que le da un derecho sobre los bienes presentes y futuros del otorgante. Más adelante, el otorgante compra y recibe nuevos bienes. En este momento, el otorgante adquiere derechos sobre esos bienes y queda constituida una garantía real sobre ellos y, a causa de la inscripción anterior de la notificación, la garantía real adquiere inmediatamente eficacia frente a terceros. Al mismo tiempo, el acreedor no garantizado obtiene un derecho sobre esos bienes en virtud de la sentencia o de la orden judicial cautelar por la que se otorga ese derecho. El actual proyecto de recomendación 86 dispone que el derecho del acreedor no garantizado tiene prelación sobre la garantía real del acreedor garantizado.

El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar si en tales casos debería ser el acreedor garantizado quien tuviera prelación, y no el acreedor judicial. Este resultado parecería fomentar los objetivos de la Guía de dar una mayor certeza o seguridad al acreedor garantizado con miras a que se concediera más crédito a bajo costo. Este resultado podría conseguirse fácilmente sin remodelar totalmente la recomendación 86 y agregando en la primera frase las palabras “al mismo tiempo que o” inmediatamente antes de las palabras “antes del acreedor no garantizado ejecutante”.

El Grupo de Trabajo tal vez desee también estudiar si debería introducirse una excepción en esta recomendación para las garantías reales con fines de adquisición que se hicieran oponibles a terceros durante el período de gracia pertinente (véase la recomendación 184). Las garantías reales con fines de adquisición que adquirieran eficacia frente a terceros durante el período de gracia pertinente no deberían quedar subordinadas al acreedor judicial descrito en la presente recomendación, cuyo derecho sobre el bien gravado hubiera nacido después de la constitución de la garantía real pero antes de que ésta hubiera adquirido eficacia frente a terceros. Si éste no fuera el caso, la utilización del período de gracia sería una vía demasiado arriesgada para los financiadores de adquisiciones.

Además, el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que la prelación prevista en la recomendación 84 no se hace extensiva al crédito prometido pero no concedido antes de que el acreedor judicial tome las medidas necesarias para adquirir derechos sobre los bienes gravados. Este enfoque se basa en la suposición de que la sentencia se producirá a causa de un incumplimiento de las condiciones del crédito que permitirán al acreedor garantizado dejar de conceder crédito.

En el comentario se explicarán asimismo las repercusiones de esta recomendación sobre ciertas prácticas en las que el acuerdo de crédito no prevé el supuesto de un incumplimiento, como por ejemplo, el compromiso consistente en una promesa independiente en que el emisor no puede revocar la promesa independiente si ésta no permite su revocación a consecuencia de una sentencia

contra los bienes que respaldan la obligación del otorgante de reembolsar al emisor el pago en virtud de una promesa independiente.

Además, en el comentario se explicará que, si la prelación estuviera limitada a una cantidad mencionada en la notificación inscrita en el registro, la cuestión podría resolverse, dado que se dispondría de los bienes restantes del otorgante para el pago de los créditos de los acreedores no garantizados (véase A/CN.9/593, párrs. 80 a 82). En el comentario también se dará orientación sobre la duración del período mencionado en la presente recomendación.]

Prelación de los derechos de las personas que agreguen valor a los bienes gravados o que preserven su valor

87. Si una ley distinta del presente régimen otorga derechos equivalentes a garantías reales a un acreedor que ha agregado valor a los bienes (por ejemplo, reparándolos), o que ha preservado su valor (por ejemplo, almacenándolos o transportándolos), esos derechos se limitarán a los bienes cuyo valor haya sido incrementado o que hayan sido preservados y que estén en posesión de ese acreedor hasta un nivel equivalente al valor agregado o preservado, y tendrán prelación sobre las garantías reales preexistentes sobre los bienes.

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que si se limita la prelación dada a los créditos de almacenamiento y reparación sobre las garantías reales por referencia al valor que se haya agregado a los bienes gravados o que se haya preservado, puede generarse una carga probatoria difícil y costosa para los reparadores, los almacenadores o los transportistas. El Grupo de Trabajo tal vez desee hacer referencia en su lugar al valor (o al valor razonable) de los servicios de reparación, transporte o almacenamiento prestados con respecto a los bienes gravados. Otra posibilidad consistiría en hacer referencia a los gastos razonables del reparador, del almacenador o del transportista. Estas enmiendas todavía asegurarían que la prelación del reparador, del almacenador o del transportista se limita a los servicios prestados con respecto a los bienes gravados pero permitirían evitar difíciles cuestiones probatorias con respecto al valor relativo de los bienes gravados antes y después de que se prestaran los servicios.]

Prelación de los derechos de reclamación

88. Si una ley distinta del presente régimen dispone que los proveedores de bienes tienen derecho a reclamar los bienes, el régimen debería disponer que el derecho a reclamar los bienes estará subordinado a las garantías reales sobre dichos bienes.

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que la presente recomendación instituye una norma de derecho mercantil encaminada a otorgar prioridad a los acreedores garantizados sobre los créditos reclamados. Estos créditos pueden surgir en virtud de la ley en caso de incumplimiento o de insolvencia financiera del otorgante. Si se ha iniciado un procedimiento de insolvencia, el régimen de la insolvencia aplicable determinará el grado en que los acreedores garantizados y los reclamantes verán sus derechos suspendidos o afectados de algún otro modo (véanse las recomendaciones 39 a 51 de la Guía de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia). No obstante, la regla de prelación establecida en la presente

recomendación no se vería afectada por un procedimiento de insolvencia, como dispone la recomendación 179. En el comentario se explicará también, en beneficio de los Estados que adopten un enfoque no unitario, que el derecho de reclamación no incluye la retención de la titularidad.]

Prelación de una garantía real en procedimientos de insolvencia

[Nota para el Grupo de Trabajo: Véase la recomendación 178 en el capítulo relativo a la insolvencia.]

B. Recomendaciones específicamente relacionadas con los bienes

Prelación de una garantía real sobre un crédito³⁰

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que las recomendaciones generales en materia de prelación serán aplicables a las garantías reales sobre créditos por cobrar, así como a las transferencias absolutas de créditos.]

Prelación de una garantía real sobre un título negociable³¹

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que las recomendaciones generales sobre prelación serán aplicables a la prelación con respecto a las garantías reales sobre títulos negociables, mientras que las recomendaciones 89 y 90 regulan otros conflictos de prelación.]

89. El régimen debería disponer que una garantía real sobre un título negociable que adquiriera eficacia frente a terceros mediante la toma de posesión del título gozará de prelación sobre una garantía real sobre un título negociable que haya adquirido eficacia frente a terceros por algún otro método.

90. El régimen debería disponer que una garantía real sobre un título negociable que haya adquirido eficacia frente a terceros mediante un método distinto de la toma de posesión del título estará subordinada a los derechos del acreedor garantizado, del comprador o de otro cesionario (en una operación de consenso) que:

- a) Cumpla los requisitos de tenedor protegido en virtud de la legislación que rija los títulos negociables; o
- b) Tome posesión del título negociable y dé una contrapartida a título oneroso, de buena fe y sin tener conocimiento de que la transferencia viola los derechos que tiene el acreedor garantizado en virtud del acuerdo de garantía.

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que, a fin de preservar la negociabilidad total de los títulos, el conocimiento de la existencia de una garantía real por parte de un cesionario de un título no significará, de por sí, que el cesionario no ha actuado de buena fe.]

³⁰ Véase A/CN.9/611.

³¹ Para las recomendaciones 90 y 91, véanse las recomendaciones 74 y 74 bis en el documento A/CN.9/611/Add.1.

91. [...]*

Prelación de una garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria³²

92. El régimen debería disponer que toda garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria, que se haya hecho eficaz frente a terceros mediante control, gozará de prelación sobre una garantía real concurrente sobre un derecho al pago de los fondos que se haya hecho eficaz frente a terceros mediante cualquier otro método. Si el banco depositario ha concertado acuerdos de control con más de un acreedor garantizado, la prelación entre ellos se determinará en función del orden cronológico en que se hayan celebrado tales acuerdos. Si el acreedor garantizado es el banco depositario, la garantía real de dicho banco tendrá prelación sobre cualquier otra garantía real (incluida la que se haya hecho eficaz frente a terceros mediante un acuerdo de control con el banco depositario, aun cuando esa garantía del banco depositario se haya constituido posteriormente), que no sea una garantía real de un acreedor garantizado que haya adquirido el control del derecho al pago de fondos acreditados en la cuenta bancaria convirtiéndose en el titular de la cuenta.

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que la eficacia frente a terceros de una garantía real sobre el derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria puede lograrse mediante inscripción o control. Si la garantía real es eficaz frente a terceros, lo será frente a un reclamante concurrente y tendrá prelación sobre él (por ejemplo, un representante de la insolvencia o un acreedor garantizado posterior). En el comentario se explicará también que el control proporciona un beneficio más en materia de prelación, puesto que un acreedor garantizado no sólo logrará la eficacia frente a terceros sino que también gozará de prelación sobre un acreedor garantizado anterior cuya garantía real haya adquirido la eficacia frente a terceros por otro método.]

Además, en el comentario se explicará que una garantía real del banco depositario primará siempre, incluso sobre una garantía real con respecto a la cual el banco haya concertado con anterioridad un acuerdo de control porque: a) una garantía real del banco depositario debe tener la misma prelación que su derecho de compensación, que siempre gozará de primacía; b) si la garantía real del banco depositario no tuviera prelación, el banco no concertaría acuerdo de control alguno; y c) un acreedor garantizado siempre podría tratar de obtener del banco depositario un acuerdo de subordinación. En el comentario se explicará también que, en función de los términos del acuerdo de control, el banco depositario podrá tener una obligación contractual frente al acreedor garantizado con un acuerdo de control, aun cuando el acreedor garantizado no tuviera prelación.

El Grupo de Trabajo tal vez desee recordar que, en su décimo período de sesiones, convino en que la cuestión de la localización de los fondos acreditados en una cuenta bancaria se examinaría conjuntamente con la de la localización del producto (véase A/CN.9/603, párr. 67). El Grupo de Trabajo tal vez desee ocuparse

* Número omitido por un descuido. No falta ninguna recomendación.

³² Para las recomendaciones 93 a 95, véanse las recomendaciones 76 a 78 en el documento A/CN.9/611/Add.1.

de esa cuestión con prioridad. En el comentario sobre la presente recomendación se aclarará que, si un acreedor garantizado tiene el control de un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria, su garantía real tendrá prelación sobre la garantía real constituida sobre el producto en efectivo de un bien gravado de otro acreedor garantizado que esté acreditado en la misma cuenta bancaria, incluso si el otro acreedor garantizado puede localizar el producto en la cuenta bancaria. Ello es así aun en el caso de que la garantía real concurrente adquiriera eficacia frente a terceros antes que la garantía real del acreedor garantizado que tuviera el control.]

93. El régimen debería disponer que todo derecho del banco depositario a compensar, mediante el derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria, las obligaciones adeudadas a dicho banco por el otorgante tendrá prelación sobre la garantía real de cualquier acreedor garantizado, salvo si es un acreedor garantizado que haya adquirido el control de los fondos acreditados en la cuenta bancaria al convertirse en el titular de la cuenta.

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que las recomendaciones 92 y 93 significan que se supone que los terceros saben que no pueden contar con un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria como fuente primordial de garantía para la concesión de créditos, y que sólo pueden hacerlo obteniendo un acuerdo de subordinación del banco depositario o registrando la cuenta en su propio nombre. Por consiguiente, la ausencia de publicidad de la garantía real no parece ser problemática. En el comentario se explicará asimismo que, a diferencia de la recomendación 120 b), la recomendación 93 trata de los conflictos de prelación entre los derechos de compensación del banco depositario y las garantías reales de otras personas. Además, se explicará que lo enunciado en la recomendación 93 no da lugar al nacimiento de derecho de compensación alguno, cuestión que se rige por otras reglas de derecho. Además, en el comentario se explicará que la excepción de la recomendación 93 se refiere a un acreedor garantizado que adquirió el control convirtiéndose en el único titular de la cuenta. Cuando el acreedor garantizado sea sólo un titular conjunto de la cuenta, el otorgante aún podrá enajenar los fondos acreditados en la cuenta y, por lo tanto, el acreedor garantizado no tendrá el control (véase la definición hh) de “control”.]

94. En el caso de una transferencia de los fondos de una cuenta bancaria iniciada por el otorgante, el régimen debería disponer que el beneficiario de la transferencia de los fondos no estará sujeto al gravamen de la garantía real sobre el derecho al pago de los fondos acreditados en la cuenta bancaria, a menos que dicho cesionario haya tenido conocimiento de que la transferencia violaba los derechos del acreedor garantizado conforme al acuerdo de garantía. Esta recomendación no merma los derechos de los cesionarios de los fondos de las cuentas bancarias que se rijan por reglas de derecho distintas del presente régimen.

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que las recomendaciones generales sobre prelación se aplicarán a las garantías reales sobre derechos al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria a reserva de lo dispuesto en las recomendaciones 120 y 121. En el comentario se explicará también que el criterio del apartado a) de la recomendación 83 (véase la definición uu) de “comprador en el curso ordinario de los negocios”) y en las recomendaciones 93 y 94 es

esencialmente el mismo (a saber, si el comprador o el cesionario tenían conocimiento de que la venta o la cesión violaba los derechos del acreedor garantizado en virtud del acuerdo de garantía). En el comentario se explicará también que la expresión “transferencia de fondos” tiene la finalidad de abarcar muy diversas transferencias, incluidos los cheques y los medios electrónicos de comunicación (véase A/61/17, párr. 38).]

Prelación de garantías reales sobre dinero

95. El régimen debería disponer que una persona que obtenga la posesión de dinero que esté sujeto a una garantía real dispondrá del dinero sin estar sujeto al gravamen de dicha garantía real, aunque el dinero consista en los bienes originalmente gravados o en su producto, a menos que esa persona tenga conocimiento de que con la transferencia se violan los derechos que tiene el acreedor garantizado en virtud del acuerdo de garantía. Esta recomendación no va en detrimento de los derechos de los tenedores de dinero en virtud de un régimen distinto del presente régimen.

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que esta recomendación tiene la finalidad de promover el importante objetivo de maximizar la negociabilidad del dinero, limitándola sólo cuando sea necesario para proteger al tenedor de la garantía real sobre el dinero frente a toda colusión entre un cesionario de dinero y su cedente. Se pretende que esta recomendación se armonice con la recomendación 94, relativa a las garantías reales sobre los fondos transferidos de una cuenta bancaria.]

El Grupo de Trabajo tal vez desee también tomar nota de que en el comentario se aclarará que el término “dinero” en la Guía se refiere única y exclusivamente a moneda de curso legal, es decir, a la moneda que esté en uso como medio de intercambio autorizada por un gobierno. Existen otros tipos de propiedad que se califican informalmente de dinero, pero no se considerarán como tal a los efectos de la Guía. Por ejemplo, si una persona deposita moneda de curso legal en su propia cuenta bancaria, se la denomina a menudo dinero bancario (o dinero en efectivo en el banco), pero el bien del depositante ya no es dinero sino que, en virtud de la Guía, son “fondos acreditados en una cuenta bancaria”. Y el crédito del depositante frente al banco se conoce en la Guía como “derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria”. Del mismo modo, al depositarse un cheque, el bien del depositario deja de ser un título negociable y se convierte en fondos acreditados en una cuenta bancaria. Además, el dinero de un comerciante o coleccionista de monedas tampoco constituye “dinero” en el sentido de la Guía.

En la Guía se entienden las garantías reales sobre dinero como los bienes inicialmente gravados y también como el producto de otra forma de bien gravado. Un ejemplo de esto último sería el recibo, emitido por un vendedor que haya constituido una garantía real sobre sus créditos por cobrar, del pago de sus facturas pendientes en moneda (no mediante cheque ni mediante transferencia electrónica de fondos). En virtud de la Guía, el dinero en manos del vendedor sería el producto del crédito del vendedor y el acreedor garantizado tendría una garantía real sobre el dinero como producto. Del mismo modo, si una persona que ha constituido una garantía real sobre un bien de equipo lo vende a una persona que lo paga en efectivo, el dinero que está en manos del vendedor constituye el producto del bien de equipo y está sujeto a la garantía real.

Al igual que el dinero, los fondos acreditados en una cuenta bancaria pueden estar sujetos a garantías reales, ya sea como bien gravado original o como producto. Mientras que la moneda de curso legal y los cheques estaban sujetos a una garantía real en favor del acreedor del depositante, los fondos acreditados en la cuenta bancaria serían en ambos casos el producto del bien gravado preexistente (el dinero o el título negociable). Si el crédito a favor de la cuenta bancaria del depositario proviene de una transferencia electrónica de fondos efectuada por un tercero como pago de un crédito adeudado por el transmisor al depositante, los fondos acreditados en la cuenta bancaria serían el producto del bien gravado preexistente (el crédito por cobrar).

Cada una de las disposiciones de la Guía, por ejemplo, las reglas de constitución de garantías, eficacia frente a terceros, prelación, etc., es aplicable a todos los bienes gravados, salvo que una regla especial regule un determinado tipo de bien. Así pues, es siempre necesario cerciorarse de si existe una regla especial respecto del dinero o del derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria.

Como ejemplo importante de una regla especial cabe citar la que rige los derechos de un cesionario de a) dinero que, cuando estaba en manos del cedente, estaba sujeto a una garantía real, y b) fondos que hayan sido transferidos de una cuenta bancaria en la que dichos fondos, cuando eran propiedad del cedente y estaban acreditados en esa cuenta bancaria, estaban sujetos a una garantía real. Dada la necesidad de preservar la negociabilidad del dinero y de los fondos transferidos de cuentas bancarias, en la Guía se prevén reglas especiales para proteger a los cesionarios de tales bienes.

En relación con el dinero y los fondos acreditados en una cuenta bancaria, es importante centrar la atención en si la cuestión trata de a) esos dos bienes como propiedad del otorgante o b) los derechos de terceros cesionarios del otorgante de dinero o de fondos transferidos de la cuenta bancaria del otorgante. En el párrafo anterior, en que se aborda la regla que rige los derechos de los cesionarios (la segunda categoría) se ilustra esta distinción. Se diferencia de la regla (la primera categoría) que rige un conflicto de prelación entre una garantía real sobre dinero o sobre fondos acreditados en una cuenta bancaria frente a un reclamante concurrente cuando el otorgante aún tenga la propiedad del bien gravado (es decir, cuando aún no lo haya transferido).]

Prelación de una garantía real constituida sobre el producto de una promesa independiente³³

96. El régimen debería disponer que una garantía real sobre un derecho a cobrar el producto de una promesa independiente, que se haya hecho eficaz frente a terceros mediante control, tendrá prelación, con respecto a un determinado garante/emisor, a un confirmante o a una persona designada que dé valor de una garantía independiente, sobre los derechos de todos los otros acreedores garantizados que, con respecto a dicha persona, no hayan hecho efectiva su garantía real frente a terceros mediante control. Si el control se ha logrado mediante una aceptación y si una persona, entre esos acreedores garantizados, ha dado aceptaciones

³³ Véase A/CN.9/611/Add.1, recomendación 62.

incompatibles a más de un acreedor garantizado, la prelación se determinará por el orden cronológico en que se hayan dado las aceptaciones.

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que, dado que el método más habitual para lograr el control es obteniendo una aceptación, en el caso de varios posibles pagadores (por ejemplo, el garante/emisor, el confirmante y varias personas designadas), el control sólo se logrará frente a uno o varios determinados garantes/emisores confirmantes o personas designadas que dieron su aceptación. Así, la regla de la prelación debe centrarse en la persona concreta que sea el pagador. La regla de prelación básica deja claro que un acreedor garantizado que tenga el control del derecho al producto de una promesa independiente tendrá prelación sobre un acreedor garantizado cuya garantía real adquirió eficacia frente a terceros de forma automática. En el comentario se explicará también que el garante/emisor puede tener una obligación contractual frente a un acreedor garantizado reconocido, aunque es posible que éste no tenga prelación.]

Prelación de una garantía real sobre un documento negociable³⁴

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se aclarará que las recomendaciones generales sobre prelación se aplicarán a las garantías reales sobre documentos negociables, mientras que las recomendaciones 97 y 98 se refieren a otros conflictos de prelación.]

97. El régimen debería disponer que, una garantía real sobre bienes abarcados por un documento negociable que haya adquirido eficacia frente a terceros haciendo oponible a terceros la garantía real sobre el documento negociable gozará de prelación respecto de toda otra garantía real sobre los bienes que se haya hecho por un método diferente, mientras los bienes estaban abarcados por el documento.

98. El régimen debería prever que una garantía real sobre el documento negociable y sobre los bienes que éste abarque estará sujeta a los derechos que prevea el régimen que rijan los documentos negociables de una persona con la que se haya negociado debidamente el documento negociable.

Prelación de una garantía o de otro derecho real sobre bienes incorporados a un inmueble³⁵

99. El régimen debería disponer que una garantía u otro derecho real (tales como el derecho de un comprador o de un arrendador) sobre bienes incorporados a un inmueble que haya sido constituida y se haya hecho oponible frente a terceros con arreglo al régimen legal de la propiedad inmueble gozará de prelación sobre todo acreedor garantizado por una garantía real constituida sobre esos mismos bienes que se haya hecho oponible frente a terceros por alguno de los métodos mencionados en las recomendaciones 33 ó 35.

100. Toda garantía real sobre bienes corporales, que sean bienes incorporados a un inmueble en el momento de hacerse oponible la garantía o que pasen a ser bienes incorporados a un inmueble subsiguientemente, que se haya hecho oponible frente a

³⁴ Para las recomendaciones 97 y 98, véanse las recomendaciones 80 y 81 en A/CN.9/611/Add.1.

³⁵ Para las recomendaciones 99 y 100, (véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, recomendaciones 82 y 83).

terceros por inscripción en el registro de la propiedad inmueble, con arreglo a lo previsto en la recomendación 52, gozará de prelación sobre toda garantía o todo otro derecho real (tales como el derecho de un comprador o de un arrendador) sobre dicho inmueble que se haya inscrito subsiguientemente.

[Nota para el Grupo de Trabajo: Tal vez proceda examinar las recomendaciones 99 y 100 junto con la recomendación pertinente del capítulo sobre dispositivos para la financiación de adquisiciones (véase la recomendación 189). En el comentario se explicará que las palabras “todo otro derecho real” están referidas a cualquier otro derecho que sea inscribible en el registro de la propiedad inmobiliaria.]

Prelación de una garantía o de todo otro derecho real sobre bienes incorporados a un bien mueble que esté sujeto a inscripción en un registro especializado o a que haya de ser anotado en un certificado de titularidad³⁶

101. El régimen debería disponer que toda garantía o todo otro derecho real (tales como el derecho de un comprador o de un arrendador) sobre bienes incorporados a un bien mueble que se haya constituido y se haya hecho oponible frente a terceros, con arreglo al derecho por lo demás aplicable, por inscripción en un registro especializado o por anotación en un certificado de titularidad gozará de prelación sobre toda otra garantía o todo otro derecho real en dichos bienes que se haya hecho oponible por alguno de los métodos mencionados en las recomendaciones 33 ó 35.

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que esta recomendación tiene la finalidad de determinar la prelación entre una garantía real sobre un bien incorporado inscrito en el registro general de garantías reales y una garantía real u otro derecho sobre el mismo bien inscrito en el registro especializado o anotado en un certificado de titularidad. Dado que la recomendación 79 puede ser suficiente para regular este conflicto, tal vez la recomendación 101 no sea necesaria.]

102. Toda garantía o todo otro derecho real (como el derecho del comprador o del arrendador) que sean bienes incorporados a un bien mueble que se haya hecho oponible por inscripción en un registro especializado o por anotación en un certificado de titularidad, con arreglo a la recomendación 53, gozará de prelación sobre toda garantía o todo otro derecho real sobre dicho bien mueble que se haya inscrito subsiguientemente.

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que esta recomendación tiene por objeto determinar la prelación entre una garantía real u otro derecho sobre un bien incorporado inscrito en un registro especializado y una garantía real u otro derecho sobre el bien mueble conexo inscrito subsiguientemente en el registro especializado. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar si esta recomendación tiene alguna justificación práctica habida cuenta de que no existen sistemas de registro especializados que prevean la inscripción separada de garantías reales sobre un bien incorporado. Si bien los registros aéreos prevén a menudo la inscripción separada de los motores, éstos no

³⁶ Para las recomendaciones 101 y 102, véanse las recomendaciones 84 y 84 bis en A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4.

se consideran automáticamente parte del equipo aeronáutico sino que se financian y se inscriben por separado.]

Prelación de una garantía real sobre una masa de bienes o sobre un producto acabado³⁷

[Nota para el Grupo de Trabajo: Tal vez deba señalarse que toda controversia concerniente a la prelación entre acreedores con garantías reales sobre bienes corporales que pasen a formar parte de una masa de bienes o de un producto acabado y los acreedores ordinarios no requerirá norma especial alguna para su resolución, dado que le será aplicable el régimen de prelación ordinario tan pronto como se determine que la garantía real subsiste sobre la masa así formada o sobre el producto acabado. Cabe distinguir, no obstante, tres tipos de conflictos de prelación eventuales entre acreedores que dispongan de una garantía real sobre la masa de bienes o sobre el producto acabado: a) conflictos entre garantías reales constituidas sobre bienes corporales de la misma índole que pasen a formar parte de una sola masa o de un solo producto acabado (por ejemplo, azúcar y azúcar), b) conflictos entre garantías reales constituidas sobre bienes corporales distintos que pasen a formar parte de una masa o de un producto acabado (por ejemplo, de azúcar y harina) y c) conflictos entre una garantía real originariamente constituida sobre bienes corporales separados y una garantía real constituida sobre la masa o producto acabado resultante (por ejemplo, sobre el azúcar y sobre una tarta). A fin de hacerla aplicable a todos estos supuestos, se ha reformulado la recomendación pertinente en tres recomendaciones.]

103. El régimen debería disponer que toda garantía real constituida sobre bienes corporales separados de la misma índole que subsista sobre la masa de bienes formada o sobre el producto acabado y que sea oponible a terceros tendrá la prelación que tuviera frente a toda otra garantía real otorgada sobre dichos bienes corporales, justo antes de que pasaran a formar parte de la masa o del producto acabado.

[Nota para el Grupo de Trabajo: Tal vez deba señalarse que el efecto de la primera oración de esta recomendación será el de reconocer a todas las garantías reales sobre bienes corporales que pasen a estar mezclados, el orden de prelación que tuvieran entre sí cuando dichos bienes seguían estando separados. La razón de ser de esta regla es la de que el acto de incorporar esos bienes a una masa o a un producto acabado no debe afectar en nada a los respectivos derechos de los acreedores con garantías reales concurrentes sobre la masa o sobre el producto resultante de la incorporación de los bienes originariamente separados. Tal vez deba señalarse que se ha formulado la regla en términos que respeten tanto el régimen de prelación general como la prelación privilegiada de que goce todo acreedor que disponga de una “garantía constituida para la financiación de una adquisición”. La segunda oración repite básicamente la regla enunciada en la recomendación 29 (constitución de garantías reales) de que ningún acreedor garantizado podrá percibir un importe superior al valor que tenía el bien corporal inmediatamente antes de formar parte de la masa o del producto.]

³⁷ Para las recomendaciones 103 a 105, véanse las recomendaciones 85, 85 bis y 85 ter en A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4.

104. El régimen debería disponer que si más de una garantía real sobre bienes corporales separados sigue gravando la misma masa o producto y cada garantía real es eficaz frente a terceros, los acreedores garantizados tendrán derecho a compartir el valor total de sus garantías reales sobre la masa o el producto proporcionalmente al valor que tenía cada bien corporal inmediatamente antes de pasar a formar parte de la masa o del producto. Si existe más de una garantía real, los titulares de esas otras garantías reales tendrán derecho a compartir el resto del valor global de sus garantías reales sobre la masa o el producto conforme a la misma proporción. Si sólo existe una garantía real más, el titular de esa otra garantía real tendrá derecho a percibir el resto del valor de su garantía real sobre la masa o el producto.

[Nota para el Grupo de Trabajo: Tal vez deba señalarse que a tenor de la recomendación 104, de ser el valor del azúcar 2 y el valor de la harina 5, mientras que el valor de la tarta resultante es 6 y el importe de la obligación garantizada asciende a 7, los acreedores recibirán respectivamente 2/7 y 5/7 de 6. En cualquier caso, de ser el valor de la masa de bienes o el valor del producto acabado inferior al importe de las obligaciones garantizadas, no quedará valor alguno para repartir entre los acreedores ordinarios. Los acreedores garantizados tienen el mismo grado de prelación, y el objeto de esta regla es determinar el valor relativo de sus derechos.]

105. El régimen debería disponer que una garantía real constituida sobre bienes corporales originariamente separados que subsista sobre la masa de bienes o el producto acabado resultante y que sea oponible a terceros tendrá prelación sobre una garantía real otorgada por el mismo deudor sobre la masa o el producto, si se trata de una garantía real constituida para financiar una adquisición.

[Nota para el Grupo de Trabajo: Tal vez deba señalarse que la primera oración de esta recomendación no hace sino aplicar el régimen general de la prelación. Las garantías reales constituidas sobre bienes originarios gozarán de prelación sobre toda garantía real constituida sobre una masa de bienes o un producto acabado resultante para respaldar bienes futuros sólo si han sido constituidas para financiar una adquisición.]

VIII. Derechos y obligaciones de las partes³⁸

Finalidad

Las disposiciones sobre el régimen aplicable a los derechos y obligaciones de las partes es incrementar la eficiencia de las operaciones garantizadas y reducir los costos de las operaciones y las posibles controversias, concretamente

- a) Previendo reglas sobre cláusulas suplementarias para todo acuerdo de garantía;
- b) Eliminando la necesidad de negociar y redactar cláusulas para los acuerdos de garantía que ofrezcan una base aceptable para concertar un acuerdo;
- c) Brindando a las partes orientación en la redacción del acuerdo de garantía o facilitándoles una lista de referencia a la que puedan remitirse durante la negociación y la concertación del acuerdo de garantía; y

³⁸ Para la finalidad y las recomendaciones 86 y 87, véase A/CN.9/611/Add.2.

- d) Promoviendo la autonomía de las partes.

A. Recomendaciones generales

Reglas supletorias relativas a los derechos del acreedor garantizado

106. El régimen debería disponer que, a menos que se convenga otra cosa:

- a) El acreedor garantizado tendrá derecho a que se le reembolsen los gastos razonablemente realizados con miras a preservar los bienes gravados que estén en su posesión;
- b) El acreedor garantizado tendrá derecho a hacer un uso razonable de los bienes gravados que estén en su posesión y a inspeccionar los bienes gravados que estén en posesión del otorgante.

Reglas imperativas relativas a las obligaciones de la parte que esté en posesión de los bienes

107. El régimen debería disponer que:

- a) El acreedor garantizado o el otorgante que estén en posesión de los bienes gravados deberán adoptar las medidas necesarias para preservar dichos bienes;
- b) El acreedor garantizado deberá devolver los bienes gravados que estén en su posesión o cancelar la notificación inscrita en el registro una vez que se haya pagado íntegramente la obligación garantizada y que se hayan clausurado todos los compromisos de conceder crédito financiero.

B. Recomendaciones específicamente relacionadas con los bienes

Derechos y obligaciones del cedente y del cesionario³⁹

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que las recomendaciones 108 a 111 se basan en los artículos 11 a 14 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos. En el comentario se explicará que regulan los derechos y obligaciones del cedente y del cesionario entre sí.]

108. El régimen debería disponer que:

- a) Los derechos y obligaciones recíprocos del cedente y del cesionario que dimanen del acuerdo celebrado entre ellos son determinados por los términos y condiciones que se enuncian en el acuerdo, incluidas las reglas o condiciones generales a que se haga referencia en dichos términos y dichas condiciones;
- b) El cedente y el cesionario están obligados por cualquier uso que hayan convenido y, a menos que se haya acordado otra cosa, por cualquier práctica que hayan establecido entre ellos.

³⁹ Para las recomendaciones 108 a 111, véanse las recomendaciones 16 bis a 16 quinquens en A/CN.9/611.

Declaraciones del cedente

109. [Con respecto a la cesión de un crédito contractual,] el régimen debería disponer que:

a) A menos que el cedente y el cesionario acuerden otra cosa, el cedente asegura, en el momento de la celebración del contrato de cesión, que:

- i) El cedente tiene el derecho a ceder el crédito;
- ii) El cedente no ha cedido con anterioridad el crédito a ningún otro cesionario; y
- iii) El deudor del crédito no puede ni podrá oponer excepciones ni gozar de derechos de compensación;

b) A menos que el cedente y el cesionario hayan convenido otra cosa, el cedente no declara que el deudor del crédito tiene o tendrá la capacidad para pagar.

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que las palabras entre corchetes en el encabezamiento de esta recomendación pretenden reflejar que, a juicio del Grupo de Trabajo, esta recomendación no debería ser aplicable a una cesión de un crédito no contractual (véase A/CN.9/603, párr. 36; véanse también las notas de la definición p) de “crédito”, y las recomendaciones 2 a) y 22).]

Derecho de notificación del deudor del crédito

110. El régimen debería disponer que:

a) Salvo acuerdo en contrario entre el cedente y el cesionario, el cedente o el cesionario, o ambos, podrán enviar al deudor del crédito una notificación de la cesión e instrucciones de pago, pero una vez enviado el aviso, sólo el cesionario podrá enviar tales instrucciones; y

b) La notificación de la cesión o de las instrucciones de pago efectuada en violación del acuerdo a que se hace referencia en el párrafo a) de la presente recomendación será válida a efectos de la recomendación 114 a causa de tal violación. Sin embargo, nada de lo dispuesto en la presente recomendación afectará a las obligaciones o a la responsabilidad de la parte que incumpla tal acuerdo en lo que respecta a los daños y perjuicios derivados de dicho incumplimiento.

Derecho al pago

111. El régimen debería disponer que:

a) Entre el cedente y el cesionario, a menos que se convenga otra cosa, e independientemente de que se haya enviado o no la notificación de la cesión:

- i) Si el pago del crédito cedido se efectúa en beneficio del cesionario, éste tendrá derecho a retener el producto y los bienes devueltos con respecto al crédito cedido;
- ii) Si el pago del crédito cedido se hace en beneficio del cedente, el cesionario tendrá derecho al pago del producto y también a los bienes devueltos al cedente con respecto al crédito cedido; y

- iii) Si el pago del crédito cedido se hace en beneficio de otra persona respecto de la cual el cesionario goce de prelación, el cesionario tendrá derecho al pago del producto y también al pago de los bienes devueltos a esa persona en relación con el crédito cedido;
- b) El cesionario no podrá retener un valor superior al de su derecho sobre el crédito.

IX. Derechos y obligaciones de terceros deudores

A. Derechos y obligaciones del deudor del crédito⁴⁰

Protección del deudor del crédito

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que las recomendaciones 112 a 118 se basan en los artículos 15 a 21 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos. En el comentario se explicará que estas recomendaciones regulan los derechos y obligaciones del deudor del crédito. En el comentario se explicará también que, si el deudor del crédito efectúa el pago con arreglo a las recomendaciones de esta parte, dicho deudor podrá quedar válidamente liberado, independientemente de si el pago se efectuó al demandante concurrente con prelación. La cuestión de cuál de los varios demandantes concurrentes obtendrá finalmente el producto del pago hecho por el deudor del crédito se regula en las recomendaciones de la Guía en materia de prelación (véase, por ejemplo, la recomendación 152).]

112. El régimen debería disponer que:

- a) De no disponer otra cosa la presente ley, y salvo el consentimiento del deudor del crédito, la cesión no afectará a los derechos y obligaciones de éste ni a las condiciones de pago estipuladas en el contrato originario;
- b) En las instrucciones de pago se podrá cambiar el nombre de la persona, la dirección o la cuenta en la cual el deudor deba hacer el pago; sin embargo, no se podrá cambiar:
 - i) La moneda en que se deba hacer el pago según el contrato originario; o
 - ii) El Estado donde se deba hacer el pago según el contrato originario por otro que no sea aquel en donde esté situado el deudor del crédito.

Notificación del deudor del crédito

113. El régimen debería disponer que:

- a) Tanto la notificación de la cesión como las instrucciones de pago surtirán efecto una vez recibidas por el deudor del crédito si constan en un idioma en el que razonablemente quepa prever que el deudor quedará informado de su contenido. Es suficiente que la notificación de la cesión o las instrucciones de pago consten en el idioma del contrato originario; y

⁴⁰ Para las recomendaciones 112 a 118, véanse las recomendaciones 17 a 23 en A/CN.9/611.

- b) La notificación de la cesión o las instrucciones de pago podrán corresponder a créditos nacidos con posterioridad a la notificación; y
- c) La notificación de una cesión subsiguiente constituye notificación de toda cesión anterior.

Pago liberatorio del deudor del crédito

114. El régimen debería disponer que:

- a) Hasta que reciba la notificación de la cesión, el deudor del crédito podrá liberarse de su obligación efectuando el pago de conformidad con el contrato originario;
- b) Una vez recibida la notificación de la cesión y a reserva de lo dispuesto en los párrafos c) a h) de la presente recomendación, el deudor del crédito podrá efectuar el pago liberatorio únicamente en favor del cesionario o de conformidad con las nuevas instrucciones de pago que reciba o que le dé ulteriormente el cesionario por escrito;
- c) El deudor del crédito, si recibe más de una instrucción de pago relativa a una única cesión de los mismos créditos efectuada por el mismo cedente, quedará liberado de su obligación haciendo el pago de conformidad con las últimas instrucciones de pago que haya recibido del cesionario antes de hacerlo;
- d) El deudor del crédito, de serle notificada más de una cesión efectuada por el mismo cedente de unos mismos créditos, quedará liberado de su obligación haciendo el pago de conformidad con la primera notificación que reciba;
- e) El deudor del crédito, si recibe notificación de una o más cesiones subsiguientes, quedará liberado de su obligación haciendo el pago de conformidad con la notificación de la última de las cesiones subsiguientes;
- f) El deudor del crédito, de serle notificada la cesión de una parte de uno o más créditos o de un derecho indiviso sobre tales créditos, quedará liberado de su obligación pagando de conformidad con la notificación o de acuerdo con lo dispuesto en la presente recomendación como si no hubiera recibido la notificación. Si el deudor paga de conformidad con la notificación, sólo quedará liberado de su obligación en lo que respecta a la parte o al derecho indiviso pagado;
- g) El deudor del crédito, de serle notificada la cesión por el cesionario, tendrá derecho a pedirle que presente en un plazo razonable prueba suficiente de que la cesión del cedente inicial en beneficio del cesionario inicial y todas las cesiones intermedias han tenido lugar y, de no hacerlo el cesionario, quedará liberado de su obligación haciendo el pago de conformidad con lo dispuesto en la presente recomendación como si no hubiera recibido la notificación del cesionario. Por prueba suficiente de la cesión se entenderá cualquier escrito emitido por el cedente, o cualquier prueba equivalente, en que se indique que la cesión ha tenido lugar; y
- h) Lo dispuesto en la presente recomendación se entenderá sin perjuicio de cualquier otro motivo por el cual el deudor del crédito quede liberado de su obligación haciendo el pago a quien tenga derecho a percibirlo, a una autoridad judicial o de otra índole, o a una caja pública de depósitos.

Excepciones y derechos de compensación del deudor del crédito

115. El régimen debería disponer que:

a) El deudor del crédito, frente a la acción del cesionario para reclamarle el pago de los créditos cedidos, podrá oponer las excepciones o los derechos de compensación derivados del contrato originario, o de cualquier otro contrato que sea parte de la misma operación, que tendría si la cesión no hubiera tenido lugar y si la acción hubiese sido ejercitada por el cedente;

b) El deudor del crédito podrá oponer al cesionario cualquier otro derecho de compensación, siempre que lo hubiera podido invocar en el momento de recibir la notificación de la cesión;

c) No obstante lo dispuesto en los párrafos a) y b) de la presente recomendación, el deudor del crédito no podrá oponer al cesionario las excepciones y los derechos de compensación que tenga contra el cedente de conformidad con las recomendaciones 23 ó 24 en razón del incumplimiento de un acuerdo por el que se limite de alguna manera el derecho del cedente a efectuar la cesión.

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que, con arreglo al párrafo b) de la recomendación 2, si bien el proyecto de guía se aplica a los consumidores, no puede afectar a sus derechos previstos en la legislación de protección del consumidor.]

Acuerdo de no oponer excepciones ni derechos de compensación

116. El régimen debería disponer que:

a) El deudor del crédito, mediante escrito firmado por él, podrá convenir con el cedente en no oponer al cesionario las excepciones ni los derechos de compensación que tenga en virtud de la recomendación 115. Ese acuerdo impedirá al deudor oponer al cesionario tales excepciones y derechos;

b) El deudor del crédito no podrá renunciar a oponer excepciones:

- i) Derivadas de actos fraudulentos imputables al cesionario; ni
- ii) Basadas en su propia incapacidad;

c) Este acuerdo podrá modificarse únicamente mediante otro que conste por escrito y esté firmado por el deudor del crédito. Los efectos de estas modificaciones respecto del cesionario se regirán por lo dispuesto en el párrafo b) de la recomendación 117.

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que esta recomendación se basa en el artículo 19 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos, que se refiere a un escrito firmado con el único objeto de renunciar a oponer excepciones, o a la modificación de un escrito de esa índole. Si el Grupo de Trabajo decide no hacer referencia a la firma en la recomendación 13 sino más bien a la prueba de que el otorgante se proponía conceder una garantía real, tal vez desee reconsiderar la referencia a la firma en la recomendación 116. Si en la recomendación 13 se retiene la referencia a la firma, sería suficiente una firma electrónica (véase la nota a continuación de la definición v) (“notificación de la cesión”), y la recomendación 11.]

Modificación del contrato originario

117. El régimen debería disponer que:

a) El acuerdo concertado antes de la notificación de la cesión entre el cedente y el deudor del crédito que afecte a los derechos del cesionario será válido respecto de éste, el cual adquirirá los derechos correspondientes;

b) El acuerdo concertado después de la notificación de la cesión entre el cedente y el deudor del crédito que afecte a los derechos del cesionario no será válido respecto de éste salvo si:

i) El cesionario consiente en él; o si

ii) El crédito no es completamente exigible por la falta de pleno cumplimiento del contrato originario y, o bien éste prevé la modificación, o cualquier cesionario razonable consentiría en tal modificación en el contexto de dicho contrato.

c) Lo dispuesto en los párrafos a) y b) de la presente recomendación no afectará a los derechos del cedente o del cesionario en razón del incumplimiento de un acuerdo concertado entre ellos.

Reintegro de la suma pagada

118. El régimen debería disponer que el incumplimiento por el cedente del contrato originario no dará derecho al deudor del crédito a recuperar del cesionario la suma que hubiese pagado al cedente o al cesionario.

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que esta recomendación no afectará en modo alguno a la responsabilidad del cedente frente al deudor del crédito por incumplimiento de contrato.]

B. Derechos y obligaciones de la parte obligada en virtud de un título negociable⁴¹

119. El régimen debería disponer que, entre el acreedor garantizado y la persona obligada en virtud del título negociable u otras personas que reclamen derechos en virtud de la ley que rija los títulos negociables, las obligaciones y derechos de esas personas se determinarán por la ley que rija los títulos negociables.

C. Derechos y obligaciones del banco depositario⁴²

120. El régimen debería disponer que:

a) La constitución de una garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria no afectará a los derechos y obligaciones del banco depositario sin que éste lo consienta; y

⁴¹ Véase la recomendación X en A/CN.9/611/Add.1.

⁴² Para las recomendaciones 120 y 121, véanse las recomendaciones V y W en A/CN.9/611/Add.1.

b) Los derechos de compensación del banco depositario no se verán afectados por toda garantía real que pueda tener dicho banco sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria.

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que las recomendaciones 120 y 121 se complementan con las recomendaciones 92 y 93 (en la medida en que haya un conflicto de prelación entre una garantía real o un derecho de compensación del banco depositario y una garantía real de otra persona) y con las recomendaciones 165 a 167 (ejecución de una garantía real sobre un derecho de pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria).

En el comentario se explicará asimismo que la recomendación 120 b) no se refiere a un conflicto de prelación sino a la situación en que el propio banco depositario goce a la vez de un derecho de compensación y de una garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria. En esta situación en la recomendación 120 b) se establece que en esa situación los derechos de compensación del banco no se verán menoscabados ni subsumidos en la garantía real del banco (es decir, tendrán una entidad diferenciada)].

121. El régimen debería disponer que nada de lo enunciado en las presentes recomendaciones obligará a un banco depositario:

a) A pagar a una persona que no sea la persona que controle los fondos acreditados en una cuenta bancaria; ni

b) A atender solicitudes de información sobre si existe un acuerdo de control o una garantía real a favor suyo y sobre si el otorgante mantenía el derecho a disponer de los fondos acreditados en la cuenta.

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que lo enunciado en esta recomendación no afecta a la relación entre el banco y el cliente ni a los derechos y obligaciones dimanantes de la legislación que rige la administración de cuentas bancarias (por ejemplo, la concerniente al blanqueo de dinero y al secreto bancario).]

D. Derechos y obligaciones del garante/emisor, del confirmante o de la persona designada en una promesa independiente⁴³

122. El régimen debería disponer que:

a) Los derechos de un acreedor garantizado sobre el producto de una promesa independiente están sujetos a los derechos, enunciados en la legislación y seguidos en la práctica que rigen las promesas independientes, del garante/emisor, del confirmante o de la persona designada y de cualquier otro beneficiario designado en la promesa o a quien se haya efectuado una transferencia de los derechos de cobro;

b) Los derechos de un cesionario de una transferencia de una promesa independiente [no se ven afectados por] [son superiores a] las garantías reales

⁴³ Para las recomendaciones 122 a 124, véanse las recomendaciones 25 bis, 25 ter y 25 quater.

constituidas sobre el producto de la promesa independiente adquiridos del cedente [o de cualquier otro cedente anterior]; y

c) Los derechos independientes de un garante/emisor, de un confirmante, de una persona designada o de un cesionario-beneficiario en virtud de una promesa independiente no se verán mermados por toda garantía real que pueda tener sobre el producto de la promesa independiente, incluido cualquier derecho sobre el producto de la promesa independiente que pueda estar incluido en una transferencia de derechos de giro a un cesionario-beneficiario.

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se aclarará que esta recomendación tiene la finalidad de asegurar que los derechos de los tenedores de derechos independientes al cobro, en concreto las personas designadas que han dado valor y los cesionarios-beneficiarios a quienes se haya efectuado una transferencia, son superiores a los de los simples cesionarios de derechos al producto del cobro efectuado por el beneficiario original. En el comentario se explicará también que sus derechos independientes son distintos y no se ven afectados, a causa de sus derechos como acreedores garantizados del beneficiario original (en otras palabras, su situación como tenedores protegidos de derechos independientes no debería confundirse con su eventual situación de acreedores garantizados). Cuando una persona designada entregue valor y obtenga el reembolso del emisor, lo hará sobre la base de sus derechos independientes al reembolso y no como adquirente de los derechos del beneficiario.]

123. El régimen debería disponer que ningún garante/emisor ni ningún confirmante o persona designada tendrán la obligación de pagar a cualquier persona que no sea un confirmante, una persona designada, el beneficiario designado, un cesionario-beneficiario aceptado, o un cesionario aceptado del producto de una promesa independiente.

124. El régimen debería disponer que si un acreedor garantizado ha obtenido el control sobre el producto de una promesa independiente al ser aceptado como cesionario de ese derecho, el acreedor garantizado tendrá el derecho a hacer valer esa aceptación frente al garante/emisor, al confirmante o a la persona designada que diera la aceptación.

E. Derechos y obligaciones del emisor de un documento negociable⁴⁴

125. El régimen debería disponer que, en la relación entre el acreedor garantizado y el emisor o cualquier otra persona obligada por el documento negociable, los derechos de esas personas se regirán por la ley que regule los documentos negociables.

⁴⁴ Véase A/CN.9/611/Add.1, recomendación Z.

X. Incumplimiento y vía ejecutoria⁴⁵

Finalidad

Las disposiciones sobre el régimen aplicable al incumplimiento y a la vía ejecutoria tienen por objeto:

a) Prever procedimientos claros y sencillos para ejecutar las garantías reales de forma previsible y eficiente al producirse un incumplimiento por parte del deudor;

b) Prever procedimientos con los que se incremente al máximo el valor de la posible liquidación de los bienes gravados en beneficio del otorgante, del deudor o de otra persona que adeude el pago de la obligación garantizada, del acreedor garantizado y de otros acreedores que tengan algún derecho sobre los bienes gravados.

c) Prever la aplicación de métodos judiciales agilizados y, a reserva de la aplicación de las salvaguardias apropiadas, de métodos extrajudiciales para que el acreedor garantizado obtenga el valor de la liquidación de los bienes gravados.

A. Recomendaciones generales

Normas generales de conducta en el contexto de la ejecución

126. El régimen debería prever que todas las partes deberán ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones conforme a las recomendaciones del presente capítulo, relativo al incumplimiento y a la ejecución, actuando de buena fe y de forma razonable desde el punto de vista mercantil.

Limitaciones de la autonomía de las partes

127. El régimen debería disponer que los derechos y obligaciones que nazcan de la recomendación 126 no podrán ser objeto de una renuncia unilateral ni podrán modificarse mediante acuerdo en ningún momento.

128. El régimen debería disponer que, a reserva de lo establecido en la recomendación 127, el otorgante y cualquier otra persona que adeude un pago o que deba cumplir una obligación garantizada frente a otra persona sólo podrá renunciar unilateralmente a cualquiera de los derechos y recursos que le confieren las disposiciones del presente régimen, sobre incumplimiento y ejecución, o modificarlos mediante acuerdo cuando haya habido incumplimiento.

129. El régimen debería disponer que, a reserva de lo que establece la recomendación 127, el acreedor garantizado podrá en todo momento renunciar unilateralmente a cualquiera de los derechos y recursos que le confieren las disposiciones del presente capítulo, referentes al incumplimiento y a la ejecución, o modificarlos mediante acuerdo.

130. El régimen debería disponer que una modificación de los derechos y recursos mediante acuerdo no afectará a los derechos de cualquier persona que no sea parte

⁴⁵ Véase A/CN.9/611/Add.2, recomendaciones 89 a 124.

en el acuerdo. La persona que impugne el acuerdo deberá demostrar que éste se celebró antes del incumplimiento o que es incompatible con la recomendación 127.

Responsabilidad

131. El régimen debería disponer que una persona incurrirá en responsabilidad por los daños que resulten de su incumplimiento de las obligaciones establecidas en las disposiciones del presente régimen relativas al incumplimiento y a la ejecución.

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si una renuncia a la responsabilidad en virtud de la recomendación 131 o su modificación deberían regularse en la recomendación 131 o dejarse en manos de otra ley.]

Derechos y recursos tras el incumplimiento

132. El régimen debería prever que, al producirse el incumplimiento, el otorgante y el acreedor garantizado dispondrán de los derechos y recursos establecidos en las recomendaciones del presente capítulo, relativo al incumplimiento y a la ejecución, en el acuerdo de garantía (excepto si éste es incompatible con las disposiciones del presente régimen) y en cualquier otra legislación.

Derechos y recursos para el acreedor garantizado

133. El régimen debería disponer que tras el incumplimiento el acreedor garantizado tendrá derecho a ejercer uno o más de los siguientes recursos con respecto a un bien gravado:

- a) Obtener la posesión de un bien corporal gravado, conforme a las recomendaciones 141 y 142;
- b) Vender o enajenar de algún otro modo un bien gravado, arrendarlo o conceder una licencia respecto de él, conforme a la recomendación 143;
- c) Proponer al otorgante que el acreedor garantizado acepte un bien gravado a modo de cumplimiento total o parcial de la obligación garantizada, conforme a las recomendaciones 147 a 150;
- d) Cobrar el valor o ejecutar de otro modo una garantía real sobre un bien gravado que sea un crédito por cobrar, un título negociable, un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria o el producto de una promesa independiente, conforme a las recomendaciones 160 a 168;
- e) Ejercer sus derechos en virtud de un documento negociable, conforme a la recomendación 169;
- f) Ejecutar su garantía real sobre un bien incorporado a un bien inmueble, conforme a la recomendación 170; y
- g) Ejercitar cualquier otro derecho o recurso previsto en el acuerdo de garantía (excepto si es incompatible con las disposiciones del presente régimen) o en cualquier otra regla de derecho.

Ejecución judicial y extrajudicial

134. El régimen debería disponer que tras un incumplimiento el acreedor garantizado podrá ejercer los derechos y recursos previstos en la recomendación 133 recurriendo a un tribunal o a otra autoridad. A reserva de lo establecido en la norma general de conducta enunciada en la recomendación 126 y de los requisitos establecidos en las recomendaciones 141 a 146 en lo que respecta a la posesión y la enajenación extrajudicial, el acreedor garantizado podrá optar por ejercitar los derechos y recursos que le confiere la recomendación 133 sin tener que recurrir a un tribunal o a otra autoridad.

Derechos y recursos para el otorgante

135. El régimen debería prever que, al producirse el incumplimiento, el otorgante tendrá derecho a ejercer uno o más de los siguientes recursos:

a) Pagar íntegramente la obligación garantizada, y quedar liberado de la garantía real constituida sobre todos los bienes gravados que respalden la obligación, conforme a la recomendación 139;

b) Apelar ante un tribunal u otra autoridad en caso de que el acreedor garantizado no esté cumpliendo sus obligaciones previstas en las disposiciones del presente régimen, relativas a la ejecución extrajudicial, conforme a la recomendación 140;

c) Proponer al acreedor garantizado o rechazar la propuesta del acreedor garantizado de aceptar un bien gravado a modo de satisfacción total o parcial de la obligación garantizada, conforme a las recomendaciones 147 a 150; y

d) Ejercer cualquier otro derecho o recurso previsto en el acuerdo de garantía (excepto si no se ajusta a las disposiciones del presente régimen, relativas al incumplimiento y a la ejecución) o en cualquier otra regla de derecho.

Procedimientos judiciales sumarios

136. El régimen debería prever procedimientos judiciales sumarios con respecto al ejercicio de derechos y recursos del acreedor garantizado, del otorgante y de cualquier otra persona que deba cumplir la obligación garantizada o que pretenda tener algún derecho sobre un bien gravado.

Recursos acumulativos

137. El régimen debería prever que el ejercicio de un derecho o recurso no invalidará la posibilidad de acogerse a otro, a menos que el ejercicio de un derecho o recurso haya hecho imposible ejercitar otro derecho o recurso.

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se aclarará que el ejercicio de un recurso (por ejemplo, la recuperación de la posesión y la enajenación de un bien gravado) puede hacer imposible el ejercicio de otro recurso (por ejemplo, la aceptación de un bien gravado como satisfacción del pago de la obligación garantizada).]

Derechos y recursos con respecto a la obligación garantizada

138. El régimen debería prever que el ejercicio de los derechos o recursos relativos a un bien gravado no impide ejercitar derechos o recursos con respecto a la obligación garantizada por el bien gravado, y viceversa.

Liberación de los bienes gravados tras la liquidación completa

139. El régimen debería prever que, tras producirse el incumplimiento y hasta el momento en que el acreedor garantizado enajene o acepte el bien gravado o cobre su importe, el deudor, el otorgante o cualquier otra parte interesada (por ejemplo, un acreedor garantizado cuyo crédito goce de un grado de prelación inferior al del acreedor garantizado ejecutante, un garante o uno de los copropietarios de los bienes gravados) tendrán derecho a pagar íntegramente la obligación garantizada, incluidos los intereses y gastos hasta la fecha del pago íntegro. Si se han cancelado todos los compromisos de otorgar crédito financiero, con este pago todos los bienes gravados que respaldan esa obligación dejarán de estar sujetos a la garantía real o, en la medida en que lo disponga otra ley, se subrogarán los derechos del acreedor garantizado a cualquier otra parte interesada que efectúe el pago.

Recursos con respecto a la ejecución extrajudicial

140. En el régimen debería preverse que el deudor, el otorgante u otros interesados (por ejemplo, un acreedor garantizado con un grado de prelación inferior al del acreedor garantizado ejecutante, un garante o un copropietario de los bienes gravados) tendrán derecho a recurrir a un tribunal o a otra autoridad en caso de que el acreedor garantizado no cumpla o no esté cumpliendo con sus obligaciones previstas en las disposiciones del presente régimen relativas al incumplimiento y a la ejecución. Deberían desalentarse y evitarse las solicitudes infundadas e impedir toda obstaculización impropia o toda demora indebida en el proceso de ejecución.

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar si el principio del respeto del derecho del deudor, del otorgante o de otros terceros interesados a recurrir al tribunal para obtener resarcimiento debería ser generalmente aplicable también al ejercicio de todos los derechos y recursos previstos en las recomendaciones del presente capítulo, y no únicamente con respecto a la ejecución extrajudicial. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la posibilidad de especificar las salvaguardias necesarias para desalentar los recursos infundados y las interferencias indebidas en el proceso de ejecución.]

Derecho del acreedor garantizado a la posesión de un bien gravado

141. El régimen debería prever que, al producirse un incumplimiento, el acreedor garantizado tendrá derecho a la posesión de un bien corporal gravado.

Variante A

142. El régimen debería disponer que el acreedor garantizado podrá optar por tomar posesión del bien gravado sin recurrir a un tribunal o a otra autoridad únicamente si:

a) El otorgante ha dado su consentimiento al acuerdo de garantía en virtud del cual el acreedor garantizado puede obtener la posesión sin recurrir a un tribunal o a otra autoridad;

- b) El acreedor garantizado ha notificado el incumplimiento al otorgante y a cualquier persona que esté en posesión del bien gravado; y
- c) Puede tomarse posesión del bien sin el uso de la fuerza ni la amenaza de fuerza.

Variante B

142. El régimen debería disponer que el acreedor garantizado podrá optar por tomar posesión del bien gravado sin recurrir a un tribunal o a otra autoridad únicamente si:

- a) El otorgante ha dado su consentimiento al acuerdo de garantía en virtud del cual el acreedor garantizado puede obtener la posesión sin recurrir a un tribunal o a otra autoridad;
- b) El acreedor garantizado ha notificado al otorgante y a cualquier persona que esté en posesión del bien gravado el incumplimiento y su intención de recurrir a la ejecución extrajudicial, dando detalles sobre el momento y las modalidades de la ejecución; y
- c) [Puede tomarse posesión del bien sin el uso de la fuerza o la amenaza de fuerza o sin ningún otro acto ilegal.] [En el momento de la ejecución extrajudicial el otorgante no formula objeciones.]

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que si bien en ambas variantes el otorgante tiene que consentir en el acuerdo de garantía, las variantes difieren en cuanto a los requisitos para las notificaciones y las salvaguardias para el otorgante.]

Enajenación de bienes gravados

143. El régimen debería preverse que, tras producirse un incumplimiento, el acreedor garantizado tendrá derecho a vender o a enajenar de otro modo, a arrendar un bien gravado o a conceder licencias sobre él. A reserva de lo dispuesto en la recomendación 126, un acreedor garantizado que opte por ejercer ese recurso sin recurrir a ningún tribunal ni a otra autoridad podrá seleccionar el método, la manera, el momento y el lugar en que se efectuará la enajenación, el arrendamiento o la concesión de licencia.

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que el propósito y efecto de esta recomendación es compaginar los intereses del otorgante (y de sus otros acreedores) con los del acreedor garantizado ofreciendo flexibilidad en los métodos utilizados para enajenar los bienes gravados con miras a obtener una liquidación económicamente efectiva, al tiempo que se protege al otorgante de toda acción que pudiera adoptar el acreedor garantizado y que, en el contexto mercantil, no fuera razonable. En el comentario se explicará también que el acreedor garantizado no necesitará estar en posesión de los bienes gravados para ejercer los derechos y recursos que se prevén en el presente capítulo.]

Notificación anticipada de la enajenación extrajudicial de bienes gravados

144. El régimen debería disponer que tras un incumplimiento el acreedor garantizado deberá dar notificación de su intención de proceder a la enajenación

extrajudicial, de un bien gravado a su arrendamiento o a la concesión de una licencia sobre él.

145. El régimen debería:

- a) Especificar que la notificación deberá darse:
 - i) al otorgante, al deudor y a cualquier otra persona que adeude el pago de la obligación garantizada;
 - ii) a cualquier persona que tenga derechos sobre el bien gravado y que, antes de que el acreedor garantizado haya notificado al otorgante, haya dado a conocer por escrito esos derechos al acreedor garantizado; y
 - iii) a cualquier otro acreedor garantizado que, más de [...] días antes de que se envíe la notificación al otorgante haya registrado una notificación de garantía real sobre el bien gravado bajo el nombre del otorgante, o que esté en posesión del bien gravado en el momento en que se hizo cargo de él el acreedor garantizado;

b) Especificar la forma y el momento en que deberá darse tal notificación, así como su contenido mínimo, determinando incluso si dicha notificación [al otorgante] debería contener el cálculo de la cuantía adeudada en ese momento e indicando el derecho del deudor o del otorgante a obtener que los bienes gravados queden liberados de la garantía real con arreglo a la recomendación 139;

c) Disponer que la notificación esté redactada en un idioma que quepa razonablemente prever que informe a los destinatarios de su contenido;

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que la notificación del otorgante será suficiente si figura en el idioma en que está redactado el acuerdo de garantía y, cuando la garantía real se haya hecho eficaz frente a terceros mediante inscripción registral, será suficiente que la notificación en virtud de esta recomendación figure en el mismo idioma que la inscripción en el registro.]

d) Regular las consecuencias jurídicas del incumplimiento de las recomendaciones que rigen las notificaciones; y

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar si el apartado d) es necesario. La recomendación 131 regula la responsabilidad del acreedor garantizado si incumple las obligaciones que le impone el presente régimen. Además, la recomendación 140 confiere al otorgante el derecho a obtener resarcimiento judicial si un acreedor garantizado que solicite la ejecución extrajudicial viola las obligaciones que le impone el presente régimen. Además, en la nota de la recomendación 158 se sugiere la inclusión en el texto de una nueva recomendación que regule las consecuencias del incumplimiento, por parte del acreedor garantizado, de las obligaciones que le corresponden en lo que respecta a los derechos adquiridos por un comprador, un arrendatario o un licenciatario de buena fe.]

e) Enumerar los casos en que no se requeriría tal notificación, ya sea porque la demora ocasionada por el requisito de notificación previa podría tener un efecto negativo en el valor de liquidación de los bienes gravados (como en el caso de los bienes corporales perecederos u otros bienes cuyo valor pudiera decrecer

rápidamente) o porque los bienes gravados son de una naturaleza que se venden en un mercado reconocido y que por lo tanto su valor se fija en dicho mercado.

146. En el régimen deberían preverse normas que garanticen que la notificación mencionada en la recomendación 144 pueda darse de forma eficaz, oportuna y fiable a fin de proteger al otorgante y a otras partes interesadas y de evitar, al mismo tiempo, toda repercusión negativa sobre los recursos del acreedor garantizado y sobre el posible valor monetario de los bienes gravados.

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee plantearse si esta recomendación 146 debería ser más específica o si debería incluirse en el comentario. El Grupo de Trabajo tal vez desee también tomar nota de que en el comentario se explicará que esas reglas deberían compaginar el interés del acreedor garantizado en tener flexibilidad para enajenar el bien gravado sin demora a fin de aprovechar las condiciones favorables del mercado (un interés que también tiene beneficios para el otorgante y para otras partes interesadas) con el interés del otorgante y de esas otras partes en obtener la notificación de la enajenación extrajudicial con la suficiente anticipación a fin de poder adoptar medidas que les permitan proteger mejor sus intereses (como localizar a posibles compradores del bien gravado o asistir a una enajenación pública del bien gravado para comprobar si el acreedor garantizado cumplía con las obligaciones que le imponen las disposiciones del presente régimen relativas al incumplimiento y a la ejecución). En el comentario se explicará también que la recomendación no requiere la inscripción registral de la notificación porque la notificación ya cumple los posibles objetivos de la inscripción.]

Aceptación de los bienes gravados como forma de pago de la obligación garantizada

147. En el régimen debería disponerse que, al producirse un incumplimiento, el acreedor garantizado podrá proponer por escrito que aceptaría uno o más de los bienes gravados a modo de pago total o parcial de la obligación garantizada.

148. En el régimen debería preverse que el acreedor garantizado que proponga que aceptaría un bien gravado a modo de liquidación total o parcial de la obligación garantizada deberá enviar la propuesta, especificando la suma adeudada en la fecha del envío de la propuesta y el importe de la obligación que se proponga dar por satisfecha al aceptar el bien gravado, a las siguientes personas:

a) Al otorgante, al deudor y a cualquier otra persona que adeude pagos correspondientes a la obligación garantizada (por ejemplo, a un garante);

b) A toda persona a la que asistan derechos sobre el bien gravado que hayan notificado esos derechos por escrito al acreedor garantizado más de [...] días antes del envío de la propuesta por parte del acreedor garantizado al otorgante; y

c) A cualquier otro acreedor garantizado que [más de [...] días antes de que la propuesta sea enviada al otorgante] haya inscrito en un registro una notificación de una garantía real sobre el bien gravado en nombre del otorgante, o que se halle en posesión del bien gravado en el momento en que se hubiera hecho cargo de él el acreedor garantizado.

149. El régimen debería disponer que si una persona a la que, en virtud de la recomendación 148, haya de enviarse una propuesta presenta una objeción por

escrito a dicha propuesta en un breve plazo, como de 20 días a partir de la fecha del envío de la propuesta, el acreedor garantizado no podrá llevar a término su propuesta.

150. El régimen debería disponer que si el otorgante formula la propuesta descrita en la recomendación 147 y el acreedor garantizado la acepta, el acreedor garantizado deberá proceder conforme a dispuesto en las recomendaciones 148 y 149.

Distribución del producto de la ejecución

151. En el régimen debería preverse que, en caso de ejecución extrajudicial, de un bien gravado o de cobro de un crédito, de un título negociable o de otra obligación, el acreedor garantizado ejecutante deberá aplicar el producto neto de su ejecución (previa deducción de los costos de ejecución) al pago de las obligaciones garantizadas. A reserva de lo previsto en la recomendación 152, el acreedor garantizado ejecutante deberá cancelar todo superávit que subsista tras este pago a los acreedores concurrentes subordinados que, antes de toda distribución del superávit, hayan notificado al acreedor garantizado ejecutante su reclamación de un eventual superávit. El saldo restante, si lo hubiere, deberá hacerse efectivo al otorgante.

152. Además, en el régimen debería disponerse que, en caso de ejecución extrajudicial, exista o no controversia sobre el derecho de algún reclamante concurrente a cobrar o sobre el grado de prelación en el cobro, el acreedor garantizado ejecutante podrá, de conformidad con las reglas procesales generalmente aplicables, hacer efectivo el superávit a una autoridad judicial competente u otra autoridad o a una caja pública de depósitos para su distribución. En caso de efectuarse tal pago, el superávit debería repartirse en función de las reglas que rigen la prelación en el presente régimen.

153. En el régimen debería preverse que la distribución del producto resultante de una liquidación judicial o de otro procedimiento administrado oficialmente deberá efectuarse conforme a las normas generales del Estado que rijan los procedimientos de ejecución, pero con sujeción a las reglas de prelación del presente régimen.

154. En el régimen debería disponerse que, a menos que se convenga otra cosa, el deudor y toda otra persona que adeude el pago de la obligación garantizada deberán abonar todo déficit en el saldo pagado que quede pendiente tras la aplicación del producto neto de la ejecución al cumplimiento de la obligación garantizada.

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que esta recomendación dispone que el acreedor garantizado tendrá un crédito no garantizado por todo déficit que quede después del pago de la obligación garantizada. En el comentario se explicará también que el acreedor garantizado y el otorgante podrán convenir en que, en el contexto de operaciones sin posibilidad de recurso o con recursos limitados, el acreedor garantizado no dispondrá de ningún crédito en caso de un déficit eventual.]

Derecho del acreedor garantizado con mayor grado de prelación a hacerse cargo de la ejecución

155. En el régimen debería preverse que, en cualquier momento anterior a la enajenación final, a la aceptación o al cobro de un bien gravado, el acreedor garantizado cuya garantía real goce de prelación sobre la del acreedor garantizado ejecutante o sobre la del acreedor/judicial ejecutante tendrá derecho a asumir el control del proceso de ejecución. El derecho a asumir el control incluye el de proceder a la ejecución mediante cualquier método previsto en el presente régimen.

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que el acreedor garantizado con prelación tendrá derecho a sustituir el procedimiento de ejecución judicial iniciado por un acreedor judicial subordinado conforme a otra ley por su propio proceso de ejecución conforme al presente régimen, pero no tendrá derecho a proseguir el proceso de ejecución iniciado por el acreedor judicial en virtud de esa otra ley.]

Derechos adquiridos mediante distribución judicial

156. En el régimen debería preverse que, si un acreedor garantizado enajena un bien gravado mediante un procedimiento judicial u otro procedimiento oficial, los derechos adquiridos por el cesionario deberán determinarse conforme a las normas generales del Estado que regule los procedimientos de ejecución.

Derechos adquiridos mediante distribución extrajudicial

157. El régimen debería prever que si un acreedor garantizado enajena su bien gravado sin recurrir a un tribunal ni a otra autoridad, un comprador de buena fe adquirirá el derecho del otorgante sobre el bien a reserva de los derechos que tengan mayor grado de prelación sobre la garantía real de acreedor garantizado ejecutante, pero libre de los derechos del acreedor garantizado ejecutante y los de otra parte reclamante concurrente cuyo grado de prelación sea inferior al del acreedor garantizado ejecutante. La misma norma se aplicará a los derechos sobre un bien gravado adquirido por un acreedor garantizado que haya aceptado el bien gravado como pago total o parcial de la obligación garantizada.

158. El régimen debería disponer que, si un acreedor garantizado arrienda o concede una licencia sobre un bien gravado sin recurrir a un tribunal ni a ninguna otra autoridad, la persona que adquiera el arriendo o la licencia actuando de buena fe adquirirá el beneficio del arriendo o de la licencia, a reserva de los derechos que tuvieran prelación sobre la garantía real del acreedor garantizado ejecutante.

[Nota el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si sería conveniente incluir en este capítulo una nueva recomendación del siguiente tenor: “El régimen debería disponer que si el acreedor garantizado incumple cualquiera de las disposiciones del régimen en materia de incumplimiento y ejecución, los derechos de un comprador, arrendatario o concesionario de una licencia sobre el bien gravado no se verán afectados”.]

Concurrencia de regímenes de ejecución relacionadas con bienes muebles y bienes inmuebles

159. El régimen debería prever lo siguiente:

a) El acreedor garantizado podrá optar por ejecutar una garantía real sobre bienes incorporados a bienes inmuebles con arreglo al presente régimen o de conformidad con el régimen que regule la ejecución de gravámenes sobre bienes inmuebles; y

b) Si una obligación frente a un acreedor garantizado está respaldada tanto por una garantía real sobre un bien gravado del otorgante como por un gravamen sobre un bien inmueble del otorgante, el acreedor garantizado podrá ejecutar:

i) tanto la garantía real como el gravamen invocando el régimen que regule la ejecución de gravámenes sobre bienes inmuebles; o

ii) la garantía real en virtud del presente régimen y el gravamen, conforme a la ley que rijan la ejecución de gravámenes sobre bienes inmuebles.

[Nota para el Grupo de Trabajo: En el comentario se explicará que el régimen debería coordinarse con el derecho general de procedimiento civil a fin de que los acreedores garantizados puedan intervenir en los procesos judiciales entablados por otros acreedores del otorgante para proteger así las garantías reales y asegurar que en el régimen se mantenga el mismo orden de prelación entre dichas garantías reales.]

B. Recomendaciones específicamente relacionadas con los bienes

Aplicación del capítulo relativo a la ejecución a las transferencias absolutas de créditos por cobrar⁴⁶

160. El régimen debería disponer que, con las siguientes excepciones, sus disposiciones relativas al incumplimiento y a la ejecución no serán aplicables a las transferencias absolutas de créditos:

a) La recomendación 126, en el caso de una transferencia absoluta con recurso; y

b) Las recomendaciones 161 y 162.

Ejecución de una garantía real sobre un crédito por cobrar⁴⁷

161. El régimen debería disponer que, en el caso de una transferencia absoluta de un crédito, el cesionario tendrá el derecho a cobrar o a hacer ejecutar de algún otro modo el crédito. En el caso de una transferencia de un crédito a título de garantía, el cesionario, a reserva de las recomendaciones 112 a 118, tendrá el derecho a cobrar o a hacer cumplir de otro modo el crédito después del incumplimiento, o antes del incumplimiento con el acuerdo del cedente.

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que el acreedor garantizado tendrá, como variante del cobro, la opción de vender un crédito por cobrar conforme a las recomendaciones 133 d), y 143. En el comentario se explicará asimismo que una

⁴⁶ Véase A/CN.9/611, recomendación 88.

⁴⁷ Para las recomendaciones 161 y 162, véanse las recomendaciones 102 y 103 en A/CN.9/611.

notificación e instrucciones de pago enviadas en contravención de un acuerdo entre el cesionario y el cedente de no notificar al deudor del crédito obliga a éste a pagar al cesionario, pero dicho cesionario puede incurrir en responsabilidad frente al cedente por incumplimiento del contrato (véase la recomendación 110, párrafo b)).]

162. El régimen debería prever que el derecho del cesionario a cobrar o a hacer ejecutar el pago de un crédito exigible incluye el derecho a cobrar o, si no, a hacer ejecutar cualquier derecho personal o real que respalde el pago del crédito (como, por ejemplo, una garantía o un derecho de garantía).

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se examinará de qué manera otras recomendaciones del capítulo sobre la ejecución se pueden aplicar a la ejecución de un derecho que respalde el pago de un crédito cedido.]

Ejecución de una garantía real sobre un título negociable⁴⁸

163. En el régimen debería preverse que, después de incurrirse en incumplimiento, o antes de él y con el acuerdo del otorgante, el acreedor garantizado tendrá derecho, a reserva de lo dispuesto en la recomendación 119, a cobrar o a hacer valer de algún otro modo un título negociable que sea un bien gravado frente a una persona que se halle obligada por ese título.

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que entre el acreedor garantizado y la persona obligada por el título negociable o terceros que invoquen derechos en virtud del régimen de los títulos negociables, los derechos de ejecución del acreedor garantizado se regirán por la legislación en materia de títulos negociables. En el comentario se darán también los siguientes ejemplos al respecto:

a) La persona sujeta al título negociable sólo podrá quedar obligada a pagar al titular o a un tercero con derecho a hacer valer el título conforme a la ley que rija los títulos negociables; y

b) El derecho de la persona obligada por el título a oponer excepciones a dicha obligación estará determinado por la legislación que rija los títulos negociables.]

164. El régimen debería disponer que el derecho del acreedor garantizado a cobrar o a hacer valer de algún otro modo un título negociable incluye el derecho a cobrar o a hacer ejecutar de algún otro modo cualquier derecho personal o real que respalde el pago del título negociable (como, por ejemplo, una garantía o un derecho de garantía).

Ejecución de una garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria⁴⁹

165. En el régimen debería preverse que, después de incurrirse en incumplimiento, o antes de él y con el consentimiento del otorgante, el acreedor garantizado que

⁴⁸ Para las recomendaciones 163 y 164, véanse las recomendaciones 104 y 105 en A/CN.9/611/Add.1.

⁴⁹ Para las recomendaciones 165 a 167, véanse las recomendaciones 106 bis, 107 y 108 en A/CN.9/611/Add.1.

disponga de una garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria, a reserva de lo dispuesto en las recomendaciones 119 y 120, tendrá derecho a cobrar o a hacer valer de algún otro modo su derecho al cobro de los fondos.

166. En el régimen debería preverse que, después de incurrir en incumplimiento, o antes de él y con el acuerdo del otorgante, el acreedor garantizado que tenga el control tendrá el derecho, a reserva de las recomendaciones 120 y 121, a ejecutar su garantía real sin tener que recurrir a un tribunal ni a ninguna otra autoridad.

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que, a diferencia de un acreedor garantizado que tiene que cobrar los fondos para aplicarlos al pago de las obligaciones garantizadas conforme a la recomendación 151, un banco depositario podrá, como acreedor garantizado, aplicar los fondos directamente al pago de las obligaciones garantizadas. En el comentario se explicará también que la ejecución de los derechos de compensación del banco se regulan por otro régimen.]

167. El régimen debería disponer que el acreedor garantizado que no tenga el control sólo tendrá derecho, a reserva de las recomendaciones 120 y 121, a cobrar o a ejecutar de algún otro modo la garantía real frente al banco depositario en virtud de un mandamiento judicial, a menos que el banco depositario convenga en proceder de otro modo.

Ejecución de una garantía real sobre el producto de una garantía independiente⁵⁰

168. El régimen debería disponer que, después de incurrir en incumplimiento, o antes de él y con el acuerdo del otorgante, el acreedor garantizado que tenga una garantía real sobre el producto de una promesa independiente tendrá el derecho, a reserva de las recomendaciones 122 a 124, a cobrar o a hacer valer de otro modo su derecho al cobro del producto de la promesa independiente.

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se aclarará que no será necesario ningún acto separado de transferencia por parte del otorgante para que el acreedor garantizado pueda hacer ejecutar una garantía real sobre un derecho al producto de una promesa independiente cuando la garantía real se haya constituido automáticamente en virtud de la recomendación 24. En el comentario se explicará asimismo que todas las obligaciones del garante/emisor o de la persona designada frente al acreedor garantizado se regirán por las recomendaciones 122 a 124. Además, en el comentario se explicará que la recomendación 168 no tiene por objeto perturbar los acuerdos previos al incumplimiento concertados entre el otorgante y el acreedor garantizado en virtud de los cuales, antes del incumplimiento por parte del otorgante, el acreedor garantizado pueda recibir el producto de una promesa independiente.]

Ejecución de una garantía real sobre un documento negociable⁵¹

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará asimismo que las recomendaciones generales

⁵⁰ Véase A/CN.9/611/Add.1, recomendación 106.

sobre la ejecución de las garantías reales también serán aplicables aquí. La recomendación 169 se refiere a una cuestión especial.]

169. En el régimen debería preverse que al producirse un incumplimiento, o antes de él y con el consentimiento del otorgante, el acreedor garantizado tendrá derecho, a reserva de lo dispuesto en la recomendación 125, a ejecutar una garantía real sobre el documento negociable frente al emisor o frente a cualquier otra persona obligada por dicho documento negociable.

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que, conforme a la ley que rija los documentos negociables, el emisor podrá verse obligado a entregar los bienes únicamente al titular del documento negociable que se refiera a ellos.]

Ejecución de una garantía real sobre bienes incorporados a bienes inmuebles⁵²

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar que las recomendaciones generales se aplican a la ejecución de una garantía real sobre bienes incorporados a bienes muebles. En cuanto a la ejecución de garantías reales sobre bienes incorporados a bienes inmuebles, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar una recomendación suplementaria del tenor de la recomendación 170.]

170. El régimen debería disponer que un acreedor garantizado que tenga una garantía real sobre un bien incorporado a un bien inmueble sólo tendrá derecho a ejecutar su garantía real si goza de prelación respecto de los derechos concurrentes sobre el bien inmueble. En caso de tal tipo de ejecución, un acreedor que tenga un derecho concurrente sobre un bien inmueble con un grado inferior de prelación tendrá derecho a liquidar la obligación respaldada por una garantía real sobre el bien incorporado. El acreedor garantizado ejecutante será responsable de los daños sufridos por el bien inmueble con la separación pero no por la disminución de su valor imputable únicamente a la ausencia del bien incorporado.

XI. Insolvencia⁵³

A. Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia: definiciones y recomendaciones

Definiciones⁵⁴

12. b) “Bienes del deudor”⁵⁵: todo bien y derecho del deudor, así como todo derecho real sobre bienes que obren o no en su posesión, ya sean corporales o

⁵¹ Véase A/CN.9/611/Add.1, recomendación 109.

⁵² Véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, nota sobre la ejecución de una garantía real sobre bienes incorporados.

⁵³ Véase A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.3.

⁵⁴ Estas definiciones se han extraído del glosario de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia (“la Guía sobre la Insolvencia”) (Introducción, párrafo 12).

⁵⁵ A los efectos del presente capítulo, conviene señalar el término “deudor”, tal como se emplea en las recomendaciones tomadas de la Guía sobre la Insolvencia, designa a toda persona que reúna los requisitos para la apertura de un procedimiento de insolvencia (véase Guía sobre la

inmateriales, muebles o inmuebles, y todo derecho del deudor sobre bienes gravados por alguna garantía real o sobre bienes que sean propiedad de un tercero;

12. dd) “Parte interesada”: toda parte cuyos derechos, obligaciones o intereses se vean afectados por los procedimientos de insolvencia, o por aspectos concretos de dichos procedimientos, como el deudor, el representante de la insolvencia, un acreedor, un accionista, un comité de acreedores, una autoridad gubernamental o cualquier otra persona afectada. No se considerarán partes interesadas las personas con intereses remotos o difusos afectados por un procedimiento de insolvencia;

12. pp) “Garantía real”: derecho sobre un bien que se haya constituido en garantía del pago o cumplimiento de una o varias obligaciones.

[Nota para el Grupo de Trabajo: En el capítulo sobre la insolvencia tal vez sea necesario examinar otros términos que se emplean en la Guía sobre la Insolvencia y en la Guía sobre las Operaciones Garantizadas.]

Recomendaciones⁵⁶

Objetivos fundamentales de un régimen de la insolvencia eficaz y eficiente

1) A fin de establecer y desarrollar un régimen eficiente de la insolvencia deberían tenerse en cuenta los siguientes objetivos fundamentales:

a) Dar certidumbre y seguridad al mercado con miras a promover la estabilidad y el crecimiento de la economía;

b) Maximizar el valor de los bienes de la masa;

c) Ponderar adecuadamente las respectivas ventajas de la vía de liquidación y de la vía de reorganización;

d) Tratar de modo equitativo a todos los acreedores cuyos créditos sean similares;

e) Buscar una resolución rápida, eficiente e imparcial de la situación de insolvencia;

f) Preservar la masa de la insolvencia, de modo que pueda distribuirse equitativamente entre los acreedores;

Insolvencia, segunda parte, capítulo I, sección A, párrs. 1 a 11 y recomendación 8). Cuando el deudor otorga el derecho garantizado en cuestión (que garantiza la obligación del deudor), el término “deudor” designa también al otorgante. Sin embargo, cuando no es el deudor sino un tercero quien otorga el derecho garantizado en cuestión (por ejemplo sobre la base de un acuerdo contractual con el deudor), el término “deudor” designa a ese tercero que actúa como otorgante, dado que sólo en la insolvencia de ese tercero que actúa como otorgante el acreedor garantizado es tal acreedor garantizado con un derecho real sobre los bienes gravados. En la insolvencia de un deudor no otorgante, el acreedor es un acreedor no garantizado con un crédito no garantizado frente al deudor no otorgante.

⁵⁶ Conviene señalar que en este capítulo se incluyen únicamente las recomendaciones o partes de recomendaciones de la *Guía sobre la Insolvencia* concretamente relacionadas con las garantías reales, con los números originales que llevan en la *Guía sobre la Insolvencia* (para las recomendaciones no reproducidas en este capítulo, consúltese la *Guía sobre la Insolvencia*, que está disponible en el sitio <http://www.uncitral.org> de Internet). Cabe señalar también que en el texto definitivo de las recomendaciones se incluirán las notas de pie de página necesarias de la *Guía sobre la Insolvencia*.

g) Formular un régimen de la insolvencia transparente y previsible que incentive debidamente la práctica de reunir y facilitar información; y

h) Reconocer todo derecho existente de los acreedores y establecer reglas claras para determinar el grado de prelación otorgable a los créditos.

4) El régimen de la insolvencia debería especificar que cuando una garantía real sea eficaz o ejecutable en virtud de una regla de derecho distinta del régimen de la insolvencia, será reconocida, en un procedimiento de insolvencia, como eficaz y ejecutable.

7) A fin de elaborar un régimen eficaz y eficiente de la insolvencia, procederá considerar los siguientes rasgos comunes de todo régimen de la insolvencia:

a) a d) ...

e) La protección de la masa de la insolvencia contra las acciones presentadas por los acreedores, y contra la actuación del propio deudor y del representante de la insolvencia, y cuando las medidas de protección de la masa sean aplicables a los acreedores garantizados, la determinación del modo en que deberá salvaguardarse el valor económico de sus garantías reales durante el procedimiento de insolvencia;

f) a r) ...

Régimen aplicable a la validez y efectividad de los derechos y créditos

30) El régimen aplicable a la validez y efectividad de los derechos y créditos existentes en el momento de la apertura del procedimiento de insolvencia deberá establecerse por las normas de derecho internacional privado del Estado en el que se abre el procedimiento de insolvencia.

Régimen aplicable a los procedimientos de insolvencia: lex fori concursus

31) El régimen de la insolvencia del Estado en el que se abre el procedimiento de insolvencia (*lex fori concursus*) deberá aplicarse a todos los aspectos de la apertura, la sustanciación, la administración y la conclusión de dicho procedimiento y sus efectos. Entre ellos cabe citar los siguientes:

a) a i) ...

j) El tratamiento de los acreedores garantizados;

k) a n) ...

o) La clasificación de los créditos;

p) a s) ...

Bienes que constituyen la masa de la insolvencia

35) El régimen de la insolvencia debería especificar que la masa de la insolvencia estará integrada por:

a) Los bienes del deudor, incluidos los derechos que pueda tener el deudor sobre bienes gravados y /o sobre bienes que sean propiedad de terceros;

- b) Los bienes adquiridos tras la apertura del procedimiento de insolvencia;
- y
- c) ...

Medidas cautelares

39) El régimen de la insolvencia debería especificar que el tribunal podrá conceder una exención de carácter provisional, a petición del deudor, de los acreedores o de terceros, si tal exención es necesaria para proteger y preservar el valor de los bienes del deudor o los intereses de los acreedores entre el momento de la presentación de una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia y la apertura del procedimiento, concretamente:

- a) Paralizando la ejecución de medidas contra los bienes del deudor, incluidas las acciones encaminadas a dar eficacia a las garantías reales frente a terceros o la ejecución de garantías reales;
- b) a d) ...

Medidas aplicables en el momento de la apertura

46) El régimen de la insolvencia debería especificar que, en el momento de la apertura de un procedimiento de insolvencia:

- a) Se paralizarán el inicio o la continuación de acciones individuales o de procedimientos que afecten los bienes del deudor, así como sus derechos, obligaciones o responsabilidades;
- b) Se paralizará toda acción encaminada a que las garantías reales sean eficaces frente a terceros y a la ejecución de garantías reales;
- c) Se paralizará toda medida ejecutiva contra los bienes de la masa de la insolvencia;
- d) Se suspenderá el derecho de otra parte a poner fin a todo contrato con el deudor; y
- e) Se suspenderá el derecho a transferir o gravar cualquier bien de la masa de la insolvencia o a disponer de él de algún otro modo.

Duración de las medidas automáticamente aplicables al iniciarse un procedimiento

49) El régimen de la insolvencia debería especificar que las medidas aplicables en el momento de la apertura de un procedimiento de insolvencia mantendrán sus efectos durante todo este procedimiento hasta que:

- a) El tribunal otorgue una exención al respecto;
- b) En un procedimiento de reorganización, entre en vigor un plan de reorganización; o
- c) En el caso de los acreedores garantizados en procedimientos de liquidación, expire el período fijado por la ley, a menos que el tribunal prorrogue ese período cuando se demuestre que:
 - i) La prórroga es necesaria para maximizar el valor de los bienes en beneficio de los acreedores; y

- ii) El acreedor garantizado quedará protegido de toda disminución del valor del bien gravado sobre el que tenga una garantía real.

Protección frente a una disminución del valor de bienes gravados

50) El régimen de la insolvencia debería especificar que, previa solicitud al tribunal, el acreedor garantizado deberá gozar del derecho a que se preserve el valor de los bienes gravados que respalden su crédito. El tribunal podrá otorgar medidas cautelares, concretamente:

- a) Pagos en efectivo con cargo de la masa;
- b) La aportación de garantías reales suplementarias; u
- c) Otras medidas que el tribunal considere apropiadas.

Exención de los efectos de las medidas aplicables en el momento de la apertura de un procedimiento

51) El régimen de la insolvencia debería especificar que un acreedor garantizado podrá solicitar al tribunal que lo exima de los efectos de las medidas aplicables en el momento de la apertura de un procedimiento de insolvencia por motivos que pueden ser, entre otros:

- a) El hecho de que el bien gravado no sea necesario para una eventual reorganización o venta de la empresa del deudor;
- b) El hecho de que el valor del bien gravado esté disminuyendo como consecuencia de la apertura de un procedimiento de insolvencia y de que el acreedor garantizado no esté protegido contra esa reducción del valor; y
- c) En una reorganización, el hecho de que no se haya aprobado un plan de reorganización en el plazo pertinente.

Facultad para usar y disponer de los bienes de la masa de la insolvencia

52) El régimen de la insolvencia debería permitir:

- a) La utilización y disposición de los bienes de la masa de la insolvencia (incluidos los bienes gravados) en el curso ordinario de los negocios, excepto el producto en efectivo de su venta; y
- b) La utilización y disposición de los bienes de la masa de la insolvencia (incluidos los bienes gravados) fuera del curso ordinario de los negocios, a reserva de lo previsto en las recomendaciones 55 y 58.

Imposición de nuevos gravámenes sobre bienes gravados

53) El régimen de la insolvencia debería especificar que podrán imponerse nuevos gravámenes sobre bienes ya gravados, a reserva de lo previsto en las recomendaciones 65 a 67.

Utilización de bienes que sean propiedad de terceros

54) El régimen de la insolvencia debería especificar que el representante de la insolvencia podrá utilizar un bien que sea propiedad de terceros o que esté en

posesión del deudor, siempre y cuando se cumplan, entre otras, las siguientes condiciones:

- a) La protección de los intereses de terceros contra toda disminución del valor del bien; y
- b) El pago, como gastos administrativos, de los costos dimanantes del contrato ocasionado por el hecho de seguir cumpliendo el contrato y de la utilización del bien.

Facultad de vender bienes de la masa que no estén gravados ni sujetos a otras garantías reales

58) El régimen de la insolvencia debería permitir al representante de la insolvencia vender todo bien que esté gravado o sujeto a otros derechos reales, sin ningún tipo de gravámenes y fuera del curso ordinario de los negocios, a condición de que:

- a) El representante de la insolvencia notifique la venta propuesta a los titulares de garantías reales o de otros gravámenes;
- b) Los titulares de dichos gravámenes tengan la oportunidad de exponer sus argumentos ante el tribunal cuando tengan objeciones a la venta propuesta;
- c) No se haya dictado ninguna limitación de la paralización; y
- d) Se preserve la prelación de los derechos sobre el producto de la venta del bien.

Utilización del producto en efectivo

59) El régimen de la insolvencia debería permitir al representante de la insolvencia utilizar el producto en efectivo, o disponer de él, siempre que:

- a) El acreedor garantizado que tenga una garantía real sobre ese producto en efectivo dé su consentimiento a que se utilice el producto, o se disponga de él, de esa forma; o
- b) Se haya notificado al acreedor garantizado la utilización o disposición propuesta y se le haya dado la oportunidad de exponer sus argumentos ante el tribunal; y
- c) Se hayan previsto salvaguardias para preservar los intereses del acreedor contra toda disminución del valor del producto en efectivo.

Bienes gravosos

62) El régimen de la insolvencia debería permitir al representante de la insolvencia determinar la forma de proceder respecto de los bienes que resulten gravosos para la masa. En particular, el régimen podrá permitir al representante renunciar a los bienes gravosos, después de notificar a los acreedores al respecto y de darles la oportunidad de oponerse a la medida propuesta. No obstante, cuando el valor del crédito garantizado sea superior al del bien gravado, y cuando dicho bien no sea necesario para la reorganización o la venta de la empresa como negocio en marcha, el régimen de la insolvencia podrá permitir que el representante de la insolvencia renuncie al bien y lo entregue al acreedor garantizado sin notificar a los demás acreedores.

Garantías en respaldo de toda financiación posterior a la apertura de un procedimiento

65) El régimen de la insolvencia debería permitir que se constituyera una garantía real para el reembolso de la financiación posterior a la apertura de un procedimiento, incluso sobre bienes no gravados, como los bienes adquiridos ulteriormente, o una garantía nueva o con menor prelación sobre bienes de la masa ya gravados.

66) El régimen de la insolvencia debería especificar que una garantía real sobre los bienes del deudor encaminada a garantizar la financiación posterior a la apertura del procedimiento no tendrá prelación respecto de otra garantía real ya existente sobre los mismos bienes, a menos que el representante de la insolvencia obtenga el consentimiento del acreedor o los acreedores garantizados beneficiarios de la garantía o siga el procedimiento enunciado en la recomendación 67.

67) El régimen de la insolvencia debería especificar que, cuando el acreedor garantizado ya existente no dé su consentimiento, el tribunal podrá autorizar la constitución de una garantía real que goce de prelación sobre las garantías preexistentes, siempre que se satisfagan determinadas condiciones, a saber, que:

- a) Se notifique al acreedor garantizado ya existente y se le dé la oportunidad de ser oído por el tribunal;
- b) El deudor pueda probar que no le es posible obtener la financiación de otra manera; y
- c) Se protejan los intereses del acreedor garantizado ya existente.

Efecto del cambio de procedimiento en los créditos posteriores a la apertura

68) El régimen de la insolvencia debería especificar que, cuando el procedimiento de reorganización pase a ser uno de liquidación, toda prelación concedida a la financiación posterior a la apertura del procedimiento en la reorganización deberá seguir reconociéndose en la liquidación.

Cláusulas de extinción y de agilización automáticas

70) El régimen de la insolvencia debería especificar que no será invocable, frente al representante de la insolvencia o al deudor, ninguna cláusula contractual por la que se estipule la extinción o la agilización automáticas de un contrato cuando:

- a) Se haya presentado una solicitud de apertura o se haya abierto un procedimiento de insolvencia;
- b) Se haya nombrado un representante de la insolvencia.

71) El régimen de la insolvencia debería indicar claramente los contratos a los que no podrá aplicarse la recomendación 70, como los contratos financieros, o los que estén sujetos a reglas especiales, como los contratos de trabajo.

72) El régimen de la insolvencia debería especificar que el representante de la insolvencia podrá decidir que continúe cumpliéndose un contrato del que tenga conocimiento cuando ello resulte beneficioso para la masa de la insolvencia. El régimen de la insolvencia debería especificar que:

- a) El derecho a mantener un contrato es aplicable a la totalidad de éste; y

- b) Al mantenerse dicho contrato, resultarán ejecutables todas sus cláusulas.

Cumplimiento previo al mantenimiento o al rechazo de un contrato

80) El régimen de la insolvencia debería especificar que el representante de la insolvencia podrá aceptar o requerir de la otra parte el cumplimiento de un contrato antes de la decisión de mantener o rechazar éste. Las reclamaciones de la otra parte que se deriven del cumplimiento aceptado o requerido por el representante de la insolvencia antes del mantenimiento o del rechazo del contrato serán pagaderas en concepto de gastos de administración de la masa:

a) Si la otra parte ha cumplido el contrato, el importe del gasto de administración debería ser el precio contractual del cumplimiento; o

b) Si el representante de la insolvencia utiliza bienes que sean propiedad de terceros y que estén en posesión del deudor en virtud de un contrato, deberá protegerse al tercero de toda pérdida de valor de sus bienes y dicha parte tendrá derecho a que se le abone una suma en concepto de gastos de administración de la masa, conforme al apartado a).

[Nota para el Grupo de Trabajo: En el comentario quedará claro que el rechazo de un acuerdo de crédito no pone fin al acuerdo de garantía real ni extingue el derecho garantizado.]

Anulación de las garantías reales

88) El régimen de la insolvencia debería especificar que, cuando una garantía real sea eficaz o ejecutable en virtud de una regla de derecho distinta del régimen de la insolvencia podrá quedar sujeta a las disposiciones de anulación del régimen por los mismos motivos que otras operaciones.

Contratos financieros

103) Una vez rescindidos los contratos financieros del deudor, el régimen de la insolvencia debería permitir que toda parte financiera haga efectivas sus garantías reales, destinando su producto al cumplimiento de las obligaciones dimanantes de dichos contratos. Los contratos deberían quedar exentos de toda suspensión impuesta por el régimen de la insolvencia a la ejecutabilidad de una garantía real.

Participación de los acreedores

126) El régimen de la insolvencia debería especificar que los acreedores, estén o no amparados por una garantía, tendrán derecho a participar en el procedimiento de insolvencia, e indicar las funciones que, en el ejercicio de ese derecho, podrán tener que desempeñar.

Derecho de las partes interesadas a ser oídas y a solicitar una revisión

137) El régimen de la insolvencia debería especificar que toda parte interesada tendrá derecho a ser oída respecto de cualquier cuestión del procedimiento de insolvencia que afecte a sus derechos, obligaciones o garantías reales. Por ejemplo, la parte interesada debería estar legitimada para:

- a) Impugnar todo acto que requiera aprobación judicial;

- b) Solicitar que el tribunal revise cualquier acto que no requiera aprobación judicial o cuya aprobación no haya sido solicitada al tribunal; y
- c) Solicitar cualquier medida de amparo o exoneración que pueda reclamar en el procedimiento de insolvencia.

Derecho de apelación

138) El régimen de la insolvencia debería especificar que toda parte interesada podrá apelar cualquier resolución del tribunal que afecte sus derechos, obligaciones o garantías reales.

Plan de reorganización

Aprobación por categorías

150) Cuando la votación para la aprobación del plan se realice por categorías de acreedores, el régimen de la insolvencia debería especificar cuál será el efecto, para la aprobación del plan, del resultado obtenido en la votación de cada categoría. Cabe prever diversos criterios, como el de requerir que el plan sea aprobado por una determinada mayoría de categorías o por todas ellas, pero que al menos una de las categorías de acreedores cuyos derechos sean modificados o se vean afectados por el plan deberá aprobarlo.

151) Cuando el régimen no requiera que el plan sea aprobado por todas las categorías, debería prever el trato que se ha de dar a las categorías que no voten a favor del plan que sea, por lo demás, aprobado por las categorías cuya aceptación sea exigida. Ese trato debería tener como base las condiciones enumeradas en la recomendación 152.

Confirmación de un plan aprobado

152) Cuando el régimen requiera una confirmación judicial del plan aprobado, debería exigir que el tribunal confirme el plan si éste cumple las condiciones siguientes:

- a) Que se haya obtenido cualquier aprobación requerida y se haya seguido debidamente el procedimiento prescrito para la aprobación;
- b) Que los acreedores reciban con arreglo al plan un valor que sea al menos equivalente al que habrían recibido en un procedimiento de liquidación, salvo que dichos acreedores hayan expresamente convenido en recibir un trato menos favorable;
- c) Que nada de lo dispuesto en el plan sea contrario a derecho;
- d) Que vaya a ser plenamente pagado todo crédito o gasto administrativo salvo en la medida en que el beneficiario de dicho crédito o gasto convenga en que se le otorgue un trato distinto; y
- e) Salvo en la medida en que las categorías de acreedores afectadas hayan acordado otra cosa, si una categoría de acreedores ha votado contra el plan, esa categoría se reconocerá como tal, con arreglo al plan, en el régimen de insolvencia y en la distribución que se efectúe conforme al plan deberá tenerse en cuenta la prelación reconocida.

Impugnación de la aprobación del plan (cuando no se exija su confirmación judicial)

153) Cuando un plan pase a ser vinculante a raíz de su aprobación por los acreedores, sin que se requiera confirmación judicial alguna, el régimen de la insolvencia debería permitir a toda parte interesada, incluido el deudor, impugnar su aprobación. El régimen debería especificar los criterios para la evaluación de toda impugnación interpuesta, entre los que cabe citar:

- a) Que se cumplan las condiciones enunciadas en la recomendación 152; y
- b) Que medie un supuesto de fraude, en cuyo caso serán aplicables los requisitos enunciados en la recomendación 154.

Créditos garantizados

172) El régimen debería especificar si los acreedores garantizados tendrán que presentar sus créditos.

Valoración de los créditos garantizados

179) El régimen debería disponer que el representante de la insolvencia podrá determinar, mediante una valoración del bien gravado, la parte del crédito de un acreedor garantizado que está respaldada por la garantía y la que no lo está.

Prelación de los créditos

Créditos garantizados

188) El régimen debería especificar que un crédito garantizado deberá reembolsarse con cargo al bien gravado, en una liquidación, o con arreglo a lo dispuesto en un plan de reorganización, subordinándolo a los créditos que tengan eventualmente mayor prelación. El régimen debería reducir al mínimo y enunciar claramente los créditos que tengan un mayor grado de prelación que los créditos garantizados. Cuando el valor del bien gravado sea insuficiente para satisfacer el crédito del acreedor garantizado, éste podrá participar en el procedimiento como si fuera un acreedor ordinario sin garantía.

B. Recomendaciones adicionales relativas a la insolvencia de la guía sobre las operaciones garantizadas

Derecho aplicable en los procedimientos de insolvencia

171. El régimen de la insolvencia debería disponer que, aunque el procedimiento de insolvencia ya se haya abierto, la constitución y la eficacia frente a terceros de una garantía real, así como su prelación y su ejecución, se regirán por la ley que sería aplicable de no haberse entablado un procedimiento de insolvencia. La presente recomendación no afectará a la aplicación de ninguna regla sobre la insolvencia, incluidas las reglas relativas a la nulidad, la prelación o la ejecución de garantías reales.

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se aclarará la relación entre esta recomendación y las recomendaciones 30 y 31 de la Guía sobre la Insolvencia. En el comentario se

explicará también que la presente recomendación se refiere a reglas de la insolvencia prescindiendo de si están caracterizadas para algún fin como procesales, sustantivas, jurisdiccionales o de otra índole.]

Bienes sujetos a una garantía real para adquisiciones (enfoque unitario)

172. El régimen de la insolvencia debería disponer que, en el caso de un procedimiento de insolvencia con respecto al otorgante, los bienes sujetos a una garantía real para adquisiciones se tratarán del mismo modo que los bienes sujetos a garantías reales en general.

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que, de acuerdo con la recomendación 178, el régimen de la insolvencia reconocería toda prelación especial que se hubiera concedido a las garantías reales para adquisiciones respecto de las garantías reales no destinadas a adquisiciones en el régimen de las operaciones garantizadas (por ejemplo, la prelación en virtud de las recomendaciones 185 y 186).]

Bienes sujetos a un derecho de propiedad en virtud de un mecanismo de retención de la titularidad (enfoque no unitario)

Variante A

172. El régimen de la insolvencia debería disponer que, en el caso de procedimientos de insolvencia con respecto a un comprador, a un arrendatario financiero o a un otorgante, los bienes sujetos a garantías en virtud de un mecanismo de retención de la titularidad se tratarán del mismo modo que los bienes sujetos a una garantía real.

Variante B

172. El régimen de la insolvencia debería disponer que, en el caso de procedimientos de insolvencia con respecto a un comprador, a un arrendatario financiero o a un otorgante, los bienes sujetos a garantías en virtud de un mecanismo de retención de la titularidad se tratarán como bienes propiedad de terceros en virtud de la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*.

Créditos por cobrar sujetos a una transferencia absoluta antes de la apertura

173. El régimen de la insolvencia debería disponer que, si el deudor efectúa una transferencia absoluta de un crédito por cobrar antes de que se inicie el procedimiento de insolvencia del deudor, el crédito será tratado del mismo modo que el régimen de la insolvencia trataría un bien que haya sido objeto de una transferencia absoluta por parte del deudor antes de la apertura. Al igual que las transferencias de otros bienes efectuadas por el deudor antes de la apertura, la transferencia absoluta de un crédito estaría sujeta a toda regla pertinente del régimen de la insolvencia en materia de nulidad.

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que la Guía hace entrar en su ámbito de aplicación toda transferencia absoluta de un crédito (es decir, toda transferencia de

un crédito sin fines de garantía) y que en la definición de “garantía real” incluye las transferencias absolutas de créditos. Al referirse a una transferencia absoluta, la Guía no afectará a la aplicación de cualquier regla jurídica al margen del régimen de la insolvencia en virtud de la cual una operación pueda reclasificarse como transferencia con fines de garantía, aunque las partes hayan definido la operación como transferencia absoluta. En caso de tal reclasificación, la transferencia no se consideraría una transferencia absoluta a los efectos de la Guía.

Si una garantía otorgada por el deudor antes de la apertura del procedimiento de insolvencia del deudor consiste, en virtud de una ley al margen del régimen de la insolvencia, en una transferencia absoluta de un crédito, el régimen de la insolvencia debería tratar la transferencia absoluta del crédito como si fuera una transferencia de cualquier otro bien efectuada por el deudor antes de la apertura cuando la transferencia cumpliera los requisitos de una transferencia absoluta en virtud de una ley distinta del régimen de la insolvencia. El crédito que sea objeto de una transferencia absoluta, al igual que cualquier otro bien transferido pura y simplemente por el deudor antes de la apertura del procedimiento de insolvencia, no debería incluirse en la masa de la insolvencia del deudor (véase en general la recomendación 35, párrafo a) de la Guía sobre la Insolvencia).

No obstante, al igual que con las transferencias absolutas de cualquier bien hechas por el deudor antes de la apertura y al igual que cualquier otra operación previa a la apertura, la transferencia absoluta del crédito estará sujeta, sin embargo, a las reglas del régimen de la insolvencia en materia de nulidad (véase la recomendación 88 de la Guía sobre la Insolvencia). Por ejemplo, la transferencia podría anularse y el crédito podría pasar a formar parte de la masa de la insolvencia si: a) la transferencia no fuera eficaz frente a terceros en el momento de la apertura del procedimiento de insolvencia; b) la transferencia podía ser anulada en virtud de las reglas del régimen de la insolvencia en materia de nulidad en lo que respecta a las operaciones infravaloradas; o c) en el caso de una transferencia realizada en una determinada fecha pero que no adquiriera eficacia frente a terceros hasta una fecha posterior a todo período de gracia y durante el período de sospecha de la transferencia, conforme a las reglas del régimen de la insolvencia en materia de nulidad en lo que respecta a las transferencias sospechosas.

Si el crédito no forma parte de la masa de la insolvencia y no pasa a formar parte de ella en virtud de las reglas del régimen de la insolvencia relativas a la nulidad, en tal caso, dado que el cesionario es el verdadero propietario del crédito, ninguna medida de paralización en virtud del régimen de la insolvencia en general se aplicaría al cobro del crédito por el cesionario, y el régimen de la insolvencia en general no sería aplicable al crédito ni a su cobro por el cesionario. Sin embargo, si, en virtud de un contrato vigente en el momento de la apertura del procedimiento de insolvencia, el cesionario ha encargado al deudor mediante contrato que cobre el crédito en beneficio del primero, toda paralización en virtud del régimen de la insolvencia que sea aplicable con respecto a los contratos con el deudor en general (y por lo tanto aplicables al contrato entre el deudor y el cesionario) impediría al cesionario, en función de ello y pese a que el cesionario fuera el propietario del crédito, cobrar el crédito u obstaculizar de otro modo el contrato con el deudor hasta que finalizara la paralización en lo que respecta a dicho contrato o hasta que el deudor rechazara el mencionado contrato.]

Bienes adquiridos después de la apertura

174. Salvo en lo dispuesto en la recomendación 175, el régimen de la insolvencia debería especificar que un bien de la masa adquirido después de la apertura de un procedimiento de insolvencia no estará sujeto a ninguna garantía real constituida por el deudor antes de la apertura del procedimiento.

175. El régimen de la insolvencia debería especificar que un bien de la masa adquirido después de la apertura de un procedimiento de insolvencia con respecto al deudor estará sujeto a una garantía real que haya constituido el deudor antes de la apertura del procedimiento de insolvencia en la medida en que el bien sea el producto (en efectivo o no) de un bien gravado que era un bien del deudor antes de la apertura.

Cláusulas de extinción automática en procedimientos de insolvencia

176. Si el régimen de la insolvencia dispone que una cláusula contractual en virtud de la cual, una vez abierto el procedimiento de insolvencia o una vez que se haya producido otro hecho relacionado con la insolvencia, se extinga automáticamente cualquier obligación contraída con arreglo a un contrato o se agilice el vencimiento de cualquier obligación contraída en virtud de un contrato, es inejecutable respecto del representante de la insolvencia o del deudor, el régimen de la insolvencia deberá especificar también que esa disposición no convierte en inejecutable ni invalida una cláusula contractual que libere al acreedor de la obligación de conceder un préstamo o de otorgar crédito u otras facilidades financieras en beneficio del deudor.

Eficacia de una garantía real en procedimientos de insolvencia

177. El régimen de la insolvencia debería disponer que, si un derecho garantizado era válido frente a terceros en el momento de la apertura del procedimiento de insolvencia, se podrán adoptar medidas después de la apertura del procedimiento para prolongar, preservar o mantener la validez frente a terceros de la garantía real en la medida y en la forma permitida en el régimen de las operaciones garantizada⁵⁷.

Prelación de una garantía real en procedimientos de insolvencia

178. El régimen de la insolvencia debería disponer que si un derecho garantizado tiene prelación conforme a una regla de derecho distinta del régimen de la insolvencia, esa prelación seguirá intacta en el procedimiento de insolvencia, excepto si, conforme al régimen de la insolvencia, se da prelación a otro crédito. Estas excepciones deberían reducirse al mínimo y deberían estipularse claramente en el régimen de la insolvencia. La presente recomendación se subordina a la

⁵⁷ Véase la nota de pie de página de la recomendación 46 b) de la Guía sobre la Insolvencia, en que se especifica lo siguiente:

“Si las disposiciones legales distintas del régimen de la insolvencia permiten hacer efectivas las garantías reales dentro de ciertos plazos especificados, es conveniente que ese régimen reconozca esos plazos y permita que la garantía se haga efectiva cuando la apertura del procedimiento de insolvencia tenga lugar antes de la expiración del período especificado. Cuando esas disposiciones legales no prevean tales casos, la paralización aplicable en el momento de la apertura de un procedimiento de insolvencia impedirá que la garantía real adquiera eficacia.”

recomendación 188 de la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*.

[Nota para el Grupo de Trabajo: En el comentario se presentarán ejemplos de excepciones, como los casos de prelación con respecto a la financiación después de la apertura y los créditos privilegiados.]

Efecto de un acuerdo de subordinación en un procedimiento de insolvencia

179. El régimen de la insolvencia debería especificar que, si el titular de una garantía real sobre un bien de la masa de la insolvencia ha subordinado su prelación, unilateralmente o en virtud de un acuerdo, en favor de un demandante concurrente existente o futuro, esa subordinación será obligatoria en el procedimiento de insolvencia con respecto al deudor.

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en la recomendación 75 se enuncia la norma general de la subordinación aplicable en ausencia de procedimientos de insolvencia. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar el siguiente texto: “Deberá entenderse que el principio general del reconocimiento en la insolvencia de los grados de prelación previos a la apertura del procedimiento incluye también los grados de prelación basados en un acuerdo de subordinación, siempre y cuando las partes no convengan en otorgar a un crédito un grado de prelación superior al que se le concedería en virtud del derecho aplicable.” (Véase la Guía sobre la Insolvencia, V, B, 1, párr. 59, pág. 315).]

Costos y gastos de conservación del valor del bien gravado en un procedimiento de insolvencia

180. El régimen de la insolvencia debería disponer que el representante de la insolvencia tendrá derecho a recuperar con cargo al valor de un bien gravado los costos o gastos razonables (incluidos los de carácter general, si corresponde) que haya contraído para conservar, preservar o aumentar el valor del bien gravado en beneficio del acreedor garantizado.

Valoración de los bienes gravados en procedimientos de reorganización

181. El régimen de la insolvencia debería disponer que, al determinar el valor de liquidación de los bienes gravados en procedimientos de reorganización, deberá tomarse en consideración el uso de esos bienes y la finalidad de la valoración. El valor de liquidación de esos bienes puede basarse en su valor como parte de una empresa en marcha.

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se señalará que el comentario de la Guía sobre la Insolvencia prevé la misma regla para todos los bienes (véase el párrafo 66, segunda parte, capítulo II, sección B). En el comentario sobre el presente capítulo se aclarará que, en virtud de la recomendación 152 b) de la Guía sobre la Insolvencia, en un procedimiento de reorganización los acreedores percibirán como mínimo lo que habrían recibido en un procedimiento de liquidación, a menos que hubieran acordado expresamente recibir un importe inferior.]

XII. Mecanismos de financiación de adquisiciones⁵⁸

A. Enfoque unitario de los mecanismos de financiación de adquisiciones

Finalidad

La finalidad de las disposiciones del régimen sobre los mecanismos de financiación de adquisiciones es:

- a) Reconocer la importancia y facilitar la utilización de la financiación de adquisiciones como fuentes de crédito asequible, en particular para las pequeñas y medianas empresas; y
- b) Prever la igualdad de tratamiento de todos los proveedores de financiación de adquisiciones, aplicándoseles el régimen general que rige las garantías reales;
- c) Facilitar las operaciones garantizadas en general creando transparencia en los mecanismos de financiación de adquisiciones.

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que el párrafo c) se ha agregado en la sección de finalidades del presente capítulo porque en los ordenamientos en que los mecanismos de financiación de adquisiciones no están sujetos a un requisito de inscripción registral adolecen de falta de transparencia en la financiación de adquisiciones y constituyen a menudo un grave obstáculo para la financiación de existencias y bienes de equipo sin fines de adquisición (así como para la financiación de los créditos por cobrar en los ordenamientos que reconocen los acuerdos ampliados de retención de la titularidad). Con una mayor transparencia se fomentarían notablemente esos tipos de financiación.]

Equivalencia entre las garantías reales para adquisiciones y las garantías reales

182. El régimen debería tratar a todos los derechos de garantía para adquisiciones como garantías reales. Así, las recomendaciones de la presente guía que rigen las garantías reales en general, complementadas por las recomendaciones concretas del presente capítulo sobre los mecanismos de financiación de adquisiciones, deberían ser igualmente aplicables a todas las garantías reales para adquisiciones.

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que la caracterización de un derecho de garantía para adquisiciones como garantía real, con el resultado de que el acreedor garantizado para la adquisición es el acreedor garantizado y el otorgante es el propietario de los bienes gravados, es únicamente aplicable al aspecto de financiación garantizada en la operación. Mientras que la garantía real para adquisiciones respalda la obligación del otorgante a pagar el saldo del precio de compra, la operación subyacente sigue siendo una venta o un arrendamiento financiero. Por lo tanto, la legislación sobre ventas o arriendos continúa aplicándose a otros aspectos de la operación (tales como las garantías de titularidad y calidad, el derecho a la reventa o a subalquilar, la fiscalidad, los

⁵⁸ Véase A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.5.

seguros y la contabilidad)”. En el comentario se explicará que si, por ejemplo, un acreedor garantizado, en el marco de un mecanismo de financiación de adquisiciones, vendiera bienes de equipo a un comprador que no cumpliera, el comprador podría invocar los términos del contrato y otras leyes pertinentes para valerse de los recursos que tales leyes ofrecen al comprador, como el rechazo de los bienes y del contrato por el comprador.]

Constitución de garantías reales para adquisiciones (enfoque unitario)

183. El régimen debería prever que una garantía real del pago de la adquisición queda constituida [del mismo modo que una garantía real en virtud de la recomendación 13] [mediante acuerdo entre el otorgante y el acreedor garantizado, acuerdo que no necesita ser concertado por escrito ni estar documentado por ningún documento escrito y que no está sometido a ningún otro requisito de forma. Ese acuerdo puede ser demostrado por cualquier medio, incluso por testimonios].

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que la recomendación 183 (enfoque unitario) incluye las mismas opciones que la recomendación 183 (enfoque no unitario), a fin de poner en práctica el principio de la equivalencia. Sin embargo, si el Grupo decide mantener los requisitos de constitución aplicables en virtud de la recomendación 13, la recomendación 183 tal vez no resulte necesaria, pues repetiría la regla general.]

Eficacia de los derechos de financiación para adquisiciones frente a terceros

184. Salvo si en la recomendación 185 se dispone otra cosa, el régimen debería prever que una garantía real para adquisiciones adquiere eficacia frente a terceros mediante la inscripción de una notificación de la garantía en el registro general de garantías reales, del mismo modo en que lo establecen las disposiciones del presente régimen con respecto a la eficacia frente a terceros de las garantías reales sobre el mismo tipo de bienes gravados. Si la notificación se inscribe en un plazo no inferior a [especificuese un breve período, de 20 ó 30 días, por ejemplo] días a partir del momento de la entrega de los bienes al otorgante, el derecho adquirirá eficacia frente a los terceros cuyos derechos nacieron entre el momento de la constitución de la garantía real para adquisiciones y el momento de su inscripción, así como frente a terceros cuyos derechos fueron registrados posteriormente. Si la notificación se inscribe una vez transcurrido ese plazo, la garantía real para adquisiciones será eficaz frente a terceros a partir de la inscripción de la notificación.

Excepciones al requisito de inscripción registral con respecto a una garantía real para adquisiciones

185. El régimen debería disponer que una garantía real para adquisiciones de bienes de consumo adquirirá eficacia frente a terceros en el momento de constituirse. Esta recomendación no afecta a los derechos que ya sean eficaces frente a terceros mediante la entrega de la posesión de los bienes gravados al acreedor garantizado o mediante la inscripción en un registro especializado de titularidad o la anotación en un certificado de titularidad.

Prelación de las garantías reales sobre bienes que no sean existencias ni bienes de consumo respecto de las garantías sin fines de adquisición inscritas anteriormente sobre los mismos bienes

186. El régimen debería disponer que una garantía real para adquisiciones sobre bienes que no sean existencias ni bienes de consumo tendrá prelación sobre una garantía real no destinada a adquisiciones constituida sobre los mismos bienes (aun cuando se haya inscrito una notificación sobre esta última garantía real en el registro general de garantías reales antes de que se haya inscrito una notificación sobre la garantía para adquisiciones), siempre y cuando:

- a) El financiador de la adquisición retenga la posesión de los bienes; o
- b) La notificación de la garantía real para adquisiciones haya sido registrada en un plazo de [el mismo número de días especificados en la recomendación 184] días contados a partir de la entrega de los bienes al otorgante.

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que este conflicto de prelación puede darse en una situación común en que el acreedor garantizado preexistente tenga una garantía real sobre todos los bienes del otorgante, tanto sobre los ya existentes como sobre los adquiridos posteriormente, y en que otro acreedor financie la adquisición de bienes concretos.]

Prelación de una garantía real para adquisiciones sobre existencias respecto de una garantía real anterior no destinada a adquisiciones y constituida sobre existencias del mismo tipo

187. El régimen debería disponer que una garantía real sobre adquisiciones de existencias del otorgante gozará de prelación sobre una garantía real no destinada a adquisiciones sobre las existencias del otorgante del mismo tipo (aun cuando esta última garantía real haya adquirido eficacia frente a terceros antes de que la garantía para adquisiciones adquiriera dicha eficacia), siempre y cuando:

- a) El financiador de las adquisiciones retenga la posesión de los bienes; o
- b) Antes de la entrega de las existencias al otorgante:
 - i) Se haya inscrito una notificación de la garantía real para adquisiciones en el registro general de garantías reales; y
 - ii) El financiador de la adquisición notifique por escrito al tenedor de la garantía real registrada en primer lugar que se propone realizar una o más operaciones respecto de las existencias descritas en la notificación. En la notificación deberían describirse las existencias de manera suficiente para informar al tenedor de la garantía real anteriormente inscrita del tipo de existencias que se van a financiar.

Prelación de una garantía real para adquisiciones frente al derecho de un acreedor judicial

188. El régimen debería disponer que, no obstante la recomendación 86, una garantía real para adquisiciones que adquiera eficacia frente a terceros durante el período de gracia previsto en la recomendación 184 gozará de prelación sobre los

derechos de un acreedor no garantizado que en virtud de legislación distinta del presente régimen:

a) Haya conseguido una sentencia o una medida cautelar judicial contra el otorgante tras la constitución de la garantía real para adquisiciones; y

b) Haya adoptado las medidas necesarias para adquirir derechos sobre los bienes gravados del otorgante a raíz de la sentencia o de la medida cautelar judicial.

Prelación de una garantía real para adquisiciones sobre bienes incorporados a un bien inmueble frente a una garantía real inscrita anteriormente sobre el bien inmueble

189. El régimen debería prever que una garantía real para adquisiciones sobre bienes corporales que vayan a convertirse en bienes incorporados a un bien inmueble, que se haya inscrito en el registro inmobiliario en el plazo de [especifíquese un período breve, como de 20 a 30 días] días a partir de la fecha en que los bienes corporales se convirtieran en bienes incorporados, gozará de prelación sobre un gravamen existente sobre los bienes inmuebles pertinentes (que no sea un gravamen que respalde un préstamo para la financiación de la construcción de un inmueble).]

Una o más operaciones de financiación de adquisiciones

190. El régimen debería disponer que una única notificación a los tenedores de garantías reales no destinadas a adquisiciones y registradas anteriormente puede cubrir los bienes gravados adquiridos a través de una o más operaciones de financiación de adquisiciones entre las mismas partes, sin que esas operaciones deban ser mencionadas en la notificación. No obstante, la notificación debería ser eficaz únicamente para las garantías reales de adquisiciones sobre bienes gravados inscritas durante el período de [especificar un plazo, por ejemplo, de cinco años] años a partir del momento en que se haya dado la notificación.

Prelación de las garantías reales sobre el producto de bienes que no sean existencias ni bienes de consumo

191. El régimen debería disponer que la prelación, prevista en la recomendación 186 (enfoque unitario) de una garantía de adquisición sobre bienes que no sean existencias ni bienes de consumo frente a una garantía real sobre los mismos bienes no destinada a adquisiciones y que se haya registrado anteriormente se hará extensiva al producto de dichos bienes.

Prelación de las garantías reales del pago de adquisiciones sobre el producto de las existencias

192. El régimen debería disponer que la prelación, prevista en la recomendación 187 (enfoque unitario), de una garantía real del pago de una adquisición sobre existencias respecto de una garantía real del mismo tipo no destinada a tal pago pero constituida anteriormente se hará extensiva al producto de dichas existencias [que no sean créditos por cobrar], siempre y cuando el financiador de la adquisición notifique a los financiadores registrados anteriormente una garantía real sobre existencias del mismo tipo que el producto, antes de la entrega de las existencias al otorgante o, a más tardar, en el momento en que se genere el producto.

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee reconsiderar la cuestión de si la prelación establecida en la recomendación 192 debería hacerse extensiva al producto consistente en créditos por cobrar. En caso de ser así, se desalentaría notablemente la financiación mediante la cesión de créditos. En muchos casos el financiador de los créditos por cobrar no tiene ningún otro medio práctico para determinar cuáles de los créditos estarán sujetos a la garantía real absoluta del financiador de adquisiciones. A consecuencia de ello, el financiador de los créditos puede dejar de aportar fondos al recibir la notificación prevista en la presente recomendación. Esa posibilidad desalentará la financiación mediante cesión de créditos o, si el financiador de créditos accede a seguir financiándolos sólo si no existen mecanismos de financiación de la adquisición de existencias, desalentará la financiación de adquisiciones. Ninguna de las posibilidades es conforme a los objetivos de la presente Guía. Una mejor solución consistiría en que la prioridad del financiador de las existencias no se hiciera extensiva al producto consistente en créditos por cobrar; de modo que el financiador de los créditos se viera alentado a proporcionar crédito financiero contra el pago de créditos por cobrar y el otorgante utilizara el producto de dichos créditos para pagar al financiador de las existencias. El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos en que se reconocen los acuerdos de retención de la titularidad, el derecho de propiedad del vendedor con retención de la titularidad sobre las existencias vendidas no se hace extensivo a los créditos por cobrar que nazcan de la venta de tales existencias.]

Ejecución de una garantía real para adquisiciones

193. El régimen debería disponer que sus disposiciones sobre incumplimiento y vía ejecutoria serán aplicables a la ejecución de garantías del pago de adquisiciones.

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee también examinar un texto adicional del siguiente tenor:

“En el caso de un derecho de propiedad en virtud de un mecanismo de retención de la titularidad, si se requiere la inscripción de una notificación en el registro general de garantías reales, pero este derecho no figura registrado o se registró después de expirar el plazo especificado en la recomendación 184, el vendedor con retención de titularidad, el arrendador financiero o el prestamista de dinero para adquisiciones tendrán derecho a volver a tomar posesión de los bienes únicamente si éstos están todavía en posesión del comprador; del arrendatario financiero o del otorgante, y se harán cargo de los bienes con sujeción a toda garantía real otorgada por el comprador, el arrendatario financiero o el otorgante. No obstante, en caso de inscripción tardía, si la notificación fue inscrita antes de la venta de los bienes por el comprador originario, el arrendatario financiero o el otorgante, el vendedor, el arrendador financiero o el prestamista de dinero para adquisiciones podrán volver a tomar posesión de los bienes que estén en posesión del comprador subsiguiente a menos que se trate de [un comprador de existencias que efectúe la compra en el curso ordinario del negocio del vendedor y de toda otra persona cuyos derechos sobre las existencias se deriven de dicho comprador (aun cuando ese comprador u otra persona tengan conocimiento de la existencia de la garantía real)] [un comprador de buena fe]”.

Garantías reales para adquisiciones en procedimientos de insolvencia

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que las recomendaciones que regulan los mecanismos de financiación de adquisiciones en los procedimientos de insolvencia figuran en el capítulo relativo a la insolvencia.]

Derecho aplicable a las garantías reales para adquisiciones

194. El régimen debería especificar que las garantías reales para adquisiciones se regirán por sus disposiciones sobre conflicto de leyes.

B. Enfoque no unitario de los mecanismos de financiación de adquisiciones

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que la Comisión, en su 39º período de sesiones, aprobó el contenido del enfoque unitario y remitió el enfoque no unitario al Grupo de Trabajo para que siguiera analizándolo (véase A/61/17, párr. 69).]

Finalidad (enfoque no unitario)

La finalidad de las disposiciones del régimen sobre los mecanismos de retención de la titularidad es:

a) Reconocer la importancia y facilitar la utilización de los mecanismos de retención de la titularidad como fuentes de crédito asequible, en particular para las pequeñas y medianas empresas; y

b) Prever la igualdad de tratamiento para todos los vendedores con retención de la titularidad, arrendadores financieros y prestamistas de dinero para adquisiciones, y aplicar a los mecanismos de retención de la titularidad reglas cuyo resultado sea funcionalmente equivalente a los resultados de un régimen de garantías reales [en la medida en que sea compatible con el régimen que regula la ejecución de los derechos de la propiedad]; y

c) Facilitar la utilización de las garantías reales creando transparencia en los mecanismos de retención de la titularidad.

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que se ha preparado un conjunto distinto de recomendaciones para los Estados que prefieran adoptar un enfoque no unitario con respecto a los mecanismos de retención de la titularidad. A fin de utilizar la terminología pertinente y de reflejar una ligera diferencia en la cuestión, cuando sea necesario, se han agregado títulos separados a las recomendaciones basadas en el enfoque no unitario. Además, las recomendaciones del enfoque no unitario se han numerado igual que las correspondientes al enfoque unitario, no sólo para facilitar su lectura sino también por si ulteriormente se reproducen como conjunto separado y unificado de recomendaciones al final de las recomendaciones sobre el enfoque unitario.]

El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que las palabras “en la medida en que sea compatible con el régimen que regula la ejecución de los

derechos de propiedad” se han agregado para ajustar la sección de finalidades a la recomendación 172, variante B (enfoque no unitario) y a la recomendación 193, variante B (enfoque no unitario) sobre la ejecución de los mecanismos de retención de la titularidad en los procedimientos de insolvencia y al margen de ellos. Conforme a esta variante del enfoque no unitario, el tratamiento dado a la ejecución de garantías reales para adquisiciones en el marco y al margen de procedimientos de insolvencia no sería equivalente al tratamiento dado a las garantías reales, pero se ajustaría más bien al tratamiento de la ejecución de derechos de propiedad (para un análisis de las diferencias, véase A/CN.9/WG.VI/WP.17, párrs. 39 a 42; véase también la nota correspondiente a la recomendación 193, enfoque no unitario, variante B). En el comentario se estudiarán las consecuencias de ese enfoque (por ejemplo, la falta de uniformidad, las posibles repercusiones sobre la disponibilidad de crédito) para ayudar a los Estados a decidirse por una opción.]

Equivalencia de los derechos de propiedad en los mecanismos de retención de la titularidad con las garantías reales

182. Si el régimen excluye los derechos de propiedad de los mecanismos de retención de la titularidad en la definición de “garantías reales”, debería prever que los prestamistas de dinero para adquisiciones tuvieran los mismos derechos que un vendedor en una operación de retención de la titularidad. El régimen debería disponer también que las recomendaciones aplicables a las garantías reales, complementadas por las recomendaciones concretas aplicables a los derechos de propiedad en los mecanismos de retención de la titularidad del presente capítulo, serán aplicables a todos los mecanismos de retención de titularidad de modo que preserven la equivalencia funcional de los derechos, en los mecanismos de retención de la titularidad, con las garantías reales [en la medida en que sea compatible con el régimen pertinente de la propiedad en caso de ejecución].

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que, a fin de aplicar su decisión de tratar en pie de igualdad a todos los proveedores de financiación para adquisiciones (véase A/CN.9/574, párr. 35), en el marco del enfoque no unitario, se han añadido palabras a la recomendación 182 (enfoque no unitario) para asegurar que los prestamistas de dinero para adquisiciones sean considerados propietarios. En el comentario se explicarán las palabras “en la medida en que sea compatible con el régimen pertinente de la propiedad en caso de ejecución” y sus consecuencias respecto de la ejecución de un derecho de propiedad en virtud de un mecanismo de retención de la titularidad en el marco y al margen de un procedimiento de insolvencia (véanse las recomendaciones 172, variante B (enfoque no unitario) y 193 (enfoque no unitario, variante B).)]

Constitución de derechos de propiedad mediante mecanismos de retención de la titularidad

183. El régimen debería disponer que todo derecho de propiedad en el marco de un mecanismo de retención de la titularidad se constituirá [del mismo modo que una garantía real en virtud de la recomendación 13] [mediante un acuerdo entre el comprador, el arrendatario financiero o el otorgante y el vendedor, el arrendador financiero o el prestamista de dinero para adquisiciones, que no debe constar por escrito ni figurar documentado por ningún escrito y que no estará sujeto a otro

requisito de forma. El acuerdo podrá ser probado por cualquier medio, incluso por testimonios].

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que, a fin de asegurar que todas las cuestiones reguladas por la recomendación 13 estén cubiertas, en la recomendación 183 (enfoque no unitario) se hace referencia a la constitución, si bien con el mecanismo de retención de titularidad no se constituye ningún nuevo derecho de propiedad. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar otras variantes o pedir que se dé una explicación en el comentario.]

La recomendación 183 (enfoque no unitario) prevé dos variantes, una de las cuales se basa en el artículo 11 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa (CIM), y la otra, en los requisitos de forma previstos en la recomendación 13 de la Guía.

Con respecto a la recomendación 183 (enfoque no unitario), el Grupo de Trabajo tal vez desee que se agreguen al texto palabras del siguiente tenor:

“El régimen debería también prever que un comprador, un arrendatario financiero o un otorgante tendrán el mismo poder para otorgar garantías reales sobre los bienes vendidos o arrendados a pesar de los derechos de propiedad del vendedor, del arrendador o del prestamista de dinero para adquisiciones.”]

Eficacia de los derechos de propiedad en los mecanismos de retención de la titularidad frente a terceros

184. Salvo si la recomendación 185 dispone otra cosa, el régimen debería prever que un derecho de propiedad en el marco de un mecanismo de retención de la titularidad surte efecto frente a terceros mediante la inscripción de una notificación del derecho en un registro general de garantías reales, del mismo modo que se prevé en las disposiciones del régimen que regulan la eficacia frente a terceros con respecto a las garantías reales constituidas sobre el mismo tipo de bienes gravados. Si la notificación no se registra antes de [especificuese un período breve de, por ejemplo, 20 ó 30 días] días a partir de la fecha de la entrega de las mercancías al comprador, al arrendatario financiero o al otorgante, el derecho será eficaz frente a los terceros cuyos derechos hayan nacido entre el momento en que se concluyó el mecanismo de retención de la titularidad y el momento de su inscripción, así como frente a los terceros cuyos derechos se hayan inscrito posteriormente. Si la notificación se inscribe después de la expiración de dicho período, el derecho de propiedad en el marco del mecanismo de retención de la titularidad será eficaz frente a terceros desde el momento en que la notificación esté inscrita.

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que en el caso de un mecanismo de retención de la titularidad, la eficacia frente a terceros y la prelación sobre demandantes concurrentes significa que el derecho de propiedad del vendedor con retención de titularidad, del arrendador financiero o del prestamista de dinero para adquisiciones de bienes podrá hacerse oponible a terceros, incluidos los demandantes concurrentes que presenten su reclamación por conducto del comprador, del arrendatario o del otorgante.]

Excepciones al requisito de inscripción registral con respecto a un derecho de propiedad en el marco de un mecanismo de retención de la titularidad

185. El régimen debería disponer que un derecho de propiedad en el marco de un mecanismo de retención de la titularidad sobre bienes de consumo adquirirá eficacia frente a terceros al constituirse. Esta disposición no afecta a los derechos que se hayan hecho eficaces frente a terceros mediante la entrega de la posesión o mediante la inscripción en un registro especializado o la anotación en un certificado de titularidad.

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee plantearse la posibilidad de si todas las garantías reales sobre bienes de consumo (quizá con la excepción de las garantías reales sobre bienes de consumo que vayan a convertirse en bienes incorporados a un bien inmueble) deben quedar exoneradas del requisito de inscripción registral (véase la nota correspondiente a la recomendación 41).]

Prelación de los derechos de propiedad en el marco de los mecanismos de retención de la titularidad sobre bienes que no sean existencias ni bienes de consumo respecto de las garantías reales no destinadas a adquisiciones registradas anteriormente sobre los mismos bienes

186. En el caso de los bienes que no sean existencias ni bienes de consumo, el régimen debería prever que un derecho de propiedad en el marco de un mecanismo de retención de la titularidad tendrá prelación sobre una garantía real sobre los mismos bienes (aun cuando la notificación de esa garantía real haya sido inscrita en el registro general de garantías reales antes de que se inscribiera una notificación del derecho de propiedad en virtud del mecanismo para la retención de la titularidad), siempre y cuando:

a) el vendedor, el arrendador financiero o el prestamista de dinero para la adquisición retengan la posesión de los bienes; o

b) la notificación del derecho de propiedad en virtud del mecanismo de retención de la titularidad fuera registrada en el plazo de [el mismo número de días especificado en la recomendación 184] días contado a partir de la entrega de los bienes al comprador, al arrendatario financiero o al otorgante.

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicarán las repercusiones de las recomendaciones 186 y 187 en sistemas no unitarios que se ajustarán a lo descrito en el documento A/CN.9/588, párr. 60. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar también si la condición i) podría aplicarse a un mecanismo de retención de la titularidad, habida cuenta de que normalmente la posesión de los bienes se entrega al comprador, al arrendatario financiero o al otorgante.]

Prelación de los derechos de propiedad en los mecanismos de retención de la titularidad de existencias sobre garantías reales no destinadas a adquisiciones registradas anteriormente sobre existencias del mismo tipo

187. El régimen debería disponer que un derecho de propiedad en el marco de un mecanismo de retención de la titularidad de existencias gozará de prelación sobre una garantía real sobre existencias del mismo tipo (aun cuando esa garantía adquiriera eficacia frente a terceros antes de que la adquiriera el derecho de

propiedad en virtud del mecanismo de retención de la titularidad), siempre y cuando:

a) el vendedor, el arrendador financiero o el prestamista de dinero para la adquisición retengan la posesión de los bienes; o

b) antes de la entrega de las existencias al comprador, al arrendatario financiero o al otorgante:

i) se inscribe una notificación del derecho de propiedad en virtud del mecanismo de retención de la titularidad en el registro general de garantías reales; y

ii) se notifique por escrito al tenedor de una garantía real anterior que el vendedor, el arrendador financiero o el prestamista de dinero para la adquisición se proponen realizar una o más operaciones conforme a las cuales retendrán la titularidad sobre las existencias. En la notificación deberían describirse suficientemente las existencias para informar al tenedor de una garantía real anteriormente inscrita del tipo de existencias que se van a financiar.

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si la condición a) sería aplicable a una operación de retención de la titularidad o a un arrendamiento financiero habida cuenta de que normalmente la posesión de los bienes se entrega al comprador, al arrendatario financiero o al otorgante. El Grupo de Trabajo tal vez desee también plantearse si el registro debería notificar automáticamente a los financiadores de existencias inscritos (véase A/61/17, párr. 67). Cabe señalar que para ello el registro tendría que hacer una distinción entre los financiadores de existencias y otros financiadores. Además, ello requeriría del otorgante que se cerciorara de que el registro ha hecho tal notificación antes de que el otorgante entregue las existencias al financiador de adquisiciones.]

Prelación de los derechos de propiedad en virtud de mecanismos de retención de la titularidad respecto de los derechos de acreedores judiciales

188. El régimen debería prever que, no obstante la recomendación 86, un derecho de propiedad basado en un mecanismo de retención de la titularidad que adquiera eficacia frente a terceros durante el período de gracia previsto en la recomendación 184 gozará de prelación sobre los derechos de un acreedor no garantizado que, en virtud de un régimen distinto del presente régimen:

a) haya obtenido una sentencia contra el comprador, el arrendatario financiero o el otorgante tras la constitución de los derechos de propiedad en virtud del mecanismo de retención de la titularidad; y

b) haya adoptado las medidas necesarias para adquirir derechos sobre los bienes pertinentes del comprador, del arrendatario financiero o del otorgante a raíz de la sentencia.

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si una garantía real para compras que adquirió eficacia frente a terceros durante el período de gracia pertinente no debería perder sus derechos en beneficio de un acreedor judicial, descrito en la presente recomendación, cuyo interés en el bien gravado naciera después de la constitución de la garantía real para compras pero

antes de que ésta adquiriera eficacia frente a terceros. De no ser éste el caso, la utilización del período de gracia entrañaría demasiados riesgos para los financiadores de adquisiciones. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar esta recomendación conjuntamente con la recomendación 86.]

Prelación de los derechos de propiedad en virtud de los mecanismos de retención de la titularidad con respecto a bienes incorporados a un bien inmueble sobre las garantías reales inscritas anteriormente sobre el bien inmueble

189. El régimen debería prever que un derecho de propiedad en virtud de un mecanismo de retención de la titularidad sobre los bienes corporales que vayan a convertirse en bienes incorporados a un bien inmueble, con respecto a la cual se haya inscrito una notificación en el registro inmobiliario en el plazo de [especifíquese un breve período, como de 20 a 30 días] días después de que los bienes corporales se conviertan en bienes incorporados, gozará de prelación sobre un gravamen existente sobre el bien inmueble conexo (a diferencia de un gravamen que respalde un préstamo para la financiación de la construcción del inmueble).]

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que la prelación introducida por esta recomendación no perjudicaría a los derechos del tenedor de una hipoteca existente sobre el bien inmueble conexo ya que, normalmente, el acreedor hipotecario en esa hipoteca no contará con los bienes incorporados posteriormente. Sin embargo, la prelación creada por esta regla no significa que se otorgue prelación sobre los prestamistas para obras, de quienes se supone que contarán con todos los bienes que se convertirán en bienes incorporados durante las obras.]

Uno o más mecanismos de retención de la titularidad

190. El régimen debería disponer que una única notificación a los tenedores de garantías reales inscritas anteriormente puede abarcar bienes adquiridos mediante uno o varios mecanismos de retención de la titularidad entre las mismas partes, sin que esos mecanismos deban especificarse en la notificación. Sin embargo, la notificación debería surtir efecto únicamente para los derechos de propiedad sobre bienes entregados en el plazo de [especifíquese un plazo, por ejemplo, de cinco años] años después de que se haya dado la notificación.

Prelación de los derechos de propiedad en virtud de mecanismos de retención de la titularidad sobre el producto de bienes que no sean existencias ni bienes de consumo

191. El régimen debería disponer que la prelación, prevista en la recomendación 186 (enfoque no unitario), de un derecho de propiedad en virtud de un mecanismo de retención de la titularidad sobre bienes que no sean existencias se hará extensiva al producto de dichos bienes.

Prelación de los derechos de propiedad en virtud de mecanismos de retención de la titularidad sobre el producto de existencias

192. El régimen debería disponer que la prelación de un derecho de propiedad en virtud de un mecanismo de retención de la titularidad sobre existencias, prevista en la recomendación 186 (enfoque no unitario), se hará extensiva al producto de dichas

existencias [que no sean créditos por cobrar]. No obstante, el vendedor con retención de la titularidad, el arrendador financiero o el prestamista de dinero para la adquisición deberán notificar a los financiadores ya registrados que tengan una garantía real sobre bienes del mismo tipo que el producto antes de que se entreguen efectivamente las existencias al comprador, al arrendatario financiero o al otorgante, o, a más tardar, en el momento en que se genere el producto.

Ejecución de un derecho de propiedad en virtud de un mecanismo de retención de la titularidad

Variante A

193. El régimen debería disponer que, en caso de incumplimiento, deberá ejecutarse un mecanismo de retención de la titularidad de modo que:

- a) se cumplan los mismos principios y objetivos que los que rigen la ejecución de las garantías reales en general; y
- b) se obtengan los mismos resultados.

[Nota para el Grupo de Trabajo: En su octavo período de sesiones, el Grupo de Trabajo recomendó que se formulara el enfoque no unitario con términos como los enunciados más arriba.]

Variante B

193. El régimen debería disponer que sus disposiciones relativas al incumplimiento y la vía ejecutoria serán aplicables a la ejecución de los derechos de propiedad en virtud de mecanismos de retención de la titularidad en la medida en que sean compatibles con el régimen aplicable a la ejecución de los derechos de propiedad.

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que las últimas palabras de la segunda variante de un enfoque no unitario ajustarían dicho enfoque al derecho existente en cada Estado en lo relativo a la ejecución de los derechos de propiedad, más que a las recomendaciones de la Guía relativas a la ejecución. Por ejemplo, en algunos ordenamientos, esto significaría que, en caso de incumplimiento, un vendedor que retuviera la titularidad y obtuviera la posesión de los bienes podría retener, más que enajenar, los bienes, no tendría que rendir cuentas al comprador de todo eventual superávit en el valor de esos bienes correspondiente a la parte no pagada del precio de adquisición, y no tendría ninguna reclamación contra el comprador respecto de esa parte no pagada (para un análisis de las diferencias, véase A/CN.9/WG.VI/WP.17, párrs. 39 a 42; véase más abajo también la segunda variante de la recomendación con enfoque no unitario relativa a la ejecución de los derechos de propiedad en virtud de mecanismos de retención de la titularidad en procedimientos de insolvencia).]

Derechos de propiedad en virtud de mecanismos de retención de la titularidad en procedimientos de insolvencia

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que las recomendaciones que tratan de los mecanismos de financiación de adquisiciones en procedimientos de insolvencia figuran en el capítulo relativo a la insolvencia.]

Ley aplicable a un derecho de propiedad en virtud de un mecanismo de retención de la titularidad

194. El régimen debería especificar que sus disposiciones en materia de conflicto de leyes serán aplicables a los mecanismos de retención de la titularidad.

XIII. Conflicto de leyes^{*59}

Finalidad

La finalidad de las disposiciones sobre conflicto de leyes es determinar el derecho aplicable a cada una de las siguientes cuestiones: la constitución de una garantía real; los derechos y obligaciones entre el acreedor garantizado y el otorgante con anterioridad al incumplimiento; la eficacia de una garantía real frente a terceros; la prelación de una garantía real sobre los derechos de otras partes reclamantes, y la ejecución de una garantía real⁶⁰.

Estas disposiciones serán aplicables a:

- a) las “garantías reales” que entran en el ámbito del régimen, que incluyen los derechos en virtud de ventas con retención de la titularidad y los arrendamientos financieros, así como las transferencias absolutas de créditos por cobrar; y
- b) en los Estados que han promulgado un sistema no unitario con respecto a los mecanismos de financiación de adquisiciones, a los derechos de un vendedor o de un arrendador financiero de bienes que conserve la titularidad de los bienes.

A. Recomendaciones generales

Ley aplicable a las garantías sobre bienes corporales⁶¹

195. El régimen debería disponer que, salvo si en las recomendaciones 196 y 202 se dispone otra cosa, la constitución de toda garantía real sobre bienes corporales, su eficacia frente a terceros y su prelación sobre los derechos de otras partes reclamantes se regirán por las leyes del Estado en que esté situado el bien gravado. No obstante, cuando se trate de garantías sobre bienes corporales que suelen utilizarse en más de un Estado, el régimen debería disponer que esas cuestiones se rijan por las leyes del Estado en que esté situado el otorgante. [Con respecto a las garantías reales sobre el tipo de bienes corporales mencionados en la frase anterior que están sujetos a un sistema de inscripción de titularidad, el régimen debería disponer que esas cuestiones se rijan por la ley del Estado bajo cuya jurisdicción se mantenga el registro.]

[Nota para el Grupo de Trabajo: En el comentario se explicará que la aplicación de la recomendación 195 a los títulos negociables y a los derechos al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria está sujeta a la excepción

* Las recomendaciones sobre conflicto de leyes se prepararon en estrecha colaboración con la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado.

⁵⁹ Véase A/CN.9/WG.VI/WP.24.

⁶⁰ El significado de esos términos se explica en detalle en los capítulos IV, V, VII, VIII y X.

⁶¹ Véase A/CN.9/611/Add.1, recomendación 136.

limitada que se enuncia en la recomendación 209, conforme a la cual la ley de la ubicación del otorgante determina, en circunstancias concretas, si con la inscripción registral hay eficacia frente a terceros. En el comentario se explicará asimismo que la recomendación 196 prevé una opción suplementaria para la ley que rija la constitución de garantías y la eficacia frente a terceros de las garantías reales sobre bienes en tránsito y bienes de exportación.

El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que la frase “bienes corporales que suelen utilizarse en más de un Estado” se refiere a bienes móviles, como los vehículos automotores. La misma expresión en la frase entre corchetes de la recomendación 195 se refiere a bienes móviles, como buques y aeronaves.

Además, el Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar si una regla del tenor de la recomendación 209 debería ser aplicable a las garantías reales sobre bienes corporales regulados por la recomendación 195. En caso de serlo, si la ubicación del otorgante prevé la eficacia frente a terceros mediante inscripción registral, la única ley aplicable a la eficacia frente a terceros de garantías reales que no lo sean mediante la posesión sería la ley de la ubicación del otorgante, y no la de la ubicación de los bienes.

El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que pueden constituirse garantías reales sobre bienes ya sea de conformidad con la recomendación 12 o constituyendo una garantía real sobre un documento negociable que represente esos bienes conforme a la recomendación 27. En ambos casos, la recomendación 195 dispone que la constitución y la eficacia frente a terceros de una garantía real, así como su prelación, se regirán por la ley del Estado en que estén ubicados los bienes o el documento, según el caso. Dado que los bienes en tránsito y los bienes destinados a la exportación se trasladan de un Estado a otro y que, por consiguiente, la ubicación de los bienes en un determinado momento puede ser fortuita y temporal, la recomendación 196 prevé un método distinto para la constitución y la eficacia frente a terceros de garantías reales constituidas sobre tales bienes, remitiendo a la ley del Estado del destino final de las mercancías, siempre y cuando los bienes lleguen a tal destino en un plazo razonable. De este modo, la recomendación 196 resuelve los problemas que podrían resultar de una adhesión inamovible a la “regla de la ubicación del bien corporal” en el contexto de bienes cuya ubicación cambiará con toda seguridad a raíz de la naturaleza misma de la operación de financiación.

El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota también de que, en muchas operaciones de financiación en que se utilizan documentos negociables, la ubicación del documento negociable puede cambiar como, por ejemplo, en el caso de un conocimiento de embarque que sea enviado del consignador al consignatario o al acreedor garantizado. En tales operaciones, en cualquier momento determinado el documento negociable puede encontrarse en un Estado diferente del Estado en que se encuentran los bienes que representa, aun cuando los bienes y el documento negociable acabarán encontrándose en el mismo Estado. A fin de abordar la cuestión de la ley aplicable a las garantías reales sobre bienes abarcados por un documento negociable, en el décimo período de sesiones del Grupo de Trabajo se sugirió que la cuestión práctica relativa a los bienes que se aborda en la recomendación 196 quizás pudiera dar también cabida al documento negociable que representara a esos bienes y que, en consecuencia, podría ser

ventajoso ampliar el alcance de la recomendación 196 para que abarcara también los documentos negociables (véase A/CN.9/603, párr. 60).

Por consiguiente, el Grupo de Trabajo tal vez desee plantearse la posibilidad de ampliar el alcance de la recomendación 196 para que abarque también a los documentos negociables. A este respecto, el Grupo tal vez desee tomar en consideración que, en virtud de las recomendaciones 97 y 98, la prelación de una garantía real sobre bienes abarcados por un documento negociable está siempre sujeta a la ley del Estado en que se encuentre el documento. Si la ley aplicable es la ley de un Estado que ha promulgado las recomendaciones de la Guía, conforme a la recomendación 195, la garantía real sobre los bienes que adquirió eficacia frente a terceros al adquirir dicha eficacia la garantía real sobre el documento negociable tendrá prelación sobre una garantía real constituida sobre los bienes que hubiera adquirido eficacia frente a terceros mediante otro método. El Grupo de Trabajo tal vez desee también tomar nota de que, con arreglo a la recomendación 200, la ejecución de la garantía real sobre los bienes o sobre el documento estará siempre sujeta a la ley del Estado en que tenga lugar la ejecución o a la ley que rija el acuerdo de garantía, según la variante que se adopte (para la presente nota, véase en A/CN.9/611/Add.1 la nota correspondiente a la recomendación 136).]

Ley aplicable a las garantías reales sobre mercancías en tránsito y mercancías de exportación

196. El régimen debería disponer que toda garantía real sobre bienes corporales (que no sean títulos negociables ni documentos negociables) que estén en tránsito o que se vayan a exportar del Estado en que se encuentren en el momento de constituirse la garantía real también pueda constituirse y hacerse valer frente a terceros con arreglo a las leyes del Estado de destino final, siempre y cuando los bienes lleguen a ese Estado en un breve plazo de [número especificado] días a contar desde el momento en que se constituya la garantía.

[Nota para el Grupo de Trabajo: En el comentario se explicará que es posible constituir garantías reales sobre mercancías en tránsito y mercancías de exportación y dar a dichas garantías eficacia frente a terceros en virtud de la recomendación 195, de conformidad con la ley del país en que las mercancías estén ubicadas en el momento de constituirse la garantía o, en virtud de la recomendación 196, de conformidad con la ley del país de su destino final. En el comentario se explicará asimismo que la ley del Estado de destino final de las mercancías que rija la constitución de garantías y la eficacia frente a terceros será aplicable incluso en el caso de un concurso con derechos concurrentes que fueron creados y hechos oponibles a terceros cuando las mercancías de exportación se encontraban en el Estado de origen.

Además, en el comentario se explicará que la regla de esta recomendación: a) es aplicable a los bienes gravados que viajen, tanto si van acompañados como si no lo van de documentos negociables relativos a las mercancías; b) no es aplicable a los bienes gravados que no viajen, independientemente de que los documentos negociables relativos a las mercancías sí viajen; y c) no es aplicable los documentos negociables gravados tanto si viajan como si no (para esta nota, véase en A/CN.9/611/Add.1 la nota correspondiente a la recomendación 142)].

Ley aplicable a las garantías reales sobre bienes inmateriales⁶²

197. El régimen debería disponer que la constitución de toda garantía sobre bienes inmateriales, su eficacia frente a terceros y su prelación sobre los derechos de otras partes reclamantes se rijan por las leyes del Estado en que esté situado el otorgante. [Sin embargo, con respecto a las garantías reales sobre bienes inmateriales que están sujetos a un sistema de inscripción registral, el régimen debería disponer que esas cuestiones se rijan por la ley del Estado en que [...].]

*[Nota para el Grupo de Trabajo: En el comentario se explicará que esta recomendación, que refleja el principio enunciado en los artículos 22 y 30 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos, será aplicable, por ejemplo, a los créditos por cobrar. La segunda frase entre corchetes tiene la finalidad de señalar al Grupo de Trabajo la posibilidad de que podría ser aplicable una ley distinta a otros bienes inmateriales que estuvieran sujetos a inscripción de la titularidad, tales como los derechos de propiedad intelectual (por ejemplo, la *lex loci protectionis*, para las patentes y las marcas comerciales, y la *lex loci protectionis* o la *lex originis* para los derechos de autor.)]*

Ley aplicable a las garantías reales sobre el producto

198. El régimen debería disponer que:

a) La constitución de toda garantía real sobre el producto de un bien se rija por la ley [del Estado cuya ley regula] [que regula] la constitución de la garantía real sobre el bien originalmente gravado del cual se derive el producto; y

b) La eficacia frente a terceros de toda garantía real sobre el producto de un bien y su prelación sobre los derechos de otras partes reclamantes se rijan por la misma ley [del Estado cuya ley regula] [que regula] la eficacia frente a terceros de la garantía real constituida sobre los bienes originalmente gravados del mismo tipo que el producto, así como la prelación sobre otras partes reclamantes de tal garantía.

Ley aplicable a los derechos y obligaciones del otorgante y del acreedor garantizado

199. El régimen debería disponer que los derechos y obligaciones recíprocos del otorgante y del acreedor garantizado con respecto a la garantía real derivados del acuerdo de garantía o establecidos por la ley se rijan por la ley que hayan elegido y, si no hubieran elegido la ley aplicable, por la ley que regule el acuerdo de garantía.

Ley aplicable a la ejecución de las garantías reales

200. Con la salvedad de lo previsto en las disposiciones del presente régimen sobre la ley aplicable a la ejecución de garantías reales una vez iniciado un procedimiento de insolvencia que afecte a los bienes del otorgante, la ley debería disponer que las cuestiones relativas a la ejecución de una garantía real se regirán por

Variante A

la ley del Estado en que tiene lugar la ejecución.

⁶² Véase A/CN.9/WG.VI/WP.24, recomendación 137.

Variante B

la ley que rige el acuerdo de garantía. Sin embargo, un acreedor garantizado puede tomar posesión de bienes corporales gravados sin el consentimiento de la persona que esté en posesión de ellos, pero sólo puede hacerlo de conformidad con la ley del Estado en que dichos bienes se encuentren en el momento en que el acreedor garantizado tome posesión de ellos.

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee también tomar nota de que la Comisión, en su 39º período de sesiones, instó al Grupo de Trabajo a que, en la medida de lo posible, llegara a un acuerdo sobre una de las variantes enunciadas en las recomendaciones 200 y 208.]

201. La ejecución de una garantía real sobre un bien incorporado a un bien inmueble se registrará por la ley del Estado en que esté situado el bien inmueble.

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar que la recomendación 195 es suficiente con respecto a la ley aplicable a la constitución, la eficacia frente a terceros y la prelación de una garantía real sobre un bien incorporado a un bien inmueble, y que la recomendación 200 es suficiente para la ejecución de tal garantía real (para la presente nota, véase en A/CN.9/WG.26/Add. 4 la nota relativa a la ley aplicable a la ejecución de una garantía real sobre bienes incorporados).]

Repercusiones de la insolvencia sobre el derecho aplicable

[Nota para el Grupo de Trabajo: Las recomendaciones del régimen referentes a la ley aplicable a la ejecución de una garantía real en un procedimiento de insolvencia figuran en el capítulo relativo a la insolvencia (véase la recomendación 171).]

Significado de la “ubicación” del otorgante

202. El régimen debería disponer que, a efectos de las disposiciones del presente régimen relativas al conflicto de leyes, el otorgante estará situado en el Estado en que se encuentre su establecimiento. Si está establecido en más de un Estado, su establecimiento será aquel en que ejerza la administración central. Si no tiene un establecimiento, se hará referencia a su residencia habitual.

Momento aplicable al determinar la ubicación

203. El régimen debería disponer que:

a) Salvo en lo dispuesto en el párrafo b) de la presente recomendación, cuando en las disposiciones del presente régimen relativas al conflicto de leyes se mencione la ubicación de los bienes o del otorgante, se interprete que se hace referencia, a efectos de las cuestiones relacionadas con la constitución de la garantía real, al lugar en que se encontraban los bienes o el otorgante en el momento de constituirse la garantía real y, a efectos de las cuestiones relativas a la eficacia frente a terceros y la prelación, al lugar en que se encontraban los bienes o el otorgante en el momento de plantearse la cuestión;

b) Si los derechos de las partes reclamantes concurrentes sobre un bien gravado nacieron antes del cambio de ubicación del bien o del otorgante, cuando en

las disposiciones del presente régimen relativas al conflicto de leyes se mencione la ubicación de los bienes o del otorgante (conforme sea pertinente para las recomendaciones del presente capítulo) se entenderá, en lo que respecta a la eficacia frente a terceros y a las cuestiones de prelación, como una referencia al lugar anterior al cambio de ubicación.

Continuación de la eficacia frente a terceros de una garantía real tras el cambio de ubicación

204. El régimen debería disponer que cuando una garantía real sobre bienes gravados surta efecto frente a terceros con arreglo a las leyes de un Estado en el que (según sea pertinente para las disposiciones del presente régimen relativas al conflicto de leyes) se encuentren los bienes o el otorgante y cuando se produce un cambio de ubicación a ese Estado (es decir, en el Estado que haya promulgado la ley), la garantía sigue surtiendo efecto frente a terceros en virtud de las leyes del Estado durante un período de [por determinar] días después de que los bienes gravados o el otorgante (según proceda conforme a las disposiciones del presente régimen relativas al conflicto de leyes) se hayan desplazado a ese Estado. Si los requisitos establecidos por la ley de ese Estado para validar la garantía real se cumplen antes de la expiración de ese plazo, la garantía seguirá surtiendo efecto posteriormente en virtud de las leyes de dicho Estado. A efectos de cualquier regla de ese Estado en virtud de la cual el momento de inscripción u otro método de lograr la eficacia frente a terceros sea importante para determinar la prelación, ese momento será el momento en que se produjo tal acontecimiento en virtud de la ley del Estado en el que los bienes gravados o el otorgante se encontraban antes de desplazarse a ese Estado.

[Nota para el Grupo de Trabajo: En el comentario se explicará que la aplicación de la presente recomendación no se basa en la reciprocidad; es decir, tendrá validez aunque el Estado en que anteriormente se encontraran los bienes gravados o el otorgante haya o no promulgado una disposición equivalente para regular la situación inversa en caso de desplazamiento de los bienes gravados o del otorgante a ese último Estado. En el comentario se explicará asimismo que la presente recomendación será aplicable si el bien o el otorgante se desplaza de un Estado promulgante o de un Estado no promulgante a un Estado promulgante. Esta recomendación (o la Guía) no será aplicable si el bien o el otorgante se desplaza de un Estado promulgante o de un Estado no promulgante a un Estado no promulgante. Además, en el comentario se explicará que el efecto de la última frase de esta recomendación es que el criterio para la prelación del Estado receptor es el momento en el que se produjo el acontecimiento pertinente para lograr, en otro Estado, la eficacia frente a terceros.]

Exclusión de la remisión

205. El régimen debería disponer que toda remisión, en las disposiciones del presente régimen relativas al conflicto de leyes, a “la ley” de otro Estado como ley que rige una determinada cuestión deberá entenderse como la ley vigente en ese Estado para cuestiones que no sean las reglas sobre conflictos de leyes.

Orden público y reglas imperativas desde una perspectiva internacional

206. El régimen debería disponer que:

a) El tribunal del foro sólo puede negarse a aplicar la ley determinada en las disposiciones del presente régimen relativas al conflicto de leyes cuando los efectos de su aplicación sean manifiestamente contrarios al orden público del foro;

b) El tribunal del foro podrá aplicar las disposiciones de su propia ley que, independientemente de las reglas sobre conflictos de leyes, deban aplicarse incluso a situaciones internacionales; y

c) Las reglas enunciadas en los párrafos a) y b) no permiten la aplicación de disposiciones de la ley del foro a la eficacia frente a terceros o a la prelación entre diversas partes reclamantes, a menos que la ley del foro sea la ley aplicable en virtud de las disposiciones del presente régimen relativas al conflicto de leyes.

[Nota para el Grupo de Trabajo: En el comentario se explicará el concepto de orden público y de reglas imperativas desde una perspectiva internacional a las que se alude en la presente recomendación. Los apartados a) y b), que siguen el enunciado del artículo 11.1 y 11.2 del Convenio de La Haya sobre los Valores, se han preparado atendiendo a una sugerencia formulada en el octavo período de sesiones del Grupo de Trabajo (véase A/CN.9/588, párr. 107). El apartado c), que sigue el texto del artículo 11.3 del Convenio de La Haya, se ajusta también a los artículos 30 y 32 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos. Su finalidad es asegurar que con la aplicación de la ley del foro no se merme la certeza de la ley aplicable a la eficacia frente a terceros y a la prelación de una garantía real logradas por medio de las recomendaciones del presente capítulo.]

B. Recomendaciones específicamente relacionadas con los bienes

Ley aplicable a los créditos por cobrar nacidos de una venta, un arrendamiento o un acuerdo de garantía relativo a un bien inmueble

207. El régimen debería disponer que la ley del Estado en el que el cedente esté situado regirá la constitución y la eficacia frente a terceros de una garantía real sobre un crédito por cobrar nacido de una venta, de un arrendamiento o de un acuerdo de garantía relativo a un bien inmueble, así como su prelación sobre los derechos de los reclamantes concurrentes. No obstante, los conflictos de prelación entre los derechos de un tercero concurrente inscrito en el registro de la propiedad inmobiliaria del Estado en que se encuentre el bien inmueble se regirán por la ley de dicho Estado.

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que esta recomendación tiene la finalidad de regular la ley aplicable a las cesiones de créditos adeudados al otorgante en virtud de un acuerdo de venta o arrendamiento de un inmueble o en virtud de un acuerdo de garantía sobre un inmueble. En varios Estados no es posible constituir garantías sobre tales créditos independientemente del inmueble a que se refieran, con el resultado de que la eficacia entre las partes, la eficacia frente a terceros y la prelación de una garantía real sobre los créditos se rigen por la ley (y, en particular, por el régimen de inscripción registral) que se aplique al inmueble pertinente. En otros Estados, es posible conceder una garantía real sobre tales créditos con independencia del inmueble pertinente, pero el acreedor garantizado

está subordinado a los derechos de terceros que se hayan inscrito en relación con el inmueble pertinente en el registro de la propiedad inmobiliaria.

La segunda frase de esta recomendación tiene la finalidad de preservar la aplicación de la ley del Estado en que esté situado el inmueble pertinente, a fin de proteger a los terceros que invoquen la inscripción en el registro inmobiliario de dicho Estado. Se hace referencia a los derechos de los terceros concurrentes, ya que la expresión “reclamante concurrente” se define por referencia a las garantías reales sobre bienes muebles. Se hace referencia asimismo a los “derechos” de esas partes, dado que los derechos de terceros podrían incluir no sólo los de los acreedores hipotecarios concurrentes sino también los de los cesionarios o compradores del inmueble o del bien inmaterial conexo y, de hecho, a cualquier clase de derecho de un tercero cuya inscripción esté prevista en el régimen de la propiedad inmobiliaria. Además, se hace referencia a un derecho “inscrito en el registro de la propiedad inmobiliaria”, y no a un derecho “que adquirió eficacia frente a terceros mediante la inscripción registral”, puesto que: a) algunos registros inmobiliarios no hacen ninguna distinción entre la eficacia entre las partes y la eficacia frente a terceros; y b) los registros inmobiliarios no exigen necesariamente la inscripción como requisito para la eficacia general frente a terceros sino únicamente para la eficacia frente a terceros cuyos derechos puedan inscribirse también en el registro de la propiedad inmobiliaria (por ejemplo, es posible que la inscripción no sea necesaria para lograr la eficacia frente a un representante de la insolvencia o a un acreedor judicial.)

Ley aplicable a una garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria⁶³

208. Salvo que en la recomendación 209 se disponga otra cosa, el régimen debería disponer que la constitución de toda garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria, su eficacia frente a terceros, su grado de prelación sobre los derechos de otras partes reclamantes, los derechos y obligaciones del banco depositario con respecto a la garantía real y la ejecución de la garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria se rijan por

Variante A

La ley del Estado expresamente designado en el acuerdo sobre la cuenta para regularlo o, si en él se estipulara expresamente la aplicabilidad de otra ley a todas esas cuestiones, por esa otra ley. No obstante, la ley del Estado determinada conforme a la frase anterior únicamente será aplicable si el banco depositario, en el momento de concertar el acuerdo sobre la cuenta, posee en ese Estado una oficina normalmente encargada de administrar cuentas bancarias. De no ser determinada la ley aplicable conforme a las dos frases anteriores, la ley aplicable habrá de determinarse en virtud de las reglas supletorias basadas en el artículo 5 del Convenio de La Haya sobre la ley aplicable a ciertos derechos sobre valores depositados en poder de un intermediario.

⁶³ Véase A/CN.9/6111/Add.1, recomendación 139.

[Nota para el Grupo de Trabajo: La variante A condensa el enfoque seguido en los artículos 4.1 y 5 del Convenio de La Haya sobre la ley aplicable a ciertos derechos sobre valores depositados en poder de un intermediario (en adelante, “el Convenio de La Haya sobre los Valores”). En el comentario se incorporarán las reglas supletorias detalladas del Convenio de La Haya, que serán explicadas adecuadamente.]

Variante B

La ley del Estado en que el banco que administre la cuenta bancaria tenga su establecimiento. En caso de que haya más de un establecimiento, se hará referencia al lugar en que se encuentra la filial que administre la cuenta.

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee plantearse, como opción o como disposición suplementaria, la ley que rija el acuerdo de control (véase A/CN.9/603, párr. 77). El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota también de que en el comentario se explicará que las recomendaciones sobre el efecto del procedimiento de insolvencia en la ley aplicable, así como las demás recomendaciones generales formuladas en el capítulo sobre el conflicto de leyes, se aplicarán a las garantías reales sobre derechos al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria.]

Ley aplicable a la eficacia de las garantías reales frente a terceros en determinados tipos de bienes con inscripción registral⁶⁴

209. El régimen debería disponer que si el Estado en que está situado el otorgante reconoce la inscripción registral como método para que una garantía real sobre un título negociable, y los derechos al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria surtan efecto frente a terceros, la ley de ese Estado determinará si, mediante la inscripción registral efectuada conforme a la legislación de ese Estado, la garantía real sobre esos bienes gravados es eficaz frente a terceros.

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que la presente recomendación dispone que el Estado cuya ley rija la adquisición de eficacia frente a terceros mediante la inscripción registral con respecto a las garantías reales sobre los tipos especificados de bienes es el mismo Estado cuya ley rige la adquisición de eficacia frente a terceros con respecto a las garantías reales sobre bienes inmateriales. Así, los acreedores garantizados que traten de lograr la eficacia frente a terceros mediante la inscripción registral de garantías reales sobre los tipos especificados de bienes y sobre los bienes inmateriales sólo necesitarán cumplir con el sistema registral de un Estado. Del mismo modo, los terceros que traten de determinar si un acreedor garantizado reclama una garantía real sobre los tipos especificados de bienes o sobre los bienes inmateriales sólo precisarán consultar el sistema registral de un único Estado. En el comentario se explicará también que la recomendación 209 se aplica únicamente a la eficacia frente a terceros lograda mediante la inscripción registral (y no mediante el control o cualquier otro método) y que no determina la ley que rige la prelación. Además, en el comentario se explicará que, en virtud de la recomendación 89, una garantía real sobre un título negociable que

⁶⁴ Véase A/CN.9/611/Add.1, recomendación 140.

haya adquirido eficacia frente a terceros mediante la inscripción registral estará subordinado a la garantía real que haya adquirido eficacia frente a terceros mediante la posesión con respecto al título. Del mismo modo, en virtud de la recomendación 92, una garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria que haya adquirido eficacia mediante la inscripción registral estará subordinada a una garantía real que haya adquirido eficacia mediante el control.]

Derecho aplicable a las garantías reales constituidas sobre el producto de una promesa independiente⁶⁵

210. El régimen debería disponer que la ley del Estado especificado en la promesa independiente del garante/emisor, del confirmante o de la persona designada regirá:

a) los derechos y obligaciones de un garante/emisor, de un confirmante o de una persona designada que haya recibido una solicitud de aceptación o que haya pagado o pueda pagar o dar valor en virtud de una promesa independiente;

b) el derecho a hacer ejecutar una garantía real sobre el producto de una promesa independiente frente a un garante/emisor, un confirmante o una persona designada; y

c) con la salvedad de lo que por lo demás disponga la recomendación 212, la eficacia frente a terceros y la prelación sobre los derechos de partes reclamantes de una garantía real sobre una garantía constituida sobre el producto de una promesa independiente.

211. Si la ley aplicable no queda determinada por la garantía independiente del garante/emisor, del confirmante o de la persona designada, la ley que regirá las cuestiones enunciadas en la recomendación 210 será la ley del Estado en el que esté situada la filial u oficina del garante/emisor, del confirmante o de la persona designada que se indique en la promesa independiente. Sin embargo, en el supuesto de que una persona designada no haya emitido una promesa independiente, la ley aplicable será la ley del Estado en la que esté situada la filial u oficina de la persona designada que haya pagado o que pueda pagar o dar valor conforme a la promesa independiente.

212. El régimen debería disponer que si se constituye una garantía real sobre el producto de una promesa independiente y se hace efectiva frente a terceros automáticamente a consecuencia de la eficacia frente a terceros de una garantía real sobre un crédito por cobrar, un título negociable u otra obligación cuyo pago u otra forma de cumplimiento estén respaldados por la promesa independiente, la constitución y la eficacia frente a terceros de la garantía real sobre el producto de una promesa independiente se regirán por la ley del Estado cuya legislación rija la constitución de garantías y la eficacia frente a terceros de la garantía real sobre el crédito apoyado, el título negociable o cualquier otra obligación.

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que las recomendaciones 210 y 211 siguen las reglas sobre conflicto de leyes aplicables con respecto a los derechos y obligaciones de los garantes/emisores, de los confirmantes y de las personas

⁶⁵ Para las recomendaciones 210 a 212, véase A/CN.9/611/Add.1, recomendaciones 138 y 138 bis.

designadas. La única excepción que se hace al principio enunciado en las recomendaciones 210 y 211 es la recomendación 212, que se ocupa de las cuestiones limitadas de la constitución de garantías y de la eficacia frente a terceros en los supuestos en que una garantía real nace o se hace efectiva frente a terceros de forma automática.

Además, en el comentario se explicará que cada banco (o a veces entidad no bancaria) que desempeñe una de estas funciones actuará conforme a la legislación del Estado en que esté situado, lo cual significa el lugar donde se encuentra su filial u oficina pertinente (o conforme a la ley que elija, que suele ser la del lugar en que se encuentra la filial u oficina). En consecuencia, distintas legislaciones rigen los diferentes bancos que intervienen y una elección de jurisdicción en una promesa independiente rige únicamente las obligaciones de un determinado emisor (véase el artículo 27 de las URDG, UCC 5-116 b), y el artículo 29 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos). En el comentario se explicará también que con la recomendación 211 se pretende aclarar que en caso de una solicitud de aceptación o de pago (sin previa aceptación) efectuada por un acreedor garantizado (o por el beneficiario en su nombre), la filial del banco afectado deberá aplicarle su legislación local.

En virtud de las recomendaciones 210 y 211, todos los conflictos de prelación estarán sujetos a la ley elegida por un garante/emisor, por un confirmante o por una persona designada o, en ausencia de elección de jurisdicción, a la ley de la filial u oficina pertinente. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar la cuestión de si: a) cuando la filial del banco pague (o dé valor a) ese acreedor garantizado, esa misma ley debería ser aplicable al conflicto de prelación de ese acreedor garantizado con terceros; y b) si el pago se efectúa al beneficiario y la competencia es entre terceros, las recomendaciones 210 y 211 deberían ser inaplicables y deberían aplicarse las reglas residuales sobre conflictos de leyes (por ejemplo, la recomendación 197).

En el comentario se explicará también que: a) la constitución de una garantía real se rige por la regla general sobre conflictos de leyes en la recomendación 197 para los derechos sobre bienes inmateriales (excepto en lo dispuesto en la recomendación 212 para la constitución automática de garantías); y b) la ejecución de la garantía real se rige por la regla general sobre conflicto de leyes de la recomendación 200, salvo que las recomendaciones 210 y 211 dispongan otra cosa.]

Ley aplicable a los derechos y obligaciones de la parte obligada y del acreedor garantizado⁶⁶

213. El régimen debería disponer que todo Estado cuya legislación regule los créditos por cobrar, los títulos negociables o los documentos negociables debería reglamentar por ley:

a) La relación entre el deudor del crédito y el cesionario del crédito por cobrar, entre la parte obligada en virtud de un título negociable y el titular de una garantía real sobre dicho título, o entre el emisor de un documento negociable y el titular de una garantía real sobre dicho documento;

⁶⁶ Véase A/CN.9/611, recomendación 147.

b) Las condiciones en que la cesión de un crédito por cobrar, la garantía real sobre el título negociable o el documento negociable pueden invocarse frente al deudor de un crédito, frente a la parte obligada respecto del título negociable o frente al emisor del documento negociable; y

c) La determinación de si las obligaciones del deudor de un crédito, de la parte obligada respecto del título negociable o del emisor del documento negociable se han cumplido.

C. Reglas especiales cuando el derecho aplicable es el de un Estado con varias unidades territoriales

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que las recomendaciones 214 a 217 tienen la finalidad de anticiparse y ofrecer certeza en cuanto a la aplicación de las recomendaciones no sólo por un Estado integrado por varias unidades territoriales sino también, y sobre todo, por un Estado unitario cuando la ley aplicable sea la ley de un Estado compuesto por varias unidades territoriales. Si el Grupo de Trabajo considera que estas recomendaciones son demasiado detalladas para una guía, tal vez desee plantearse la posibilidad de que estas cuestiones se aborden en el marco de recomendaciones más generales, agregando explicaciones apropiadas en el comentario.]

214. El régimen debería disponer que, al aplicar las recomendaciones del presente capítulo a situaciones en que el Estado cuya ley rige una cuestión sea un Estado integrado por varias unidades territoriales:

a) A reserva de lo dispuesto en el párrafo b) de la presente recomendación, toda referencia a la ley de un Estado compuesto por varias unidades territoriales se entenderá referida a la ley de la unidad territorial pertinente (determinada sobre la base de la ubicación del otorgante o de un bien gravado o, si no, en virtud de las recomendaciones del presente capítulo) y, en la medida en que sea aplicable a dicha unidad territorial, se entenderá referida a la ley del Estado integrado por varias unidades territoriales propiamente dicho;

b) Cuando la ley vigente en una unidad territorial de un Estado compuesto por varias unidades territoriales designe la ley de otra unidad territorial de dicho Estado para regir la eficacia frente a terceros o la prelación, será la ley de esa otra unidad territorial la que regule la cuestión.

215. El régimen debería disponer que si, en virtud de las recomendaciones del presente capítulo, la ley aplicable es la de un Estado compuesto por varias unidades territoriales o la de una de sus unidades territoriales, será la elección interna de las reglas jurídicas vigentes de dicho Estado multiterritorial la que determinará si se aplicarán las reglas sustantivas de derecho del Estado multiterritorial o las de una determinada unidad territorial de dicho Estado.

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que las recomendaciones 214 y 215 siguen el texto de los artículos 12.2 y 12.3 del Convenio de La Haya sobre los Valores, respectivamente. El Grupo de Trabajo tal vez desee plantearse una definición de “Estado con varias unidades territoriales” del tenor de la que figura en el artículo 1 1) m) del Convenio de La Haya (se entenderá por “Estado multiunitario” todo Estado dotado de un régimen

en el que el Estado y dos o más de sus unidades territoriales o, simultáneamente, el Estado y una o más de sus unidades territoriales, disponen de sus propias reglas de derecho que regulan algunas de las cuestiones especificadas en las recomendaciones de la presente Guía.)]

216. El régimen debería disponer que, cuando el titular de una cuenta y el banco de depósito hayan convenido en aplicar la ley de una determinada unidad territorial de un Estado integrado por varias unidades territoriales:

a) La palabra “Estado”, que figura en la primera frase de la recomendación 208 (variante A) se entenderá referida a dicha unidad territorial;

b) Las palabras “dicho Estado”, en la segunda frase de la recomendación 208 (variante A) se entenderán referidas al Estado multiunitario propiamente dicho.

217. El régimen debería disponer que se aplicará la ley de una unidad territorial cuando:

a) En virtud de la recomendación 208 (variante A) y de la recomendación 216, la ley designada sea la de la unidad territorial de dicho Estado multiunitario;

b) En virtud de la ley de dicho Estado, la ley de una unidad territorial se aplique únicamente cuando el banco de depósito tenga una oficina en el territorio de la unidad territorial que cumpla los requisitos especificados en la segunda frase de la recomendación 208 (variante A); y

c) La regla descrita en el párrafo b) de la presente recomendación esté vigente en el momento en que se haya constituido la garantía real sobre la cuenta bancaria.]

[Nota para el Grupo de Trabajo: Las recomendaciones 216 y 217, que siguen el texto de los párrafos 1 y 4 del artículo 12 del Convenio de La Haya, respectivamente, pueden ser necesarias si el Grupo de Trabajo decide adoptar la variante A de la recomendación 208.]

XIV. Transición⁶⁷

Finalidad

La finalidad de las disposiciones del régimen relativas a la transición es lograr una transición justa y eficiente entre el régimen anteriormente aplicable y el presente régimen una vez promulgado.

Fecha de entrada en vigor

218. En el régimen debería especificarse ya sea una fecha posterior a su promulgación para su entrada en vigor (la “fecha de entrada en vigor”), o un mecanismo por el que se fije esa fecha:

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se aclarará que, al determinar la fecha de entrada en vigor, el Estado deberá tener en cuenta:

⁶⁷ Véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.8.

- a) *Las repercusiones que pueda tener la fecha de entrada en vigor en las decisiones sobre la concesión de crédito y, en particular, la obtención de los máximos beneficios que pueda aportar el régimen;*
- b) *Las disposiciones reglamentarias, institucionales, educativas y de otra índole que pudieran ser necesarias o las mejoras de la infraestructura que deberá hacer el Estado; la situación de la legislación preexistente y demás infraestructura;*
- c) *La armonización del régimen con otra legislación;*
- d) *El contenido de las normas constitucionales que regulen las operaciones efectuadas antes de la fecha de entrada en vigor del régimen; y las pautas o prácticas más convenientes para la entrada en vigor de la legislación (por ejemplo, el primer día del mes); y*
- e) *La necesidad de dar a las personas afectadas tiempo suficiente a fin de prepararse para la entrada en vigor del régimen.]*

Inaplicabilidad del régimen a las controversias que se estén dirimiendo en un litigio

219. El régimen debería disponer que:

- a) No será aplicable a los derechos y obligaciones de las partes en un acuerdo de garantía si, en la fecha de entrada en vigor, están siendo dirimidos en el marco de un litigio (o de un sistema comparable de solución de controversias); y
- b) No afectará a la ejecución de una garantía real en la medida en que el acreedor garantizado haya adoptado medidas para ejecutarla.

Período de transición

220. El régimen debería prever un período posterior a la fecha de entrada en vigor (“el período de transición”) durante el cual:

- a) Una garantía real constituida en virtud del régimen vigente inmediatamente antes de la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen continuará existiendo conforme a dicho régimen;
- b) Una garantía real que adquiera eficacia frente a terceros en virtud del régimen vigente inmediatamente antes de la fecha de entrada en vigor seguirá siendo oponible a terceros en virtud del nuevo régimen.

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que el “régimen vigente inmediatamente antes de la fecha de entrada en vigor” es el régimen del Estado cuya legislación regule una cuestión conforme a las reglas sobre conflicto de leyes del régimen anterior.]

Constitución y eficacia frente a terceros de una garantía real

221. El régimen debería disponer que la existencia de una garantía constituida en virtud del régimen vigente inmediatamente antes de la fecha de entrada en vigor quedará determinada por dicho régimen.

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que, según la regla principal, mientras

que la constitución de una garantía real antes de la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen se determinará en función del antiguo régimen, la eficacia frente a terceros y la prelación se regirán en principio por el nuevo régimen. En el comentario se explicará asimismo que las recomendaciones 222 a 224 tienen la finalidad de preservar la eficacia frente a terceros conforme al antiguo régimen y de dar cierto margen de tiempo a las partes para lograr la eficacia frente a terceros en virtud del nuevo régimen. Además en el comentario se explicará que la recomendación 226 tiene por objeto enunciar una excepción a la regla relativa al régimen que debe determinar la prelación previendo que el antiguo régimen será aplicable si todos los derechos concurrentes fueron constituidos y adquirieron eficacia frente a terceros conforme al antiguo régimen y si no se ha producido ningún cambio desde la entrada en vigor del nuevo régimen.]

222. El régimen debería disponer que una garantía real que haya adquirido eficacia frente a terceros conforme a la ley vigente inmediatamente antes de la fecha de entrada en vigor conservará dicha eficacia durante el período de transición. Si durante el período de transición, o durante el período más largo que se describe en la recomendación 223, el acreedor garantizado adopta cualquier medida necesaria para asegurar que la garantía real adquiera eficacia frente a terceros en virtud del presente régimen, su existencia y su eficacia frente a terceros mantendrán su continuidad.

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que, en los casos en que las medidas adoptadas en virtud de las reglas de los regímenes legales anteriores satisfagan también los requisitos para la eficacia frente a terceros que dispone el nuevo régimen, no será preciso adoptar medidas suplementarias. Sin embargo, en el comentario se explicará también que con la inscripción de una notificación de una garantía real en un registro de un Estado que no sea el Estado promulgante o en un registro distinto del Estado promulgante que no sea el que prevé el presente régimen no quedarán satisfechos los requisitos del nuevo régimen; para tales casos, la recomendación 223 prevé la regla de transición aplicable.]

223. El régimen debería disponer que una garantía real constituida y que haya adquirido eficacia frente a terceros mediante la inscripción de una notificación en un registro en virtud del régimen vigente inmediatamente antes de la fecha de entrada en vigor mantendrá tal eficacia en función de las dos siguientes fechas, concretamente hasta la fecha que se produzca antes, a saber, o bien

a) La fecha en que la inscripción dejaría de ser eficaz conforme a ese otro régimen; o bien

b) [...] años después de la fecha de entrada en vigor.

224. El régimen debería disponer que [, a efectos de aplicación de sus reglas de prelación a una garantía real que fuera eficaz frente a terceros en virtud del régimen vigente inmediatamente antes de la fecha de entrada en vigor y que mantuviera su eficacia frente a terceros en el presente régimen,] la fecha en la que la garantía real adquirió eficacia frente a terceros o fue objeto de una inscripción de notificación, según el caso, será la fecha en la que la garantía real adquiera eficacia frente a terceros o sea objeto de una inscripción de notificación de conformidad con el régimen vigente inmediatamente antes de la fecha de entrada en vigor.

Prelación de una garantía real

225. A reserva de lo dispuesto en la recomendación 227, el régimen debería prever que la prelación de una garantía real frente al derecho de un reclamante concurrente se regirá por el presente régimen.

226. El régimen debería prever que la prelación de la garantía real frente al derecho de un reclamante concurrente será determinada por la ley vigente inmediatamente antes de la fecha de entrada en vigor cuando:

- a) tanto la garantía real como el derecho del reclamante concurrente se hayan constituido antes de la fecha de entrada en vigor; y
- b) No se haya producido ningún cambio en la situación jurídica de ambos derechos desde la fecha de entrada en vigor.

227. Se entenderá que la situación jurídica de una garantía real ha cambiado si:

- a) La garantía real era eficaz frente a terceros en la fecha de entrada en vigor, conforme a la recomendación 222, y posteriormente dejó de tener tal eficacia; o
- b) La garantía real no tenía eficacia frente a terceros en la fecha de entrada en vigor y posteriormente adquirió dicha eficacia.

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que el régimen debería asegurar que la transición no entrañara más costos que el costo nominal de inscripción de una notificación de una garantía real en un registro.]