



Asamblea General

Distr. limitada
18 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	1-37	1
X. Insolvencia	1-37	2
A. Observaciones generales	1-30	2
1. Introducción	1-6	2
a. Alcance y contexto comercial	1-5	2
b. Terminología	6	3
2. Objetivos clave	7-10	4
3. Régimen aplicable a las garantías reales en un procedimiento de insolvencia	11-30	5
a. Inclusión de los bienes gravados en la masa de la insolvencia	11-15	5
b. Limitaciones de la ejecutoriedad de las garantías reales	16-21	6
c. Participación de los acreedores garantizados en el procedimiento de insolvencia	22-23	7
d. Validez de las garantías reales y acciones de impugnación	24	8
e. Prelación relativa de las garantías reales	25-27	8
f. Planes de reorganización	28-30	10
B. Resumen y recomendaciones	31-37	11

* La presente adición se presenta con cinco semanas de antelación menos, de las diez requeridas, al inicio de la reunión, por haber estado la secretaría de la Comisión atareada en la preparación de otros documentos, así como de las restantes 11 adiciones del documento A/CN.9/WG.VI/WP.2.



X. Insolvencia

A. Observaciones generales

1. Introducción

a. Alcance y contexto comercial

1. En el presente capítulo se examinan los efectos de la apertura de un procedimiento de insolvencia sobre todo derecho ejecutorio de que disponga un acreedor garantizado. Debe por ello ser leído a la luz de la Guía legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia, en la que se examinan las cuestiones que son objeto del presente capítulo en el marco más amplio del régimen de la insolvencia (ver A/CN.9/WG.V/WP.57, A/CN.9/WG.V/WP.58 y A/CN.9/WG.V/WP.61).

2. Si bien es probable que en un ordenamiento jurídico el régimen de la insolvencia sea distinto del régimen de las operaciones garantizadas, ambos regímenes se ocupan de las relaciones entre el deudor y sus acreedores y ambos tratan de imponer al deudor cierta disciplina crediticia. Una reglamentación eficaz en cualquiera de las dos esferas contribuirá al buen funcionamiento de la reglamentación aplicable en la otra. El régimen de las operaciones garantizadas puede, por ejemplo, mejorar la disponibilidad de crédito, facilitando así la buena marcha del negocio y disminuyendo el riesgo de insolvencia. Un buen régimen de las operaciones garantizadas puede promover asimismo un comportamiento responsable de los acreedores, en la medida en que les exija que supervisen la solvencia crediticia del deudor frente a sus obligaciones, previniendo así el peligro de que el deudor se endeude demasiado y corra el riesgo de incurrir en insolvencia.

3. No obstante, puede haber roces en ciertos puntos de intersección entre el régimen de las operaciones garantizadas y el régimen de la insolvencia, por razón del diverso enfoque de uno y otro régimen respecto de la deuda. El régimen de las operaciones garantizadas tiene por objeto asegurar el cumplimiento de ciertas obligaciones, mientras que el régimen de la insolvencia se ocupa de todo supuesto en el que el deudor no pueda cumplir sus obligaciones. El régimen de las operaciones garantizadas trata de dotar a determinados acreedores de un derecho ejecutorio eficaz que haga sumamente probable el cumplimiento de la obligación que les sea respectivamente debida. El régimen de la insolvencia trata, en cambio, de mejorar las probabilidades de que se reembolsará en lo posible a todos los acreedores evitando toda carrera entre ellos por desmembrar el patrimonio de su común deudor. El legislador deberá tener esta influencia recíproca en cuenta, ya que toda reforma de uno de estos regímenes puede dificultar y elevar el costo de ciertas operaciones financieras que dependan del buen funcionamiento del otro. Por ello, todo país que desee reformar su derecho interno en este campo deberá determinar todo punto de conflicto eventual entre los derechos y obligaciones que dependan de uno u otro régimen, procurando conciliarlos en lo posible.

4. El régimen de la insolvencia suele prever dos categorías básicas de procedimiento: la liquidación (que supone la clausura del negocio del deudor y la subsiguiente liquidación y distribución de la masa de la insolvencia), y la reorganización (destinada a maximizar el valor de la masa a fin de obtener el reembolso más completo posible de los créditos de todos los acreedores, procurando

salvar el negocio en vez de liquidarlo). En todo procedimiento de liquidación, se le encomienda al representante de la insolvencia la tarea de reunir los bienes de la masa de la insolvencia para proceder a su venta o enajenación, con miras a distribuir el producto de dicha venta entre los acreedores del deudor. A fin de maximizar el valor de liquidación de esos bienes, el representante tal vez decida proseguir el negocio del deudor durante cierto tiempo a fin de vender su empresa como negocio en marcha, en vez de vender los diversos bienes por separado. En un procedimiento de reorganización se parte, por el contrario, del supuesto de que la empresa del deudor insolvente será mantenida como negocio en marcha. En ambos casos la meta del procedimiento es maximizar el valor del negocio del deudor tratando de ayudar al deudor a superar sus dificultades financieras y a reanudar y proseguir el curso normal de sus operaciones comerciales.

5. Además de las vías legalmente establecidas para el procedimiento de insolvencia, están surgiendo nuevas formas de resolver estas crisis (por ejemplo, mediante arreglos extrajudiciales entre los acreedores del deudor insolvente). Estas nuevas vías responden a la necesidad de respaldar la estabilidad económica mediante el rápido ajuste de los créditos debidos a entidades financieras cuando resulte incierto que las instituciones competentes en materia de insolvencia puedan actuar con rapidez y eficacia.

[Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tener en cuenta en sus deliberaciones que el Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) está estudiando estas vías alternativas (ver A/AC.9/507 y A/CN.9/WG.VI/WP.61/Add.1).]

b. Terminología

[Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si las definiciones que figuran a continuación deben ser trasladadas al capítulo I (ver A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.1).]

6. En el presente capítulo se han utilizado los términos que figuran a continuación con el sentido indicado:

Deudor insolvente	Por “deudor insolvente” se entenderá toda persona [o entidad] que lleve un negocio y que satisfaga los criterios requeridos para la apertura de un procedimiento de insolvencia y sea objeto de ese procedimiento; podrá ser tenido por deudor insolvente tanto el “deudor” o el “otorgante” en el sentido dado a estos términos en la presente Guía.
Procedimiento de de insolvencia	Por “procedimiento de insolvencia” se entenderá todo procedimiento colectivo que suponga que el deudor insolvente quede [parcial o totalmente] privado de su posición al frente de su negocio y se nombre un representante de la insolvencia [para la liquidación de la empresa o para su reorganización] [para seguir un procedimiento que podrá ser de reorganización de la empresa o de liquidación de la misma].

Representante de de la insolvencia	Por “representante de la insolvencia” se entenderá toda persona [o entidad] nombrada por el tribunal para que se haga cargo de la administración del patrimonio del deudor [, supervisando y prestando asistencia en la gestión del negocio,] con miras a proceder a la reorganización o la liquidación de la empresa.
Crédito garantizado	Por “crédito garantizado” se entenderá todo crédito presentado en un procedimiento de insolvencia, que esté respaldado por una garantía real.

2. Objetivos clave

[Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si debe incluirse el examen de los siguientes objetivos clave en el capítulo I (ver A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.1).]

7. Toda norma legal que se ocupe de los derechos de un acreedor garantizado al abrirse un procedimiento de insolvencia contra su deudor o contra el otorgante de su garantía debe estar pensada en aras de facilitar la ejecución de la garantía, definiendo un orden de prelación claro y respetando la autonomía contractual de las partes (ver A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.1, secciones D, E y G).

8. De ser una garantía real válida al margen de un procedimiento de insolvencia de tal modo que surta efecto no sólo frente al deudor sino también frente a terceros, su validez debe ser igualmente reconocida en un procedimiento de insolvencia. De igual modo, si una garantía real goza de prelación sobre el crédito de algún otro acreedor al margen del procedimiento de insolvencia, la apertura de este procedimiento no debe alterar el orden de prelación de esos créditos. Debe limitarse en lo posible toda excepción a esta regla que debe ser clara y transparente a fin de que todo financiero eventual pueda calcular el riesgo de impago para incorporarlo al costo de la operación de crédito (ver asimismo el objetivo 7 en A/CN.9/WG.V/WP.57, párr. 21).

9. Debe coordinarse el régimen de las operaciones garantizadas con el de la insolvencia en lo relativo a la ejecutoriedad de las garantías reales. Como ya se indicó (ver A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.9, párr. 4) el acreedor garantizado tendrá en cuenta todo límite impuesto al ejercicio de sus derechos por la apertura de un procedimiento de insolvencia al decidir si otorgará o no crédito a un deudor y el precio del crédito otorgado. Además, la existencia de esos límites dará un incentivo a los demás acreedores para solicitar la apertura de un procedimiento de insolvencia cuando el deudor esté en dificultades financieras, limitando así los derechos del acreedor garantizado y elevando la probabilidad de que sus propios créditos frente al deudor sean reembolsados.

10. La mayoría de los ordenamientos reconocen la autonomía contractual de las partes. Puede haber, no obstante razones para restringir el ejercicio por el acreedor garantizado de su garantía real en determinados supuestos, una vez abierto un procedimiento de insolvencia contra el deudor. De ser este el caso, lo importante es que haya certidumbre. Cuanto más previsibles sean esos límites y cuanto mejor se salvede el valor económico de la garantía real, menor será la merma ocasionada

por esos límites al aliciente financiero que, por lo demás, supone para el acreedor el respaldo de una garantía real.

3. Régimen aplicable a las garantías reales en un procedimiento de insolvencia

a. Inclusión de los bienes gravados en la masa de la insolvencia

11. Una cuestión inicial es la de saber si la garantía real del acreedor garantizado quedará sujeta al procedimiento de insolvencia o, en otras palabras, la de saber si los bienes gravados entrarán a formar parte de la “masa” creada al abrirse un procedimiento de insolvencia contra el deudor (ver A/CN.9/WG.V/WP.58, párrs. 46 y 47). La masa está integrada por todos aquellos bienes del deudor insolvente que vayan a ser puestos bajo administración en el procedimiento de insolvencia.

12. Los efectos de que los bienes gravados sean incluidos en la masa de la insolvencia pueden ser muy diversos. En muchos ordenamientos, esa inclusión limita la ejecutoriedad de la garantía real del acreedor (ver párr. 16). Toda limitación legal de lo negociado entre las partes será tenido en cuenta por los acreedores al decidir si otorgarán o no crédito al deudor y el precio que cobrarán por dicho crédito. Algunos regímenes de la insolvencia, que exigen que todos los bienes del deudor sean incluidos de entrada en la masa de la insolvencia, permiten que los bienes gravados sean separados de la masa si se presenta prueba de que se está causando algún daño o perjuicio a la garantía real del acreedor.

13. A fin de poder determinar si el procedimiento abierto servirá para maximizar la suma reembolsada a los acreedores en general, cabe que el régimen de la insolvencia disponga que todo bien gravado quede inicialmente sujeto a control en el marco del procedimiento abierto. A resultas de ello, cabe que el acreedor garantizado se vea obligado a entregar el bien gravado al representante de la insolvencia. Esta entrega de la posesión puede ser obligatoria no sólo en el supuesto de que se abra un procedimiento de reorganización, sino también en todo procedimiento de liquidación en el que se prevea que el negocio del deudor insolvente seguirá en marcha mientras se van liquidando escalonadamente los bienes de la masa, o mientras subsista la probabilidad de que la empresa pueda ser vendida como negocio en marcha. Como tal vez no sea posible determinar, al abrirse el procedimiento de insolvencia, si conviene o no mantener el negocio en marcha, muchos regímenes de la insolvencia disponen que los bienes gravados formarán parte de la masa durante un cierto plazo.

14. La masa de la insolvencia estará normalmente integrada por todos los bienes sobre los que el deudor insolvente posea algún derecho al declararse abierto el procedimiento de insolvencia. En algunos ordenamientos quedarán fuera de dicha masa todos aquellos bienes sobre los que algún acreedor haya retenido la propiedad o titularidad legal. Cabe citar a título de ejemplo la retención de la propiedad o titularidad por el acreedor garantizado de un arriendo financiero con opción de compra, así como toda transferencia de la propiedad al acreedor garantizado, efectuada a título de garantía (ver capítulo III.A.3). En otros ordenamientos, en los que se agrupa este dispositivo jurídico junto con otras formas de garantía crediticia en una única categoría genérica de “garantía real”, será aplicable un único régimen a todas las garantías reales, incluso en el marco de un procedimiento de insolvencia, sin que la garantía real constituida en forma de una transferencia de la propiedad sea

excepción a dicha regla general. Se trata pues de una cuestión que ilustra la necesidad de coordinar el enfoque que se vaya a adoptar en el régimen de las operaciones garantizadas con el del régimen de la insolvencia.

15. Algunos acreedores garantizados participarán de todos modos en el procedimiento de la insolvencia, al poseer créditos tanto garantizados como ordinarios. Esta situación puede darse no sólo cuando el acreedor disponga de dos créditos independientes de los que uno sólo esté garantizado, sino también cuando su crédito garantizado lo esté por una suma inferior a su valor total (es decir, cuando el valor del bien gravado sea inferior al de la obligación garantizada del deudor). En ese supuesto, el acreedor garantizado dispondrá de un crédito garantizado hasta el importe del valor del bien gravado y un crédito ordinario por la diferencia entre el valor del bien gravado y el importe total de su crédito (ver también la sección A.3.b).

b. Limitaciones de la ejecutoriedad de las garantías reales

16. Muchos regímenes de la insolvencia limitan los derechos de los acreedores para entablar actuaciones frente al deudor una vez abierto un procedimiento de insolvencia, mediante la imposición de alguna moratoria o paralización. Esta paralización puede ser automática o legal, o depender de un mandato judicial. En algunos ordenamientos esa paralización será aplicable a todos los acreedores tanto ordinarios como garantizados. Se aducen las mismas razones para paralizar la ejecución de las garantías reales que para incluir los bienes gravados en la masa de la insolvencia. Estas limitaciones pueden, no obstante, tener un efecto adverso sobre la disponibilidad de crédito y sobre su costo, por lo que todo régimen de la insolvencia debe buscar la forma de conciliar estos intereses contrapuestos (ver A/CN.9/WG.V/WP.58, párrs. 69 a 82).

17. Con escasas excepciones (ver párr. 13), la necesidad de paralizar la ejecución de una garantía real será menos acuciante cuando el procedimiento sea de liquidación. En la mayoría de los procedimientos de liquidación, el representante de la insolvencia venderá por separado los bienes de la masa, sin tratar de vender la empresa como negocio en marcha. Ello se debe a diversas razones, entre las que cabe citar el supuesto de que el régimen de la insolvencia no haya previsto que la paralización sea aplicable a los acreedores garantizados, pero que prevea en cambio la apertura de negociaciones entre el deudor insolvente y sus acreedores con anterioridad a la apertura del procedimiento de insolvencia, con miras a optimizar el resultado para todos los interesados. Otra posibilidad consiste en que la paralización sea levantada al término de un breve plazo (por ejemplo de 30 días), salvo que se obtenga un mandato judicial para prorrogar la paralización por algún motivo previsto en el régimen de la insolvencia. Cabe citar como motivos posibles para solicitar esa prórroga que se haya probado que existe una posibilidad razonable de que la empresa pueda ser vendida como negocio en marcha, y de que esa venta maximizará el valor de la empresa para todos los acreedores y no ocasionará ningún perjuicio indebido a los acreedores garantizados.

18. Esa paralización de las actuaciones tiene mayor razón de ser cuando se opta por un procedimiento de reorganización. El objetivo de este procedimiento es reestructurar la empresa de modo que resulte económicamente viable, restaurando así su viabilidad comercial y financiera, y maximizando eventualmente el reembolso de los acreedores. Tal vez sea necesario reestructurar a este fin la financiación de la

empresa, condonando ciertas deudas, transformando otras en capital social y aplazando el reembolso de algunas otras, así como procediendo a la venta de una parte o de la totalidad de la empresa como negocio en marcha. La retirada de los bienes gravados de una empresa puede frustrar toda tentativa de proseguir el negocio y de vender la empresa como negocio en marcha. Por consiguiente, cabe que el régimen de la insolvencia extienda la paralización a los acreedores garantizados durante el tiempo que sea necesario para formular y presentar un plan de reorganización a los acreedores.

19. Si se paraliza toda demanda de ejecución presentada por un acreedor garantizado, el régimen de la insolvencia deberá haber previsto medidas para salvaguardar el valor económico de su garantía real. Cabe citar como salvaguardias eventualmente otorgables: un mandato judicial ordenando el pago en metálico de los intereses debidos por el importe del crédito garantizado; la indemnización de toda merma de valor del bien gravado; y la constitución en garantía de otros bienes adicionales o sucedáneos de los ya gravados.

20. Cabe también que el régimen de la insolvencia exonere al acreedor garantizado de la paralización autorizando, en ciertos casos, al representante de la insolvencia a entregar los bienes gravados al acreedor garantizado. Como posibles motivos para levantar la paralización respecto de esos bienes cabe citar el supuesto de que esos bienes no sean esenciales para la masa de la insolvencia o para la venta de la empresa, así como el supuesto de que no sea viable, o que resulte excesivamente oneroso para la masa, amparar el valor de la garantía real.

21. Cuando el valor de los bienes gravados sea superior al del crédito garantizado, la masa de la insolvencia gozará de un derecho sobre el excedente. De no haberse declarado la insolvencia, el acreedor garantizado tendría que dar cuenta al otorgante de la suma excedentaria reportada por la venta del bien gravado. De enajenarse esos mismos bienes estando abierto un procedimiento de insolvencia, el excedente deberá ser distribuido entre los restantes acreedores. Respecto de a quién incumbe disponer del bien gravado, deberá decidirse si un mismo criterio debe regir la enajenación del bien gravado, tanto si se efectúa al margen como en el marco de un procedimiento de insolvencia, por ejemplo, si el régimen de las operaciones garantizadas prevé que sea el acreedor garantizado quien enajene el bien gravado, la cuestión a resolver será la de determinar, caso de abrirse un procedimiento de insolvencia, si el acreedor garantizado seguirá estando facultado para enajenar dicho bien o si la enajenación habrá de hacerse bajo el control del representante de la insolvencia.

c. Participación de los acreedores garantizados en el procedimiento de insolvencia

22. Si se exige que los acreedores garantizados participen en el procedimiento de insolvencia, el régimen de la insolvencia deberá prever alguna vía para que esa participación sea conducente a la salvaguarda de los derechos de esos acreedores (ver A/CN.9/WG.V/WP.58, párrs. 199 a 203). Por ejemplo, al notificarse a los acreedores la apertura de un procedimiento de insolvencia se deberá indicar a todo

acreedor garantizado si deberá o no presentar su crédito al concurso general y en qué condiciones deberá hacerlo¹.

23. Además, si el régimen de la insolvencia ha previsto que el representante de la insolvencia sea asesorado por un comité de acreedores, la ley deberá prever una representación adecuada de los acreedores garantizados en ese comité. Podrá optarse entre nombrar representantes de los acreedores garantizados en el comité de acreedores o formar un comité aparte para los acreedores garantizados. Toda inquietud de que las sesiones de un comité general se vean dominadas por los acreedores garantizados, en detrimento de los demás, podría ser mitigada limitando el número de cuestiones sobre las que podrán votar los acreedores garantizados. Por ejemplo, su derecho de voto podría quedar restringido a la selección del representante de la insolvencia y a todo asunto que guarde una relación directa con los bienes gravados o la salvaguarda debida del valor de toda garantía real.

d. Validez de las garantías reales y acciones de impugnación

24. En términos generales, toda garantía real válida al margen de un procedimiento de insolvencia deberá ser tenida por válida en el marco de dicho procedimiento. Ahora bien, podrá impugnarse la validez de una garantía real, en el marco de un procedimiento de insolvencia, por motivos similares a los que puedan ser alegados para impugnar cualquier otro crédito. Muchos ordenamientos permiten, por ejemplo, que el representante de la insolvencia tache de nulidad (“impugne”) o invalide de cualquier otro modo toda cesión fraudulenta o preferencial efectuada por el deudor insolvente dentro de cierto plazo previo a la apertura del procedimiento de insolvencia. El otorgamiento o la cesión de una garantía real constituye una cesión de un derecho real que estará, por ello mismo, sujeta al régimen general de toda cesión, por lo que si esa cesión ha sido fraudulenta o preferencial, el representante de la insolvencia deberá estar facultado para impugnar o invalidar de algún otro modo la garantía real así cedida. Ello significa que una garantía real, que sea válida con arreglo al régimen de las operaciones garantizadas de cierto país, podrá ser invalidada, en determinadas circunstancias, con arreglo al régimen de la insolvencia de ese mismo país. (ver A/CN.9/WG.V/WP.58 párrs. 124 a 151).

e. Prelación relativa de las garantías reales

25. En todo régimen de las operaciones garantizadas se define el orden de prelación de los créditos respecto de los bienes gravados (ver capítulo VII). El régimen de la insolvencia puede introducir ciertas alteraciones en ese orden (ver A/CN.9/WG.V/WP.58, párrs. 217 a 233). Por ejemplo, sucede a menudo que el régimen de la insolvencia otorga prelación a todo crédito por salarios no cobrados y por prestaciones salariales no percibidas por los empleados, así como a todo crédito fiscal o por concepto de daños ecológicos (“créditos privilegiados”). Si bien la mayoría de los ordenamientos sólo reconocen la prelación de estos créditos respecto de los créditos ordinarios, algunos extienden esa prelación a los créditos garantizados. Conviene, no obstante, limitar el número de excepciones a la prelación de rango supremo del acreedor garantizado, ya que toda incertidumbre respecto del

¹ Respecto de la notificación a los acreedores extranjeros, ver artículo 14 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la insolvencia transfronteriza y párrs. 106 a 111 de la Guía para su incorporación al derecho interno.

número o la cuantía de esos créditos privilegiados repercutirá negativamente sobre la disponibilidad de crédito financiero y sobre su precio.

[Nota para el Grupo de Trabajo: en el párrafo anterior se trata de la prelación relativa entre los acreedores garantizados y los acreedores privilegiados. Si el régimen de la insolvencia altera el orden de prelación previo a la insolvencia entre los acreedores garantizados y los acreedores ordinarios, se estará dando un incentivo a los acreedores ordinarios para solicitar la apertura de un procedimiento de insolvencia. Si bien es posible que ello incentive a su vez a los acreedores garantizados a supervisar mejor al deudor, deberá en todo caso evitarse que esos regímenes den motivo para que se abuse del régimen de la insolvencia, utilizándolo como método para cobrar más por sus deudas por parte de los acreedores ordinarios. El proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia no recomienda que se altere en modo alguno la prelación relativa de los acreedores garantizados frente a los acreedores ordinarios. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si se debe incluir el examen de este punto en el proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas.]

26. El representante de la insolvencia podrá incurrir en gastos por concepto de mantenimiento de los bienes gravados, que deberá poder pagar con cargo a los fondos generales de la masa de la insolvencia. Dado que esos gastos de administración preservan el valor económico de la garantía real, no otorgarles prelación sobre el crédito del acreedor garantizado supondría un enriquecimiento injusto del acreedor garantizado a expensas de los acreedores ordinarios. Conviene, no obstante, que el régimen de la insolvencia limite esa prelación a todo gasto justificado, no dando así lugar a que se incurran en gastos injustificados por ese concepto.

27. Cabe que el representante de la insolvencia esté facultado para constituir una garantía real, sobre bienes ya gravados con anterioridad a la apertura del procedimiento, a favor de todo acreedor que ofrezca algún nuevo crédito a la masa de la insolvencia. Cabe preguntarse en este supuesto si se podrá otorgar prelación al acreedor garantizado con posterioridad a la apertura del procedimiento sobre las garantías reales de acreedores previamente garantizados. En aquellos ordenamientos en los que se permita otorgar esta prelación, raras veces podrá hacerse sin el consentimiento de aquellos acreedores garantizados que vayan a quedar subordinados (ver A/CN.9/WG.V/WP.58, párrs. 187 a 190).

[Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar en más detalle el orden de prelación de los créditos otorgados con posterioridad a la apertura de un procedimiento, así como las condiciones mínimas en las que sea aceptable otorgar prelación a un acreedor garantizado con posterioridad a la apertura del procedimiento sobre un acreedor garantizado con anterioridad a dicha apertura.]

f. Planes de reorganización

28. El objetivo principal de todo procedimiento de reorganización es maximizar el valor del negocio del deudor (y el reembolso de sus créditos a los acreedores) formulando un plan para su reorganización (ver A/CN.9/WG.V/WP.58, párrs. 261 a 286). Toda paralización de las actuaciones judiciales durante la formulación de un plan podrá aplazar el ejercicio de sus derechos por un acreedor garantizado, pero sin que sea necesario que ello afecte a la garantía real en sí. Ahora bien, una vez que se haya formulado ese plan, surge la cuestión de quién deberá aprobar ese plan para que surta efecto frente a todos los interesados (respecto de la aprobación del plan por los acreedores garantizados, ver A/CN.9/WG.V/WP.58, párrs. 276 a 277). Otra cuestión es la de quién deberá quedar vinculado por el plan. Si los acreedores garantizados no quedan vinculados por el plan, al poder disponer del valor económico pleno de sus garantías reales, la aprobación de esos acreedores no será necesaria, por no haberse menoscabado en modo alguno la integridad de su garantía real.

29. Ahora bien, si la reorganización no es viable sin que los acreedores garantizados consientan en percibir algo menos del pleno valor de su garantía real, conforme a la mayoría de los regímenes de insolvencia será preciso que esos acreedores aprueben el plan con arreglo a una mayoría calculada en función del número de acreedores y del importe de sus respectivos créditos. Algunos ordenamientos permiten que los acreedores garantizados voten como categoría respecto de todo plan que pueda menoscabar sus créditos. Aun cuando el voto afirmativo de esos acreedores, emitido en el seno de su propia categoría, sea tenido por vinculante para todo acreedor garantizado discrepante, esos regímenes suelen exigir que todo acreedor discrepante reciba como mínimo lo que hubiera recibido de haberse procedido a la liquidación de la empresa.

30. En la mayoría de los regímenes de la insolvencia se exige que el plan de reorganización propuesto sea confirmado por el tribunal competente. En algunos ordenamientos es el propio régimen de la insolvencia el que determina cuáles son los motivos por los que un tribunal podrá rechazar el plan. Entre esos motivos suele figurar la falta de viabilidad del plan propuesto por no ser vinculante para los acreedores garantizados que podrán retirar de la masa ciertos bienes esenciales para la viabilidad futura del negocio. En esos supuestos, algunos regímenes han previsto que el tribunal pueda declarar a esos acreedores vinculados al plan, si se cumplen ciertas condiciones. Entre esas condiciones cabe citar la de que el tribunal ordene la imposición de medidas que salvaguarden debidamente el valor económico de las garantías reales.

[Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar el régimen jurídico aplicable a las garantías reales en una reestructuración extrajudicial habida cuenta de las deliberaciones al respecto en el Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) (ver A/CN.9/507, párr. 244 y A/CN.9/WG.V/WP.61/Add.1).]

B. Resumen y recomendaciones

31. Todo régimen de las operaciones garantizadas deberá establecer reglas de prelación claras, facilitar la ejecución de las garantías y reconocer la autonomía contractual de las partes. Toda excepción a dicho régimen deberá ser de alcance limitado, bien definido y transparente.

32. En principio, los bienes gravados deberán formar parte de la masa de la insolvencia. El que todo bien que haya sido objeto de un arreglo de retención o de transferencia de la titularidad (ver capítulo III.A.3) deba o no formar parte de la masa de la insolvencia dependerá de que esa forma de transferencia o retención de la propiedad a título de garantía sea o no incorporada a la categoría general de las garantías reales.

[Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si los arreglos de transferencia o retención de la titularidad son o no asimilables a la categoría general de las garantías reales.]

33. De exigirse que los acreedores garantizados participen en el procedimiento de insolvencia, ese régimen deberá velar por que esa participación sirva para amparar los derechos de esos acreedores.

34. La diferencia existente entre un procedimiento de insolvencia destinado a liquidar el patrimonio de un deudor insolvente y un procedimiento destinado a reorganizar el negocio del deudor insolvente aboga en favor de que el régimen aplicable a las garantías reales sea distinto en uno y otro procedimiento.

35. Con escasas excepciones (ver párr. 13), la necesidad de paralizar la ejecución de la garantía real será menos imperiosa cuando el procedimiento de insolvencia sea de liquidación y no de reorganización. El alcance y la duración de la paralización y los motivos por los que pueda ser levantada deberán ser ajustados en función de esa distinción. En todo caso, se deberá dar a los acreedores garantizados salvaguardias que amparen adecuadamente el valor económico de sus garantías reales siempre que se demore la ejecutoriedad de su garantía real por medio de una paralización.

[Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si la determinación de quién deberá encargarse de la enajenación de los bienes gravados, en el marco de un procedimiento de insolvencia, debe efectuarse con arreglo a los mismos criterios que al margen de ese procedimiento.]

36. A reserva de toda acción de impugnación que pueda presentarse, toda garantía real creada con anterioridad a la apertura de un procedimiento de insolvencia deberá ser igualmente válida con posterioridad a la apertura de ese procedimiento.

37. Por regla general, la apertura de un procedimiento de insolvencia no deberá alterar la prelación de todo crédito garantizado con anterioridad a la apertura de ese procedimiento. La certeza y transparencia de toda excepción necesaria a dicha regla ayudará a evitar su repercusión negativa sobre la disponibilidad y el precio del crédito otorgado.

[Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si se debe o no dar prelación a la financiación, negociada con posterioridad a la apertura del procedimiento, que vaya a ser respaldada por una garantía real constituida sobre bienes ya gravados con anterioridad a dicha apertura a favor de otros acreedores garantizados y, en dicho caso, bajo qué condiciones.]