



# Asamblea General

Distr. general  
11 de mayo de 2007  
Español  
Original: inglés

## Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

40º período de sesiones

Viena, 25 de junio a 12 de julio de 2007

### Garantías reales

### Proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas

#### Nota de la Secretaría\*

#### Adición

## Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
X. Derechos ejercitables a raíz del incumplimiento . . . . .	1-99	4
A. Observaciones generales . . . . .	1-69	4
1. Introducción . . . . .	1-9	4
2. Principios generales de la vía ejecutoria. . . . .	10-25	6
a) Generalidades. . . . .	10	6
b) El incumplimiento como requisito previo para toda medida de ejecución. . . . .	11-13	6
c) Supervisión judicial de la ejecución . . . . .	14-16	7
d) La buena fe y el buen sentido comercial . . . . .	17	8
e) Autonomía de las partes para aceptar el procedimiento de ejecución . . . . .	18-19	9

\* Esta nota se presenta cuatro semanas después de vencer el plazo de 10 semanas antes del inicio del período de sesiones debido a la necesidad de finalizar las consultas y ultimar las modificaciones posteriores.



	f) Ejecución judicial y extrajudicial . . . . .	20-23	10
	g) Alcance de la ejecutoriedad de la garantía de un acreedor garantizado . . . . .	24-25	11
3.	Medios procesales previos a la ejecución y derechos del otorgante . . . . .	26-40	12
	a) Generalidades . . . . .	26	12
	b) Notificación de la intención de proceder a la ejecución extrajudicial . . . . .	27-34	12
	c) Liberar los bienes gravados y subsanar el incumplimiento de la obligación garantizada . . . . .	35-39	15
	d) Autorización dada al otorgante para efectuar la venta . . . . .	40	16
4.	Ejecución extrajudicial de los derechos del acreedor garantizado . . . . .	41-60	17
	a) Generalidades . . . . .	41	17
	b) Sustraer los bienes gravados al control del otorgante . . . . .	42-47	17
	c) Venta u otro tipo de enajenación de los bienes gravados . . . . .	48-50	19
	d) Aceptación de los bienes gravados a título de resarcimiento de la obligación garantizada . . . . .	51-55	20
	e) Gestión y venta de un negocio . . . . .	56-58	22
	f) Derechos ejercitables a título acumulativo . . . . .	59-60	23
5.	Efectos de la ejecución . . . . .	61-69	24
	a) El otorgante, el acreedor garantizado y los terceros . . . . .	61-62	24
	b) Otras personas afectadas . . . . .	63-65	25
	c) Asignación del producto de la enajenación . . . . .	66-68	26
	d) Irrevocabilidad . . . . .	69	27
B.	Observaciones relativas a ciertos bienes . . . . .	70-99	28
	1. Generalidades . . . . .	70-71	28
	2. Ejecución de una garantía real sobre un crédito por cobrar . . . . .	72-76	28
	3. Ejecución en el caso de la cesión pura y simple de un crédito por cobrar . . . . .	77-79	30
	4. Ejecución de una garantía real sobre un título negociable . . . . .	80-82	30
	5. Ejecución de una garantía real sobre un derecho al cobro de fondos acreditados en una cuenta bancaria . . . . .	83-86	31
	6. Ejecución de una garantía real sobre el producto de una promesa independiente . . . . .	87-88	32
	7. Ejecución de una garantía real sobre un documento negociable . . . . .	89-90	33
	8. Ejecución de una garantía real sobre el producto de la venta del bien gravado . . . . .	91-92	34

---

9.	Ejecución de una garantía real constituida sobre un accesorio fijo de otro bien mueble, o sobre una masa de bienes o un producto acabado .....	93-94	35
10.	Intersección de los regímenes ejecutorios de la propiedad mobiliaria y de la propiedad inmobiliaria .....	95-99	36
C.	Recomendaciones .....		38

## **X. Derechos ejercitables a raíz del incumplimiento**

### **A. Observaciones generales**

#### **1. Introducción**

1. Por lo general, toda parte en un acuerdo confía en que la otra parte cumpla voluntariamente todas sus obligaciones, ya sean obligaciones entre ellas o frente a terceros y ya sean nacidas de su contrato o en virtud de la ley. Únicamente a raíz del incumplimiento de una de esas obligaciones, es cuando la otra parte habrá de considerar la posibilidad de recurrir a la ejecución forzosa o por vía judicial de la obligación incumplida. Los Estados suelen esmerarse al diseñar un régimen ejecutorio para toda demanda civil ordinaria que ampare por igual los derechos del deudor, del acreedor y de todo tercero afectado. En la mayoría de Estados, esos regímenes requieren que un acreedor que trata de exigir el cumplimiento de una obligación interponga una demanda judicial para que se le reconozca su derecho, y se proceda a embargar los bienes del deudor con miras a venderlos bajo la supervisión de alguna autoridad. Con el producto de la venta, se resarcirá el crédito pendiente del acreedor judicial frente al deudor judicial.

2. Las partes en un acuerdo de garantía obran con expectativas similares. Normalmente un acreedor garantizado supone que el otorgante cumplirá voluntariamente sus obligaciones, y un otorgante confía en que el acreedor garantizado cumpla toda obligación que haya contraído. Ambos conciertan la operación con la expectativa y la intención firmes de cumplir sus obligaciones mutuas. Pero, al mismo tiempo, ambos son conscientes de que pueden darse supuestos en que no podrán cumplirlas. En ocasiones el acreedor garantizado no efectuará el pago prometido o no devolverá cierto bien al otorgante al cumplirse la condición acordada para ello. En esos casos, el otorgante tomará normalmente pie en lo mutuamente acordado para recurrir a los tribunales con miras a hacer valer su derecho. Pero lo más usual es que sea el otorgante quien sea incapaz de cumplir lo que prometió (es decir, de devolver el crédito en los términos del acuerdo). Unas veces esa incapacidad de cumplir lo prometido se deberá a razones ajenas a la voluntad del otorgante, como una mala coyuntura en un sector o una evolución desfavorable de la economía general. Otras veces podrá deberse a algún impago del deudor del propio otorgante, así como a alguna falta de discernimiento comercial o acto de mala gestión del otorgante.

3. Cualquiera que sea el motivo, y aun cuando haya habido más de un impago, va en interés de ambas partes en un acuerdo de garantía y de todo tercero en general, que el otorgante intente efectuar esos pagos y cumpla sus obligaciones voluntariamente. La vía ejecutoria nunca es tan eficaz como el cumplimiento voluntario, por ser costosa, llevar tiempo, ser de resultado incierto y tener consecuencias a largo plazo para los otorgantes y terceros que suelen ser ruinosas. Por ello muchos Estados alientan activamente a las partes en un acuerdo de garantía a que tomen toda medida oportuna para evitar un incumplimiento que obligue a recurrir a la ejecución obligatoria. Además, esa es la razón por la que los acreedores garantizados vigilan con frecuencia de cerca la actividad comercial de sus otorgantes. Por ejemplo, examinan periódicamente sus libros de contabilidad, inspeccionan los bienes gravados y se ponen en contacto con todo otorgante que parezca encontrarse en dificultades financieras. Los otorgantes que tienen problemas

para cumplir sus obligaciones suelen cooperar con sus acreedores garantizados para acordar modos de evitar o superar sus dificultades. En algunos casos un otorgante puede pedir ayuda a un acreedor garantizado para crear un nuevo plan comercial. En otros casos, el otorgante y el acreedor garantizado, o el otorgante y el conjunto de sus acreedores, pueden intentar reajustar ciertos aspectos de sus acuerdos.

4. Hay muchos tipos de acuerdo de reajuste de la deuda. A veces las partes llegan a un arreglo “de reajuste comercial o financiero” por el que se prorroga el plazo de pago, se modifica de algún otro modo la obligación del otorgante o se aumenta o reduce la cantidad de bienes gravados que garantizan esas obligaciones. Toda negociación para llegar a un arreglo comercial se verá influida por dos factores dominantes: a) el derecho de todo acreedor garantizado a ejecutar su garantía real sobre los bienes gravados si el deudor incumple su obligación garantizada, y b) la posibilidad de que se abra un procedimiento de insolvencia por el otorgante o contra él.

5. No obstante, a pesar de todos los esfuerzos del otorgante y del acreedor garantizado por evitar la ejecución obligatoria, a veces ésta es inevitable. En consecuencia, una de las cuestiones clave a que se enfrentan los Estados que vayan a promulgar un régimen de las operaciones garantizadas es la de definir los derechos ejercitables por el acreedor a raíz del incumplimiento. Más concretamente, se trata de saber qué modificaciones, de haber alguna, deberá hacer un Estado en el régimen legal general de su vía judicial ejecutoria, para adaptarlo a la ejecución de una garantía real en el supuesto de que el otorgante no cumpla la obligación garantizada.

6. La esencia de todo régimen de las operaciones garantizadas reside en el derecho del acreedor garantizado a utilizar la suma realizable con la venta de los bienes gravados para satisfacer la obligación garantizada. Una vía ejecutoria que permita que el acreedor prevea con precisión el tiempo y las costas que entrañará la enajenación de los bienes gravados, así como el producto que es probable que perciba a raíz de dicho proceso, influirá notablemente en la disponibilidad y el precio del crédito otorgado. Por consiguiente, todo régimen legal de las operaciones garantizadas debe prever una vía procesal y sustantiva eficiente, económica y previsible para la ejecución de una garantía real a raíz de que el otorgante incumpla sus obligaciones. Al mismo tiempo, como dicha ejecución afectará directamente a todo derecho concurrente de terceros, esas normas deben prever salvaguardas razonables que amparen los derechos del otorgante, de otras personas con alguna garantía sobre los bienes gravados y de los demás acreedores del otorgante.

7. Toda persona eventualmente interesada puede beneficiarse de que se obtenga una suma lo más alta posible con la venta de los bienes gravados. El acreedor garantizado se puede beneficiar porque con ello se reduce el riesgo de que el otorgante se quede sin fondos para abonarle toda obligación no garantizada que haya quedado pendiente, tras haber destinado el producto de la venta a satisfacer la obligación garantizada. Por su parte, el otorgante y el resto de sus acreedores se benefician de toda deuda pendiente menor o de toda suma sobrante mayor.

8. En el presente capítulo se examina el derecho del acreedor garantizado a ejecutar su garantía real en el supuesto de que el otorgante incumpla la obligación garantizada (“incurra en impago”) antes de la apertura de un procedimiento de insolvencia o, con autorización del órgano competente, en el curso de dicho procedimiento (véase cap. XI). En la sección A.2 del capítulo se tratan los principios generales que rigen el incumplimiento y la ejecución. En la sección A.3 se estudia el

procedimiento que un acreedor garantizado tal vez haya de seguir antes de acudir a la vía ejecutoria y se exponen los derechos de que aún dispone un otorgante con posterioridad al incumplimiento. Los diversos derechos normalmente ejercitables por el acreedor garantizado se examinan en la sección A.4. En la sección A.5 se pasa revista a las consecuencias de la ejecución para el otorgante, el acreedor garantizado y los terceros.

9. La ejecución de gravámenes sobre créditos por cobrar, títulos negociables, fondos depositados en una cuenta bancaria y el producto de una promesa independiente no encaja fácilmente en la vía ejecutoria general prevista para los bienes corporales (véanse las definiciones en A/CN.9/631/Add.1, Introducción, secc. B, Terminología y reglas de interpretación). Por ello muchos Estados han previsto un régimen especial para la ejecución de una garantía sobre bienes inmateriales, créditos por cobrar y otros derechos al cobro. Esas vías especiales se tratan en las secciones B.1 a B.5 del presente capítulo. Además, dado que los bienes corporales pueden ser accesorios fijos de otros bienes muebles o de un inmueble, o pueden estar mezclados con otros bienes o ser transformados en un producto manufacturado, procederá adaptar el régimen ejecutorio general para que resulte aplicable a la ejecución de bienes de esas características. La adaptación requerida para una ejecución eficiente de accesorios fijos, masas de bienes o productos acabados será examinada en las secciones B.6 a B.9. El capítulo concluye con la sección C, en la que figura una serie de recomendaciones.

## **2. Principios generales de la vía ejecutoria**

### **a) Generalidades**

10. Como se comentó en la sección anterior, va en interés de todas las partes que el otorgante cumpla voluntariamente la obligación a la que se haya comprometido. Por ello, cuando se produce un incumplimiento, el acreedor garantizado y el otorgante generalmente intentan llegar un acuerdo que evite la necesidad de iniciar un procedimiento ejecutorio. Un otorgante casi siempre es consciente de que está incumpliendo su obligación y muy raras veces se enterará de que ha incurrido en impago por un aviso formal del acreedor garantizado. De hecho, en este último supuesto, no suele iniciarse un procedimiento ejecutorio, ya que el incumplimiento será casi siempre debido a una advertencia, y no a que el otorgante no pueda o no quiera pagar. Con todo, en ocasiones la vía ejecutoria resulta necesaria. En esos casos hay una serie de principios básicos por los que se guían los Estados a la hora de establecer los derechos y las obligaciones de los acreedores y los otorgantes a raíz del incumplimiento.

### **b) El incumplimiento como requisito previo para toda medida de ejecución**

11. En un supuesto normal, una garantía real respaldará el cumplimiento de la obligación del otorgante (o del deudor, si un tercero actuó en calidad de otorgante) frente al acreedor garantizado. Por tanto, en un caso normal, la garantía real pasará a ser ejecutable en cuanto el otorgante incumpla o no pague la obligación garantizada. No obstante, existen otros “supuestos de incumplimiento” que pueden estar previstos en el acuerdo de garantía. Cualquiera de ellos bastará, salvo que el acreedor garantizado renuncie a invocarlo, para constituir un incumplimiento, permitiendo así la ejecución obligatoria de la garantía real. En otras palabras, el acuerdo entre las partes y el derecho general aplicable en materia de obligaciones

determinarán si el otorgante ha incurrido en impago y si hay lugar para recurrir a la vía ejecutoria. En la mayoría de los casos ese derecho general en materia de obligaciones será también el que determine si debe enviarse al deudor una notificación formal del impago y cuál debe ser su contenido.

12. En ocasiones se produce un incumplimiento, no por haberse omitido un pago, sino porque otro acreedor, aduce una sentencia judicial para embargar los bienes gravados o trata de ejecutar su propia garantía real. La ley de muchos Estados establece que, sin necesidad de estipulación alguna en el acuerdo de garantía, la incautación de un bien gravado por cualquier otro acreedor constituye un incumplimiento de todo acuerdo de garantía por el que se grave el bien incautado. Esa norma se basa en la oponibilidad de la garantía real. Dado que el bien gravado es la garantía de pago al acreedor, siempre que ese bien esté sujeto a un proceso judicial se debería facultar al acreedor garantizado a intervenir para proteger sus derechos. En esos casos el derecho procesal suele dar a esos otros acreedores el derecho a forzar la enajenación de los bienes gravados. Ese mismo derecho procesal establecerá las normas para que el acreedor intervenga en esas actuaciones judiciales y juicios ejecutorios, con miras a proteger sus derechos y su prelación.

13. Los Estados suelen permitir que un acreedor garantizado que goce de prelación instituya su propio juicio ejecutorio que subrogará al de todo acreedor garantizado subordinado, si así lo desea. Esa regla se basa en que los dos acreedores garantizados estarán ejercitando derechos similares en el marco de un mismo régimen de garantía, por lo que la prelación de su acción ejecutoria vendrá determinada por la prelación de su respectiva garantía. En cambio, en algunos Estados, una vez que ha comenzado la fase ejecutoria del juicio, el acreedor garantizado no podrá intervenir para hacer valer sus derechos en virtud del acuerdo de garantía. Ese enfoque se practica sobre todo en Estados en los que una venta judicial libera al bien vendido de todo gravamen, es decir de toda garantía real. Se asume que, dado que una venta judicial permite que el comprador adquiera una titularidad exenta de todo gravamen, el producto de esa venta será el más alto obtenible (véanse párrs. 20 a 23 *infra*). No obstante, en otros Estados, cuando un acreedor garantizado tiene una garantía sobre algún bien embargado por un acreedor judicial o sobre todos ellos, se le permite levantar el embargo y ejecutar su garantía real por cualquier medio del que disponga. Ese enfoque se encuentra sobre todo en Estados donde la venta judicial en ejecución de sentencia no libera, por sí sola, al bien vendido de las garantías reales. Se asume que, dado que no se eliminarán esos gravámenes, es probable que se obtenga un precio de enajenación más alto si la vía ejecutoria permite al comprador obtener la titularidad libre de todo gravamen (véanse párrs. 61 y 62 *infra*).

#### **c) Supervisión judicial de la ejecución**

14. En términos generales, cuando un otorgante ha incurrido en impago y sus intentos de cumplir sus obligaciones no han tenido éxito, ambas partes se resignan a la necesidad de recurrir a la vía judicial ejecutoria contra el bien o los bienes gravados. Pero en algunos casos el otorgante impugnará o bien la afirmación del acreedor garantizado de que ha incurrido en impago o bien la suma que el acreedor garantizado ha calculado que se le debe a consecuencia del impago. Como cuestión de orden público, los Estados siempre conceden a los otorgantes el derecho a

solicitar que los tribunales confirmen, rechacen, modifiquen o controlen de otro modo el ejercicio de todo derecho ejecutorio de un acreedor.

15. Con ello no se pretende imponer al acreedor garantizado alguna actuación judicial innecesaria, sino más bien habilitar al otorgante y a toda otra parte interesada para velar por el respeto de la ley en todo procedimiento ejecutorio abierto a raíz de un incumplimiento (véase A/CN.9/631, recomendación 141). En consecuencia, a fin de que toda actuación impugnatoria del otorgante frente a la ejecución pueda ser resuelta con prontitud y economía, muchos Estados sustituyen en estos casos el procedimiento civil ordinario por un juicio sumarial ejecutorio (véase A/CN.9/631, recomendación 137). Por ejemplo, quizá se conceda al otorgante y a los demás interesados un plazo limitado para presentar alguna demanda o interponer alguna excepción. Otros Estados permiten que el otorgante impugne la demanda del acreedor garantizado incluso después de que haya comenzado la ejecución, cuando se distribuya el producto de la venta ejecutoria o cuando el acreedor garantizado trate de cobrar alguna suma pendiente. Algunos Estados donde se permite al otorgante obtener no sólo una indemnización compensatoria, sino incluso indemnización punitiva si se demuestra que el acreedor garantizado recurrió, sin justificación, a la vía ejecutoria o se resarcó por una suma superior a la que se le debía.

16. Además, dado que todas esas impugnaciones retrasarán la ejecución y la harán más costosa, muchos Estados incorporan también salvaguardias en el proceso para disuadir al otorgante de presentar reclamaciones infundadas. Algunas de ellas son mecanismos procesales, como por ejemplo, añadir las costas del procedimiento a la obligación garantizada si éste no se resuelve a favor del otorgante, o exigir declaraciones juradas al otorgante y su abogado para iniciar el procedimiento. Algunos Estados también permiten a los acreedores garantizados reclamar daños y perjuicios a los otorgantes que entablen procedimientos infundados o que no cumplan sus obligaciones, y añadir esos daños y perjuicios a la obligación garantizada. La presente Guía recomienda que se puedan reclamar daños y perjuicios ordinarios de todo otorgante que no respete alguna de sus obligaciones posteriores al incumplimiento (véase A/CN.9/631, recomendación 133; siendo esa misma regla aplicable al acreedor garantizado).

**d) La buena fe y el buen sentido comercial**

17. La ejecución de una garantía real tiene graves consecuencias para los otorgantes, los deudores y los terceros interesados. Por ese motivo muchos Estados imponen, como obligación general y absoluta de todo acreedor garantizado, el deber específico de obrar de buena fe y con buen sentido comercial al ejercitar sus derechos. Dada de la importancia de esa regla, esos mismos Estados también establecen que ni el acreedor garantizado ni el otorgante podrán renunciar a ella ni modificarla en ningún momento (véase A/CN.9/631, recomendaciones 128 y 129). Además, como se comentó anteriormente, un acreedor garantizado que no cumpla con sus obligaciones en materia de ejecución será responsable de todo daño causado a las personas que resulten perjudicadas por ese incumplimiento. Por ejemplo, si un acreedor garantizado no actúa con buen sentido comercial al enajenar los bienes gravados y a causa de ello obtiene una suma menor que la que se hubiera obtenido, de haberse obrado con buen sentido comercial, deberá resarcir por daños y

perjuicios a toda persona perjudicada por esa minusvalía (véase A/CN.9/631, recomendación 133).

**e) Autonomía de las partes para aceptar el procedimiento de ejecución**

18. Los Estados suelen imponer a las partes en un acuerdo de garantía muy pocas obligaciones previas al incumplimiento (véase el capítulo VIII, Derechos y obligaciones de las partes). Por ello una cuestión clave en el contexto de la vía ejecutoria abierta a raíz del incumplimiento es la de si debe prevalecer una política similar. En otras palabras, se trata de decidir en qué medida el acreedor garantizado y el otorgante podrán modificar el marco legal previsto para la ejecución de la garantía real o sus respectivos derechos contractuales estipulados en el acuerdo de garantía. Algunos Estados consideran que la vía ejecutoria forma parte de su derecho público imperativo al que las partes no pueden sustraerse por vía contractual. En otros Estados se reconoce a las partes autonomía para estipular al margen del marco legal de la ejecución siempre y cuando no se vean afectados ni el orden público ni el orden de prelación internos, ni los derechos de terceros (en particular en los casos de insolvencia). Y en otros Estados se hace hincapié en la eficiencia de los mecanismos de ejecución, sin reconocerse a la vía judicial ni la exclusividad ni la primacía al respecto. De ahí que, incluso si se limita el grado en que el acreedor garantizado y el otorgante podrán estipular al margen del marco legislativo en su acuerdo de garantía (dado que cabe abusar de la autonomía contractual al negociar la vía ejecutoria en el acuerdo de garantía), esos Estados sí permiten, en cambio, que las partes renuncien a sus derechos en virtud del acuerdo de garantía o los modifiquen después de que se haya producido un incumplimiento.

19. Con todo, los Estados que permiten a las partes renunciar a sus derechos legales o contractuales posteriores al incumplimiento, les imponen una serie de restricciones. Por ejemplo, nunca permiten que se renuncie a la obligación del acreedor de actuar de buena fe y con buen sentido comercial (véase A/CN.9/631, recomendación 129). En cuanto a las demás obligaciones, muchos Estados distinguen entre los derechos del otorgante y los del acreedor garantizado. En algunos Estados el otorgante podrá renunciar a exigir del acreedor garantizado el cumplimiento de sus obligaciones posteriores al incumplimiento o convenir en que las modifique, pero únicamente después de que se haya producido el incumplimiento. Permitir esa renuncia o renegociación después de un incumplimiento, da a veces margen al otorgante y al acreedor garantizado para negociar amistosamente una enajenación de los bienes gravados que permita obtener la suma más alta posible, lo que beneficiará al acreedor garantizado, al otorgante y al resto de sus acreedores (véase A/CN.9/631, recomendación 130). Esos mismos Estados suelen también permitir que el acreedor garantizado renuncie, en cualquier momento (antes o después del incumplimiento), a exigir del otorgante el cumplimiento de sus obligaciones, al suponerse que el riesgo es muy pequeño de que el otorgante de la garantía imponga condiciones abusiva al acreedor garantizado en el momento en que éste le está otorgando crédito (véase A/CN.9/631, recomendación 131).

**f) Ejecución judicial y extrajudicial**

20. Como principio general del derecho de las obligaciones, en la mayoría de Estados se exige que toda demanda se interponga y se ejecute por la vía judicial. Los acreedores deberán demandar en justicia a sus deudores, obtener una sentencia favorable y recurrir después a otros agentes o autoridades públicas (por ejemplo, alguaciles, notarios o la policía) para que ejecuten la sentencia. Para proteger al otorgante y a otras personas con derechos sobre los bienes gravados, algunos Estados imponen una obligación similar a los acreedores garantizados y les exigen que recurran exclusivamente a los tribunales o a otras autoridades públicas para ejecutar sus garantías reales. No obstante, dado que la vía judicial puede resultar lenta y costosa, muchas veces no se obtiene por esa vía la mejor suma posible como producto de la venta del bien. Además, como las costas procesales serán sufragadas con cargo a la operación de financiación, toda ineficiencia procesal afectará negativamente a la disponibilidad y al precio del crédito.

21. Para facilitar la disponibilidad de crédito garantizado, algunos Estados requieren sólo una intervención previa mínima de las autoridades (tribunales, alguaciles o la policía) en el proceso ejecutorio. Por ejemplo, quizá se obligue al acreedor garantizado a solicitar a un tribunal una orden de recuperación, que éste dictará sin celebrar una vista. En otros casos, una vez que el acreedor garantizado ha tomado posesión del bien, puede venderlo directamente sin intervención judicial, pero contratando los servicios de un alguacil acreditado que dirija el proceso según el procedimiento establecido. Ese enfoque menos formal se justifica porque el hecho de que el acreedor garantizado o un tercero de confianza tomen el control y dispongan de los bienes, agiliza el proceso y lo hace menos costoso que un proceso controlado por el Estado. Un sistema bien diseñado amparará al otorgante y a todo tercero interesado en optimizar el producto de la venta de los bienes gravados y ofrecerá una vía eficiente para realizar el valor del bien gravado. Además, saber que cabe recurrir fácilmente a la vía judicial suele ser incentivo suficiente para que las partes cooperen razonablemente a fin de evitar que se recurra ante los tribunales.

22. En algunos Estados el acreedor garantizado no está obligado a recurrir a la vía judicial o a alguna otra autoridad pública para la ejecución, sino que podrá recurrir únicamente a alguna vía extrajudicial. Esos Estados suelen imponer ciertos requisitos de notificación del impago y de la intención de disponer del bien gravado, así como el deber de obrar de buena fe y con buen sentido comercial y de rendir cuentas al otorgante del producto de la enajenación. Además, no permiten al acreedor garantizado tomar posesión por vía extrajudicial de los bienes gravados si esa ejecución puede dar lugar a una alteración del orden público. La finalidad de esos requisitos es dar flexibilidad a los métodos de venta de los bienes gravados con miras a optimizar el producto de la venta, al tiempo que se protege al otorgante y a otros interesados contra todo acto del acreedor garantizado que no esté comercialmente justificado. En la presente Guía se recomienda que, a fin de agilizar la ejecución y obtener así el precio de venta más alto posible, los acreedores deberían tener la posibilidad de hacer valer sus garantías reales por una vía judicial o extrajudicial (véase A/CN.9/631, recomendación 136). En todo caso, en los Estados que permiten recurrir a una vía extrajudicial, siempre cabe recurrir a la vía judicial para velar por que se reconozca y atienda a toda demanda o excepción que interponga el otorgante o algún otro interesado con derechos sobre los bienes gravados (véase A/CN.9/631, recomendación 141).

23. Incluso los Estados que permiten al acreedor garantizado actuar sin intervención oficial, permiten también que éste obtenga la ejecución de su garantía real por la vía judicial. Además, puesto que una garantía se otorga para aumentar la probabilidad de que un acreedor reciba el pago de la obligación garantizada, la ejecutoriedad de la garantía real a raíz del incumplimiento no debería impedir que el acreedor garantizado trate de obtener el cumplimiento de la obligación garantizada por la vía judicial ordinaria (véase A/CN.9/631, recomendación 139). Por distintas razones, un acreedor garantizado podrá optar por una de esas opciones en vez de proceder a la ejecución extrajudicial. Por ejemplo, quizá desee evitar el riesgo de que se impugne su actuación ulteriormente, o tal vez haya llegado a la conclusión de que deberá acudir de todos modos ante los tribunales para reclamar toda diferencia eventual entre el valor del crédito garantizado y el valor de la liquidación. De hecho, muchos Estados alientan a los acreedores garantizados a que acudan a los tribunales, ofreciéndoles vías ejecutorias menos costosas y más rápidas. Por ejemplo, es posible que para ejecutar la garantía exijan únicamente la presentación de declaraciones juradas como prueba. También pueden prever que se celebre una vista que permita desestimar las impugnaciones y dictar una resolución en un plazo muy breve (por ejemplo, de 72 horas). Algunos Estados van más allá y habilitan a un acreedor garantizado que haya obtenido una sentencia favorable para disponer de los bienes gravados sin tener que seguir la vía oficial del embargo y la venta. Finalmente, la mayoría de Estados disponen que esos recursos son acumulativos. Un acreedor garantizado que decida entablar un proceso judicial podrá cambiar de opinión y optar ulteriormente por ejecutar su garantía real por alguna vía extrajudicial, en la medida en que el ejercicio de un derecho no haga imposible el ejercicio del otro derecho (véase A/CN.9/631, recomendación 138).

**g) Alcance de la ejecutoriedad de la garantía de un acreedor garantizado**

24. Un acreedor ordinario que haya obtenido una sentencia favorable podrá hacerla ejecutar sobre todos los bienes del deudor que sean embargables a tenor del derecho procesal. Entre esos bienes se encuentran, por lo general, todos sus derechos reales, sean del tipo que sean. Si el deudor tiene únicamente un derecho limitado sobre el bien, (por ejemplo, un usufructo), sólo podrá embargarse y venderse ese derecho limitado. Asimismo, si los derechos del deudor sobre los bienes están limitados por algún término o alguna condición, la ejecución contra esos bienes estará limitada de la misma manera. En la venta judicial, el comprador sólo podrá adquirir dicho bien sujeto a ese término o a esa condición.

25. A diferencia de lo que ocurre con la ejecución por las vía ordinaria de una sentencia, el ejercicio de una garantía real estará sujeta a una limitación adicional importante. Un acreedor garantizado sólo podrá disponer de los bienes gravados por su garantía real y no de todo el patrimonio del otorgante (aunque podrá, por supuesto, actuar como acreedor no garantizado para recuperar todo crédito que exceda del valor de la obligación garantizada). Aparte de esa limitación adicional, el ejercicio por la vía ejecutoria de una garantía real se regirá por principios parecidos a los de una ejecución judicial ordinaria. El acreedor garantizado sólo podrá ejecutar su garantía real en función de los derechos que el otorgante tenga sobre los bienes gravados. Así, por ejemplo, si el otorgante goza de una capacidad limitada para vender o disponer de otro modo de un bien gravado, o para arrendarlo o conceder alguna licencia sobre él, la ejecución del acreedor garantizado no podrá traspasar esas restricciones. Ello significa que si el otorgante posee bienes sujetos a una

licencia de marca, la garantía real sólo abarcará el derecho del otorgante sujeto a los términos ejecutables de la licencia de marca, y no dará al acreedor garantizado ningún derecho general a utilizar o disponer de la marca.

*[Nota para la Comisión: La Comisión tal vez desee examinar si procedería modificar el orden de las recomendaciones 128 a 141 para ceñirse mejor a la explicación proporcionada en los presentes comentarios.]*

### **3. Medios procesales previos a la ejecución y derechos del otorgante**

#### **a) Generalidades**

26. Los Estados deben establecer mecanismos procesales que permitan una ejecución efectiva y eficiente de su garantía por el acreedor garantizado, sin dejar, por ello, de amparar los derechos del otorgante y todo derecho que tenga algún tercero sobre los bienes gravados, tanto si el acreedor garantizado: a) debe comenzar por obtener una sentencia por la vía habitual y pedir a una autoridad pública que embargue los bienes gravados y los venda en subasta pública; como si b) dispone de una vía judicial sumaria para hacer reconocer el incumplimiento del deudor y poder así recabar de la autoridad competente el embargo y la venta de los bienes gravados; o si c) tiene incluso derecho a hacer ejecutar su garantía sin un proceso judicial. El objetivo de esos mecanismos procesales es amparar lo más equilibradamente posible todo derecho concurrente tras el incumplimiento pero antes de que el acreedor garantizado ejercite alguna medida ejecutoria. Por eso los Estados suelen prever que esos mecanismos se hayan de aplicar cualquiera que sea la vía ejecutoria que elija el acreedor garantizado. Es decir, que esos mecanismos se habrán de aplicar tanto si el acreedor garantizado hace embargar y vende personalmente los bienes gravados, destinando el producto de la venta al resarcimiento de la obligación pendiente, como si acepta el bien gravado en pago de la obligación garantizada o si toma posesión de una empresa y la explota para resarcirse así del incumplimiento de dicha obligación.

#### **b) Notificación de la intención de proceder a la ejecución extrajudicial**

27. Cuando un acreedor garantizado opta por ejecutar el acuerdo de garantía interponiendo ante los tribunales una demanda ordinaria contra el otorgante en relación con la obligación garantizada, el derecho procesal civil ordinario (así como sus reglas relativas a la notificación del impago y a la oportunidad de celebrar una vista para conocer del fondo del litigio), será aplicable tanto a las actuaciones judiciales en sí como al proceso ejecutorio abierto a raíz de la sentencia. Sin embargo, por lo general esas reglas sólo serán directamente aplicables en el marco de un procedimiento judicial formal. Por eso los Estados que permiten la ejecución extrajudicial suelen aplicarle un régimen especial. Ese régimen suele estar concebido para amparar los derechos de todos los afectados, sin menoscabar, por ello, la flexibilidad de la vía ejecutoria. Los Estados exigirán normalmente del acreedor garantizado que notifique su intención de disponer de los bienes gravados a toda persona que pueda verse afectada (por ejemplo, al deudor, a todo tercero que haya actuado como otorgante o a cualquier persona con algún derecho sobre los bienes gravados).

28. La necesidad reconocida de que se dé aviso de toda enajenación extrajudicial sitúa a los Estados frente a una decisión estratégica fundamental. En algunos Estados un acreedor garantizado deberá dar aviso previo de su intención de recurrir a la vía extrajudicial, incluso antes de adoptar medida alguna para hacerse con la posesión de los bienes gravados. Esto es, el acreedor deberá entregar al otorgante (y normalmente también a todo tercero con algún interés legítimo sobre los bienes gravados) una notificación por escrito en la que se especifiquen el incumplimiento alegado, los bienes gravados cuya posesión se reclame, el plazo en que el otorgante deberá remediar su incumplimiento o hacer entrega de los bienes (de 15 a 20 días, por lo general) y con frecuencia también la medida elegida por el acreedor para disponer de ellos. En otros Estados se permite retrasar el plazo para presentar la notificación y no se detalla tanto su contenido sustantivo. Por ejemplo, en esos Estados el acreedor garantizado no estará obligado a dar aviso previo de su intención de tomar posesión del bien gravado, sino que podrá hacerlo de inmediato, al tiempo que dé aviso formal al otorgante del incumplimiento. Pero una vez que haya tomado posesión del bien, lo habitual es que el acreedor garantizado no podrá disponer de él sin dar aviso previo (de unos 15 a 20 días, por lo general) al otorgante y a todo tercero interesado del modo y la manera en que se propone disponer de él si el otorgante no remedia el incumplimiento en el plazo indicado.

29. Los dos enfoques tienen sus ventajas y sus inconvenientes. La ventaja principal de un régimen que exija que el acreedor garantizado dé un aviso previo de su intención de hacer valer su garantía y tomar posesión de los bienes gravados es que alerta al otorgante de la necesidad de proteger sus derechos sobre los bienes gravados (el deudor siempre sabrá de su impago, pero un tercero que haya actuado como otorgante tal vez no). Tal vez estime, por ejemplo, procedente impugnar la ejecución, remediar el impago del deudor o buscar posibles compradores para los bienes gravados. El aviso dado a los demás interesados permitirá que éstos sigan de cerca la ejecución del bien gravado, traten de impugnarla o, si va en su interés, remedien el impago y, si es un acreedor garantizado con una garantía que goce de prelación (y el otorgante también ha incurrido en impago frente a él), participen en el proceso de ejecución o hacerse con el control de dicho proceso. Los inconvenientes de este aviso previo son los gastos que ocasiona, el hecho de que el acreedor garantizado quizá deba optar por la vía a seguir antes de inspeccionar de cerca los bienes gravados, la oportunidad que se da a un otorgante hostil para colocar los bienes gravados fuera del alcance del acreedor, y la posibilidad de que otros acreedores se apresuren a reivindicar sus derechos contra el negocio del otorgante e interfieran en el proceso de enajenación. Por otra parte, salvo que los requisitos de forma y de fondo de dicho aviso sean claros y sencillos, existe el riesgo de un incumplimiento “técnico” de esos requisitos que dé lugar a un litigio con sus inevitables costas y demoras.

30. La ventaja de un régimen que exija únicamente dar aviso previo de la enajenación extrajudicial de los bienes gravados es que ampara debidamente el derecho del acreedor garantizado a tomar posesión de los bienes gravados sin retrasos indebidos, amparado además, antes de la enajenación, los intereses del otorgante y de todo tercero con algún derecho sobre los bienes gravados. El inconveniente es que se notifica al otorgante la ejecución extrajudicial después de que el acreedor garantizado haya tomado posesión de los bienes gravados (y ese enfoque crea los problemas mencionados en el párrafo anterior).

31. Independientemente del enfoque que se adopte, los Estados también deben decidir qué otras notificaciones pueden exigirse cuando un acreedor garantizado trata de ejecutar su garantía real extrajudicialmente. Muchos Estados que exigen una notificación previa de la intención de disponer de los bienes gravados no exigen ni una notificación del incumplimiento ni una notificación posterior de la vía extrajudicial por la que se haya optado. Se supone que una sola notificación bastará a todos los efectos. Otros Estados que permiten notificar el método elegido para la ejecución extrajudicial después de que el acreedor obtenga la posesión de los bienes gravados, exigen aún así una notificación formal del incumplimiento previa a la toma de posesión. Dado que el objetivo y los contenidos de la notificación, previa a la toma de posesión, de la intención de ejecutar la garantía real, y los de la notificación, posterior a la toma de posesión, de la vía extrajudicial elegida, cumplen la misma función, los Estados que optan por la primera no exigen la segunda. Para amparar los intereses de todos los afectados, la presente Guía recomienda que el acreedor garantizado pueda tomar posesión de los bienes gravados sin recurrir a un tribunal, siempre y cuando el otorgante haya aceptado la ejecución extrajudicial en el acuerdo de garantía, no ponga ningún reparo cuando el acreedor garantizado trate de obtener la posesión del bien gravado y el acreedor garantizado le haya notificado el incumplimiento y su intención de obtener la posesión sin recurrir a un tribunal (véase A/CN.9/631, recomendación 143).

32. Al igual que en otras situaciones en que se exige una notificación, los Estados suelen especificar con gran detalle el contenido mínimo de la notificación, el modo en que haya de darse, los destinatarios y el momento de darla. Muchos Estados distinguen entre la notificación al deudor, la notificación a un otorgante que no sea el deudor, la notificación a otros acreedores y la notificación a las autoridades públicas o al público en general. Tal vez resulte demasiado costoso para el acreedor exigirle que dé aviso previo y por escrito a otras personas, además del deudor, del otorgante y de todo otro acreedor garantizado del que se tenga noticia (por haber inscrito en el registro un aviso de su garantía o haberla notificado de otro modo al acreedor garantizado que se proponga disponer de los bienes gravados). Algunos Estados establecen que sólo será necesario dar aviso al otorgante y a todo otro acreedor garantizado que haya inscrito su garantía, pero que dicho aviso deberá ser inscrito a fin de que el encargado del registro lo haga llegar a todo el que inscriba una garantía sobre los bienes gravados.

33. Los Estados también adoptan enfoques diferentes en cuanto al contenido mínimo del aviso o la notificación. Al igual que para la determinación del momento y los destinatarios del aviso, se deberán analizar los costos y los beneficios a la hora de decidir qué información deberá incluirse. Por ejemplo, quizá se exija anotar el cálculo, efectuado por el acreedor garantizado, de la suma que se le debe a raíz del incumplimiento. También cabe exigir que se aconseje al deudor o al otorgante acerca de los pasos que proceda dar para resarcir íntegramente la obligación garantizada o, si existe ese derecho, para remediar el impago. Además, algunos Estados prevén un aviso menos detallado para todo interesado que no sea el propio deudor o al otorgante. Ahora bien, si se ha de dar un aviso antes de tomar posesión del bien gravado, los Estados suelen exigir al acreedor garantizado que proporcione más información. Pero, si el aviso puede darse después de haberse tomado posesión del bien gravado, lo habitual es que el acreedor garantizado sólo haya de facilitar datos básicos acerca de la fecha, la hora, la ubicación y el tipo de enajenación que

haya previsto, así como el plazo de que dispondrá el otorgante o todo otro interesado para impugnar la medida ejecutoria o remediar el incumplimiento.

34. Existen diversos enfoques para conciliar equitativamente la necesidad de que la notificación transmita a los interesados información suficiente para seleccionar la mejor manera de proteger sus derechos, y la necesidad de que la ejecución sea rápida y económica. Algunos Estados imponen requisitos severos a los acreedores garantizados en cuanto al momento de dar el aviso y en cuanto a su contenido. Otros imponen tan sólo requisitos mínimos. La presente Guía recomienda que se haya de dar aviso antes de que el acreedor garantizado proceda a la ejecución (véase A/CN.9/631, recomendación 145) y que se prevea además que ese aviso habrá de darse de forma puntual, eficiente, y fiable (véase A/CN.9/631, recomendación 146), pero dejando un margen flexible a los Estados para definir cómo deberá darse ese aviso y su contenido concreto (véase A/CN.9/631, recomendación 147).

**c) Liberar los bienes gravados y subsanar el incumplimiento de la obligación garantizada**

35. Una vez denunciado un incumplimiento, el deudor, el tercero que actúe como otorgante y todo otro tercero interesado a menudo intentarán refinanciar la obligación garantizada o subsanar de algún otro modo el incumplimiento. En esos casos los Estados deberán decidir qué derechos podrán ejercitar las diversas partes y el plazo para hacerlo. Habitualmente los otorgantes y los terceros dispondrán de dos tipos de derechos: liberar los bienes gravados y subsanar el incumplimiento de la obligación garantizada.

36. La liberación pone fin a la operación garantizada al ser pagada íntegramente la obligación del otorgante. Dado que el objetivo de la vía ejecutoria es habilitar al acreedor para cobrar lo que se le deba, los Estados suelen ser bastante flexibles al decidir cuáles son las partes con derecho a pagar la obligación garantizada. Por ejemplo, la mayoría de los Estados permiten que un otorgante, que haya incumplido su obligación, levante el gravamen antes de que el acreedor garantizado disponga definitivamente de los bienes gravados, pagando la suma pendiente de la obligación garantizada, junto con los intereses y las costas de la ejecución en los que se haya incurrido hasta el momento del pago. Los Estados suelen también permitir que cualquier tercero interesado (por ejemplo, un acreedor con rango de prelación inferior al del acreedor ejecutante o un comprador que haya adquirido los bienes sujetos a la garantía real) ejerza el derecho de resarcir la deuda, si el otorgante no lo hace.

37. Además, los Estados suelen dar amplio margen en cuanto al plazo en el que pueda saldarse la deuda. Al acreedor garantizado le interesa cobrar. Siempre y cuando se paguen el principal, los intereses y las costas de la ejecución antes de que resulten afectados los derechos de algún tercero, no hay motivo para insistir en una enajenación del bien gravado. Es decir, quienquiera que desee ejercer este derecho podrá hacerlo en tanto que: a) no se haya enajenado el bien gravado o el acreedor garantizado no haya percibido el precio de su venta; b) el acreedor garantizado no haya concluido un acuerdo de enajenación del bien gravado, o c) el acreedor garantizado no haya aceptado el bien gravado a título de pago total o parcial de la obligación garantizada. Hasta entonces, la obligación garantizada será íntegramente resarcible, quedando así los bienes gravados exentos de toda carga. Por las mismas razones (es decir, al reconocer que el principal interés del acreedor es cobrar, y el

del otorgante, no perder sus bienes), la presente Guía recomienda que se permita efectuar el pago liberatorio de los bienes gravados hasta que algún tercero adquiriera derecho sobre dichos bienes o el acreedor garantizado los haya aceptado en pago de la obligación garantizada (véase A/CN.9/631, recomendación 140).

38. Subsanan la obligación garantizada es bastante distinto que liberar los bienes gravados y suele ser de alcance más restringido. Subsanan la obligación garantizada significa rectificar el incumplimiento en cuanto tal (o sea, pagar los plazos incumplidos, junto con los intereses acumulados y las costas de la vía ejecutoria en que ya se haya incurrido), pero por lo demás, no afectará ni al deber que tenga el otorgante de seguir cumpliendo su obligación, ni a la garantía real. Una obligación subsanada seguirá siendo exigible y eventualmente ejecutable conforme a lo acordado entre las partes y seguirá estando garantizada por los bienes gravados hasta que sea íntegramente cumplida.

39. Los Estados enfocan el derecho a subsanar el incumplimiento incurrido de manera bastante diversa. Algunos no contemplan en sus legislaciones el derecho a subsanar la obligación incumplida, pero permiten a las partes incluirlo en su acuerdo de garantía. Otros muchos, en cambio, contemplan ese derecho pero limitan su ejercicio al otorgante. Finalmente, algunos Estados permiten a cualquier interesado resarcir algún incumplimiento, restableciendo así la obligación garantizada. Siempre que se permita ese restablecimiento de la obligación garantizada, toda parte habilitada para ejercer ese derecho podrá hacerlo hasta el mismo momento en que las partes habilitadas para liberar los bienes gravados pierdan su oportunidad de hacerlo. Puesto que subsanar un incumplimiento mantiene la obligación garantizada en lugar de extinguirla, es posible que el otorgante vuelva a incurrir en impago en el futuro. A fin de evitar una serie de impagos seguidos de subsanación estratégica, los Estados suelen limitar el número de veces que podrá subsanarse una obligación garantizada tras un impago.

*[Nota para la Comisión: La Comisión tal vez desee considerar la posibilidad de insertar una recomendación relativa al derecho del otorgante de subsanar el impago y restablecer la obligación garantizada.]*

**d) Autorización dada al otorgante para efectuar la venta**

40. Tras el incumplimiento, el acreedor garantizado deseará que se venda el bien gravado por el precio más alto posible. A menudo, el otorgante conocerá mejor el mercado de esos bienes que el acreedor garantizado. Por ello los acreedores garantizados acostumbran a permitir al otorgante que enajene los bienes gravados incluso después del inicio de la ejecución. En la mayoría de esos casos las partes acuerdan que toda suma recibida de la enajenación se pagará al acreedor garantizado igual que si el pago fuera resultado del procedimiento de ejecución. Esos acuerdos tienen consecuencias para terceros que puedan tener también derechos sobre los bienes gravados o sobre el producto de su enajenación. Por ello algunos Estados disponen explícitamente que cuando un acreedor garantizado que ha iniciado el proceso de ejecución da al otorgante un plazo limitado tras el impago para disponer de los bienes gravados, el producto de la venta se tratará a todos los efectos como si se hubiera obtenido de una enajenación resultante de la ejecución. Algunos Estados van más allá e incluso prohíben al acreedor garantizado que intente tramitar la enajenación de los bienes gravados durante un corto período de tiempo posterior al impago. Otros Estados tratan de lograr el objetivo de que se obtenga la suma más

alta posible con la enajenación, ofreciendo incentivos al otorgante para que señale posibles compradores a la atención del acreedor garantizado. En todo caso, el objetivo será estructurar el régimen ejecutorio de manera que incentive al otorgante a cooperar con el acreedor garantizado en la enajenación de los bienes gravados, a fin de obtener el mayor precio posible.

#### **4. Ejecución extrajudicial de los derechos del acreedor garantizado**

##### **a) Generalidades**

41. Cuando un acreedor garantizado decide hacer ejecutar su acuerdo de garantía por la vía judicial, una vez dictada la sentencia serán aplicables las reglas habituales de procedimiento civil relativas a la vía ejecutoria a raíz de una sentencia. Ello significa que generalmente los funcionarios públicos o la autoridad competente o sus agentes (alguaciles, otros ejecutores de la justicia, notarios o agentes de la policía) tomarán posesión de los bienes gravados y los pondrán a la venta. Cuando un acreedor garantizado ha tomado las medidas necesarias para pasar a la vía ejecutoria y decide hacer valer sus derechos sin recurrir a los tribunales, el proceso es ligeramente distinto. Al no intervenir ninguna autoridad pública, el acreedor garantizado deberá normalmente hacerse con la posesión o el control del bien gravado para proceder a la ejecución. Los Estados han enfocado de maneras diversas el derecho del acreedor garantizado a obtener la posesión y el control directo de los bienes (en lugar de ponerlos en manos de un alguacil) y, caso de haberlo permitido, han previsto el procedimiento que habrá de seguirse.

##### **b) Sustraer los bienes gravados al control del otorgante**

42. Antes del incumplimiento, el otorgante suele estar en posesión de los bienes gravados, pero en ocasiones ya le habrá entregado la posesión al acreedor garantizado, en el momento en que validaron la garantía real entre ellos (véase A/CN.9/631, recomendación 14) o después, para hacerla oponible a terceros (véase A/CN.9/631, recomendación 38), o bien en respuesta a una solicitud recibida del acreedor, previa a todo incumplimiento, para obtener el control de los bienes. En otras ocasiones los bienes gravados pueden estar en posesión o bajo el control de un tercero que esté actuando para el acreedor garantizado o bajo su dirección. En ambos casos, muchos Estados no exigen que el acreedor garantizado tome ninguna otra medida para iniciar la ejecución. Es decir, que el acreedor no tendrá que notificar formalmente al otorgante el incumplimiento, sino que bastará con que le notifique su intención de disponer de los bienes gravados, una vez que haya decidido la vía que piensa seguir. Otros Estados, en cambio, exigen al acreedor que esté ya en posesión de los bienes gravados que informe al otorgante del incumplimiento y de su intención de iniciar la vía ejecutoria. Esos Estados también suelen considerar que, al producirse un incumplimiento, finaliza todo acuerdo en virtud del cual el acreedor que esté en posesión de los bienes gravados pueda hacer uso de ellos.

43. Si el acreedor no está en posesión de los bienes gravados, debe tomar toda medida que proceda para obtenerlos del otorgante o para informar al tercero en cuyo poder los haya puesto el otorgante de que la garantía real ha pasado a ser ejercitable. Los Estados que prevén la vía extrajudicial suelen también prever que, cuando un otorgante incurra en incumplimiento, el acreedor garantizado dispondrá de un derecho automático a la posesión del bien gravado. Es decir, no exigen que, en

espera de que se dé curso a la vía extrajudicial, los bienes sean puestos bajo el control de alguna autoridad pública. Se parte de la idea que habilitar al acreedor garantizado para decidir sobre la posesión y el control de los bienes gravados, tras el incumplimiento, hará que resulte más flexible la realización de su valor y reducirá el costo del mantenimiento de los bienes en espera de su enajenación. En ese mismo razonamiento se basa la recomendación de la presente Guía, en la que se indica que el acreedor, al producirse un incumplimiento, adquiere automáticamente derecho a la posesión del bien gravado (véase A/CN.9/631, recomendación 142).

44. El derecho de posesión del acreedor garantizado conlleva el derecho a decidir exactamente cómo deberá ejercerse esa posesión. En algunos casos el acreedor garantizado tomará él mismo posesión de los bienes gravados por su garantía, pero en muchos otros casos pondrá esos bienes en manos de un tribunal o de un órgano designado por ese tribunal o por alguna otra autoridad competente. Lo más usual es que nombre a un tercero para que actúe como depositario y le confíe los bienes, o, si se trata de una operación de manufactura, que nombre a un gestor para que entre en las instalaciones del otorgante y asuma el control de los bienes gravados. Si los bienes ya están en manos de un tercero que no actúa en nombre del acreedor garantizado pero a quien se ha informado previamente del acuerdo de garantía, el acreedor garantizado podrá simplemente notificar que el acuerdo ha pasado a ser ejecutorio y que el otorgante ya no tiene derecho ni a retener la posesión de los bienes gravados, ni a controlarlos o disponer de ellos.

45. Los Estados suelen considerar que la toma de posesión de los bienes gravados constituye un paso importante del proceso ejecutorio e imponen requisitos procesales específicos a los acreedores que la solicitan. Es decir, si bien el acreedor garantizado adquiere automáticamente derecho a tomar posesión de los bienes gravados, el modo de hacerlo está reglamentado. En general los Estados suelen señalar una de las tres vías procesales siguientes que los acreedores garantizados deberán seguir para sustraer los bienes gravados al control del otorgante. En algunos Estados el acreedor garantizado sólo podrá obtener la posesión en virtud de una orden judicial emitida a instancia del acreedor o, más frecuentemente, tras haber escuchado también al otorgante. En otros Estados no hace falta una orden judicial, pero es necesario que el otorgante haya autorizado al acreedor, en el acuerdo de garantía, a obtener por vía extrajudicial la posesión de los bienes gravados, y el acreedor deberá notificar al otorgante por adelantado (normalmente, con 10 ó 20 días de antelación) su intención de reclamar la posesión de los bienes y de ejercitar su garantía. Finalmente, en algunos Estados el acreedor tiene derecho a exigir la entrega de los bienes y tomar posesión de ellos sin recurrir a un tribunal y sin notificar por adelantado al otorgante su intención, siempre que el otorgante lo haya autorizado en el acuerdo de garantía. No obstante, incluso en esos Estados el acreedor no dispondrá de un derecho absoluto a hacerse con la posesión de los bienes extrajudicialmente. Siempre existe la posibilidad de que el acreedor abuse de su derecho amenazando al otorgante, intimidándolo, alterando el orden o reclamando los bienes gravados de manera fraudulenta. Por tanto, la mayoría de esos Estados condicionan toda actuación del acreedor destinada a hacerse con la posesión de los bienes a que éste no altere el orden público. Si el otorgante se resiste, se necesitará una orden judicial para tomar posesión de los bienes. Los Estados que permiten al acreedor tomar posesión de los bienes por vía extrajudicial notificándolo con unos 10 ó 20 días de antelación también suelen adoptar ese enfoque, y exigen que se obtenga una orden judicial si existe el peligro de que se produzca una alteración del

orden cuando el acreedor intente tomar posesión de los bienes, por haber vencido el plazo.

46. En los Estados que imponen a los acreedores garantizados el requisito de la notificación como condición previa para obtener la posesión del bien, siempre existe el riesgo de que el otorgante que haya incurrido en incumplimiento trate de ocultar o de transferir el bien gravado antes de que el acreedor garantizado pueda hacerse con el control. También puede ocurrir que se haga un uso indebido de los bienes, o que, por falta de vigilancia o de diligencia comercial, los bienes sean dispersados o pierdan valor rápidamente. Para impedir esas posibilidades, la mayoría de Estados prevén que los acreedores garantizados puedan obtener una actuación sumarial de un tribunal o de alguna otra autoridad competente. Además, en el supuesto de que los bienes gravados corran el riesgo de depreciarse rápidamente, muchos Estados permiten que, aun cuando exista algún requisito de notificación por adelantado, el tribunal ordene la venta inmediata de esos bienes perecederos.

47. Las formalidades que se le exijan a un acreedor garantizado para obtener la posesión de los bienes dependerán del equilibrio que los Estados deseen lograr entre la protección de los derechos de los otorgantes y la eficiencia y economía de la ejecución. Ello también dependerá de que se considere o no probable que los acreedores garantizados abusarán en la práctica de sus derechos o que los otorgantes en posesión de los bienes se mostrarán reacios a colaborar. A fin de disminuir el costo de la ejecución y reducir al máximo el riesgo de que se haga un uso indebido de los bienes o de que éstos pierdan su valor, la presente Guía recomienda que se autorice al acreedor garantizado a obtener la posesión de un bien gravado por vía extrajudicial, pero únicamente si el otorgante ha dado su consentimiento en el acuerdo de garantía, se le ha notificado la intención de obtener la posesión del bien gravado, y no pone ningún reparo en el momento en que se pretende obtener la posesión del bien gravado (véase A/CN.9/631, recomendación 143). Además, para maximizar el valor realizable de la garantía, cuando los bienes sean perecederos o sea probable que mermará su valor entre el momento de darse el aviso y el momento en que el acreedor obtenga de hecho su posesión, la presente Guía recomienda que, siempre que el otorgante haya autorizado, en el acuerdo de garantía, la posesión obtenida por vía extrajudicial y no ponga reparos cuando se intente obtener la posesión, no será preciso notificar la intención del acreedor de tomar posesión de los bienes y disponer de ellos (véase A/CN.9/631, recomendación 145).

**c) Venta u otro tipo de enajenación de los bienes gravados**

48. Dado que una garantía real da derecho al acreedor garantizado a destinar el producto de la venta de los bienes gravados al resarcimiento de la obligación garantizada, los Estados suelen reglamentar con cierto detalle los procedimientos por los que el acreedor garantizado podrá embargar esos bienes y disponer de ellos. Se exigirán requisitos más o menos formales. Por ejemplo, incluso cuando se permita la ejecución por vía extrajudicial, algunos Estados exigirán que se siga el mismo procedimiento que el exigible para la ejecución de una sentencia judicial. Otros Estados exigen a los acreedores garantizados que obtengan, antes de actuar, una aprobación judicial del modo en que se proponen enajenar los bienes. Y otros Estados permiten al acreedor garantizado controlar la enajenación, pero prescriben que se siga algún procedimiento uniforme (por ejemplo, el régimen de la subasta pública o el de una convocatoria a licitación). En algunas ocasiones los Estados

exigen que el acreedor garantizado obtenga el consentimiento del otorgante en lo referente al modo de enajenación. Finalmente, algunos Estados dan al acreedor garantizado una discreción amplia e unilateral para elegir el modo de enajenación de los bienes, siempre y cuando éste respete ciertas normas generales de conducta (es decir, la buena fe y el buen sentido comercial); de lo contrario, el acreedor sería responsable por daños y perjuicios.

49. Con mucha frecuencia las garantías procesales con que los Estados controlan las acciones de los acreedores garantizados hacen referencia a los datos que han de incluirse en la notificación que se debe entregar al otorgante y a los terceros con algún derecho sobre los bienes gravados. En principio deberían requerirse los mismos datos tanto si los Estados optan por exigir una notificación previa a la toma de posesión como si deciden exigirla después de la toma de posesión de los bienes gravados. Así, por ejemplo, los Estados suelen requerir a los acreedores que indiquen el medio por el que anunciarán la enajenación prevista; la fecha, la hora y el lugar donde se celebrará la venta; si la venta será por subasta pública o por licitación; si los bienes se venderán individualmente, por lotes o todos juntos, y si la enajenación incluye arrendamientos, licencias o permisos asociados, según proceda. El objetivo debería ser obtener la suma más alta posible por los bienes gravados sin poner en peligro las reclamaciones y excepciones legítimas del otorgante y de los terceros. Eso explica por qué incluso los Estados que acostumbran a exigir notificaciones detalladas, no las exigen cuando los bienes gravados van a venderse en un mercado público reconocido. En esos casos, el mercado fija el valor de los bienes y no se puede obtener un precio más alto optando por algún otro modo de venta y notificándolo (véase A/CN.9/631, recomendación 145).

50. Como la enajenación extrajudicial de los bienes gravados tiene la misma finalidad que una venta supervisada por un tribunal, la mayoría de los Estados no sólo imponen reglas relativamente detalladas en cuanto al contenido de la notificación y al tiempo que debe transcurrir antes de que se pueda efectuar la venta, sino que además permiten que los interesados presenten objeciones a la fecha y al modo de la enajenación previstas. Se suele disponer de procedimientos sumarios especiales para exponer y tramitar las objeciones rápidamente (véase A/CN.9/631, recomendaciones 137 y 141). Por regla general, cuanto mayor sea la libertad del acreedor ejecutante para elegir el momento y el modo de disponer de los bienes, la ejecución resultará menos costosa y más rápida, y el producto reportado por la venta será más alto. Por esas razones, la presente Guía recomienda que se dé amplia autonomía a los acreedores garantizados y que respecto de la notificación que se ha de dar para alertar a los interesados de la ejecución a fin de que puedan proteger sus intereses, si así lo desean, se les exija que consignen únicamente un mínimo de datos básicos (véase A/CN.9/631, recomendaciones 146 y 147).

**d) Aceptación de los bienes gravados a título de resarcimiento de la obligación garantizada**

51. La razón de ser de una garantía real es habilitar al acreedor garantizado para realizar el valor del bien gravado y destinar la suma percibida al resarcimiento de la obligación del otorgante. Por ello en muchos Estados el único recurso de un acreedor cuando se produce un incumplimiento es hacer embargar los bienes gravados y venderlos. En la mayoría de Estados que limitan de esa manera los recursos extrajudiciales del acreedor garantizado, esa limitación se aplica incluso

cuando el acreedor está en posesión de los bienes gravados en virtud de un acuerdo pignoraticio. Es decir, que en esos Estados las partes no pueden acordar por adelantado que, si el otorgante incurre en incumplimiento, el acreedor garantizado podrá quedarse con los bienes gravados en satisfacción de la obligación garantizada. Del mismo modo, en muchos de esos Estados, el acreedor garantizado no podrá tomar posesión de los bienes gravados a raíz de un incumplimiento. Además, incluso si después de un incumplimiento el otorgante y el acreedor garantizado acuerdan que el acreedor garantizado podrá quedarse con los bienes gravados, en esos mismos Estados ese arreglo se considerará un pago contractual y no afectará a los derechos de alguna otra parte que disponga de alguna garantía sobre los bienes gravados.

52. En cambio, en muchos otros Estados el acreedor garantizado tendrá derecho a proponer al otorgante su aceptación de los bienes gravados a título de satisfacción total o parcial de la obligación garantizada. En los casos en que los acreedores garantizados dispongan de ese recurso, los Estados suelen establecer que todo acuerdo que confiera automáticamente la propiedad de los bienes gravados al acreedor garantizado a raíz de un incumplimiento no será ejecutorio si el acuerdo se celebró antes del incumplimiento. No obstante, ese acuerdo sí será ejecutorio si se celebra después del incumplimiento y si se respeta todo procedimiento que esté destinado a evitar abusos por parte del acreedor. Esos Estados también establecen que todo acuerdo contractual entre el otorgante y el acreedor garantizado celebrado después del incumplimiento es ejecutable, pero sólo a título de pago contractual que no será oponible a ningún tercero con derechos reales sobre los bienes gravados.

53. Si un Estado permite explícitamente que el acreedor acepte los bienes gravados a título de pago de la obligación garantizada a raíz de un incumplimiento, siempre que se respete el procedimiento requerido, el otorgante no estará, sin embargo, obligado a aceptar la oferta que le haga, al respecto, el acreedor garantizado. Podrá rechazarla, y como consecuencia, el acreedor garantizado deberá optar por algún otro derecho ejercitable. La ventaja de permitir esos tipos de acuerdos posteriores al incumplimiento es que a menudo se puede lograr una ejecución más eficiente y menos costosa de la garantía. El inconveniente es el riesgo de abuso por parte del acreedor garantizado cuando: a) los bienes gravados sean de más valor que la obligación garantizada; b) el acreedor garantizado disponga, incluso después del incumplimiento, de algún poder inusual sobre el otorgante, o c) el acreedor garantizado y el otorgante lleguen a un arreglo que perjudique indebidamente a los derechos de algún tercero con una garantía concurrente sobre los bienes gravados.

54. A fin de evitar una posible conducta abusiva o colusoria del acreedor garantizado con el otorgante, algunos Estados exigen no sólo que el otorgante consienta la aceptación por parte del acreedor garantizado, sino también que ello se notifique a todo tercero con alguna garantía sobre los bienes gravados. Esos terceros podrán entonces hacer valer toda objeción alegable contra el acuerdo propuesto y podrán exigir al acreedor garantizado que realice el valor en garantía del bien gravado mediante su venta. Además, algunos Estados exigen, en ciertos casos, que se obtenga el visto bueno de un tribunal, como cuando el otorgante ha pagado una parte considerable de la obligación garantizada y el valor de los bienes gravados es muy superior a la obligación pendiente. Finalmente, algunos Estados exigen que un acreedor garantizado que tenga la intención de aceptar los bienes gravados a título

de pago de la obligación garantizada presente previamente una tasación oficial e independiente del valor de esos bienes.

55. Para determinar si procede que un Estado imponga uno o más de esos requisitos, y especialmente el requisito de una intervención previa del foro competente, deberán evaluarse las ventajas e inconvenientes de cada requisito. En línea con el objetivo general de proporcionar la máxima flexibilidad para poder realizar, en su momento, el valor en garantía más alto posible del bien gravado, la presente Guía recomienda que tanto el acreedor garantizado como el otorgante, puedan proponer al otro que los bienes sean tomados a título de pago de la obligación garantizada (véase A/CN.9/631, recomendaciones 148 y 151). Por ello mismo, a fin de que todas las partes sean conscientes de las implicaciones eventuales de la propuesta, la presente Guía recomienda que se notifique debidamente al otorgante y a todo tercero interesado la intención del acreedor garantizado de aceptar los bienes a título de pago, y que en esa notificación se indiquen, además de los bienes gravados que se aceptarán en pago, la suma adeudada al darse la notificación, el importe de esa obligación que se dará por saldado al aceptarse el bien gravado, y un plazo relativamente breve tras el cual se considerará que se ha aceptado la propuesta (véase A/CN.9/631, recomendación 149). Se supone que requerir al acreedor garantizado que indique su propia valoración de los bienes gravados resultará más eficiente y menos costoso que facilitar a los interesados una tasación independiente. También se supone que, una vez informados de la propuesta del acreedor garantizado, el otorgante o los terceros estarán en situación de evaluar su razonabilidad. Por ello la presente Guía también recomienda que el otorgante o los terceros que deseen hacer valer alguna objeción tengan derecho a exigir que el acreedor garantizado renuncie a esa medida y proceda, en su lugar, a la enajenación de los bienes (véase A/CN.9/631, recomendación 150).

**e) Gestión y venta de un negocio**

56. Muchas veces un acreedor garantizado tiene una garantía no sólo sobre determinados bienes de un otorgante, sino sobre la mayor parte o la totalidad de los bienes de una empresa. En esos casos, con frecuencia cabrá obtener el valor de realización más alto si se vende esa empresa como negocio en marcha, y para poder hacerlo de modo eficiente, el acreedor garantizado deberá, por lo general, poder disponer de todos sus bienes, incluidos los inmuebles. Además, los Estados acostumbran, en esos casos, a exigir medidas de notificación especiales y reglamentan con mayor rigor las condiciones para la venta de la empresa como negocio en marcha.

57. Otras veces sucede que, al irse a ejecutar una garantía, no interesa ni al otorgante ni al acreedor garantizado enajenar inmediatamente todos los bienes de una empresa, ni haciéndolo por categorías (por ejemplo, existencias, bienes de equipo y licencias), ni vendiendo la empresa en su conjunto. Por esa razón muchos Estados permiten que los acreedores garantizados se hagan cargo del negocio y gestionen la empresa durante cierto plazo a raíz del incumplimiento. A menudo esos Estados exigen que el aviso de ejecución indique expresamente que el acreedor, al tomar posesión de los bienes gravados, obra con la intención de cerrar gradualmente el negocio de la empresa. Ello es de particular importancia para los demás acreedores que, de lo contrario, tal vez no sabrían que se está procediendo a su

liquidación. Algunos Estados han previsto también procedimientos especiales para nombrar al gestor, administrar el negocio, informar a los proveedores de los derechos del acreedor garantizado y dar a conocer a los clientes que lo que parece una venta ordinaria del negocio, forma parte en realidad de un proceso ejecutorio.

58. Una vez liquidadas las existencias, el acreedor garantizado suele proceder a ejercitar algún otro derecho. En esos casos, la mayoría de los Estados le exigen que notifique al otorgante y a toda persona con algún derecho sobre los bienes restantes (suele tratarse de bienes de equipo, bienes arrendados, licencias y el resto de las existencias) que se propone ejercitar algún derecho, por ejemplo, a aceptar los bienes a título de pago o, más frecuentemente, a venderlos. Una vez dado el aviso, deberá seguirse la vía ejecutoria habitual de ese derecho.

*[Nota para la Comisión: La Comisión tal vez desee considerar la posibilidad de insertar aquí una recomendación relativa al derecho del acreedor garantizado de asumir la gestión de una empresa y de vender sus bienes a medida que vaya cerrando el negocio.]*

#### **f) Derechos ejercitables a título acumulativo**

59. A veces ocurrirá que, para enajenar por completo todos los bienes gravados, el acreedor tendrá que ejercitar más de un derecho. Como se ha indicado, ello suele suceder cuando un acreedor garantizado liquida una empresa. Pero ello puede deberse, por ejemplo, a que el valor en garantía de las existencias se pueda realizar mejor mediante una venta, mientras que el valor en garantía de los bienes de equipo se pueda realizar mejor si el acreedor garantizado acepta dichos bienes a título de pago de la obligación garantizada. Además, habrá ocasiones en que un acreedor garantizado crea que un recurso será el más adecuado, y luego descubre que con otro se obtendrá un valor de realización mayor. Por ello la mayoría de los Estados establecen que los derechos ejercitables por un acreedor garantizado son acumulativos. Es decir, el acreedor ejecutante tendrá no sólo la posibilidad de elegir el derecho que ejercerá, sino también la posibilidad de ejercitar más de uno, simultánea o sucesivamente. Podrá incluso recurrir simultáneamente a la vía judicial y a la extrajudicial. Sólo cuando el ejercicio de un derecho (por ejemplo, a recuperar la posesión de un bien gravado y enajenarlo) haga imposible ejercitar otro (por ejemplo, a aceptar un bien gravado en resarcimiento de la obligación garantizada) es cuando el acreedor se verá privado de ese ejercicio acumulativo de sus derechos. La Guía vuelve a adoptar aquí la estrategia según la cual maximizar la flexibilidad de la vía ejecutoria maximizará probablemente el valor realizable por los bienes gravados, por lo que recomienda que se permita a los acreedores garantizados acumular sus derechos ejercitables por la vía judicial y la extrajudicial (véase A/CN.9/631, recomendación 138).

60. Una garantía real se otorga para elevar la probabilidad de que un acreedor cobre la obligación garantizada. Los diversos derechos ejercitables a raíz del incumplimiento, y especialmente los ejercitables por la vía extrajudicial, están pensados para lograr dicho objetivo. Algunos Estados no permiten a los acreedores garantizados acumular sus derechos ejercitables sobre los bienes gravados a los dimanantes de la obligación garantizada. Se parte de la idea de que esos recursos extrajudiciales son un favor otorgado al acreedor garantizado y que, por tanto, éste deberá elegir entre hacer valer su garantía real o interponer una demanda judicial para hacer valer la obligación garantizada. Otros Estados permiten que el acreedor

garantizado acumule tanto sus derechos ejercitables por la vía extrajudicial como su derecho a hacer valer, en el marco del derecho de los contratos, la obligación incumplida. Además, permiten que ambos procesos se entablen simultáneamente, o uno tras el otro, sin importar el orden. Exigir a un acreedor garantizado que opte, al inicio de la ejecución, por una u otra vía, complicará la ejecución y aumentará su costo, porque el acreedor tendrá que calcular el riesgo de que quede algún resto por saldar. Si llega a esa conclusión, estará obligado a interponer una demanda para ejecutar la obligación y hacer valer su prelación únicamente en el momento en que, como parte de la ejecución, se produzca una venta judicial. Es un proceso más lento, más costoso y con el que normalmente se obtendrá un valor menor en el momento de la venta. A fin de maximizar el valor realizable, la presente Guía recomienda que se permita que el acreedor garantizado acumule los derechos ejercitables para hacer valer su garantía por la vía extrajudicial y para hacer valer la obligación garantizada por la vía judicial, con la única reserva de que en ningún caso reclame más de lo que se le debe (véase A/CN.9/631, recomendación 139).

## **5. Efectos de la ejecución**

### **a) El otorgante, el acreedor garantizado y los terceros**

61. Para que el régimen de la ejecución sea lo más rápido posible, los Estados suelen promulgar reglas detalladas que determinan el efecto del proceso ejecutorio sobre la relación entre el otorgante y el acreedor garantizado, así como sobre los derechos de toda persona que compre los bienes gravados en una venta ejecutoria y sobre el derecho de todo otro acreedor garantizado a percibir el producto de la venta de los bienes gravados. El principal objetivo de un proceso ejecutorio es, por supuesto, reportar valor que el acreedor garantizado pueda destinar a saldar la obligación garantizada pendiente. Lo más frecuente es que el acreedor garantizado obtenga ese valor vendiendo los bienes gravados y quedándose con el producto de la venta. De quedar algún excedente, el acreedor garantizado deberá entregárselo al otorgante o a cualquier otra persona que tenga derecho a ello. Además, como se ha indicado más arriba, de no haberse saldado toda la deuda, la mayoría de los Estados establecen que el acreedor garantizado dispondrá de un derecho contractual ordinario a demandar al otorgante por esa suma pendiente, si bien a título de acreedor no garantizado. Más abajo se describe cómo suele asignarse el producto distribuible en esos casos (párrs. 67 y 68).

62. No obstante, como ya se ha dicho, a veces el acreedor garantizado tomará el bien gravado en pago de la obligación garantizada. No todos los Estados reglamentan de igual modo el ejercicio de este derecho. Muchos han previsto que el acreedor que acepte el bien en pago podrá conservarlo, aun cuando su valor exceda de la deuda pendiente por concepto de la obligación garantizada. Es decir, que a diferencia de lo que ocurre con la venta, el acreedor garantizado podrá quedarse con el excedente. Muchos de esos Estados prevén igualmente que el acreedor garantizado que acepte el bien en pago de la obligación no dispondrá de recurso alguno para reclamar toda deuda aún pendiente del otorgante. Se considera que esa aceptación equivale a un pago completo y que, por tanto, extingue la obligación garantizada. En cambio, otros Estados permiten a los acreedores que hayan aceptado los bienes gravados en pago de la obligación garantizada que reclamen al otorgante todo saldo pendiente. En esos casos, por supuesto, resulta necesario determinar el valor de los bienes así aceptados, a fin de poder calcular la suma pendiente. Algunos

Estados exigen al acreedor garantizado que presente una tasación independiente del valor de los bienes que ha aceptado, mientras que otros simplemente le exigen que indique el valor que él asigne a esos bienes. En todo caso, como ya se dijo, el otorgante, o algún otro acreedor, podrá exigir del acreedor garantizado que venda el bien en lugar de quedárselo. Por los motivos ya explicados (véase párr. 55 *supra*), la presente Guía recomienda que el acreedor garantizado pueda aceptar el bien en resarcimiento total o parcial de la obligación garantizada, siempre que indique el valor que le atribuye al bien en la notificación enviada al otorgante y a todo tercero que pueda verse afectado (véase A/CN.9/631, recomendación 149).

**b) Otras personas afectadas**

63. Cuando un acreedor garantizado realiza el valor de su garantía vendiendo el bien gravado, existen diversos criterios para determinar qué efectos tendrá la venta sobre otros interesados. En algunos Estados, la venta ejecutoria, incluso si se efectúa por vía extrajudicial, dejará al bien así vendido libre de todo gravamen. De ser ese el caso, perderá su garantía sobre dicho bien incluso un acreedor cuya garantía goce de prelación superior a la del ejecutante, pero la prelación de que gozaba dicha garantía subsistirá sobre el producto de esa venta. En esos Estados los compradores de los bienes los obtendrán libres de toda carga o gravamen, y se presume que estarán dispuestos a pagar alguna prima por dicho motivo. En otros Estados, la venta por un acreedor (tanto si es una venta judicial como si es una venta privada) sólo extinguirá las garantías de prelación inferior a la del acreedor garantizado ejecutante, y todo acreedor con una garantía de prelación superior retendrá su garantía sobre los bienes gravados. Los compradores no obtendrán una titularidad libre de toda carga y, por tanto, reducirán el precio que ofrezcan por los bienes en venta. Cabe suponer que, o bien el acreedor cuya garantía goce de prelación más alta se haga cargo del proceso ejecutorio (lo que permitirá vender el bien libre de toda carga) o que un acreedor cuya garantía sea de prelación inferior acordará pagar al de prelación más alta a fin de vender el bien libre de todo gravamen. Si bien con los dos enfoques suele obtenerse una titularidad libre de cargas, el segundo da mayor flexibilidad al acreedor ejecutante y al comprador para llegar a un arreglo en el caso de un comprador que no pueda sufragar el precio total del bien gravado, pero que sí pueda comprarlo al precio rebajado que le sea ofrecido al estar el bien sujeto a la garantía real de prelación más alta. A fin de que la venta ejecutoria sea lo más flexible y eficaz posible, la presente Guía recomienda que se adopte el segundo enfoque (véase A/CN.9/631, recomendación 158).

64. Cuando un acreedor garantizado acepta los bienes gravados a título de resarcimiento de la obligación garantizada, los Estados suelen prever que el acreedor garantizado adquirirá los bienes como si hubieran sido comprados en una venta ejecutoria. En este caso, cabe que los Estados dispongan que la aceptación del bien gravado en pago de la obligación garantizada extinga todas las garantías constituidas sobre el bien vendido, lo que, sin duda, dará lugar a que todo acreedor garantizado con una garantía de prelación superior a la del ejecutante asuma el proceso ejecutorio. Por tanto, la mayoría de Estados suelen disponer que toda garantía de otro acreedor garantizado quedará determinada por su rango de prelación respecto de la del acreedor ejecutante. Lo que significa que si un acreedor garantizado toma un bien gravado en pago de la obligación garantizada, ese acreedor adquirirá el bien sujeto a toda garantía constituida sobre dicho bien que goce de prelación superior a la suya. A la inversa, toda garantía de prelación inferior

normalmente quedará extinguida cuando un acreedor garantizado con una garantía de prelación superior acepte los bienes gravados. Por las mismas razones que las aplicables a la venta extrajudicial, la presente Guía recomienda que todo acreedor garantizado que acepte el bien gravado en pago de la obligación, lo adquiera libre de todo gravamen de prelación inferior a la de su garantía, pero sujeto a todo gravamen de prelación superior a la suya (véase A/CN.9/631, recomendación 158).

65. El acreedor garantizado con mayor prelación deseará a menudo hacerse cargo del proceso ejecutorio iniciado por otro acreedor (tanto si se trata de un proceso judicial como si se trata del ejercicio extrajudicial por otro acreedor de su propia garantía real). Los Estados acostumbran a reconocer ese derecho en el marco de su régimen de las operaciones garantizadas, pero algunos no permiten que un acreedor garantizado recurra a la vía extrajudicial después de que un acreedor judicial haya hecho embargar los bienes gravados (tanto si se trata de un acreedor judicial no garantizado como de un acreedor garantizado de menor prelación que haya acudido a la vía judicial). Si se reconoce al acreedor garantizado un derecho a hacerse cargo del proceso ejecutorio iniciado por un acreedor judicial, los Estados suelen exigir al acreedor garantizado que obre con oportunidad (es decir, antes de que empiece la subasta) y que reembolse al acreedor judicial las costas procesales en que hubiera incurrido hasta ese momento. A fin de maximizar la eficacia ejecutoria de una garantía real, la presente Guía recomienda que un acreedor garantizado cuya garantía real goce de prelación superior a la del acreedor garantizado ejecutante tenga derecho a asumir el control del proceso ejecutorio, tanto si se trata de un proceso ejecutorio extrajudicial como de un proceso judicial en el que se haya dictado sentencia (véase A/CN.9/631, recomendación 156).

**c) Asignación del producto de la enajenación**

66. Un rasgo importante del régimen de las operaciones garantizadas es que perturba el régimen normalmente aplicable para la distribución del producto de una venta ejecutoria entre los acreedores judiciales no garantizados. A fin de cuentas, el objetivo de la garantía es obtener una prelación en la distribución de ese producto. Tanto si la garantía real se está ejecutando por la vía judicial como si el acreedor garantizado no se ha hecho cargo del proceso ejecutorio iniciado por un acreedor judicial, el producto será retenido por la autoridad competente en espera de su distribución entre las partes con derecho a ello. En los casos en que el régimen haya previsto la extinción de todas las garantías sobre el bien vendido, la asignación más común del producto de la venta es pagar, en primer lugar, las costas razonables del proceso y, después, las obligaciones garantizadas por orden de prelación. Muchos Estados también prevén el pago de ciertos créditos legales después de las costas procesales pero con prioridad sobre los acreedores garantizados. Si la venta ejecutoria ordinaria no conlleva la extinción de toda garantía, los acreedores garantizados no percibirán pago alguno, pero podrán hacer valer su garantía real frente al comprador del bien gravado.

67. En previsión de que un acreedor garantizado ejecute su garantía por medio de una venta extrajudicial, los Estados suelen haber previsto en su régimen de las operaciones garantizadas el destino que ha de darse al producto de la venta. A menudo se ha reglamentado el modo en que un acreedor garantizado deberá conservar el producto de la venta en espera de su distribución. También suele haberse reglamentado si el acreedor garantizado estará o no obligado a distribuir el

producto, cuándo y cómo deberá hacerlo, y entre algunos o la totalidad de los acreedores (por ejemplo, incluyendo a los acreedores con garantías reales de prelación inferior a la del acreedor garantizado ejecutante o, cuando la venta ejecutoria extinga toda carga o gravamen, entre los acreedores garantizados que gocen de una prelación más alta y los acreedores que gocen de alguna prelación legal). Lo más frecuente es que el acreedor garantizado sólo deberá tener en cuenta las garantías que estén debidamente inscritas o que se hayan hecho, de algún otro modo, oponibles a terceros, o de las que se haya dado aviso oficial (es el caso, por ejemplo, de los créditos públicos que gocen de prelación legal, sin necesidad de ser inscritos). Siempre se dispone que todo excedente del producto, una vez efectuado el pago a todos los acreedores con derecho a ello, deberá restituirse al otorgante (véase A/CN.9/631, recomendación 152).

68. La obligación garantizada sólo quedará extinguida respecto del monto del producto reportado por la venta de los bienes gravados. El acreedor garantizado tendrá normalmente derecho a recuperar toda suma pendiente del otorgante. A menos que el otorgante haya constituido una garantía sobre otros bienes a beneficio del acreedor, el crédito de éste por la suma pendiente será un crédito no garantizado. Independientemente de si queda una suma pendiente o un excedente, algunos Estados prevén que, cuando un acreedor garantizado compre los bienes gravados en una venta ejecutoria y luego los venda, obteniendo con ello un beneficio, se considera que toda suma reportada por la venta que exceda de la suma pagada por el acreedor y de los costos de la nueva venta, será percibida en resarcimiento de la obligación garantizada. No obstante, lo habitual es que, a menos que pueda demostrarse que la venta inicial fue comercialmente poco razonable, los Estados consideren la suma total generada como el valor final percibido por la enajenación de los bienes gravados.

**d) Irrevocabilidad**

69. Los regímenes de las operaciones garantizadas acostumbran a prever la irrevocabilidad tras la ejecución. Eso significa que, una vez efectuada la venta o aceptado el bien gravado en pago de la obligación garantizada conforme a la vía ejecutoria establecida, por lo general esta vía quedará clausurada. A menos que se pueda demostrar que ha habido fraude, mala fe o colusión entre el vendedor y el comprador, la venta será definitiva. Tanto si el acreedor garantizado acepta el bien gravado en pago de la obligación garantizada, como si se venden los bienes a un tercero que los adquiere en una venta ejecutoria, los efectos de la ejecución sobre las demás partes acostumbran a ser los mismos. La garantía real sobre los bienes gravados quedará extinguida, al igual que los derechos del otorgante y los de todo otro acreedor garantizado que goce de menor prelación sobre los bienes. En los Estados en que mediante la venta se extinguen todas las garantías sobre los bienes gravados, el comprador o el acreedor que acepte los bienes gravados en pago de la obligación garantizada los adquiere libres de todo gravamen. Pero lo más frecuente es que el régimen establezca que las garantías de algunas otras personas sobre los bienes gravados (en particular toda garantía de prelación superior a la del acreedor garantizado ejecutante) perdurarán pese a la enajenación de los bienes en el procedimiento ejecutorio.

## **B. Observaciones relativas a ciertos bienes**

### **1. Generalidades**

70. Los principios básicos aplicables a la ejecución de las garantías reales recién examinados deberían ser generalmente aplicables cualquiera que sea el tipo de bien gravado. Sin embargo, se refieren principalmente a algunos tipos de bienes corporales, como las existencias, el equipo y los artículos de consumo. Por tal razón, resultan difícilmente aplicables a la ejecución de las garantías reales constituidas sobre bienes inmateriales, como los créditos por cobrar y diversos derechos de cobro (por ejemplo, de los fondos acreditados en una cuenta bancaria) o sobre el producto de una promesa independiente, o constituidas sobre el derecho al cobro de títulos negociables o sobre derechos de posesión dimanantes de un documento negociable (las definiciones de estos términos figuran en A/CN.9/631/Add.1, Introducción, sección B. Terminología y reglas de interpretación). En consecuencia muchos Estados han promulgado reglas especiales para la ejecución de las garantías constituidas sobre este tipo de bienes gravados, y en particular sobre los derechos de cobro. Entre ellas figuran disposiciones que otorgan al acreedor garantizado el derecho de cobrar a la persona obligada por el crédito o el título negociable, y que exigen que dicha persona pague directamente al acreedor garantizado. Además, en muchos de estos casos el régimen de las operaciones garantizadas debería dar cabida y en parte remitirse a los regímenes especializados y a las prácticas comerciales relativas a las cuentas bancarias, los títulos negociables, los documentos negociables y las promesas independientes.

71. Como se señaló con anterioridad, en los principios básicos de la sección A del presente capítulo se considera en general que los bienes gravados son bienes corporales adquiridos, utilizados y vendidos por separado. Sin embargo, los bienes corporales son con frecuencia accesorios fijos de otro bien mueble o de un inmueble, o forman parte de una masa, o son utilizados en la fabricación de un producto acabado. Ello exige que los Estados ajusten el régimen general para la ejecución de las garantías reales concurrentes sobre accesorios fijos y productos manufacturados. Tal es el caso, especialmente, cuando ciertos bienes corporales son incorporados a un inmueble o separados del inmueble. Por ejemplo, puede haber conflictos de prelación entre los acreedores que ejecuten una hipoteca sobre un terreno y los acreedores que dispongan de una garantía real sobre algún accesorio fijo de dicho terreno. Se examinarán, una por una, las más frecuentes de estas distintas situaciones y de los diversos enfoques que pueden adoptar los Estados para dotar de mayor eficiencia a la ejecución de garantías reales concurrentes.

### **2. Ejecución de una garantía real sobre un crédito por cobrar**

72. Cuando se constituye una garantía real sobre un crédito por cobrar, el bien gravado es el derecho del otorgante a recibir el pago del deudor (la definición de los términos “crédito por cobrar”, “cesión”, “cedente”, “cesionario” y “deudor del crédito”, figuran en A/CN.9/631/Add.1, Introducción, secc. B. Terminología y reglas de interpretación). Aunque teóricamente sea admisible exigir al cesionario que ejecute su garantía haciéndose con el crédito y vendiéndolo o conservándolo a efectos del cumplimiento de la obligación garantizada, ello sería una forma engorrosa e ineficiente de realizar el valor económico de esta clase de bienes. Tal es la razón por la cual la mayoría de los Estados que permiten a los acreedores

constituir garantías sobre créditos por cobrar y otros derechos similares, permiten también al cesionario cobrar directamente al deudor del crédito en caso de incumplimiento del cedente. Los principales aspectos a considerar son los dos siguientes: en primer lugar, que el cedente sepa que el cesionario ha procedido a la ejecución (ya fuere a raíz del incumplimiento o antes del incumplimiento si el otorgante da su consentimiento); y en segundo lugar, que el deudor del crédito sepa que en adelante deberá efectuar sus pagos al cesionario.

73. En el capítulo VIII, “Derechos y obligaciones de las partes”, la presente Guía examina la relación existente entre el cedente, el cesionario y el deudor del crédito. Entre las cuestiones examinadas figuran, por ejemplo, el derecho del cesionario de informar al deudor del crédito de que deberá pagarle directamente en caso de incumplimiento del cedente (véase A/CN.9/631, recomendaciones 110 a 113). Además, en su capítulo IX “Derechos y obligaciones de terceros deudores”, la Guía prevé que el deudor del crédito podrá resguardarse de la obligación de pagar dos veces gracias a la notificación y las instrucciones de pago que le hayan sido dadas por el cesionario o el cedente (véase A/CN.9/631, recomendaciones 114 a 120).

74. En muchos Estados se adopta la postura de que el principal derecho ejecutorio ejercitable por el cesionario es sencillamente el de cobrar el crédito. Suponiendo que haya adoptado las medidas requeridas para hacer su derecho oponible al deudor del crédito, el cesionario podrá limitarse a efectuar el cobro del crédito, destinando la suma cobrada a amortizar la obligación del cedente. Ello está justificado por el hecho de que los derechos de este último y de terceros se verán amparados por el mero hecho de que se destine la suma percibida a amortizar la obligación garantizada. En consonancia con el criterio adoptado por esos Estados, en la presente Guía se recomienda que no se exija ninguna otra medida para realizar el valor en garantía de un crédito por cobrar (véase A/CN.9/631, recomendación 163).

75. Sin embargo, puede haber casos en que el cesionario desee apropiarse íntegramente el valor actual de un crédito por cobrar que sea pagadero en cuotas mensuales. Por ello, tras dar al deudor aviso de su intención, podrá cobrar, vender o ceder el crédito a un tercero. A fin de proteger los derechos del cedente en estos casos, muchos Estados disponen que el cesionario no podrá conservar ningún excedente, principio que la presente Guía adopta no sólo en relación con esta forma de realizar el valor en garantía de un crédito por cobrar sino también en relación con el cobro normal de dichos créditos (véase A/CN.9/631, recomendación 113 b)). Además, el cesionario deberá actuar con buen sentido comercial al disponer del crédito (véase A/CN.9/631, recomendación 128).

76. En ocasiones, el cobro del propio crédito estará respaldado por una garantía personal o real (por ejemplo la fianza de un tercero o una garantía sobre bienes muebles del deudor del crédito). Muchos Estados reconocen al cesionario un derecho automático a hacer valer esas otras garantías, de no haber pagado el deudor el crédito a su vencimiento. Ello es consecuencia normal de toda garantía real (lo accesorio sigue a lo principal), por lo que en la presente Guía se adopta una recomendación parecida respecto de toda garantía de la obligación de pago de un tercero deudor (véase A/CN.9/631, recomendación 164). La misma regla será aplicable respecto del producto de una promesa independiente (véase A/CN.9/631, recomendaciones 26 b), 49, 105, 124 y 164).

### **3. Ejecución en el caso de la cesión pura y simple de un crédito por cobrar**

77. La presente Guía se aplica a la cesión pura y simple de créditos por cobrar, así como a las garantías reales sobre dichos créditos (véase A/CN.9/631, recomendación 3). Sin embargo, en una cesión pura y simple el cedente transfiere normalmente todos sus derechos sobre el crédito por cobrar. Por ello, ya no tiene ningún derecho sobre dicho crédito ni sobre la realización de su valor (habitualmente mediante el cobro). Conforme a ello, el presente capítulo sobre los derechos ejercitables a raíz del incumplimiento será únicamente aplicable a la cesión pura y simple de un crédito por cobrar cuando el cesionario disponga de algún recurso contra el cedente en caso de que no pueda cobrar el crédito. Es decir, únicamente en los casos en que haya de responder en última instancia ante el cesionario cabe prever que el cedente esté interesado en el método de cobro o de disposición por otra vía de los créditos por cobrar (véase A/CN.9/631, recomendación 162).

78. Podrá recurrirse contra el cedente por la falta de cobro de unos créditos por cobrar que hayan sido objeto de una cesión pura y simple normalmente cuando el cedente haya garantizado el pago parcial o total de estos créditos por el deudor de los mismos. Ello podrá hacerse también en virtud de otros acuerdos funcionalmente equivalentes, por ejemplo en los casos en que a) el cedente haya aceptado volver a comprar un crédito por cobrar vendido al cesionario si el deudor de dicho crédito incumple su obligación de pago; o de que b) el cedente haya convenido meramente en pagar toda diferencia entre el precio cobrado por la cesión global de los créditos y la suma efectivamente reportada por el cobro de dichos créditos.

79. Todo recurso contra el cedente por falta de cobro, en el sentido aquí dado a ese término, se refiere únicamente al impago de un crédito por su deudor por razones crediticias (por ejemplo, su insolvencia). En consecuencia, si el deudor del crédito no paga los bienes corporales o los servicios prestados por su calidad deficiente, o por el incumplimiento por el cedente de las especificaciones dadas al respecto por el deudor, ello no se consideraría falta de cobro. No obstante, si el impago se debe a razones financieras, se aplicarían las reglas normales para el cobro de los créditos y la ejecución de toda garantía constituida sobre ellos (véase A/CN.9/631, recomendaciones 163 y 164).

### **4. Ejecución de una garantía real sobre un título negociable**

80. En muchos Estados es posible adquirir una garantía constituida sobre un título negociable (véase la definición de “título negociable” en A/CN.9/631/Add. 1, Introducción, secc. B. Terminología y reglas de interpretación), ya sea tomando posesión del título o ya sea adoptando alguna otra medida que la haga oponible a terceros (véase A/CN.9/631, recomendaciones 33 y 38). Por lo general, incluso en el caso en que se haya constituido una garantía real sobre el título, los Estados se remiten a la ley aplicable a los títulos negociables para determinar los derechos de las personas obligadas por dicho título negociable y los de otras personas que invoquen derechos sobre él (véase A/CN.9/631, recomendación 121). Entre estos derechos podrán figurar, por ejemplo, a) el de la persona obligada en virtud del título negociable a denegar el pago a toda persona que no sea el tenedor de ese título o alguna otra persona legitimada para cobrarlo con arreglo a la ley aplicable a los títulos negociables; y b) el de la persona obligada en virtud del título a invocar alguna excepción frente a dicha obligación.

81. De haberse constituido una garantía real sobre un título negociable, dicho título obrará normalmente en poder del acreedor garantizado o estará bajo su control. De incurrir el otorgante en incumplimiento, muchos Estados permiten que el acreedor garantizado efectúe el cobro o ejecute por alguna otra vía su garantía real sobre el título. Cabría, por ejemplo, presentar dicho título al cobro o, si el incumplimiento se produce antes de su vencimiento, incluso venderlo a un tercero y destinar el producto al pago de la obligación del otorgante. El motivo es que la negociabilidad del título se vería comprometida si el acreedor garantizado estuviera obligado a realizar algún otro trámite para vender dicho título o para aceptarlo en cumplimiento de la obligación garantizada. En consonancia con dicha práctica, la presente Guía no recomienda que se imponga trámite adicional alguno a un acreedor garantizado que proceda, a raíz de un incumplimiento, a realizar el valor de su garantía sobre el título (véase A/CN.9/631, recomendación 165).

82. Al igual que sucede con los créditos por cobrar, puede ocurrir que el título negociable esté a su vez garantizado por algún otro derecho personal o real (por ejemplo, la garantía personal de un tercero o una garantía real sobre bienes muebles del deudor del crédito). Muchos Estados reconocen al acreedor garantizado un derecho automático a ejercitar estos otros derechos en caso de que la persona obligada en virtud del título negociable incumpla su obligación de pago al serle presentado al cobro dicho título. En la presente Guía se recomienda esta manera de ejecutar las garantías relativas al cobro de un documento negociable (véase A/CN.9/631, recomendación 166).

#### **5. Ejecución de una garantía real sobre un derecho al cobro de fondos acreditados en una cuenta bancaria**

83. En muchos Estados se prevé la posibilidad de constituir una garantía real sobre el derecho al cobro de fondos acreditados en una cuenta bancaria (las definiciones de este término y de otros términos conexos figuran en A/CN.9/631/Add.1, Introducción, secc. B. Terminología y reglas de interpretación). En un acuerdo de cuenta concertado con un banco, se considera normalmente que el banco es el deudor del depositante, por lo que estará obligado a pagar a éste, cuando se lo solicite, la totalidad o parte de la suma depositada. Como el derecho bancario se halla estrechamente vinculado a prácticas comerciales importantes de los Estados, en la presente Guía se recomienda hacer remisión al derecho bancario aplicable y se proponen mecanismos de resguardo suplementarios para los bancos cuyos depositantes hayan otorgado garantías reales sobre sus derechos al cobro de los fondos acreditados en una cuenta bancaria (véase A/CN.9/631, recomendaciones 33, 50, 101, 102, 122 y 123). Por ejemplo, incluso en el caso de que un depositante haya celebrado un acuerdo de garantía con un acreedor, el banco depositario a) conservará los mismos derechos y obligaciones que tuviera antes frente al depositante; b) conservará todo derecho de compensación que tuviera; c) no estará obligado a pagar a persona alguna que no sea la que posea el control de la cuenta; y d) no estará obligado a atender a solicitud alguna de información (véase A/CN.9/631, recomendaciones 122 y 123).

84. Muchos Estados han previsto que, de ser el bien gravado un derecho al cobro de los fondos acreditados en una cuenta bancaria, el acreedor garantizado podrá cobrar u obtener de algún otro modo el pago de esos fondos a raíz del incumplimiento o incluso antes del incumplimiento si ese cobro adelantado ha sido

convenido con el otorgante. La medida ejecutoria suele consistir en que el acreedor garantizado pida al banco que transfiera los fondos a su propia cuenta, o cobre de algún otro modo las sumas acreditadas en la cuenta. La razón de ser de esta regla radica en que el bien gravado es el propio derecho a percibir el pago de los fondos acreditados en la cuenta, por lo que resultaría ineficiente exigir que el acreedor garantizado se haga con la posesión del bien gravado, adopte alguna medida destinada a su venta o acepte el bien gravado a título de satisfacción de la obligación garantizada. Conforme con el objetivo de dotar de flexibilidad y eficiencia a la ejecución de toda garantía, la presente Guía recomienda que todo acreedor que desee realizar el valor de una garantía constituida sobre un derecho al cobro de los fondos acreditados en una cuenta bancaria pueda hacerlo cobrando los fondos depositados en esa cuenta (véase A/CN.9/631, recomendación 167).

85. En ocasiones, el Estado requerirá que el acreedor garantizado obtenga un mandato judicial previo a toda medida ejecutoria de la garantía real sobre el derecho al cobro de los fondos acreditados en una cuenta bancaria. Dicho requisito es comprensible en todo supuesto en el que el acreedor garantizado haya hecho su garantía oponible a terceros por inscripción de la misma en un registro general de las garantías reales. Esa formalidad sería, no obstante, totalmente innecesaria si el banco tiene ya conocimiento de la garantía real por haber concertado un acuerdo de control de cuenta con el acreedor garantizado. Por ello, la presente Guía recomienda que el acreedor garantizado pueda iniciar la ejecución, sin necesidad de obtener un mandato judicial previo, en todo supuesto en el que haya concertado con el banco un acuerdo de control (véase A/CN.9/631, recomendación 168). Por el contrario, de no haberse concertado tal acuerdo, la presente Guía recomienda que se exija al acreedor garantizado la obtención previa de un mandato judicial, salvo que el banco le haya dado su consentimiento expreso a que sea él quien efectúe el cobro (véase A/CN.9/631, recomendación 169).

86. En muchos casos, el acreedor garantizado será, de hecho, el propio banco depositario. En este supuesto sería superfluo abrir un procedimiento ejecutorio formal con un acto de cobro y de asignación explícita de los fondos cobrados al resarcimiento de la obligación garantizada. A raíz del incumplimiento, el banco depositario, actuando a título de acreedor garantizado, ejercerá normalmente su derecho de compensación, destinando los fondos depositados en la cuenta directamente al pago de la obligación garantizada incumplida. De conformidad con esta práctica, la presente Guía recomienda que el ejercicio por el banco depositario de su derecho de compensación no se vea afectado por garantía real alguna que el banco pueda tener sobre el derecho al cobro de los fondos depositados en esa cuenta (véase A/CN.9/631, recomendaciones 27 y 122 b)).

## **6. Ejecución de una garantía real sobre el producto de una promesa independiente**

87. En la actualidad, algunos Estados permiten que toda persona, que tenga un derecho a reclamar el pago (“derecho al cobro”) de una promesa independiente, constituya una garantía sobre el producto de esa promesa (véase la definición de este término y de otros términos conexos en A/CN.9/631, Introducción, sección B, Terminología y reglas de interpretación). La presente Guía recomienda que se permita constituir una garantía real sobre dicho producto, a reserva de que se respete una serie de reglas aplicables a las obligaciones entre el garante/emisor, el confirmante o la persona designada y el acreedor garantizado (véase A/CN.9/631,

recomendaciones 26, 28, 49 y 51). Dado que el régimen legal y las prácticas comerciales aplicables a las garantías independientes son de índole muy especializada, la presente Guía recomienda que se adopten ciertas reglas destinadas a reflejar la legislación y la práctica existentes (véase A/CN.9/631, recomendaciones 124 a 126). Por lo que, por ejemplo, cuando una garantía real haya quedado automáticamente constituida, no debería hacer falta que el otorgante efectúe acto alguno de transferencia al acreedor garantizado para que éste pueda ejercitar su garantía real sobre el producto del cobro de una promesa independiente.

88. La práctica general de los Estados es permitir que un acreedor garantizado que tenga una garantía real sobre el producto de una promesa independiente proceda a cobrar o a hacer valer de algún otro modo su derecho al cobro del producto a raíz del incumplimiento o incluso antes del incumplimiento si así lo ha convenido con el otorgante. Ahora bien, el ejercicio de su garantía no faculta al acreedor garantizado para reclamar el pago del garante/emisor, del confirmante o de la persona designada (véase A/CN.9/631, recomendación 28). La realización de la garantía tendrá normalmente lugar al indicar el acreedor garantizado al garante/emisor, al confirmante o a otra persona designada que está legitimado para percibir el pago de todo producto que sea, por lo demás, debido al otorgante. La razón de ser de este enfoque radica en que el garante/emisor, el confirmante o toda otra persona designada no está normalmente obligada frente a persona alguna que no sea el beneficiario, por lo que únicamente el beneficiario podrá reclamar el pago de una promesa independiente. La presente Guía sigue la práctica aplicable a las promesas independientes y recomienda que la realización de una garantía real sobre el producto de este tipo de promesa se limite al cobro del producto una vez que éste haya sido pagado (véase A/CN.9/631, recomendación 170).

## **7. Ejecución de una garantía real sobre un documento negociable**

89. Muchos Estados permiten la constitución de una garantía real sobre un documento negociable (véase la definición de este término y otros términos conexos en A/CN.9/631/Add.1, Introducción, secc. B. Terminología y reglas de interpretación). La presente Guía recomienda una práctica similar (véase A/CN.9/631, recomendaciones 2 a) y 29). El documento negociable es un título representativo de los bienes corporales en él descritos y habilita al tenedor del documento para reclamar esos bienes del emisor del documento. La forma usual por la que un acreedor garantizado ejercitará su garantía sobre un documento negociable es presentándolo al emisor para reclamar los bienes. Cabe, no obstante, que se hayan previsto reglas especiales para preservar los derechos de ciertas personas con arreglo al régimen de los documentos negociables y en la presente Guía se hace remisión a esas reglas especiales (véase A/CN.9/631, recomendación 127).

90. No obstante, entre el otorgante y el acreedor garantizado se tendrá la garantía por ejercitada a raíz de la presentación del documento por el acreedor garantizado al emisor del mismo. A raíz de ello, el acreedor garantizado se encontrará en posesión de bienes corporales, por lo que a partir de ese momento la garantía real deberá regirse por los principios recomendados para el ejercicio de una garantía real sobre documentos negociables o sobre las mercancías que estén representadas por el documento (véase A/CN.9/631, recomendación 171). Según lo que haya sido estipulado entre las partes, el acreedor garantizado podrá disponer del documento a raíz de un incumplimiento o previo a todo incumplimiento si cuenta con el permiso

del otorgante. Al efectuar dicha disposición deberá obrar con buen sentido comercial y deberá destinar el producto de la venta del documento a la satisfacción de la obligación garantizada.

#### **8. Ejecución de una garantía real sobre el producto de la venta del bien gravado**

91. Ciertos bienes corporales, como las existencias, están destinados a ser vendidos en el curso normal del negocio. En todo caso, si el otorgante vende los bienes gravados (particularmente si lo hace con la autorización del acreedor garantizado, en cuyo caso la garantía real cesará respecto de dichos bienes; véase A/CN.9/631, recomendación 86 a)), el producto de la venta quedará subrogado en el lugar de los bienes gravados (véase la definición de “producto” en A/CN.9/631/Add.1, Introducción, secc. B. Terminología y reglas de interpretación). Por ello, muchos Estados han previsto que toda garantía real constituida sobre bienes corporales quedará automáticamente transferida al producto de toda enajenación de esos bienes. Otros Estados no han previsto dicha transferencia o la supeditan a que el acuerdo de garantía indique expresamente el producto que seguirá siendo objeto de la garantía. La presente Guía recomienda que se reconozca al acreedor garantizado el derecho a hacer valer su garantía real sobre el producto de los bienes gravados y sobre todo producto de ese producto (véase A/CN.9/631, recomendaciones 40 y 41). Además, a diferencia de muchos Estados que limitan el concepto de producto a todo bien que sea sustitutivo del bien gravado, la presente Guía considera también como producto todo otro bien que reporte el bien gravado, así como los frutos y las rentas de un bien gravado y todo incremento natural de un rebaño o de un cultivo.

92. Por lo general, los Estados no han promulgado reglas especiales para la realización del valor de una garantía real sobre el producto. Ello significa que la realización del valor del producto deberá hacerse según la vía prevista para el ejercicio de una garantía constituida sobre bienes de esa misma especie (por ejemplo, bienes corporales, créditos por cobrar, títulos negociables, derechos al cobro de los fondos acreditados en una cuenta bancaria, etc.). Podría resultar sumamente confuso que un acreedor garantizado pueda hacer valer una garantía real sobre el producto de su bien gravado originario conforme a las reglas aplicables para el ejercicio de las garantías reales sobre el bien o los bienes originariamente gravados mientras que algún otro acreedor que esté intentando hacer valer su garantía real sobre bienes de la misma especie que el producto, pero que fueron los originariamente gravados por él, se viera obligado a aplicar reglas expresamente aplicables a los bienes de esa especie. La presente Guía recomienda implícitamente que el régimen general de la ejecución sea también aplicable a la ejecución de las garantías reales sobre el producto, salvo que el producto consista en créditos por cobrar o algún otro bien de índole especial, como los mencionados en los párrafos anteriores. Respecto de dichos bienes, serían aplicables las recomendaciones anteriormente descritas para el ejercicio de las garantías reales constituidas sobre ciertos bienes.

*[Nota para la Comisión: tal vez la Comisión desee considerar la posibilidad de insertar una recomendación sobre el ejercicio de una garantía real constituida sobre el producto del bien originariamente gravado en la que se indique que, cuando el producto consista en bienes de cierta categoría (tales como créditos por*

*cobrar) la garantía deberá ejercitarse conforme a las reglas aplicables a los bienes de esa misma categoría.]*

**9. Ejecución de una garantía real constituida sobre un accesorio fijo de otro bien mueble, o sobre una masa de bienes o un producto acabado**

93. Muchas clases de bienes corporales sobre las que se haya constituido una garantía real están destinados a pasar a ser un accesorio fijo de otro bien corporal, a ser transformados en un producto manufacturado o a ser mezclados con otros bienes corporales. Muchos Estados se ocupan de las garantías reales constituidas sobre esas clases de bienes mediante reglas concebidas en función de que el accesorio fijo, el producto manufacturado o los bienes entremezclados hayan o no pasado a ser propiedad de un tercero. La presente Guía recomienda que toda garantía real que sea oponible a terceros deberá conservar su validez sobre el bien gravado que haya pasado a ser accesorio fijo de algún otro bien o que se haya transformado en un producto manufacturado o en bienes entremezclados (véase A/CN.9/631, recomendaciones 35 b), y 40 y 45). Cuando un Estado permite que no se pierda la oponibilidad a terceros de una garantía real sobre bienes corporales a pasar esos bienes a ser accesorios fijos, productos manufacturados o bienes entremezclados, lo normal suele ser que ese Estado declare aplicable el régimen general de la ejecución al ejercicio de una garantía sobre bienes de esa especie (por ejemplo, motores de automóvil, manufacturas de fibra de vidrio, existencias de prendas de vestir entremezcladas, cereales en un silo o aceite en un tanque). La razón de ello es que daría lugar a una confusión innecesaria el aplicar en ese contexto un régimen de la ejecución que no sea el generalmente aplicable para bienes de esa especie. La presente Guía implícitamente adopta una regla similar para el ejercicio de una garantía que sea oponible a terceros sobre un accesorio fijo.

*[Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee considerar insertar una recomendación que se ocupe expresamente de la ejecución de las garantías reales sobre accesorios fijos].*

94. Tratándose de accesorios fijos, de manufacturas o productos acabados y de bienes entremezclados, sucederá a menudo que más de un acreedor garantizado tendrá alguna garantía ejercitable sobre el bien o los bienes en su estado final. Si el bien gravado resulta fácilmente separable, el acreedor garantizado con una garantía real sobre dicho bien deberá tener únicamente derecho a separarlo del bien principal, o a separar la porción de los bienes sobre la que disponga de una garantía real, para disponer de ese bien o de esa porción por alguna vía comercialmente razonable. Si el accesorio fijo gravado no resulta fácil de separar, tal vez se haya de vender el bien principal completo, determinándose la cuantía del producto que corresponda a cada acreedor garantizado concurrente con alguna garantía sobre dicho bien a la luz de las recomendaciones en materia de prelación (véase A/CN.9/631, recomendación 95). Similarmente, si no cabe aislar una parte proporcional a cada garantía sobre los bienes entremezclados para proceder a su venta por separado, tal vez se haya de vender toda la masa de bienes o el producto acabado, determinándose la cuantía que corresponda a cada acreedor garantizado concurrente a la luz de las recomendaciones aplicables en materia de prelación (véase A/CN.9/631, recomendaciones 96 a 98).

*[Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee considerar insertar aquí una recomendación que se ocupe expresamente del ejercicio de las garantías reales constituidas sobre accesorios fijos y bienes entremezclados, según que esos bienes sean o no separables].*

#### **10. Intersección de los regímenes ejecutorios de la propiedad mobiliaria y de la propiedad inmobiliaria**

95. Sucede a menudo que la tipificación de los bienes corporales como bienes mueble o inmuebles varía con el paso del tiempo, al pasar algunos bienes muebles a formar parte de bienes inmuebles. Por ejemplo, cabe que los materiales de construcción sean plenamente incorporados a un edificio, que se planten semillas que pasen a ser árboles o que se introduzcan fertilizantes y estiércol en el terreno, pasando así a ser parte de un bien inmueble. A veces, el bien mueble incorporado pasa a ser un accesorio fijo, pero no plenamente incorporado, del inmueble (por ejemplo, un ascensor, un horno, un mostrador o un escaparate fijo de un inmueble). En todos estos casos, cabe que se haya constituido una garantía real sobre el bien mueble incorporado que se haya hecho oponible a terceros con anterioridad a su incorporación al inmueble o a su transformación en un accesorio fijo del mismo. Cabe también que la transformación se haga en sentido inverso. Puede suceder que un acreedor obtenga una garantía real sobre bienes que sean en ese momento inmuebles, pero que estén destinados a pasar a ser bienes muebles (por ejemplo, un cultivo, el mineral extraído de una mina o de una cantera y los hidrocarburos extraídos del subsuelo).

96. Regímenes muy diversos pueden ser aplicables a estos diversos supuestos. La primera dificultad puede consistir en tener que determinar la índole de la garantía real que el acreedor desee ejercitar sobre un bien mueble en algún sector de intersección entre el régimen ejecutorio de la propiedad mobiliaria y el régimen ejecutorio de la propiedad inmobiliaria. Lo más frecuente es que el régimen ejecutorio aplicable dependa de la tipificación de los bienes. Sucede, por ejemplo, que muchos Estados permiten constituir una garantía real, en el marco del régimen de las operaciones garantizadas (aplicable a la propiedad mobiliaria), sobre bienes muebles que, en el momento de ser gravados, formen parte de un inmueble, pero que estén destinados a pasar a ser bienes muebles, pero esos Estados no reconocen la oponibilidad de esa garantía hasta que el bien haya sido separado. No cabrá ejercitar esa garantía hasta que el bien gravado haya pasado a ser un bien mueble y no cabrá ejercitar ningún gravamen, que haya sido constituido sobre un inmueble sobre un bien que haya sido separado del inmueble para pasar a ser bien mueble. Si bien la presente Guía no formula recomendación alguna sobre esta cuestión, dado que el régimen ejecutorio presupone que los bienes muebles corporales han de existir por separado en su condición de tales, cabe deducir que ese resultado está ya implícito en dicho régimen.

97. Las cuestiones ejecutorias puede resultar incluso más difíciles cuando los bienes corporales pasen a ser accesorios fijos de un inmueble o sean plenamente incorporados a un inmueble. Muchos Estados distinguen entre los materiales de construcción y otros bienes muebles que pierden su identidad al ser incorporados a un inmueble (tales como fertilizantes y semillas), y los denominados accesorios fijos que retienen su identidad como bienes muebles, pese haber sido incorporados a un inmueble. En algunos Estados una garantía real constituida sobre un bien mueble

que pierda su identidad al ser incorporado al inmueble, sólo podrá ser preservada si esa garantía se hace oponible a terceros por inscripción en el registro de la propiedad inmobiliaria, pero ese mismo Estado dispone que una garantía real sobre un accesorio fijo que se haya hecho oponible a terceros antes de ser incorporado al inmueble retendrá su oponibilidad sin necesidad de un nuevo acto de inscripción. En esos Estados, toda medida ejecutoria contra la primera clase de bienes se regirá siempre por el régimen ejecutorio de la propiedad inmobiliaria, mientras que cuando el bien mueble haya pasado a ser un accesorio fijo, esos mismos Estados suelen haber previsto algún régimen especial que vele, al mismo tiempo, por la preservación de la garantía real de un acreedor garantizado sobre el accesorio fijo incorporado al inmueble y por la preservación de los derechos de todo acreedor que tenga una garantía real sobre el inmueble.

98. Las recomendaciones de la presente Guía siguen el esquema general adoptado por muchos Estados para resolver conflictos entre acreedores con garantías reales concurrentes sobre accesorios fijos. Cuando el bien corporal pierda su identidad al ser incorporado al bien inmueble, toda garantía constituida sobre dicho bien mueble quedará extinguida. Cuando, sin embargo, el bien mueble pase a ser un accesorio fijo del inmueble, la garantía real seguirá existiendo y su oponibilidad a terceros quedará automáticamente preservada. El acreedor garantizado podrá incluso confirmar su oponibilidad a terceros haciéndola inscribir en el registro de la propiedad inmobiliaria (véase A/CN.9/631, recomendaciones 35, 42 y 43). Los derechos ejercitables por el acreedor garantizado sobre el accesorio fijo gravado y frente a todo acreedor garantizado que tenga una garantía real sobre el inmueble, dependerán de la prelación relativa de las garantías concurrentes (véase A/CN.9/631, recomendaciones 93 y 94). Si la garantía constituida sobre el accesorio fijo goza de prelación, su titular podrá desprender o separar dicho bien y hacer valer su garantía en su condición de gravamen constituido sobre un bien mueble, a reserva de su propio derecho o del derecho de otra persona con un interés legítimo a redimirlo pagando su valor. Si, no obstante, el separar un accesorio fijo de un inmueble (p. ej. un ascensor de un edificio) daña al edificio (no meramente por restarle valor), el acreedor garantizado ejecutor de su garantía deberá indemnizar a toda persona con un derecho real sobre el inmueble. Si otro acreedor con una garantía real sobre el inmueble goza de prelación, el acreedor garantizado podrá únicamente hacer valer su garantía con arreglo al régimen de las garantías reales inmobiliarias, con tal de que dicha garantía sea oponible a terceros por inscripción en el registro de la propiedad inmobiliaria (véase A/CN.9/631, recomendaciones 161 a), y 172).

99. La ejecución de una garantía real sobre un accesorio fijo de un inmueble puede resultar aún más compleja si el acreedor garantizado goza al mismo tiempo de un gravamen sobre el inmueble y de una garantía real sobre el bien mueble que haya pasado a ser accesorio fijo del inmueble. La mayoría de los Estados permiten que el acreedor ejercite en dichos casos sus garantías de diversos modos. Dicho acreedor podrá ejercitar su garantía real sobre el accesorio fijo y su gravamen sobre el inmueble propiamente dicho. Cabe también que el acreedor garantizado haga valer su gravamen sobre el inmueble completo, junto con su accesorio fijo. En el primer caso, la garantía real gozará de prelación, en lo que concierne al accesorio fijo, frente a todo gravamen constituido sobre el inmueble (véase A/CN.9/631, recomendación 172). En el segundo caso, la prelación de las dos garantías del

acreedor vendrá determinada por el régimen de la prelación aplicable a la propiedad inmobiliaria (véase A/CN.9/631, recomendación 161 b)).

### **C. Recomendaciones**

*[Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee tomar nota de que al figurar en A/CN.9/631 el juego completo de las recomendaciones del proyecto de guía legislativa sobre operaciones garantizadas, no se reproduce aquí ninguna de esas recomendaciones. Tan pronto como se haya ultimado el juego completo de las recomendaciones, se reproducirán al final de cada capítulo las recomendaciones que le correspondan.]*

---