



Distr. limitada
11 de abril de 2002
Español
Original: inglés

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales)
Primer período de sesiones
Nueva York, 20 a 24 de mayo de 2002

Garantías reales

Proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas

Informe del Secretario General

Adición *

Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
Proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas	1-47	2
IX. Incumplimiento y vía ejecutoria	1-47	2
A. Observaciones generales	1-40	2
1. Introducción	1-4	2
2. Objetivos básicos	5-11	3
3. Incumplimiento	12-16	5
a. Significado del término "incumplimiento"	12	5
b. Remedio del incumplimiento	13	5
c. Notificación del incumplimiento	14-15	6
d. Reconsideración administrativa o judicial	16	7
4. Opciones a raíz de un incumplimiento	17-40	7
a. Vía judicial para la ejecución de una garantía real	19-24	7
b. Autonomía de las partes para convenir en alguna vía ejecutoria	25	9

* La presente adición se presenta cuatro semanas después de vencer el plazo de diez semanas, anterior al inicio de la reunión, por haber estado la Secretaría de la Comisión plenamente ocupada en la preparación de otros documentos, entre ellos otras 11 adiciones del documento A/CN.9/WG.VI/WP.2, de las que ya se han publicado diez.



c.	Aceptación de los bienes gravados en cumplimiento de la obligación garantizada	26-27	9
d.	Redención de los bienes gravados	28	9
e.	Enajenación autorizada del bien gravado efectuada por el otorgante	29	10
f.	Sustracción de los bienes gravados del control del otorgante.	30-31	10
g.	Venta u otro acto de disposición de los bienes gravados	32-34	10
h.	Distribución del producto de la enajenación	35-36	11
i.	Término de la garantía real	37	11
j.	Variaciones del marco general	38-39	12
5.	Recurso a la vía judicial por otros acreedores	40	12
B.	Resumen y recomendaciones	41-47	12

IX. Incumplimiento y vía ejecutoria

A. Observaciones generales

1. Introducción

1. En el presente capítulo se examinan las vías de que dispone el acreedor garantizado para hacer valer o ejecutar su garantía real en el supuesto de que el deudor incumpla alguna obligación garantizada sin ser insolvente (la insolvencia es objeto del capítulo X).

2. Todo acreedor garantizado normalmente confía en que el deudor cumpla sus obligaciones sin necesidad de que el acreedor tenga que hacer valer su garantía real sobre los bienes gravados. Todo deudor normal habrá asimismo previsto cumplir con su obligación. Ambos reconocerán, no obstante, que pueden darse supuestos en los que el deudor se encuentre en la imposibilidad de cumplir su obligación. Ese incumplimiento puede ser imputable a errores comerciales del deudor o a su mala gestión del negocio, pero puede resultar asimismo de causas que no estén bajo el control del deudor, tales como una mala coyuntura de la economía en general o del ramo industrial al que pertenezca la empresa deudora.

3. Todo acreedor normal pasará periódicamente revista al negocio del deudor o al bien o bienes gravados en garantía y se pondrá en contacto con todo deudor del que existan indicios de que atraviesa por dificultades financieras. Todo deudor normal cooperará con sus acreedores con miras a superar esas dificultades. Los acreedores y deudores que trabajan de consuno pueden llegar a un acuerdo de “reajuste” o de “arreglo comercial”, que prolongue el calendario de pago, reduzca la obligación del deudor o modifique el acuerdo de garantía. Toda negociación para llegar a un arreglo comercial tendrá lugar a la sombra de dos consideraciones jurídicas dominantes: el derecho de todo acreedor garantizado de hacer valer su garantía real si el deudor incumple su obligación garantizada y la posibilidad de que se declare abierto un procedimiento de insolvencia contra el deudor.

4. La esencia de todo régimen de las operaciones garantizadas se encuentra en el derecho del acreedor garantizado a liquidar el valor del bien gravado para satisfacer la obligación garantizada que el deudor haya incumplido. La disponibilidad y el costo del crédito financiero ofrecido se verán afectados por la cuantía del producto

estimado de la enajenación de los bienes gravados. El costo de liquidación del bien gravado será incorporado por el acreedor al calcular la cuantía y su precio del crédito que vaya a otorgar al deudor.

2. Objetivos básicos

[Nota dirigida al Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si conviene retener y desarrollar esta sección en el marco del presente capítulo o si todo examen de fondo de los objetivos debe efectuarse en el marco del capítulo II. De adoptarse este criterio, cabe señalar ciertas similitudes entre los objetivos i) y iv), enunciados a continuación, y los objetivos A y G del capítulo II, aun cuando tal vez se haya de modificar en algo el capítulo II para reflejar lo decidido en el marco del presente capítulo].

5. De conformidad con los objetivos básicos, de todo régimen eficiente de las operaciones garantizadas, esbozados en el capítulo II, la vía ejecutoria prevista para un supuesto de incumplimiento deberá satisfacer los objetivos siguientes:

i) Enunciar reglas claras, sencillas y transparentes para la ejecución de toda garantía real a raíz de un incumplimiento del deudor, y para la determinación de los derechos, obligaciones y el orden de prelación de toda parte interesada, a raíz del incumplimiento del deudor.

6. Todo régimen de las operaciones garantizadas debe enunciar reglas de derecho sustantivo y procesal para la ejecución de toda garantía real existente al producirse el incumplimiento del deudor. Esas reglas deben permitir que las partes determinen lo que se ha de hacer con los bienes gravados y cómo se ha de distribuir el producto de todo acto de enajenación de los bienes gravados. Esas reglas deberán determinar también lo que habrá de hacerse con toda suma de más o de menos (es decir, la diferencia entre el valor monetario de la obligación garantizada y el producto de todo acto de disposición del bien gravado) que quede pendiente de cobro del deudor o que le sea debido. Estas reglas deben ser claras, sencillas y transparentes a fin de dar certeza al resultado previsible del procedimiento de ejecución. De lo contrario, el acreedor garantizado incorporará el riesgo adicional, dimanante de toda incertidumbre que abrigue al respecto, en el precio del crédito financiero que ofrezca.

ii) Optimizar el valor de liquidación de los bienes gravados sin dejar de amparar los derechos de toda otra parte interesada y de terceros

7. Toda parte interesada (es decir, el acreedor garantizado, el deudor, el otorgante y los restantes acreedores) puede verse favorecida por la optimización del valor de liquidación del bien gravado, a raíz del incumplimiento del deudor. El acreedor garantizado se beneficiará si se reduce toda suma pendiente de cobro del deudor por concepto de deuda no garantizada. El deudor o el otorgante y los demás acreedores del deudor se beneficiarán asimismo tanto si se reduce la cuantía de la suma pendiente de pago como si se aumenta el excedente del valor de liquidación del bien gravado respecto del importe de la garantía. Un régimen de las operaciones garantizadas puede optimizar el valor de liquidación de un bien reduciendo los

gastos administrativos de disposición del bien, lo que elevará la cuantía del producto que reporte la enajenación del bien o bienes gravados.

8. Todo trámite a seguir deberá ser compatible con la necesidad de amparar los derechos de las demás partes interesadas y de terceros. La cuestión clave que ha de resolver todo régimen de las operaciones garantizadas es la de determinar si se habrá de introducir o no alguna modificación en el régimen normalmente aplicable para el cobro de deudas. El régimen de derecho interno aplicable prevé, a las operaciones garantizadas a veces, una vía judicial acelerada para el cobro de este tipo de deudas, mientras que en otros regímenes se confiere al acreedor garantizado la facultad de tomar posesión del bien gravado y enajenarlo sin intervención pública directa ni judicial ni de ningún órgano administrativo independiente. Ahora bien toda vía de ejecución acelerada o toda habilitación del acreedor para ejecutar directamente su garantía deberá tener en cuenta el derecho a ser oído de todo titular de un crédito legítimo sobre los bienes gravados. Más aún, toda asignación de recursos en el marco del sistema judicial y toda delegación de poderes en personas particulares puede plantear cuestiones de orden público de derecho interno.

iii) Dar la operación por terminada al completarse el procedimiento ejecutorio

9. Una vez completado el procedimiento para la liquidación del valor de la garantía real, debe darse por terminada la operación y deberá darse por extinguida la garantía real del acreedor garantizado sobre los bienes gravados. De haberse enajenado sus bienes, los derechos del otorgante sobre los mismos deberán darse asimismo por extinguidos. La norma legal aplicable deberá determinar también si proseguirán o no las garantías reales de otros acreedores garantizados sobre los bienes gravados, pese a su enajenación. A este respecto, cabe que la ley distinga entre garantías reales con prelación superior e inferior (es decir se habrá de determinar si la garantía real de algún otro acreedor garantizado goza de prelación sobre la garantía del acreedor que haya entablado la vía ejecutoria).

iv) Definir claramente la medida en que el acreedor garantizado y el otorgante podrán estipular de común acuerdo si el procedimiento a seguir para la liquidación del valor de los bienes gravados

10. El principio de la autonomía contractual reposa sobre la hipótesis de que las partes interesadas son el mejor juez del valor que pueda tener el intercambio contractual propuesto. Con arreglo a este principio, el valor agregado o el resultado acumulativo de todos esos intercambios contractuales autónomos debe reportar la asignación más eficiente de recursos que cabe hacer en el marco de una economía. Este principio debe contrapesarse con el principio de que un contrato bilateral no debe afectar adversamente los derechos de terceros ni el interés público a resultas, por ejemplo, del abuso de algún derecho subjetivo de las partes. En el contexto del régimen ejecutorio de las garantías reales, la ley deberá definir la medida en que el acreedor garantizado y el deudor podrán convenir entre sí el procedimiento ejecutorio a seguir. Cabría establecer, a este respecto, una distinción entre los derechos de origen legal que las partes podrán modificar en su acuerdo original de garantía real y aquellos que sólo podrán modificar a raíz del incumplimiento de la obligación garantizada.

v) Coordinar los procedimientos ejecutorios que se entablen con arreglo al régimen de las garantías reales con los que se entablan en el ejercicio de una garantía real en el marco de un procedimiento de insolvencia

11. La garantía real cobra particular importancia para el acreedor garantizado en el supuesto de un deudor en dificultades financieras. Al incurrir un deudor en dificultades financieras aumentan las probabilidades de que incumpla sus obligaciones y dé lugar a la apertura de un procedimiento de insolvencia voluntario o involuntario. Cuando el valor de una garantía real sea menor en el marco de un procedimiento de insolvencia que al margen de dicho procedimiento, tanto el deudor como los demás acreedores pueden sentirse incentivados a precipitar la apertura de un procedimiento de insolvencia. Todo acreedor garantizado que prevea las consecuencias de la apertura de ese procedimiento, tendrá en cuenta el valor disminuido de la garantía real en ese supuesto y reducirá la cuantía del crédito otorgado al deudor o elevará su precio. El que la ley prevea el reconocimiento y la ejecutoriedad de las garantías reales en el marco de un procedimiento de insolvencia dará certeza al acreedor y propiciará la oferta de crédito en condiciones favorables (en el capítulo X se examina la cuestión de la ejecutoriedad de las garantías reales en un procedimiento de insolvencia).

3. Incumplimiento

a. Significado del término “incumplimiento”

12. Siempre que un deudor no cumple la obligación garantizada, se dice que el deudor ha incurrido en “incumplimiento”. El derecho general de obligaciones y lo estipulado en el acuerdo de las partes serán lo que determine cuándo el deudor ha incurrido en incumplimiento. Cabe, por ejemplo, que en un acuerdo de préstamo se enumeren determinados supuestos de incumplimiento que den lugar a que el préstamo pase a ser inmediatamente reembolsable. El acuerdo de garantía definirá normalmente cuáles serán los supuestos constitutivos de incumplimiento. En el supuesto improbable de que el contrato concertado entre las partes guarde silencio a ese respecto, la normativa general del derecho de los contratos será la que determine cuándo el deudor habrá incurrido en el incumplimiento. No es preciso, por ello, que el régimen aplicable a las operaciones garantizadas defina la noción de incumplimiento. De definirse, no obstante, este concepto, bastará con disponer que todo deudor incurrirá en incumplimiento cuando no cumpla una obligación garantizada o cuando por algún motivo definido en el acuerdo de garantía, o en alguna norma de derecho interno por lo demás aplicables, el deudor haya incurrido en incumplimiento.

b. Remedio del incumplimiento

13. Para determinar si la ley debe permitir que un deudor pueda remediar o corregir un incumplimiento se ha de sopesar la conveniencia de amparar al deudor cuyo incumplimiento no sea indicio de incapacidad de cumplir a más largo plazo contra la conveniencia de amparar a todo acreedor frente a los gastos que le suponga la demora en el cumplimiento y el nuevo calendario impuesto por el proceso

rectificador del incumplimiento. Pese a que la cuestión del eventual remedio o corrección de un incumplimiento puede dejarse al arbitrio del derecho general de obligaciones o de toda ley especial de amparo al deudor, la posibilidad de que se le prive al deudor del control de los bienes gravados puede servir de rasgo distintivo de esta cuestión en el marco del derecho de las operaciones garantizadas. Un régimen de las operaciones garantizadas que aborde la cuestión del remedio eventual del incumplimiento debe cerciorarse previamente de su compatibilidad con el derecho interno aplicable y, en aras de la transparencia, deberá hacer remisión expresa a toda norma de derecho interno que no pretenda desplazar.

c. Notificación del incumplimiento

14. El incumplimiento del deudor es un requisito previo de todo derecho del acreedor garantizado a ejecutar su garantía real sobre los bienes gravados. Todo régimen de las operaciones garantizadas deberá indicar si se habrá de dar aviso del incumplimiento y a quién deberá darse ese aviso. La principal ventaja de esa notificación estriba en que da margen para que el deudor y toda otra parte interesada puedan actuar en defensa de sus intereses. Cabe, por ejemplo, que el deudor niegue el hecho del incumplimiento o, si la ley lo permite, trate de remediarlo o de redimir los bienes gravados. La notificación dada a las demás partes interesadas permitirá que esas partes se mantengan informadas de toda medida subsiguiente de ejecución por parte del acreedor garantizado y, en el supuesto de que alguna parte sea, a su vez, un acreedor garantizado que además goza de prelación sobre aquél que ha entablado la vía ejecutoria, dicho acreedor garantizado podrá asumir el control del procedimiento ejecutorio. Como inconvenientes cabe citar los gastos inherentes al trámite de la notificación, y la oportunidad que ofrece ese requisito a todo otorgante mal dispuesto para poner los bienes gravados fuera del alcance del acreedor y la posibilidad de que otros acreedores se precipiten a reclamar sus deudas y provoquen el desmembramiento del negocio del deudor. Aun cuando el régimen de las operaciones garantizadas no impone, en algunos países, el requisito de la notificación del incumplimiento, son muchos los países en donde sí existe ese requisito.

15. Al igual que en otros supuestos en los que se requiere una notificación, el régimen de las operaciones garantizadas deberá indicar cuál ha de ser el contenido mínimo de la notificación dada, y la manera y el momento que se ha de dar. Al hacerlo, la ley deberá distinguir entre el aviso que ha de darse al deudor y al otorgante en el supuesto de que éste no sea el deudor, y el aviso que ha de darse a los demás acreedores y a las autoridades públicas o al público en general. El acreedor garantizado podría, por ejemplo, estar obligado a dar aviso previo por escrito al deudor y al otorgante y a hacer inscribir esa notificación en algún registro público. Cabe también que el acreedor esté obligado a dar aviso por escrito a los demás acreedores garantizados que hayan inscrito su garantía real en un registro o que hayan de algún otro modo notificado al acreedor. Cabría también que esa obligación de dar aviso corra a cargo del secretario del registro. En cuanto a la información que ha de darse en dicho aviso, cabe que la ley exija que el acreedor garantizado incluya una estimación de la cuantía debida a raíz del incumplimiento e indique las medidas que el deudor o el otorgante de la garantía podrán adoptar para remediar ese incumplimiento o redimir el bien o los bienes gravados. Cabe que se

exija también que el acreedor garantizado indique, al menos a título provisional, las medidas que piensa adoptar para obtener la ejecución de su garantía real.

d. Reconsideración administrativa o judicial

16. Para cerciorarse de que todo recurso a la vía ejecutoria está justificado, el deudor y demás partes interesadas deben disponer de una oportunidad para obtener una reconsideración administrativa o judicial de los actos del acreedor garantizado. El deudor debe estar facultado para impugnar la pretensión del acreedor garantizado de que ha habido incumplimiento, o el cálculo efectuado por el acreedor garantizado de la suma debida a resultas del incumplimiento. A fin de no demorar indebidamente toda ejecución que esté justificada, convendrá haber previsto una vía de reconsideración acelerada, que lleve incorporada salvaguardas contra la presentación por el deudor de alegatos infundados destinados a demorar la ejecución.

4. Opciones a raíz de un incumplimiento

17. En la mayoría de los ordenamientos se reconoce que un acreedor garantizado podrá hacer valer la obligación garantizada presentando una demanda judicial con arreglo al procedimiento habitualmente seguido para hacer ejecutorio cualquier crédito. De pronunciarse sentencia sobre la obligación garantizada esa sentencia será ejecutada por esa misma vía sobre cualquiera de los bienes del deudor ejecutables en provecho de sus acreedores, incluidos los bienes gravados. El examen que se hace a continuación versará, no obstante, sobre la ejecución de una garantía real por el acreedor garantizado sobre los bienes gravados, ya sea por vía judicial o por alguna otra vía.

18. Cuando el deudor incumple la obligación garantizada, el acreedor garantizado pudiera estar o no en posesión del bien o los bienes gravados. Todo acreedor garantizado en posesión del bien gravado está amparado contra posibles abusos (por ejemplo, contra la ocultación o la enajenación indebida de los bienes), por el deudor o por el otorgante de la garantía. Todo régimen de las operaciones garantizadas debe proteger, asimismo, a todo acreedor garantizado que no tenga en su poder el bien gravado. Al margen de la cuestión del amparo debido contra posibles abusos, no existe ningún motivo para hacer una distinción entre el acreedor garantizado en posesión del bien gravado y todo otro acreedor que goce de una garantía real, por lo que cabe aplicar un mismo procedimiento para la liquidación del valor de la garantía real con independencia de que el acreedor garantizado esté o no en posesión del bien gravado.

a. Vía judicial para la ejecución de una garantía real

19. Una cuestión clave para todo régimen de las operaciones garantizadas es la medida en que el acreedor garantizado haya de acudir ante los tribunales o ante alguna otra autoridad (por ejemplo, un alguacil, notario público o cargo de la policía) para hacer ejecutar su garantía real.

20. A fin de proteger al deudor y a toda otra parte con algún derecho sobre los bienes gravados, en muchos ordenamientos se exige que el acreedor garantizado acuda ante los tribunales o ante alguna otra autoridad para hacer ejecutar su garantía real. Ahora bien, este enfoque puede ocasionar demoras y gastos que el deudor tendrá en última instancia que sufragar, al ser incorporados al precio de la operación financiera y que, en todo caso, reducirán el valor de liquidación del bien gravado. Además, conforme a este criterio se habría de seguir un procedimiento oficial, sin duda no concebido para obtener un buen precio de mercado para el bien o los bienes gravados.

21. A fin de evitar estos problemas, algunos ordenamientos jurídicos limitan la función de los tribunales o de otras autoridades en el procedimiento de ejecución. En estos ordenamientos, se facultará normalmente al acreedor para ejecutar su garantía real sin intervención previa de ninguna institución pública, ya sea un tribunal, un alguacil o un agente de la policía. En algunos otros ordenamientos, se prevé una intervención pública limitada en el procedimiento de ejecución¹. Se aduce a favor de este procedimiento que el recurso al acreedor garantizado o a un tercero de confianza para disponer de los bienes resultará a menudo más flexible, rápido y menos costoso que su liquidación por subasta pública. Con ello se trata también de optimizar el valor de liquidación del bien o los bienes gravados.

22. Ahora bien, incluso en esos ordenamientos, cabe acudir ante los tribunales para obtener el reconocimiento de toda excepción procesal oponible por el otorgante de la garantía o de todo crédito legítimo de algún otro acreedor con una garantía sobre el bien gravado. A fin de informar a esas partes y darles la oportunidad de reaccionar, se le exige al acreedor garantizado que dé aviso del incumplimiento y de que va a recurrir a la vía ejecutoria (ver párrafos 14 a 15). Además, de denegar el deudor su consentimiento, el acreedor garantizado no podrá ejecutar su garantía real si ello perturba la paz o el orden público (ver párrafo 30). Más aún, al disponer de los bienes gravados, el acreedor garantizado deberá obrar con “prudencia comercial” (ver párr. 33).

23. Aun cuando esté facultado para actuar sin necesidad de una intervención pública, nada impide normalmente que un acreedor garantizado decida ejecutar su garantía real por vía judicial. El acreedor garantizado tal vez opte por presentar una demanda judicial para evitar, por ejemplo, el riesgo de que sus actos privados sean ulteriormente impugnados, o por haber llegado a la conclusión de que deberá, de todos modos, acudir a los tribunales para reclamar algo que prevea que no sea recuperable por ninguna otra vía.

24. Haya o no de acudir el acreedor garantizado ante los tribunales, son muchos los ordenamientos que modifican el régimen normal del procedimiento civil para las demandas de ejecución de garantías reales presentadas por un acreedor garantizado.

¹ Por ejemplo, conforme a la Ley Modelo Interamericana de Garantías Mobiliarias, el acreedor garantizado deberá inscribir una notificación de incumplimiento y ejecución en el registro público, y entregar una copia de esa notificación al deudor y a todo otro acreedor con una garantía real inscrita en ese registro (ver artículo 54). El acreedor garantizado deberá demandar ante un tribunal un mandato de restablecimiento en la posesión que el tribunal podrá emitir sin audiencia previa (el deudor deberá incoar un procedimiento independiente para impugnar ese mandato; ver artículo 57). Una vez en posesión del bien, el acreedor garantizado podrá venderlo directamente, pero deberá observar ciertos trámites prescritos (ver artículo 59).

Esas modificaciones pueden consistir en un plazo más breve para la actuación del tribunal o en que se impongan límites a las acciones o excepciones que las demás partes puedan presentar. Si el tribunal concluye que ha habido incumplimiento, el objetivo de toda resolución judicial deberá ser satisfacer el crédito garantizado del acreedor. Deberá por ello facultarse al tribunal para ordenar que el deudor pague la obligación, enajene el bien gravado, o entregue los bienes al acreedor garantizado o al tribunal para que dispongan de ellos, según proceda.

b. Autonomía de las partes para convenir en alguna vía ejecutoria

25. Otro factor clave de un régimen de las operaciones garantizadas será la medida en que el acreedor garantizado y el otorgante podrán modificar por vía contractual el marco legal para la ejecución de una garantía real. Dar autonomía a las partes para determinar las consecuencias de su intercambio comercial favorece una asignación eficiente de recursos. Ahora bien, cuando el régimen interno de las operaciones garantizadas define imperativamente las obligaciones del acreedor garantizado, especialmente en aquellos regímenes que facultan al acreedor para ejecutar su garantía con escasa intervención pública, la ley tal vez suprima o limite la facultad de las partes para sustraerse por vía contractual de esas obligaciones. La ley tal vez establezca una distinción entre lo que las partes hayan convenido al concertar su acuerdo de garantía y lo que convengan una vez que el deudor haya incumplido.

c. Aceptación de los bienes gravados en cumplimiento de la obligación garantizada

26. A raíz del incumplimiento, el acreedor garantizado tal vez proponga aceptar los bienes gravados en cumplimiento total o parcial de la obligación garantizada. En la mayoría de los ordenamientos toda estipulación que confiera automáticamente la propiedad de los bienes gravados al acreedor garantizado a raíz del incumplimiento no será ejecutable, si figura en el acuerdo de garantía, pero en algunos ordenamientos sería ejecutable si es subsiguiente al incumplimiento. La ventaja de admitir la validez de un acuerdo subsiguiente está en que con ello se minimiza el costo de ejecución y se extingue más rápidamente la garantía real. Su desventaja dimana de que tal vez se preste a que el acreedor garantizado presione indebidamente al deudor o al otorgante en supuestos en los que los bienes gravados sean más valiosos que la obligación garantizada.

27. La ley puede amparar contra todo comportamiento abusivo exigiendo, en ciertos supuestos, el consentimiento del deudor o del otorgante, así como de terceros interesados o del tribunal competente, como sucedería en el caso de que el deudor haya reembolsado ya una porción considerable de la deuda garantizada. Tal vez se exija cierta publicidad o se imponga cierto plazo antes de proceder a una liquidación definitiva, a fin de dar margen para toda intervención oportuna ante el tribunal. La ley tal vez requiera también alguna tasación oficial.

d. Redención de los bienes gravados

28. En la mayoría de los ordenamientos se suele permitir que el deudor que ha incumplido o el otorgante de la garantía rediman los bienes gravados pagando la suma pendiente de la obligación garantizada, junto con los intereses y los gastos de

ejecución hasta la fecha de esa redención. La redención de los bienes pone término a la operación. La esperanza de poder redimir los bienes puede alentar al deudor o al otorgante a buscar compradores para los bienes gravados y a supervisar estrechamente la actuación del acreedor garantizado. La redención de los bienes gravados no es lo mismo que el restablecimiento de la obligación garantizada. Al restablecerse la obligación garantizada (por ejemplo, abonando una cuota impagada) se redime un incumplimiento parcial y la obligación así restablecida seguirá estando garantizada por los bienes gravados. Toda redención de los bienes gravados libera de la propia obligación garantizada.

e. Enajenación autorizada del bien gravado efectuada por el otorgante

29. A raíz de un incumplimiento, el acreedor garantizado deseará optimizar el valor de liquidación de los bienes gravados. A menudo, el deudor conocerá mejor el mercado de sus bienes que el acreedor garantizado. Por ello, se acostumbra a dar al deudor cierto plazo a raíz del incumplimiento durante el cual él mismo podrá enajenar los bienes gravados.

f. Sustracción de los bienes gravados del control del otorgante

30. A raíz del incumplimiento del deudor, el acreedor garantizado que no esté ya en posesión de los bienes gravados estará preocupado porque sus bienes puedan ser dispersados o malgastados. Cabe amainar este riesgo colocando esos bienes en manos de un tribunal, de alguna autoridad pública o de un tercero que sea de la confianza del acreedor garantizado. Permitir que el acreedor garantizado se haga con esos bienes sin ninguna o escasa intervención judicial o de alguna otra autoridad reducirá el costo de la ejecución (ver párr. 21). Ahora bien, cuando el derecho interno permita que el acreedor garantizado tome posesión de los bienes debe preverse el riesgo de que el acreedor abuse de dicha facultad, en particular el riesgo de que perturbe la paz pública o de que intimide al deudor. La mayoría de esos ordenamientos condiciona, por ello, esa toma de posesión a que no se perturbe el orden público (“ruptura de la paz”). Ciertos ordenamientos exigen que se dé aviso previo del incumplimiento para poder tomar posesión de los bienes.

31. De existir el riesgo de que los bienes gravados disminuyan rápidamente de valor, el derecho interno suele prever que un tribunal o alguna otra autoridad competente podrá otorgar una medida cautelar destinada a preservar el valor de esos bienes.

g. Venta u otro acto de disposición de los bienes gravados

32. Toda garantía real faculta al acreedor garantizado para decretar la venta u otro acto de disposición de los bienes gravados. El objetivo de ese acto de disposición debe ser maximizar el valor de los bienes gravados, sin poner en peligro ningún derecho legítimo o excepción judicial de que disponga el otorgante de la garantía o alguna otra persona.

33. Los requisitos impuestos son de índole más o menos formal según los países. En algunos ordenamientos se habrá de seguir el mismo procedimiento público que

se utilice para la ejecución de una sentencia judicial. En otros se permite que el acreedor garantizado controle el acto de disposición, pero se prescriben ciertos procedimientos uniformes para la enajenación de los bienes gravados en subasta pública, particularmente en materia de plazos, publicidad y precio mínimo. En algunos otros se permite que el acreedor garantizado controle el acto de disposición a reserva de ciertas reglas flexibles de procedimiento. Estos ordenamientos pueden condicionar el ejercicio del derecho del acreedor a que el otorgante dé su consentimiento, ya sea en el acuerdo de garantía o después del incumplimiento. Se suele prescribir cierta norma de conducta que el acreedor garantizado deberá observar (obrando, por ejemplo, “con prudencia comercial” o “con diligencia profesional”). Tal vez se haya reglamentado también la modalidad de cobro del producto del acto de enajenación y la custodia de ese producto hasta su distribución.

34. La mayoría de los regímenes de operaciones garantizadas exigen que se dé aviso a determinadas partes antes de proceder al acto de disposición. Dado el carácter definitivo de todo acto de disposición, se ha de reglamentar detalladamente la forma de alertar a toda parte interesada para que pueda amparar su derecho. Las cuestiones relativas a la determinación de las personas a notificar y de la forma y el momento de la notificación son similares a las examinadas respecto del incumplimiento (ver párrs. 14 y 15). Suelen prescribirse trámites especiales para todo supuesto de venta de un negocio en marcha.

h. Distribución del producto de la enajenación

35. Para restar motivos de controversia, todo régimen de las operaciones garantizadas deberá reglamentar la distribución del producto de la enajenación. Suele comenzarse por abonar ciertos gastos de ejecución razonables, abonándose a continuación la obligación garantizada. La ley debe determinar si el acreedor garantizado estará obligado a distribuir parte del producto a otros acreedores con garantías reales sobre los bienes enajenados, y cuáles son los supuestos en que deberá obrar así. Esas reglas deben exigir que se dé aviso al acreedor garantizado de la existencia de esas otras garantías reales. La ley debe disponer que todo excedente sobrante sea devuelto al otorgante de la garantía.

36. El producto asignado al acreedor garantizado deberá ser destinado a la satisfacción de la obligación garantizada. De ser insuficiente la suma así asignada, la obligación quedará extinguida únicamente en la medida en que haya sido reembolsada por el producto recibido. La ley debe disponer expresamente que el acreedor garantizado seguirá gozando de un derecho para recuperar la suma pendiente del deudor. Salvo que el deudor haya creado una garantía real sobre otros bienes en provecho del acreedor, el derecho del acreedor que haya quedado pendiente de satisfacción no estará garantizado.

i. Término de la garantía real

37. Un régimen de las operaciones garantizadas debe poner término a la garantía real a raíz de la enajenación de los bienes gravados. Con ello quedaría extinguida la garantía real del acreedor garantizado sobre los bienes gravados, así como todo derecho sobre esos bienes del otorgante. La ley debe también determinar si subsistirá o no el derecho de alguna otra persona (incluido todo otro acreedor

garantizado) pese a la enajenación de los bienes a resultas del procedimiento de ejecución.

j. Variaciones del marco general

38. Todo régimen de las operaciones garantizadas aplicable a categorías muy diversas de bienes gravados tal vez deba prever ciertas reglas especiales aplicables, cuando proceda, a la enajenación de ciertas categorías de bienes. Este sería el caso respecto de los bienes inmateriales de los valores bursátiles y de los títulos negociables. Por ejemplo, todo acreedor garantizado con una garantía sobre un crédito por cobrar deberá estar facultado para informar al deudor de ese crédito del incumplimiento del deudor de la obligación garantizada.

39. Todo régimen de las operaciones garantizadas debe también determinar cómo deberá proceder un acreedor garantizado cuando una misma operación englobe garantías reales sobre bienes muebles y bienes inmuebles. Es posible que una garantía sobre bienes accesorios de un inmueble requiera asimismo ciertas reglas especiales que resuelvan el problema de la separación de un bien accesorio de un inmueble perteneciente a alguien que no sea el otorgante.

5. Recurso a la vía judicial por otros acreedores

40. Deberá coordinarse el régimen de las operaciones garantizadas con el derecho procesal civil general a fin de facultar al acreedor garantizado para intervenir en todo otro procedimiento abierto que afecte a su garantía real con miras a protegerla y reclamar la observancia del orden de prelación de los créditos. Cabe que los demás acreedores del deudor o del otorgante acudan ante los tribunales para obtener la ejecución de sus créditos contra el deudor y cabe que la ley procesal del foro reconozca a esos acreedores un derecho a forzar al deudor a enajenar los bienes gravados. El acreedor garantizado buscará en la ley procesal del foro alguna regla que le permita intervenir en esos procedimientos en defensa de la prelación de su garantía real. Cabe que esa normativa haya previsto alguna excepción al régimen general de la prelación. Cabe también que faculte al tribunal para ordenar que cierta suma debida a un deudor sentenciado sea abonada directamente al acreedor cuya demanda haya prosperado. Aun cuando un acreedor garantizado disponga de una garantía real sobre ese crédito por cobrar, es posible que el mandato judicial sirva para otorgar una prelación efectiva al acreedor cuya demanda haya prosperado. Si esta inversión judicial del orden de prelación general no es deseada por el legislador, convendría que se rectifique la ley correspondiente.

B. Resumen y recomendaciones

41. Las disposiciones en materia de incumplimiento y recurso a la vía ejecutoria de un régimen de las operaciones garantizadas tendrán por objetivos básicos los siguientes:

- i) Proporcionar reglas claras, sencillas y transparentes para la ejecución de toda garantía real a raíz de un incumplimiento de la obligación garantizada, así

como respecto de los derechos, obligaciones y prelación relativa de toda parte interesada a raíz de ese incumplimiento.

- ii) Optimizar el valor de liquidación de los bienes gravados sin dejar de amparar los derechos de toda parte interesada o de todo tercero en general;
- iii) Poner término a la operación al completarse el curso de la vía ejecutoria;
- iv) Definir claramente la medida en que el acreedor garantizado y el deudor podrán estipular de común acuerdo el procedimiento a seguir para liquidar el valor de los bienes gravados; y
- v) Coordinar el procedimiento a seguir y los derechos ejecutorios en el marco del régimen de las garantías reales con el procedimiento a seguir y los derechos ejecutorios en el marco de un procedimiento de insolvencia.

42. No es preciso que la ley defina la noción de “incumplimiento”. De darse una definición, bastará con declarar que se incurrirá en incumplimiento siempre que el deudor no satisfaga una obligación garantizada o incumpla por algún otro concepto dicha obligación, conforme a lo estipulado en el acuerdo de garantía o a tenor de lo dispuesto en la ley que le sea por lo demás aplicable. La ley deberá determinar cuándo y a quién se debe dar aviso del incumplimiento. El deudor debe poder acudir ante los tribunales o ante alguna otra autoridad competente para impugnar toda pretensión infundada, del acreedor, de que ha incurrido en incumplimiento, o el cálculo efectuado por el acreedor de la cuantía debida a resultas del incumplimiento. Esa reconsideración deberá ser agilizada a fin de no demorar ninguna ejecución justificada de una garantía real. Se deben incorporar salvaguardas al procedimiento estatuido para este fin, con miras de desalentar toda presentación de alegatos infundados por el deudor con la sola finalidad de demorar la ejecución.

43. *[Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar el alcance que se ha de dar al control judicial del procedimiento de ejecución. El Grupo de Trabajo podrá considerar al respecto (ver párrs. 19 a 25 y 30 a 34):*

- i) si, en el supuesto de una garantía real sin desplazamiento, debe preverse alguna intervención pública para poner el bien gravado en manos del acreedor garantizado o si debe facultarse al acreedor garantizado para sustraer el bien gravado del control del deudor, a reserva de que se respeten ciertas reglas destinadas a salvaguardar la paz pública; y*
- ii) si, a reserva de toda norma y práctica comercial que sirva de salvaguarda contra posibles abusos, debe facultarse al acreedor garantizado para disponer del bien gravado, ya sea directamente o por medio de un procedimiento sujeto a supervisión judicial.]*

44. Debe permitirse que el deudor o el otorgante rediman, a raíz de un incumplimiento, los bienes gravados reembolsando la suma pendiente de la obligación garantizada con sus intereses y los gastos de la vía ejecutoria seguida hasta el momento de la redención.

45. Deberá determinarse por ley cómo se ha de hacer la distribución del producto de todo acto de enajenación. Ese producto deberá distribuirse por el orden siguiente: todo gasto justificado incurrido en el curso de la enajenación; la obligación garantizada; toda otra obligación garantizada; devolviéndose toda suma sobrante, de haber alguna, al otorgante. Si la cuantía del producto destinada a satisfacer la obligación garantizada resulta insuficiente, el acreedor garantizado deberá conservar

un crédito no garantizado por el importe insatisfecho frente al deudor. La enajenación de los bienes gravados deberá poner término a la operación de garantía.

46. Tal vez se hayan de prever reglas especiales para la enajenación de los bienes inmateriales, de los títulos negociables y de los bienes accesorios de un inmueble. La ley deberá estatuir ciertas pautas orientadoras respecto del procedimiento a seguir cuando una única operación conlleve garantías reales sobre bienes tanto muebles como inmuebles.

47. Se habrá de coordinar el régimen especial de las garantía reales con el derecho procesal civil general con miras a facultar a todo acreedor garantizado para intervenir en un procedimiento de insolvencia en defensa de su garantía real o de la prelación de su crédito garantizado.