



Asamblea General

Distr. general
18 de junio 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>
V. Eficacia de una garantía real frente a terceros.....	1-130	4
A. Observaciones generales	1-105	4
1. Introducción	1-24	4
a) Finalidad de los requisitos referentes a la eficacia frente a terceros	1-2	4
b) Distinción entre la constitución de una garantía real y la oponibilidad a terceros.....	3-5	4
c) Significado del término “terceros”	6-11	5
d) Relación entre la eficacia frente a terceros y el orden de prelación	12-14	7

* Esta nota se presenta transcurridas ya nueve semanas de las diez semanas de plazo previo a la apertura de la reunión previsto para su presentación, debido a la necesidad de concluir las consultas y de finalizar las enmiendas consiguientes.



e)	Visión general de los métodos para lograr la oponibilidad a terceros.....	15-21	8
f)	Esbozo del capítulo	22-24	10
2.	Inscripción en un registro general de las garantías reales	25-42	10
a)	Generalidades	25-29	10
b)	Inscripción registral hecha independientemente de la constitución de la garantía real.....	30-32	12
c)	Insuficiencia de la inscripción registral para obtener la oponibilidad a terceros de una garantía real.....	33-36	13
d)	Extensión del sistema de registro a otras operaciones	37-42	14
3.	Posesión.....	43-61	16
a)	Generalidades.....	43-48	16
b)	Insuficiencia de la posesión presumible.....	49-50	18
c)	Posesión por un tercero	51-57	18
d)	Inaplicabilidad de la posesión a los bienes inmateriales.....	58	20
e)	Suficiencia de la posesión para fines de ejecución	59-61	20
4.	Inscripción en un registro especializado o anotación en un certificado de titularidad.....	62-71	21
a)	Generalidades.....	62-63	21
b)	Inscripción en un registro especializado de bienes muebles.....	64-68	22
c)	Anotación en un certificado de titularidad.....	69-71	24
5.	Oponibilidad automática a terceros de una garantía real constituida sobre el producto de un bien gravado	72-78	25
6.	Oponibilidad a terceros de una garantía real sobre un accesorio fijo...	79-86	27
a)	Generalidades.....	79-80	27
b)	Accesorios fijos de bienes muebles	81-82	28
c)	Accesorios fijos de bienes inmuebles.....	83-84	29
d)	Accesorios fijos de bienes muebles sujetos a inscripción en un registro especializado.....	85	30
e)	Coordinación de los registros	86	30
7.	Oponibilidad automática a terceros de una garantía real sobre una masa de bienes o un producto acabado	87-94	31
8.	Subsistencia de la oponibilidad a terceros de una garantía real tras un cambio de la ubicación del bien o del otorgante	95-98	33
9.	Subsistencia y lapso en la oponibilidad a terceros.....	99-105	34

B.	Observaciones relativas a ciertos bienes.....	106-130	36
1.	Oponibilidad de una garantía constituida sobre un derecho personal o real que garantice el pago de un crédito por cobrar, de un título negociable o de algún otro bien inmaterial.....	106-113	36
2.	Oponibilidad a terceros de una garantía real sobre el derecho al pago de los fondos acreditados en una cuenta bancaria.....	114-120	37
3.	Oponibilidad a terceros de una garantía real sobre el producto de una promesa independiente.....	121-125	40
4.	Oponibilidad a terceros de una garantía real sobre un documento negociable o sobre las mercancías incorporadas a dicho documento...	126-130	41
C.	Recomendaciones.....		43

V. Eficacia de una garantía real frente a terceros

A. Observaciones generales

1. Introducción

a) Finalidad de los requisitos referentes a la eficacia frente a terceros

1. En algunos Estados, toda garantía real constituida sobre bienes muebles es, a la vez, exigible entre las partes y eficaz frente a terceros tan pronto como se concluya el acuerdo de garantía, sin necesidad de ningún otro acto. Este criterio tiene la ventaja de su sencillez. Ahora bien, no proporciona a un posible acreedor garantizado medios fiables para verificar si los bienes que obran en posesión del otorgante están gravados. Además, si el otorgante vende o transfiere la posesión de un bien gravado, sin la autorización del acreedor garantizado, a un comprador (y a veces a un acreedor prendario) que adquiera un bien (o entre en posesión de él) sin saber que ya está sujeto a una garantía real, el acreedor garantizado puede encontrarse con que su garantía real carece de validez. Es probable que este resultado produzca efectos negativos sobre la oferta de crédito financiero y también sobre su costo.

2. Así pues, muchos Estados exigen que se adopte una medida adicional para que la garantía real pase a ser plenamente oponible a terceros. Esa medida tiene por finalidad establecer alguna forma de notificación pública de la existencia efectiva (y, en algunos casos, meramente posible) de una garantía real constituida sobre los bienes del otorgante. Los ejemplos de esos actos incluyen la transferencia de la posesión de los bienes gravados al acreedor garantizado y la inscripción de una notificación en un registro público. Estos tipos de actos contribuyen de varios modos a la eficiencia y eficacia de todo régimen legal del crédito garantizado. En primer lugar, permiten a un acreedor garantizado determinar, antes de adquirir una garantía real, si ya están gravados los bienes del otorgante. En segundo lugar, como ponen sobre aviso a los acreedores del otorgante y a otros terceros de la existencia de la garantía real, no se requieren normas especiales para proteger a los terceros contra los perjuicios que pueden causar las garantías reales “secretas”. En tercer lugar, representan un hecho temporal definido para determinar la prelación de un acreedor garantizado frente a todo reclamante concurrente (para las definiciones de “reclamante concurrente” y “acreedor garantizado”, véase A/CN.9/631/Add.1, párr. 19).

b) Distinción entre la constitución de una garantía real y la oponibilidad a terceros

3. Entre los Estados que exigen un acto o medida adicional, algunos lo consideran un requisito previo para la oponibilidad a terceros de la garantía real, e incluso para que ésta sea exigible entre las partes. La idea en este caso es que, como el objetivo fundamental de la obtención de una garantía es obtener derechos que puedan ejecutarse frente al otorgante y a terceros, la distinción entre la exigibilidad entre las partes y la oponibilidad a terceros carece de utilidad. En otros Estados, se exige esa medida adicional únicamente con el fin de lograr que la garantía real sea oponible a terceros. Este criterio se basa en la idea de que, como el requisito de que se adopte una medida adicional tiene por finalidad primordial establecer el orden de prelación de los derechos entre un acreedor garantizado y un

reclamante concurrente, no hay razón alguna para que sea una condición previa en lo que respecta al derecho de ese acreedor a hacer valer sus derechos en virtud del acuerdo de garantía y del régimen de las operaciones garantizadas frente al otorgante (para la definición de “acuerdo de garantía”, véase A/CN.9/631/Add.1, párr. 19).

4. Muchos Estados que han modernizado recientemente su régimen legal de las operaciones garantizadas adoptan el segundo criterio. En los Estados que no hacen ninguna distinción entre los efectos *inter partes* y *erga omnes* de los derechos reales en general, la adopción de ese criterio puede causar algunas preocupaciones conceptuales. Por ejemplo, la mayoría de los Estados no admiten que se pueda constituir una prenda exclusivamente entre las partes. No obstante, el criterio de la Guía no es enteramente novedoso ni siquiera en estos Estados. Ese criterio traslada meramente la idea del consensualismo, que actualmente se acepta como parte de un régimen legal de las ventas en la mayoría de los Estados, al ámbito de las garantías reales. Además, la preocupación en lo que respecta a reconfigurar o dar nueva forma a los acuerdos sobre “bienes”, como los relativos a la prenda, carece de fundamento si la medida adicional prevista consiste en una inscripción registral, ya que en tales supuestos, el otorgante siempre sigue reteniendo la posesión del bien gravado. Por último, el hecho de no hacer distinción entre los efectos *inter partes* y *erga omnes* agrega otra formalidad al proceso de constitución de una garantía real, sin ninguna ventaja compensatoria para los otorgantes o los acreedores garantizados (véase A/CN.9/631/Add.1, párrs. 143 a 147).

5. A fin de promover un crédito garantizado que sea eficiente, en la presente Guía se recomienda la adopción del criterio que comporta el establecimiento de una distinción entre las medidas exigidas para la constitución (exigibilidad entre las partes) de una garantía real y las que son necesarias para lograr la oponibilidad a terceros. Una vez cumplidas las condiciones para la constitución de una garantía real enunciadas en el capítulo IV (véase A/CN.9/631/Add.1), la garantía real será exigible por el acreedor garantizado frente al otorgante de la garantía (véase A/CN.9/631, recomendación 31). Sin embargo, y para que la garantía real afecte a terceros, deben cumplirse también los requisitos establecidos para lograr la oponibilidad a terceros que se examinan en el presente capítulo (véase A/CN.9/631, recomendación 30).

c) Significado del término “terceros”

6. Aun cuando normalmente no es difícil determinar quiénes son las partes en un acuerdo de garantía (por ejemplo, el otorgante y el acreedor garantizado), resulta más compleja la cuestión de definir a quién debe considerarse un “tercero”. De hecho, los Estados adoptan enfoques muy diferentes en lo tocante a las categorías de terceros a los cuales no es oponible una garantía real, a menos que se adopte la medida adicional prevista. En algunos Estados, una garantía real, sea cual fuere su situación, no es oponible a terceros hasta que se tome dicha medida. Otros Estados adoptan un segundo enfoque más limitado. Se presume que una garantía real es oponible a terceros cuando se constituye, pero puede nulificarse por determinadas categorías de reclamantes concurrentes si la medida adicional requerida para la plena validez no se adopta antes de que nazcan sus derechos (véase A/CN.9/631/Add.1, párrs. 143 a 147).

7. En los Estados que adoptan el enfoque más limitado, sólo se exige esa medida para obtener la eficacia de la garantía real frente a los acreedores garantizados y los cesionarios de los bienes gravados. Cuando se constituye, una garantía real es plenamente eficaz frente a los acreedores ordinarios y el representante de la insolvencia del otorgante. La distinción entre estas categorías de “terceros” se basa en el concepto de que la notificación de una garantía real sólo debería importar a los acreedores que se presume han adquirido una garantía real o comprado o dado, de otro modo, una contraprestación fiándose en que el otorgante tiene la propiedad del bien libre de todo gravamen. Por ejemplo, se supone que los acreedores garantizados no se fían de la existencia o ausencia de garantías reales sobre los bienes del otorgante, ya que el mismo hecho de otorgar crédito sin garantía alguna entraña una aceptación, con conocimiento de causa del riesgo, de subordinación a todo acreedor garantizado que posteriormente adquiriera una garantía real sobre los bienes del otorgante.

8. Con todo, hay varias razones para que ese enfoque de los derechos de los acreedores ordinarios, los acreedores judiciales y los representantes de la insolvencia pueda no estar bien adaptado a un régimen eficiente de las operaciones garantizadas. En primer lugar, aunque los acreedores garantizados adopten su decisión de otorgar un préstamo basándose en la próspera situación financiera general del otorgante, la existencia o ausencia de garantías reales puede ser uno de los factores que sirve de fundamento para la evaluación correspondiente y también puede ser utilizada por los organismos de información sobre solvencia crediticia a cuyos servicios pueden recurrir los acreedores ordinarios. En segundo lugar, el requisito de la debida inscripción en un registro público, o de la adopción de alguna medida adicional equivalente, reducirá el riesgo de que una presunta garantía real comporte un acuerdo colusorio entre un otorgante insolvente y un acreedor privilegiado para nulificar los créditos de otros acreedores ordinarios. En tercer lugar, ello permite a los acreedores judiciales determinar, antes de iniciar una acción costosa para ejecutar la garantía real, si los bienes del otorgante ya están gravados; también reduce el costo del procedimiento de insolvencia al proporcionar al representante de la insolvencia un medio eficiente para averiguar qué bienes del otorgante insolvente pueden estar gravados. Por último, el riesgo de encontrar su garantía real nulificada por la sentencia ejecutoria que se dicte, o el procedimiento de insolvencia, constituye un incentivo importante para que los acreedores garantizados se aseguren de hacer sus garantías reales plenamente oponibles a terceros en el momento oportuno.

9. En algunos Estados que suelen proteger los derechos de los acreedores garantizados o los cesionarios subsiguientes frente a las garantías reales que no se han hecho eficaces frente a ellos mediante la adopción de la medida adicional requerida, se prevé una excepción cuando esos acreedores o compradores subsiguientes adquieren sus derechos conociendo de hecho la existencia de una garantía real previa. También en este caso hay motivos para que esa reserva no esté plenamente en consonancia con un régimen eficiente de las operaciones garantizadas. En primer lugar, un objetivo fundamental de todo régimen eficiente es proporcionar a priori (es decir, antes de la conclusión del acuerdo de garantía y de la concesión de crédito) una certidumbre en cuanto al orden de prelación de los derechos concurrentes sobre los bienes gravados. Una norma en materia de prelación que dependa de un pleito ex-post facto en relación con hechos específicos es incompatible con tal objetivo. En segundo lugar, el mero conocimiento de la

existencia de un acuerdo de garantía previo no implica mala fe por parte de un acreedor garantizado subsiguiente. Si el acreedor garantizado previo no ha adoptado las medidas necesarias para lograr que su garantía real sea plenamente oponible a terceros, el acreedor subsiguiente puede suponer razonablemente que ha consentido implícitamente en correr el riesgo de subordinación. En tercer lugar, la demostración de que la otra parte tiene conocimiento de la existencia de un acuerdo de garantía y el alcance exacto de tal conocimiento plantean difíciles cuestiones probatorias.

10. Algunos Estados también se niegan a amparar a un donatario subsiguiente de un bien gravado basándose en la teoría de que, como entre un acreedor garantizado que, por definición, ha dado una contraprestación por su garantía real y un donatario que no lo haya hecho, debería ampararse al acreedor. Por motivos análogos a los que se acaban de examinar en el párrafo precedente, esa limitación no está plenamente en consonancia con la noción de eficiencia del régimen legal del crédito garantizado. La determinación de la situación de un cesionario de un bien gravado constituye un aliciente para entablar un pleito ex-post facto, lo cual es contrario a los objetivos de lograr una certidumbre y una previsibilidad a priori. Además, incluso si no se impugna la situación del donatario, éste puede muy bien haber modificado su posición fiándose del hecho de que el bien no está gravado (por ejemplo, mediante la constitución de una garantía real en favor de otro acreedor).

11. El análisis precedente de los distintos criterios aplicados para determinar si ciertas categorías de reclamantes concurrentes deberían i) quedar subordinadas incluso a garantías reales que no hayan adquirido eficacia frente a terceros, o ii) gozar de prelación incluso respecto de las garantías reales que se hayan hecho oponibles a terceros en un momento posterior, ilustra el hecho de que esas distinciones son incompatibles en general con la eficiencia, transparencia y previsibilidad del régimen de las operaciones garantizadas. Por esta razón, en la presente Guía se recomienda el primer criterio mencionado más arriba (véase A/CN.9/631, recomendación 30). Hasta que no se cumplan las condiciones para que la garantía real tenga validez frente a terceros, no será oponible a los derechos interpuestos sobre los bienes gravados que hayan sido adquiridos por terceros, independientemente del tipo de reclamante concurrente de que se trate.

d) Relación entre la eficacia frente a terceros y el orden de prelación

12. La consecución de la eficacia frente a terceros no resuelve de por sí las cuestiones relacionadas con el orden de prelación. Sin embargo, sí produce algunas consecuencias para la prelación, en el sentido de que toda garantía real que no se haya hecho oponible a terceros no puede hacerse valer frente a los derechos de un reclamante concurrente con respecto a los mismos bienes gravados. Ahora bien, al igual que entre reclamantes concurrentes, todos los cuales hayan conseguido que sus derechos tengan validez frente a terceros, también en este caso se requieren normas adicionales. Como ya se explicó en forma más detallada en el capítulo VII (véase A/CN.9/631/Add.4, párrs. ...), el orden de prelación depende de la naturaleza y situación de los derechos con los cuales concurra la garantía real. Por ejemplo, si dos o más garantías reales, se han hecho oponibles a terceros, será necesario clasificar las propias garantías reales concurrentes.

13. Además, el concepto de prelación no es idéntico en todos los Estados. Algunos de ellos adoptan la posición de que la prelación se refiere únicamente a los derechos

de los acreedores garantizados y de los acreedores ordinarios concurrentes sobre los bienes del otorgante. Los derechos de otros reclamantes concurrentes, como los cesionarios y los arrendatarios se determinan por referencia a las normas que regulan la naturaleza de la titularidad del cedente. Otros Estados tienen una noción funcional más amplia de la prelación. Todos los conflictos entre reclamantes concurrentes se resumen en una controversia sobre la prelación. Este enfoque de la prelación es común siempre que el régimen legal de las operaciones garantizadas considera que, con respecto a la eficacia frente a terceros, no debería hacerse distinción alguna entre las distintas categorías de reclamantes.

14. Como en la presente Guía se adopta este último concepto de eficacia frente a terceros, también se asume la noción más amplia de prelación. Dicho de otro modo, aun cuando la eficacia frente a terceros y la prelación son conceptos distintos, porque las diversas normas enunciadas en el capítulo VII conciben la prelación en términos relativos, es preciso tener presentes esas normas al evaluar el grado de protección que proporciona la oponibilidad a terceros o algunos métodos concretos para lograr esa oponibilidad. Por ejemplo, en el presente capítulo se reconoce que, una vez que se hayan cumplido los requisitos exigidos para obtener la oponibilidad a terceros, toda garantía real seguirá estando incorporada al bien, incluso cuando éste obre en posesión de un cesionario subsiguiente (véase A/CN.9/631, recomendación 32). Sin embargo, el derecho del acreedor garantizado a seguir los bienes (su *droit de suite*) no tiene carácter absoluto. Con arreglo a las normas sobre la prelación abordadas en el capítulo VII, el comprador de un bien corporal gravado y el tenedor de documentos y títulos negociables transferidos en el curso ordinario de los negocios del otorgante suelen adquirir el bien gravado libre de toda carga, incluso cuando la garantía es oponible a terceros (véase A/CN.9/631, recomendaciones 85 a 87).

e) Visión general de los métodos para lograr la oponibilidad a terceros

15. Anteriormente los Estados prestaban escasa atención a la formulación y conciliación de distintos métodos para lograr la oponibilidad a terceros. Esa falta de atención puede imputarse bien a la prohibición general de las garantías reales sin desplazamiento sobre bienes muebles (los bienes muebles no son susceptibles de hipoteca), bien a la no ejecutoriedad general frente a terceros de las garantías reales sobre bienes muebles sin desplazamiento. En estos Estados, la prenda era el único mecanismo de garantía existente y el hecho de privar de la posesión al otorgante servía, a la vez, para constituir la prenda y para cumplir la función de publicidad necesaria para que la garantía real fuera oponible a terceros. Sin embargo, a medida que se desarrolló la economía se vieron más claramente los límites que comportaba la prenda. Un otorgante comercial deseará normalmente seguir estando en posesión de los bienes de su empresa, por lo que era necesario idear alguna alternativa a la posesión. De ahí que los Estados acabaran por elaborar el concepto de inscripción registral de los derechos como medio adicional para lograr la oponibilidad a terceros.

16. En muchos Estados la inscripción registral es el principal método para obtener la eficacia de una garantía real frente a terceros. Aun cuando hay distintos tipos de regímenes de inscripción registral en los diversos Estados, un método frecuente consiste en establecer un registro general de las garantías reales (véase A/CN.9/631, recomendación 33). Además de la inscripción registral se cuenta con métodos

alternativos que dependen de la naturaleza del bien gravado (véase A/CN.9/631, recomendación 35). Por ejemplo, casi todos los Estados prevén la persistencia del concepto de “prenda”, en el sentido de que toda garantía real sobre bienes corporales puede hacerse oponible a terceros mediante la transferencia de la posesión del bien pignorado al acreedor garantizado.

17. Aunque la inscripción en un registro general de las garantías reales y la transferencia de la posesión del bien al acreedor garantizado son los métodos más comunes para lograr la eficacia frente a terceros, habitualmente no tienen carácter exclusivo. Con frecuencia se promulgan normas especiales de “control” para su aplicación a una garantía real constituida sobre el derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria y sobre el derecho al producto de una promesa independiente (para la definición de estos términos, véase A/CN.9/631/Add.1, párr. 19). Además, en la mayoría de los Estados, toda garantía real constituida sobre un accesorio fijo de un bien inmueble puede hacerse oponible a terceros mediante su inscripción en el registro de la propiedad inmobiliaria. Por último, en virtud de otra normativa legal, en muchos Estados toda garantía real constituida sobre algún tipo concreto de bienes muebles puede inscribirse en un registro de la propiedad (por ejemplo, el registro de buques) o anotarse en un certificado de titularidad.

18. En algunos Estados también es posible obtener la eficacia frente a terceros de una garantía real constituida sobre un crédito por cobrar mediante una notificación al deudor de éste. En la práctica, un acreedor garantizado no exigirá en general el pago directo del crédito por cobrar hasta que se produzca algún incumplimiento por parte del otorgante. Es más, incluso cuando los créditos por cobrar se ceden pura y simplemente, el cesionario deseará con frecuencia dejar su cobro en manos del cedente. A la luz de estos aspectos prácticos, en la Guía se trata una demanda de pago simplemente como una técnica de cobranza o ejecución, y no como un método para lograr la oponibilidad a terceros. Por otra parte, la inscripción registral brinda a los acreedores garantizados y los cesionarios un medio más eficiente para evaluar el riesgo en materia de prelación al comienzo de la operación, sobre todo cuando la garantía real o la cesión abarca todos los créditos por cobrar presentes y futuros del otorgante. De otra manera correrían el riesgo de una pérdida de prelación basada en la fijación arbitraria del momento en que un acreedor garantizado o un cesionario concurrente haya notificado al deudor con respecto al crédito por cobrar.

19. Pese al principio de que es preciso adoptar una medida adicional para lograr la eficacia frente a terceros de una garantía real, algunos Estados establecen que, en varios casos excepcionales, una garantía real es automáticamente eficaz frente a terceros sin necesidad de que el acreedor garantizado haga una inscripción registral de la garantía, tome posesión del bien o adopte cualquier otra medida positiva. Sin embargo, en la mayoría de los Estados la garantía real suele pasar a ser oponible a terceros solamente si ello se hace utilizando uno u otro de los métodos alternativos que acaban de describirse.

20. En casi todos los Estados esos métodos no son exclusivos. Por ejemplo, la mayor parte de ellos establecen que, cuando una garantía real pueda hacerse oponible a terceros mediante la transferencia de la posesión del bien al acreedor garantizado, también puede hacerse eficaz mediante una inscripción registral. Además, incluso cuando los bienes están gravados en virtud del mismo acuerdo de garantía, la mayoría de los Estados prevén la utilización de distintos métodos con respecto a bienes diferentes (véase A/CN.9/631, recomendación 37). La única

excepción al principio de la no exclusividad se debe al carácter especial que tienen las operaciones con cartas de crédito (en la Guía se utiliza la expresión “promesa independiente”; para su definición véase A/CN.9/631/Add.1, párr. 19). Los Estados establecen invariablemente que toda garantía real que se constituya sobre el producto de una promesa independiente sólo podrá hacerse oponible a terceros cuando el acreedor garantizado obtiene el control de ese producto (véase A/CN.9/631, recomendación 36).

21. Dicho esto, en muchos Estados la inscripción registral puede ser, en la práctica, un método exclusivo en el sentido de que no existe ningún otro para lograr la oponibilidad a terceros en el caso del tipo especial de bien gravado en cuestión. Ello se aplica en general, por ejemplo, a las garantías reales constituidas sobre créditos por cobrar y existencias.

f) Esbozo del capítulo

22. En las secciones A.2 a A.4 del presente capítulo se examinan en detalle los tres métodos más comunes para lograr la oponibilidad a terceros (es decir, la inscripción en el registro general de las garantías reales, la posesión y la inscripción en un registro especializado). En las secciones A.5 a A.7 se analizan los supuestos en que una garantía real que se haya hecho oponible a terceros seguirá siéndolo con respecto a los bienes no sujetos inicialmente a la garantía. En las secciones A.8 y A.9 se abordan otras cuestiones relativas a la continuidad, como, por ejemplo, cuando el bien o el otorgante se traslada de lugar, o cuando pueda haber expirado la eficacia frente a terceros.

23. La parte B se dedica a un examen de determinados métodos para lograr la oponibilidad a terceros que se utilizan en relación con ciertos tipos de bienes. En la sección B.1 se estudian los importantes casos de una garantía real constituida sobre un derecho personal o real que garantice el pago de un título negociable por cobrar o cualquier otro bien inmaterial. En la sección B.2 se aborda la cuestión de la oponibilidad a terceros de la garantía frente al derecho al cobro de fondos acreditados en una cuenta bancaria. En la sección B.3 se evalúa la forma en que puede lograrse esa oponibilidad cuando la garantía real grava el derecho al producto de una promesa independiente. Por último, en la sección B.4 se aborda la cuestión de la eficacia frente a terceros de una garantía real constituida sobre un título negociable o sobre los bienes amparados por un documento negociable.

24. En la parte C se enuncia una serie de recomendaciones acerca de los métodos para lograr la oponibilidad a terceros y las consecuencias que se derivan de hacerlo.

2. Inscripción en un registro general de las garantías reales

a) Generalidades

25. Aun cuando la inscripción en un registro público es un método ampliamente aceptado para lograr la oponibilidad a terceros, los sistemas de registro difieren en alto grado. En muchos Estados, han aumentado con el tiempo los requisitos para la inscripción registral, lo cual ha dado lugar a un mosaico de sistemas faltos de coordinación dentro del mismo Estado y organizados con arreglo a diversos criterios. Por ejemplo, algunos de estos sistemas pueden estructurarse por referencia al tipo de operación (por ejemplo, retención de la titularidad y registros de las operaciones de arriendo con opción a compra). Otros sistemas pueden organizarse

por referencia a la condición jurídica del otorgante (por ejemplo, una sociedad anónima o una empresa comercial) o en función de la identidad del acreedor garantizado (por ejemplo, un banco). Hay una tercera categoría de sistemas que pueden estar configurados por referencia al tipo de bienes gravados (por ejemplo, bienes de equipo, maquinaria o registros de créditos por cobrar).

26. Los Estados también adoptan diferentes enfoques con respecto a las formalidades que deben cumplirse para efectuar inscripciones registrales. Algunos de ellos exigen solamente que se inscriba una notificación. Otros requieren la inscripción en el registro de un resumen completo de los derechos enunciados en el acuerdo de garantía. Un tercer grupo de Estados exigen la inscripción registral de una documentación completa que dé constancia de la constitución de la garantía, junto con certificados o atestaciones oficiales que demuestren la identidad de los participantes y la autenticidad de sus firmas y su capacidad jurídica.

27. A partir del comienzo de la última parte del siglo XX, un creciente número de Estados empezaron a establecer nuevos registros, a reorganizar en grado considerable o a reemplazar los registros existentes de las garantías reales constituidas sobre bienes muebles. Esas reformas comportaron dos hechos o acontecimientos distintos. En primer lugar, cuando se dispersaron y fragmentaron los sistemas existentes, los Estados los sustituyeron por un registro general centralizado que abarcaba todas las garantías reales constituidas sobre bienes muebles, independientemente de la identidad de las partes, la índole de los bienes gravados o la forma de la operación en que tenía su origen la garantía real. De manera análoga, los Estados que establecieron por vez primera un registro de las garantías reales sobre dichos bienes, optaron invariablemente por un registro general centralizado. En segundo lugar, en la mayoría de esos sistemas, los Estados también modificaron sustancialmente el proceso de inscripción registral. El objetivo que se perseguía era sustituir la inscripción de una mera notificación que sólo contuviera un mínimo de detalles acerca de la garantía real a la que se refería por el sistema más engorroso de inscribir la documentación relativa a la garantía o un resumen certificado de ella. Dicho de otro modo, en estos sistemas, el acuerdo de garantía del que nace el derecho real no se inscribe en el registro, ni el sistema verifica su existencia o contenido.

28. En el caso de muchos Estados, esta segunda característica de los registros modernos representa una importante desviación respecto de la noción generalmente aceptada de inscripción registral de las garantías reales. Incluso en los Estados en los que la documentación completa relativa a la garantía real no se inscribe en el registro, la idea es que el registro sirva para informar debidamente a todo aquel que lo consulte con respecto a una garantía real existente. La inscripción registral demuestra la existencia de la garantía, y, por lo tanto, sólo puede hacerse una vez que se haya constituido ésta. Ello explica el motivo de que se considere que induce a confusión, o es incoherente, el hecho de describir estos registros modernos en el sentido de que comportan una inscripción. Como el acreedor garantizado se limitará simplemente por lo común a inscribir una notificación acerca de su intención de adquirir una garantía real (independientemente de que ya haya puesto en práctica tal intención), muchos Estados prefieren describir esas inscripciones no como sistemas de registro, sino como sistemas de “inscripción de notificaciones”.

29. Independientemente de la nomenclatura que se utilice para describir estos sistemas más recientes encaminados a lograr la oponibilidad a terceros, es evidente

que simplifican en alto grado el proceso destinado a proporcionar una fuente fiable de información sobre posibles garantías reales. Cuando ello se suma a los avances en la tecnología informática, un sistema de “inscripción de notificaciones” constituye un proceso de registro y búsqueda altamente eficiente y económico. Por estas razones, en la presente Guía se recomienda que los Estados establezcan sistemas de registro público que i) estén centralizados, tengan carácter general y abarquen todas las garantías reales, y ii) que sólo exijan la inscripción registral de una notificación en la que figuren los detalles básicos de la garantía real a la cual se refiera o pueda referirse. También se respalda la idea de que debería establecerse como método general la inscripción de una notificación de la constitución de una garantía real en ese registro para obtener su oponibilidad a terceros (véase A/CN.9/631, recomendación 33). El diseño y los detalles del funcionamiento de los distintos sistemas utilizados para establecer ese registro se abordan en el capítulo VI de la presente Guía (véase A/CN.9/631/Add.3).

b) Inscripción registral hecha independientemente de la constitución de la garantía real

30. Como ya se ha indicado en el examen que antecede, los Estados han adoptado tradicionalmente dos enfoques distintos del vínculo entre la inscripción registral y la constitución de una garantía real. En algunos Estados sólo se constituye la propia garantía una vez hecha la inscripción. En otros Estados sólo se exige la inscripción como medida adicional necesaria para conseguir la oponibilidad a terceros. En la presente Guía se recomienda la adopción del segundo enfoque (véase A/CN.9/631, recomendación 30).

31. La idea de que la inscripción registral de una mera notificación que sólo contenga los detalles básicos de la garantía real concierne únicamente a la oponibilidad a terceros trae consigo varias consecuencias importantes. El acuerdo de garantía al que se refiere la notificación no está inscrito en un registro. Tampoco se dan a conocer su existencia y contenido al sistema de registro ni son verificados por éste. La constitución de la garantía real (su validez entre las partes) y la inscripción registral son actos completamente independientes: la inscripción no constituye la garantía real ni es prueba fehaciente de su constitución; la inscripción tampoco es necesaria para la constitución de la garantía real (véase A/CN.9/631, recomendación 34).

32. El hecho de que una garantía real haya sido efectivamente constituida no puede determinarse mediante una consulta del registro. Su existencia depende de que se demuestre (mediante un examen de las pruebas y la documentación ajenas al registro) que las partes han concertado un acuerdo de garantía que cumple ciertos requisitos formales y sustanciales, y que el otorgante tiene derechos sobre los bienes que se describen en ese acuerdo (o la facultad para gravarlos) (véase A/CN.9/631, recomendaciones 12 a 14). De manera análoga, la magnitud y el alcance de los bienes gravados dependen primordialmente de la descripción que figure en el acuerdo de garantía, y no en la notificación que se inscriba en el registro (si la descripción contenida en ese acuerdo abarca una gama menos amplia de bienes que la indicada en la descripción hecha en dicha notificación, gozará de primacía la descripción que figure en dicho acuerdo). Únicamente cuando la descripción de los bienes gravados contenida en la notificación inscrita sea de un alcance inferior a la

hecha en el acuerdo de garantía, el grado de la oponibilidad a terceros dependerá de la descripción que se haga en la notificación inscrita.

c) Insuficiencia de la inscripción registral para obtener la oponibilidad a terceros de una garantía real

33. Una consecuencia importante de un sistema de “inscripción de notificaciones” del tipo recomendado en la presente Guía es que la inscripción registral no garantiza la existencia efectiva de una garantía real. Dicho de otro modo, y a diferencia de los enfoques tradicionales de la inscripción aplicados en muchos Estados, la inscripción de una “notificación” no demuestra la existencia de tal garantía. Esto significa que la inscripción registral no se traduce de por sí en la oponibilidad a terceros de la garantía que se describa en la notificación. Esa condición solamente se adquiere siempre y cuando se cumplan también los requisitos establecidos para la constitución de una garantía real (véase A/CN.9/631, recomendación 33).

34. Este enfoque entraña dos consecuencias en materia de inscripción registral que aumentan la flexibilidad y eficiencia del régimen de las operaciones garantizadas. En primer lugar, aun cuando la constitución de la garantía real es un requisito previo para la oponibilidad a terceros, no es menester que preceda a la inscripción registral. Como se explica en el capítulo VI (véase A/CN.9/631/Add.3, párrs. 73 a 75), toda notificación de la constitución de una garantía real puede inscribirse antes o después de la conclusión del acuerdo de garantía. En segundo lugar, si bien una garantía real sobre bienes futuros (es decir, adquiridos después de la constitución de la garantía) sólo adquirirá validez con respecto a esos bienes cuando se adquieran, es posible inscribir en el registro una notificación en la que se describan como bienes posiblemente gravables.

35. Aunque, con frecuencia, las diferencias en el orden en que, mediante la adopción de esas dos medidas se obtiene la oponibilidad a terceros (es decir, la constitución de una garantía real y la inscripción registral), no entrañan grandes consecuencias, ello no siempre es así. El momento de la constitución de la garantía es importante si un tercero adquiere derechos de garantía sobre los bienes que se describen en una notificación inscrita en un registro (por ejemplo, mediante donación o venta, o de resultados de un procedimiento de insolvencia o un proceso ejecutorio judicial) después de tener lugar la inscripción. Si los requisitos para la constitución ya se han cumplido cuando un tercero adquiere derechos de garantía sobre bienes gravados, la garantía real será oponible a terceros y su prelación vendrá determinada con arreglo a las normas enunciadas en el capítulo VII (véase A/CN.9/631/Add.4). Ahora bien, si las condiciones para la constitución de la garantía no se han cumplido todavía, el tercero adquirirá el bien libre de la garantía real constituida posteriormente, pese a que se haya consultado el registro y se tenga conocimiento de la notificación inscrita por el acreedor garantizado. Hasta que hayan tenido lugar tanto la constitución como la inscripción registral de la garantía real, no se obtendrá la oponibilidad a terceros.

36. El principio de que esa oponibilidad nace en el momento en que se cumplan ambos requisitos, y no necesariamente a partir del momento de la inscripción registral, está sujeto a una importante excepción. En general, y a fin de promover la certidumbre y la transparencia entre los acreedores garantizados, la prelación entre garantías reales concurrentes vendrá determinada por el orden temporal de su inscripción, y no por el momento de su constitución (véase A/CN.9/631,

recomendación 78). Dicho de otro modo, entre dos acreedores garantizados, uno de los cuales haya sido el primero en inscribir la garantía real, pero la haya constituido después de que el otro acreedor haya constituido su garantía real e inscrito una notificación al respecto, tendrá prelación la primera inscripción registral que se haya hecho.

d) Extensión del sistema de registro a otras operaciones

37. El establecimiento de un registro amplio y general de las garantías reales del tipo que se contempla en la presente Guía permite a los que lo consulten cerciorarse de la existencia de posibles gravámenes sobre los bienes de un otorgante de una garantía real y adoptar medidas para proteger sus derechos. Los Estados que han adoptado este tipo de registro también han solido ampliar su ámbito de aplicación. Dicho de otro modo, estos Estados han concluido que, aun cuando la finalidad primordial del registro es servir como depositario de información sobre posibles garantías reales, también puede servir para inscribir información acerca de otros tipos de derechos reales sobre bienes muebles sin desplazamiento. Los registros se han extendido para que abarquen también la inscripción de una gran diversidad de notificaciones en las que se indique que existe una garantía real sin desplazamiento, o que puede existir algún otro derecho inmaterial en favor de un tercero.

38. La idea de utilizar el registro de las garantías reales para otros fines no es nueva. Muchos Estados que han establecido registros especializados para inscribir prendas, pignoraciones, hipotecas o cesiones en garantía de derechos al pago de una suma (por ejemplo, un derecho al cobro de una indemnización de seguro o de créditos comerciales por cobrar) también prevén que la cesión pura y simple del derecho de una persona individual a recibir un pago, o de toda una serie de derechos a recibirlo, podrá inscribirse (y, en algunos casos, deberá hacerse) en el registro especializado pertinente de la misma manera que si fuera una garantía real. En los Estados que ya han establecido un registro general de las garantías reales, la inscripción en él es habitualmente obligatoria, en el sentido de que, la ausencia de una inscripción registral o de la adopción de otra medida requerida para obtener la oponibilidad a terceros, la garantía real no será eficazmente a terceros (dicho de otro modo, la inscripción registral no es obligatoria en el sentido de que su ausencia no afectará la exigibilidad de la garantía real entre las partes). El cesionario de una transferencia pura y simple de créditos por cobrar está sujeto a los mismos requisitos de inscripción registral para obtener la oponibilidad a terceros, y a las mismas normas de prelación aplicables al titular de una garantía real constituida sobre créditos por cobrar. El fundamento de ello es que hay poca diferencia práctica, desde la perspectiva de los derechos de terceros, entre una cesión pura y simple y una cesión en garantía, y que, en consecuencia, deberían ser las mismas las normas relativas a la oponibilidad a terceros de ambos tipos de operación. Este es el enfoque que se recomienda en la Guía (véase A/CN.9/631, recomendación 33).

39. En general, los Estados no han previsto exigir a los propietarios de bienes muebles que inscriban su propiedad en un registro. Así, por ejemplo, mientras que muchos Estados exigen o permiten la inscripción registral del arriendo de bienes inmuebles, sólo unos pocos hacen extensiva esta noción a los bienes muebles. No obstante, aquellos que han establecido un registro general de las garantías reales suelen también hacer de la inscripción registral una condición para la oponibilidad a terceros de toda operación en la que haya una disyuntiva entre el propietario y la

persona que, durante cierto período de tiempo, tiene la posesión de un bien mueble y parece utilizarlo como si fuera su propietario. Las dos situaciones más comunes corresponden a los arriendos verdaderos de una duración significativa (por ejemplo, un año o más) y las expediciones comerciales en las que el destinatario de las mercancías tiene en su poder existencias en calidad de agente para su venta en nombre del propietario. En los Estados que adoptan este enfoque, los derechos del cedente y el consignador frente a terceros están sujetos a las mismas normas en materia de oponibilidad a terceros y prelación que las aplicables al titular de una garantía real del pago de una adquisición. La razón fundamental de este enfoque es que, en ausencia de una inscripción registral, los terceros que tratan con los bienes comerciales del cesionario o consignatario carecen de medios objetivos para determinar si los bienes pertenecen al cesionario o consignatario, o a un cedente o consignador.

40. La extensión de los requisitos de inscripción registral para la constitución de garantías reales a los contratos de arrendamiento verdadero se refleja a nivel internacional en el Convenio relativo a las garantías reales internacionales sobre bienes de equipo móvil, que amplía el ámbito de aplicación del registro internacional previsto en el Convenio más allá de las garantías reales y los arrendamientos financieros para incluir los acuerdos de arriendo.

41. Muchos Estados conocen de larga data la noción de una pignoración judicial, en virtud de la cual todo acreedor respaldado por una sentencia declaratoria puede inscribir la sentencia haciendo constar una suma de dinero contra los bienes inmuebles de un deudor judicial, y constituir con ello una garantía real sobre esos bienes. A medida que el concepto de una garantía real inscribible sobre bienes muebles sin desplazamiento se desarrolló, algunos Estados comenzaron a permitir la inscripción registral de sentencias declaratorias contra bienes muebles. Los Estados que han adoptado un registro general de las garantías reales suelen prever la inscripción de una notificación de toda sentencia indizada en función de la identidad del deudor judicial. En los Estados que adoptan este enfoque, la inscripción registral constituye el equivalente de una garantía real sobre los bienes muebles de dicho deudor en favor del acreedor judicial. Este enfoque puede promover indirectamente la inmediata liquidación voluntaria de la deuda a que se refiera la sentencia, ya que los terceros se mostrarán reacios a adquirir u obtener una garantía real constituida sobre los bienes gravados hasta que el deudor judicial haya pagado la deuda judicial y dado lugar a la cancelación de la inscripción registral.

42. En los Estados que adoptan este enfoque, el representante de la insolvencia del deudor judicial suele tener derecho a reclamar el beneficio pecuniario de la prelación de un acreedor judicial inscrita en beneficio de todos los acreedores ordinarios (sujetos a veces a un privilegio especial en favor del acreedor inscrito a fin de indemnizarlo por los gastos en que haya incurrido y los esfuerzos que haya desplegado). La finalidad de esta norma es asegurar que los derechos inscritos del acreedor judicial no entren en conflicto con las reglas en materia de insolvencia que exigen igualdad de tratamiento de los acreedores ordinarios del deudor. En la Guía no se formula ninguna recomendación acerca de este extremo, ya que se trata de una cuestión que cae dentro del ámbito del régimen legal distinto del que regula las operaciones garantizadas (en cuanto a la prelación entre un acreedor garantizado y un acreedor judicial, véase A/CN.9/631, recomendación 90).

3. Posesión

a) Generalidades

43. En casi todos los Estados, la transferencia de la posesión de bienes corporales al acreedor garantizado (la prenda clásica con desplazamiento) se considera suficiente tanto como prueba fehaciente de la constitución de una garantía real como para hacerla oponible a terceros. En lo que respecta a la constitución de la garantía, ello se basa en la teoría de que la transferencia de la posesión demuestra el consentimiento implícito del otorgante a la constitución de la garantía real y al alcance de los bienes gravados por ella. En lo que concierne a la oponibilidad a terceros, aunque la transferencia de la posesión no da publicidad en forma positiva a la existencia de una garantía real (por ejemplo no significa necesariamente que la persona que esté en posesión del bien sea el beneficiario de la prenda y no un arrendatario, un prestatario o un mero depositario del bien), sí elimina el riesgo de que los terceros se vean inducidos erróneamente, por el hecho de que el bien obre en posesión del otorgante, a considerar que éste detenta la titularidad de los bienes libre de todo gravamen.

44. Aun cuando históricamente la posesión era a menudo el único método para poner sobre aviso a los terceros de la existencia de una garantía real, durante el siglo XX muchos Estados también establecieron registros especializados para inscribir ciertas categorías de bienes muebles. Por ejemplo, algunos de ellos crearon registros para las prendas sin desplazamiento posesorio de bienes de equipo comerciales o industriales. Sin embargo la existencia de un registro para las prendas comerciales sin desplazamiento no fue acompañada por una prohibición general con respecto a la prenda “verdadera” de este tipo de bienes. Como consecuencia de ello, a menudo era posible que garantías reales con desplazamiento e inscritas concurrentes gravaran el mismo bien. Un resultado análogo es también posible en los Estados que han establecido un registro general de las garantías reales. La inscripción de una notificación en un sistema de registro de las garantías reales se considera un método alternativo para obtener la oponibilidad a terceros, que coexiste con los métodos de la inscripción en un registro especializado o de la desposesión del otorgante.

45. La idea de mantener el enfoque que contempla la coexistencia de esos métodos para obtener la oponibilidad a terceros no está exenta de polémica. Se aducen dos fundamentos interrelacionados para abolir la posesión como método para obtener dicha oponibilidad cuando exista un registro general de las garantías reales. La primera razón fundamental es que la posesión menoscaba la fiabilidad de la inscripción en el registro como fuente general de información acerca de la posible existencia de garantías reales sobre los bienes de un otorgante. Los acreedores garantizados o los compradores eventuales no pueden fiarse de una consulta del registro que dé resultados negativos para llegar a la conclusión de que el bien de que se trate está libre de todo gravamen. También deben verificar que ese bien obra en posesión del otorgante. La segunda razón fundamental se refiere a las dificultades probatorias. Mientras que el registro ofrece una constancia pública fiable del momento pertinente para establecer la prelación entre una garantía real y el derecho de un reclamante concurrente, la posesión exige la presentación de pruebas potencialmente impugnables del momento en que efectivamente tuvo lugar la transferencia física de la posesión.

46. Pese a estos motivos de preocupación, los Estados que han establecido un registro general de las garantías reales también mantienen invariablemente la transferencia de la posesión como método alternativo igualmente válido para obtener la oponibilidad a terceros de una garantía real constituida sobre bienes corporales. Los motivos para hacerlo son diversos. La suficiencia de la posesión para obtener la validez de una garantía real frente a terceros está bien consolidada en la práctica comercial. Además, la transferencia de la posesión como método para obtener esa validez tendría que seguir siendo válida, en todo caso por lo que toca a los documentos negociables y los títulos negociables, a fin de preservar su negociabilidad y la prelación conexas. En cuanto a la intrusión en la exhaustividad del fichero del registro, todo acreedor garantizado o comprador eventual tendrá usualmente que verificar si los bienes en cuestión existen efectivamente y, para este fin, se le exigirá habitualmente que verifique la continua posesión de ellos por el otorgante. De manera análoga, no es probable que los problemas probatorios en relación con el momento de la transferencia planteen dificultades en la práctica. Por su propio interés, un acreedor garantizado prudente deseará asegurarse de que está bien documentado el momento en que adquirió la posesión del bien.

47. Los Estados que mantienen tanto la inscripción registral como la posesión por el acreedor como métodos para obtener la oponibilidad a terceros y adoptan también el principio de que, salvo en casos muy limitados, ambos métodos producen exactamente las mismas consecuencias (a la vez, en cuanto al momento en el que la garantía real pasa a ser efectivamente oponible a terceros y en lo que respecta a las repercusiones en materia de prelación que comportan esas medidas adicionales). Dicho esto, como cuestión práctica esos métodos no son, sin embargo, equivalentes por lo que respecta a obtener la oponibilidad a terceros. En primer lugar, la transferencia de la posesión es un método para lograr esa oponibilidad únicamente si el bien de que se trate puede ser efectivamente poseído (es decir, es un bien corporal). En segundo lugar, la transferencia de la posesión del bien sólo es viable cuando el otorgante está dispuesto a prescindir de la utilización y el goce continuos de los bienes gravados. No es factible si el otorgante tiene que conservar esos bienes para prestar servicios, fabricar productos o para obtener ingresos de cualquier otra forma.

48. Por estas dos razones, una vez que se dispone de un sistema de inscripción registral de notificaciones general y eficiente, la gran mayoría de los acreedores garantizados tenderá a preferir la inscripción a la posesión como método para obtener la oponibilidad a terceros. Las dos excepciones principales se refieren a las operaciones sobre bienes específicos y a las que implican por lo común una financiación a corto plazo. Así, por ejemplo, cuando la posesión confiere una ventaja en materia de prelación, como en el caso de los títulos y documentos negociables, los acreedores garantizados tomarán posesión de ellos incluso si los propios acreedores o cualquier otro tercero ya tuvieran inscrita una garantía real en el registro (véase A/CN.9/631, recomendaciones 99 y 107). Además, cuando el acreedor garantizado se dedica al negocio de adquirir garantías reales con desplazamiento (como en el caso de una casa de empeño) es raro que también inscriba su garantía real en el registro. Dado que en la mayoría de los Estados la prenda con desplazamiento es bien conocida y comprendida, que se puede lograr una actuación eficiente al aceptar la posesión del bien como método para obtener la oponibilidad a terceros y que el menoscabo de la integridad del registro no es un elemento significativo, en la presente Guía se adopta la misma posición que los

Estados que han establecido un registro general de las garantías reales y se respalda la inscripción registral de una notificación y la transferencia de la posesión al acreedor garantizado como métodos para lograr la oponibilidad a terceros (véase A/CN.9/631, recomendación 38).

b) Insuficiencia de la posesión presumible

49. Aunque la prenda tuvo su origen en la transferencia efectiva de un bien corporal concreto por el otorgante (deudor prendario) al acreedor garantizado (acreedor prendario), con el transcurso del tiempo los Estados hicieron menos estrictas las reglas acerca de lo que podría constituir la posesión del bien de que se tratara por el acreedor. En algunos Estados, la posesión presuntiva (por ejemplo, en el marco de un acuerdo por el que se nombre al otorgante agente del acreedor garantizado) se acepta actualmente como suficiente para constituir una garantía real sobre bienes corporales y obtener su oponibilidad a terceros. En otros Estados, la posesión puede ser simbólica, como cuando un otorgante pone un aviso sobre un objeto, o lo fija a la puerta de un establecimiento, en el que indique que el objeto, o el contenido del establecimiento, ha sido objeto de una prenda en favor del acreedor garantizado. Estos hechos solían ser consecuencia de la falta de un mecanismo de carácter más general para constituir una prenda (o una garantía real) sin desplazamiento sobre bienes muebles. Con todo, algunos Estados que hoy día no permiten la constitución de garantías reales sin desplazamiento mantienen un requisito de carácter estricto que exige que la posesión por el acreedor sea efectiva, pública, continua, pacífica e inequívoca (para un examen de la posesión del bien como condición para constituir una garantía real con desplazamiento, véase A/CN.9/631/Add.1, párrs. ...).

50. Los Estados que han establecido un registro general de las garantías reales y que siguen permitiendo la posesión del bien por el acreedor como método para la notificación a terceros adoptan invariablemente el enfoque estricto de la posesión. La posesión del bien por el acreedor exige que el otorgante renuncie efectivamente al control físico de los bienes gravados. La posesión continuada por el otorgante, o por cualquier persona estrechamente vinculada con él, no sería una señal suficiente para los terceros de que la titularidad del otorgante está posiblemente sujeta a un gravamen. Dicho de otro modo, como la existencia de un registro de las garantías reales permite una garantía sobre el bien de un deudor que esté en posesión de éste, no es necesario reducir el alcance del concepto de posesión con vistas a facilitar la constitución de garantías reales. Es éste también el enfoque recomendado en la Guía y el fundamento aducido en ella al respecto (para la definición de “posesión”, véase A/CN.9/631/Add.1, párr. 9).

c) Posesión por un tercero

51. Se acepta en general que, independientemente de que un Estado haya establecido un registro general de las garantías reales, la posesión no tiene por qué comportar la custodia directa del bien por el acreedor garantizado. La posesión por un agente o un representante del acreedor garantizado es suficiente para que éste tenga la posesión de los bienes gravados, a condición de que un observador objetivo no llegue a la conclusión de que esos bienes siguen obrando en posesión del otorgante. Hay varios medios para lograr la posesión por un tercero.

52. En algunos casos, el acreedor garantizado no tiene ni la capacidad ni los conocimientos necesarios para custodiar y salvaguardar debidamente los bienes gravados. Por ello, un depositario que actúe en nombre del acreedor garantizado tomará o recibirá normalmente la posesión de los bienes en nombre de él. En otros casos, los bienes gravados pueden ya obrar en poder de un tercero en el momento en que se constituya la garantía real. Por ejemplo, los bienes pueden ser diamantes, oro, joyas u otros metales preciosos bajo la custodia de una empresa de seguridad. En estos casos, es necesario informar al tenedor de que el otorgante ha pignorado los bienes, y que, hasta que se reciba una notificación del acreedor garantizado, no podrá entregarlos al otorgante.

53. Por lo común, la custodia de los bienes por un tercero tiene lugar porque un tercero porteador o depositario tiene en su poder el bien gravado. En ese caso, una forma de oponibilidad a terceros basada en la posesión del bien gravado puede consistir en que el tercero emita un recibo en nombre del acreedor garantizado o convenga en custodiar los bienes gravados en nombre de éste. En tal supuesto, los actos del tercero confirman que está en posesión de los bienes en nombre de dicho acreedor.

54. Alternativamente, si el documento en el que conste la titularidad se emite en forma negociable, ello significará que el porteador o el depositario viene obligado a entregar los bienes representados por el documento a la persona que a la sazón esté en posesión de él. La entrega del documento, con todo endoso necesario, al acreedor garantizado brinda pues un medio alternativo para obtener la oponibilidad a terceros de una garantía real constituida sobre los bienes que represente tal documento.

55. En algunos Estados, el concepto de la posesión por un tercero depositario o guardaalmacén se ha hecho extensivo a los acuerdos especiales concluidos entre las partes. Dicho de otro modo, en esos Estados, una transferencia de la posesión del bien al agente del acreedor garantizado no tiene ni siquiera que entrañar el traslado físico de los bienes gravados desde los locales del otorgante. En los acuerdos de “almacenamiento *in situ*”, por ejemplo, un representante del acreedor garantizado (por lo común un empleado del otorgante) asume la custodia física de los bienes gravados en los locales del otorgante (por ejemplo, colocándolos en una sala del almacén que puede cerrarse con llave, la cual sólo obrará en poder del representante). Toda entrega de los bienes ubicados en el “almacén *in situ*” al otorgante exigirá el consentimiento del acreedor garantizado.

56. Los acuerdos de almacenamiento *in situ* son muy comunes en los Estados en los que la prenda con desplazamiento es la única vía disponible para constituir una garantía sobre bienes muebles. Con todo, incluso en los Estados que ofrecen la alternativa de un registro público, un acreedor garantizado puede seguir utilizando el almacenamiento *in situ* como método práctico de vigilancia. Sin embargo, también inscribirá por lo general una notificación de su garantía real para asegurar una certidumbre efectiva con respecto a la oponibilidad de la garantía real a terceros y evitar el riesgo de que el acuerdo sea impugnado por implicar una posesión ficticia en lugar de efectiva.

57. En los Estados que mantienen en vigor la posesión por el acreedor como método para obtener la eficacia frente a terceros, la posibilidad de que esa posesión pueda ejercerse mediante la custodia del bien involucrado por un agente o representante del acreedor es una característica importante de los regímenes

modernos de las garantías reales. Este método aumenta la eficiencia y eficacia de las garantías reales con desplazamiento, al tiempo que reduce su costo al permitir a los acreedores delegar la responsabilidad de la custodia en expertos. Por esas razones en la presente Guía se prevé que la posesión del bien por el acreedor podrá lograrse mediante su custodia por terceros (véase la definición de “posesión” en el párrafo 19 del documento A/CN.9/631/Add.1).

d) Inaplicabilidad de la posesión a los bienes inmateriales

58. Como fundamento del concepto de la posesión como posible método para alcanzar la oponibilidad a terceros está la idea de que la custodia física de un bien es un acto transparente. Es éste el motivo de que, tanto históricamente como en la actualidad, los Estados que admiten la constitución de una garantía mediante la conclusión de un acuerdo de prenda exigen que los bienes gravados sean bienes corporales. Se excluye a los bienes inmateriales porque no es físicamente posible tomar posesión de un bien de esta índole. Muy a menudo, un acreedor trata de obtener una garantía real sobre los créditos por cobrar del otorgante, pero no puede lograr la eficacia de su garantía real frente a terceros mediante la posesión. Únicamente si los créditos por cobrar se incorporan a un título negociable puede la posesión por el acreedor constituir un método para lograr esa eficacia. Un certificado de depósito u otro título que demuestre meramente la existencia de una deuda, pero que no sea negociable, no puede ser objeto de “posesión”. De manera análoga, si un otorgante trata de constituir una garantía real sobre el arriendo de un bien de equipo, no podrá obtener la oponibilidad a terceros entregando el bien (que no posee), ni transfiriendo el contrato de arriendo al acreedor garantizado.

e) Suficiencia de la posesión para fines de ejecución

59. No todos los acreedores garantizados tratarán inmediatamente de obtener la oponibilidad a terceros de una garantía real. Por la razón que fuere, no podrán ni inscribir una notificación en el registro general de las garantías reales, ni obtener posesión de los bienes gravados. En los Estados que consideran la prenda como un contrato sobre bienes, la ausencia de la posesión de los bienes por el acreedor significará que la prenda no se constituye nunca, ni siquiera entre las partes. En otros Estados, sobre todo los que han adoptado un registro general de las garantías reales pero que también prevén la posesión por el acreedor como método para obtener la oponibilidad a terceros, se podrá constituir la prenda entre las partes incluso sin que el acreedor tenga la posesión de los bienes. En estos supuestos, es necesario determinar las condiciones en que la posesión subsiguiente y efectiva por el acreedor constituirá un método para lograr dicha oponibilidad.

60. En algunos Estados, una garantía real no se hace oponible a terceros mediante la posesión, cuando ésta se deriva de la aprehensión por el acreedor garantizado de los bienes gravados a raíz de un incumplimiento de su obligación por el otorgante. Este enfoque tiene un fundamento conceptual y normativo. Desde el punto de vista conceptual, la renuncia voluntaria por el otorgante de la posesión en favor del acreedor garantizado al comienzo de la operación garantizada entraña el reconocimiento por ambas partes de que es menester amparar de esa forma los derechos del acreedor. La aprehensión para fines de ejecución de una garantía real suele comportar la toma involuntaria del bien gravado de manos del otorgante como consecuencia del incumplimiento de su obligación. Además, incluso cuando el

otorgante entrega voluntariamente el bien, lo hace frente a la amenaza coercitiva de un recurso a la vía ejecutoria. El fundamento normativo radica en el hecho de que la aprehensión para fines de ejecución la utilizará habitualmente un acreedor garantizado que no haya inscrito una notificación de su garantía real o no lo haya hecho en la forma apropiada. Sobre todo en el contexto de la competencia con el representante de la insolvencia del otorgante, se siente preocupación por el hecho de que el reconocimiento de una aprehensión de los bienes gravados como acto suficiente para obtener la oponibilidad a terceros premiaría la conducta imprudente, alentaría la acción precipitada por vía ejecutoria y entrañaría difíciles cuestiones probatorias en cuanto a si la aprehensión ocurrió antes o después de la apertura del procedimiento de insolvencia.

61. En contraste, en otros Estados no se consideran pertinentes ni el motivo ni el contexto de la posesión por el acreedor para determinar sus consecuencias. La posesión por el acreedor garantizado trae consigo la oponibilidad a terceros incluso cuando el acreedor obtiene posesión mediante la aprehensión para fines de ejecución de los bienes gravados. Este enfoque se basa en la teoría de que la función de la posesión es garantizar que los terceros no sufran perjuicios por el hecho de que el otorgante siga estando en posesión de bienes sobre los cuales no tiene la propiedad libre de gravámenes. La posesión por el acreedor garantizado sirve ese objetivo, independientemente del motivo para tomar posesión. Como el contexto primordial en el que se plantea esta cuestión normativa implica una competencia entre el acreedor garantizado y el representante de la insolvencia del otorgante, la presente Guía no contiene ninguna recomendación acerca de ese aspecto, sino que se remite al régimen de la insolvencia de un Estado.

4. Inscripción en un registro especializado o anotación en un certificado de titularidad

a) Generalidades

62. Los dos enfoques principales para obtener la oponibilidad a terceros que acaban de examinarse (inscripción en un registro general de las garantías reales y posesión de los bienes por el acreedor) parten del supuesto de que el objetivo fundamental es poner sobre aviso a los terceros de la posible existencia de una garantía real. Incluso en los Estados que hasta la fecha han establecido registros fragmentarios, es decir, registros en los cuales la estructura orgánica se centra en el tipo de operación (por ejemplo, retención de la titularidad, o registros de las prendas comerciales), la condición jurídica del otorgante (por ejemplo, registros de sociedades), la identidad del acreedor garantizado (por ejemplo, un banco) o el tipo de bienes gravados (por ejemplo, registros de bienes de equipo o de créditos por cobrar), la prioridad básica del registro serán las garantías reales. Únicamente a título de excepción se pueden efectuar inscripciones en estos registros que no se refieran, ni se pretende que lo hagan a las garantías reales (por ejemplo, la cesión pura y simple de créditos por cobrar, los arriendos a largo plazo y las expediciones comerciales).

63. Sin embargo, en muchos Estados han existido tradicionalmente otras formas de dar publicidad a los derechos reales. En algunas ocasiones, puede establecerse un registro especializado para determinados bienes, a fin de inscribir todas las operaciones relacionadas con esa categoría de bienes. El modelo para esos tipos de registro es el registro normal de la propiedad inmobiliaria, en el que la titularidad,

los gravámenes, las cargas públicas e incluso los avisos formales acerca de un litigio inminente pueden, con frecuencia, ser objeto de inscripción. Los Estados también establecen sistemas que identifican ciertas clases de bienes muebles mediante un certificado de titularidad, y diversas transacciones referentes a esos bienes (inclusive garantías reales) pueden anotarse directamente en dicho certificado. Los rasgos comunes de estos dos enfoques para dar publicidad a los derechos reales son i) que el mecanismo en cuestión solamente se crea para ciertos bienes claramente identificados y ii) que todos los tipos de derechos (y no sólo las garantías reales) pueden inscribirse y ser objeto de publicidad. Esos mecanismos han demostrado su utilidad con el tiempo, de modo que, incluso en los Estados que han establecido un registro general de las garantías reales, se suelen mantener como métodos alternativos a la inscripción y posesión por el acreedor para obtener la oponibilidad a terceros.

b) Inscripción en un registro especializado de bienes muebles

64. Como ya se ha indicado, un registro general de las garantías reales en el que las partes puedan inscribir una notificación sobre una garantía real posible, o ya existente, puede ser un medio eficaz para poner sobre aviso a terceros acerca de la necesidad de verificar cuidadosamente la situación de los derechos de un otorgante sobre los bienes muebles con los que se propone tratar. Sin embargo, algunas veces un registro especializado para inscribir determinados bienes puede ser igualmente eficiente desde el punto de vista operativo, al tiempo que también podrá desempeñar funciones importantes de mayor alcance que no puede cumplir un registro general de las garantías reales. Por ejemplo, los registros de buques y aeronaves son dos casos, que gozan de amplio reconocimiento, en los que un registro especializado funciona para atender los problemas planteados por la reglamentación internacional sobre la seguridad y las preocupaciones nacionales de la seguridad del Estado, además de facilitar las operaciones comerciales.

65. Por estos motivos, muchos Estados reconocen que la inscripción en un registro especializado existente en virtud de otra normativa legal puede ser un método alternativo para obtener la oponibilidad a terceros de las garantías reales constituidas sobre bienes que abarque tal normativa (véase A/CN.9/631, recomendación 39). Normalmente, los aspectos prácticos de la inscripción en un registro de la propiedad especializado no se abordan en las normas legales que regulan las operaciones garantizadas, ya que se trata de un asunto que cae en el ámbito de la legislación especial que rija ese régimen. Con frecuencia, el sistema existente prevé, como en el caso de muchos registros de las garantías reales que se desarrollaron en los siglos XIX y XX, la inscripción de los documentos justificativos de la garantía, o de un resumen de esos documentos que esté certificado por el encargado del registro. El fundamento para adoptar un enfoque de “inscripción de notificaciones” en el caso del registro general de las garantías reales deberá ser igualmente válido para esos registros especializados destinados a la inscripción de determinados bienes. Los Estados que mantienen tales registros podrían pues considerar la posibilidad de adoptar un sistema basado en la inscripción de notificaciones, como una reforma complementaria encaminada a aumentar la eficiencia del registro.

66. La inscripción registral de una notificación relativa a una garantía real puede preverse en principio, incluso en los sistemas de registro que funcionan ante todo

como registros de la propiedad. En el caso de una transferencia de la propiedad, esos registros exigen normalmente que se presenten pruebas de la documentación justificativa de la transferencia, ya que la inscripción de una transferencia no autorizada puede perjudicar a un acreedor garantizado, o a un comprador, que se fíe del fichero de un registro de la propiedad. Con todo, en el caso de las garantías reales no es necesario el mismo nivel probatorio, ya que una consulta del registro que ponga de manifiesto una garantía real cuando no exista, de hecho, ninguna no produce de por sí ningún efecto negativo. Los posibles compradores y acreedores garantizados pueden protegerse negándose a adquirir o, según el caso, a conceder crédito, salvo en unas condiciones que tengan en cuenta la garantía real inscrita, con el resultado de que el otorgante tomará medidas para contar con una de las tres inscripciones registrales siguientes: i) una inscripción no autorizada, ii) una inscripción continua después de haber cumplido la obligación garantizada, o iii) una inscripción con respecto a la cual nunca se concertó un acuerdo de garantía, suprimida del fichero.

67. Los Estados que mantienen registros especializados deben determinar si la inscripción en el registro especializado de que se trate será el único método para obtener la oponibilidad a terceros de las garantías reales constituidas sobre los bienes abarcados por esa inscripción. Algunos Estados adoptan esta posición. No se puede reclamar frente a terceros ningún derecho real sobre el bien de que se trate si no se presenta una notificación de ese derecho en el registro especializado. Otros Estados adoptan una posición menos absoluta y permiten métodos alternativos para obtener la oponibilidad a terceros de las garantías reales constituidas sobre bienes inscritos en el registro especializado. El fundamento que se aduce en esos Estados es que, a excepción de los reclamantes concurrentes cuyos derechos se trata de proteger mediante el régimen especializado de la propiedad y que se han fiado, con consecuencias perjudiciales, del registro, no hay razón alguna para que la oponibilidad a terceros contra los demás reclamantes no pueda obtenerse utilizando cualquiera de los demás métodos de que se disponga en general. De ello se deduce que también debería permitirse al acreedor garantizado hacer eficaz su garantía real frente a terceros mediante la inscripción en el registro general de las garantías reales o mediante la transferencia de la posesión de los bienes gravados.

68. Es importante dejar claramente sentado el alcance de la citada excepción en lo que respecta a los efectos negativos reales de fiarse de la inscripción registral. La idea es que, aun cuando la garantía real sea oponible a terceros, su prelación cuando se hizo oponible mediante uno de esos otros métodos quedará subordinada a los acreedores garantizados y los compradores concurrentes que inscriban sus garantías en el registro especializado. La subordinación existe sea cual fuere el momento de la inscripción respectiva en los dos registros. Este enfoque permite a un acreedor garantizado que obtenga una garantía real sobre todos los bienes muebles del otorgante, o sobre algunas categorías genéricas de ellos, protegerse frente al representante de la insolvencia del otorgante o a los acreedores judiciales mediante una sola inscripción en el registro general de las garantías reales. La inscripción en el registro especializado sólo es necesaria si el acreedor garantizado concluye que el riesgo de un otorgamiento no autorizado de una garantía a un acreedor garantizado concurrente, o la venta a un comprador que la inscriba en el registro especializado, es lo suficientemente grande para justificar la labor requerida para efectuar una inscripción adicional en el registro especializado. En vista del limitado número de tales registros especializados y de las categorías de bienes que abarcan, la

constitución de un derecho de prelación superior al de los que utilizan el registro especializado no compromete en forma significativa la eficiencia e integridad del registro general de las garantías reales. Por estos motivos, en la Guía se recomienda que, cuando se lleven registros especializados, la oponibilidad a terceros pueda no obstante obtenerse mediante métodos alternativos tales como la inscripción en el registro general o la posesión de los bienes por el acreedor, a condición de amparar la prelación superior de los que hayan hecho inscripciones en el registro especializado (véase A/CN.9/631, recomendaciones 39, 83 y 84).

c) Anotación en un certificado de titularidad

69. Aunque la mayoría de los Estados tienen registros de la propiedad y transferencia de la propiedad de vehículos automotores y bienes análogos, no se trata a esos registros como fuente probatoria en general de tal propiedad a los efectos de las operaciones comerciales y, por ese motivo, no pueden ser consultados por el público. Su finalidad primordial es más bien de carácter regulador, a saber, permitir a las autoridades seguir el rastro de la propiedad si se produce un accidente o una violación de normas penales o de seguridad, y asignar las responsabilidades y obligaciones imperativas en materia de seguro.

70. En el marco de esos regímenes se suele expedir al propietario un certificado de inscripción y toda venta del vehículo va acompañada invariablemente por la devolución del antiguo certificado a la autoridad reguladora competente y la expedición de un nuevo certificado a nombre del nuevo propietario. En algunos Estados, especialmente aquéllos que no han establecido un registro general de las garantías reales, el certificado de inscripción de la titularidad se presenta como base para la publicidad de las garantías reales constituidas sobre el bien mencionado en el certificado de inscripción. En esos Estados, la anotación de la garantía real en el anverso del certificado se considera suficiente para obtener la oponibilidad a terceros de la garantía real anotada en él.

71. En los Estados en que ya existe este tipo de sistema de anotación en un certificado, y que parece funcionar bien en la práctica, puede haber escasos motivos para abolir el sistema cuando se establezca un régimen modernizado de las garantías reales. Aun así, será necesario abordar la interrelación entre el sistema existente y los demás métodos para obtener la oponibilidad a terceros permitidos en el marco del nuevo régimen. Por lo común, la anotación de la garantía real en el certificado de titularidad es un método suficiente para obtener la oponibilidad a terceros de una garantía real sobre un bien corporal sujeto a ese sistema. La inscripción en el registro general de las garantías reales y la adquisición de la posesión por el acreedor son otros dos métodos posibles a ese respecto. Sin embargo, si se utiliza cualquiera de estos métodos, la prelación de la garantía real a la que se refiera quedará subordinada a los derechos de un comprador o un acreedor garantizado concurrente que se haya fiado del sistema de anotación en un certificado. Al igual que en el caso del enfoque adoptado para la inscripción en un registro de la propiedad especializado, este enfoque tiene por finalidad preservar la fiabilidad e integridad del sistema de certificados de titularidad, al tiempo que aumenta la flexibilidad y eficiencia del régimen general de las operaciones garantizadas. En la Guía se recomienda este enfoque (véase A/CN.9/631, recomendaciones 39, 83 y 84).

5. Oponibilidad automática a terceros de una garantía real constituida sobre el producto de un bien gravado

72. Implícito en la naturaleza de los bienes muebles es el hecho de que pueden venderse y revenderse durante el período en que el crédito garantizado siga sin reembolsarse pero no implique un incumplimiento de pago. La venta u otro tipo de disposición de los bienes garantizados dará normalmente origen a un producto (para la definición de “producto”, véase A/CN.9/631/Add.1, párr. 19), sea en la forma de dinero en efectivo, de títulos negociables, de créditos por cobrar o de otros bienes recibidos a cambio, sea alguna combinación de todos los elementos citados. En muchos Estados, una garantía real sobre cualquier producto (inclusive el producto de un producto) dimanante de los bienes inicialmente gravados queda automáticamente constituida tan pronto como se origine el producto, a condición de que siga siendo identificable. Este es el enfoque que se recomienda en la presente Guía (véase A/CN.9/631, recomendación 18). Sin embargo, no es ésta la única cuestión que es preciso abordar, pues es también necesario determinar si el acreedor garantizado debería hacer una inscripción registral o adoptar alguna otra medida para lograr que la garantía real sobre el producto sea oponible a terceros.

73. Aun cuando las notificaciones inscritas en un registro general de las garantías reales están organizadas e indizadas por referencia a la identidad del otorgante, la notificación inscrita debe contener una descripción de los bienes gravados (véase A/CN.9/631, recomendaciones 58 y 64). Así pues, es necesario ante todo poner de relieve la situación en la que la garantía real constituida sobre los bienes originariamente gravados se hizo oponible a terceros mediante su inscripción en el registro y el producto es de un tipo que corresponde a la descripción contenida en la notificación inscrita. Por ejemplo, si en esta notificación se describen los bienes gravados como “todo los bienes corporales presentes y futuros” y el otorgante vende un tractor agrícola y utiliza el producto de la venta para adquirir un velero, la descripción en la notificación inscrita incluirá el producto como bien originariamente gravado, en la forma de un bien corporal futuro. Como la inscripción puede hacerse antes de la constitución de una garantía real, la inscripción inicial basta en principio para dar eficacia frente a terceros a la garantía real constituida posteriormente sobre el producto cuando éste se origina. En la mayoría de los Estados que establecen la existencia de un derecho automático sobre el producto también disponen la oponibilidad automática a terceros en tales casos, y este es el resultado que se recomienda en la Guía (véase A/CN.9/631, recomendación 40).

74. Se plantean cuestiones más difíciles cuando la garantía real sobre los bienes originariamente gravados adquiere eficacia frente a terceros mediante una notificación en la que la descripción no mencione los bienes recibidos a título de producto, o por un método que sea insuficiente si el producto es un bien originariamente gravado. En el ejemplo expuesto más arriba para analizar el primer caso, si en la notificación inscrita se describen los bienes originariamente gravados como “todo el equipo agrícola presente y futuro”, esta descripción no abarcará el velero. En cuanto al segundo caso, si el bien originariamente gravado es el derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria hecho oponible a terceros por medio del control, y el otorgante retira fondos sin autorización a fin de comprar un velero, el método de la oponibilidad a terceros aplicado en el caso de los bienes originariamente gravados que no sería suficiente en el caso del producto.

75. Estos ejemplos dan lugar a consideraciones concurrentes en materia de políticas. Si se dota de eficacia frente a terceros a la garantía real constituida sobre el producto se menoscabará la política subyacente de los requisitos exigidos para tal eficacia, ya que no se pondrá sobre aviso a los terceros acerca de la posible existencia de esa garantía real sobre el producto. Después de todo, un comprador eventual de un velero al otorgante no se dará necesariamente cuenta de que la notificación inscrita de una garantía real constituida sobre equipo agrícola abarca también al velero como producto. En cambio, el exigir al acreedor garantizado que tome medidas inmediatas para lograr que la garantía real sobre el producto sea oponible a terceros puede imponer una carga excesiva en materia de seguimiento y vigilancia y entrañar un riesgo en lo concerniente a la prelación. Con frecuencia el producto se habrá originado como consecuencia de operaciones no autorizadas realizadas por el otorgante con los bienes originariamente gravados. En tales casos, el acreedor garantizado no tendrá normalmente conocimiento de la enajenación no autorizada del bien hasta bastante después de que la misma se haya producido. Si la enajenación no estuviera de hecho autorizada, el acreedor garantizado tendría en general el derecho a seguir el bien originariamente gravado hasta el propio beneficiario de la enajenación, y, por consiguiente, no sufriría ningún perjuicio. Sin embargo, tal vez no sea siempre posible, después de la enajenación, ubicar el bien o ese beneficiario, y, en algunos casos, la cuantía del producto recibido podría de hecho ser mayor que el valor de los bienes cuando sea necesario ejecutar la garantía real.

76. Al tratar de lograr un equilibrio razonable entre estas políticas concurrentes, la mayoría de los Estados que establecen el derecho automático del acreedor sobre el producto que sea identificable tratan habitualmente la garantía real constituida sobre el producto no abarcado por la descripción inicial de los bienes gravados como oponible automáticamente a terceros, bien en forma permanente, bien por cierto intervalo de tiempo. El grado y la duración de la oponibilidad a terceros en esos Estados dependen de la naturaleza de los bienes originariamente gravados y de la índole del producto.

77. Se prevé la oponibilidad permanente a terceros en el caso de una garantía real constituida sobre el producto que adopte la forma de dinero, créditos por cobrar, títulos negociables y derechos al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria (para la definición de estos términos y expresiones, véase A/CN.9/631/Add.1, párr. 19). Este enfoque se basa en la idea de que la ausencia de un acto independiente de oponibilidad a terceros en relación con esas categorías de producto no comporta ningún riesgo significativo de que los terceros se fíen de tal hecho con resultados perjudiciales. En el supuesto de dinero y títulos negociables, ello se debe a que los beneficiarios de la transferencia o los acreedores garantizados subsiguientes que adquieren la posesión del producto suelen en general adquirir la garantía real libre, en todo caso, de todo gravamen (véase A/CN.9/631, recomendaciones 99 y 104). Como el dinero y los títulos negociables los obtiene normalmente el otorgante de la cobranza de créditos (producto de un producto), sería ilógico y contraproducente no hacer extensiva la oponibilidad automática a terceros al producto originario, es decir, los créditos por cobrar. El dinero y los títulos negociables obtenidos de los créditos se suelen acreditar después en la cuenta bancaria del otorgante (producto del producto de un producto). El beneficiario de una transferencia de fondos de esa cuenta suele adquirir la garantía real libre de todo gravamen, de manera que la ausencia de publicidad no perjudica sus derechos

(véase A/CN.9/631, recomendación 103). Como en el caso de los acreedores garantizados y los cesionarios que adquieren una garantía sobre el derecho al pago de los fondos depositados en una cuenta, en la Guía se recomienda que se dé prelación a todo acreedor garantizado que obtenga la oponibilidad a terceros mediante el control de ella y también al derecho de compensación del banco depositario (véase A/CN.9/631, recomendaciones 101 y 102). En consecuencia, con respecto a dichos tipos de bienes, se debe informar a los reclamantes concurrentes de que corren el riesgo de que sus créditos queden subordinados, en todo caso a menos que se protejan adquiriendo el control de la cuenta. Habida cuenta de estas consideraciones, para asegurar la coherencia del régimen legal que regule el producto en forma de dinero, créditos por cobrar, títulos negociables y derechos al pago de los fondos acreditados en una cuenta bancaria, la mayoría de los Estados prevén que la oponibilidad permanente a terceros en relación con esos bienes tendrá carácter automático. Este es también el resultado que se recomienda en la presente Guía (véase A/CN.9/631, recomendación 40).

78. En el caso de otros tipos de producto, se aplica un conjunto diferente de políticas. Puede muy bien suceder que la enajenación que dé lugar al producto no esté autorizada y que el acreedor no se entere rápidamente de ella. Es pues razonable prever que la garantía real será automáticamente oponible a terceros. Sin embargo, y en contraste con el producto en forma de dinero y bienes análogos, el producto que adopte la forma de bienes corporales aparece a los ojos de terceros como bienes del otorgante. Por consiguiente, cuando esos bienes no corresponden a la descripción inicial, se puede inducir fácilmente a error a los terceros. Por esta razón, y para no menoscabar indebidamente los derechos de terceros, la mayoría de los Estados disponen que la oponibilidad automática a terceros sólo será válida por un breve plazo después de que se origine el producto. Para obtener una oponibilidad a terceros de carácter permanente, el acreedor garantizado deberá inscribir una notificación en el registro o, si no, adoptar medidas positivas para hacer oponible a terceros la garantía real antes de la expiración de ese plazo. Evidentemente, el intervalo de tiempo debe ser relativamente breve, pero no tanto que prive a un acreedor garantizado razonablemente prudente de la posibilidad de adoptar medidas para preservar la oponibilidad a terceros de su garantía real. Un plazo de 20 a 30 días parece ser la solución de transacción que la mayoría de los Estados considera aceptable. En la presente Guía se adopta la noción de un breve plazo de oponibilidad automática a terceros, dentro del cual el acreedor garantizado deberá enmendar la descripción de los bienes gravados a fin de abarcar todo producto que difiera de los bienes originariamente gravados (véase A/CN.9/631, recomendación 41).

6. Oponibilidad a terceros de una garantía real sobre un accesorio fijo

a) Generalidades

79. Todo bien gravado por una garantía real que se haya hecho oponible a terceros puede incorporarse o puede pasar a estar incorporado a otro bien (tanto mueble como inmueble). Por ejemplo, los neumáticos que sean objeto de una garantía real pueden ser posteriormente incorporados a un camión, o una caldera de calefacción objeto de una garantía real puede después ser incorporada a un edificio. En algunos Estados, la incorporación de ese bien gravado pone término a la garantía real. Este enfoque se basa en preocupaciones normativas acerca del amparo de la posición de

los compradores y otros terceros que adquieren posteriormente derechos sobre el bien al cual se incorpora el bien gravado. En otros Estados, solamente la incorporación a bienes inmuebles pondrá término a una garantía real constituida sobre un bien mueble que pase a ser un accesorio fijo. La política de estos Estados es impedir el desprendimiento o remoción posterior del accesorio fijo y el deterioro consiguiente del bien inmueble, al tiempo que se preserva la prelación de los derechos de todo acreedor que haya adquirido una garantía sobre ese bien antes de la incorporación del accesorio fijo.

80. Los Estados que han adoptado un amplio sistema de registro de los bienes muebles resuelven esta preocupación normativa en forma más directa tratando de establecer un equilibrio entre los derechos concurrentes. La mayoría de los regímenes están estructurados de forma que permitan que la garantía real sobreviva al accesorio fijo, al menos entre las partes. Sin embargo, a fin de abordar los derechos respectivos del acreedor garantizado y de los terceros, esos regímenes también prevén una serie completa de reglas en materia de oponibilidad a terceros y de prelación. Este es el enfoque general adoptado en la presente Guía. Así, en el capítulo IV (véase A/CN.9/631/Add.1) se confirma que puede constituirse una garantía real sobre un bien corporal que sea un accesorio fijo ya existente, o que pase a serlo posteriormente, en la medida del valor del bien corporal en el momento de su incorporación (véase A/CN.9/631, recomendación 22). En el presente capítulo se aborda la cuestión de la oponibilidad a terceros, mientras que el capítulo VII (véase A/CN.9/631/Add.4) trata de la prelación.

b) Accesorios fijos de bienes muebles

81. Si el bien corporal objeto a la garantía real está incorporado a otro bien corporal (es decir, otro objeto mueble), se aplicarán los requisitos generales exigidos para la oponibilidad a terceros. A los accesorios fijos no se les otorga ningún tratamiento especial concreto. Así, si la garantía real sobre un bien mueble se hace oponible a terceros mediante su inscripción registral antes de la incorporación de un accesorio fijo al mismo seguirá siendo oponible después de la incorporación sin necesidad de adoptar ninguna medida adicional (véase A/CN.9/631, recomendación 42). Ello se debe a que, a diferencia de la situación en la que el bien originariamente gravado es reemplazado por el producto, los accesorios fijos retienen su identidad diferenciada después de ser incorporados a otro bien. En consecuencia, es razonable suponer que un tercero que consulte el registro para determinar si se han constituido garantías reales sobre el bien al cual está incorporado el accesorio fijo (por ejemplo, un automóvil) comprenderá que toda notificación inscrita en la que se describa el accesorio (por ejemplo, los neumáticos de automóvil) podrá referirse a los neumáticos instalados en el automóvil en el que esté interesado el tercero.

82. Desde el punto de vista teórico, una garantía real constituida sobre un accesorio fijo también seguirá siendo oponible a terceros si la garantía real se hubiera hecho oponible con anterioridad a la incorporación del accesorio fijo mediante una transferencia de la posesión al acreedor garantizado o a un tercero que sea agente de éste, y no mediante la inscripción en el registro general de las garantías reales. Sin embargo, y como cuestión práctica, la oponibilidad a terceros cesará habitualmente al incorporar el accesorio fijo, ya que el acreedor garantizado tendrá normalmente que renunciar a su posesión para permitir que tenga lugar la

incorporación del accesorio. En consecuencia, los terceros que traten con el bien después de esa incorporación adquirirán la garantía real libre de todo gravamen, a menos que el acreedor garantizado preserve su situación haciendo una inscripción en el registro general de las garantías reales antes de renunciar a la posesión o antes de que nazcan los derechos de los terceros. En contraste, si el acreedor garantizado tiene también la posesión del bien mueble al que se incorpore el accesorio fijo, o si un agente o representante del acreedor está en posesión de ese bien, la oponibilidad a terceros quedará salvaguardada (sin embargo, esto no será el caso habitual).

c) Accesorios fijos de bienes inmuebles

83. Si el bien gravado está incorporado como accesorio fijo a un bien inmueble, las consideraciones normativas son más complejas. Ello se debe a que cualesquiera derechos que representen un gravamen para el bien inmueble se inscribirán normalmente en el registro de la propiedad inmobiliaria. En cuanto a la validez entre las partes, en la presente Guía se recomienda que se permita constituir una garantía real sobre un accesorio fijo de un bien inmueble con arreglo a los principios expuestos en detalle en la Guía, o conforme al régimen legal que regule los derechos sobre bienes inmuebles. En consonancia con esta idea, la garantía real así constituida podrá hacerse oponible a terceros mediante su inscripción en el registro general de las garantías reales o mediante inscripción en el registro de la propiedad inmobiliaria (véase A/CN.9/631, recomendación 43). Sin embargo, si una garantía real se constituye con arreglo al régimen legal que regule los bienes muebles y los requisitos para su constitución no son suficientes para llevar a cabo ésta de conformidad con el régimen que regule los bienes inmuebles, habrá que modificar las normas que rijan el registro de la propiedad inmobiliaria para permitir, no obstante, la inscripción de la garantía real sobre el accesorio fijo. Además, la selección del método entraña diversas consecuencias con respecto a la prelación. La inscripción en el registro de la propiedad inmobiliaria es necesaria para lograr la máxima protección contra terceros. Un acreedor garantizado o un comprador que haga la inscripción en este registro tendrá prelación frente a todo acreedor garantizado que se fíe de la inscripción en el registro general de las garantías reales (véase A/CN.9/631, recomendación 93).

84. Esta regla especial relativa a la prelación es necesaria para preservar la fiabilidad e integridad del registro de la propiedad inmobiliaria; sólo es viable si la inscripción de una garantía real constituida sobre un accesorio fijo en el registro de la propiedad inmobiliaria puede hacerse con facilidad y en forma eficiente. En los actuales sistemas de registro de la propiedad inmobiliaria se puede exigir la presentación de una documentación completa de la garantía o imponer otras formalidades para la inscripción de las garantías reales. En este caso, la normativa legal que regule la inscripción en el registro de la propiedad agraria puede tener que ser revisada para autorizar la inscripción de una notificación de toda garantía real. De otro modo, el costo y los gastos que comporta la plena protección de su situación en materia de prelación al inscribir la garantía real en el registro de la propiedad inmobiliaria puede disuadir a los acreedores garantizados de conceder crédito garantizado que entrañe accesorios fijos de bienes inmuebles.

d) Accesorios fijos de bienes muebles sujetos a inscripción en un registro especializado

85. En los Estados que tienen registros de la propiedad especializados es muy común que los tipos de bienes sujetos a inscripción en ellos incluyan bienes a los que normalmente están incorporados otros bienes corporales (por ejemplo, buques, aeronaves, vehículos automotores). Debido al deseo de proteger la integridad del registro especializado, los Estados suelen adaptar el enfoque aplicable a una garantía real constituida sobre un bien corporal que esté incorporado a un bien inmueble al caso de los accesorios fijos de bienes corporales sujetos a un registro especializado de la propiedad, o a un sistema de certificados de la titularidad. La garantía real puede hacerse oponible a terceros mediante la inscripción en el registro general de las garantías reales, la adquisición de la posesión por el acreedor (aunque, como ya se ha indicado, ello sólo sucederá en raras ocasiones) o a través de la inscripción en el registro especializado o una anotación en el certificado de titularidad (véase A/CN.9/631, recomendación 43). Como en el caso de los accesorios fijos de bienes inmuebles, la inscripción en el registro especializado o la anotación en el certificado de titularidad es necesaria para lograr la máxima protección de los derechos de terceros. Un acreedor garantizado o un comprador que recurra al sistema de registro especializado tendrá prelación sobre todo acreedor garantizado que obtenga la oponibilidad a terceros mediante otro método (véase A/CN.9/631, recomendación 93). Para facilitar el acceso a ese sistema, tal vez sea necesario enmendar la legislación que lo regule a fin de asegurar que el acreedor garantizado pueda inscribir una mera notificación de la garantía real constituida sobre el accesorio fijo o anotarla en forma independiente en el certificado de titularidad, según el caso.

e) Coordinación de los registros

86. Cuando los Estados adoptan la posición de que la eficacia de una garantía real frente a terceros puede obtenerse mediante la utilización de varios métodos, tienen que decidir si todos esos métodos producen consecuencias idénticas, o si uno u otro de ellos puede tener consecuencias de mayor alcance. Como ya se ha indicado, para salvaguardar la integridad de los registros que no sea el registro general de las garantías reales (el registro de la propiedad inmobiliaria o un registro de la propiedad especializado), la inscripción en estos registros otorga al acreedor garantizado el máximo amparo en materia de prelación. Por este motivo, redundará invariablemente en beneficio de un acreedor que haya inscrito su garantía en el registro general de las garantías reales inscribir también una notificación en el registro especializado. En lugar de exigir que el propio acreedor garantizado efectúe una inscripción separada en el registro de la propiedad inmobiliaria o en el registro especializado de los bienes muebles, algunos Estados tienen un sistema de registro conforme al cual las garantías reales constituidas sobre accesorios fijos que se inscriban en el registro general de esas garantías se remiten automáticamente para su inscripción en el otro registro. Sin embargo, como las inscripciones en el registro de la propiedad inmobiliaria y en los registros especializados de los bienes muebles se indizan con arreglo al bien de que se trate, y no por referencia al otorgante, todo autor de una inscripción en el registro general de las garantías reales tendrá que facilitar al registro la descripción del bien en cuestión e indicar expresamente que la notificación que abarca “todos los bienes corporales” incluye los accesorios fijos descritos en forma específica.

7. Oponibilidad automática a terceros de una garantía real sobre una masa de bienes o un producto acabado

87. Por las razones expuestas en el capítulo IV (véase A/CN.9/631/Add.1, párrs. ...), en la presente Guía se recomienda que una garantía real constituida sobre bienes corporales que más tarde se transformen o mezclen subsista automáticamente sobre el producto acabado o la mezcla resultante (véase A/CN.9/631, recomendación 23). Ahora bien, esta recomendación no precisa si la garantía real sobre el producto acabado o la masa es oponible a terceros. Suponiendo que la garantía real se hiciera oponible a terceros antes de la transformación o la operación de mezcla, la cuestión de política es si la garantía real que subsiste en el producto acabado o la masa debe tratarse como automáticamente oponible a terceros.

88. En el caso más corriente, la garantía real sobre los bienes gravados inicialmente se habrá hecho oponible a terceros mediante inscripción en el registro general de garantías reales (pues éste es el único método prácticamente disponible para las existencias que están en forma de materias primas). Por consiguiente, los Estados tienen que decidir si esta inscripción registral inicial es suficiente para lograr la oponibilidad frente a terceros de la garantía real sobre el producto o la masa derivados de la transformación o la mezcla de los bienes gravados inicialmente.

89. Como se ha indicado anteriormente, aunque los avisos consignados en un registro general de garantías reales se organizan con referencia a la identidad del otorgante, el aviso inscrito ha de contener una descripción de los bienes gravados (véase A/CN.9/631, recomendaciones 58 y 64). Lo mismo que en el caso relacionado con la oponibilidad a terceros de las garantías reales sobre el producto de la enajenación de bienes gravados hay que hacer una distinción basada en la forma en que se describen los bienes gravados inicialmente. Se considera primero la situación en que el aviso consignado en el registro describe los bienes gravados de manera que abarca tanto el bien gravado inicialmente como el producto o la masa resultante. Por ejemplo, es posible que un aviso inscrito en el registro describa los bienes gravados como “trigo de tipo o de calidad xyz” y que el trigo del otorgante se mezcle después con otro del mismo tipo o calidad. Asimismo, puede constituirse una garantía real sobre una resina con la que después se fabrique madera prensada, mientras que el acreedor garantizado inscribe un aviso en el que los bienes gravados se describen como “existencias de materias primas y productos acabados”. En los dos casos un tercero que consulte el registro será advertido de la posible existencia de una garantía real sobre la masa mezclada o el producto fabricado, de modo que no puede haber objeción de política a tratar la inscripción original en el registro como suficiente para dar oponibilidad frente a terceros a la garantía real subsistente sobre el producto o la masa. La gran mayoría de los Estados que han aprobado un régimen general de garantías reales adoptan este criterio de oponibilidad automática a terceros en los casos de este tipo.

90. Las consideraciones acerca de la política adecuada presentan más dificultad cuando el aviso inscrito en el registro describe los bienes gravados en términos que se refieren sólo al componente pero no a la masa mezclada ni al producto acabado. Por ejemplo, es posible que el acreedor asegurado haya inscrito un aviso que describa el bien gravado como “trigo de tipo o de calidad xyz” y que el trigo se mezcle después con una cantidad mucho mayor de trigo de “tipo o de calidad abc”. Un tercero que consulte el registro tal vez no pueda percatarse de la amplitud de los

derechos del acreedor sobre la masa mezclada. La situación es aún más complicada cuando el acreedor garantizado hace insertar un aviso que describe el bien gravado como “resina” y ésta se elabora después transformándola en madera prensada. En este caso puede ser que un tercero razonable, que consulte el registro para cerciorarse de si existe alguna otra garantía real constituida sobre la madera prensada del otorgante, no se dé cuenta de que un aviso referente a una garantía real sobre la resina es también extensivo a la madera prensada fabricada con esa resina.

91. Esta segunda situación da particularmente lugar a consideraciones de política contrapuestas. Dar oponibilidad automática frente a terceros a la garantía real sobre la madera prensada puede tener efectos negativos para la política adoptada en cuanto a requisitos de oponibilidad a terceros, pues el aviso inscrito en el registro no advierte necesariamente a los terceros que lo consulten de la existencia de la garantía real. En cambio, disponer que un acreedor garantizado incluya también en su aviso registral una descripción del producto o la masa resultantes puede disuadir de la financiación basada en la garantía de las materias primas del otorgante o traducirse en la inserción de avisos que contengan descripciones excesivamente generales (como en el ejemplo antes citado en que el aviso se refiere a “existencias” aunque la garantía real se limita a la resina) en detrimento de las oportunidades de acceso del otorgante a crédito garantizado de otras fuentes.

92. Los Estados adoptan criterios diferentes para resolver estas situaciones de políticas en contradicción. Algunos de ellos tratan la garantía real como automáticamente oponible a terceros sin necesidad de ningún otro trámite. Este planteamiento se basa en la teoría de que, en la práctica, es mínimo el riesgo de que la confianza de terceros tenga efectos perjudiciales. Los acreedores garantizados sucesivos conocerán suficientemente las actividades fabriles del otorgante para comprender que un aviso registral referente a una garantía real en el que sólo se describen los bienes componentes abarca también todo producto acabado elaborado a partir de esos bienes; los compradores sucesivos estarán en general protegidos pues el producto acabado o la masa mezclada constituirán por regla general las existencias vendidas en el curso normal del negocio del otorgante y que un comprador recibe normalmente libres de garantía real en todo caso.

93. Otros Estados tratan la garantía real como automáticamente oponible sólo a otros acreedores garantizados. Si el concurrente es alguien que no sea otro acreedor garantizado (por ejemplo un comprador que no intervenga en el curso normal de los negocios o un acreedor con sentencia ejecutoria de su crédito o representante de la insolvencia) la garantía real no es oponible a menos que se inscriba en el registro, antes de que nazcan otros derechos, un aviso donde se describa el bien gravado en términos que incluyan el producto acabado o la masa. Este criterio se funda en la teoría de que, a diferencia de los acreedores garantizados del otorgante, los terceros reclamantes de esta otra clase serán más probablemente inducidos a error por una descripción en un aviso registral que se refiera sólo a las materias primas y no al producto acabado al que estén incorporadas.

94. En la Guía se recomienda el primero de estos dos criterios reseñados. Es decir, se recomienda que los Estados adopten una norma al efecto de que si la garantía real sobre el bien componente es oponible a terceros, la garantía real sobre el producto resultante es automáticamente oponible a terceros sin necesidad de medida adicional alguna del acreedor garantizado (véase A/CN.9/631, recomendación 45). Esta opción se basa en dos consideraciones. Primero, en la práctica es muy improbable

que un producto acabado o una masa mezclada se vendan a un comprador fuera del curso normal de los negocios, puesto que esos bienes formarán casi siempre parte de las existencias del otorgante. Segundo, los acreedores no garantizados no se orientan por lo general a las existencias del otorgante con miras a ejecutar sus sentencias, pues es más probable que el otorgante pueda satisfacer sus reclamaciones si tiene la posibilidad de seguir vendiendo las existencias en el curso normal de sus negocios.

8. Subsistencia de la oponibilidad a terceros de una garantía real tras un cambio de la ubicación del bien o del otorgante

95. El cambio de ubicación es algo consustancial a los bienes muebles y las personas. A veces los bienes o las personas se trasladan a un lugar diferente en el mismo Estado. Otras veces se trasladan a un lugar de un Estado diferente. Cuando la oponibilidad a terceros se consigue mediante inscripción en un registro general de garantías reales, los criterios de consulta del registro son función del nombre del otorgante. Por tanto, un cambio de ubicación física en el mismo Estado no menoscabará las posibilidades de una persona que consulte el registro para determinar si se ha constituido una garantía real y, en consecuencia, no debe afectar a la subsistencia de la oponibilidad de la garantía a terceros. Pero la situación es distinta cuando el bien o el otorgante se traslada de un Estado a otro.

96. Como se indica en el capítulo XIII (véase A/CN.9/631/Add.10, párrs. 26 y 27 y 35 a 40), la ley aplicable a la oponibilidad de las garantías reales a terceros se determina en función de la ubicación actual de los bienes gravados o del otorgante según la naturaleza de esos bienes (véase A/CN.9/631, recomendaciones 202 y 204). Este criterio se basa en la teoría de que no se puede contar con que los terceros que hagan negocios con los bienes gravados tras un cambio de ubicación realicen una larga investigación retrospectiva sobre si tales bienes estaban antes sujetos a una ley diferente. Ahora bien, este planteamiento da origen a riesgos considerables de los acreedores garantizados. La oponibilidad a terceros se extingue tan pronto como cambia la ubicación de los bienes a no ser que la garantía real se haga de nuevo oponible con arreglo a la ley vigente en la nueva ubicación. El acreedor garantizado puede protegerse si conoce anticipadamente el cambio de ubicación pero, por regla general, esto no es así.

97. Con ánimo de llegar a un equilibrio entre los derechos contrapuestos de acreedores garantizados y terceros en tal situación, algunos Estados estipulan un plazo de oponibilidad automática transitoria a terceros tras una reubicación de los bienes dentro de las propias fronteras o la reubicación del otorgante que se traslada a ese Estado. Conforme a este criterio, una garantía real que se hizo oponible a terceros conforme a la ley de la ubicación precedente se trata, conforme a la ley del Estado al que se trasladan el otorgante o los bienes, como automáticamente oponible a terceros durante un breve plazo tras la reubicación. Si la garantía real se hace oponible a terceros conforme a la ley vigente en la nueva ubicación del otorgante o de los bienes antes de que venza este plazo, sigue siendo oponible a los terceros que adquieran derechos sobre los bienes gravados después de la reubicación, incluso si esos derechos se adquirieron antes de que la garantía real preexistente se hiciera oponible a terceros con arreglo a la ley de la nueva ubicación. Si la oponibilidad a terceros conforme a la ley vigente en la nueva ubicación del otorgante o de los bienes no se consigue antes de que expire dicho plazo, la garantía real no es oponible a los terceros que adquirieron derechos durante ese breve plazo.

98. La Guía adopta este criterio (véase A/CN.9/631, recomendación 46), ofreciendo un equilibrio razonable para compaginar los derechos de los acreedores garantizados y los de los terceros que negocien con el otorgante o los bienes después de la reubicación. Por una parte, se da al acreedor garantizado un plazo razonable para adoptar medidas de protección de sus derechos. Por otra, con un plazo claramente delimitado, se da a un tercero que adquiera derechos sobre el bien gravado tras el cambio de lugar la posibilidad de adoptar medidas protectoras eficaces como denegar un préstamo, una concesión de crédito o el precio de compra hasta que venza el breve plazo de oponibilidad automática a terceros, pues el tercero puede confiar en que actúa libre de toda garantía real que no se haya oponible de otro modo a otros terceros antes de vencer el plazo.

9. Subsistencia y lapso en la oponibilidad a terceros

99. Como se ha indicado, la gran mayoría de los Estados que han adoptado un sistema de registro general de garantías reales como método para conseguir la oponibilidad a terceros admiten también otros métodos para lograrla (por ejemplo, la posesión por el acreedor, la ejecución de un acuerdo de control sobre los fondos acreditados en una cuenta bancaria, la inscripción en un registro especializado, la anotación en un certificado de la titularidad). Puede ser frecuente que un acreedor garantizado consiga la oponibilidad a terceros recurriendo a más de un método al mismo tiempo. Además, a veces, un acreedor puede cambiar de método para conseguir la oponibilidad (por ejemplo un acreedor garantizado que haya tomado posesión puede hacer inscribir después un aviso de la garantía en el registro general de garantías reales). La mayor parte de esos Estados adoptan disposiciones que aseguran la subsistencia de la oponibilidad a terceros, pese a un cambio del método para lograrla, siempre que no haya habido ninguna interrupción de la misma en el marco de uno o más métodos. Éste es el enfoque recomendado en la presente Guía (véase A/CN.9/631, recomendación 47).

100. A la inversa, puede haber situaciones en que la oponibilidad a terceros se pierda. Cabe considerar el caso en que los requisitos de oponibilidad a terceros conforme a un método dejen de ser aplicables y el acreedor garantizado no logre la oponibilidad por otro método admisible antes del momento en que se pierda (por ejemplo, la inscripción en el registro puede expirar o ser cancelada o bien el acreedor garantizado puede ceder la posesión del bien gravado, o tal vez ya no existan las circunstancias que se tradujeron en la oponibilidad automática a terceros, y el acreedor garantizado no haya tomado medidas para lograrla por otro método). En esta situación se pierde dicha oponibilidad y tendría que restablecerse tras su desaparición. Los Estados siguen criterios diferentes en cuanto al efecto del lapso en la oponibilidad y el restablecimiento.

101. Algunos Estados consideran que el lapso tiene consecuencias irreparables para la subsistencia de la oponibilidad a terceros y que el restablecimiento de la misma sólo puede surtir efecto a partir del momento en que se restablezca. La política seguida es evitar el requisito de que los reclamantes concurrentes tengan que acudir a la documentación del registro para determinar si existió una garantía real en algún momento. Otros Estados estipulan un plazo de gracia en el que se puede restablecer la inscripción expirada. En estos Estados, si la oponibilidad a terceros se restablece tras breve demora, se considera que ha subsistido, y se mantiene la prelación inicial del acreedor garantizado, salvo frente a los reclamantes concurrentes que

adquirieron derechos sobre los bienes gravados durante el lapso. La política seguida en este caso es dar a un acreedor garantizado, que tal vez haya perdido por inadvertencia esa oponibilidad, la oportunidad de corregir su error, siempre que ningún tercero resulte perjudicado como consecuencia.

102. Para decidir cuál de estos criterios procede adoptar es útil analizar las consecuencias generales que probablemente tenga el hecho de no preservar la subsistencia de la oponibilidad a terceros. Hay dos situaciones de especial relevancia. La primera se da cuando un tercero (por ejemplo un comprador o el representante de la insolvencia o bien un acreedor con sentencia ejecutoria de su crédito) adquiere derechos sobre los bienes gravados tras un lapso en la oponibilidad a terceros y antes de su restablecimiento. Puesto que la garantía no era oponible a terceros en el momento importante, esos terceros intervinientes adquirirán los bienes gravados libres de la garantía real. Cualquiera de los dos enfoques se traducirá en este resultado.

103. El segundo caso de interés se da cuando el derecho de un acreedor garantizado, antes del lapso en la oponibilidad, tenía prelación sobre el derecho de un acreedor garantizado concurrente. Como regla general, la prelación entre acreedores garantizados concurrentes se basa en el orden temporal de la inscripción de la oponibilidad a terceros (véase A/CN.9/631, recomendación 78). Según un enfoque, si hay un lapso en la oponibilidad a terceros, la prelación rige sólo desde el momento en que se restablece tal oponibilidad. La garantía real caída en lapso quedará subordinada a una garantía real concurrente que se inscriba en el registro o se haga oponible a terceros antes del período de caída en lapso o durante el mismo. Según el otro enfoque, la prelación se restablece en el momento inicial frente a todos los acreedores garantizados que inscribieron sus garantías en el registro o las hicieron efectivas respecto de terceros antes del período de caída en lapso, pero no frente a los acreedores garantizados que inscribieron en el registro su garantía real o la hicieron oponible a terceros durante el período de caída.

104. En el análisis que figura en el párrafo precedente se considera que la inscripción en registro es algo distinto de la oponibilidad a terceros. La razón es que, a diferencia de otras modalidades de la oponibilidad a terceros, esa inscripción puede ser anterior a la constitución de la garantía real. Si bien una garantía real inscrita en registro no puede hacerse oponible a terceros hasta que también queden satisfechos los requisitos de su constitución, prima sobre las garantías reales concurrentes desde el momento de la inscripción y no desde el momento posterior de la constitución. En consecuencia, las razones de política consideradas son también aplicables a las situaciones en que se inscribe un aviso antes de constituir una garantía real y cae en lapso antes de constituirla, y es posible restablecer la oponibilidad a terceros.

105. Como se ha señalado, hay buenas razones de política que avalan ambos criterios. No obstante, dado que el funcionamiento eficaz y efectivo de un registro general de garantías reales depende de la confianza que los usuarios, tanto para las inscripciones como para las consultas, tengan en su integridad, en la presente Guía se recomienda adoptar la primera de las alternativas. Si cae en lapso una inscripción en el registro, o si hay un lapso en la oponibilidad a terceros por que un método para obtenerla pierda su validez antes de ser sustituido por otro método, es posible restablecer tal oponibilidad, pero surte efecto sólo a partir de ese momento (véase A/CN.9/631, recomendación 48).

B. Observaciones relativas a ciertos bienes

1. Oponibilidad de una garantía constituida sobre un derecho personal o real que garantice el pago de un crédito por cobrar, de un título negociable o de algún otro bien inmaterial

106. Los créditos por cobrar, los títulos negociables y otros bienes inmateriales son garantizados muy frecuentemente por un derecho personal o real (por ejemplo, una fianza personal o una garantía real). Concretamente, un otorgante que haga negocios de venta de mercancías a crédito puede tener una garantía real sobre las mercancías como medio para asegurar el cumplimiento de las obligaciones de pago de los compradores. Cuando el otorgante es también un prestamista, es posible que las obligaciones de pago de sus clientes estén respaldadas por una fianza personal de un tercero.

107. En la mayoría de los Estados los derechos accesorios personales o reales se subordinan automáticamente al pago de la obligación que garantizan. Es decir, si el acreedor de un crédito por cobrar o el tenedor de un título negociable respaldados por una o más garantías reales cede a un tercero el crédito por cobrar o el título negociable, el tercero cesionario se beneficia también de esas garantías reales.

108. El principio de que las garantías reales accesorias se subordinan a la obligación principal (crédito por cobrar, título negociable) se aplica también en general a las garantías reales que puedan constituirse sobre el crédito por cobrar o el título negociable. Así, por ejemplo, puesto que los derechos accesorios se subordinan automáticamente a la obligación principal, si la garantía real sobre el crédito por cobrar o el título negociable se ha hecho oponible a terceros, debe ser extensiva automáticamente a todo derecho accesorio sin que el otorgante o el acreedor garantizado tengan que adoptar ninguna medida adicional. Esta consecuencia se deriva de los principios generales del derecho de obligaciones vigente en la mayoría de los Estados y es el enfoque que se recomienda en la presente Guía (véase A/CN.9/631, recomendación 49).

109. Ahora bien, existen otras consideraciones de política cuando el derecho personal o real que garantiza el cumplimiento de la obligación principal es una promesa independiente, y los sistemas jurídicos adoptan criterios diferentes en tal caso.

110. En algunos sistemas, estos derechos se subordinan a la obligación de pago cuyo cumplimiento garantizan sólo si son transferibles y la transferencia se efectúa en un acto jurídico por separado. Este enfoque se basa en la hipótesis de que las partes cuentan con que los derechos accesorios se transmitan automáticamente con las obligaciones cuyo cumplimiento garantizan, pero de que por el hecho mismo de la autonomía de una promesa independiente, que normalmente las partes adoptarán la perspectiva contraria. En otros Estados, incluso las garantías independientes y otros derechos se subordinan automáticamente, sin necesidad de más medidas, al pago de la obligación cuyo cumplimiento garantizan. Este criterio se basa en la hipótesis de que el acreedor garantizado pedirá normalmente al otorgante la transferencia de todos los derechos que garanticen su crédito por cobrar y que la simplificación del logro de este resultado ahorrará tiempo y gastos y tendrá por tanto efectos beneficiosos en la disponibilidad y coste del crédito.

111. Este segundo criterio se basa también en la hipótesis de que, posiblemente, los derechos de los terceros deudores en el caso de derechos independientes (por ejemplo una promesa independiente) estén protegidos por normas aparte. Por ejemplo, en el caso de una garantía real sobre el producto de un derecho a pago dimanante de una promesa independiente, la oponibilidad a terceros es automáticamente extensiva al producto de la promesa independiente (es decir, el derecho a recibir el pago; véase A/CN.9/631/Add.1, párr. 19), pero no es extensiva al derecho al cobro, que es un derecho independiente (recomendación 26, apartado b)). Dada esta protección del deudor en el caso de una promesa independiente, no hay razón para no hacer automáticamente extensiva la oponibilidad a terceros de los derechos del acreedor garantizado a cualesquier derechos que aquél pueda reclamar con respecto a la promesa independiente. Este segundo criterio es el adoptado en la presente Guía (véase A/CN.9/631, recomendación 49).

112. El caso de una hipoteca o pignoración independiente de un inmueble plantea otras cuestiones de política. En muchos Estados, un acreedor garantizado que ha constituido su garantía sobre un crédito por cobrar exigible a terceros podrá beneficiarse automáticamente de cualquier hipoteca o pignoración normal de un bien inmueble que garantice el pago del crédito por cobrar. En algunos Estados la legislación sobre bienes inmuebles exige que la garantía real sea notificada al otorgante de una hipoteca que afecte al terreno. En la presente Guía se recomienda hacer automáticamente extensiva la oponibilidad a terceros (véase A/CN.9/631, recomendación 49), aunque se reconoce que, por consideraciones superiores de política en materia de tierras, los Estados pueden inclinarse a seguir el segundo criterio.

113. En algunos Estados es posible transferir garantías reales sobre bienes inmuebles por separado de la obligación principal cuyo cumplimiento aseguran esas garantías. Los Estados que permiten la constitución de esos tipos de hipoteca independiente lo hacen sobre todo para facilitar la titulización y transferencia de hipotecas. Cuenta habida de que las prácticas financieras especializadas propias de las hipotecas independientes son por regla general objeto de especificación minuciosa en la legislación de los Estados sobre tierras, en la presente Guía se recomienda no hacer automáticamente extensiva la oponibilidad a terceros a los derechos que garanticen el pago del crédito por cobrar o del título negociable cuando el derecho en cuestión es una hipoteca independiente (véase A/CN.9/631, recomendación 49).

2. Oponibilidad a terceros de una garantía real sobre el derecho al pago de los fondos acreditados en una cuenta bancaria

114. Los fondos acreditados en una cuenta bancaria son un activo de importancia creciente que los otorgantes pueden ofrecer como garantía de un préstamo o un crédito. El activo sobre el que se constituye la garantía no es, en realidad, la cuenta bancaria en sí, sino el derecho del otorgante al pago de los fondos acreditados en la cuenta bancaria. (véase la definición de este término en A/CN.9/631/Add.1, párr. 19). Los Estados adoptan criterios diferentes en cuanto a los requisitos para la oponibilidad a terceros de una garantía real sobre este tipo de bien. Entre los Estados que no han establecido un registro general de garantías reales, se aplican simplemente las normas generales para el logro de la oponibilidad a terceros de las

garantías reales sobre créditos por cobrar. Esto significa por lo general la inscripción en un registro especial de un aviso relativo a la cesión o la constitución de una garantía real sobre créditos por cobrar, aunque también puede consistir a veces en que el acreedor garantizado notifique por escrito la garantía al titular de la cuenta. Muchos Estados que han establecido un registro general de garantías reales adoptan también un enfoque similar, es decir, considerar que el banco es el deudor de un crédito por cobrar. Dado que los fondos acreditados en la cuenta bancaria no son algo identificable, el acreedor garantizado no puede tomar posesión por sí mismo ni constituir el banco en su agente. En consecuencia, la inscripción en el registro general de garantías reales es el único método de lograr la oponibilidad a terceros.

115. Otros Estados que tienen registros generales de garantías reales han formulado recientemente una serie especial de normas de oponibilidad a terceros basadas en la asunción del “control” con respecto a la cuenta (véase la definición de “control” en A/CN.9/631/Add.1, párr. 19). Si el acreedor garantizado es el banco depositario, el control (y la oponibilidad a terceros) es automático. Otros acreedores garantizados pueden obtener el control de dos maneras. Una consiste en que el acreedor garantizado sustituye al otorgante como cliente del banco en la cuenta. Si bien esto constituye el equivalente funcional de la clásica prenda con desplazamiento de la posesión, es poco práctico para las cuentas corrientes del otorgante a las que necesita tener libre en el curso normal de los negocios. Por consiguiente, la otra variante, un “acuerdo de control”, es el método más utilizado en la práctica. El control se logra por acuerdo entre el otorgante, el acreedor garantizado y el banco. Como en el caso de control automático por parte del banco depositario, un acuerdo de control no tiene necesariamente como consecuencia el bloqueo de los fondos. Se consigue el control (y por tanto la oponibilidad a terceros) aunque el otorgante siga teniendo libertad para girar contra la cuenta salvo notificación en contrario.

116. Conforme a estos dos planteamientos generales (a saber, tratar del derecho a pago con cargo a la cuenta como crédito por cobrar con respecto al cual sólo es posible lograr la oponibilidad a terceros de una garantía real por inscripción en el registro general de garantías reales, o permitir que dicha oponibilidad se consiga mediante un acuerdo de control sin necesidad de la inscripción en el registro), un beneficiario de una transferencia de fondos de la cuenta bancaria promovida por el otorgante en el curso ordinario de los negocios adquiere los fondos libres de la garantía real (véase A/CN.9/631, recomendación 103). Por lo demás los dos enfoques tienen consecuencias muy diferentes en cuanto a la prelación. Con arreglo al primero, la prelación depende por lo general del orden de inscripción de las garantías reales en el registro. El banco depositario no goza de una prelación de rango especial en su calidad de acreedor garantizado (aunque corrientemente está facultado por otras normas legales para compensar toda reclamación que formule contra el otorgante con cargo a un requerimiento de pago por parte de un acreedor garantizado con mayor grado de prelación, lo cual significa normalmente que el banco tiene una prelación *de facto*). Con arreglo al segundo enfoque, un banco depositario que goce de control automático tiene prelación frente a otros acreedores garantizados, excepto frente a un acreedor que logre el control sustituyendo al otorgante como cliente del banco en la cuenta (véase A/CN.9/631, recomendación 101).

117. El primer enfoque asegura la transparencia gracias a la inscripción registral pública y permite al otorgante constituir una garantía real sin la conformidad del banco depositario. El segundo planteamiento se ajusta más a la práctica bancaria. El control automático en favor del banco depositario es análogo a las disposiciones legales sobre compensación, que permiten al banco depositario aplicar los fondos acreditados en la cuenta del cliente, y por tanto debidos al otorgante, como contrapartida de las cantidades que el cliente deba al banco a consecuencia de una concesión de crédito. Sin embargo, el derecho de compensación del banco en el caso de préstamos futuros queda por lo general invalidado una vez que el banco recibe notificación de haberse constituido una garantía real (o cesión) en favor de un tercero. Esto puede crear dificultades a los bancos depositarios y a sus clientes comerciales que a menudo han de estar en condiciones de obrar con gran rapidez en operaciones financieras relacionadas con cuentas bancarias. La necesidad de cerciorarse de no haber recibido ninguna notificación de cesión o garantía real a un tercero antes de seguir las instrucciones del cliente puede ser un obstáculo para la eficiencia de esas operaciones. Asimismo, las incertidumbres en cuanto al momento preciso del recibo de la notificación y la concesión de crédito por el banco pueden dar lugar a litigios entre un tercero, que sea acreedor garantizado o cesionario, y el banco. El concepto de control automático, combinado con la prelación concedida al banco depositario, elimina esta fuente de riesgo e incertidumbre.

118. El enfoque que permite conseguir la oponibilidad a terceros mediante el “control” sobre la cuenta no tiene efectos perjudiciales sobre el otorgante. En primer lugar, el otorgante ha de dar su consentimiento para la constitución de la garantía real en favor del banco depositario. Es de suponer que lo niegue si el banco no es una fuente de financiamiento. Además, las normas de prelación asociadas al control pueden modificarse mediante un acuerdo de subordinación en las situaciones en que fuera más conveniente velar por que la prelación más elevada corresponda a otro acreedor garantizado. En un clima de competitividad bancaria, los bancos no negarán de manera irrazonable su consentimiento para la subordinación (o para la concertación de un acuerdo de control), pues el otorgante siempre podrá trasladar su cuenta a otro instituto bancario.

119. En cuanto a la falta de transparencia propia del concepto de control, éste no sitúa a las partes en una posición más desventajosa que la que ya tengan. Como se ha indicado, el banco depositario tiene por lo general, conforme a otras normas legales, derecho a compensar cualquier obligación que el otorgante le deba satisfacer con preferencia a los derechos de los acreedores, sean garantizados o no, de dicho otorgante. Puesto que la compensación no es una garantía real, no está sujeta a ningún requisito de inscripción registral pública. El banco tampoco está obligado a dar a conocer a terceros sus derechos de compensación. En consecuencia, los acreedores situados en los Estados que adopten el primer enfoque no pueden confiar en una consulta transparente al registro pues el banco siempre tiene la posibilidad de alegar su posición preferente conforme su derecho particular de compensación. Los beneficiarios de las transferencias de fondos hechas con cargo a la cuenta siguiendo las instrucciones del otorgante tampoco resultan perjudicados pues, como se ha señalado antes, por lo general los reciben libres de garantía en los dos planteamientos.

120. Los Estados que han adoptado el concepto de “control” como método para conseguir la oponibilidad a terceros no le han dado carácter exclusivo. Es decir, en

esos Estados la oponibilidad a terceros puede conseguirse por inscripción registral o por control. Ahora bien, como se ha indicado, los incentivos en favor de que un acreedor garantizado logre la oponibilidad a terceros mediante el control son poderosos. Un acreedor garantizado que tiene control goza de prelación sobre cualquier acreedor garantizado que se limita a la inscripción en el registro, con independencia del orden temporal respectivo de la asunción del control y o de la realización de la inscripción (véase A/CN.9/631, recomendación 101). Sin embargo, la inscripción registral da la seguridad de que la garantía será oponible a los acreedores del otorgante en posesión de una sentencia ejecutoria de su crédito y al administrador de la insolvencia, pues la prelación concedida al acreedor garantizado que goce de control sólo puede ser alegada contra otros acreedores garantizados y no contra todos los reclamantes concurrentes (véase A/CN.9/631, recomendación 101). Dado que el segundo planteamiento se ajusta más a las prácticas bancarias y a las expectativas habituales de los bancos y sus clientes comerciales, en la presente Guía se recomienda que además de la inscripción en el registro general de garantías reales, se acepte el “control” como método privilegiado para lograr la oponibilidad a terceros sobre el derecho al pago de los fondos acreditados en una cuenta bancaria (véase A/CN.9/631, recomendación 50).

3. Oponibilidad a terceros de una garantía real sobre el producto de una promesa independiente

121. Como se indica en el capítulo IV (véase A/CN.9/631/Add.1, párrs. ...), en muchos Estados es posible constituir una garantía real sobre el producto de una promesa independiente (véase la definición de este término en A/CN.9/631/Add.1, párr. 19), pero no sobre el derecho al cobro de la promesa independiente (véase A/CN.9/631, recomendación 28). En cambio, algunos Estados no admiten la constitución de una garantía real ni siquiera sobre el producto de una promesa independiente. Pero, incluso en el caso de los Estados que adoptan la postura recomendada en la presente Guía, el carácter particular concreto de este bien los induce a seguir políticas diferentes en cuanto a los métodos de lograr la oponibilidad a terceros.

122. En algunos Estados, esa garantía real puede hacerse oponible de más de una manera. Por ejemplo, aunque es imposible que el acreedor garantizado tome posesión puesto que el bien (el producto de una promesa independiente) no puede existir en forma material más que cuando se realiza el pago, el acreedor garantizado puede inscribir un aviso en el registro general de garantías reales. En otros casos, en los Estados que admiten el concepto de “control” (véase la definición de “control” con respecto a una garantía real sobre el producto de una promesa independiente en A/CN.9/631/Add.1, párr. 19) el acreedor garantizado puede gozar automáticamente de control o concertar un acuerdo de control, según las circunstancias.

123. En otros Estados, el “control” es el único método reconocido para lograr la oponibilidad a terceros de una garantía real sobre el producto de una promesa independiente. El control y, por tanto la oponibilidad a terceros, existe automáticamente si el acreedor garantizado es el emisor u otra persona designada (véase la definición de estos términos en A/CN.9/631/Add.1, párr. 19). Si el acreedor garantizado es un tercero, el sistema de control exige que el emisor u otra persona designada reconozca el derecho del acreedor garantizado a recibir el producto una vez realizado el cobro correcto por el beneficiario. Según este

planteamiento, un acreedor garantizado puede obtener control y, en consecuencia, oponibilidad a terceros sólo si el emisor consiente en pagar todo producto correctamente cobrado al acreedor garantizado. El consentimiento del emisor es necesario porque éste ha de tener la seguridad de que la presentación se ha efectuado debidamente y de que el beneficiario ha aceptado el derecho del acreedor a recibir el producto. De lo contrario, pudiera resultar obligado ante el beneficiario por infringir las condiciones de la promesa pagando el producto a un acreedor garantizado que no tiene derecho a recibir el pago.

124. Como se ha señalado, la naturaleza misma del derecho al producto de una promesa independiente hace poco práctico conseguir la oponibilidad a terceros tomando posesión del producto. Sin embargo, un acreedor garantizado podría tomar posesión del instrumento mismo. Si bien la posesión de la promesa independiente no asegura la oponibilidad a terceros, sí que ofrecería un grado práctico de protección al acreedor garantizado cuando las condiciones de tal promesa independiente exijan la presentación material de la misma al emisor para efectuar un cobro. Como el beneficiario no podría hacer un cobro efectivo sin la cooperación del acreedor garantizado, un acreedor garantizado que tuviera la posesión podría protegerse exigiendo al beneficiario obtener un reconocimiento con el que gozaría de control antes de ceder la posesión del instrumento.

125. Las prácticas peculiares en materia de cartas de crédito y garantías independientes influyen considerablemente en la manera en que es posible constituir una garantía real sobre derechos dimanantes de una promesa independiente e influyen incluso en los derechos sobre los que cabe establecer esa garantía (véase A/CN.9/631, recomendación 28). Estas mismas prácticas peculiares exigen prestar atención especial a los métodos por los que se puede conseguir la oponibilidad a terceros, y en particular a la oponibilidad frente al emisor y la persona designada. A fin de proteger al emisor contra una posible responsabilidad de pago a un acreedor garantizado cuando la presentación no se haya efectuado debidamente, o cuando las condiciones estipuladas en el acuerdo de garantía priven al acreedor garantizado del derecho a reclamar el pago una vez efectuado el cobro debidamente, en la presente Guía se recomienda que el control sea el único método por el que un acreedor garantizado pueda obtener la oponibilidad a terceros (véase A/CN.9/631, recomendación 51).

4. Oponibilidad a terceros de una garantía real sobre un documento negociable o sobre las mercancías incorporadas a dicho documento

126. La característica esencial de un documento negociable (por ejemplo un conocimiento de embarque) es que representa las mercancías incorporadas al mismo (véase la definición de “documento negociable” en A/CN.9/631/Add.1, párr. 19). Como el documento es negociable posee la calidad de corporeidad que permite al tenedor reclamar la posesión de los derechos que representa. La entrega de un documento negociable correctamente endosado también se trata en general como acto efectivo para transferir los derechos sobre las mercancías representadas por el documento. Por esta razón, en la mayoría de los Estados, una garantía real sobre un documento negociable será también normalmente extensiva a las mercancías incorporadas a dicho documento. Si la garantía real sobre el documento negociable es oponible, la garantía real sobre las mercancías incorporadas al documento es también oponible (véase A/CN.9/631, recomendación 53).

127. El carácter corporal de un documento negociable significa que, cuando en los Estados exista un registro general de garantías reales, una garantía de este tipo sobre el documento podrá hacerse oponible a terceros ya sea i) por inscripción en el registro general de garantías reales o ii) por transferencia de la posesión del documento al acreedor garantizado siempre que las mercancías estén incorporadas al documento (véase A/CN.9/631, recomendación 52).

128. La inscripción registral y la posesión son dos medios posibles de obtener la oponibilidad a terceros, pero no producen consecuencias idénticas. En la mayoría de los Estados, un acreedor garantizado que toma posesión del documento durante el período en que las mercancías están incorporadas al mismo goza de prelación sobre los reclamantes concurrentes, como por ejemplo, compradores u otros cesionarios, y los acreedores garantizados, incluso los acreedores garantizados que hayan logrado la oponibilidad a terceros mediante inscripción, precedente en el tiempo, en el registro general de garantías reales. Este enfoque obedece y sirve a la necesidad de preservar el carácter negociable del documento en la práctica comercial y, por tal razón, es el recomendado en la presente Guía (véase A/CN.9/631, recomendación 107).

129. En la práctica, es posible que un acreedor garantizado tenga que renunciar a la posesión del documento para que el otorgante pueda negociar con las mercancías en el curso de sus actividades comerciales. El resultado de ello sería normalmente un lapso en la oponibilidad a terceros, a menos que el acreedor garantizado hubiese conseguido también dicha oponibilidad mediante inscripción registral. Sin embargo, en muchos Estados, el acreedor que no ha inscrito en el registro un aviso de su garantía real puede de todas formas beneficiarse de un breve plazo de oponibilidad automática a terceros (por ejemplo quince o veinte días) a partir de la fecha en que se ceda la posesión del documento para que el otorgante pueda vender, intercambiar, cargar o descargar o realizar cualquier otro acto de disposición de las mercancías incorporadas al documento negociable. Esta oponibilidad automática a terceros no se condiciona a que el acreedor garantizado recupere la oponibilidad antes de que venza el plazo. Esto significa que la garantía real es oponible a los derechos de terceros que nazcan durante ese breve plazo, incluso si dicha garantía no se hace de otro modo oponible a terceros antes de expirar el plazo. Este planteamiento es un reflejo de la corta duración característica de las operaciones financieras basadas en mercancías representadas por un documento negociable, las cuales suelen consistir en la financiación de una venta internacional de mercancías entre un fabricante o un productor originario situado en un Estado y un vendedor al por mayor situado en otro Estado. En el curso normal de los negocios, el acreedor garantizado en este tipo de operación habrá recibido el pago antes de vencer el plazo y no recuperará nunca la posesión del documento negociable (véase A/CN.9/631, recomendación 54).

130. No obstante, importa señalar que para que exista esa oponibilidad automática a terceros, tiene que haberse concertado el acuerdo de garantía (es decir, la garantía real ha de tener efectividad entre las partes). Cabe considerar el caso en que se ha constituido una garantía real por acuerdo verbal y la transferencia de la posesión al acreedor garantizado. La transferencia de la posesión no es simplemente un método de lograr la oponibilidad a terceros. Es un elemento esencial para la constitución de una garantía real por acuerdo verbal. Ahora bien, cuando la garantía real no es constituida mediante transferencia de la posesión, es necesaria la forma escrita. Por consiguiente, si el acreedor garantizado cede más tarde la posesión temporalmente,

el resultado no será la oponibilidad automática a terceros a menos que exista un documento escrito que dé seguridad suficiente de que la garantía real sigue existiendo entre las partes.

[Nota para la Comisión: La Comisión tal vez desee considerar si conviene revisar la recomendación 14 para dejar claro que, si el acreedor garantizado cede la posesión de un bien gravado sobre el que se ha constituido una garantía real por acuerdo verbal y transferencia de la posesión, es necesario un acuerdo por escrito para que siga existiendo la garantía.]

C. Recomendaciones

[Nota para la Comisión: La Comisión tal vez desee tomar nota de que, como el documento A/CN.9/631 contiene un conjunto refundido de las recomendaciones del proyecto de guía legislativa sobre la operaciones garantizadas, las recomendaciones no figuran en este documento. Una vez que se hayan ultimado, figurarán al final de cada capítulo.]
