

**Asamblea General**

Distr. limitada
10 de diciembre de 2004*
Español
Original: inglés

**Comisión de las Naciones Unidas para el
Derecho Mercantil Internacional**
Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales)
Séptimo período de sesiones
Nueva York, 24 a 28 de enero de 2005

Garantías reales**Recomendaciones relativas al proyecto de guía legislativa
sobre las operaciones garantizadas****Informe del Secretario General****Adición****Índice**

<i>Capítulo</i>	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
VII. Derechos y obligaciones de las partes con anterioridad al incumplimiento	58-59	2
VIII. Incumplimiento y vía ejecutoria	60-77	3
IX. Insolvencia	78-99	7
X. Conflictos de leyes.	100-116	7
XI. Transición.	117-125	13

* Este documento no se ha podido presentar en el plazo requerido de diez semanas antes del comienzo de la reunión sino cuatro semanas después de dicho plazo, debido a la necesidad de concluir las consultas y de introducir en el texto las consiguientes enmiendas.



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

Finalidad

Las disposiciones sobre el régimen aplicable a los derechos y obligaciones de las partes antes del incumplimiento tienen por objeto:

- a) Prever cláusulas suplementarias para todo acuerdo de garantía con objeto de dar a las operaciones garantizadas una mayor eficiencia y previsibilidad;
- b) Reducir los gastos de las operaciones eliminando la necesidad de negociar y redactar cláusulas para los acuerdos de garantía que ofrezcan una base aceptable para concertar un acuerdo;
- c) Reducir las posibilidades de que surjan controversias;
- d) Ofrecer a las partes orientación en la redacción del acuerdo de garantía o facilitarles una lista de referencia a la que puedan remitirse durante la negociación y la concertación del acuerdo de garantía; y
- e) Promover la autonomía de las partes.

Autonomía contractual de las partes

58.

Variante A

La ley debería permitir que las partes renunciaran a sus derechos y obligaciones o que los modificaran, siempre y cuando tal renuncia o tal modificación no vaya en contra del orden público o deje a terceros sin protección adecuada.

Variante B

La ley debería disponer que, salvo disposición en contrario en [especificuense las disposiciones que no se podrán derogar ni modificar mediante acuerdo], el acreedor garantizado y el otorgante podrán, mediante acuerdo, apartarse de las disposiciones relativas a sus respectivos derechos y obligaciones o modificarlas. Ese acuerdo no deberá afectar los derechos de terceros que no sean parte en él.

[Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la formulación de la recomendación relativa a la autonomía contractual de las partes y considerar si debe ir en el presente capítulo o en el capítulo relativo a la finalidad y las disposiciones generales de la guía.]

Reglas supletorias

59. La ley debería prever reglas supletorias, de carácter no imperativo, que sean aplicables, salvo acuerdo en contrario de las partes. Estas reglas deberían, entre otras cosas:

- a) Obligar al otorgante o al acreedor garantizado que esté en posesión de los bienes gravados a mantener dichos bienes en buenas condiciones;

- b) Preservar los derechos inherentes a las garantías reales, incluido el derecho a percibir el producto o los frutos civiles derivados del bien gravado;
- c) Conceder al otorgante el derecho a continuar explotando sus negocios, incluido el derecho a utilizar y a mezclar los bienes gravados, así como a disponer de ellos, en el curso ordinario de sus negocios; y
- d) Garantizar la exoneración de la garantía real una vez que la obligación que esa garantía asegura haya sido pagada o cumplida de cualquier otra forma.

VIII. Incumplimiento y vía ejecutoria

Finalidad

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

- a) Prever procedimientos claros y sencillos para ejecutar las garantías reales de forma previsible y eficiente en caso de incumplimiento del deudor;
- b) Incrementar al máximo el valor de la liquidación de los bienes gravados;
- c) Prever la clausura de las operaciones una vez cumplido el procedimiento de ejecución;
- d) Definir en términos claros la posibilidad de que el acreedor garantizado y el otorgante convengan el procedimiento de ejecución;
- e) Disponer que todas las partes, al hacer valer sus derechos y cumplir sus obligaciones en virtud del régimen de operaciones garantizadas, deban actuar de buena fe, atenerse a normas razonables desde el punto de vista mercantil y respetar el orden público; y
- f) Coordinar los derechos y procedimientos de ejecución previstos en el régimen de las operaciones garantizadas con los derechos y procedimientos que puedan tener otras partes en virtud de otras disposiciones legales, incluido el régimen de la insolvencia.

Ejecución judicial y extrajudicial

60. La ley debería prever que el acreedor garantizado dispusiera, a raíz del incumplimiento, de las siguientes opciones:

- a) Recurrir a un tribunal o a otras autoridades para que ordenen la ejecución de su garantía real; o
- b) Ejecutar su garantía real sin recurrir a un tribunal o a otras autoridades.

Liberación de los bienes gravados tras el pago completo de la obligación

61. Al producirse el incumplimiento y hasta que el acreedor garantizado enajene los bienes gravados, el deudor, el otorgante u otras partes interesadas deberían tener el derecho a pagar en su totalidad la obligación garantizada, incluidos los intereses devengados y los gastos de ejecución incurridos hasta el momento en que se efectúe el pago completo. La ley debería especificar que, al efectuarse tal pago, concluiría

el procedimiento de ejecución y los bienes gravados quedarían liberados de la garantía real.

Notificación de enajenación de los bienes gravados

62. La ley debería establecer normas claras que garanticen que toda notificación relativa a la enajenación de los bienes gravados se pueda dar de manera sencilla, eficiente, rápida, económica y fiable, a fin de proteger al deudor, al otorgante o a otras partes interesadas, evitando al mismo tiempo todo efecto negativo sobre el valor de liquidación de los bienes gravados.

Enajenación de bienes gravados

63. La ley debería establecer para la enajenación de los bienes gravados procedimientos flexibles que estén sujetos a una norma independiente, por ejemplo, la obligación de actuar de buena fe y el cumplimiento del criterio de razonabilidad mercantil.

Cobro de activos exigibles

64. La ley debería establecer procedimientos flexibles para el cobro de activos exigibles, incluido el derecho a exigir que todo deudor de esos activos haga los pagos adeudados directamente al acreedor garantizado. Esos procedimientos deberían estar sujetos a una norma independiente, por ejemplo, la obligación de actuar de buena fe y el cumplimiento del criterio de razonabilidad mercantil.

[Notificación de la intención de proceder a la ejecución extrajudicial]

65. La ley debería:

- a) Determinar si un acreedor garantizado debe estar obligado a dar notificación de su intención de proceder a la ejecución extrajudicial de una garantía real a raíz del incumplimiento;
- b) Determinar el contenido mínimo de la notificación y la forma y el momento en que se deberá dar;
- c) Establecer que la notificación [al otorgante] deberá contener también el cálculo hecho por el acreedor garantizado de la suma adeudada como consecuencia del incumplimiento;
- d) Especificar las medidas que el deudor o el otorgante pueden tomar para obtener la liberación de los bienes gravados;
- e) Exponer las consecuencias legales de notificaciones insuficientes o erróneas de la intención de proceder a la ejecución extrajudicial;
- f) Enumerar los casos en los que no se requeriría la notificación de la intención de proceder a la ejecución extrajudicial a fin de evitar todo efecto negativo sobre el valor de liquidación de los bienes gravados;
- g) Disponer si la notificación de la intención de proceder a la ejecución extrajudicial deberá ser registrada en el registro de operaciones garantizadas; y
- h) Disponer que la notificación de la intención de proceder a la ejecución extrajudicial esté redactada de manera que quepa razonablemente esperar que

informe a los destinatarios de su contenido, tal como la redacción del acuerdo de garantía.]

Objeciones a la ejecución extrajudicial

66. Cuando el deudor, el otorgante u otras partes interesadas (por ejemplo, un acreedor garantizado con un rango de prelación más bajo que el del acreedor garantizado ejecutante, un garante o el copropietario de los bienes gravados) objetan las acciones del acreedor garantizado para hacer valer sus derechos, la ley debería ofrecerles la oportunidad de que se haga una revisión judicial o administrativa de las acciones del acreedor garantizado. En ese procedimiento se deberían incorporar salvaguardas que disuadan al deudor, al otorgante o a terceros interesados de presentar reclamaciones infundadas para retrasar la ejecución.

Autonomía de las partes en los procedimientos extrajudiciales

67. La ley debería permitir a las partes en el acuerdo de garantía que acuerden el procedimiento de ejecución de las garantías reales entre las partes, siempre que ese acuerdo se conforme a las normas generales del derecho contractual y a la obligación de las partes de actuar de buena fe, aplicar normas mercantilmente razonables y no infringir el orden público. La carga de la prueba de que el acuerdo no satisface los requisitos mencionados recae en la persona que impugna el acuerdo sobre el procedimiento de la ejecución.

Aceptación de los bienes gravados en pago de la obligación garantizada y enajenación extrajudicial de los bienes gravados

68. La ley debería disponer que cuando un acreedor garantizado tenga el propósito de tomar posesión del bien gravado en pago total o parcial de la obligación garantizada o que se proponga enajenar el bien gravado sin recurrir a un tribunal o a otra autoridad, esté obligado a dar notificación previa de su intención:

- a) Al otorgante y a toda persona que esté obligada al pago de la obligación garantizada (por ejemplo, un fiador);
- b) A toda persona que tenga derechos sobre el bien gravado y haya notificado de esos derechos al acreedor garantizado;
- c) A todo acreedor garantizado que haya registrado la notificación de una garantía real sobre el bien gravado en nombre del otorgante o que esté en posesión del bien gravado en el momento en que fue confiscado por el acreedor garantizado.

69. La ley debería disponer que cuando un acreedor garantizado subordinado u otra persona que tenga garantías subordinadas sobre los bienes gravados objete por escrito la intención de tomar posesión de los bienes gravados en pago de la obligación garantizada, el acreedor garantizado tenga que enajenar los bienes gravados de conformidad con las normas que regulan la enajenación de bienes (véanse las recomendaciones 63 y 64). Sin embargo, el acreedor garantizado debería estar amparado por el derecho a recurrir a un tribunal o a otra autoridad para que establezca la razonabilidad de la objeción.

Titularidad adquirida mediante distribución extrajudicial

70. Cuando el acreedor garantizado opte por enajenar el bien gravado sin recurrir a un tribunal o a otra autoridad, el cesionario adquiere los bienes gravados con sujeción a los derechos previos de prelación pero libres de los derechos del otorgante, el acreedor garantizado ejecutante, todo acreedor garantizado subordinado y toda otra parte reclamante subordinada. La misma norma se aplica a la titularidad adquirida por un acreedor garantizado que haya tomado posesión de los bienes gravados en pago total o parcial de la obligación garantizada.

Titularidad adquirida mediante distribución judicial

71. Cuando un acreedor garantizado opte por enajenar los bienes gravados mediante un procedimiento judicial u otro procedimiento legal administrado por el Estado, la titularidad adquirida por el comprador y la distribución de la suma resultante de la liquidación en virtud de la enajenación deberían determinarse con arreglo a las normas generales del Estado que regulan los procedimientos de ejecución.

Derecho del acreedor garantizado de primer rango a hacerse cargo de la ejecución

72. En cualquier momento anterior a la enajenación definitiva de los bienes gravados a favor del cesionario, el acreedor garantizado de primer rango tiene derecho a asumir el control de la ejecución iniciada por un acreedor garantizado subordinado. El derecho a asumir ese control incluye el derecho a decidir si el procedimiento de enajenación será administrado o no por un tribunal o por otra autoridad.

Superávit y déficit

73. El acreedor garantizado ejecutante deberá pagar todo superávit que quede después de la ejecución a los acreedores garantizados subordinados y a todos los demás reclamantes subordinados que le hayan dado notificación previa de sus reclamaciones respecto de cualquier superávit. Todo saldo que quede deberá ser remitido al otorgante. En caso de controversia respecto del orden de prioridad del pago, el acreedor garantizado podrá depositar el importe del superávit en una cuenta separada para que un tribunal u otra autoridad designada lo distribuya, previa solicitud de un acreedor garantizado subordinado o de otro reclamante subordinado.

74. El otorgante y toda otra persona que esté obligada al pago de la obligación garantizada son responsables de cualquier diferencia que quede pendiente de pago después de la ejecución.

Otros recursos

75. El ejercicio de los recursos previstos en la ley no debería impedir a ninguna de las partes el ejercicio de los recursos de que disponen en virtud del derecho contractual.

Concurrencia de las disposiciones legales sobre operaciones garantizadas relacionadas con bienes muebles y bienes inmuebles

76. La ley debería establecer normas especiales para determinar:

- a) Si una garantía real sobre bienes inmuebles por destino se deberá ejecutar de conformidad con las disposiciones legales sobre operaciones garantizadas relacionadas con bienes muebles o bienes inmuebles; y
- b) Si, en el caso de una garantía real sobre todos los bienes de un garante, incluidos los bienes muebles y los bienes inmuebles, la ejecución de la garantía real sobre los bienes muebles se deberá efectuar de conformidad con las disposiciones legales sobre operaciones garantizadas relacionadas con bienes muebles o bienes inmuebles.

Coordinación con otras disposiciones legales

77. La ley debería coordinarse con el derecho general de procedimiento civil de modo que los acreedores garantizados tengan derecho a intervenir en los procedimientos judiciales entablados por otros acreedores del otorgante con miras a proteger las garantías reales y a asegurar que en la ley se mantenga el mismo orden de prelación entre las garantías reales.

IX. Insolvencia

78 a 99. *[Nota para el Grupo de Trabajo: las recomendaciones relativas a la insolvencia se insertarán una vez que hayan concluido las consultas.]*

X. Conflictos de leyes*

Finalidad

La finalidad de las disposiciones sobre conflictos de leyes es determinar el derecho que será aplicable a cada una de las cuestiones siguientes: la constitución de una garantía real entre las partes; la eficacia de una garantía real frente a terceros; la prelación de una garantía real sobre los derechos de otras partes reclamantes; y la ejecución de una garantía real.

Esas disposiciones deberían ser también aplicables, en la medida apropiada, a los derechos que aunque no estén clasificados como “garantías reales”, cumplan una función económica similar y puedan competir con las garantías reales, tales como los derechos del comprador de créditos por cobrar y del vendedor que conserva la titularidad de los bienes en virtud de un acuerdo de retención de la titularidad.

[Nota para el Grupo de Trabajo: la referencia a la retención de la titularidad tal vez no sea necesaria si el Grupo de Trabajo decide que esas garantías sean tratadas de la misma manera que las garantías reales (véanse los documentos A/CN.9/WG.VI/WP.17 y Add.1).]

* Recomendaciones preparadas en estrecha cooperación con la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

Garantías reales posesorias sobre bienes corporales

100. La ley debería disponer que la constitución entre las partes de una garantía real posesoria sobre bienes corporales, su eficacia frente a terceros y su grado de prelación sobre los derechos de otras partes reclamantes se rijan por la ley del Estado en que se encuentre el bien gravado.

[Nota para el Grupo de Trabajo: en caso de que el Grupo de Trabajo adopte la variante B de la recomendación 103, tal vez desee examinar la cuestión de si las recomendaciones 100 y 101 deben incluir un texto similar al siguiente: “Con sujeción a las normas aplicables al producto previstas en la recomendación 103.”]

Garantías reales no posesorias sobre bienes corporales

101. La ley debería disponer que, con sujeción a las disposiciones adicionales relativas a las mercancías en tránsito y a las mercancías de exportación formuladas en las recomendaciones 104 y 105, respectivamente, la constitución entre las partes de una garantía real no posesoria sobre bienes corporales (distintos de los instrumentos negociables y los documentos negociables), su eficacia frente a terceros y su grado de prelación sobre los derechos de otras partes reclamantes se rijan por la ley del Estado en que se encuentre el bien gravado, salvo cuando se trate de bienes corporales normalmente utilizados en más de un Estado, en cuyo caso esas cuestiones deberán regirse por la ley del Estado en que se encuentre el otorgante.

*[Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo recordará que la estructura y la formulación de las recomendaciones 100 y 101 es resultado del examen de proyectos anteriores de esas recomendaciones por parte del Grupo de Trabajo (véanse los documentos A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.11, A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.7 y A/CN.9/WG.VI/WP.13/Add.1). Sin embargo, en vista de que las disposiciones legales aplicables con arreglo a las recomendaciones 100 y 101 son las mismas (o sea, la *lex rei sitae*), el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la posibilidad de fusionar las recomendaciones 100 y 101. Además, el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que, dada la formulación actual de las recomendaciones 100 y 101, sólo la recomendación 101 está sujeta a las disposiciones especiales relativas a los bienes muebles (segunda oración de la recomendación 101), a las mercancías en tránsito (recomendación 104) y a las mercancías de exportación (recomendación 105), puesto que esas recomendaciones se relacionan con garantías reales no posesorias (entendiéndose la posesión como posesión real y no ficticia). El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la cuestión de si las recomendaciones 100 y 101 deberían quedar ambas sujetas a esas disposiciones especiales y, en tal caso, si, desde el punto de vista de la redacción, ese resultado no se podría lograr mejor mediante la fusión de las recomendaciones 100 y 101.]*

Garantías reales sobre bienes corporales

102. La ley debería disponer que la constitución de una garantía real entre las partes, su eficacia frente a terceros y su prelación sobre los derechos de otras partes reclamantes sobre bienes corporales se rijan por la ley del Estado en que se encuentre el otorgante.

[Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la posibilidad de aplicar la norma formulada en esta recomendación también a las

garantías reales no posesorias sobre instrumentos negociables y documentos negociables.]

Producto

103.

Variante A

La ley debería disponer que las reglas sobre conflictos de leyes aplicables a la constitución de garantías reales entre las partes, su eficacia frente a terceros y su grado de prelación sobre los derechos de otras partes que reclaman el producto de bienes gravados deberán ser las mismas que se apliquen a una garantía real sobre los bienes originales gravados del mismo tipo que el producto.

Variante B

La ley debería disponer que:

a) La constitución de una garantía real sobre el producto se rija por las disposiciones aplicables a la constitución de la garantía sobre el bien gravado original del que se deriva el producto; y

b) Las reglas sobre conflicto de leyes aplicables a la eficacia frente a terceros y a la prelación sobre los derechos de otras partes que reclaman el producto de los bienes gravados sean las mismas que las normas aplicables a una garantía real sobre los bienes gravados originales del mismo tipo que el producto.

Mercancías en tránsito

104. La ley debería disponer que la garantía real sobre un bien corporal (distinto de los instrumentos o documentos negociables) que se encuentre en tránsito pueda constituirse también entre las partes y hacerse valer frente a terceros con arreglo a la ley del Estado de destino final, siempre que los bienes lleguen a ese Estado dentro de un plazo especificado a contar desde el momento en que se constituya la garantía real.

Mercancías de exportación

105. La ley debería disponer que una garantía real sobre un bien corporal (distinto de los instrumentos o documentos negociables) que se vaya a exportar pueda quedar constituida también y hacerse valer frente a terceros con arreglo a la ley del Estado de destino, siempre que los bienes [lleguen al Estado de destino final] [salgan del Estado promulgante] dentro de un plazo especificado a contar desde el momento en que se constituya la garantía real.

[Nota para el Grupo de Trabajo: las definiciones de los términos “ubicación”, “disposiciones legales”, y “otra parte reclamante” (basadas en las definiciones que figuran en el artículo 5 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internacional) han sido incluidas en las recomendaciones en vista de la importancia que tienen para las recomendaciones formuladas en el presente capítulo. A fin de mantener la coherencia con el criterio seguido hasta este momento, el Grupo de Trabajo tal vez desee incluir esas definiciones en los comentarios y no en las propias recomendaciones. El Grupo de Trabajo tal vez

desee ocuparse de la cuestión de si las definiciones que sean pertinentes a más de uno de los capítulos de la guía se incluyan con las demás definiciones en los comentarios del capítulo I. Las definiciones que sean pertinentes al presente capítulo sólo se podrán incluir en los comentarios del presente capítulo.]

Interpretación de “la ubicación”

106. La ley debería disponer que la ubicación del otorgante a que se hace referencia en las recomendaciones 101 y 102 se interprete como el lugar donde se encuentra el establecimiento del otorgante. Si el otorgante está establecido en más de un Estado, su establecimiento será aquel en que ejerza la administración central. Si el otorgante no tiene un establecimiento, la referencia a la ubicación del otorgante designará su residencia habitual.

Momento aplicable al determinar la ubicación

107. La ley debería disponer que la ubicación de los bienes o del otorgante a que se hace referencia en las recomendaciones 100 a 102 se interprete, a efectos de las cuestiones relacionadas con la constitución de la garantía real, como el lugar en que se encontraban los bienes en el momento de la constitución de la garantía real y, a efectos de las cuestiones relativas a la eficacia frente a terceros y la prelación, como el lugar en que se encontraban los bienes en el momento de plantearse la cuestión.

[Nota para el Grupo de Trabajo: no se hace referencia a las recomendaciones 104, 105 y 108 puesto que esas recomendaciones contienen sus propias normas sobre el momento aplicable.]

Continuación de la eficacia frente a terceros tras el cambio de ubicación

108. La ley debería disponer que, cuando una garantía real sobre bienes gravados es eficaz frente a terceros con arreglo a la legislación de un Estado distinto del Estado promulgante y la ubicación de los bienes gravados o del garante (según corresponda) cambia al Estado promulgante, la garantía real continúe siendo válida frente a terceros, con arreglo a la legislación del Estado promulgante por un período de [por determinar] días después de que la ubicación de los bienes gravados o del garante (según corresponda) haya cambiado al Estado promulgante. Si los requisitos establecidos por el Estado promulgante para que la garantía real sea válida frente a terceros se cumplen con anterioridad a la expiración de ese plazo, la garantía real continuará siendo válida posteriormente contra terceros en el Estado promulgante.

Remisión

109. La ley debería disponer que la referencia a “la legislación” de otro Estado como la legislación que regula una cuestión designe la legislación vigente en ese Estado, exceptuadas las disposiciones sobre conflictos de leyes.

Otras partes reclamantes

110. La ley debería disponer que la referencia a “otras partes reclamantes” hecha en las recomendaciones 100 a 103 y 113 a 115 designe a:

a) Otro acreedor garantizado que tenga una garantía real sobre los mismos bienes gravados (ya sea como bienes gravados originales o como producto);

[a bis) El vendedor o arrendador financiero de los mismos bienes gravados que haya retenido la titularidad sobre ellos con arreglo a una garantía real de [la adquisición] [la financiación del precio de compra];

b) Otro acreedor del otorgante que alegue un derecho sobre los mismos bienes gravados (por ejemplo, por disposición legal, embargo o confiscación o por un procedimiento similar);

c) El administrador de la insolvencia del otorgante [; o

d) El comprador de los bienes gravados].

Alcance de la autonomía de las partes con respecto a la legislación aplicable

111. La ley debería disponer que los derechos y obligaciones recíprocos del otorgante y el acreedor garantizado se rijan por la legislación que éstos elijan mediante acuerdo, con la salvedad de que no podrán apartarse de las normas establecidas en las recomendaciones 100 a 110 y 113 a 116.

Legislación aplicable a los derechos y obligaciones recíprocos de las partes en ausencia de acuerdo entre ellas

112. La ley debería disponer que, con sujeción a las normas establecidas en las recomendaciones 100 a 110 y 113 a 116, cuando el garante y el acreedor garantizado no hayan escogido la legislación aplicable, los derechos y obligaciones recíprocos que tienen como resultado del acuerdo de garantía se rijan por [la legislación del Estado con el que el acuerdo de garantía esté más estrechamente relacionado] [la legislación que regule el acuerdo de garantía].

Cuestiones de ejecución

113. La ley debería disponer que:

Variante A

Las cuestiones sustantivas que afecten a la ejecución de una garantía real se rijan por la ley del Estado en que se ejecute la garantía.

Variante B

Las cuestiones sustantivas que afecten a la ejecución de una garantía real se rijan por la ley que reglamente el grado de prelación de la garantía real sobre los derechos de otras partes reclamantes, a reserva, no obstante, de las reglas del Estado en que se ejecute la garantía que sean imperativas independientemente del derecho por lo demás aplicable.

Variante C

Las cuestiones sustantivas que afecten a la ejecución de una garantía real se rijan por la ley que reglamente la relación contractual entre el acreedor garantizado y el otorgante, a reserva, sin embargo, de las reglas del Estado en que se ejecute la garantía que sean imperativas independientemente del derecho por lo demás aplicable.

[Nota para el Grupo de Trabajo: las variantes A, B y C se refieren a cuestiones sustantivas (las cuestiones de procedimiento se rigen por la legislación del Estado en que tenga lugar la ejecución; véase la recomendación 114). Aunque un tribunal aplicaría la legislación de su propio ordenamiento jurídico para determinar lo que constituye una cuestión sustantiva o una cuestión de procedimiento, los siguientes son ejemplos de cuestiones que se suelen considerar de carácter sustantivo: la naturaleza y el alcance de los recursos a disposición del acreedor para liquidar los bienes gravados, la determinación de si tales recursos (o algunos de ellos) se pueden ejercer sin un procedimiento judicial, las condiciones que se deberán cumplir para que el acreedor garantizado tenga derecho a obtener la posesión de los bienes y enajenarlos (o hacer que los bienes sean liquidados judicialmente), la facultad del acreedor garantizado para cobrar créditos exigibles que representen bienes gravados y las obligaciones del acreedor garantizado frente a los demás acreedores del garante.]

Variante D

Las cuestiones relativas a la ejecución de una garantía real se rijan por la legislación que regule los derechos y obligaciones recíprocos del garante y del acreedor garantizado, con la salvedad de que un acreedor garantizado no podrá tomar posesión de los bienes gravados corporales del otorgante sin su consentimiento [salvo de conformidad con] [en incumplimiento de] la legislación del Estado en que se encuentren los bienes. [Las cuestiones de procedimiento durante actuaciones judiciales relacionadas con la ejecución de una garantía real se rijan por las leyes de los tribunales competentes.]

[Nota para el Grupo de Trabajo: en la variante D se elimina la referencia a “cuestiones sustantivas”, se utiliza la misma formulación de la recomendación 111 (“derechos y obligaciones recíprocos”) y se hace hincapié más directamente en el control sobre la reposición extrajudicial. La última oración limita “las cuestiones de procedimiento” a las cuestiones que surjan en el curso de un procedimiento judicial y, en caso de aprobación, haría innecesaria la recomendación 114.]

114. La ley debería disponer que las cuestiones de procedimiento relativas a la ejecución de garantías reales se rijan por la legislación del Estado en que tenga lugar la ejecución.

[Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la posibilidad de incorporar esta recomendación en la recomendación 113.]

Repercusiones de la insolvencia en las reglas sobre conflictos de leyes

115. La ley [de operaciones garantizadas] debería disponer que la iniciación de procedimientos de insolvencia con respecto al otorgante no sustituirá a las reglas sobre conflictos de leyes aplicables a la constitución de una garantía real y su eficacia frente a terceros. Con respecto a la prelación de una garantía real sobre las garantías de otras partes reclamantes, debería continuar rigiendo la legislación determinada con arreglo a las reglas aplicables sobre conflictos de leyes, salvo disposición en contrario en virtud del régimen de insolvencia.

[Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si en los comentarios se debe esclarecer la relación entre la recomendación 115 y la recomendación 30 de la Guía de la CNUDMI sobre el régimen de insolvencia, que

establece la norma generalmente aceptable de que las reglas sobre conflictos de leyes del régimen de insolvencia se aplican a la validez y eficacia de los derechos y reclamaciones. La primera oración de la recomendación 115 refleja ese principio. La segunda oración va un paso más allá y aclara que la iniciación del procedimiento de insolvencia puede cambiar la norma aplicable, en virtud de la jurisprudencia sobre conflictos de leyes, a la prelación de una garantía real sobre los derechos de otras partes reclamantes, en la medida en que así lo prevea el régimen de insolvencia (por ejemplo, con respecto a reclamaciones preferenciales).]

La ejecución de garantías reales en procedimientos de insolvencia

116. La ley [de operaciones garantizadas] debería disponer que como regla general, el régimen de insolvencia del Estado en que se abran los procedimientos de insolvencia (*lex fori concursus*) se aplique a todos los aspectos de la ejecución de una garantía real en los procedimientos de insolvencia (véase también la recomendación 31 de la Guía de la CNUDMI sobre el régimen de insolvencia; con respecto a las excepciones a ese principio, véanse las recomendaciones 32 a 34 de dicha Guía).

XI. Transición

Finalidad

La finalidad de las disposiciones de la ley relativas a la transición es prever una transición equitativa y eficiente entre el régimen aplicable antes de la promulgación de la ley y el régimen aplicable después de su promulgación.

Fecha de entrada en vigor

117. La ley debería especificar una fecha posterior a su promulgación, o un mecanismo para determinar esa fecha, que sea la fecha de su entrada en vigor (la “fecha de entrada en vigor”), habida cuenta:

- a) De las repercusiones que pueda tener la fecha de entrada en vigor en las decisiones sobre la concesión de crédito financiero y, en particular, en la obtención de los máximos beneficios que pueda aportar la ley;
- b) De los acuerdos reglamentarios, institucionales, educativos y de otra índole que pudieran ser necesarios o de las mejoras de la infraestructura que deberá hacer el Estado; de la legislación preexistente y de otras infraestructuras;
- c) De la armonización de la legislación con otras disposiciones legislativas;
- d) Del contenido de las normas constitucionales que regulen las operaciones efectuadas antes de la entrada en vigor de la ley; y de la pauta o de la práctica más conveniente para fijar la entrada en vigor de legislación (por ejemplo, el primer día de un mes); y
- e) De la necesidad de dar a las partes afectadas tiempo suficiente de prepararse para la entrada de la ley en vigor.

Período de transición

118. La ley debería fijar un período posterior a la fecha de entrada en vigor (“el período de transición”) durante el cual los acreedores que, en virtud de la legislación anterior, dispusieran de garantías reales eficaces frente al otorgante y a terceros pudieran adoptar medidas para cerciorarse de que esas garantías seguirían teniendo eficacia frente al otorgante y frente a terceros en virtud de la nueva ley. Cuando esas medidas se adopten durante el período de transición, la ley debería disponer que no habría solución de continuidad en la eficacia de los derechos del acreedor frente a dichas partes.

Prelación

119. La ley debería prever reglas claras para determinar:

- a) La ley que regirá las cuestiones de prelación entre las garantías reales constituidas después de la fecha de entrada en vigor de la ley;
- b) La ley que regirá las cuestiones de prelación entre las garantías reales constituidas antes de la fecha de entrada en vigor de la ley;
- c) La ley que regirá las cuestiones de prelación entre las garantías reales constituidas antes de la fecha de entrada en vigor de la ley y las constituidas después de esa fecha.

120. La ley debería disponer que las cuestiones de prelación entre las garantías reales constituidas después de la fecha de entrada en vigor de la ley deberán regirse por dicha ley.

121. La ley debería disponer de forma general que las cuestiones de prelación entre las garantías reales constituidas antes de la fecha de entrada en vigor de la ley deberán regirse por la legislación anterior. No obstante, la ley debería prever asimismo que sólo pueda aplicarse la anterior legislación si, después de la fecha de entrada en vigor, no se produce ningún hecho que hubiera supuesto un cambio en el orden de prelación en virtud de la legislación anterior. De producirse un hecho de esa índole, la ley debería determinar el orden de prelación.

122. Con respecto a la prelación entre las garantías reales constituidas antes de la fecha de entrada en vigor y las constituidas posteriormente, la ley debería disponer que sus disposiciones serán aplicables siempre y cuando el titular de una garantía anterior a la fecha de entrada en vigor pueda obtener prelación, durante el período de transición, adoptando las medidas que sean necesarias en virtud de la ley. Durante el período de transición, la prelación de la garantía real constituida antes de la entrada en vigor de la ley debería mantenerse como si la ley no hubiera entrado en vigor. Si durante el período de transición se adoptan las medidas oportunas, el titular de una garantía real constituida antes de la fecha de la entrada en vigor de la ley debería gozar del mismo grado de prelación que habría tenido si la ley hubiera estado en vigor en el momento de realizarse la operación original y dichas medidas se hubieran adoptado en ese momento.

123. Cuando una controversia esté en litigio (o esté sujeta a un sistema comparable de solución de controversias) o el acreedor garantizado haya tomado medidas con miras a la ejecución de sus garantías en la fecha de entrada en vigor de la ley, ésta debería especificar que no es aplicable a los derechos y obligaciones de las partes.

124. La ley debería ocuparse de la transición de un régimen en el que no se exige el registro a un régimen en que el registro es condición para garantizar la eficacia de las garantías reales frente a terceros.

125. La ley debería garantizar que la transición no ocasione más gastos que el costo nominal de registro.
