



Asamblea General

Distr. general
26 de abril de 2007
Español
Original: inglés

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

40º período de sesiones

Viena, 25 de junio a 12 de julio de 2007

Garantías reales

Proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas

Nota de la Secretaría*

Adición

Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
XII. Derechos reales en garantía de la financiación de adquisiciones	1-172	4
A. Observaciones generales	1-172	4
1. Introducción	1-10	4
a) Significado de las operaciones de financiación de adquisiciones	1-4	4
b) Diversidad de las operaciones de financiación de adquisiciones	5-9	5
c) Esbozo del capítulo	10	6
2. Contexto comercial	11-34	6
a) Observaciones generales	11-16	6

* El original de la presente nota se publicó con dos semanas de retraso respecto del plazo establecido de diez semanas de antelación al comienzo de la reunión, en vista de la necesidad de completar las consultas y dar forma definitiva a las enmiendas propuestas.



	b)	Retención de la titularidad y operaciones similares	17-23	7
	c)	Arrendamientos financieros y operaciones de venta a plazos con opción de compra	24-27	9
	d)	Operaciones garantizadas por el vendedor	28-30	10
	e)	Financiación de adquisiciones por un prestamista	31-34	10
3.		Enfoques de la financiación de la adquisición de bienes corporales . . .	35-50	12
	a)	Observaciones generales	35-37	12
	b)	Enfoques que favorecen el suministro de crédito para adquisiciones por el comprador	38-42	12
	c)	Enfoques que promueven el suministro de crédito para adquisiciones tanto por los vendedores como por los prestamistas	43-46	14
	d)	Enfoque basado en la plena integración de las garantías reales de los “préstamos de dinero para financiar compras”	47-50	15
4.		Opciones normativas básicas	51-73	17
	a)	Observaciones generales	51-55	17
	b)	Equivalencia funcional: un concepto genérico de la financiación de adquisiciones	56-63	19
	c)	Enfoques unitario y no unitario de la equivalencia funcional	64-73	21
5.		Constitución (eficacia entre las partes)	74-83	24
6.		Oponibilidad a terceros	84-100	28
	a)	Observaciones generales	84-91	28
	b)	Oponibilidad a terceros de las operaciones de financiación de adquisiciones relacionadas con bienes de equipo y existencias . . .	92-94	30
	c)	Período de gracia para la inscripción de determinadas operaciones de financiación de adquisiciones	95-96	30
	d)	Excepciones al requisito de inscripción respecto de operaciones relacionadas con bienes de consumo	97-100	31
7.		Prelación frente a los derechos de demandantes concurrentes	101-152	32
	a)	Observaciones generales	101	32
	b)	Grado de prelación de los acreedores garantizados financiadores de adquisiciones y los financiadores de adquisiciones	102-108	33
	c)	Prelación de las garantías reales del pago de una adquisición y los derechos en garantía de la financiación de adquisiciones respecto de garantías reales preexistentes sobre bienes corporales que no sean existencias ni bienes de consumo	109-113	35

d)	Prelación de las garantías reales del pago de una adquisición y los derechos en garantía de la financiación de adquisiciones respecto de garantías reales preexistentes sobre existencias futuras	114-118	36
e)	Prelación de las garantías reales del pago de una adquisición y de los derechos en garantía de la financiación de adquisiciones respecto de garantías reales preexistentes sobre bienes de consumo	119-121	38
f)	Prelación de las garantías reales del pago de una adquisición y los derechos en garantía de la financiación de adquisiciones respecto de los derechos de acreedores judiciales	122-123	39
g)	Prelación de las garantías reales del pago de una adquisición y los derechos en garantía de la financiación de adquisiciones constituidos sobre accesorios fijos y sobre masas de bienes o productos acabados	124-128	39
h)	Prelación de las garantías reales del pago de una adquisición y los derechos en garantía de la financiación de adquisiciones constituidos sobre accesorios de bienes inmuebles	129-131	41
i)	Prelación entre las garantías reales del pago de una adquisición y los derechos en garantía de la financiación de adquisiciones que sean concurrentes	132-138	42
j)	Operaciones múltiples de financiación de adquisiciones	139-142	44
k)	Prelación de un derecho real en garantía de la financiación de adquisiciones constituido sobre el producto de bienes corporales que no sean existencias ni bienes de consumo	143-147	46
l)	Prelación de un derecho real en garantía de la financiación de adquisiciones constituido sobre el producto de las existencias adquiridas	148-152	47
8.	Derechos y obligaciones de las partes con anterioridad al incumplimiento	153-157	49
9.	Derechos de las partes a raíz del incumplimiento	158-166	50
10.	Derecho internacional privado	167-168	53
11.	Transición	169-172	54
B.	Recomendaciones		55

XII. Derechos reales en garantía de la financiación de adquisiciones

A. Observaciones generales

1. Introducción

a) Significado de las operaciones de financiación de adquisiciones

1. La compra y venta de bienes corporales (para la definición de “bienes corporales”, véase A/CN.9/631/Add.1, Introducción, secc. B, Terminología y reglas de interpretación) es una actividad central de numerosas empresas. Algunas veces, esa actividad entraña la adquisición de materias primas y su manufactura y venta ulteriores. A veces, abarca la compra de existencias al por mayor para su distribución a minoristas o para la venta al detal. Además, para muchas empresas la extracción y elaboración de materias primas o la prestación y distribución de existencias requiere inversiones considerables en bienes de equipo costosos. Con mucha frecuencia esas materias primas, existencias y bienes de equipo se compran a crédito.

2. Siempre que una empresa recurre a un crédito para obtener la propiedad (o titularidad) de materias primas, existencias o bienes de equipo o el derecho a utilizarlos, transformarlos y enajenarlos y ofrece como garantía del crédito que recibe ciertos derechos sobre los bienes que adquiere, está practicando una forma determinada de operación garantizada, que en la presente Guía se denomina operación de financiación de adquisiciones. El derecho que el vendedor o el acreedor retiene u obtiene sobre los bienes que se suministran al comprador o al otorgante se pueden llamar, dependiendo de su naturaleza exacta, “derechos reales en garantía de la financiación de adquisiciones” o “garantías reales del pago de una adquisición” (para las definiciones de “otorgante”, “derecho real en garantía de la financiación de adquisiciones” y “garantía real del pago de una adquisición”, véase A/CN.9/631/Add.1, Introducción, secc. B. Terminología y reglas de interpretación).

3. Las operaciones de financiación de adquisiciones se cuentan entre las fuentes más importantes de crédito para un gran número de empresas. En muchos aspectos, esas operaciones son idénticas a las operaciones garantizadas corrientes descritas en secciones anteriores de la presente Guía. Sin embargo, en otros aspectos presentan características particulares que han movido a los Estados a establecer reglas especiales en varias situaciones. En el presente capítulo se examinan las formas en que los Estados pueden llegar a establecer un régimen eficiente y eficaz que regule todos los tipos de operación de financiación de adquisiciones.

4. En vista del número y diversidad de operaciones de financiación de adquisiciones que se utilizan hoy día, es importante dejar claramente establecida la forma en que se utiliza el término en la presente Guía. Existe una operación de financiación de adquisiciones siempre que una persona pueda invocar un derecho real sobre bienes corporales para garantizar la obligación de otra persona al pago de toda parte no abonada del precio de compra (o su equivalente económico), ya sea que ese derecho exista a favor de un vendedor, un arrendador o un prestamista. Una operación en virtud de la cual el vendedor retiene con ese fin derechos reales sobre los bienes vendidos es asimismo una operación de financiación de adquisiciones.

Las características básicas de una operación de financiación de adquisiciones son dos: a) el crédito se otorga con la finalidad expresa de permitir al comprador adquirir bienes corporales; y b) los derechos retenidos en garantía de la financiación o las garantías del pago de la adquisición invocadas se relacionan directamente con los bienes que se adquieren.

b) Diversidad de las operaciones de financiación de adquisiciones

5. Como se señala en el capítulo III (Criterios básicos aplicables a las garantías reales) de la presente Guía, los Estados han ideado una amplia diversidad de mecanismos jurídicos mediante los cuales quienes conceden un crédito pueden asegurarse de que su deudor cumplirá la obligación de pago contraída. Aunque sólo algunos de esos mecanismos se conocen tradicionalmente como garantías reales, todos cumplen la función económica de garantizar el pago de la obligación.

6. Quienes financian la adquisición de bienes corporales (con frecuencia los propios vendedores) por el comprador suelen disponer de una diversidad similar, sino mayor, de mecanismos jurídicos. Por ejemplo, un vendedor que retiene la titularidad de los bienes que vende hasta que el comprador haya pagado por completo el precio de compra (un vendedor con retención de la titularidad), otorga crédito a su comprador y de esa manera está financiando la adquisición de los bienes por el comprador. El derecho de retención de la titularidad (para la definición de “derecho de retención de la titularidad”, véase A/CN.9/631/Add.1, Introducción, secc. B, Terminología y reglas de interpretación) es sólo uno de los varios mecanismos de que disponen los vendedores. Un vendedor puede también traspasar la titularidad a un comprador con la condición de que la titularidad de que goza el comprador se extinguirá retroactivamente en caso de que éste no pague el precio de compra acordado (la venta se efectúa bajo una “condición resolutoria”); o un vendedor puede traspasar la titularidad a un comprador pero obteniendo una garantía real sobre los bienes que se venden.

7. Los vendedores representan sólo una de las categorías de financiadores que pueden ofrecer crédito para que una persona adquiera bienes corporales. Los prestamistas pueden también proporcionar crédito a un comprador con la finalidad expresa de permitirle adquirir bienes de un vendedor. Puesto que tanto los vendedores como los prestamistas pueden conceder crédito para permitir a los compradores adquirir bienes corporales, es posible que más de una persona invoque con respecto a los mismos bienes derechos en garantía de la financiación de la adquisición o garantías reales del pago de la adquisición.

8. Otra forma de operación de financiación de adquisiciones puede incluso no incluir en absoluto un contrato de venta. Un arrendador que arrienda un bien a un arrendatario en condiciones que son equivalentes a las de una venta a crédito está igualmente suministrando financiación que le permite al arrendatario utilizar el bien corporal de la misma forma que si tuviera la propiedad del bien, aun cuando la titularidad nunca pase del arrendador al arrendatario. Como en el caso de los vendedores, hay diferentes posibilidades para que los arrendadores estructuren el acuerdo a fin de que quede constituido un arrendamiento financiero, o sea, un arrendamiento que permite al arrendatario adquirir el equivalente económico de un derecho de propiedad en el bien arrendado (para la definición de “arrendamiento financiero”, véase A/CN.9/631/Add.1, Introducción, secc. B, Terminología y reglas de interpretación).

9. Asimismo, un prestamista que concede crédito a un arrendatario con el fin de abonar los pagos del arrendamiento a medida que se vencen de acuerdo con el contrato puede, según las condiciones del crédito, ser un acreedor garantizado financiador de adquisiciones con derechos en el bien que se arrienda. Si el crédito que se otorga permite de hecho al arrendatario celebrar el acuerdo de arrendamiento financiero con el arrendador, el prestamista está financiando la utilización (y la adquisición teórica) de ese bien por parte del arrendatario.

c) Esbozo del capítulo

10. El presente capítulo examina, en la sección A.2, el contexto comercial de las operaciones contemporáneas de financiación de adquisiciones y, en la sección A.3, los diversos enfoques de la financiación de adquisiciones que se han venido adoptando hasta ahora en diferentes ordenamientos jurídicos. En la sección A.4 se exponen las opciones normativas básicas que se plantean a los Estados que promulgan legislación para regular los diversos tipos de operación de financiación de adquisiciones. En las secciones restantes del capítulo se examina luego la forma en que los diversos componentes de un régimen de operaciones garantizadas estudiados en otros capítulos de la presente Guía se aplican en el caso concreto de la financiación de adquisiciones. La sección A.5 se refiere a la constitución de mecanismos de esa índole entre las partes, la sección A.6 a la oponibilidad de esos mecanismos a terceros, la sección A.7 al orden de prelación entre demandantes concurrentes, la sección A.8 a los derechos y obligaciones de las partes con anterioridad al incumplimiento, la sección A.9 a los derechos de las partes con posterioridad al incumplimiento, la sección A.10 al derecho internacional privado y la sección A.11 a las cuestiones de transición. El capítulo termina, en la sección B, con una serie de recomendaciones concretas.

2. Contexto comercial

a) Observaciones generales

11. En los párrafos introductorios del presente capítulo se resumió una serie de modalidades diferentes a las que puede recurrir un comprador para financiar la adquisición de bienes corporales, tales como bienes de equipo y existencias. En la presente sección se examina con mayor detalle el contexto comercial de esas diversas operaciones y su funcionamiento en la práctica.

12. Al examinar la compra y venta de bienes corporales en un entorno comercial es preciso establecer una distinción inicial entre ventas en efectivo y ventas a crédito. Algunos compradores gozan de liquidez suficiente que les permite adquirir bienes de equipo y existencias contra el pago en efectivo. Por lo general, sin embargo, las empresas comerciales adquirirán a crédito una parte considerable de sus materias primas, existencias y bienes de equipo.

13. El crédito para adquisiciones será normalmente de dos tipos. En el primero, un comprador podrá simplemente solicitar de un tercero un préstamo por el valor del precio de compra sin ofrecer ninguna garantía. Por ejemplo, aunque la operación de venta es en sí una operación en efectivo, puede ser financiada mediante una línea general de crédito otorgada por el prestamista primario de la empresa. Si bien se trata de un método sencillo, la calificación o reputación crediticia del comprador podría restringir la disponibilidad de ese tipo de crédito otorgado por un tercero o

hacer que su costo resulte prohibitivo. En el segundo tipo de crédito, un comprador puede acordar con un vendedor adquirir los bienes en condiciones crediticias que le permitan efectuar el pago (tal vez a plazos) una vez que se complete la venta. En este caso, el vendedor traspasa la posesión y propiedad del bien al comprador y el precio de compra se le abona en una suma global en fecha posterior o mediante pagos periódicos. Desde luego, este método no difiere realmente de la financiación por terceros, salvo que el riesgo de incumplimiento en el pago lo asume ahora el vendedor y no el tercero que financia el crédito. A menudo, muchos vendedores no están dispuestos a asumir ese tipo de riesgo no garantizado.

14. En consecuencia, muchos compradores llegan a la conclusión de que, por razones de orden práctico, es necesario dar alguna forma de garantía para poder adquirir bienes corporales a crédito. Los bienes gravados con una garantía real bien podrían ser otros bienes del comprador. Por ejemplo, una empresa puede conceder una garantía sobre su fábrica o su almacén para garantizar el pago de un préstamo que se habrá de utilizar para adquirir existencias o materias primas. Normalmente, sin embargo, el activo más evidente sobre el que se puede constituir la garantía, y frecuentemente el único activo de que dispone un comprador, son los bienes que de hecho se adquieren.

15. Los bienes que se adquieren pueden utilizarse como garantía de un crédito para adquisiciones de varias maneras diferentes. Por ejemplo, en algunos ordenamientos, los vendedores gozan de derechos especiales que les permiten automáticamente cancelar la venta y recuperar los bienes vendidos si el comprador no abona el precio de compra dentro de un plazo determinado después de la entrega. Igualmente, otros ordenamientos dan a los vendedores un derecho automático a reclamar una prelación o preferencia en la distribución del producto de la venta de los bienes que hayan vendido. No obstante, con frecuencia la garantía que invoca el financiador de la adquisición no nace en virtud de la ley sino que es el resultado de un acuerdo entre el vendedor o prestamista y el comprador.

16. La constitución mediante un acuerdo de una garantía real sobre los bienes que adquiere un comprador con miras a asegurar el pago del precio de compra puede adoptar muchas formas. Por ejemplo, el comprador puede otorgar formalmente esa garantía real sobre los bienes a un tercero o que le da financiación, u otorgársela al vendedor; o el comprador y el vendedor pueden acordar algún otro mecanismo jurídico, que, aunque no adopte la forma de una garantía real, sea su equivalente económico. Dos de esos mecanismos son a) el empleo de la propiedad del bien para garantizar el pago (usualmente, aunque no siempre, mediante una operación de retención de la titularidad); y b) la utilización de un arrendamiento a largo plazo (usualmente mediante una operación de arrendamiento financiero).

b) Retención de la titularidad y operaciones similares

17. Es posible que el proveedor de existencias o bienes de equipo quiera satisfacer la necesidad de crédito que tiene su cliente suministrándole los bienes en virtud de un acuerdo por el que la propiedad de los bienes vendidos no pasa al comprador hasta que se haya pagado por completo el precio de compra. En muchos casos el acuerdo se celebra entre el vendedor y el comprador sin intervención de ningún intermediario. En algunos casos, no obstante, el vendedor puede vender los bienes por dinero en efectivo a una institución financiera u otro prestamista que, a su vez,

los vende luego al comprador en virtud de un acuerdo que le permite retener la propiedad hasta que se produzca el pago completo del precio de compra.

18. Hay muchas formas en que los compradores y los vendedores configuran el acuerdo en virtud del cual el vendedor se reserva la propiedad de los bienes vendidos hasta que se produzca el pago completo (acuerdos de retención de la titularidad). El mecanismo de retención de la titularidad es muy común. En ese tipo de transacción el derecho de un vendedor sobre los bienes corporales no se traspasa al comprador hasta que se cumpla la condición de abonar por completo la parte no pagada del precio de compra de los bienes. Aunque normalmente el comprador adquiere la posesión inmediata del bien, la propiedad permanece en poder del vendedor hasta que se pague el precio de compra.

19. Los arreglos de retención de la titularidad se denominan a veces ventas condicionales. En general, sin embargo, en las “ventas condicionales” la venta en sí no es condicional (o sea, que el acuerdo de venta como tal no depende de que se produzca algún hecho ajeno a la propia venta). En una “venta condicional” lo que es condicional es, más bien, el traspaso de la propiedad al comprador. El vendedor se reserva la propiedad de los bienes hasta que se haya abonado íntegramente el precio de compra o el comprador haya cumplido todas las demás condiciones estipuladas en el acuerdo de venta.

20. Hay, naturalmente, otros tipos de operación en las que el vendedor utiliza la propiedad de los bienes como garantía del precio de compra. Por ejemplo, algunas veces la reserva de la propiedad por el vendedor se configura como una venta con un plazo determinado, y el traspaso tiene lugar únicamente al final del plazo estipulado. Ocasionalmente, un vendedor traspasará de hecho la propiedad al comprador en el momento de la venta, bajo la condición de que la titularidad del comprador sobre los bienes se extinguirá retroactivamente en caso de que no pague el precio de compra convenido de acuerdo con las condiciones estipuladas.

21. En cada uno de esos casos, la característica fundamental es que el acuerdo del vendedor de posponer el pago completo queda protegido ya sea retrasando el traspaso de la titularidad de los bienes al comprador o, lo que es menos común, traspasando al comprador la titularidad a reserva del derecho del vendedor a recobrarla en caso de que el comprador incumpla su obligación de pago. El caso más común (las operaciones de retención de la titularidad) puede, en algunos Estados, ser objeto de modificaciones mediante determinadas cláusulas que aumentan considerablemente su utilidad como mecanismo de financiación de adquisiciones. Así, por ejemplo, se puede permitir a las partes que acuerden una cláusula sobre “todas las sumas adeudadas” o sobre una “cuenta corriente”. Cuando se utilizan esas cláusulas, el vendedor retiene la propiedad de los bienes hasta que el comprador haya saldado todas las deudas contraídas con el vendedor (y no sólo las derivadas del contrato concreto de venta de que se trate).

22. Además, en algunos Estados se permite a las partes que agreguen cláusulas sobre “productos”, en virtud de las cuales la propiedad del vendedor se extiende a todos los productos que se fabriquen a partir de los bienes cuya propiedad retiene el vendedor o sobre los que se considera que el vendedor tiene una garantía real. Igualmente, en algunos Estados se permite acordar cláusulas sobre “el producto” de la enajenación (para la definición de “producto”, véase A/CN.9/631/Add.1, Introducción, secc. B, Terminología y reglas de interpretación), en virtud de las

cuales los vendedores pueden reclamar la propiedad o una garantía real sobre el producto generado por la venta de los bienes cuya propiedad han retenido (para el tratamiento del producto en el caso de las garantías reales ordinarias, véase A/CN.9/631, recomendaciones 18 a 20).

23. No obstante, con frecuencia el régimen aplicable restringe estrictamente el alcance de la propiedad que retiene el vendedor. En muchos Estados ese derecho puede invocarse a) únicamente sobre los bienes vendidos (o sea, no puede invocarse sobre el producto ni sobre bienes de sustitución); b) únicamente mientras los bienes conserven su estado original (o sea, que no hayan sido modificados mediante un proceso de manufactura); c) únicamente para garantizar el precio de venta de los bienes; o d) únicamente cuando se cumplan las tres condiciones anteriores.

c) Arrendamientos financieros y operaciones de venta a plazos con opción de compra

24. Un proveedor puede recurrir también a la figura del arrendamiento para que las empresas puedan adquirir el uso de bienes sin tener que pagar el precio de compra en efectivo. Por ejemplo, un proveedor de bienes de equipo puede arrendar un componente de equipo a una empresa, que toma posesión del equipo y efectúa pagos de alquiler mensuales. En esos acuerdos el proveedor retiene por fuerza la propiedad del equipo (en su calidad de arrendador) y el arrendatario se limita a pagar el alquiler a medida que se vence.

25. En algunos casos, el acuerdo de arrendamiento se estructura con miras a lograr el equivalente funcional de una venta a plazos. Por ejemplo, la duración del arrendamiento puede acordarse por la vida útil del equipo que se vende y, al final del arrendamiento, el arrendatario adquiere automáticamente la propiedad; o el arrendamiento puede estipularse por la vida útil del equipo sin que el arrendatario tenga la obligación de comprarlo. Otra posibilidad es que el período de arrendamiento sea inferior a la vida útil del equipo pero, al final del período estipulado, el arrendatario tenga la opción de comprar el equipo por un precio nominal. En vista de sus finalidades y efectos económicos, esos diversos tipos de arreglos se llaman con frecuencia arrendamientos financieros (para la definición de “arrendamiento financiero”, véase A/CN.9/631/Add.1, Introducción, secc. B, Terminología y reglas de interpretación).

26. Las operaciones de venta a plazos (que equivalen a un arrendamiento con opción de compra) se basan en un principio similar. Una operación típica se iniciaría cuando el arrendatario (comprador a plazos) seleccione el equipo del proveedor (vendedor a plazos) que lo suministra. El arrendatario solicitará luego a una empresa de arrendamiento financiero (de ordinario una institución financiera o la filial de una institución) que compre en efectivo el equipo al proveedor para arrendárselo al arrendatario (comprador a plazos). Como ocurre con el arrendamiento financiero usual, a menudo el arrendamiento abarca la vida útil del equipo y, al final del período acordado, el arrendatario adquiere automáticamente la propiedad y tiene la opción de comprar el equipo por una suma nominal.

27. Ya sea que el acuerdo de arrendamiento financiero constituya un arreglo entre dos partes, el arrendador y el arrendatario, o un arreglo tripartito de venta a plazos, la operación adopta la forma de un arrendamiento. No obstante, la realidad económica es que el arrendatario está pagando a plazos el precio de compra teórico

del equipo, mientras que el arrendador sigue siendo el propietario hasta que se le abone el pago completo. Según la naturaleza de los bienes de equipo del que se trate, los períodos de arrendamiento pueden ir de unos pocos meses a varios años y los bienes arrendados pueden abarcar desde equipo de gran valor, como aeronaves, hasta equipo de bajo valor, como computadoras. Normalmente, los arreglos de arrendamiento concretos se adaptan a las condiciones especiales de flujo de efectivo del arrendatario, al régimen tributario vigente y a otras necesidades del arrendador y el arrendatario.

d) Operaciones garantizadas por el vendedor

28. Hoy en día, en muchos Estados, se dispone de varios otros mecanismos jurídicos para garantizar el cumplimiento de las obligaciones de pago de un comprador. Como ya se señaló, algunos de ellos nacen en virtud de la ley. Por ejemplo, en algunos Estados el vendedor de bienes corporales goza de un “privilegio” de categoría superior o “derecho preferente” sobre el dinero que produzca la venta en liquidación de los bienes que ha vendido. El vendedor podrá invocar su prelación estatutaria que al margen de la liquidación sea resultado de la intervención del vendedor, gracias a que ha obtenido una sentencia contra el comprador, de un acreedor judicial del comprador o de un acreedor garantizado que hace valer una garantía real existente sobre los bienes. Más aún, ese derecho preferente estatutario con frecuencia tiene un rango superior incluso al de los acreedores garantizados contractuales.

29. En algunos Estados, el vendedor tiene también el derecho a negarse a entregar los bienes corporales a un comprador que no esté dispuesto a pagar el precio de entrega. Ocasionalmente, ese derecho se prolonga como un derecho de reclamación por un período breve (por ejemplo, 30 días) después de la entrega del bien. No obstante, ninguno de esos derechos es particularmente eficaz como derecho real en garantía de la financiación de adquisiciones, ya que ambos presuponen que la venta se realiza en efectivo y no a crédito.

30. Más recientemente, algunos Estados han modificado también su legislación para que un comprador pueda obtener mediante acuerdo una garantía real sin desplazamiento sobre los bienes vendidos. Ese tipo de garantía real del vendedor suele darse únicamente en Estados que han decidido también permitir a los prestamistas obtener garantías reales sin desplazamiento sobre bienes corporales. Aunque la garantía real sin desplazamiento de que goza el vendedor es idéntica en su forma a la garantía real que puede obtener un prestamista ordinario, tiene una ventaja especial. El vendedor que obtiene una garantía de esa índole puede normalmente reclamar un orden de prelación privilegiado, que le permitirá estar por encima de cualquier otro acreedor garantizado que esté haciendo valer derechos que el comprador le haya otorgado sobre los bienes.

e) Financiación de adquisiciones por un prestamista

31. En muchas economías modernas, son los prestamistas, más que los vendedores y los arrendadores, los que representan un importante sector del mercado de financiación de adquisiciones. Anteriormente, no era posible que los prestamistas adquirieran directamente derechos de prelación especiales sobre los bienes cuya adquisición estaban financiando. Incluso cuando el crédito que estaban facilitando al comprador estuviese destinado expresamente a comprar los bienes y se utilizase

de hecho con ese propósito, el prestamista que obtenía una garantía sobre los bienes que se estaba adquiriendo era considerado como un acreedor garantizado supeditado a las reglas de prelación que rigen las garantías reales. O sea, que el prestamista que proporcionaba financiación para adquisiciones ocuparía un lugar de prelación inferior al de un prestamista garantizado preexistente que gozase de una garantía real sobre los bienes que adquiriese posteriormente el comprador.

32. El único mecanismo mediante el cual los prestamistas podían alcanzar la misma prelación privilegiada de los vendedores y arrendadores era adquirir los derechos de éstos últimos. Así, por ejemplo, cuando los vendedores retenían la propiedad en garantía de la obligación de pago del comprador, los prestamistas pagarían a veces directamente al vendedor el precio de compra a cambio de la cesión del derecho del vendedor al pago con arreglo al acuerdo de venta, juntamente con el derecho de retención de la titularidad del vendedor. Igualmente, en los casos en que el régimen permitía a los vendedores obtener mediante acuerdo una garantía real con prelación especial sobre los bienes que se vendían, el prestamista podía comprar la garantía real del vendedor. Por último, en los casos en que el derecho real en garantía de la financiación de la adquisición se derivaba de un arrendamiento financiero, el prestamista compraría a veces al arrendador el contrato de arrendamiento. La forma particular de operación conocida como venta a plazos es una adaptación moderna de esa técnica de larga data.

33. Hoy día, sin embargo, muchos Estados permiten a los prestamistas que otorgan crédito para que el deudor pueda comprar bienes corporales constituir, en su propio nombre, una garantía real preferente sobre esos bienes. En otras palabras, en algunos Estados es actualmente posible que los prestamistas alcancen directamente la condición privilegiada a la que anteriormente sólo tenían acceso comprando el derecho preferente que un vendedor otorgaba a un comprador. No obstante, en esos Estados no todos los prestamistas que suministran a una empresa dinero que pueda utilizarse en definitiva para comprar bienes corporales podrán reclamar una garantía real del pago de la adquisición. El prestamista que suministra el crédito deberá hacerlo para que el comprador pueda adquirir los bienes, el crédito deberá utilizarse efectivamente con ese fin y la garantía sólo podrá invocarse sobre los bienes adquiridos de esa manera.

34. Aunque este tipo especial de garantía real del prestamista respecto del pago de una adquisición se puede encontrar en varios Estados, no tiene mucha aceptación la idea de que el prestamista pueda obtener directamente una garantía real preferente sobre bienes cuya adquisición financia expresamente. De hecho, la mayoría de los Estados que permiten a los vendedores garantizar, mediante un claro mecanismo de retención de la titularidad, el precio de compra de los bienes que venden no permiten a los prestamistas invocar garantías reales preferentes del pago de una adquisición. Normalmente, sólo los propios vendedores tienen la opción de invocar ese tipo de garantías reales preferentes, opción que pueden ejercer como alternativa a la retención de la propiedad.

3. Enfoques de la financiación de la adquisición de bienes corporales

a) Observaciones generales

35. Hasta ahora, los Estados han adoptado una amplia diversidad de enfoques para regular las operaciones de financiación de adquisiciones de bienes corporales. Sin embargo, como ya se señaló, la protección de los derechos de los vendedores se solía considerar el objetivo central. Además, hasta hace poco, en muchos Estados no era posible otorgar garantías reales sin desplazamiento sobre bienes corporales, incluso a un vendedor. Por esas dos razones, la técnica de retención de la titularidad pasó a ser una práctica cotidiana tanto en los ordenamientos de tradición jurídica romanista como en los ordenamientos del derecho anglosajón. En algunos casos, los Estados han promulgado legislación para reconocer y regular esta técnica de financiación de las adquisiciones. Con mayor frecuencia, sin embargo, su desarrollo se derivó de cambios en las prácticas contractuales relacionadas con la venta de bienes corporales, cambios que los tribunales reconocieron y perfeccionaron.

36. Como elemento de la legislación sobre ventas que trata expresamente los aspectos de la operación relacionados con los bienes, las condiciones y los efectos de los mecanismos de retención de la titularidad varían ampliamente de un Estado a otro. Muchas de esas diferencias son producto de la evolución histórica y de las prácticas contractuales concretas que se adoptaron en respuesta al ordenamiento jurídico de los distintos Estados. En otras palabras, la configuración detallada de muchos regímenes no es resultado de un análisis legislativo completo de las finalidades económicas que cumplen los regímenes de operaciones garantizadas en general o los regímenes de financiación de adquisiciones en particular.

37. En algunos Estados se observa una tensión real entre el régimen de crédito garantizado y las prácticas comerciales vigentes. En ocasiones, esas prácticas comerciales surgen precisamente para subsanar deficiencias de las reglas jurídicas vigentes. Como tales, a menudo no son coherentes con la normativa legislativa reflejada en el ordenamiento vigente de un Estado ni representan la clase de práctica que las empresas adoptarían si el régimen estuviera concebido con el propósito de promover el crédito garantizado eficiente. El resultado ha sido que en esa esfera de la actividad económica la legislación haya evolucionado frecuentemente de manera irregular. Se idean, y a medida que surge la necesidad, contratos novedosos y condiciones adicionales a tipos de acuerdo bien conocidos de manera fragmentaria en sustitución de un régimen cabalmente estructurado que regule las operaciones de financiación de adquisiciones.

b) Enfoques que favorecen el suministro de crédito para adquisiciones por el comprador

38. Hoy día, en muchos Estados los acuerdos de retención de la titularidad y los mecanismos económicamente equivalentes de que disponen excepcionalmente los vendedores son los principales o los únicos mecanismos que ofrecen una garantía de la financiación de adquisiciones, al tiempo que el comprador toma posesión de los bienes que son objeto de la venta. Algunas veces la regulación de los derechos de los vendedores se logra especificando una serie de mecanismos jurídicos diferentes en el código civil o el código comercial. Sin embargo, con frecuencia la regulación es resultado de la creación de derechos en beneficio de determinados vendedores en estatutos especiales o en virtud de normas dictadas por los tribunales que tratan de

los diversos tipos de operaciones que cumplen funciones de garantía, cualquiera sea el nombre que se les dé.

39. El enfoque que se centra en los vendedores como la principal fuente de la financiación de adquisiciones se basa algunas veces en una decisión de política de proteger a los pequeños y medianos proveedores de bienes corporales a crédito frente a las grandes instituciones financieras. Ese enfoque reconoce la importancia de las empresas pequeñas y medianas (fabricantes y distribuidores) para la economía nacional, así como la posición dominante de las grandes instituciones financieras en los mercados de crédito. En esos Estados, se parte de diversos supuestos para justificar la política de conceder un trato especial a los vendedores que financian la adquisición de bienes por parte de sus compradores. Uno de ellos es que los proveedores tienen interés en ofrecer crédito a tasas bajas para aumentar el volumen de sus ventas. Otro es que el costo del crédito es asequible ya que muchos proveedores sólo cobran intereses en caso de incumplimiento. Un tercer supuesto es que, en vista de que normalmente habrá varios proveedores que traten de vender bienes al comprador, se ofrecerán precios competitivos.

40. Un Estado que se plantee la posibilidad de reformar el régimen de operaciones garantizadas deberá sopesar cuidadosamente esos supuestos. Aunque algunos de ellos estén justificados, otros posiblemente no lo estén. Por ejemplo, el hecho de que un proveedor venda bienes a un comprador en virtud de un acuerdo de retención de la titularidad no significa necesariamente que las condiciones de crédito que ofrece no tengan costo alguno para el comprador. Para el propio proveedor tiene un costo la obtención de fondos con miras a ofrecer esas condiciones crediticias. Cuando no se cobran intereses hasta que se produzca el incumplimiento, el costo que tiene el crédito para el proveedor quedará incluido en el precio de los bienes que se venden.

41. Incluso cuando un Estado interesado en promover la fabricación y la oferta de bienes corporales desee alentar a los vendedores a cumplir la función de proveedores de crédito, no necesita hacerlo hasta el punto de que otras partes queden excluidas de ofrecer financiación de las adquisiciones en condiciones competitivas. De la misma manera que la competencia entre los vendedores normalmente reduce los precios para los compradores, la competencia entre los proveedores de crédito deberá reducir su costo para los prestatarios. La promoción de la competencia entre todos los proveedores de crédito no sólo hará posible que el comprador tenga acceso al crédito a las tasas más asequibles, si no que probablemente abrirá otras fuentes de crédito que permitan a los compradores abonar los pagos a sus vendedores. Además, al poner otras fuentes de crédito a disposición de los compradores aumentará su capacidad para adquirir bienes corporales sin que sea necesario que los propios vendedores otorguen financiación a todos sus posibles compradores.

42. Hay otros aspectos de la ineficiencia de las barreras jurídicas que impiden a financiadores distintos de los vendedores y los arrendadores otorgar crédito para adquisiciones directamente a los compradores o que exigen que esos otros financiadores otorguen el crédito únicamente por conducto del vendedor o el arrendador (obteniendo una cesión del derecho de retención de la titularidad del vendedor o del acuerdo de arrendamiento en el caso de un arrendador). Y, lo que es más importante, el tratar la financiación de adquisiciones simplemente como una cuestión de protección de los derechos reales de vendedores y arrendadores puede

de hecho reducir la eficiencia de los derechos que éstos invocan. Muchos regímenes modernos de operaciones garantizadas ofrecen a los acreedores garantizados una serie de derechos de los que a menudo no han dispuesto, o no siempre han dispuesto, los vendedores que aducen la retención de la titularidad para respaldar sus reclamaciones. Entre esos derechos figuran, por ejemplo, los derechos automáticos a invocar una garantía sobre los productos que se fabriquen a partir de los bienes sobre los que se ha constituido la garantía real o a invocar una garantía real sobre el producto que genere la venta de los bienes gravados o a hacer extensiva la garantía real a todas las deudas que pueda haber contraído el comprador con el vendedor.

c) Enfoques que promueven el suministro de crédito para adquisiciones tanto por los vendedores como por los prestamistas

43. En parte para ampliar el abanico de proveedores de financiación para adquisiciones a los compradores y en parte para que los vendedores puedan valerse de la panoplia completa de derechos anteriormente a disposición de los prestamistas que obtenían garantías reales ordinarias, muchos Estados han reestructurado hoy día su régimen de financiación de adquisiciones para promover ese tipo de financiación por parte tanto de los vendedores como de los prestamistas. Para acometer esa tarea de reforma de la legislación se han adoptado enfoques diferentes.

44. En algunos Estados que mantienen derechos especiales de los vendedores en materia de adquisiciones sobre la base de la reserva de la propiedad, los vendedores que retienen la titularidad pueden ampliar sus derechos en virtud de un contrato mediante la inserción en el acuerdo de venta de, por ejemplo, cláusulas sobre el producto (que con frecuencia se denominan cláusulas de “retención ampliada de la titularidad”). Además, algunos Estados permiten a los vendedores que retienen la titularidad estipular no sólo cláusulas sobre el producto de la enajenación, sino también cláusulas sobre los productos fabricados a partir de los bienes y cláusulas sobre todas las sumas adeudadas, fin de aumentar sus derechos. Por último, algunos ordenamientos jurídicos reconocen el derecho de expectativa del comprador en bienes que se adquieren en virtud de un arreglo de retención de la titularidad y permiten al comprador que otorgue sobre los bienes una garantía real de menor prelación a favor de otro acreedor. No obstante, en la mayoría de los Estados que mantienen los derechos especiales de los vendedores sobre la base de la reserva de la propiedad, sólo la simple retención de la titularidad se trata como mecanismo de titularidad, en tanto que esos otros arreglos de retención de la titularidad más complejos o no se reconocen o se tratan como mecanismos que dan lugar a garantías reales.

45. Aunque algunos Estados han reformado su legislación en materia de operaciones garantizadas para que los vendedores puedan constituir garantías reales preferentes del pago de una adquisición, continúan permitiendo que la retención de la titularidad, los arrendamientos financieros y otros mecanismos similares coexistan como operaciones separadas de financiación de adquisiciones. Sin embargo, en esos ordenamientos los diversos mecanismos mediante los cuales se recurre a la propiedad para garantizar la obligación de un comprador suelen estar regulados, básicamente por el mismo conjunto de reglas aplicables a las garantías reales del pago de que goza un vendedor. Otros Estados mantienen los derechos reales tradicionales del vendedor en garantía de la financiación de adquisiciones junto con las garantías reales del pago de la adquisición de que goza un vendedor,

aunque también permiten a los prestamistas invocar garantías reales sobre los bienes que son objeto de la venta. Para obviar el riesgo de una coordinación deficiente entre los diversos tipos de financiación de las adquisiciones, con frecuencia esos Estados dan un paso más e integran todas las operaciones de financiación de adquisiciones en el mismo marco de reglas que regulan las garantías reales en general.

46. Este último enfoque se basa en una decisión de índole normativa de tratar en pie de igualdad, hasta donde sea posible, todas las operaciones a que se recurre para financiar la adquisición de bienes corporales. Se parte del supuesto de que la creación de iguales oportunidades para todos los proveedores de crédito se traducirá en una mayor competencia entre ellos, con lo cual aumenta el volumen del crédito disponible y se reduce su costo. No obstante, los Estados que continúan permitiendo a los vendedores obtener una garantía basada en la reserva de la propiedad así como garantías reales del pago de una adquisición, de ordinario no permiten a los prestamistas que suministran crédito expresamente para financiar la adquisición de bienes corporales acceder a la posición de prelación privilegiada de vendedores y arrendadores. Para lograrlo, deberán seguir comprando esa posición privilegiada a los vendedores o arrendadores. Así pues, aunque esos tipos de régimen modernizado integran los derechos de que gozan los vendedores y arrendadores en el régimen de operaciones garantizadas, y con ello facilitan la financiación sobre la base de la expectativa del comprador o el arrendador, no permiten a esos otros financiadores competir directamente por un derecho de primer orden sobre los bienes que se compran como garantía de la financiación de la adquisición.

d) Enfoque basado en la plena integración de las garantías reales de los “préstamos de dinero para financiar compras”

47. Algunos Estados han ido aún más lejos. No sólo han adoptado un enfoque de la financiación de adquisiciones que tiende a promover el suministro de crédito para adquisiciones por parte tanto de los vendedores como de los prestamistas, sino que han promulgado también regímenes que tratan en pie de igualdad a todos los proveedores de financiación para adquisiciones. En esos regímenes, los prestamistas pueden no sólo constituir una garantía sobre el bien que es objeto de la venta, sino también ocupar la misma posición preferente que ocupan los vendedores que constituyen garantías reales sobre los bienes que venden. La consecuencia es que en esos regímenes las garantías reales del pago de una adquisición están por igual al alcance de vendedores, arrendadores, prestamistas y todos los demás proveedores de financiación para adquisiciones. A efectos de reglamentación, los diversos derechos reales de que gozan los propietarios en garantía de la financiación de las adquisiciones (retención de la titularidad, arrendamientos financieros y otros mecanismos similares) están a) plenamente integrados en un único tipo funcional de garantía real; y b) reciben tratamiento idéntico a las garantías reales tradicionales del pago de las adquisiciones de que disponen los prestamistas. En muchos Estados que han adoptado este enfoque, esas diversas garantías del pago son calificadas todas como garantías reales del “préstamo de dinero para financiar compras”.

48. Donde se ha adoptado el enfoque de garantías reales del “préstamos de dinero para financiar compras” hay dos importantes principios que rigen su aplicación. El primero es que la garantía real del préstamo de dinero para financiar compras, que en la presente Guía recibe el nombre de “garantía real del pago de una adquisición”,

es un concepto genérico. Esto significa que es aplicable a toda operación mediante la cual un financiador proporciona crédito para que un comprador pueda adquirir bienes corporales y obtiene una garantía sobre los bienes que se están comprando para respaldar el reembolso del crédito. El segundo principio es que la garantía real del préstamo de dinero para financiar compras es una especie de garantía real. O sea que, salvo cuando las circunstancias particulares de la financiación de adquisiciones exijan una regla especial aplicable a dichas garantías, todas las reglas aplicables a las garantías reales en general se aplican también a las garantías reales del pago de una adquisición.

49. Las siguientes son las características fundamentales de una “garantía real del pago de una adquisición” (utilizando la terminología de la Guía) en los Estados que han adoptado el enfoque plenamente integrado de las garantías reales del “préstamo de dinero para financiar compras”:

a) La garantía está al alcance no sólo de los proveedores de bienes, sino también de todos los demás proveedores de crédito, comprendidos los prestamistas y los arrendadores;

b) El acreedor garantizado financiador de adquisiciones recibe, a efectos de las operaciones garantizadas, una garantía real, independientemente de que ese acreedor retenga la titularidad de los bienes que se adquieren;

c) El comprador podrá ofrecer a otros acreedores una garantía real de prelación inferior sobre los mismos bienes y, por tanto, podrá utilizar el valor total de su activo para obtener crédito, con lo cual contribuye a incrementar la movilización de capital en la economía;

d) El acreedor garantizado financiador de adquisiciones, al igual que todos los demás acreedores garantizados, deberá normalmente inscribir una notificación de su garantía real en un registro general de garantías reales, a fin de establecer el orden de prelación frente a demandantes concurrentes y deberá ofrecer a terceros alguna vía para que se les informe de que otro acreedor invoca una garantía real sobre los mismos bienes;

e) Una vez que la notificación de la garantía real sea inscrita en el registro general de garantías reales la garantía real es oponible a terceros;

f) Si la notificación es inscrita dentro de un plazo breve después de la entrega de los bienes al comprador, la garantía real del pago de la adquisición tiene prelación, frente al titular de un derecho adquirido por sentencia judicial o el administrador de la insolvencia del comprador, entre el momento de la entrega de los bienes al comprador y la inscripción de la notificación;

g) Si los bienes son bienes de equipo y la notificación se inscribe dentro de un breve plazo tras la entrega de los bienes de equipo al comprador, la garantía real del pago de la adquisición tiene prelación sobre la garantía real de un acreedor garantizado preexistente sobre bienes de equipo futuros del comprador;

h) Si los bienes consisten en existencias y, antes de que éstas sean entregadas al comprador, el acreedor garantizado financiador de adquisiciones inscribe la notificación pertinente en el registro general de garantías reales y notifica además a todo acreedor garantizado preexistente que tenga una garantía real sobre existencias futuras del comprador, respecto de las cuales se haya inscrito una

notificación en el registro general de garantías reales, de que el acreedor garantizado financiador de adquisiciones invoca una garantía real de categoría superior sobre las existencias respecto del pago de la adquisición, la garantía real del pago de la adquisición tiene prelación sobre la garantía real del acreedor garantizado preexistente;

i) El acreedor garantizado financiador de adquisiciones que sea un vendedor o un arrendador puede hacer valer sus derechos, en el marco del procedimiento de insolvencia o al margen de él, de la misma manera que todos los demás acreedores garantizados y no tiene más derechos de ejecución basados en la titularidad.

50. En los últimos decenios, varios Estados han adoptado este enfoque plenamente integrado de las garantías reales del pago de una adquisición. Esa tendencia puede observarse también a nivel internacional. Por ejemplo, el Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil, del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit), regula la oponibilidad de la retención de la titularidad y los arrendamientos financieros aplicando reglas separadas, aunque básicamente similares a las que regulan las garantías reales. En consecuencia, hace extensivo el registro internacional previsto por el Convenio, que ya era aplicable a las garantías reales, a los acuerdos de retención de la titularidad y de arrendamiento financiero. Además, en virtud de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional¹, las mismas reglas se aplican a a) las cesiones a título de garantía; b) las cesiones puras a efectos de garantía; y c) incluso las cesiones simples y puras (véase el apartado a) del artículo 2), con lo cual evita trazar una distinción entre garantías reales y mecanismos de titularidad. De hecho, el artículo 22 de la Convención aborda expresamente diversos conflictos de prelación, incluso el conflicto entre un cesionario de los créditos y un acreedor del cedente cuyos derechos de retención de la titularidad sobre un bien se extiendan a los créditos derivados de la venta de ese bien (para la definición de “prelación” y “otra parte reclamante”, véanse los apartados g) y m) del artículo 5 de la Convención). El mismo enfoque de los derechos reales en garantía de la financiación de adquisiciones lo siguen el Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo en su Ley Modelo sobre Operaciones Garantizadas, la Organización de los Estados Americanos en su Ley Modelo Interamericana de Garantías Mobiliarias y el Banco Asiático de Desarrollo en su *Guía de registros de bienes muebles*.

4. Opciones normativas básicas

a) Observaciones generales

51. En el Capítulo III de la presente Guía se examinan los enfoques básicos de las garantías reales que podría adoptar un Estado que esté contemplando la posibilidad de reformar su régimen de operaciones garantizadas en general. Una cuestión básica que se aborda en ese capítulo es la forma de tratar las operaciones que aunque cumplen la función económica de operaciones garantizadas, se efectúan recurriendo a la titularidad de los bienes para garantizar el pago completo del crédito otorgado por el financiador. La cuestión se plantea tanto en el contexto de la insolvencia como al margen de él.

¹ Publicación de las Naciones Unidas, N° de venta S.04.V.14.

52. Muchos Estados continúan hoy día manteniendo una diversidad formal de mecanismo de financiación en todas las situaciones. O sea que reconocen a la vez los mecanismos de garantía y los mecanismos tradicionales como hipotecas y ventas con derecho de redención, en los que los prestamistas recurren al traspaso de la propiedad de los bienes de un prestatario para garantizar el cumplimiento de una obligación. Aunque otros Estados mantienen esta diversidad formal en situaciones ajenas a la insolvencia, en el marco de su régimen de insolvencia califican como mecanismo de garantía las operaciones en las que la titularidad se utiliza para garantizar el pago del crédito que reclama un acreedor. En esos Estados, todas las operaciones que cumplen la función económica de una garantía son tratadas como funcionalmente equivalentes a efectos de la insolvencia.

53. Otros Estados han adoptado ese enfoque de “equivalencia funcional ” y lo han hecho extensivo a contextos relacionados y no relacionados con la insolvencia. En esos Estados los ordenamientos pertinentes reconocen el carácter específico de esos diversos tipos de mecanismo y continúan permitiendo a los vendedores realizar operaciones de venta con retención de la titularidad o venta resolutoria y permitiendo a los prestamistas que realicen operaciones hipotecarias u operaciones de venta con derecho de redención. Sin embargo, a fin de velar por la coordinación adecuada entre esas diversas operaciones y asegurar en la medida posible su igualdad de tratamiento, esos Estados someten todas las operaciones de ese tipo, como quiera que se denominen, a un marco de reglas que producen resultados funcionalmente equivalentes. Algunos Estados aplican esa lógica hasta sus últimas consecuencias y adoptan lo que cabría llamar un enfoque “unitario”. El régimen de operaciones garantizadas de esos Estados califican como garantía las diversas operaciones que cumplan la función económica de una garantía, independientemente de la forma que tengan, y las denomina expresamente “garantías reales” (para la definición de “garantía real”, véase A/CN.9/631/Add.1, Introducción, secc. B, Terminología y reglas de interpretación).

54. La presente Guía recomienda que los Estados adopten tanto un enfoque de “equivalencia funcional” como un enfoque “unitario” de las operaciones garantizadas sin fines de adquisición en general. Todas las operaciones en que los derechos sobre un bien, comprendida la propiedad, se utilizan para garantizar una obligación ordinaria de pago que tenga un prestatario con un prestamista deberían tratarse como mecanismos de garantía, y ser identificadas como tales en el contexto de la insolvencia y en contextos no relacionados con la insolvencia (véase A/CN.9/631, recomendación 11). La Guía denomina esta opción enfoque “unitario y funcional”. Como se explica en el capítulo III, las principales ventajas del enfoque unitario y funcional son dos: a) promueve de manera más evidente la competencia entre los proveedores de crédito en función del precio y, por lo tanto, ofrece mayores posibilidades de aumentar la oferta de crédito a bajo costo; y b) ofrece mayores posibilidades de que las decisiones normativas de carácter legislativo se tomen por razones de eficiencia comparativa.

55. Con todo, surgen consideraciones ligeramente diferentes cuando la obligación que se garantiza es el pago del precio de compra de un bien corporal (o sea, cuando está de por medio una operación de financiación de adquisiciones). Las razones para tratar en pie de igualdad a todos los prestamistas, independientemente de la forma de la operación de crédito, no se aplican automáticamente a situaciones de financiación de adquisiciones, ya que las partes que intervienen no sólo son

prestamistas sino también vendedores. Por consiguiente, al decidir si adoptan el enfoque unitario y funcional, los Estados tendrán que determinar: a) si la lógica de las operaciones garantizadas tiene más peso que la lógica de la ley de venta y arrendamiento (o mejor, la lógica de la ley de propiedad) cuando vendedores y arrendadores recurren a esas operaciones para garantizar el pago del precio de compra (o su equivalente económico) de bienes corporales; o b) si la lógica de la venta y el arrendamiento debe primar sobre la lógica de las operaciones garantizadas como principio fundamental de organización en tales casos.

b) Equivalencia funcional: un concepto genérico de la financiación de adquisiciones

56. En el capítulo III de la Guía se señala que, si bien están estrechamente vinculados, los principios de “equivalencia funcional” y “caracterización unitaria” son independientes. La igualdad de oportunidades en el suministro de crédito es el objetivo primordial que los Estados deben perseguir al acometer la reforma de su régimen de operaciones garantizadas en general y, en particular, en relación con la financiación de adquisiciones. Las metas concretas son dos: en primer lugar, velar por que, en la medida de lo posible, se permita a todas las categorías de financiadores ofrecer crédito para que las empresas puedan adquirir bienes de equipo y existencias; y, en segundo lugar, velar por que, en la medida de lo posible, esos diversos financiadores estén sujetos a reglas jurídicas que los traten en pie de igualdad.

57. La idea de la igualdad de tratamiento de todos los financiadores que proporcionan crédito para adquisiciones queda plasmada en la expresión “equivalencia funcional”. Hay razones, relacionadas tanto con la política económica como con la concepción de las instituciones jurídicas, que podrían mover a los Estados a adoptar el principio de la equivalencia funcional. En las economías de mercado, la creación de iguales oportunidades para todos los proveedores de crédito aumentará la competencia entre ellos, con lo cual aumentará igualmente el volumen de crédito disponible y se reducirá su costo. No hay ninguna razón imperiosa de orden económico para que el fabricante o el distribuidor de bienes corporales goce de un monopolio en el suministro de crédito a los compradores. Una vez que se acepte que los financiadores deben poder competir para ofrecer a los compradores acceso a créditos para adquisiciones, el régimen jurídico en cuyo marco cumplan esa función no debería crear incentivos en favor de uno u otro subgrupo de financiadores. La manera más eficiente de asegurar la competencia en el suministro de crédito, sobre la base exclusivamente de las condiciones que ofrezca cada financiador, es establecer reglas jurídicas que les den a todos un tratamiento funcionalmente equivalente.

58. En otras palabras, se debería permitir a los compradores buscar la mejor oferta posible para satisfacer sus necesidades de crédito para adquisiciones. Los compradores deberían tener igualdad de oportunidades para negociar con cualquier financiador potencial el plazo del préstamo, las condiciones de pago, el tipo de interés, las circunstancias que constituirían un incumplimiento y el alcance de la garantía que ofrecen. Si el régimen jurídico permite que algunos financiadores obtengan mejores garantías reales que otros, quedará comprometida esa igualdad de oportunidades para negociar. Desde el punto de vista económico, la financiación de adquisiciones no presenta ninguna peculiaridad que induzca a un Estado a adoptar

un enfoque de la competencia en la oferta de financiación que sea diferente del que adopta en relación con la financiación ordinaria sin fines de adquisición.

59. Hay también razones relacionadas con la estructura de las instituciones jurídicas que pueden inducir a un Estado a adoptar el principio de la equivalencia funcional. Como ya se señaló, tradicionalmente los Estados han organizado la concesión de crédito a los compradores de bienes corporales otorgando ciertos derechos concretos a los vendedores (partiendo del supuesto de que los vendedores proporcionarían la mayor parte del crédito para la financiación de las compras y la mayoría de las ventas serían operaciones que se realizarían una sola vez en relación con un bien determinado). Con arreglo a ese supuesto, la preocupación primordial era simplemente asegurarse de que en caso de que el comprador no pagase el precio de compra, el vendedor pudiera recuperar el bien vendido rápidamente y sin tropiezos y libre de cualquier gravamen de terceros. El crédito era simplemente un apéndice de la venta y el interés principal del vendedor era recibir el valor económico que representaban los bienes que suministraba al comprador. Dos novedades exigieron a los Estados el replanteamiento de esa posición.

60. En primer lugar, a raíz de la expansión de las economías, aumentó la necesidad de crédito para adquisiciones y los vendedores se encontraron a menudo en una situación en la que no podían satisfacer todas las necesidades de crédito de sus compradores. Especialmente cuando fabricantes, mayoristas y minoristas compraban grandes cantidades de materias primas y existencias, se hizo cada vez más común la práctica de que los bancos, las empresas financieras y otros prestamistas concedieran crédito a los compradores con la finalidad expresa de adquirir las materias primas y las existencias que requerían. En segundo lugar, los tipos de equipo que se necesitaban para la fabricación y la distribución de los bienes eran cada vez más complejos y costosos. Además, con frecuencia por razones fiscales, los compradores descubrieron que a veces era económicamente más ventajoso arrendar el equipo necesario en lugar de comprarlo. Con frecuencia, esas operaciones de arrendamiento fueron estructuradas como el equivalente económico de una venta a crédito.

61. En ambos casos, una persona distinta del vendedor directo de los bienes suministraba al comprador (o comprador teórico) el crédito necesario para la adquisición. Los Estados se vieron enfrentados entonces al dilema de tener que decidir si estaba o no justificado continuar refiriéndose a los derechos del vendedor como la operación paradigmática de financiación de las adquisiciones. Los principales motivos de preocupación radicaban en el hecho de que a) aunque tradicionalmente los vendedores podían obtener sobre el bien vendido una garantía real de máxima prelación respaldada por su derecho de propiedad, otros financiadores, como los prestamistas, no podían hacerlo; y b) cuando la operación se estructuraba no como una venta sino como un arrendamiento, en el que el vendedor traspasaba la titularidad al comprador a cambio del derecho a anular la venta en caso de incumplimiento del pago de precio de compra, generalmente no era posible que el arrendatario presentara el bien arrendado como garantía para respaldar otro crédito. Esas inquietudes llevaron a los Estados a plantearse la cuestión de si un concepto genérico de una operación de financiación de adquisiciones, en el que el principio determinante fuese el hecho de que se estaba ofreciendo crédito a un comprador, no sería una forma más apropiada de estructurar esa rama del régimen de operaciones garantizadas.

62. Muchos Estados llegaron a la conclusión de que esa esfera del derecho se simplificaría si se ideaba un régimen jurídico en el que todos los proveedores de crédito para adquisiciones pudieran ejercer los mismos derechos frente a un comprador-prestatario que incumpliera sus obligaciones. Aun cuando decidieran que se debería continuar permitiendo que los vendedores protegieran sus derechos mediante la retención de la propiedad de los bienes vendidos hasta que el comprador abonara el pago completo, esos Estados llegaron a la conclusión de que el régimen jurídico sería menos incierto y daría lugar a menos litigios si se prescindía de trazar distinciones puramente formales entre los derechos que pueden invocar diferentes proveedores de créditos para adquisiciones. Esas consideraciones los llevaron a adoptar el enfoque de la equivalencia funcional: todas las operaciones a que se recurriera para financiar la adquisición de bienes corporales serían tratadas básicamente de la misma manera, independientemente de la forma que adoptasen e independientemente de la condición jurídica del acreedor (como vendedor, arrendador o prestamista).

63. Ajustándose a las recomendaciones del capítulo III (Criterios básicos aplicables a las garantías reales) de la Guía de que los Estados adopten el enfoque de la “equivalencia funcional” de las operaciones garantizadas sin fines de adquisición, en el presente capítulo de la Guía se recomienda que los Estados adopten ese mismo principio de “equivalencia funcional” respecto de todas las operaciones de financiación de adquisiciones, como quiera que se denominen (véase A/CN.9/631, cap. XII, exposiciones sobre la finalidad del enfoque unitario (secc. A) y del enfoque no unitario (secc. B); sin embargo, en la variante B de la recomendación 174, que se refiere al enfoque no unitario, no hay una equivalencia funcional, y en el apartado b) de la recomendación 200 bis sólo hay una equivalencia funcional condicionada).

c) Enfoques unitario y no unitario de la equivalencia funcional

64. La segunda importante opción de política que se les plantea a los Estados se relaciona con la manera de formular su legislación para lograr la equivalencia funcional. Una vez más, el principal objetivo es asegurarse de que, en la medida posible, el régimen jurídico ideado para crear esa equivalencia funcional se estructure de modo que facilite la oferta más amplia de crédito al precio más bajo posible. Hay dos formas posibles de ese tipo de eficiencia del régimen. Los Estados pueden optar por dejar sin efecto las distinciones entre las diversas formas de operaciones de financiación de adquisiciones y adoptar una única caracterización de esos mecanismos. En el enfoque unitario, todas las operaciones de financiación de adquisiciones darán lugar a “garantías reales del pago de la adquisición” y todos los financiadores serán considerados como “acreedores garantizados financiadores de adquisiciones” (para la definición de “garantía real del pago de una adquisición” y “derecho en garantía de la financiación de adquisiciones”, véase A/CN.9/631/Add.1, Introducción, secc. B, Terminología y reglas de interpretación). La Guía se refiere a ese método como el enfoque “unitario”.

65. La segunda posibilidad es que los Estados decidan mantener la modalidad de operaciones de financiación existentes y la caracterización que las partes den a su acuerdo (por ejemplo, venta, arrendamiento o préstamo), a reserva de que un tribunal declare esa caracterización como una ficción. No obstante, para lograrlo será necesario que adapten y racionalicen las reglas técnicas que aplican a de cada

operación, a fin de promover la equivalencia funcional y, de esa manera, incrementar la eficiencia. La Guía denomina ese método de regulación del crédito para adquisiciones el enfoque “no unitario”. Las operaciones de financiación de adquisiciones realizadas con arreglo al enfoque no unitario darán lugar o bien a “derechos en garantía de la financiación de adquisiciones” a favor de un “financiador de adquisiciones” cuando se recurra a un mecanismo de titularidad, o bien a “garantías reales del pago de una adquisición” a favor de “acreedores garantizados financiadores de adquisiciones” en caso de que se constituya una garantía real ordinaria a favor de un prestamista o un vendedor que traspasa la titularidad al comprador. En la presente Guía, en el contexto del derecho en garantía de la financiación invocado por un vendedor o un arrendador, el comprador o el arrendatario del bien se denominan “beneficiario de una transferencia para la financiación de adquisiciones” (para las definiciones de los términos mencionados en el presente párrafo, véase A/CN.9/631/Add.1, Introducción, secc. B, Terminología y reglas de interpretación).

66. La decisión de optar por uno u otro de esos dos enfoques es importante. Afectará a los derechos de terceros (tanto en el marco de procedimientos de insolvencia como al margen de ellos; sin embargo, el examen de las cuestiones de insolvencia figura en el capítulo XI) y, en consecuencia, incidirá en la oferta y el costo del crédito para los compradores de bienes corporales. Además, una vez que hayan optado por uno de esos enfoques, los Estados tendrán también que decidir exactamente en qué forma formularán las reglas concretas que regirán todos los aspectos de las operaciones de financiación de adquisiciones.

67. La adopción del enfoque unitario tiene una doble consecuencia. En primer lugar, todos los mecanismos de financiación de adquisiciones, independientemente de su forma, se considerarán como mecanismos de garantía, por lo general sujetos a las mismas reglas. Ello significa que los derechos de un acreedor sobre un bien en virtud de una venta con retención de la titularidad, la venta sujeta a una condición resolutoria, el acuerdo de venta a plazos, el arrendamiento financiero o cualquier operación similar se considerarán como una garantía real del pago de la adquisición y se regirán por las mismas reglas que regularían dicha garantía cuando es otorgada a un prestamista. En segundo lugar, en tales casos se considerará que el comprador ha adquirido la propiedad del bien independientemente de que el vendedor pretenda retener la titularidad por contrato.

68. Los Estados pueden seguir unos de dos caminos para promulgar el enfoque unitario en casos en que los vendedores recurren a un mecanismo de retención de la titularidad. Pueden estipular que el comprador pasa a ser el propietario a todos los efectos, lo cual significa que los Estados tendrían que enmendar expresamente otras disposiciones legislativas (como los estatutos fiscales) si desean que en tales operaciones los vendedores queden supeditados al mismo régimen de tributación que los propietarios. La segunda posibilidad sería estipular que los compradores pasen a ser propietarios únicamente a efectos del régimen de operaciones garantizadas y sus esferas conexas (en particular, el régimen de relaciones entre el deudor y el acreedor y el régimen de insolvencia).

69. En vista de que la Guía adopta el enfoque unitario de la financiación sin fines de adquisición, contempla la posibilidad de aplicar el enfoque no unitario únicamente con respecto a las operaciones de financiación de adquisiciones. No obstante, incluso cuando los Estados adopten el enfoque no unitario, deberán

estructurar el régimen de modo que refleje el principio de la equivalencia funcional (véase A/CN.9/631, recomendación 184, enfoque no unitario). Por ejemplo, el régimen debería tratar de manera funcionalmente equivalente a los vendedores que retienen la titularidad, a los vendedores que no retienen la titularidad pero sí el derecho a cancelar la venta, a los vendedores que no retienen la titularidad pero obtienen sobre el bien vendido una garantía real ordinaria del pago de la adquisición, a los arrendadores que retienen la titularidad y a los prestamistas que retienen sobre el bien vendido o arrendado una garantía real ordinaria del pago de la adquisición.

70. En principio, los Estados que adoptan un enfoque no unitario pero funcionalmente equivalente al enfoque unitario podrían lograr de dos maneras la equivalencia funcional entre los derechos de los vendedores que retienen la titularidad y los arrendadores financieros, por una parte, y los derechos de los acreedores garantizados financiadores de adquisiciones, por otra. Podrían o bien a) modelar los derechos otorgados a reclamantes que retienen la titularidad y reclamantes similares ajustándolos a los derechos de que gozan los acreedores garantizados financiadores de adquisiciones que no sean vendedores ni arrendadores; o bien b) modelar los derechos de esos otros acreedores garantizados financiadores de adquisiciones ajustándolos a los derechos de que ya gozan los acreedores que retienen la titularidad. En el primer caso, aunque todos los financiadores de adquisiciones recibirían el mismo tratamiento (como acreedores garantizados financiadores de adquisiciones), los financiadores de adquisiciones que retengan la propiedad tendrían derechos ligeramente diferentes a los de los propietarios ordinarios. En el segundo caso, aunque todos los financiadores de adquisiciones y acreedores garantizados financiadores de adquisiciones serían tratados de la misma forma (como financiadores de adquisiciones), los acreedores garantizados financiadores de adquisiciones y los acreedores garantizados que no sean financiadores de adquisiciones estarían sujetos a reglas ligeramente diferentes. Si bien desde el punto de vista formal estas pueden parecer opciones igualmente viables, habida cuenta del objetivo general de permitir a las partes obtener crédito garantizado en forma sencilla y eficiente, hay varias razones que hacen aconsejable el primer enfoque para lograr la equivalencia funcional en un régimen no unitario.

71. Se puede comenzar por el objetivo que se persigue. La pregunta es cuál de esos enfoques ofrece mayores probabilidades para obtener, independientemente de la fuente de crédito, la financiación más transparente y a más bajo costo. En primer lugar, sería una tarea muy compleja formular un conjunto de reglas que conviertan a los prestamistas en propietarios (en vista especialmente de que los prestamistas normalmente no poseerán la competencia técnica necesaria en la venta y mantenimiento de los bienes cuya adquisición están financiando). En segundo lugar, sería asimismo complicado formular un conjunto de reglas que distingan entre los derechos que se conceden a dos clases de prestamistas, a saber, los prestamistas garantizados corrientes y los prestamistas garantizados financiadores de adquisiciones. En tercer lugar, resulta mucho más sencillo modelar los derechos y obligaciones de un vendedor que goza de un derecho en garantía de la financiación, o sea, un financiador de las adquisiciones (en relación, por ejemplo, con la constitución, oponibilidad a terceros, orden de prelación frente a demandantes concurrentes y ejecución de ese derecho), ajustándolos a los derechos y obligaciones de un vendedor o un prestamista que se beneficia de una garantía real del pago de la adquisición (un acreedor garantizado financiador de adquisiciones).

La razón radica en que ese enfoque aumentaría la coherencia general del régimen de operaciones garantizadas, al mismo tiempo que permitiría a los Estados introducir los ajustes necesarios para mantener la coherencia de su régimen de propiedad según esté reflejado en el régimen de venta y arrendamiento. De ahí se desprende que los Estados que opten por adoptar el enfoque no unitario de las operaciones de financiación de adquisiciones deberían tratar de lograr la “equivalencia funcional” modelando los derechos de los financiadores de adquisiciones a tenor de los derechos de los acreedores garantizados financiadores de adquisiciones y no al contrario.

72. En el capítulo III (Criterios básicos aplicables a las garantías reales), la presente Guía recomienda que los Estados adopten el enfoque unitario de las operaciones garantizadas sin fines de adquisición. Dada esa orientación general, la Guía sugiere que, en la medida en que tengan la oportunidad de hacerlo, los Estados adopten también el enfoque unitario para lograr la equivalencia funcional entre los mecanismos de financiación de adquisiciones. No obstante esa sugerencia, la Guía reconoce que algunos Estados pueden sentir la necesidad de retener la modalidad de mecanismos de titularidad aplicables a los vendedores y otros proveedores. Por esa razón, en cada una de las subsecciones del presente capítulo las cuestiones pertinentes se examinan según se plantean en los ordenamientos jurídicos contemporáneos, ya sea que sigan el enfoque no unitario o el enfoque unitario. Cada subsección concluye con un examen de la forma en que se podría reformar mejor el régimen de financiación de adquisiciones según se adopte uno u otro de esos enfoques.

73. Además, en la sección B del presente capítulo figuran dos series de recomendaciones paralelas. La primera presenta recomendaciones acerca de la forma en que los Estados deberían formular los detalles de un enfoque unitario y funcional de las operaciones de financiación de adquisiciones (y aborda esa cuestión implícitamente pensando en los Estados que están promulgando por primera vez disposiciones legislativas para regular toda la gama de operaciones garantizadas). La segunda serie de recomendaciones trata de la forma en que los Estados que elijan retener el enfoque no unitario deberían formular reglas que regulen la financiación de adquisiciones mediante mecanismo de titularidad y, en particular, las operaciones de “retención de la titularidad” y “arrendamiento financiero”, así como las “garantías reales del pago de una adquisición”, de modo que en el enfoque no unitario se puedan lograr igualmente las ventajas económicas del enfoque unitario (para la definición de esos términos, véase A/CN.9/631/Add.1, Introducción, secc. B, Terminología y reglas de interpretación).

5. Constitución (eficacia entre las partes)

74. En el capítulo IV (Constitución de una garantía real (validez entre las partes)) de la presente Guía se examinan los requisitos para que una garantía real sea válida entre las partes. En ese capítulo se utiliza también el término “constitución” para calificar los requisitos necesarios para lograr la validez entre las partes. Como se explica allí, el criterio básico es hacer que los requisitos del logro de la validez entre las partes sean lo más sencillos posible (véase A/CN.9/631/Add.2, párrs. [...]). La manera concreta en que esos requisitos podrán ser transpuestos a la regulación de la validez entre las partes de los derechos que se derivan de una operación de

financiación de adquisiciones dependerá de la decisión de cada Estado de adoptar el enfoque “unitario” o el enfoque “no unitario”.

75. Por otra parte, en los Estados que continúan reconociendo las operaciones de retención de la titularidad y los arrendamientos financieros como operaciones bien diferenciadas, no es evidente que la palabra “constitución” sea la más apropiada para describir los derechos del vendedor o del arrendador. Por ejemplo, los derechos de propiedad de un arrendador no quedan constituidos por separado del contrato de arrendamiento, sino que son consecuencia directa del propio arrendamiento: los arrendadores son propietarios. De igual manera, el vendedor que retiene la propiedad no está constituyendo un nuevo derecho en su favor; simplemente continúa haciendo valer el derecho de propiedad que tenía previamente a la celebración del acuerdo con el comprador. No obstante, para facilitar la formulación, los acuerdos en virtud de los cuales un arrendador o un vendedor puede continuar haciendo valer su derecho de propiedad frente al arrendatario o el comprador al que han otorgado la posesión de los bienes se describirán a veces como acuerdos por los que se “constituyen” derechos reales en garantía de la financiación de adquisiciones (se podrá argumentar, con todo, que en algunos Estados en los que el comprador adquiere una expectativa de propiedad, se crea un nuevo tipo de propiedad bifurcada).

76. Los ordenamientos de los Estados que no tratan de igual manera todas las operaciones de financiación de adquisiciones imponen una amplia variedad de requisitos para que las garantías y derechos relacionados con las adquisiciones tengan validez entre las partes. Para comenzar, esos requisitos pueden variar dentro de cada Estado según la operación concreta de financiación de adquisiciones de que se trate (retención de la titularidad, arrendamiento financiero, garantía real). Además, pueden variar también ampliamente entre los distintos Estados, incluso con respecto al mismo tipo de operación de financiación de adquisiciones. En otras palabras, no todos los Estados conciben en forma idéntica la retención de la titularidad y los arrendamientos financieros y, por consiguiente, no todos imponen el mismo requisito para la constitución o reserva de ese derecho.

77. Como derecho en garantía de la financiación de adquisiciones, la retención de la titularidad se suele considerar como un derecho de propiedad que nace como complemento de un contrato de venta. Lo cual significa que, en muchos ordenamientos, los requisitos formales de constitución de un derecho de retención de la titularidad (para la definición de este término, véase A/CN.9/631, Introducción, secc. B, Terminología y reglas de interpretación) son los aplicables a los contratos de venta en general, sin que se exijan nuevos requisitos concretos de forma. De ahí que, si un Estado acepta que un contrato para la venta de bienes corporales puede celebrarse verbalmente, la cláusula del acuerdo que estipula que el vendedor retiene la propiedad hasta que se abone el pago completo del precio de compra, podrá también acordarse en forma verbal. En tales casos, la retención de la titularidad por el vendedor podrá convenirse de palabra o remitiéndose a la correspondencia entre las partes, a una orden de compra o a una factura en la que estén impresas las condiciones generales. Incluso cuando esos documentos no lleven la firma del comprador, su aceptación de las condiciones descritas en ellos está implícita en el hecho de recibir la entrega de los bienes y abonar la parte del precio de compra indicada, por ejemplo, en la orden o en la factura de compra. En otros Estados, aunque un contrato ordinario de venta se celebre verbalmente, se puede

exigir una constancia escrita (así sea mínima), una fecha precisa o una inscripción notarial, o incluso en un registro, para que la cláusula de retención de la titularidad de un contrato de venta tenga validez entre las partes.

78. En algunos Estados sólo el vendedor real puede beneficiarse de un derecho de retención de la titularidad y se le exigirá que cumpla los trámites de forma pertinentes. Naturalmente, los proveedores de crédito que se apoyen en contratos de arrendamiento financiero, acuerdos de venta a plazos y operaciones similares pueden retener también la propiedad en vista de la propia naturaleza de esos arreglos. La validez entre las partes de, por ejemplo, el derecho del arrendador dependerá de que el arrendador y el arrendatario cumplan los requisitos de forma corrientes de oponibilidad aplicables al arrendamiento financiero o el acuerdo de venta a plazos de que se trate. Otros proveedores de crédito para adquisiciones, como los prestamistas, no pueden obtener directamente ni un derecho de retención de la titularidad ni el derecho de propiedad de que goza un arrendador financiero. Para lograrlo, deben obtener del vendedor la cesión del saldo pendiente del precio de compra o del arrendador la cesión del contrato de arrendamiento. Por consiguiente, los requisitos de forma para que ese derecho sea eficaz son, en primer lugar, los aplicables a la operación inicial realizada con el comprador o el arrendatario y, en segundo lugar, los aplicables a la cesión de ese tipo de contrato.

79. Los distintos Estados que no tratan la retención de la titularidad ni los arrendamientos financieros como garantías reales adoptan también enfoques diferentes de la extensión de esos derechos a otros bienes. En algunos, si el bien cuya titularidad se retiene está mezclado con otros bienes, la retención de la titularidad se extingue. En unos cuantos, en cambio, la retención de la titularidad continúa surtiendo efecto entre las partes sin necesidad de que el vendedor cumpla ningún otro trámite de forma para preservar su derecho de propiedad siempre que haya bienes similares en poder del comprador. Igualmente, en algunos ordenamientos, la retención de la titularidad se preserva automáticamente incluso cuando el bien es elaborado para obtener un nuevo producto, en tanto que en otros la retención de la titularidad no puede hacerse extensiva a productos nuevos. Algunos Estados permiten también a los arrendadores continuar reclamando la propiedad del bien arrendado que haya sido ligeramente modificado o, según las condiciones del contrato de arrendamiento, la participación en el producto de una enajenación autorizada. En esos casos tampoco se requiere ningún trámite de forma adicional para preservar la validez entre las partes.

80. Entre los Estados que han adoptado el enfoque unitario hay una mayor similitud de los principios que regulan los requisitos de validez entre las partes de las garantías reales del pago de una adquisición. De hecho, prácticamente no es posible encontrar diferencias en ese aspecto. Además, dentro de cada sistema, los requisitos de forma para lograr que una garantía real del pago surta eficacia entre las partes son idénticos, independientemente de que la financiación la provea un vendedor, un arrendador financiero, un prestamista o cualquier otra persona. Además, en vista de que el crédito garantizado para adquisiciones se considera simplemente una categoría especial de financiación garantizada (ya que una garantía real del pago de una adquisición es simplemente una forma de garantía real), esos requisitos de forma serán los mismos requisitos, relativamente mínimos, que se exigen para las operaciones garantizadas sin fines de adquisición (por ejemplo, un acuerdo escrito y firmado en el que queden identificadas las partes y haya una

descripción aceptable de los bienes vendidos y su precio; véase A/CN.9/631, recomendaciones 12 a 14). Por último, dado que la garantía real del pago de una adquisición es una garantía real, pasará automáticamente a gravar los bienes manufacturados y el producto de la enajenación (véase A/CN.9/631, recomendaciones 18 a 23).

81. La diferencia anteriormente descrita entre los dos enfoques y entre los distintos ordenamientos pocas veces radica de manera significativa en el requisito de una constancia escrita. En la mayoría de esos ordenamientos se aceptaría igualmente la correspondencia, una factura, una orden de compra o documentos similares en que consten las condiciones generales, ya sea que se presenten en papel o en forma electrónica. Esta es, por otra parte, la posición general que sugiere la presente Guía en lo que concierne al requisito de una constancia escrita (véase A/CN.9/631, recomendaciones 9 y 10). Al parecer, la diferencia se encuentra más en el requisito de una firma, que posiblemente no sea necesaria siempre que el vendedor con retención de la titularidad, el acreedor garantizado financiador de adquisiciones o el arrendador financiero pueda demostrar mediante la presentación de otras pruebas que el comprador o el arrendatario ha aceptado las condiciones del acuerdo. Esa prueba podría consistir simplemente en la adquisición y utilización del bien por el comprador o el arrendatario sin formular ninguna protesta tras haber recibido el escrito. Esos requisitos mínimos de forma no son, por tanto, onerosos. Además, puesto que muchas operaciones de compra de bienes corporales están de hecho bien documentadas por otras razones, la cuestión raramente se plantea.

82. De acuerdo con el enfoque unitario, los requisitos de validez entre las partes son los mismos que los aplicables a las garantías reales sin fines de adquisición (véase A/CN.9/631, recomendación 184, enfoque unitario) y son idénticos, independientemente de la forma jurídica (ya sea que se denomine garantía real, retención de la titularidad, condicionamiento de la titularidad o arrendamiento financiero) de la operación (véase A/CN.9/631, recomendación 185, enfoque unitario).

83. De adoptar el enfoque no unitario, los Estados que deseen cosechar los beneficios de un régimen que cree una competencia en pie de igualdad en la oferta de crédito tendrían que elaborar un régimen que permita a los prestamistas adquirir la condición privilegiada de que gozan los financiadores de adquisiciones. Tendrían luego también que asegurarse de que las reglas que rigen la validez entre las partes produzcan resultados funcionalmente equivalentes, independientemente de la forma que adopte la operación de financiación de adquisiciones (véase A/CN.9/631, recomendación 184, enfoque no unitario). En particular, en lo que respecta a las reglas que regulan los aspectos siguientes: a) la capacidad de las partes en el contrato; b) el carácter y modalidades concretos de la obligación garantizada; c) los objetos sobre los que se podrá constituir el derecho en garantía de la financiación de las adquisiciones; d) las obligaciones de orden probatorio, como la constancia escrita y la firma; y e) el momento en que el acuerdo tiene validez entre las partes. Esas reglas tendrían que coordinarse cuidadosamente a fin de no dar preferencia a un tipo de operación de financiación de adquisiciones respecto de otra (véase A/CN.9/631, recomendación 185, enfoque no unitario).

6. Oponibilidad a terceros

a) Observaciones generales

84. En los capítulos IV (Constitución de una garantía real (validez entre las partes)) y V (Oponibilidad de una garantía real a terceros) de la presente Guía se traza una distinción entre la validez que tiene una garantía real entre el otorgante y el acreedor garantizado y la oponibilidad de esa garantía a terceros. El punto reviste particular importancia en relación con los derechos en garantía de la financiación de adquisiciones ya que, dependiendo de que se adopte el enfoque unitario o el enfoque no unitario, la distinción entre esos dos tipos de figura posiblemente no exista en la práctica.

85. La mayoría de los Estados no tratan la retención de la titularidad como una garantía real y, con contadas excepciones, no exigen que las operaciones de retención de la titularidad sean inscritas en un registro. Tampoco exigen al vendedor que adopte alguna otra medida de carácter formal para asegurar la oponibilidad a terceros. Por el contrario, en el momento en que el vendedor y el comprador celebran el acuerdo de venta donde figure una cláusula de retención de la titularidad, el derecho de propiedad del vendedor sobre el bien corporal que se ha vendido es oponible a terceros.

86. En algunos Estados se requiere, en cambio, la inscripción de la retención de la titularidad (en general o en el caso de determinados tipos de bienes corporales). En esos Estados, a menudo ocurre que la inscripción se requiere únicamente para que la retención de la titularidad por el vendedor sea oponible a terceros. Sin embargo, a veces no se establece distinción alguna entre la validez entre las partes de la retención de la titularidad y su oponibilidad a terceros. O sea que en algunos Estados la inscripción de la retención de la titularidad se considera como un requisito de la validez incluso entre las partes.

87. En el marco de cualquiera de esos regímenes de retención de la titularidad, el vendedor que retiene la titularidad goza de plenos derechos de propiedad y, en consecuencia, lo normal será que el comprador no tenga derechos sobre el bien que adquiere hasta que se traspase la titularidad. Esto significa que, salvo en los ordenamientos en que el comprador tenga un “derecho de expectativa” a gravar, ningún otro acreedor del comprador puede reclamar derechos sobre los bienes que se adquieren. Así ocurriría incluso cuando otro acreedor suministrara al comprador el crédito para adquirir los bienes y el valor de los bienes del comprador gravados con la retención de la titularidad fuese mayor que el monto de las obligaciones que aún adeuda al vendedor. En tales casos, el único bien sobre el que el otro acreedor podría invocar garantías reales sería el contrato de venta entre el vendedor y el comprador. El resultado sería exactamente el mismo tratándose de un arrendamiento financiero. El único bien del arrendatario sobre el cual el acreedor podría invocar garantías reales sería el contrato de arrendamiento (en el supuesto de que sea cedible).

88. Los ordenamientos que no reconocen el derecho de un comprador que adquiere un bien en virtud de una operación de retención de la titularidad, de un arrendatario en virtud de un arrendamiento financiero, a otorgar una garantía sobre su derecho de expectativa impiden o dificultan a los prestatarios aprovechar el pleno valor de la participación que hayan adquirido en bienes corporales gravados con garantías de retención de la titularidad o el valor del contrato de arrendamiento financiero. Vale decir que la lógica conceptual de un acuerdo de retención de la titularidad o de

arrendamiento financiero inhabilita al comprador para otorgar sobre los mismos bienes una garantía real sin desplazamiento a varios acreedores en el marco de un sistema que clasifique a esos acreedores en función de la prelación del derecho al pago. Es interesante observar, sin embargo, que en algunos de esos mismos Estados, existe un régimen que permite, en relación con los bienes inmuebles vendidos en una operación con retención de la titularidad, que haya acreedores hipotecarios múltiples, cuyo orden de prelación se basa en el momento de la inscripción.

89. En los Estados que siguen el enfoque unitario la retención de la titularidad y sus equivalentes económicos están sujetos a la inscripción de una notificación en el registro general de garantías reales (o algún requisito formal de otro tipo para que el derecho pase a ser oponible a terceros) de la misma forma que cualquier otra operación garantizada. Con arreglo a ese enfoque, además, el derecho del vendedor que retiene la propiedad por contrato o del arrendador que sigue siendo propietario en virtud de la naturaleza del arrendamiento se transforma en el derecho de un acreedor garantizado financiador de adquisiciones. El resultado es que el comprador o el arrendatario pueden utilizar la participación que tienen en el bien que compran o arriendan como garantía para nuevos créditos. O sea que compradores y arrendatarios pueden otorgar garantías reales a otros acreedores de la misma manera que podrían hacerlo en caso de que el vendedor hubiese vendido bienes corporales libres de gravámenes y simplemente hubiese obtenido su propia garantía real sobre ellos.

90. De acuerdo con el enfoque unitario, los requisitos de oponibilidad a terceros son los mismos que los que son aplicables a las garantías reales sin fines de adquisición y son idénticos, independientemente de la forma jurídica (ya que se denomine garantía real, retención de la titularidad, condicionamiento de la titularidad o arrendamiento financiero) de la operación (véase A/CN.9/631, recomendación 186, enfoque unitario).

91. De adoptar el enfoque no unitario, los Estados tendrían que velar por que en los requisitos de oponibilidad a terceros no hubiese diferencias sustanciales entre las distintas categorías de operaciones de financiación de adquisiciones (véase A/CN.9/631, recomendación 186, enfoque no unitario). Será preciso coordinar cuidadosamente una serie de reglas a fin de no dar preferencia a una forma de operación respecto de otra, en particular las reglas que regulan a) las modalidades mediante las cuales se puede lograr la oponibilidad a terceros; b) el momento en que surte efecto la oponibilidad a terceros cuando se cumplen los requisitos; y c) las consecuencias de la oponibilidad a terceros sobre el derecho del comprador o el arrendatario a otorgar garantías sobre los bienes. Concretamente, y a fin de maximizar la capacidad del comprador o del arrendatario para beneficiarse de bienes corporales que se adquiere en el marco del enfoque no unitario, los Estados tendrían que estipular que, independientemente de la operación de financiación de adquisiciones de que se trate, el beneficiario de una transferencia para la financiación de (para la definición de este término, véase A/CN.9/631/Add.1, Introducción, secc. B, Terminología y reglas de interpretación) pueda otorgar una garantía real sobre bienes gravados con un derecho real en garantía de la financiación de adquisición (véase A/CN.9/631, recomendación 185 bis, enfoque no unitario).

b) Oponibilidad a terceros de las operaciones de financiación de adquisiciones relacionadas con bienes de equipo y existencias

92. Como se señala en el capítulo V (Oponibilidad de una garantía real a terceros), el mecanismo general mediante el cual las garantías reales ordinarias pueden ser oponibles a terceros es la inscripción (véase A/CN.9/631, recomendación 33). Como ocurre con las garantías reales ordinarias, la inscripción de una notificación de un derecho en garantía de la financiación de adquisiciones o una garantía real del pago de una adquisición tiene por objeto notificar a terceros de la posibilidad de que exista dicha garantía y servir de base para determinar el orden de prelación entre demandantes concurrentes. La inscripción promueve la competencia en el mercado de crédito al suministrar información que permite a los financiadores evaluar en forma más idónea los riesgos que corren.

93. Por esa razón, la Guía recomienda que la oponibilidad a terceros de las operaciones de financiación de adquisiciones de todo tipo (ya sea que se denominen garantías reales, retención de la titularidad, arrendamientos financieros o de alguna otra manera) se haga depender normalmente de la inscripción de una notificación en el registro general de garantías reales. Cuando para lograr la oponibilidad a terceros respecto de operaciones garantizadas ordinarias la Guía recomienda también otros mecanismos (por ejemplo, posesión e inscripción en un registro especializado), esos mecanismos deberían también estar al alcance de los financiadores de adquisiciones y los acreedores garantizados financiadores de adquisiciones como alternativa para lograr la oponibilidad (véase A.CN.9/631, recomendación 186, enfoques unitario y no unitario).

94. Con arreglo al enfoque unitario, será necesario coordinar la inscripción de las garantías reales del pago de una adquisición y las garantías reales sin fines de adquisición en el registro general de garantías reales, a fin de que haya un mayor grado de certeza sobre la prelación relativa de los distintos demandantes concurrentes. Con arreglo al enfoque no unitario, las reglas que rigen la inscripción de una notificación respecto de diferentes mecanismos de titularidad tendrán también que coordinarse con las reglas generales relativas a la inscripción de una notificación respecto de las operaciones garantizadas. Mediante esa coordinación (que se logrará ya sea adaptando las reglas de inscripción de los mecanismos de titularidad para que concuerden con las reglas generales o adaptando estas últimas para que concuerden con las primeras mediante el establecimiento de un registro general de garantías reales) se obtendrá el grado de certeza necesario sobre la prelación relativa de demandantes concurrentes que gozan de diferentes tipos de derechos en garantía de la financiación de las adquisiciones. Más adelante, en la sección relativa a la prelación, se examinan los principios que deberían regular los conflictos de prelación en el marco tanto del enfoque unitario como del enfoque no unitario, incluidos los conflictos que se plantean cuando se utilizan métodos diferentes para lograr la oponibilidad (véase A/CN.9/631, recomendación 193, enfoques unitario y no unitario).

c) Período de gracia para la inscripción de determinadas operaciones de financiación de adquisiciones

95. Muchos Estados tratan de lograr una mayor eficiencia del proceso de inscripción concediendo a los vendedores y otros financiadores un breve “período de gracia” (20 ó 30 días) después de la entrega de los bienes vendidos o arrendados

para inscribir una notificación de determinadas operaciones de financiación de adquisiciones. Esos períodos de gracia existen tanto en los Estados que no consideran como garantías reales la retención de la titularidad, los arriendos financieros y otros derechos constituidos en garantía de la financiación de adquisiciones y como en los ordenamientos que consideran que todos esos derechos equivalen a garantías reales del pago de una adquisición. La utilización del período de gracia permite la entrega de los bienes sin tener que esperar a que se produzca la inscripción.

96. Con arreglo al enfoque unitario, si la notificación se inscribe dentro del período de gracia, el acreedor garantizado financiador de adquisiciones goza frente a otros demandantes de la misma prelación que la que hubiera podido invocar si hubiera efectuado la inscripción en el momento de la entrega o previamente a ella. En caso de que un Estado adoptase el enfoque no unitario, las mismas reglas relativas al período de gracia para la inscripción y a sus efectos se deberían aplicar a todos los derechos en garantía de la financiación de adquisiciones, independientemente de la forma jurídica (ya sea que se denomine garantía real, retención de la titularidad, condicionamiento de la titularidad o arrendamiento financiero) de la operación (véase A/CN.9/631, recomendación 189, enfoques unitario y no unitario).

d) Excepciones al requisito de inscripción respecto de operaciones relacionadas con bienes de consumo

97. En algunos Estados en los que, por lo demás, se exigiría la inscripción de una notificación de las operaciones de financiación de adquisiciones, se hace una excepción cuando dichas operaciones se relacionan con bienes de consumo (para la definición de ese término, véase A/CN.9/631/Add.1, Introducción, secc. B, Terminología y reglas de interpretación). Esa excepción significa que el vendedor que financia la adquisición de bienes corporales destinados al uso personal, doméstico o familiar del comprador no está obligado a cumplir el requisito de inscripción. Las operaciones de esa índole pasan a ser oponibles a terceros en el mismo momento en que adquieren validez entre las partes. La idea de fondo es que, en tales casos, es menos apremiante la necesidad de advertir a otros posibles financiadores (a menos que los consumidores revendan los bienes), en especial cuando los bienes de consumo son de escaso valor. En otros ordenamientos que por lo general exigen la inscripción, sólo están exentas de ese requisito las operaciones de venta de bienes de consumo de un valor relativamente bajo (por ejemplo, operaciones relacionadas con bienes de consumo hasta por un valor máximo de 3.000 euros o su equivalente, u operaciones sujetas a la jurisdicción de tribunales que se ocupan de demandas de menor cuantía).

98. En ambos tipos de ordenamientos el importante mercado de crédito para financiar la compra de vehículos automotores normalmente funciona mediante un sistema que requiere una notificación en el certificado de propiedad, pero no exige la inscripción en el registro de operaciones garantizadas. Además, es importante señalar que en los Estados donde se exime del requisito de inscripción cuando se trata de bienes de consumo, esa excepción se aplica sólo a las propias operaciones de venta de esos bienes. En otras palabras, la excepción no se aplica a una categoría de bienes sino únicamente a una categoría de operaciones relacionadas con esos bienes. Seguirá siendo necesario inscribir una notificación para lograr la

oponibilidad a terceros respecto de bienes que normalmente se venden a los consumidores cuando esos bienes se vendan a un mayorista o a un minorista a título de existencias.

99. La exención del requisito de inscripción se extiende también a la financiación de bienes de equipo y existencias. No obstante, si se fija un período de gracia para la inscripción de la notificación de una operación de financiación de adquisiciones de bienes de equipo en el registro general de garantías reales, el propio período de gracia puede hacer las veces de una exención respecto de operaciones de crédito a corto plazo que se paguen íntegramente dentro del período de gracia establecido ya que, desde un punto de vista práctico, el financiador de las adquisiciones no tendrá que efectuar la inscripción antes de que expire dicho período. En cuanto a las operaciones de financiación de adquisiciones de bienes de equipo con plazos más largos de reembolso y las operaciones relacionadas con existencias en general, la exención posiblemente no sea necesaria cuando el financiador de las adquisiciones pueda inscribir en el registro de operaciones garantizadas una única notificación aplicable a una serie de operaciones a corto plazo que tienen lugar a lo largo de un período más prolongado (por ejemplo, cinco años) (véase A/CN.9/631, recomendaciones 196 y 197, enfoques unitario y no unitario).

100. Con arreglo al enfoque unitario, la exención del requisito de inscripción de operaciones relacionadas con bienes de consumo se aplicaría independientemente de que el acreedor garantizado financiador de adquisiciones sea un vendedor, un arrendador o un prestamista, ya que todos ellos reclamarían idénticos derechos. Si se adoptase el enfoque no unitario, las reglas relativas a las excepciones del requisito de inscripción de operaciones relacionadas con bienes de consumo tendrían las mismas consecuencias, independientemente de la forma jurídica (ya sea que se denomine garantía real, retención de la titularidad, condicionamiento de la titularidad, arrendamiento financiero) de la operación de financiación de adquisiciones (véase A/CN.9/631, recomendación 187, enfoques unitario y no unitario).

7. Prelación frente a los derechos de demandantes concurrentes

a) Observaciones generales

101. En la presente Guía se adopta el término prelación en el contexto de los posibles conflictos entre quienes puedan tener derechos sobre bienes gravados con una garantía real (para la definición de los términos “prelación” y “demandante concurrente”, véase A/CN.9/631/Add.1, Introducción, secc. B, Terminología y reglas de interpretación). El concepto de prelación incluye, por tanto, los conflictos que se planteen con a) otros acreedores (acreedores garantizados, acreedores garantizados financiadores de adquisiciones, acreedores que puedan invocar un privilegio estatutario y acreedores judiciales); y b) otros demandantes (comprendidos los propietarios anteriores, los compradores y el administrador de la insolvencia). No obstante, algunos Estados (y en especial algunos de los Estados que no consideran los derechos de retención de titularidad y arrendamiento financiero como garantías reales del pago de una adquisición) adoptan un criterio más restrictivo respecto del concepto de prelación. Se considera que únicamente en los conflictos entre acreedores entran en juego las reclamaciones de prelación. Hecha esa aclaración, como quiera que se caractericen los conflictos entre diversos

demandantes eventuales, se deberán especificar cuidadosamente los derechos relativos de cada uno.

b) Grado de prelación de los acreedores garantizados financiadores de adquisiciones y los financiadores de adquisiciones

102. La presente Guía recomienda en el capítulo IV (Constitución de una garantía real (validez entre las partes)) que se pueda constituir una garantía real ordinaria tanto sobre los bienes existentes en el momento del acuerdo como sobre los bienes adquiridos con posterioridad al acuerdo (véase A/CN.9/631, recomendación 12). En el capítulo VII (Prelación de una garantía real frente a los derechos de todo demandante concurrente) recomienda también que, como regla general, la prelación se determine en función de la fecha de inscripción de una garantía real, incluso cuando se trate de bienes adquiridos con posterioridad (véase A/CN.9/631, recomendaciones 78 y 79). En consecuencia, a fin de fomentar el suministro de nuevos créditos para la adquisición de otros bienes, es necesario establecer reglas especiales de prelación aplicables a los conflictos entre los financiadores de las adquisiciones y los acreedores garantizados financiadores de adquisiciones, por una parte, y los acreedores garantizados preexistentes que no sean financiadores de adquisiciones y tengan derechos sobre bienes futuros del otorgante, por la otra.

103. En los Estados que no tratan las operaciones de retención de la titularidad ni los arrendamientos financieros como mecanismos de garantía, la prelación relativa de las reclamaciones se determina por referencia al derecho de propiedad del vendedor o el arrendador. El vendedor que retiene la titularidad o el arrendador gozan efectivamente, respecto de los bienes vendidos, de prelación frente a todos los demás demandantes concurrentes (con excepción de determinados compradores de buena fe en una operación realizada en el curso ordinario de los negocios). Además, en la mayoría de esos ordenamientos, hasta que el comprador adquiera la titularidad del bien, ninguno de los demás acreedores del comprador puede constituir garantías reales sobre los bienes que se venden o se arriendan. Esos otros demandantes cuyos derechos en relación con bienes corporales se derivan del otorgamiento hecho por la persona que adquiere los bienes (“el beneficiario de una transferencia para la financiación de adquisiciones”), por lo general no pueden invocar esos derechos contra el vendedor que retiene la titularidad o el arrendador financiero. Si bien los acreedores judiciales y el administrador de la insolvencia pueden reclamar los derechos contractuales del comprador, a menos que el ordenamiento permita al comprador hacer valer su derecho de expectativa, no podrán embargar los propios bienes. Por una razón similar, cuando se trate de arrendamientos financieros, tampoco podrán presentar una reclamación contra los propios bienes que se arriendan. Por último, en la mayoría de esos Estados nunca puede haber un conflicto entre prestamistas que reclamen un derecho en garantía de la financiación de las adquisiciones y un vendedor o un arrendador. En primer lugar, pocas veces ocurre que el prestamista pueda constituir una garantía sobre el derecho de expectativa del comprador y, en segundo lugar, aunque pudiera, la garantía normalmente no se consideraría como un derecho en garantía de la financiación. La única forma en que un prestamista podría adquirir un derecho de este tipo sería comprando los derechos del vendedor o el arrendador.

104. En los Estados que siguen el enfoque unitario están igualmente protegidos los derechos de prelación de un vendedor o un arrendador que invoca un derecho en

garantía de la financiación. Siempre que el vendedor que retiene la titularidad, el arrendador financiero o un demandante similar de la titularidad inscriba una notificación en el registro general de garantías reales dentro de un breve período de gracia y, en el caso de las existencias, tome ciertas medidas adicionales que se examinan más adelante, gozará de prelación frente a todos los demás demandantes (exceptuados determinados compradores de buena fe en operaciones realizadas en el curso ordinario de los negocios). Además, con arreglo al enfoque unitario, un prestamista que suministre financiación para que un comprador pueda adquirir los bienes será también un acreedor garantizado financiador de adquisiciones con prelación frente a otros demandantes, de la misma manera que un vendedor o un arrendador. Por último, el vendedor que retiene la titularidad, el arrendador financiero o el vendedor que constituye una garantía real ordinaria del pago de una adquisición, gozará de prelación respecto del mismo bien frente a cualquier otro financiador de adquisiciones, incluso cuando otro financiador (por ejemplo, un banco u otro prestamista) hubiera hecho oponible a terceros su garantía antes de que el vendedor lo hiciera. Así pues, en los Estados que siguen el enfoque unitario el vendedor y el arrendador podrán ocupar, frente a todos los demás demandantes, el mismo lugar de prelación preferente que el vendedor que retiene la titularidad o el arrendador financiero en un régimen no unitario.

105. Si bien los derechos en garantía de la financiación de adquisiciones y las garantías reales del pago de una adquisición normalmente pasarán a ser oponibles mediante la inscripción en el registro general de garantías reales, en el capítulo V (Oponibilidad de una garantía real a terceros) se examinan otros métodos para establecer la oponibilidad. Uno de ellos, la posesión por el acreedor garantizado, surtirá por lo general los mismos efectos que la inscripción y podrá considerarse como una alternativa a la inscripción. Por consiguiente, en caso de que un financiador de las adquisiciones o un acreedor garantizado financiador de adquisiciones haga oponibles sus derechos frente a terceros en virtud de la posesión dentro del período de gracia estipulado, sería aplicable el principio general de prelación (véase A/CN.9/631, recomendación 188, enfoques unitario y no unitario).

106. Cuando el acreedor garantizado que no financia adquisiciones hace oponible a terceros su garantía real mediante la inscripción en un registro especializado, el capítulo VII (Prelación de una garantía real frente a los derechos de todo demandante concurrente) recomienda que el acreedor que efectúe esa inscripción en el registro especializado goce de prelación, incluso con respecto a inscripciones hechas en el registro general de garantías reales o a la oponibilidad a terceros establecida mediante la posesión previa (véase A/CN.9/631, recomendación 83). A fin de aumentar la utilidad de los registros especializados, se debería aplicar una regla similar a los financiadores de adquisiciones y los acreedores garantizados financiadores de adquisiciones, que no deberían poder ocupar un lugar de prelación privilegiada simplemente en virtud de la inscripción en el registro general de garantías reales o la posesión dentro del período de gracia (véase A/CN.9/631, recomendación 193, enfoques unitario y no unitario). De ahí se desprende indirectamente que, como principio general y con sujeción a cualquier nueva ley, la garantía de un financiador de las adquisiciones o un acreedor garantizado financiador de las adquisiciones que haya sido inscrita en el registro especializado tendría prelación incluso sobre una garantía real sin fines de adquisición inscrita previamente en el registro especializado.

107. Con arreglo al enfoque unitario, todos los acreedores garantizados financiadores de adquisiciones están sujetos al mismo régimen de prelación y deben adoptar idénticas medidas para asegurar su orden de prelación. La única diferencia que existe entre las diferentes categorías de acreedores garantizados financiadores de adquisiciones radica en que en un conflicto de prelación entre un vendedor o un arrendador y otro acreedor, que invocan todos una garantía real del pago de una adquisición, el vendedor o arrendador tendría siempre prelación, independientemente de las fechas respectivas de inscripción de sus garantías (véase A/CN.9/631, recomendación 191, enfoque unitario).

108. Cuando se adopta el enfoque no unitario, para lograr la equivalencia funcional los Estados tendrían probablemente que introducir dos modificaciones en el régimen existente. En primer lugar, sería necesario permitir a los financiadores que no sean vendedores ni arrendadores y proporcionen crédito para adquisiciones alcanzar la posición de prelación privilegiada de vendedores y arrendadores constituyendo una garantía real del pago de la adquisición. En tales casos, es importante que se establezca reglas equivalentes relativas a la prelación de los derechos de los vendedores, independientemente de la modalidad jurídica (ya sea que se denomine garantía real, retención de la titularidad, condicionamiento de la titularidad o arrendamiento financiero) de la operación (véase A/CN.9/631, recomendación 188, enfoque no unitario). En segundo lugar, y de manera concomitante, en un conflicto entre un vendedor que retiene la titularidad, un arrendador financiero o un vendedor que constituye una garantía real del pago de una adquisición y un financiador de la adquisición que no sea un vendedor, sería necesario estipular que la prelación corresponde al vendedor o arrendador, independientemente de la fecha en que se inscriban esos diversos derechos en garantía de la financiación de la adquisición o garantías reales del pago de la adquisición (véase A/CN.9/631, recomendación 191, enfoque no unitario).

c) Prolación de las garantías reales del pago de una adquisición y los derechos en garantía de la financiación de adquisiciones respecto de garantías reales preexistentes sobre bienes corporales que no sean existencias ni bienes de consumo

109. Los principios generales de prelación que se acaban de exponer establecen un marco para la estructuración de los derechos de los financiadores de adquisiciones y los acreedores garantizados financiadores de adquisiciones, cuando se plantee entre ellos un conflicto respecto de los mismos bienes corporales. Con todo, no todos los bienes corporales cumplen la misma función económica ni son objeto de transacciones comerciales del mismo tipo. Por esa razón, es necesario establecer ciertas distinciones entre las distintas categorías de bienes (en particular, entre bienes de equipo, existencias y bienes de consumo). El caso de los bienes de equipo es particularmente importante.

110. Como ya se señaló, en la mayoría de los Estados que no consideran la retención de la titularidad ni los arrendamientos financieros como garantías reales, no se plantea el problema del conflicto entre financiadores de las adquisiciones cuando el derecho en garantía de la financiación de las adquisiciones es un derecho de retención de la titularidad o de arrendamiento financiero. Pocas veces se permite a acreedores garantizados preexistentes que no sean financiadores de adquisiciones constituir derechos sobre bienes de los que el otorgante todavía no es propietario y, en general, otros prestamistas no tienen derecho a reclamar una prelación especial

cuando financian la adquisición de bienes corporales por un comprador. Además, incluso aun cuando fuese posible constituir una garantía real sobre la expectativa de propiedad, esa expectativa únicamente será válida una vez que se haya abonado por completo el pago al vendedor o arrendador. Sin embargo, cuando el propio vendedor constituye una garantía real del pago de una adquisición en lugar de retener la titularidad y compite con una garantía real preexistente no relacionada con las adquisiciones, será necesario dejar establecida la prelación de la garantía real del pago de la adquisición de que goza el vendedor.

111. En los Estados que siguen el enfoque unitario la protección de los derechos del acreedor garantizado financiador de adquisiciones tendrá una base común. En el momento de la inscripción, antes o dentro del período de gracia aplicable después de la entrega de los bienes al otorgante, la garantía real del pago de la adquisición de los nuevos bienes de equipo adquiere prelación sobre garantías reales preexistentes sobre bienes de equipo futuros del otorgante. Debido a que la garantía real del pago de la adquisición deja sin efecto la regla general que establece la prelación en función del momento de la inscripción, esta posición privilegiada de una garantía real del pago se conoce a menudo como una “superprelación”.

112. Con arreglo al enfoque unitario, todos los acreedores garantizados financiadores de adquisiciones de bienes de equipo podrán invocar una superprelación de su garantía real del pago de una adquisición frente a acreedores garantizados que no sean financiadores de adquisiciones, siempre que inscriban en el registro general de garantías reales, dentro del período de gracia estipulado, una notificación que indique que invocan ese derecho (véase A/CN.9/631, recomendación 189, enfoque unitario).

113. Los Estados que adopten el enfoque no unitario tendrían que establecer reglas equivalentes relativas a la prelación de los derechos del vendedor o el arrendador frente a derechos preexistentes sobre bienes de equipo futuros, independientemente de la forma jurídica (ya sea que se denomine garantía real, retención de la titularidad, condicionamiento de la titularidad o arrendamiento financiero) de la operación. O sea que, aunque el comprador está facultado para otorgar una garantía real sobre bienes de equipo futuros, sobre los que únicamente tendrá un derecho de expectativa hasta que se pague íntegramente el precio de compra o termine el arrendamiento financiero, e incluso cuando esa garantía real sobre bienes de equipo futuros pase a ser oponible a terceros con anterioridad a la fecha de la venta, el vendedor que retenga la titularidad (o un financiador de adquisiciones similar) tendrá prelación si inscribe sus derechos dentro del mismo período de gracia concedido a cualquier otro financiador de adquisiciones (véase A/CN.9/631, recomendación 189, enfoque no unitario).

d) Prolación de las garantías reales del pago de una adquisición y los derechos en garantía de la financiación de adquisiciones respecto de garantías reales preexistentes sobre existencias futuras

114. Frecuentemente, el conflicto entre un derecho en garantía de la financiación de adquisiciones o una garantía real del pago de una adquisición y una garantía real sin fines de adquisición se plantea en relación con las existencias. En tales casos, entran en juego consideraciones normativas diferentes de las aplicables a la adquisición de bienes de equipo. La razón es la siguiente: los financiadores de existencias normalmente otorgan el crédito basándose en una reserva de existencias actuales o futuras y lo van desembolsando durante períodos cortos e incluso en forma diaria o

semanal. La reserva de existencias puede cambiar constantemente a medida que se venden algunas y se fabrican o se adquieren otras nuevas. Para obtener un nuevo anticipo del crédito para existencias el otorgante normalmente presentará al prestamista facturas o certificados que indiquen el estado actual de las existencias que sirven de garantía al nuevo anticipo.

115. En los Estados que no tratan las operaciones de retención de la titularidad ni los arrendamientos financieros como mecanismos de garantía, la prelación relativa de las reclamaciones se determina remitiéndose al derecho de propiedad del vendedor o el arrendador. Por esta razón los derechos del financiador de existencias son particularmente frágiles y los anticipos de crédito futuros se harán de ordinario partiendo del supuesto de que todas las nuevas existencias se adquieren con arreglo a una operación de retención de la titularidad. Será entonces necesario que el acreedor determine qué existencias han sido efectivamente pagadas por completo. Como resultado, se complican las gestiones del prestatario para obtener nuevos anticipos garantizados por la reserva de existencias.

116. En los Estados que siguen el enfoque unitario los derechos del financiador general de existencias son más seguros. Cuando los bienes adicionales que adquiere el otorgante están representados por existencias, la garantía real del pago de la adquisición tendrá prelación sobre una garantía real sin fines de adquisición constituida sobre existencias futuras, únicamente si la inscripción de una notificación en el registro general de garantías reales tiene lugar antes de la entrega de las nuevas existencias al otorgante. Además, en algunos Estados que siguen el enfoque unitario los financiadores de existencias preexistentes que hayan inscrito sus derechos deberán ser notificados directamente de que se está invocando sobre las nuevas existencias una garantía real del pago de la adquisición que goza de mayor prelación. Esa regla se explica porque no sería una práctica eficiente exigir al financiador de existencias sin fines de adquisición que consulte el registro general de garantías reales cada vez que tenga que efectuar un anticipo del crédito basándose en una reserva de existencias que cambia constantemente. Sin embargo, para evitar la imposición de una carga desmedida a los acreedores garantizados financiadores de adquisiciones, un mecanismo eficaz podría ser una única notificación general a los financiadores preexistentes de existencias sin fines de adquisición que figuren en el registro, notificación en la que constarán todos los envíos hechos al mismo comprador durante un período considerable (por ejemplo, cinco años o el mismo período de validez de inscripción a efectos de la oponibilidad de la garantía real a terceros). Esto significaría que, una vez que se haya notificado a esos financiadores preexistentes, no sería necesario dar, dentro del período establecido, una nueva notificación respecto de cada una de las operaciones relacionadas con existencias múltiples realizadas entre el acreedor garantizado financia las adquisiciones y la parte que adquiere las existencias.

117. En el enfoque unitario los acreedores garantizados financiadores de adquisiciones de existencias pueden invocar una superprelación de su garantía real del pago de una adquisición sobre los derechos de quienes no financian adquisiciones de existencias, a condición de que inscriban en el registro general de garantías reales una notificación que indique que invocan una garantía real del pago y den aviso por escrito, previamente a la entrega de las existencias al otorgante, a los acreedores que no sean financiadores de adquisiciones que se hayan inscrito anteriormente en el registro (véase A/CN.9/631, recomendación 192, enfoque unitario).

118. En caso de que un Estado adopte el enfoque no unitario, se deberían establecer reglas equivalentes relativas a la prelación de los derechos del vendedor sobre derechos preexistentes en existencias futuras, independientemente de la forma jurídica de la operación (ya sea que se denomine garantía real, retención de la titularidad, condicionamiento de la titularidad o arrendamiento financiero). O sea que, no obstante el hecho de que el vendedor que retiene la titularidad siga siendo el propietario de los bienes entregados, las reglas que rigen la venta de existencias deberán ser reajustadas de modo que la titularidad del vendedor tenga prelación frente a derechos preexistentes sobre existencias futuras únicamente en las mismas condiciones en que sus derechos tendrían prelación si se derivaran de una garantía real del pago de la adquisición constituida por ese vendedor (A/CN.9/631, recomendación 192, enfoque no unitario).

e) Prolación de las garantías reales del pago de una adquisición y de los derechos en garantía de la financiación de adquisiciones respecto de garantías reales preexistentes sobre bienes de consumo

119. La presente Guía recomienda, como excepción a la regla general, que los derechos en garantía de la financiación de adquisiciones y las garantías reales del pago de una adquisición pasen a ser oponibles a terceros sin necesidad de inscripción en el registro general de garantías reales ni de la posesión por el acreedor (véase A/CN.9/631, recomendación 187, enfoques unitario y no unitario). En otras palabras, cuando se trata de bienes de consumo, la prelación de un derecho en garantía de la financiación de adquisiciones o una garantía real del pago de una adquisición frente a una garantía real sin fines de adquisición constituida por el beneficiario de una transferencia para la financiación de adquisiciones se obtiene automáticamente a partir del momento en que la garantía pase a ser oponible a terceros.

120. Con arreglo al enfoque unitario, todos los financiadores de adquisiciones y los acreedores garantizados financiadores de adquisiciones de bienes de consumo podrán invocar, frente a acreedores garantizados que no sean financiadores de adquisiciones, una superprelación de su derecho real en garantía de la financiación de adquisiciones o su garantía real del pago de una adquisición sin necesidad de que la garantía pase a ser oponible mediante inscripción o posesión (véase A/CN.9/631, recomendación 190, enfoque unitario).

121. Los Estados que adopten el enfoque no unitario tendrían que establecer reglas equivalentes respecto de la prelación de los derechos de vendedores o arrendadores frente a derechos preexistentes sobre bienes de consumo, independientemente de la forma jurídica (garantía real, retención de la titularidad, condicionamiento de la titularidad o arrendamiento financiero) de la operación. Esa prelación podría, naturalmente, derivarse de la propiedad del vendedor o el arrendador o, en el caso de un vendedor o prestamista que constituya una garantía real del pago de una adquisición, del principio general que se aplica a las garantías reales del pago de adquisiciones de bienes de consumo (véase A/CN.9/631, recomendación 190, enfoque no unitario).

f) Prelación de las garantías reales del pago de una adquisición y los derechos en garantía de la financiación de adquisiciones respecto de los derechos de acreedores judiciales

122. La presente Guía recomienda, en el capítulo VII (Prelación de una garantía frente a los derechos de todo demandante concurrente), que los acreedores judiciales que obtengan una sentencia y adoptan las medidas requeridas para constituir derechos sobre el activo de un deudor judicial tendrán, en general, prelación sobre acreedores garantizados existentes respecto de los adelantos del crédito que se efectúen después de que sean informados de los derechos del acreedor judicial (véase A/CN.9/631, recomendación 90). Cuando el derecho concurrente en cuestión es un derecho en garantía de la financiación de adquisiciones o una garantía real del pago de adquisiciones, se deben tener en cuenta, según la clase de bienes corporales de que se trate, una serie ligeramente diferente de consideraciones. Por ejemplo, si los bienes corporales están representados por bienes de consumo, el financiador de adquisiciones o el acreedor garantizado financiador de adquisiciones no tendrá la obligación de inscribir sus derechos o tomar posesión de los bienes para que esos derechos sean oponibles a terceros. De ahí que el financiador de adquisiciones goce automáticamente de un orden de prelación privilegiado frente a los acreedores judiciales. Si los bienes son existencias, el financiador de adquisiciones o el acreedor garantizado financiador de adquisiciones deberán tener la posesión de los bienes o haber inscrito sus derechos y notificado de ellos a terceros ya inscritos con anterioridad a la entrega. Por ello, el acreedor judicial siempre tendrá conocimiento de los posibles derechos de todo financiador de las adquisiciones o acreedor garantizado financiador de las adquisiciones. En un caso, sin embargo, se da al financiador de las adquisiciones o al acreedor garantizado financiador de las adquisiciones un período de gracia para inscribir sus derechos. No obstante, pocas veces ocurre que una persona que invoca un derecho en garantía de la financiación de adquisiciones o una garantía real del pago de una adquisición haga anticipos del crédito.

123. Hecha esta aclaración, cuando un acreedor judicial se proponga ejecutar la sentencia contra los bienes de su deudor, no debería, en general, poder frustrar los derechos de un financiador de adquisiciones o un acreedor garantizado financiador de adquisiciones que haya añadido valor a la masa de la insolvencia del deudor. Por esa razón, en caso de que se adopte el enfoque unitario, se debería estipular que, mientras un acreedor garantizado financiador de adquisiciones haga oponibles sus derechos a terceros dentro del período de gracia establecido, gozará de prelación incluso frente a acreedores judiciales que inscriban su sentencia durante ese período de gracia (véase A/CN.9/631, recomendación 194, enfoque unitario). Si se adopta el enfoque no unitario, debería otorgarse una protección similar a los vendedores que retienen la titularidad y a los arrendadores financieros así como a los financiadores que hayan constituido una garantía real del pago de la adquisición (véase A/CN.9/631, recomendación 194, enfoque no unitario).

g) Prelación de las garantías reales del pago de una adquisición y los derechos en garantía de la financiación de adquisiciones constituidos sobre accesorios fijos y sobre masas de bienes o productos acabados

124. La presente Guía recomienda en el capítulo VII (Prelación de una garantía real frente a los derechos de todo demandante concurrente) que una garantía real sobre

un accesorio fijo de un bien mueble que se haga oponible a terceros mediante la inscripción en un registro especializado o mediante una anotación en el certificado de titularidad, tenga prelación sobre una garantía real en el bien mueble conexo que sea inscrita posteriormente en el registro general de garantías reales (véase A/CN.9/631, recomendación 95). Esa recomendación se apoya en el hecho de que las garantías reales que son oponibles a terceros conservan su validez incluso después de que el bien que gravan haya pasado a ser un accesorio fijo de otro bien. En tales casos, si dos o más garantías reales gravan el bien en el momento en que se convierte en un accesorio fijo, conservarían su prelación relativa después de ese hecho. Con respecto a una masa de bienes o producto acabado (o, en otras palabras, a bienes mezclados), la Guía recomienda que las garantías reales pasen a la masa de bienes o el producto acabado y, si se trata de dos o más garantías, conserven su prelación relativa en la masa de bienes o el producto acabado (véase A/CN.9/631, recomendación 96).

125. Sin embargo, en ambas situaciones será necesario también determinar la prelación relativa de derechos constituidos sobre los diferentes bienes corporales que pasen a quedar unidos por incorporación o mezcla. La Guía establece que se apliquen las reglas ordinarias de prelación de modo que la fecha de inscripción en el registro general de garantías reales determine el grado de prelación, a menos de que una de las garantías reales sea una garantía real del pago de una adquisición. Una garantía real del pago constituida sobre una parte de un bien mezclado tendría prelación frente a una garantía real sin fines de adquisición registrada anteriormente (y posiblemente incluso sobre una garantía real del pago) concedida por el mismo otorgante sobre la totalidad de la masa de bienes o el producto (véase A/CN.9/631, recomendación 98). No obstante, la Guía no adopta una posición para determinar si una garantía real del pago de una adquisición constituida sobre un accesorio fijo debería tener prelación sobre una garantía real sin fines de adquisición (o incluso cuando este relacionada con la adquisición) inscrita con anterioridad que el mismo otorgante conceda sobre los bienes corporales que se incorpora al accesorio fijo.

126. En los Estados que no consideran la retención de la titularidad ni los arrendamientos financieros como mecanismos de garantía, las reglas generales de prelación expuestas en el capítulo VII no serían directamente aplicables a la financiación de adquisiciones. El capítulo VII trata de situaciones en que todas las formas de operación garantizada son consideradas como garantías reales en virtud del enfoque general unitario y funcional. Sin embargo, en el contexto de la financiación de adquisiciones los derechos relativos de las partes dependen de las reglas generales que rigen los accesorios fijos. Normalmente, si el bien accesorio puede ser separado sin ocasionar daño al bien al que está incorporado, el vendedor que haya retenido la titularidad conservaría la propiedad del accesorio. En caso de que no se pueda separar el accesorio, será necesario determinar cuál de los dos tiene mayor valor, el accesorio o el bien al que está incorporado. Si el bien corporal cuya propiedad ha retenido el vendedor tiene mayor valor, el vendedor adquiere la propiedad del todo, con sujeción únicamente a la obligación de abonar el valor del otro bien. Si el bien corporal cuya propiedad ha retenido el vendedor tiene menos valor, el vendedor pierde su derecho de propiedad y podrá solamente presentar una reclamación contra el nuevo propietario por el valor del bien que antes fue suyo.

127. Con arreglo al enfoque unitario, los acreedores garantizados financiadores de adquisiciones que posean derechos en accesorios fijos y bienes que estén mezclados

podrán, por lo general, invocar una superprelación sobre los financiadores de existencias sin fines de adquisición. Gozarán de prelación frente a todos los demás acreedores garantizados que reclamen un derecho sobre el accesorio o los bienes corporales mezclados o sometidos a elaboración. Gozarán asimismo de prelación frente a los acreedores garantizados no financiadores de la adquisición del bien a que esté incorporado el accesorio, al menos con respecto al valor del accesorio, y tendrán igualmente prelación sobre los acreedores garantizados no financiadores de adquisiciones que tengan una garantía sobre la totalidad de la masa de bienes o el producto acabado (véase A/CN.9/631, recomendaciones 96 a 98).

128. En caso de que un Estado adopte el enfoque no unitario, se deberían establecer reglas equivalentes relativas a la prelación de los derechos del vendedor frente a todos los demás derechos sobre el accesorio o el bien corporal móvil que vaya a ser mezclado o elaborado, independientemente de la modalidad jurídica (ya sea que se denomine garantía real, retención de la titularidad, condicionamiento de la titularidad o arrendamiento financiero) de la operación. O sea que, pese a que el vendedor que retiene la titularidad de un accesorio fijo podrá perder la propiedad del accesorio, debería poder invocar su prelación ya sea en la parte de la masa de bienes o el producto acabado que se vende o en el accesorio que se vende. El mecanismo exacto mediante el cual tendrían que ajustarse las reglas relativas a los accesorios fijos de bienes muebles dependerá de las disposiciones detalladas del régimen vigente en cada Estado concreto que opte por adoptar el enfoque no unitario.

h) Prelación de las garantías reales del pago de una adquisición y los derechos en garantía de la financiación de adquisiciones constituidos sobre accesorios de bienes inmuebles

129. En el capítulo VII (Prelación de una garantía real frente a los derechos de todo demandante concurrente) la presente Guía recomienda que, después de la incorporación, una garantía real sobre accesorios fijos de bienes inmuebles que se haga oponible a terceros en virtud del régimen de la propiedad inmobiliaria tiene prelación frente a una garantía real constituida sobre esos accesorios que pase a ser oponible en virtud del régimen de operaciones garantizadas. Y, a la inversa, si la garantía real sobre bienes corporales pasa a ser oponible antes de la incorporación y se inscribe en el registro de propiedad inmobiliaria, tendrá prelación frente a las garantías reales sobre los bienes inmuebles que sean inscritas subsiguientemente (véase A/CN.9/631, recomendaciones 93 y 94). El razonamiento en que se basan esas disposiciones se debería aplicar también a los derechos en garantía de la financiación de adquisiciones y a las garantías reales del pago de una adquisición.

130. Los derechos de un financiador de adquisiciones o de un acreedor garantizado financiador de adquisiciones sobre bienes corporales que pasen a ser accesorios fijos deberían tener prelación frente a gravámenes existentes sobre los bienes inmuebles, siempre que se inscriban en el registro de la propiedad inmobiliaria dentro de un plazo razonable después de que se produzca la incorporación. En ese caso, la persona que invoque un gravamen existente sobre el bien inmueble ha efectuado los anticipos del crédito basándose en el valor del bien inmueble en el momento de tales anticipos y no tenía una expectativa preexistente de que el accesorio se podría utilizar para satisfacer su reclamación. Naturalmente, en los casos en que el gravamen preexistente sobre el bien inmueble garantice un préstamo

destinado a financiar obras de construcción, no tendría validez ese mismo supuesto y las razones para preservar la prelación privilegiada del financiador de adquisiciones o el acreedor garantizado que financia adquisiciones son menos convincentes.

131. En el marco del enfoque unitario, es posible establecer una regla única que rijan esos casos, ya que el derecho del acreedor garantizado financiador de adquisiciones será siempre una garantía real (véase A/CN.9/631, recomendación 195, enfoque unitario). Sin embargo, cuando un Estado elija el enfoque no unitario será necesario adaptar las reglas relativas a los accesorios fijos a fin de lograr un resultado que sea funcionalmente equivalente, independientemente de la forma de la operación. Sería necesario, por lo tanto, especificar que el vendedor que retiene la titularidad y el arrendatario financiero perderán su prelación frente a un financiador de obras de construcción, incluso cuando la titularidad del bien que es incorporado no pase automáticamente al propietario del bien inmueble (como ocurriría con bienes vendidos en virtud de la retención de la titularidad o arrendados en virtud de un arrendamiento financiero que sean plenamente incorporados en el bien inmueble) (véase A/CN.9/631, recomendación, 195, enfoque no unitario).

i) Prelación entre las garantías reales del pago de una adquisición y los derechos en garantía de la financiación de adquisiciones que sean concurrentes

132. En los diversos conflictos de prelación ya descritos en la presente sección, los demandantes concurrentes hacen valer diferentes derechos sobre bienes corporales. O sea que los conflictos se plantean entre los derechos de un financiador de adquisiciones o un acreedor garantizado financiador de adquisiciones y un acreedor garantizado que no financia adquisiciones, un acreedor judicial o un acreedor que posea una garantía sobre el bien inmueble que invoquen derechos sobre un accesorio fijo. Puede suceder, no obstante, que el conflicto se plantee entre dos demandantes, cada uno de los cuales invoca derechos derivados de una operación de financiación de adquisiciones. Hay diversas situaciones en las que así puede ocurrir y las consideraciones de orden normativo que deberían entrar en juego en la solución de esos conflictos son complejas.

133. En los Estados que no tratan las operaciones de retención de la titularidad ni los arrendamientos financieros como mecanismos de garantía, la prelación relativa de los derechos reclamados se determina por referencia al derecho de propiedad del vendedor o el arrendador. A menos que el ordenamiento permita a otros acreedores constituir una garantía real sobre el derecho de expectativa del comprador, no debería plantearse un conflicto entre propietarios y acreedores garantizados. Además, incluso si existiera la posibilidad de que un acreedor constituyese una garantía real sobre el derecho de expectativa de un comprador o un arrendatario, ese derecho de expectativa no se hará efectivo hasta que se haya abonado íntegramente el pago al vendedor o al arrendador. En otras palabras, en la mayoría de esos ordenamientos nunca podrá haber un conflicto entre prestamistas que invoquen derechos en virtud de una operación de financiación de adquisiciones y un vendedor o un arrendador. La única forma en que el prestamista podría obtener una garantía real del pago de una adquisición sería recibiendo del vendedor que retiene la titularidad o el arrendador financiero una cesión de la obligación garantizada.

134. Por otra parte, en los Estados que no tratan las operaciones de retención de la titularidad ni los arrendamientos financieros como mecanismos de garantía, con frecuencia es posible que un vendedor (aunque no un arrendador) traspase al comprador la titularidad del bien que se vende y obtenga a cambio una garantía real. Aunque algunas veces esos derechos del vendedor nacen en virtud de la ley (por ejemplo, el privilegio del vendedor), otras se derivan también de un acuerdo de garantía celebrado entre el vendedor y el comprador. En tales casos, el comprador bien puede otorgar garantías reales concurrentes sobre el bien que se adquiere. Esos derechos podrían ser garantías reales concedidas e inscritas antes o después de que se haya comprado el bien, en virtud de una garantía real que se extienda a los bienes actuales y futuros. No obstante, incluso cuando el prestamista efectúa anticipos del crédito para que el comprador pueda adquirir los bienes, la garantía que obtiene sobre el bien se considera invariablemente una garantía real ordinaria. Lo cual significa que en la mayoría de los Estados que no tratan las operaciones de retención de la titularidad ni los arrendamientos financieros como mecanismos de garantía no es posible que los prestamistas accedan directamente al lugar de prelación privilegiada que se da a un vendedor que constituye una garantía real del pago de una adquisición. Así ocurriría incluso cuando el comprador obtuviera del vendedor la propiedad y otorgara al vendedor una garantía real del pago sobre el bien que se adquiere. Una vez más, en la mayoría de esos Estados la única forma de que un prestamista puede adquirir la prelación privilegiada que se da a una garantía real del pago de una adquisición sería obteniendo del vendedor que haya constituido para sí esa garantía real una cesión de la obligación garantizada.

135. En los Estados que siguen el enfoque unitario los derechos de prelación de un vendedor y un arrendador están protegidos, ya que los derechos que por lo demás invocarían están caracterizados como garantías reales del pago de una adquisición y gozan del mismo orden de prelación privilegiada mediante la aplicación de los conceptos de la superprelación de la “garantía real del préstamo de dinero para financiar adquisiciones”. Ese orden de prelación privilegiada se concede también a los vendedores que simplemente obtienen una garantía real sobre el bien que se suministra. Además, y como excepción a la situación que predomina en los ordenamientos no unitarios, los prestamistas que hacen anticipos de dinero a los prestatarios para que puedan adquirir bienes corporales tienen la posibilidad de obtener una garantía real sobre el bien que se adquiere, garantía que se caracterizará como una garantía real del pago de una adquisición. En otras palabras, en el marco del enfoque unitario existe la posibilidad de que se plantee un auténtico conflicto entre más de una garantía real del pago de una adquisición.

136. Con arreglo al enfoque unitario seguido en muchos ordenamientos, la ley establece explícitamente que en todo conflicto entre un vendedor que invoque una garantía real del pago de una adquisición y un prestamista que invoque también una garantía del mismo tipo, la garantía del vendedor tendrá prelación, independientemente de las fechas respectivas en que esas garantías del pago hayan pasado a ser oponibles a terceros. En los ordenamientos unitarios se establece también que en un conflicto entre dos garantías reales del pago de una adquisición constituidas por prestamistas, la fecha en que la garantía pasó a ser oponible a terceros determinará el orden de prelación relativa de cada una de ellas.

137. Los Estados que opten por el enfoque no unitario deberán tomar una decisión de orden normativo a fin de determinar si se permitirá a los financiadores que no sean vendedores ni arrendadores constituir garantías reales sobre los bienes que esté adquiriendo su prestatario y si esas garantías confieren el orden de prelación privilegiada propio de una garantía real del pago de una adquisición. En caso negativo, nunca se producirá un conflicto entre dos o más garantías reales del pago de una adquisición o entre un derecho en garantía de la financiación de adquisiciones y una garantía real del pago de una adquisición. En caso afirmativo, los Estados tendrán también que adoptar una regla que estipule la prelación de un derecho en garantía de la financiación de adquisiciones obtenido por un vendedor o arrendador o una garantía real del pago de una adquisición constituida por un vendedor frente a toda otra garantía real del pago o todo otro derecho en garantía de la financiación, cualquiera que sea la fecha respectiva en que los derechos del vendedor o el arrendador hayan pasado a ser oponibles a terceros. Además, los Estados deberán también especificar que, como ocurre entre los derechos en garantía de la financiación de adquisiciones y las garantías reales del pago de una adquisición constituidos por financiadores distintos de los vendedores o arrendadores, la prelación de esos derechos y garantías vendrá determinada por la fecha en que hayan pasado a ser oponibles a terceros, independientemente de la forma de la operación (véase A/CN.9/631, recomendación 191, enfoques unitario y no unitario).

138. Hay varias razones que posiblemente muevan a los Estados que opten por el enfoque no unitario a permitir que los prestamistas accedan a la condición de acreedores garantizados financiadores de adquisiciones directamente (o sea, sin tener que obtener la cesión de los derechos de propiedad del vendedor o el arrendador o de la propia garantía real del pago de la adquisición de que goce un vendedor). En primer lugar, en forma acorde con los objetivos generales de la presente Guía, una vez que se acepte que un comprador puede otorgar una garantía sobre su derecho de expectativa, no hay ninguna razón de principio para restringir esa posibilidad al otorgamiento de una garantía corriente. En segundo lugar, y en forma acorde igualmente con los objetivos generales de la Guía, al permitir que un prestamista suministre crédito para la financiación de adquisiciones aumentará la competencia entre vendedores y arrendadores y prestamistas en el mercado de crédito (lo cual deberá tener un efecto beneficioso sobre la oferta y el costo del crédito). En tercer lugar, si no existe la posibilidad de que los prestamistas concedan crédito para financiar adquisiciones, los prestamistas que deseen otorgar a sus deudores-compradores crédito respaldado por el derecho de expectativa sobre los bienes que se adquieren, no podrán ocupar un lugar de prelación privilegiada frente a otros acreedores garantizados con respecto a ese derecho de expectativa. Su orden de prelación se determinará simplemente de acuerdo con la fecha en que su garantía haya pasado a ser oponible a terceros. Esto significa que un prestamista “tardío” que desee conceder crédito expresamente para que un deudor pueda adquirir bienes corporales tendrá siempre (en ausencia de un acuerdo de subordinación) un orden de prelación inferior al del financiador general que haya hecho oponible previamente su garantía.

j) Operaciones múltiples de financiación de adquisiciones

139. En muchas situaciones, un vendedor, otro financiador de adquisiciones o un acreedor garantizado que financie adquisiciones se ofrecerá a suministrar

financiación para hacer posible la compra de varios bienes. Es el caso, por ejemplo, de las ventas múltiples de existencias con entregas múltiples o las ventas múltiples de varios componentes de equipo. En ese tipo de situaciones es necesario decidir, como cuestión de orden normativo, si el financiador de adquisiciones o el acreedor garantizado que financia adquisiciones se benefician de sus derechos de prelación especial sobre todos los bienes de equipo o las existencias que financien, sin necesidad de indicar expresamente el precio de compra adeudado por cada venta concreta. En tal caso, se habla de que el ordenamiento pertinente permite las “garantías cruzadas”.

140. En los Estados que no tratan las operaciones de retención de la titularidad ni los arrendamientos financieros como mecanismos de garantía, normalmente no se plantea la cuestión de las garantías cruzadas. En el caso normal de una operación de retención de la titularidad o una operación similar de titularidad, el contrato de venta o de arrendamiento se aplica únicamente a los bienes concretos vendidos o arrendados con arreglo a ese contrato. Por consiguiente, si bien el mismo acuerdo puede abarcar entregas múltiples, no abarcaría las ventas múltiples. El derecho de prelación del vendedor o el arrendatario se determinaría en función de las condiciones concretas de cada venta o arrendamiento. Sin embargo, algunos de esos Estados permiten que el derecho de retención de la titularidad se haga extensivo estableciendo, por ejemplo, que las partes pueden acordar, cuando se trate de la venta de existencias, una cláusula sobre “todas las sumas adeudadas” sobre una “cuenta corriente”. Donde se utilizan esas cláusulas, el vendedor retiene la propiedad del bien vendido hasta que el comprador haya saldado todas sus deudas con el vendedor y no sólo las derivadas del contrato de venta concreto de que se trate (con todo, en algunos Estados a menudo los tribunales califican las ventas con retención de la titularidad que contienen cláusulas sobre “todas las sumas adeudadas” o sobre una “cuenta corriente” como mecanismos de garantía).

141. En los Estados que siguen el enfoque unitario, la regla usual es que la superprelación de las garantías reales del pago de una adquisición, al menos cuando se trate de existencias, no se ven afectadas por las garantías cruzadas. Esto significa que el acreedor garantizado financiador de adquisiciones puede invocar su posición de prelación privilegiada en relación con las existencias para cuya adquisición ha suministrado la financiación, sin verse obligado a vincular expresamente cualquier pasivo pendiente a una operación particular de venta o arrendamiento. Huelga decir que en tales casos el derecho de prelación especial no es extensivo a otros bienes cuya adquisición no haya sido financiada por el mismo acreedor garantizado financiador de adquisiciones.

142. En el enfoque unitario el objetivo es permitir el máximo de flexibilidad a los acreedores garantizados financiadores de adquisiciones que proporcionan financiación para la adquisición de existencias y reducir al mínimo los trámites burocráticos propios de operaciones de adquisiciones múltiples en las que intervenga el mismo acreedor garantizado. La regla que permite la utilización de garantías cruzadas hace posible lograr ese resultado (véase A/CN.9/631, recomendaciones 196 y 197, enfoque unitario). En el enfoque no unitario, puesto que un contrato de venta o arrendamiento normalmente se aplica sólo a los bienes concretos vendidos o arrendados, sería necesario modificar las reglas relativas a las ventas con retención de la titularidad y a los arrendamientos financieros, a fin de hacer posible la utilización de garantías cruzadas. Además, en caso de que, en el

marco del enfoque no unitario, un vendedor o cualquier acreedor garantizado financiador de adquisiciones que no sea un vendedor constituya una garantía real del pago de una adquisición sobre el bien vendido, el vendedor u otro financiador deberían poder ejercer el derecho a la utilización de garantías cruzadas de la misma manera que con arreglo al régimen unitario (véase A/CN.9/631, recomendaciones 196 y 197, enfoque no unitario).

k) Prelación de un derecho real en garantía de la financiación de adquisiciones constituido sobre el producto de bienes corporales que no sean existencias ni bienes de consumo

143. En muchos casos el financiador de adquisiciones o el acreedor garantizado financiador de adquisiciones sabe que el comprador habrá de revender los bienes que adquiere. Aunque así ocurre obviamente cuando se trata de existencias, a veces un fabricante u otra empresa comercial venderá el equipo que utiliza a fin de adquirir equipo mejor. Como se señala en el capítulo IV (Constitución de una garantía real (Validez entre las partes)), una garantía real ordinaria sobre bienes corporales normalmente se extenderá al producto de su enajenación (véase A/CN.9/631, recomendación 18). Esta extensión de la garantía real al producto de la enajenación plantea la cuestión normativa de determinar si la prelación especial de la financiación de adquisiciones se hace también extensiva al producto y si las reglas para invocar una garantía de esa índole deben ser las mismas, independientemente de que se estén comprando bienes de equipo o existencias.

144. En los Estados que no tratan las operaciones de retención de la titularidad ni los arrendamientos financieros como mecanismos de garantía, generalmente no se plantea la cuestión de que un vendedor o un arrendador reclamen derechos especiales sobre el producto que genera la venta del equipo (véanse las excepciones más adelante). La razón es que el régimen de venta o arrendamiento limita la propiedad retenida por el vendedor o la propiedad del arrendador únicamente al bien vendido o arrendado y, en el caso de una venta, sólo mientras el bien conserve su condición original (o sea, sin modificaciones ocasionadas por un proceso manufacturero o de adaptación). Obviamente, en casos de enajenación no autorizada el vendedor o el arrendador podrán recuperar el bien en especie de la persona a la que haya sido traspasado. Con todo, a veces no es posible localizar el bien enajenado, aunque los bienes o el dinero recibidos por la enajenación sean identificables. Además, algunas veces el vendedor o el arrendador permite la venta bajo la condición de que su titularidad se extienda al producto de la enajenación y a los productos fabricados a partir de los bienes cuya titularidad haya retenido. En esas dos situaciones, algunos Estados permiten al vendedor o al arrendatario reclamar por subrogación real la propiedad tanto del producto de la enajenación como de los productos fabricados a partir de los bienes vendidos con retención de la titularidad o arrendados. Cuando el contrato es una venta, es común hablar de los derechos del vendedor como una “retención prolongada de la titularidad”.

145. En algunos Estados que siguen el enfoque unitario la superprelación de una garantía real del pago de una adquisición es extensiva sólo a los bienes cuya adquisición se financia, mientras que en otros Estados se puede extender también al producto de la enajenación y a los productos fabricados a partir de los bienes, al menos cuando se trata de operaciones relacionadas con bienes de equipo. Puesto que normalmente el otorgante no adquiere bienes de equipo con miras a la reventa

inmediata, no hay mayor motivo de preocupación de que se vayan a ver perjudicados otros acreedores garantizados si la superprelación de una garantía del pago de una adquisición de bienes de equipo se hace extensiva al producto de su enajenación. Cuando los bienes de equipo se hacen obsoletos o el otorgante no los necesita más y posteriormente los vende o los enajena de alguna otra manera, con frecuencia se pondrá en contacto con el acreedor garantizado a fin de obtener la liberación de la garantía real para poder enajenar los bienes exentos de dicha garantía. Si faltase esa liberación, la enajenación estaría supeditada a la garantía real y sería poco probable que un comprador u otro cesionario pagara el valor completo para adquirir los bienes de equipo. A cambio de la liberación, el acreedor garantizado controlará usualmente el pago del producto de la enajenación, por ejemplo, exigiendo que se le abone directamente para aplicarlo a las obligaciones garantizadas. En tales circunstancias, es poco probable que otro acreedor se apoye en una garantía real constituida directamente sobre bienes del otorgante que sean producto de la enajenación de bienes de equipo inicialmente gravados con una garantía real del pago de la adquisición.

146. En el enfoque unitario, se parte del supuesto de que los bienes de equipo no suelen ser objeto de rotación permanente. El control del acreedor garantizado financiador de adquisiciones sobre la enajenación de los bienes respalda la conclusión de que la prelación especial otorgada a los acreedores garantizados financiadores de adquisiciones debería hacerse extensiva tanto al producto de la enajenación como a los productos fabricados a partir de bienes gravados con una garantía real del pago de la adquisición (véase A/CN.9/631, recomendación 198, enfoque unitario).

147. Cuando un Estado adopta el enfoque no unitario, las reglas relativas al mantenimiento de una prelación especial sobre el producto de la enajenación de bienes de equipo deberían tener las mismas consecuencias frente a otros demandantes, independientemente de la forma jurídica (garantía real, retención de la titularidad, condicionamiento de la titularidad o arrendamiento financiero) de la operación de financiación de la adquisición. Vale decir que la prelación especial del vendedor de bienes de equipo con retención de la titularidad o el arrendador de bienes de equipo debería ser exigible sobre el producto de la enajenación, ya sea manteniendo la titularidad del vendedor o el arrendador sobre el producto o dándoles el mismo derecho de prelación que el de un vendedor que haya constituido una garantía real del pago de la adquisición (véase A/CN.9/631, recomendación 198, enfoque no unitario).

l) Prelación de un derecho real en garantía de la financiación de adquisiciones constituido sobre el producto de las existencias adquiridas

148. En lo que respecta al producto de las existencias adquiridas, la situación es diferente de la del producto de bienes de equipo por tres razones (que son igualmente aplicables en el contexto del enfoque unitario y del enfoque no unitario). En primer lugar, se prevé que las existencias se venderán en el curso ordinario de los negocios. En segundo lugar, el producto de la venta de existencias estará representado principalmente por créditos por cobrar y no por una combinación de permutas y créditos por cobrar. O sea que, para dar un ejemplo, normalmente no ocurrirá que un vendedor de prendas de vestir o de muebles acepte la devolución por el comprador de las prendas o los muebles utilizados en pago parcial del precio de

compra. En tercer lugar, con frecuencia un acreedor garantizado preexistente, al conceder al otorgante crédito para financiar capital de explotación, desembolsará el crédito en entregas periódicas o incluso diarias, basándose en su garantía real de mayor prelación sobre un conjunto siempre cambiante de créditos por cobrar existentes y futuros como bienes gravados originarios. Tal vez al otorgante no le resulte posible ni práctico separar los créditos que sean el producto de existencias gravadas con un derecho real constituido en garantía de la financiación de la adquisición o con una garantía real del pago de la adquisición, de otros créditos por cobrar sobre los que un acreedor preexistente haya constituido una garantía real. Aun cuando al otorgante le resultase posible o práctico separar el producto generado por la enajenación de existencias sobre las que se ha otorgado un derecho en garantía de la financiación o una garantía del pago, tendría que hacerlo de manera que el resultado fuese transparente para ambos financiadores y redujese al mínimo la vigilancia que deben ejercer.

149. De no haber una pronta separación que sea transparente para ambos financiadores y reduzca al mínimo la vigilancia, habría un riesgo significativo de que el acreedor garantizado preexistente que concede financiación garantizada por créditos por cobrar asuma erróneamente que goza de una garantía real de mayor prelación sobre todos los créditos por cobrar del otorgante. Se corre igualmente el riesgo de que se plantee una controversia entre el acreedor garantizado preexistente y el vendedor con retención de titularidad, el prestamista de dinero para adquisiciones o el arrendador financiero para determinar cuál de los financiadores goza de prelación y sobre qué producto. Todos esos riesgos y los costos de vigilancia concomitantes pueden dar pie a la denegación del crédito o a que se cobre por él un costo más alto. Naturalmente, si la prelación del derecho en garantía de la financiación de la adquisición o la garantía real del pago de la adquisición constituidos sobre las existencias no se hacen extensivos al producto de los créditos por cobrar, el acreedor que financia la adquisición de existencias o el acreedor garantizado financiador de la adquisición puede retener el crédito u ofrecerlo sólo a un costo más alto.

150. Sin embargo, es posible reducir ese riesgo bajo un aspecto importante. Por ejemplo, si la prelación del derecho en garantía de la financiación o la garantía real del pago constituidos sobre las existencias no se extienden al producto de los créditos por cobrar, un acreedor garantizado preexistente que tenga una garantía real anterior sobre futuros créditos por cobrar del otorgante probablemente se inclinará más a conceder crédito al otorgante basándose en su garantía real de mayor prelación constituida sobre los créditos por cobrar para que el otorgante pueda pagar las existencias que adquiere. El importe del anticipo hecho por el acreedor garantizado preexistente deberá ser suficiente para que el otorgante pueda abonar el precio de compra al vendedor de las existencias. La razón que normalmente las tarifas de los anticipos hechos contra créditos por cobrar son mucho más altas que las de los anticipos hechos contra existencias y el monto de los créditos por cobrar refleja un precio de reventa para la compra de existencias que está muy por encima del costo que las existencias tienen para el vendedor. Por ello, hay mayor probabilidad de que el precio de compra se pague a tiempo.

151. En el enfoque unitario la complejidad de la tarea de determinar qué créditos por cobrar se derivan de la enajenación de bienes gravados con una garantía real del pago y la amplia utilización de créditos por cobrar como bienes originarios gravados

con una garantía real separada, son razones convincentes para limitar la prelación especial concedida a las garantías del pago al producto de la enajenación que no esté representado por créditos por cobrar u otros derechos de pago (véase A/CN.9/631, recomendación 199, enfoque unitario).

152. En caso de que un Estado adopte el enfoque no unitario, la prelación especial concedida a los financiadores de adquisiciones y a los acreedores garantizados financiadores de adquisiciones no se debería hacer extensiva al producto de la enajenación representado en créditos por cobrar y otros derechos de pago, independientemente de la forma jurídica (garantía real, retención de la titularidad, condicionamiento de la titularidad o arrendamiento financiero) de la operación de financiación de adquisiciones. En particular, la prelación especial del vendedor de existencias que retiene la titularidad debería ser exigible mediante una subrogación real únicamente en otros bienes corporales y no en el producto de la enajenación de esas existencias que adopte la forma de créditos por cobrar y otros derechos de pago (véase A/CN.9/631, recomendación 199, enfoque no unitario).

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

153. Como se señaló en el capítulo VIII (Derechos y obligaciones de las partes), en la mayoría de los Estados son muy pocas las reglas imperativas para determinar los derechos y obligaciones de las partes con anterioridad al incumplimiento. La inmensa mayoría de las reglas y principios aplicables son supletorios (de carácter no imperativo) y las partes pueden libremente desestimarlas. Además, la mayoría de los derechos y obligaciones de las partes con anterioridad al incumplimiento dependerá de la forma en que cada Estado conciba la naturaleza jurídica de la operación por la que nace un derecho real en garantía de la financiación de adquisiciones o una garantía real del pago de una adquisición. En particular, la forma en que esos derechos y obligaciones queden plasmados dependerá en gran medida de la decisión de cada Estado de adoptar un enfoque unitario o un enfoque no unitario de las operaciones de financiación de adquisiciones.

154. En los Estados que no tratan las operaciones de retención de la titularidad ni los arrendamientos financieros como mecanismos de garantía, el régimen que regula los derechos y obligaciones previos al incumplimiento y es aplicable a las garantías reales sin fines de adquisición no puede simplemente transponerse a los derechos constituidos en garantía de la financiación de adquisiciones. Naturalmente, las reglas aplicables a las garantías reales sin fines de adquisición (constituidas ya sea por un vendedor o por un prestamista) podrán reflejar las reglas aplicables a las garantías reales del pago. Sin embargo, cuando se trate de un mecanismo de titularidad (retención de la titularidad, arrendamiento financiero o una operación similar), será necesario reajustar la formulación utilizada para expresar esas reglas.

155. Habida cuenta de que el objetivo es lograr la equivalencia funcional entre todas las operaciones de financiación de adquisiciones, esa tarea a menudo requerirá la inversión de los supuestos de incumplimiento respecto de las prerrogativas de propiedad. Normalmente es el propietario (el vendedor con retención de la titularidad o el arrendador financiero) el que tiene el derecho de utilizar, y percibir, los frutos civiles y naturales que produzca un bien. Normalmente es el propietario el que corre el riesgo de pérdida y, por consiguiente, tiene la obligación principal de cuidar del bien, mantenerlo, conservarlo en buen estado y asegurarlo. Y normalmente es el propietario el que tiene el derecho a gravar el objeto y

enajenarlo. En consecuencia, para lograr los resultados funcionalmente equivalentes que se desean, los Estados tendrán que establecer una combinación de reglas imperativas y no imperativas que confieran cada una de esas prerrogativas y esas obligaciones al comprador y no al vendedor o al arrendador.

156. Los Estados que adopten el enfoque unitario no necesitarán ocuparse directamente de esta cuestión, puesto que una garantía real del pago de una adquisición es simplemente una especie de garantía real. Por ello, sólo sería necesario aplicar las reglas ordinarias relativas a los derechos y obligaciones previos al incumplimiento a todas las operaciones de financiación de adquisiciones, independientemente de la forma de la operación de que se trate. No hay razón para suponer que las obligaciones en materia de utilización, la obligación de proteger el valor del bien garantizado, la percepción de los frutos civiles y naturales, el derecho a gravar o el derecho a enajenar deban ser diferentes simplemente por que la garantía real de que se trate sea una garantía real del pago de una adquisición. Si los acreedores garantizados financiadores de adquisiciones y los otorgantes desean acordar una distribución diferente de los derechos y obligaciones, se les debería permitir hacerlo exactamente en el mismo marco aplicable a las garantías reales sin fines de adquisiciones (véase A/CN.9/631, recomendaciones 108 y 109).

157. En caso de que un Estado adopte el enfoque no unitario, los derechos y obligaciones concretos de las partes con anterioridad al incumplimiento tendrán que formularse con mayor detalle a fin de lograr la equivalencia funcional. A menudo las reglas pertinentes tendrán que establecerse como excepciones al régimen ordinario de derechos de propiedad aplicable a los propietarios. Desde luego, como ya se señaló, la mayoría de las reglas aplicables con anterioridad al incumplimiento no serán de carácter imperativo. Sin embargo, puesto que el régimen no imperativo aplicable al incumplimiento deberá establecer un conjunto de condiciones aplicables a los derechos y obligaciones previos al incumplimiento que el legislador estime que las partes elegirían para lograr más eficientemente el propósito de un mecanismo de garantía, los Estados que de hecho adopten el enfoque no unitario deberían cuidar de promulgar reglas de carácter no imperativo que reflejen las que haya establecido para regular las garantías reales del pago de una adquisición constituidas por vendedores o prestamistas. Ello tendría la ventaja adicional de especificar claramente el derecho del comprador a otorgar una garantía sobre su derecho de expectativa y confirmar el derecho del comprador a utilizar, transformar o elaborar el bien en una forma razonable que sea compatible con su naturaleza y finalidad (véase A/CN.9/631, recomendaciones 108 y 109).

9. Derechos de las partes a raíz del incumplimiento

158. El examen hecho en el capítulo X (Derechos ejercitables a raíz del incumplimiento) muestra que en la mayoría de los ordenamientos las reglas relativas a la ejecución de derechos con posterioridad al incumplimiento se derivan directamente de la manera en que ese ordenamiento caracterice el derecho sustantivo de que se trate. Así por ejemplo, muchos ordenamientos consideran determinados derechos como “derechos reales” y establecen vías especiales para asegurar su ejecución efectiva. Otros derechos se caracterizan como “derechos personales” y normalmente se ejecutan interponiendo una acción judicial ordinaria contra una persona. En tales ordenamientos tanto el derecho de propiedad como las garantías reales sobre bienes corporales se consideran como una categoría de

“derecho real” ejecutable mediante una acción *in rem* (una “acción contra el bien”). Aunque los pormenores de la ejecución de derechos reales mediante acciones contra el bien pueden variar considerablemente según el derecho real concreto que se esté ejecutando y la configuración concreta de las leyes procesales del Estado, las reglas que rigen la ejecución de derechos con posterioridad al incumplimiento son, en su mayor parte, imperativas y, como tales, no podrán ser desestimadas por las partes en un derecho en garantía de la financiación de adquisiciones o una garantía real del pago de una adquisición.

159. En los Estados que no tratan las operaciones de retención de la titularidad ni los arrendamientos financieros como mecanismos de garantía, el procedimiento para la ejecución de los derechos de un vendedor o un arrendador será normalmente el que está al alcance de toda persona que reclame la propiedad de un bien corporal. Así por ejemplo, en caso de incumplimiento por parte del comprador, el vendedor con retención de la titularidad puede dar por terminado el acuerdo de venta y exigir, en su calidad de propietario, la devolución del bien. En ese caso, y a reserva de cualquier estipulación en contrario del acuerdo, normalmente se le exigirá también al vendedor que reembolse al menos parte del precio que le haya pagado el comprador. Con frecuencia, para calcular el importe del reembolso que deberá reconocer el vendedor se determina el monto de la restitución al comprador de todas las sumas que haya abonado y de ahí se descuentan de él el valor del alquiler del bien mientras se encontraba en posesión del comprador y la cantidad que represente la pérdida de valor del bien a raíz de su utilización por el comprador, o daños y perjuicios determinados con arreglo a una fórmula similar.

160. En esos Estados, un vendedor que dé por terminada la venta no está normalmente obligado a dar cuenta al comprador de ninguna de las ganancias que obtenga en concepto de una reventa ulterior del bien, aunque, al mismo tiempo y a menos que se haya estipulado otra cosa mediante contrato, el vendedor no tiene ningún derecho de reclamación contra el comprador por cualquier débito superior a los daños resultantes del incumplimiento del contrato de venta original. En algunos ordenamientos los tribunales han dictaminado también en ciertos casos que en los acuerdos de retención de la titularidad está implícita la condición de que el vendedor no puede recuperar una parte mayor del bien vendido de la que sea necesaria para pagar el saldo pendiente del precio de compra. Por último, en la mayoría de esos ordenamientos, ni el comprador moroso ni un tercero, por ejemplo un acreedor judicial o un acreedor que haya constituido una garantía sobre el derecho de expectativa del comprador sobre la propiedad que es objeto de la reclamación del vendedor, puede exigir al vendedor que renuncie a su derecho a recuperar el bien. Puesto que el vendedor es el propietario del bien que se reclama, no puede obligársele a que venda el bien como si fuera simplemente un acreedor garantizado de la adquisición que ejecuta una garantía real del pago.

161. La posición de un vendedor que reclama la propiedad y la posesión de un bien amparándose en la estipulación de que, habiendo traspasado la propiedad al comprador, puede anular retroactivamente la venta en caso de que el comprador no abone el precio de compra acordado (una condición resolutoria) es similar a la posición del vendedor que retiene la titularidad. En caso de incumplimiento, la venta se da por terminada y el vendedor recupera la propiedad y puede reclamar la posesión del bien en su calidad de propietario. Así pues, una vez que la condición

resolutoria surte efecto, los derechos y obligaciones del vendedor que recupera la propiedad son idénticos a los del vendedor que retiene la titularidad.

162. La situación del arrendador financiero suele ser ligeramente diferente. Puesto que la forma del arrendamiento es tal que constituye un contrato de ejecución continua (el arrendatario tiene la posesión y uso continuos en tanto que el arrendador tiene un derecho al pago), en muchos ordenamientos se pondrá término al contrato de arrendamiento para el futuro únicamente. Ello significa que el arrendatario perderá el derecho a comprar el bien al final del arrendamiento (o a adquirir automáticamente la propiedad si así está estipulado en el contrato) y que el arrendador conservará la totalidad de los pagos recibidos en concepto de arrendamiento. Sin embargo, a reserva de cualquier disposición en contrario en el acuerdo de arrendamiento, el arrendador financiero no podrá presentar ninguna reclamación por la depreciación normal del bien. Sólo se podrán reclamar daños y perjuicios por deterioro o por una depreciación extraordinaria. Además, normalmente los arrendadores financieros no podrán reclamar la diferencia entre la suma que reciben en concepto de pagos de arrendamiento y la depreciación del bien arrendado.

163. En el enfoque unitario el acreedor garantizado financiador de adquisiciones podrá recuperar el bien como cualquier otro acreedor garantizado. Ya sea que el acreedor garantizado financiador de adquisiciones sea un vendedor, un arrendador o un prestamista, podrá, como se señala en el capítulo X (Derechos ejercitables a raíz del incumplimiento), o bien vender el bien o, si el otorgante u otro acreedor garantizado no tienen objeción, tomar posesión del bien en pago de la obligación garantizada. En el primer caso, el acreedor ejecutante podrá vender el bien por vía judicial o privadamente. Tras haber vendido el bien, el acreedor garantizado tendrá que reintegrar al otorgante cualquier superávit de la reventa del bien, aunque simultáneamente tendrá una reclamación no garantizada por cualquier débito que quede después de la venta (A/CN.9/631, recomendación 200, enfoque unitario).

164. En los Estados que adopten el enfoque no unitario será preciso introducir varios ajustes en las reglas vigentes relativas a la ejecución del derecho de propiedad de un vendedor con retención de la titularidad o un arrendador financiero, a fin de lograr la igualdad de trato entre todos los financiadores de adquisiciones y entre dichos financiadores y los acreedores garantizados financiadores de adquisiciones. Esos ajustes comprenderían, por ejemplo, la concesión al comprador o al arrendatario o a cualquier acreedor garantizado que tenga una garantía sobre el derecho de expectativa del comprador o el arrendador, el derecho a obligar al vendedor o al arrendador a vender el bien sobre el que evidentemente tiene un derecho de propiedad y no simplemente a invocar ese derecho de propiedad para recuperar la posesión del bien y, en última instancia enajenarlo. O sea que aunque un acreedor garantizado financiador de adquisiciones proponga que se le entregue el bien en pago de la obligación pendiente del comprador, el comprador u otra parte interesada pueden obligarlo a vender el bien. El logro de la equivalencia funcional significaría que los compradores y otras partes interesadas podrían obligar al vendedor que retiene la titularidad (un propietario) a desistir de reclamar su derecho de propiedad y vender el bien como si fuese simplemente un acreedor garantizado financiador de adquisiciones. Se requeriría también adaptar los derechos del vendedor o el arrendador a fin de que tuviesen que dar cuenta de cualquier superávit que deje la venta a título de enajenación, al mismo tiempo que se les permitiría

recuperar, como simples demandantes contractuales, cualquier débito sin tener que interponer una acción separada por daños y perjuicios.

165. Naturalmente, los débitos son mucho más comunes que los superávits. Con todo, al exigir al financiador de adquisiciones que dé cuenta de todo superávit que quede a raíz de la ejecución al comprador y a otros acreedores que tengan una garantía sobre el derecho de expectativa del comprador, se alentará a esos otros acreedores a que sigan de cerca el proceso ejecutorio y con ello aumentarán las posibilidades de que se obtenga el valor más alto posible. De igual manera, al dar al acreedor el derecho a reclamar los débitos restantes se le permitirá ejercer su pleno derecho, lo cual aumenta la probabilidad de un pago completo. Una regla que denegara, en ausencia de una estipulación contractual sobre daños y perjuicios, una reclamación por los débitos restantes a un financiador de adquisiciones (ya sea por retención de la titularidad o arrendamiento financiero), cuando una reclamación de esa índole fuese ejecutable por un vendedor o un prestamista que hicieran valer una garantía real del pago de una adquisición, no sería equitativa ni ineficiente. Los derechos de un vendedor, especialmente, no deberían ser significativamente diferentes (ya sea en ventaja o en desventaja del vendedor) y deberían depender únicamente de que haya optado por retener la titularidad o por obtener una garantía real del pago de la adquisición.

166. Posiblemente ambas soluciones tengan méritos para que un Estado se las plantee siempre que el régimen de vía ejecutoria se aplique por igual a los vendedores con retención de la titularidad, los arrendadores financieros y los acreedores garantizados financiadores de adquisiciones. En otras palabras, como cuestión de estricta lógica jurídica, es posible lograr en materia ejecutoria resultados funcionalmente equivalentes al margen de que se adopte el enfoque unitario o el enfoque no unitario. La necesidad de introducir esos diversos ajustes en los regímenes vigentes de retención de la titularidad y arrendamiento financiero, a fin de lograr los plenos beneficios del tratamiento en pie de igualdad de todas las fuentes de financiación de adquisiciones, como lo recomienda la presente Guía (véase A/CN.9/631, recomendación 184, enfoque no unitario), indica que tal vez sea preferible que los Estados que no hayan logrado ya ese resultado coordinado mediante la introducción de ajustes de orden legislativo, judicial o contractual en las reglas aplicables a las operaciones de retención de la titularidad y arrendamientos financieros, lo hagan adoptando el enfoque unitario. No obstante el enfoque no unitario, si se aplica en la forma en que se recomienda en la presente Guía (véase A/CN.9/631, recomendaciones 200 a 200 ter, enfoque no unitario), producirá un régimen ejecutorio eficiente en lo que respecta a las operaciones de financiación de adquisiciones².

10. Derecho internacional privado

167. Al presentar las reglas relativas al derecho aplicable, muchos ordenamientos diferencian entre derechos de propiedad y garantías reales. En el enfoque unitario es irrelevante que la operación de financiación de la adquisición entrañe o no una

² A fin de que todas las cuestiones relacionadas con la insolvencia figuren en el mismo capítulo, el examen del tratamiento de las garantías reales del pago de adquisiciones y los derechos reales en garantía de la financiación de adquisiciones se incluye en el capítulo XI (Insolvencia) de la presente Guía.

presunta retención de la titularidad, un arrendamiento financiero o una garantía real ordinaria. Todas esas modalidades se considerarán como garantías reales y serán tratadas en forma acorde (véase capítulo XIII, Derecho internacional privado).

168. Sin embargo, en caso de que un Estado decida mantener un enfoque no unitario, se verá enfrentado a la cuestión de decidir si las reglas de derecho internacional privado aplicables a la constitución, oponibilidad a terceros, prelación y ejecución de la retención de la titularidad, los arrendamientos financieros y otros acuerdos similares deben ser las mismas reglas que se aplican a las garantías reales del pago de una adquisición o, de manera más general, a las garantías reales ordinarias que se constituyan sobre el mismo tipo de bienes. El objetivo de lograr la equivalencia funcional es un argumento de peso para que los Estados califiquen los derechos de propiedad de los financiadores de adquisiciones como garantías reales del pago de una adquisición a efectos del derecho internacional (véase capítulo XIII, Derecho internacional privado).

11. Transición

169. Las reglas relativas al tratamiento de lo que antes eran mecanismos de garantía sin fines de adquisición representan un cambio significativo para la mayoría de los ordenamientos. En particular, la calificación de la retención de la titularidad y los arrendamientos financieros (comprendidos los acuerdos de venta a plazos) como garantías reales del pago de una adquisición significarán una importante modificación del alcance del régimen de operaciones garantizadas en ordenamientos que no hayan adoptado ya el enfoque unitario y funcional de las operaciones garantizadas en general. En el capítulo XIV (Transición) de la Guía se examinan los principios que deberían regir la transición a un nuevo régimen. Fundamentalmente, los mismos principios que se aplican a la transición en relación con las garantías reales sin fines de adquisición deberían regir la transición cuando se trate de garantías reales del pago de una adquisición y derechos reales en garantía de la financiación de una adquisición.

170. En lo que respecta a los mecanismos de retención de la titularidad y los arrendamientos financieros, una transición sin tropiezos depende de que se tengan presentes los detalles del régimen anterior. Si ya era obligatorio que los acreedores con retención de la titularidad y los arrendadores financieros inscribieran sus garantías, sólo sería necesario entonces establecer un determinado plazo de espera dentro del cual tendría que hacerse una nueva inscripción en el registro general de garantías reales recién creado. Otra posibilidad sería que el régimen determinara que la inscripción vigente siguiera siendo válida por un plazo suficientemente largo (por ejemplo, de tres a cinco años) para poder abarcar el período de vigencia de la mayoría de los acuerdos de retención de la titularidad o arrendamiento financiero (véase A/CN.9/631, recomendación 226).

171. De no ser necesaria actualmente una inscripción en el registro, se podría lograr una transición expedita si, en consonancia con las reglas de transición aplicables a las operaciones de financiación sin fines de adquisición, la oponibilidad de las garantías de los vendedores con retención de la titularidad y de los arrendadores financieros y su orden de prelación se preservan mediante la inscripción de una notificación apropiada en el registro de garantías reales. Otra posibilidad sería que el régimen estableciera que el requisito de inscripción se haga efectivo en una fecha suficientemente lejana después de que la nueva ley entre en vigor (por ejemplo, de

tres a cinco años), que permita abarcar el período establecido en la mayor parte de los acuerdos de retención de la titularidad vigentes en el momento de promulgación de la ley (véase A/CN.9/631, recomendación 226).

172. Incluso en caso de que un Estado decida adoptar el enfoque no unitario de las operaciones de financiación de adquisiciones y conservar los regímenes de retención de la titularidad y arrendamiento financiero, para establecer un régimen eficiente de las operaciones garantizadas, será necesario reorganizar una serie de reglas relativas a esas operaciones. Puesto que la Guía recomienda que esas operaciones se inscriban en el registro general de garantías reales, las mismas reglas de transición respecto de la inscripción aplicables al enfoque unitario se podrían adaptar al enfoque no unitario. En cuanto al fondo del régimen, sería necesario introducir ajustes similares a fin de producir resultados que sean funcionalmente equivalentes a los logrados en el enfoque unitario. En particular, sería necesario determinar cuándo entrarán en vigor las reglas relativas a las siguientes cuestiones: a) la prelación de los derechos en garantía de la financiación de adquisiciones constituidos sobre el producto; b) los derechos de terceros a constituir garantías reales sobre bienes gravados con retención de la titularidad o arrendamientos financieros; y c) los procedimientos para ejecutar esos tipos de mecanismo de financiación de adquisiciones. Aunque la magnitud y el alcance de la transición requerida en el marco del enfoque no unitario tal vez no sean tan considerables, las cuestiones que se planteen en la práctica serán idénticas a las que se plantean en el contexto del enfoque unitario y los principios generales que rigen la adopción de un régimen unitario deberían aplicarse también a la transición a un régimen no unitario reformado.

B. Recomendaciones

[Nota a la Comisión: la Comisión tal vez desee tomar nota de que en vista de que el documento A/CN.9/631 incluye un texto consolidado de las recomendaciones del proyecto de guía legislativa sobre operaciones garantizadas, las recomendaciones no se reproducen en el presente capítulo. Una vez que sean finalizadas, las recomendaciones se reproducirán al final de cada capítulo.]