



Asamblea General

Distr. limitada
1° 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

Proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas

Informe del Secretario General

Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
XVI. Garantías reales sobre cuentas bancarias	1-60	2
A. Observaciones generales	1-60	2
1. Introducción	1-3	2
2. Datos comerciales básicos	4-5	2
3. Significado de los términos “cuenta bancaria”	6-16	5
4. Constitución de una garantía real	17-30	7
5. Eficacia de la garantía real frente a terceros	31-35	10
6. Prelación de la garantía real sobre los derechos de los acreedores concurrentes	36-45	11
7. Ejecución de la garantía real contra el otorgante	46-52	14
8. Derechos y obligaciones del banco depositario	53-60	15

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



XVI. Garantías reales sobre cuentas bancarias

A. Observaciones generales

1. Introducción

1. Las garantías reales sobre los derechos de un depositante en una cuenta bancaria desempeñan un papel importante en diversas operaciones crediticias. La existencia de un régimen de operaciones garantizadas que reconozca la posibilidad de constituir derechos de garantía sobre cuentas bancarias y establezca normas claras sobre la constitución, la eficacia frente a terceros, la prelación y la ejecución de garantías reales sobre cuentas bancarias alentará la aplicación de unos tipos de interés más bajos en las operaciones en las que la constitución de un derecho de garantía sobre una cuenta bancaria sea un factor necesario o importante de la decisión del prestamista de conceder un crédito.

2. En el presente capítulo se abordan las cuestiones que plantean las garantías reales sobre el dinero en efectivo depositado en cuentas bancarias (que reflejan la existencia de un derecho del titular de la cuenta frente al banco depositario al reembolso del dinero). No se abordan las garantías reales sobre cuentas de valores.

3. En la parte A de este documento se examinan diversas cuestiones relativas a las garantías reales sobre cuentas bancarias. En la parte B se presentan las recomendaciones propuestas. Más en concreto, en la parte A.2 se ofrece alguna información básica sobre los tipos de operaciones crediticias en las que la constitución de una garantía real sobre una cuenta bancaria puede ser un elemento importante para facilitar una legislación sobre operaciones garantizadas que reconozca la posibilidad de constituir garantías reales sobre cuentas bancarias. Partiendo de estos antecedentes, en la parte A.3 se examina el significado de los términos “cuenta bancaria”. En la parte A.4 se examinan algunas cuestiones que plantea la constitución de una garantía real sobre una cuenta bancaria; en la parte A.5 se aborda la eficacia frente a terceros de una garantía real sobre una cuenta bancaria; y en la parte A.6 se examina la prelación de una garantía real sobre una cuenta bancaria frente a otros derechos concurrentes. En la parte A.7 del documento se abordan cuestiones relacionadas con la ejecución de una garantía real sobre una cuenta bancaria y en la parte A.8 cuestiones relacionadas con los derechos y obligaciones del banco depositario. Tras examinarse el régimen de la insolvencia en la parte A.9 y el conflicto de leyes en la parte A.10, se recogen en la parte A.11, antes de exponerse en la parte B las recomendaciones propuestas, algunas observaciones finales.

2. Datos comerciales básicos

4. El saldo positivo de una cuenta bancaria de un potencial prestatario puede constituir un activo importante y debe poder utilizarse, junto con otras propiedades, como un bien sobre el que puede constituirse una garantía real para facilitar la concesión de un crédito. En los Estados en los que puede constituirse tal garantía real cabe distinguir, de hecho, diversas operaciones crediticias comunes en las que la constitución de una garantía real sobre una cuenta bancaria es un elemento importante. Estas operaciones, entre las que puede mencionarse, sin limitarse a ellas, la financiación de operaciones de comercio exterior, préstamos basados en la

disposición de bienes, préstamos sobre bienes raíces, financiación de proyectos, operaciones de titularización y operaciones de préstamo sobre derivados y valores, se verán facilitadas si existe un régimen de operaciones garantizadas que reconozca la posibilidad de constituir garantías reales sobre cuentas bancarias.

5. Como ejemplos de operaciones en las que la constitución de una garantía real sobre una cuenta bancaria es el factor fundamental para la concesión de un crédito cabe citar los siguientes:

a) Un otorgante puede pedir a un banco u otro prestamista que emita o negocie la emisión de una carta de crédito contingente, una garantía bancaria independiente o una caución en favor de otra parte con la que el otorgante tenga una relación contractual relacionada con la compra nacional o internacional de bienes corporales, la ejecución de un contrato de construcción o incluso el simple rescate de un pagaré o el cumplimiento de otra obligación monetaria. En tal caso, el otorgante tendrá la obligación de reembolsar al prestamista las sumas que éste haya librado al amparo de la carta de crédito contingente, la garantía bancaria independiente o la caución. Para reducir el riesgo de pérdida en caso de que el otorgante no cumpla su obligación de reembolso, el prestamista puede exigirle también que garantice esa obligación reconociéndole una garantía real sobre una cuenta bancaria suya en la que estén depositados fondos suficientes para satisfacer la obligación máxima de reembolso que correspondería al prestamista si se viera obligado a pagar el monto total de la carta de crédito contingente, la garantía bancaria independiente o la caución;

b) El que la constitución de una garantía real sobre una cuenta bancaria frecuente sea un elemento fundamental de la estructura de una operación de préstamo basada en derivados o valores. Por ejemplo, el titular de unos valores puede “prestar” los valores de los que es propietario, previo acuerdo con el prestatario de que le devolverá esos valores, o unos valores del mismo tipo y en la misma cantidad, en una fecha cierta. La obligación del prestatario frente al prestamista muchas veces se asegurará mediante una garantía real sobre una cuenta bancaria del prestatario por una cuantía por lo menos igual a la de los valores que han de devolverse;

c) En algunos acuerdos de crédito se permite que el otorgante venda un bien gravado, por ejemplo, una pieza de equipo u otro activo fijo, por una cantidad en efectivo y que deposite los ingresos en efectivo en una cuenta bancaria. A partir de ese momento, se permite que el otorgante decida durante un plazo convenido (por ejemplo, 12 meses) si desea utilizar los fondos depositados en la cuenta bancaria para comprar un nuevo bien que quedará sujeto a una garantía real en favor del acreedor garantizado. Al final del período convenido, si los fondos no se han utilizado para comprar el nuevo bien, el otorgante habrá de utilizar los fondos depositados en la cuenta bancaria para reducir la obligación garantizada. El acreedor garantizado normalmente dispondrá de una garantía real sobre la cuenta bancaria durante el período comprendido entre la venta del bien original gravado y la utilización de los fondos para comprar un nuevo bien o para reducir la obligación garantizada;

d) Un prestamista puede conceder un crédito a una empresa que utiliza sus ingresos para pagar sus gastos corrientes de forma periódica antes de utilizar el saldo de sus ingresos para hacer frente a las obligaciones contraídas con el

prestamista. La empresa puede ser una empresa inmobiliaria que, por ejemplo, puede ser propietaria de un edificio comercial que alquile espacios a arrendatarios, o una empresa del sector energético, como una planta de producción de energía eléctrica que suministre electricidad a sus clientes. El prestamista puede exigir, como condición para conceder el crédito, que el otorgante le reconozca una garantía real sobre una cuenta bancaria suya en la que se depositen los ingresos de la empresa. La documentación en que se base la financiación del edificio comercial o de la planta de energía eléctrica contendrá muchas veces una cláusula que repartirá en “cascada” los ingresos de la empresa depositados en la cuenta bancaria. En virtud de esa cláusula, aplicable salvo que el otorgante quiebre, se libran ciertas sumas de la cuenta bancaria para pagar gastos presupuestados, destinándose el saldo de los fondos a pagar los intereses y el principal de los préstamos obtenidos y generar reservas para necesidades futuras del edificio o de la planta. Las propias reservas se depositan muchas veces en una cuenta bancaria diferente sobre la que el acreedor tendrá una garantía real;

e) En una operación de financiamiento estructurado, se puede pedir a un tercero que actúe como agente o depositario que reciba los ingresos obtenidos de efectos por cobrar comprados por una empresa constituida para tal fin a la persona que ha emitido los efectos por cobrar y destinar los ingresos a pagar las obligaciones con los inversores después de haberse pagado algunos gastos determinados. La documentación de la operación de financiamiento estructurado puede contener una cláusula de repartición en “cascada” semejante a la descrita anteriormente al hacer referencia a la financiación de un edificio comercial o un proyecto concreto, pero normalmente será más sencilla, ya que la empresa constituida para ese fin específico no se dedicará directamente a realizar operaciones mercantiles. En cualquier caso, el agente o depositario normalmente recibirá una garantía real sobre todas las cuentas bancarias de la entidad específica;

f) La constitución de una garantía real sobre una cuenta bancaria puede tener importancia en una operación financiera basada en bienes, es decir, una operación crediticia en la que el acreedor garantizado considera que los bienes gravados sobre los que tiene una garantía real son el medio primario de que dispone para obtener el reembolso. Este caso se plantea especialmente cuando los bienes gravados se utilizan como capital de explotación, es decir, se ponen en “giro” y se transforman en efectivo en el curso ordinario de las actividades mercantiles del otorgante. Las existencias se pueden vender en el curso ordinario de las operaciones mercantiles del otorgante, creando efectos por cobrar que a su vez se traducen en pagos que se depositan en una cuenta bancaria. Para que el acreedor garantizado tenga una garantía real sobre el valor de los bienes gravados que sirvieron de base para sus negociaciones con el otorgante, querrá que se le pague inmediatamente con cargo a la cuenta bancaria o, como alternativa, querrá obtener una garantía sobre la cuenta bancaria en lugar de su garantía sobre las existencias vendidas o los efectos cobrados;

g) En los Estados que admiten la idea de que la garantía real abarca el producto obtenido de los bienes gravados, y en caso de que ese producto consista en dinero en efectivo depositado en una cuenta bancaria, el derecho de garantía del acreedor garantizado sobre el producto, que sustituye a su garantía sobre los bienes gravados originales, muchas veces abarcará la propia cuenta bancaria en la medida en que puedan identificarse esos resultados en el saldo de dicha cuenta. En los

Estados que no admiten la idea de que la garantía real abarca el producto obtenido de los bienes gravados, el acreedor garantizado, si quiere obtener una garantía real sobre el producto que ha sustituido a los bienes gravados originales, tendrá que obtener una garantía real independiente sobre la cuenta bancaria en la que se haya depositado ese producto.

3. Significado de los términos “cuenta bancaria”

6. En este documento se utilizan los términos “cuenta bancaria” para designar una cuenta en la que el cliente del banco deposita fondos. La cuenta bancaria puede ser una cuenta corriente, una cuenta de depósito a plazo fijo o una cuenta de ahorro. Si la cuenta es de ahorro, la libreta puede servir, o no, de prueba.

La cuenta bancaria como crédito contra el banco

7. De hecho, una cuenta bancaria es un tipo especial de efecto por cobrar, es decir, un crédito del cliente contra el banco depositario por la suma depositada. En este sentido, el cliente es acreedor del banco, el banco es deudor del cliente y el saldo crediticio representa el monto del derecho. La idea de que una cuenta bancaria es un simple derecho del cliente frente al banco depositario puede no ser compatible con la imagen generalizada de que una cuenta bancaria es una suma concreta de dinero que el banco conserva, en especie o de otro modo, en beneficio del cliente. Sin embargo, como los bancos utilizan el conjunto de los fondos depositados por sus clientes para hacer préstamos o realizar otras inversiones, ningún cliente puede identificar los fondos que ha depositado en la cuenta bancaria como una suma concreta de dinero en efectivo que tenga el banco, por no hablar de un préstamo o una inversión particular del banco. Por consiguiente, la descripción de la cuenta bancaria como un simple derecho es una calificación más exacta de una operación típica de este tipo.

Titularidad del derecho

8. Normalmente, el cliente del banco es el titular legal y el beneficiario de la cuenta bancaria, es decir, el titular legal y el beneficiario del derecho monetario frente al banco que deriva de la cuenta bancaria. Sin embargo, el cliente del banco puede tener en algunos casos la titularidad legal de la cuenta bancaria en calidad de depositario, agente o representante fiduciario de otro tipo de uno o más de los terceros beneficiarios.

Qué se entiende por “banco”

9. Qué tipo de persona jurídica es un “banco” es algo que varía de un Estado a otro. Además, el tipo de persona jurídica que puede ser un “banco” en virtud de una disposición o norma jurídica concreta de un Estado particular puede ser distinto del que derive de otras leyes o normas jurídicas de ese mismo Estado, dependiendo del alcance y finalidad de la ley o norma jurídica concreta de que se trate. No obstante, el término normalmente incluirá cualquier institución crediticia que acepte depósitos en efectivo de sus clientes.

Relación entre el banco y el cliente

10. La relación entre el cliente de un banco y el propio banco en lo que respecta a una cuenta bancaria normalmente está regulada por la legislación general (aunque algunos Estados tengan leyes especiales). Por lo general, esta legislación no forma parte de la legislación del Estado relativa a las operaciones garantizadas.

Diferencia entre una cuenta bancaria y un título negociable

11. La cuenta bancaria debe distinguirse de un título negociable emitido por un banco que refleje una obligación monetaria de ese banco con su cliente. Algunos bancos emiten notas o “certificados de depósito” que cumplen los requisitos de un título negociable según la legislación aplicable.

12. Las garantías reales sobre tales notas o certificados de depósito emitidos por los bancos se rigen por la parte de la legislación sobre operaciones garantizadas que regula las garantías reales sobre títulos negociables más que por la que regula las garantías reales sobre cuentas bancarias. No hay motivos para distinguir, en el marco de la legislación sobre operaciones garantizadas, los títulos negociables emitidos por los bancos de los emitidos por otras personas. Además, considerar que las notas y certificados de depósito negociables emitidos por los bancos son títulos negociables sometidos a la legislación sobre operaciones garantizadas responde a las expectativas comerciales. Las partes que manejan notas o certificados de depósito negociables normalmente los tratan como títulos negociables y no como cuentas bancarias.

Diferencia entre una cuenta bancaria y una cuenta de valores

13. También debe distinguirse las cuentas bancarias de las cuentas de valores. Una cuenta bancaria es un derecho del cliente frente al banco depositario por el dinero depositado en la cuenta bancaria y acreditado por el banco en la cuenta del cliente, mientras que una cuenta de valores es un crédito del cliente contra el banco, un agente u otro intermediario a causa de los valores y otros activos financieros concretos que el intermediario tiene acreditados en sus libros en la cuenta del cliente. [*Nota para el Grupo de Trabajo: Es posible que el Grupo de Trabajo quiera adoptar el mismo planteamiento funcional que el del proyecto de convenio del Unidroit. De conformidad con el proyecto de convenio del Unidroit, “por ‘cuenta de valores’ se entenderá una cuenta mantenida por un intermediario en la que pueden anotarse valores como créditos o débitos”, y por ‘valores’ se entenderá cualquier tipo de acciones, bonos u otros instrumentos o activos financieros transferibles (distintos de dinero en efectivo) o cualquier derecho real sobre los mismos.*] El cliente que dispone de una cuenta de valores normalmente tiene un crédito frente al intermediario por el monto de esos valores y demás activos financieros acreditados en dicha cuenta. Además, según la legislación de algunos Estados, el cliente tiene un derecho real porcentual sobre los valores y demás activos financieros específicos acreditados por el intermediario a todos sus clientes.

14. Si un banco que mantiene cuentas bancarias actúa también como intermediario que mantiene cuentas de valores, normalmente diferenciará las unas de las otras y utilizará dígitos o símbolos distintos. Sin embargo, a veces puede no ser evidente si el banco actúa como banco depositario con respecto a una cuenta bancaria o como intermediario con respecto a una cuenta de valores. Si el banco invierte en valores y otros activos financieros el dinero en efectivo depositado en la cuenta y anota en sus libros los valores y demás activos financieros asignándolos a la cuenta, es probable que se trate de una cuenta de valores más que de una cuenta bancaria. Sin embargo, aun en este caso es posible que la cuenta, en un momento determinado, sólo registre un saldo en efectivo y por lo tanto podrá alegarse que en ese momento es una cuenta bancaria más que una cuenta de valores.

15. Dada la dificultad que en algunos casos plantea determinar si una cuenta concreta en un banco es una cuenta bancaria o una cuenta de valores, puede ser importante que las normas que regulen las operaciones garantizadas establezcan una clara diferencia entre el efectivo y los valores, lo que permitirá a los participantes en el mercado determinar de antemano la serie de condiciones que han de cumplirse para obtener una garantía real. [Además, sería útil que las normas que regulen las cuentas bancarias y las cuentas de valores fueran sustancialmente idénticas y, de no ser así, que al menos estuvieran coordinadas, para que los acreedores garantizados puedan cumplir en general una serie básica de normas para asegurarse de que se ha constituido su garantía real, que ésta es eficaz frente a terceros, que tiene la prelación necesaria y que su cumplimiento puede ser exigido, independientemente de si la cuenta se considera una cuenta bancaria o una cuenta de valores.]

16. En lo que respecta a las normas jurídicas sustantivas que regulan las garantías reales sobre cuentas de valores cabe remitirse al proyecto de normas presentado en el *Study on Transactions on Transnational and Connected Capital Markets* (Study LXXVIII) - *Securities Held with an intermediary* del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit). En lo que respecta a las normas sobre conflicto de leyes relativas a las garantías reales sobre valores, cabe remitirse al proyecto de convenio sobre la ley aplicable a ciertos derechos sobre valores depositados en poder de un intermediario, preparado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

4. Constitución de una garantía real

17. Todo régimen de las operaciones garantizadas que regule las garantías reales sobre cuentas bancarias debe contener normas que permitan su constitución. Estos regímenes normalmente establecen varias condiciones que han de cumplirse para constituir una garantía real.

Obligación garantizada

18. Como ocurre con el resto de las garantías reales, las garantías reales sobre cuentas bancarias han de garantizar una obligación. Por ejemplo, un acreedor concede un crédito al otorgante y la garantía real sobre la cuenta bancaria asegura el cumplimiento de la obligación del otorgante de cumplir sus obligaciones crediticias.

Derechos sobre la cuenta bancaria

19. Otra condición, derivada del principio general de que el otorgante ha de tener algún derecho real sobre el bien gravado, es que el otorgante ha de ser el cliente del banco que es el titular de la cuenta bancaria o tener derechos suficientes sobre la cuenta bancaria para poder utilizarla como garantía real. En algunos casos, aunque el otorgante sea un cliente del banco es posible que no tenga derechos suficientes sobre la cuenta bancaria para constituir una garantía real sobre ella sin el consentimiento de otro cliente del banco. Por ejemplo, en el caso de que dos o más personas sean clientes conjuntos del banco puede ser que, en virtud de la legislación aplicable, ninguno de ellos tenga el derecho de constituir una garantía real sobre la cuenta bancaria sin el consentimiento de los demás clientes conjuntos.

Condiciones contrarias a la cesión

20. Si el acuerdo de apertura de la cuenta bancaria entre el banco y el cliente incluye la condición de que este último no puede constituir una garantía real ni

ceder de otro modo sus derechos sobre la cuenta bancaria sin el consentimiento del banco depositario, puede ser necesario el consentimiento de éste para que el cliente pueda constituir una garantía real sobre la cuenta bancaria en favor del acreedor. Incluso en los Estados cuyas leyes tienen prelación sobre las cláusulas contrarias a la cesión de efectos comerciales por cobrar, esta prelación no puede llegar a anular el efecto de las cláusulas contrarias a la cesión que figuren en un acuerdo entre el cliente y el banco depositario con respecto a la cuenta bancaria (véanse el apartado f) del párrafo 2 del artículo 4 y el párrafo 3) del artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internacional, en adelante, la “Convención sobre la cesión de créditos”).

21. Sin embargo, puede ser aconsejable que no se reconozca efectividad a las cláusulas contrarias a la cesión más allá de su propósito manifiesto, que normalmente es proteger al banco depositario frente a la posibilidad de tener que tratar como cliente a un extraño o a un cesionario. Teniendo presente esta finalidad, parece poco justificado aplicar la cláusula contraria a la cesión para impedir la constitución de la garantía real, ya que las leyes prevén que la constitución de la garantía real no genera ningún deber del banco depositario de reconocer al acreedor garantizado ni impone de otro modo obligaciones al banco depositario frente al acreedor garantizado sin su consentimiento.

Cuentas bancarias de consumidores

22. La legislación de un Estado concreto puede también prohibir, o someter a unas normas restrictivas especiales, el hecho de que un particular constituya una garantía real sobre una cuenta bancaria si ésta contiene fondos utilizados para fines personales, familiares o domésticos del otorgante, o si garantiza créditos concedidos al otorgante para tales fines.

23. Los Estados que promulguen leyes para regular las operaciones garantizadas deben considerar si un particular puede constituir una garantía real sobre una cuenta bancaria, y en qué medida, cuando los fondos depositados en la cuenta bancaria o el crédito obtenido se destinen a fines personales, familiares o domésticos del otorgante. El Estado debe considerar si la política de favorecer la disponibilidad de créditos a tipos de interés asequibles debe prevalecer o debe subordinarse a la política de proteger al particular frente a un endeudamiento irreflexivo y la posible pérdida de los fondos necesarios para mantenerse y sostener a su familia. Como planteamientos posibles cabe prohibir la constitución de esa garantía real, limitar el derecho a ciertos tipos de operaciones o exigir que la cuenta bancaria sea descrita de forma más específica en el acuerdo de garantía. El motivo que explicaría el requisito de que se describa la cuenta bancaria más específicamente en el acuerdo de garantía es informar mejor al otorgante de que se está constituyendo un derecho de garantía e indicar que el acreedor garantizado está efectivamente confiando en la cuenta bancaria como bien gravado al adoptar la decisión de conceder un crédito al otorgante.

Formalidades requeridas

24. Las leyes de un Estado pueden establecer requisitos de forma para probar que el otorgante tenía el propósito de constituir una garantía real sobre la cuenta bancaria. En algunos Estados puede bastar que el otorgante demuestre la constitución de una garantía real mediante un escrito firmado por él y entregado al acreedor garantizado. Otros Estados pueden exigir, por añadidura o como

alternativa, que el banco depositario reciba un aviso de la constitución de la garantía real o reconozca su constitución, o acepte que seguirá las instrucciones del acreedor garantizado en lo que respecta a la cuenta bancaria sin ulterior consentimiento del otorgante. También es posible que el acreedor garantizado cumpla los requisitos de forma sustituyendo al otorgante como cliente del banco en lo que respecta a la cuenta bancaria.

25. En algunos Estados, los requisitos de forma pueden incluir la obligación de que se describa expresamente la cuenta bancaria en el escrito de constitución de la garantía real. En otros Estados, la cuenta bancaria puede ser descrita de forma más general. En los Estados que exigen, por añadidura o como alternativa, que el banco depositario reciba aviso de la constitución de la garantía real o la reconozca, o que acepte seguir las instrucciones del acreedor garantizado con respecto a la cuenta bancaria sin ulterior consentimiento del otorgante, o que el acreedor garantizado sustituya al otorgante como cliente del banco en lo que respecta a la cuenta bancaria, el requisito de una descripción expresa de la cuenta bancaria es inherente al requisito de aviso al banco depositario, o de reconocimiento o aceptación por éste, o a la sustitución del otorgante por el acreedor garantizado como cliente del banco en lo que respecta a la cuenta bancaria.

26. En virtud de las leyes de un Estado, puede haber circunstancias en las que un acreedor garantizado obtiene automáticamente una garantía real sobre una cuenta bancaria (por aplicación de las disposiciones de la ley o de términos y condiciones generales). En primer lugar, en algunos Estados el banco depositario que concede un crédito a un cliente obtiene automáticamente una garantía real sobre la cuenta bancaria del cliente que obra en su poder. En segundo lugar, en los Estados que aceptan la idea de una garantía real que abarca el producto de los bienes gravados, el acreedor garantizado que es titular de una garantía real sobre un bien puede obtener una garantía real automática sobre la cuenta bancaria en que se acredite el producto obtenido del bien gravado si se vende o se dispone de él, o se utiliza de otro modo.

27. Sin embargo, algunos Estados pueden considerar que cualquier posible garantía real del banco depositario sobre una cuenta bancaria que obre en su poder no es más que un derecho de resarcimiento o compensación y, por consiguiente, pueden no reconocer la garantía real como tal.

28. Al menos en lo que respecta a las formalidades, parece haber pocas razones para que un Estado requiera, como disposición de su legislación sobre operaciones garantizadas, unos requisitos de forma distintos si se trata de cuentas bancarias que si se trata de efectos por cobrar o de otros bienes gravados en general.

Cuentas bancarias operativas

29. En los ejemplos expuestos anteriormente no se distingue entre las operaciones en las que el otorgante retiene el derecho de retirar fondos de la cuenta bancaria emitiendo cheques o de otro modo y aquéllas en las que este derecho está restringido. En algunos Estados, la capacidad del otorgante de retirar fondos de la cuenta bancaria se puede considerar incompatible con la noción tradicional del Estado de que se produce una pignoración en virtud de la cual el acreedor garantizado tiene el equivalente de la posesión del bien gravado. Igualmente, podría considerarse que una cuenta bancaria de la que el otorgante puede retirar fondos no

está suficientemente en posesión del acreedor garantizado como para permitir que se considere que se ha constituido sobre ella una garantía real.

30. En otros Estados, el otorgante puede constituir una garantía real incluso si tiene derecho a retirar fondos de la cuenta bancaria. En estos Estados, el derecho del acreedor garantizado de impedir que el otorgante retire fondos de la cuenta bancaria puede ser un recurso de que dispone el primero, gracias a la garantía real, en caso de que el otorgante no realice el pago o no cumpla la obligación garantizada. Sin embargo, el aplazamiento del ejercicio de ese recurso por el acreedor garantizado no es obstáculo para la constitución de la garantía real.

5. Eficacia de la garantía real frente a terceros

31. Como sucede con las garantías reales constituidas sobre otros tipos de bienes, la constitución de una garantía real sobre una cuenta bancaria es una cuestión distinta de la eficacia de ese derecho frente a terceros. En este sentido, todo régimen sobre las operaciones garantizadas que reconozca la posibilidad de establecer garantías reales sobre cuentas bancarias debe determinar qué medidas adicionales puede ser necesario adoptar para que la garantía real, una vez constituida, sea eficaz frente a terceros.

32. En algunos Estados puede hacerse que una garantía real sobre una cuenta bancaria tenga eficacia frente a terceros si el acreedor garantizado hace una anotación u otro tipo de inscripción en el registro de garantías reales referente a la cuenta bancaria. En otros Estados, para que la garantía real tenga eficacia frente a terceros puede ser necesario que la cuenta bancaria se ceda al acreedor garantizado y se dé aviso al banco de la cesión, o éste la reconozca o acepte que seguirá las instrucciones del acreedor garantizado con respecto a la cuenta bancaria sin ulterior consentimiento del otorgante. También puede ser que una garantía real sobre una cuenta bancaria adquiera eficacia frente a terceros si el acreedor garantizado sustituye al otorgante como cliente del banco en lo que respecta a la cuenta bancaria.

33. Además, en virtud de las leyes de algunos Estados, si el acreedor garantizado es el propio banco depositario y se reconoce que la garantía real no consiste simplemente en el derecho de resarcimiento o compensación de éste, la garantía real puede tener automáticamente eficacia frente a terceros. Los Estados que permiten que una garantía real adquiera eficacia frente a terceros mediante su inscripción en el registro correspondiente permiten muchas veces que la garantía real del banco depositario sobre una cuenta bancaria que obre en su poder sea automáticamente eficaz frente a terceros sin necesidad de tal anotación. La justificación es que la mayoría de los terceros acreedores que consideren que la cuenta bancaria es un bien gravado presumirán en cualquier caso que el banco depositario tiene un derecho de resarcimiento o compensación que en gran parte es el equivalente económico de una garantía real y que probablemente tendrá un rango superior a una garantía real concurrente o a un derecho derivado de una sentencia judicial. Por supuesto, este derecho de resarcimiento o compensación no está condicionado a una anotación pública. En estas circunstancias, imponer al banco depositario el requisito de que haga una anotación en el registro para que su garantía real sea eficaz frente a terceros sólo ofrece la ventaja marginal, de tener alguna, de que informa a los terceros de que el banco depositario puede tener un derecho superior sobre la cuenta bancaria. Sin embargo, el costo que representa imponer un requisito de anotación al

banco depositario puede ser importante, según el número de clientes de éste que constituyan garantías reales sobre las cuentas bancarias que obren en su poder.

34. Si un acreedor garantizado está facultado por la ley para dar instrucciones al banco depositario sobre la disposición de los fondos depositados en una cuenta bancaria sin ulterior consentimiento del otorgante, se considera que tiene el “control” de la cuenta bancaria (véase la definición en el documento A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.1, apartado bb) del párrafo 17). Según esa definición, el acreedor garantizado tendrá el “control” si: i) él mismo es el banco depositario; ii) el banco depositario ha aceptado seguir las instrucciones del acreedor garantizado con respecto a la cuenta bancaria sin ulterior consentimiento del otorgante (en el presente capítulo, el acuerdo en virtud del cual el banco depositario ha aceptado seguir las instrucciones del acreedor garantizado con respecto a la cuenta bancaria sin ulterior consentimiento del otorgante se denomina “acuerdo de control”); o iii) el acreedor garantizado es el cliente del banco a los efectos de la cuenta bancaria.

35. En algunos ordenamientos jurídicos, una garantía real sobre una cuenta bancaria tiene eficacia frente a terceros si el acreedor garantizado obtiene su control. Aun cuando un Estado establezca que una garantía real tendrá eficacia frente a terceros si se hace una anotación en un registro de garantías reales, muchas veces permitirá, como alternativa a la anotación, que la garantía real tenga eficacia frente a terceros si el acreedor garantizado obtiene el control de la cuenta bancaria. La justificación para hacerlo se entenderá mejor si se supone que las normas de prelación de ese Estado establecen que una garantía real que tiene eficacia frente a terceros debido a que el acreedor garantizado obtiene el control tiene prelación frente a otras garantías reales. Más adelante se examina la prelación obtenida mediante el control.

6. Prolación de la garantía real sobre los derechos de los acreedores concurrentes

36. La legislación, además de contener normas que regulen la constitución de garantías reales sobre cuentas bancarias y la eficacia de esas garantías frente a terceros, debe establecer normas de prelación, es decir, normas para ordenar jerárquicamente las reclamaciones del acreedor garantizado y los demás acreedores concurrentes con respecto a la cuenta bancaria.

Normas generales de prelación basadas en el orden de inscripción

37. En los Estados en los que el acreedor garantizado puede hacer que una garantía real sobre una cuenta bancaria tenga eficacia frente a terceros mediante una anotación en un registro de garantías reales que abarque esa cuenta bancaria, una vez hecha la anotación, la garantía normalmente tendrá prelación sobre los derechos de los acreedores garantizados concurrentes que reclamen con posterioridad su prelación haciendo una anotación semejante que abarque la cuenta bancaria, sobre los derechos de un acreedor del otorgante que obtenga con posterioridad un derecho sobre la cuenta bancaria por sentencia judicial o sobre los derechos del administrador de la insolvencia del otorgante, en caso de que se inicie con posterioridad un procedimiento de insolvencia contra dicho otorgante o en caso de que sea él mismo quien lo inicie.

38. Igualmente, en los Estados en los que, para que la garantía real tenga eficacia frente a terceros, es necesario que la cuenta bancaria sea cedida al acreedor

garantizado y que el banco reciba aviso o reconozca la cesión, o que acepte que seguirá las instrucciones del acreedor garantizado con respecto a la cuenta bancaria sin ulterior consentimiento del otorgante, o que el acreedor garantizado sustituya al otorgante como cliente del banco con respecto a la cuenta bancaria, una vez que se haya dado el aviso o se haya obtenido el reconocimiento o la aceptación del banco, o una vez que el acreedor garantizado se haya convertido en el cliente del banco con respecto a la cuenta bancaria, la garantía real normalmente tendrá prelación sobre los derechos de los acreedores garantizados concurrentes que intenten obtener con posterioridad la prelación dando tal aviso u obteniendo del banco ese reconocimiento o aceptación, o de un acreedor del otorgante que obtenga con posterioridad un derecho sobre la cuenta bancaria por medio de una sentencia judicial o del administrador de la insolvencia del otorgante, en caso de que se inicie con posterioridad un procedimiento de insolvencia contra el otorgante o de que éste lo inicie (si el primer acreedor garantizado ha obtenido la prelación convirtiéndose en cliente del banco con respecto a la cuenta bancaria, cabe suponer que un posterior acreedor garantizado no podrá recurrir a este método para obtener la prelación).

39. En muchos ordenamientos jurídicos puede haber circunstancias en las que la garantía real sobre una cuenta bancaria constituida automáticamente también tenga prelación automáticamente. En los Estados en los que el banco depositario obtiene automáticamente una garantía real sobre las cuentas bancarias que obran en su poder, la garantía real puede tener una prelación automática sobre otros derechos concurrentes. En los Estados que reconocen el concepto de que la garantía real abarca el producto de los bienes gravados, el derecho de un acreedor garantizado sobre una cuenta bancaria que derive de su derecho sobre el producto puede tener automáticamente prelación sobre algunos derechos concurrentes, como los de un acreedor cuyo derecho derive de una sentencia judicial o que tenga una garantía real de rango inferior sobre el bien gravado original.

Excepciones a las normas generales de prelación basadas en el orden de inscripción

40. Si bien las controversias a que puede dar lugar la prelación de una garantía real se resuelven, por lo general, sobre la base de la norma del “orden de inscripción”, esta norma puede no ser siempre adecuada si se trata de una garantía real sobre una cuenta bancaria. Así ocurre, en particular, cuando es posible que una garantía real sobre una cuenta bancaria sea eficaz frente a terceros por un método como el de la anotación en un registro de garantías reales, que no exija el consentimiento ni participación alguna del banco depositario.

41. Hay muchas partes que pueden estar relacionadas con la cuenta bancaria o los fondos depositados en ella. En diversas operaciones, en especial aquellas en las que intervienen acuerdos de recompra, préstamos de valores y derivados, las partes actúan rápidamente, en algunos casos día a día. No es habitual ni eficaz exigir a las partes que inscriban un aviso o hagan otra anotación en un registro de garantías reales antes de realizar esas operaciones. Tampoco se debe obligar a las partes a aceptar la carga de buscar en un registro de garantías reales o de hacer otras indagaciones sobre posibles acreedores garantizados antes de realizar una operación relacionada con una cuenta bancaria.

42. De hecho, en algunos Estados puede suceder que una garantía real que el acreedor garantizado ha hecho eficaz frente a terceros mediante una anotación u otra inscripción en un registro de garantías reales tenga un rango inferior a otra que haya sido notificada al banco o que éste haya admitido, o en relación con la cual el banco ha aceptado seguir las instrucciones del acreedor garantizado sin ulterior consentimiento del otorgante o el acreedor garantizado ha sustituido al otorgante como cliente del banco en lo que respecta a la cuenta bancaria. Igualmente, en los Estados que reconocen la prelación de una garantía real sobre una cuenta bancaria por ser el producto de otros bienes, la garantía real sobre el producto puede tener un rango inferior a otra que haya sido notificada al banco o que éste haya admitido, o respecto de la cual el banco haya aceptado seguir las instrucciones del acreedor garantizado sin ulterior consentimiento del otorgante o el acreedor garantizado se haya convertido en cliente del banco en lo que respecta a la cuenta. En estos casos puede no aplicarse la norma de prelación basada en el orden de inscripción. Una garantía real que adquiere eficacia frente a terceros sobre la base de ser “la primera” puede ceder la prelación a una garantía real posterior si el banco ha sido notificado de la garantía real posterior o la ha admitido, o ha aceptado seguir las instrucciones del acreedor garantizado con respecto a la cuenta bancaria sin ulterior consentimiento del otorgante, o si el acreedor garantizado se ha convertido en cliente del banco en lo que respecta a la cuenta bancaria, después de que la primera garantía real haya adquirido eficacia frente a terceros.

43. De hecho, en los Estados en los que el banco depositario automáticamente tiene una garantía real sobre las cuentas bancarias que obran en su poder, su garantía puede tener prelación sobre todas las demás garantías reales tanto si éstas han adquirido eficacia frente a terceros por el orden de inscripción como en caso contrario, salvo que el banco depositario acuerde otra cosa.

44. En estas circunstancias, reconocer al banco depositario la prelación parece justificado en la práctica. La prelación reconocida al acreedor garantizado que también sea el banco depositario es compatible con los derechos superiores de resarcimiento y compensación de los que normalmente disfruta el banco depositario. Si el acreedor garantizado no es el banco depositario y confía en su garantía real sobre la cuenta bancaria, en la práctica querrá o bien convertirse en cliente del banco con respecto a la cuenta bancaria o concertar un acuerdo de control o acuerdo similar con el banco depositario para hacer valer su garantía real de forma que, en caso de insolvencia del otorgante, el banco depositario esté obligado a entregarle los fondos depositados en la cuenta. También querrá que el acuerdo contenga una cláusula de subordinación en virtud de la cual, si el banco depositario pretende tener una garantía real sobre la cuenta bancaria o tiene un derecho de resarcimiento o compensación, esta garantía real o este derecho de resarcimiento o compensación del banco depositario tendrá, en la mayoría de los casos, un rango inferior a la garantía real del acreedor garantizado tercero. Si el acreedor garantizado se ha convertido en cliente del banco en lo que respecta a la cuenta bancaria, el banco depositario puede que no tenga, a partir de ese momento, derecho a compensar con los fondos de la cuenta bancaria las obligaciones que el otorgante tenga con él. Ello se debe a que las obligaciones mutuas de las partes (el otorgante y el banco depositario), que se debían dinero la una a la otra, y que la legislación aplicable exige normalmente que se compensen, ya no existen.

Beneficiarios de las transferencias de fondos de la cuenta bancaria

45. Por supuesto, la norma de prelación por el orden de inscripción tiene todavía menos justificación si se trata de beneficiarios de las transferencias de fondos de la cuenta bancaria, por ejemplo, una persona que cobra un cheque con cargo a la cuenta bancaria o un receptor de una transferencia de fondos. En los Estados en los que el otorgante puede retirar fondos de la cuenta bancaria sobre la que el acreedor garantizado tiene una garantía real, los beneficiarios de las transferencias de esos fondos normalmente los reciben independientemente de que se haya constituido una garantía real sobre la cuenta bancaria, lo que incluye, en los Estados que reconocen el concepto de producto, una garantía real sobre los fondos que sean el producto de otros bienes. En caso contrario, la legislación sobre operaciones garantizadas de ese Estado colisionaría indebidamente con la legislación sobre títulos negociables o menoscabaría la posibilidad de negociar transferencias de dinero, cheques o créditos entre bancos y otras personas.

7. Ejecución de la garantía real contra el otorgante

46. Todo régimen de las operaciones garantizadas que reconozca la posibilidad de constituir garantías reales sobre cuentas bancarias debe establecer unas normas jurídicas claras sobre la forma de ejecutarlas con eficiencia.

Ejecución en general

47. Si un acreedor garantizado tiene una garantía real sobre una cuenta bancaria y el otorgante ha incumplido su obligación, el primero está facultado a ejecutar la garantía. En este contexto, la ejecución normalmente consiste en que el acreedor garantizado obtiene del banco depositario los fondos acreditados en la cuenta bancaria y utiliza estos fondos para satisfacer la obligación garantizada. En caso de que el acreedor garantizado sea el banco depositario o el cliente del banco depositario en lo que respecta a la cuenta bancaria, podrá sencillamente pedir el saldo disponible en la cuenta bancaria hasta el límite necesario para cumplir la obligación garantizada.

Necesidad de recurrir a un procedimiento judicial o a la supervisión por un tribunal

48. Al igual que con respecto a otros tipos de bienes sobre los que puede constituirse una garantía real, el régimen de las operaciones garantizadas ha de determinar en qué medida la ejecución de la garantía real puede realizarse sin recurrir a un procedimiento judicial o sin otro tipo de supervisión por un tribunal. El requisito de que el acreedor garantizado recurra a un procedimiento judicial o actúe bajo supervisión de un tribunal para ejecutar su garantía real aumenta los gastos y el tiempo necesario para la ejecución, lo que a su vez hace que aumente el costo de los créditos, tanto para los deudores que incumplen sus obligaciones crediticias como para los que no lo hacen. Por otra parte, el requisito de que el acreedor garantizado recurra a un procedimiento judicial o actúe bajo supervisión de un tribunal para ejecutar su garantía real puede ser necesario si se plantea de buena fe un conflicto sobre el derecho del acreedor garantizado a ejecutar su garantía real, si hay una amenaza para el orden público o si hay una clara posibilidad de que el acreedor garantizado cometa un abuso.

49. Poco se justificaría, al parecer, que un Estado exigiera al acreedor garantizado recurrir a un procedimiento judicial o actuar bajo supervisión de un tribunal para ejecutar su garantía real sobre una cuenta bancaria, especialmente en tres casos. El primero sería cuando el propio banco depositario fuera el acreedor garantizado. En este caso, no parece conveniente exigir que el acreedor garantizado recurra a un procedimiento judicial o actúe bajo supervisión de un tribunal para compensar un crédito que deba a su cliente con otro que éste le deba a él. Así sucede, en particular, si el acreedor garantizado, en tanto que banco depositario, dispone también, según las leyes del Estado, de un derecho de resarcimiento o compensación que pueda ejercer como banco depositario sin recurrir a un procedimiento judicial o a la supervisión de un tribunal. El ejercicio del derecho de resarcimiento o compensación produce, en gran medida, el mismo resultado económico que la ejecución de una garantía real. No parece tener mucho sentido exigir que se recurra a un procedimiento judicial o a la supervisión de un tribunal en un caso y no en el otro.

50. El segundo caso se plantea cuando el banco depositario ha convenido ya, mediante contrato con el acreedor garantizado y el otorgante, transferir los fondos de la cuenta bancaria al acreedor garantizado atendiendo a las instrucciones de éste y sin necesidad de ulterior consentimiento del otorgante. En este caso, puesto que el contrato fue negociado expresamente con el otorgante y el banco depositario, la necesidad de recurrir a un procedimiento judicial o a la supervisión de un tribunal aparentemente sería superflua, en la medida en que el acuerdo del otorgante está plasmado en un contrato vinculante.

51. El tercer caso se plantea cuando el acreedor garantizado ha sustituido al otorgante como cliente del banco depositario en lo que respecta a la cuenta bancaria. En este caso tampoco parece haber necesidad de procedimiento judicial ni supervisión de un tribunal, puesto que el acreedor garantizado ya tiene derecho a manejar la cuenta bancaria como cliente del banco.

52. Quizá se justifique más exigir, en algunas circunstancias, que un acreedor garantizado recurra a un procedimiento judicial o actúe bajo supervisión de un tribunal para ejecutar su garantía real sobre una cuenta bancaria si el crédito concedido o la propia cuenta bancaria tenían por finalidad satisfacer fines personales, familiares o domésticos de un particular. Aun así, no parece acertado exigir que se recurra a un procedimiento judicial o a la supervisión de un tribunal para ejecutar la garantía real si el banco depositario es el acreedor garantizado y en cualquier caso tendría derecho de resarcimiento o compensación.

8. Derechos y obligaciones del banco depositario

53. Toda vía de ejecución de una garantía sobre una cuenta bancaria utilizada por un acreedor garantizado que no sea el banco depositario plantea problemas con respecto a los derechos y obligaciones de este último cuando el acreedor garantizado no haya recurrido a un procedimiento judicial ni a la supervisión judicial de la ejecución, ni se haya dictado una orden judicial en que se enuncien esos derechos y obligaciones. Todo régimen de las operaciones garantizadas que reconozca las garantías reales constituidas sobre cuentas bancarias debe comprender normas jurídicas claras en las que se establezcan los derechos y obligaciones del banco depositario con respecto a la garantía.

54. Si bien cabe aducir que el tema de los derechos y obligaciones del banco depositario es, en gran parte, una cuestión de prelación, puede resultar útil examinarlo más a fondo para demostrar la importancia de abordarlo desde el punto de vista de la constitución de la garantía, de su validez frente a terceros, de la prelación y de la vía ejecutoria, aunque esos aspectos se hayan examinado anteriormente. Eso se debe al papel singular que desempeña el banco depositario en su calidad de deudor de su cliente en lo que respecta a la cuenta bancaria.

Contraposición con los derechos y obligaciones del deudor en el caso de los créditos comerciales

55. En realidad, para determinar los derechos y obligaciones del banco depositario en lo que concierne a la cuenta bancaria, cuando no exista una orden judicial que lo haga, es importante distinguirlos de los derechos y obligaciones del deudor en el caso de un crédito comercial. En este último caso la garantía será eficaz frente al deudor aunque el contrato original por el que se concedió el crédito contenga una cláusula en la que se limite la cesión de éste (véase el artículo 9 de la Convención sobre la Cesión de Créditos). Además, el acreedor garantizado suele estar facultado para dar al deudor las instrucciones de pago (véase el párrafo 1 del artículo 13 de la Convención sobre la Cesión de Créditos) y en ese caso el deudor únicamente puede liberarse de su obligación efectuando el pago al acreedor garantizado (véase el artículo 17 de la Convención sobre la Cesión de Créditos).

56. No obstante, si el deudor es el banco depositario, puede no estar sujeto necesariamente a las mismas normas en virtud de la legislación de un Estado (véase el apartado f) del párrafo 2 del artículo 4 de la Convención sobre la Cesión de Créditos). En cambio, en determinadas circunstancias el banco depositario puede tener cierto derecho, y tal vez esté escasamente obligado, o no lo esté en absoluto, a aceptar o rechazar la constitución, la prelación o la ejecución de una garantía real sobre una cuenta bancaria.

Consentimiento del banco depositario con respecto a la constitución, la eficacia frente a terceros y la prelación de la garantía real

57. Como se explicó anteriormente, en algunos ordenamientos jurídicos se exige el consentimiento u otra manifestación de voluntad del banco depositario para constituir una garantía real sobre una cuenta bancaria y para hacer que esa garantía sea eficaz frente a terceros o goce de prelación.

a) Puede exigirse el consentimiento del banco para constituir una garantía sobre una cuenta bancaria cuando el acuerdo de apertura de la cuenta concertado con el banco contenga una cláusula por la que se restrinja el derecho de constituir garantía sin su consentimiento. También puede ocurrir que se exija que el banco reconozca la garantía o el acuerdo con el acreedor garantizado para que se pueda constituir la garantía aunque el acuerdo de apertura de la cuenta no contenga una cláusula restrictiva;

b) En otros ordenamientos jurídicos puede exigirse que el banco manifieste su voluntad reconociendo la garantía o el acuerdo con el acreedor garantizado para que la garantía sea eficaz frente a terceros;

c) Puede exigirse que el banco manifieste su voluntad reconociendo la garantía o el acuerdo con el acreedor garantizado para que la garantía de éste tenga

prelación frente a toda otra garantía constituida sobre la cuenta bancaria en favor del propio banco depositario.

Ejecución de la garantía contra el banco depositario

58. Por otra parte, en determinadas circunstancias puede exigirse el consentimiento del banco para que el acreedor garantizado ejecute la garantía.

59. En los Estados en que las garantías reales constituidas sobre las cuentas bancarias adquieren eficacia frente a los terceros después de haber sido notificadas o inscritas de alguna otra forma en el registro correspondiente, o por medio de la notificación de la cesión al banco depositario o de su reconocimiento por parte de éste, la inscripción, la notificación o el reconocimiento pueden imponer o no al banco depositario la obligación de cumplir las instrucciones que le dé el acreedor garantizado en lo que respecta a los fondos depositados en la cuenta cuando proceda a ejecutar la garantía. Si en determinado ordenamiento jurídico no se impone esa obligación al banco depositario, al ejecutarse la garantía, el derecho del acreedor garantizado a los fondos depositados en la cuenta con frecuencia dependerá de que el cliente haya pedido al banco depositario que siga las instrucciones del acreedor garantizado con respecto a los fondos, o de que el banco haya convenido con este último en hacerlo.

60. A falta de esas instrucciones o de ese acuerdo, el acreedor garantizado puede verse obligado a ejecutar la garantía recurriendo a un procedimiento judicial para obtener una orden en que se exija al banco depositario que le entregue los fondos.

[Nota para el Grupo de Trabajo: El resto de la sección 8 y las secciones 9 a 11 de la parte A. Observaciones generales, y la parte B, Recomendaciones, figuran en el documento A/CN.9/WG.VI/WP.18/Add.1.]