



Asamblea General

Distr. limitada
27 de abril de 2006
Español
Original: inglés

**Comisión de las Naciones Unidas para
el Derecho Mercantil Internacional**
Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales)
Décimo período de sesiones
Nueva York, 1º a 5 de mayo de 2006

Garantías reales

Proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas

Nota de la Secretaría

Adición

Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
IX. Incumplimiento y realización de la garantía	1-44	3
A. Observaciones generales	1-44	3
1. Introducción	1-7	3
2. Incumplimiento	8-9	4
3. Realización de la garantía	10-44	5
(a) Consideraciones generales.	10-14	5
(b) Notificación de la intención de realizar la garantía por vía extrajudicial	15-16	6
(c) Supervisión judicial requerida de la realización de una garantía . .	17-21	7
(d) Autonomía de las partes para convenir en la vía de realización de la garantía	22	9
(e) Aceptación de los bienes gravados en cumplimiento de la obligación garantizada.	23-24	9



(f) Redención de los bienes gravados	25-26	10
(g) Autorización dada al otorgante para disponer del bien gravado...	27	10
(h) Sustraer los bienes gravados del control del otorgante	28-29	11
(i) Venta u otro acto de disposición de los bienes gravados.....	30-33	11
(j) Distribución del producto de la enajenación	34-35	12
(k) Extinción de la garantía real	36	13
(l) Variaciones respecto del marco general	37-43	13
(m) Actuación judicial a instancia de algún otro acreedor.....	44	15
B. Recomendaciones		15

IX. Incumplimiento y realización de la garantía

A. Observaciones generales

1. Introducción

1. Todo acreedor garantizado parte de la previsión de que, en el curso normal de su operación garantizada, el otorgante¹ cumplirá sus obligaciones, por lo que no se verá obligado a hacer valer su garantía real sobre los bienes gravados. Por su parte, el otorgante confía también en cumplir con sus obligaciones. No obstante, uno y otro reconocerán que puede suceder que el otorgante se vea en la imposibilidad de cumplir su obligación. Ello puede deberse a algún error de gestión o de discernimiento comercial del otorgante o a causas ajenas a su voluntad, como pudiera ser una coyuntura desfavorable en algún ramo industrial o en la economía en general.

2. Todo acreedor garantizado acostumbra a inspeccionar periódicamente la marcha del negocio de su otorgante y el estado de los bienes gravados, y se pondrá en contacto con todo otorgante que atraviese por dificultades financieras. Un otorgante en dificultades suele cooperar con sus acreedores para buscar una salida a esas dificultades, y cabe que trabajando de consuno concierten un “concordato” o un “arreglo financiero” que extienda el calendario de pago, modifique de algún otro modo la obligación del otorgante o añada o reste bienes de la masa gravada. La negociación de un concordato suele llevarse a cabo a la sombra de dos factores jurídicos que pudieran ser decisivos: el derecho de todo acreedor garantizado de realizar su garantía sobre los bienes gravados en todo supuesto de incumplimiento por el otorgante de su obligación garantizada, y la posibilidad de que se declare abierto un procedimiento de insolvencia a instancia del propio otorgante o en su contra. Ahora bien, es poco probable que el otorgante no se haya dado cuenta de que está incumpliendo sus obligaciones, por lo que no suele suceder que el otorgante se entere de su incumplimiento por medio de un aviso proveniente de un acreedor garantizado.

3. En la raíz de todo régimen de las operaciones garantizadas está el derecho del acreedor garantizado de contar con el valor de los bienes gravados para satisfacer la obligación garantizada, en el supuesto de que el otorgante incumpla su obligación. La disponibilidad de una vía eficiente y económica que permita que todo acreedor pueda prever con exactitud el tiempo y los gastos inherentes a la realización de su garantía sobre los bienes gravados es un factor que influirá sobre la disponibilidad y el precio del crédito financiero ofrecido. Todo régimen de las operaciones garantizadas debe, por ello, ofrecer reglas de fondo y de procedimiento que ofrezcan una vía predecible, eficiente y económica para la realización de toda garantía real a raíz del incumplimiento de un otorgante. Ese régimen debe ser claro, sencillo y transparente a fin de que no haya duda alguna de que podrá realizarse la suma garantizada por los bienes gravados con toda rapidez, eficiencia y economía. Ese régimen deberá amparar, al mismo tiempo, todo interés legítimo del otorgante o de

¹ En el marco de las observaciones generales se utilizará el término “otorgante” por ser, en la inmensa mayoría de los casos, el otorgante el propio deudor. De hacerse alguna referencia explícita a un tercero otorgante que no sea el deudor, se utilizará donde corresponda el término “deudor”.

toda otra persona con algún derecho real sobre los bienes gravados, así como los intereses de los demás acreedores del otorgante.

4. El presente capítulo examina la realización por el acreedor garantizado de su garantía real en todo supuesto en que el otorgante incumpla (véanse párrs. 8 y 9) la obligación garantizada sin que se haya abierto un procedimiento de insolvencia, o tras haber obtenido la autorización del órgano competente, de haberse ya abierto un procedimiento (la insolvencia es tratada en el cap. IX).

5. La presente Guía se ocupa de la cesión pura y simple de créditos por cobrar. Ahora bien, en una cesión pura y simple, el cedente suele ceder todo derecho que posea sobre los créditos por cobrar. Por ello, dicho cedente no retiene ningún derecho sobre dichos créditos ni derecho alguno sobre su realización (la vía normal será su cobro). Por consiguiente, el presente capítulo trata de la cesión pura y simple de un crédito por cobrar en la medida únicamente en que el cesionario posea algún derecho de repetición o de recurso contra el cedente por la falta de cobro de los créditos cedidos. Ése será el único supuesto en el que el cedente estará interesado en el método seguido para la realización o en algún otro aspecto del cobro o de la enajenación por alguna otra vía de los créditos por cobrar.

6. El acreedor garantizado (cesionario) podrá recurrir contra el otorgante por la falta de cobro de unos créditos por cobrar, que hayan sido objeto de una cesión pura y simple, en el supuesto de que el otorgante (cedente) haya garantizado el pago total o parcial de los créditos cedidos, por el deudor o deudores en cuenta de dichos créditos. Puede que el acreedor disponga de algún otro motivo para recurrir contra el otorgante en virtud de algún otro arreglo funcionalmente equivalente a una garantía, como pudiera ser el de que i) el otorgante haya convenido en volver a comprar un crédito por cobrar vendido al cesionario en el supuesto de que el deudor en cuenta de dicho crédito incumpla su obligación de pago, o ii) en el supuesto de que el otorgante convenga en pagar al acreedor garantizado toda insuficiencia de la suma efectivamente cobrada por los créditos cedidos respecto del precio de compra a granel de los créditos por cobrar.

7. Todo recurso o acción de resarcimiento contra el otorgante por “falta de cobro” en el sentido aquí dado a ese término, se refiere al impago de un crédito por su deudor por razones financieras, como pudiera ser su insolvencia. Ello significa, por ejemplo, que el impago, por un deudor en cuenta, atribuible al mal estado de las mercancías o a la calidad deficiente de los servicios prestados o por no haber satisfecho el otorgante (cedente) las especificaciones del deudor en cuenta del crédito cedido, respecto de las mercancías entregadas o de los servicios prestados, no debe ser considerada como falta de cobro en el sentido aquí dado a dicho término.

2. Incumplimiento

8. El acuerdo entre las partes y el régimen legal general que sea aplicable a las obligaciones determinarán si el otorgante ha incumplido y cuáles son las consecuencias de su incumplimiento (por ejemplo, la de si el otorgante podrá aún remediar su incumplimiento y la de si se habrá de dar aviso de dicho incumplimiento)².

² Dicho aviso debe distinguirse de la obligación impuesta sobre el acreedor garantizado de dar aviso de toda enajenación extrajudicial de un bien gravado.

9. A grandes rasgos cabe decir que el otorgante incurre en incumplimiento si no cumple la obligación garantizada y que, a raíz de dicho incumplimiento, el acreedor garantizado podrá proceder a realizar su garantía real sobre los bienes gravados. Lo normal será que el otorgante trate de impugnar ante el tribunal competente el alegato del acreedor garantizado de que el otorgante ha incurrido en incumplimiento, o la exactitud de la suma alegada como debida a raíz del incumplimiento. A fin de evitar toda demora indebida de una realización justificada de la garantía, debe agilizarse toda intervención judicial. Deben incorporarse salvaguardias procesales que disuadan toda impugnación infundada, por parte del otorgante, con miras a demorar una realización justificada. Ahora bien, aun cuando no haya impugnado, por alguna de estas razones, el alegato del acreedor garantizado con anterioridad a la realización de la garantía sobre los bienes gravados, el otorgante podrá hacerlo ulteriormente al intentar el acreedor garantizado cobrar cualquier insuficiencia de la suma percibida.

3. Realización de la garantía

a) Consideraciones generales

10. Es importante que el régimen aplicable tenga en cuenta los derechos del otorgante, de toda otra persona con algún derecho sobre los bienes gravados y de los demás acreedores. Muchos regímenes imponen como norma general y suprema a este respecto, la obligación de que el acreedor garantizado obre de buena fe al realizar su garantía real, actuando conforme a las prácticas o normas de prudencia comercial imperantes en el mercado. Dada la importancia de esta obligación, el acreedor garantizado y el otorgante no podrán estipular en ningún momento una renuncia a esta obligación o modificación alguna de la misma. Todo acreedor garantizado que no cumpla con sus obligaciones a tenor de este capítulo deberá responder por concepto de daños ante toda persona perjudicada por su incumplimiento. Por ejemplo si la inobservancia de una conducta comercialmente prudente da lugar a que el acreedor garantizado enajene los bienes gravados por una suma inferior a la normal, el acreedor garantizado deberá responder ante toda persona damnificada por el monto de dicho diferencial o deficiencia.

11. A reserva de su obligación básica de obrar de buena fe y con prudencia comercial, el otorgante y el acreedor garantizado podrán, pero únicamente tras el incumplimiento del otorgante, renunciar de común acuerdo al cumplimiento de las restantes obligaciones descritas en el presente capítulo. Se ampara así al otorgante frente a toda presión eventual por parte del acreedor garantizado para que renuncie o modifique alguna de esas obligaciones en el momento de concertar la operación garantizada. Cabrá, en cambio, renunciar a ellas a raíz del incumplimiento del otorgante, ya que esa renuncia puede facilitar una “concertación” amigable de la enajenación de los bienes gravados con miras a maximizar la cuantía obtenida en provecho del acreedor garantizado, del otorgante y de los demás acreedores del otorgante. Además, en esta etapa, el acreedor garantizado habrá facilitado ya el crédito financiero solicitado, y no debe olvidarse que el otorgante suela ser quién mejor conoce los bienes gravados y la vía más provechosa para enajenarlos.

12. La cuestión clave que ha de resolverse en todo régimen de operaciones garantizadas es la de determinar cuáles son las modificaciones, de haber alguna, que deben introducirse en las reglas generales para el cobro de las deudas con miras a facilitar la realización de una garantía real. Por ejemplo, algunos regímenes han

previsto una vía judicial agilizada, mientras que otros facultan, al menos a título preliminar, al acreedor garantizado para determinar si ha habido incumplimiento y, en dicho supuesto, para tomar posesión de los bienes gravados y enajenarlos, sin intervención judicial o administrativa directa, pero obrando de buena fe y con prudencia comercial y sin menoscabo de toda intervención judicial obtenible a instancia del otorgante. Toda vía judicial o extrajudicial agilizada debe, no obstante, amparar el derecho a ser oída, en defensa de sus intereses legítimos, de toda persona con algún derecho sobre los bienes gravados. Además, la asignación de recursos en el marco del sistema judicial y toda delegación de poderes a particulares para adoptar medidas que afectan a otras personas suscita cuestiones de interés público. Al determinar el cometido asignable al poder judicial o a la autoridad administrativa competente en la realización de una garantía real, debe obrarse con toda la claridad y sencillez posible.

13. Maximizar la suma obtenida al enajenar los bienes gravados a raíz del incumplimiento del otorgante obra en provecho de todos los interesados (es decir, del acreedor garantizado, del deudor o del otorgante y de los acreedores ordinarios). El acreedor garantizado puede verse beneficiado por la reducción de toda deuda residual no sufragada por el otorgante una vez destinado el producto de la enajenación de los bienes gravados a la satisfacción de la obligación garantizada. Al mismo tiempo, tanto el garante como sus demás acreedores se beneficiarán de dicha reducción o de todo excedente a que la realización de los bienes gravados pueda dar lugar. Todo régimen de las operaciones garantizadas que simplifique y abarate la enajenación de los bienes gravados o el cobro, al tiempo que obliga al acreedor garantizado a obrar de buena fe y con prudencia comercial, aumentará el producto reportado por la enajenación de los bienes gravados.

14. La garantía real cobrará todo su valor para el acreedor garantizado si el otorgante atraviesa por dificultades financieras. Esas dificultades aumentan la probabilidad de que incumpla sus obligaciones y de que se abra un procedimiento de insolvencia voluntario o involuntario. En el capítulo IX se examina el efecto que puede tener la apertura de un procedimiento de insolvencia sobre la garantía de un acreedor garantizado y sobre el valor asignable a los bienes gravados por el acreedor garantizado.

b) Notificación de la intención de realizar la garantía por vía extrajudicial

15. Todo régimen de las operaciones garantizadas que prevea la realización por vía extrajudicial de la garantía suele exigir que se dé aviso de la intención de enajenar los bienes gravados a toda persona que pueda verse afectada por el acto de disposición (por ejemplo, al deudor, a un tercero otorgante o a toda persona con algún derecho sobre los bienes gravados) especificando el momento y lugar donde tendrá lugar. La principal ventaja de notificar al deudor u otorgante no es sino la de prevenirlos para que puedan actuar en defensa de sus intereses (el deudor será consciente del incumplimiento pero un tercero otorgante pudiera ignorarlo), remediando el incumplimiento del deudor, si no hay nada que lo impida, o buscando un buen comprador para los bienes gravados. Dar aviso a los demás interesados les permitirá seguir el curso de la realización incoada por el acreedor garantizado y, caso de ser alguno de ellos un acreedor garantizado con prelación superior (y haber el deudor incurrido en incumplimiento frente a él) podrá participar en el proceso de enajenación o hacerse cargo de dicho proceso. Cabe citar como inconvenientes del

aviso los gastos que pueda suponer, la oportunidad que ofrecerá a todo otorgante mal dispuesto para poner los bienes gravados fuera del alcance del acreedor y la posibilidad de que sirva de pretexto para que los demás acreedores se precipiten a hacer valer todo derecho de que dispongan frente al negocio del otorgante, interfiriendo con el proceso de enajenación de los bienes gravados. Además, de no haberse previsto alguna vía de notificación sencilla y clara, dicha obligación entraña el riesgo de algún incumplimiento “técnico” que dé lugar a un litigio o a la pérdida indebida de algún derecho. Muchos de los ordenamientos que exigen que se dé aviso de la intención de enajenar los bienes gravados, no exigen en cambio que se dé aviso del incumplimiento (véanse párrs. 8 a 9) ni de la realización por vía extrajudicial de la garantía.

[Nota para el Grupo de Trabajo: Tal vez proceda revisar el texto del comentario según que se retenga o no la recomendación 99 en el documento A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.1 concerniente al aviso que ha de darse de la intención de realizar la garantía por vía extrajudicial.]

16. Al igual que en otras situaciones en que se requiera dar aviso, en aquellos ordenamientos jurídicos en los que se exige que se notifique el incumplimiento, el régimen de las operaciones garantizadas suele indicar cuál ha de ser el contenido mínimo de la notificación y la manera y el momento en que se ha de dar. Al hacerlo, la ley puede 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, a las autoridades públicas o al público en general. Debe analizarse, en función de su costo, la procedencia de obligar al acreedor garantizado, que vaya a enajenar los bienes gravados, a dar previo aviso por escrito a otros que no sean ni el deudor ni el otorgante ni otros acreedores garantizados de los que se tenga noticia, por ejemplo, por haber inscrito su garantía en un registro o por haber notificado de algún otro modo la existencia de su derecho al acreedor garantizado. Cabe también que el secretario del registro esté obligado a dar dicho aviso a todo acreedor que haya inscrito su garantía (véase art. 54 de la Ley Modelo Interamericana de Garantías Mobiliarias). En cuanto a la información que habrá de darse en dicho aviso al deudor o al otorgante, tal vez proceda también determinarla en función de su costo. La ley puede exigir que el acreedor garantizado presente su estimación de la suma debida a raíz del incumplimiento. Tal vez le exija además que informe al deudor o al otorgante de todo paso que pueda aún darse para saldar la obligación garantizada o, de existir ese derecho, para remediar el incumplimiento. Cabe que el acreedor deba además indicar, aunque sólo sea a título provisional, todo paso que vaya a dar para enajenar los bienes gravados. El aviso dado a los demás interesados no habrá de ser, en cambio, tan específico.

c) Supervisión judicial requerida de la realización de una garantía

17. Una cuestión clara de todo régimen de las operaciones garantizadas es la determinar hasta qué punto el acreedor garantizado deberá recurrir a los tribunales o a alguna otra autoridad competente (un alguacil, un notario público o algún órgano de la policía) para realizar su garantía real, en vez de hacerlo por alguna vía extrajudicial. A fin de amparar al otorgante y a toda parte con algún derecho sobre los bienes gravados, algunos ordenamientos exigen que el acreedor garantizado obre exclusivamente a través de la vía judicial o de alguna otra autoridad competente para realizar su garantía real. Ahora bien, suele suceder que la vía judicial no

permite obtener ni un resultado rápido y económico ni el máximo rendimiento posible de los bienes gravados, por lo que el recurso a la vía judicial suele reducir la disponibilidad de crédito financiero y encarecerlo. Las demoras y los gastos que ocasiona reducirán el valor de realización de los bienes gravados y serán sin duda incorporados al precio global de la operación financiera.

18. A fin de evitar estos problemas, algunos ordenamientos jurídicos permiten que el acreedor garantizado realice el valor de su garantía sin tener que acudir ante los tribunales o ante alguna otra autoridad competente. En esos ordenamientos suele suceder que el tribunal competente deberá estar disponible para intervenir en todo momento, pero sólo lo hará a instancia de una persona interesada. De estar bien estructurada, toda vía utilizable debe amparar debidamente al otorgante y a toda otra persona interesada en que se obtenga el mayor rendimiento posible de los bienes gravados sin dejar por ello de ofrecer una vía de disposición eficiente de los bienes gravados. En estos ordenamientos, se autoriza a menudo al acreedor garantizado para realizar el valor de su garantía real sin intervención previa alguna de una institución oficial, como pudieran ser los tribunales, alguaciles o algún órgano de la policía. Otros ordenamientos han previsto una intervención previa pero limitada de alguna institución oficial en el proceso de realización. El acreedor garantizado podrá, por ejemplo, solicitar de un tribunal un mandato de restablecimiento en la posesión, que el tribunal podrá emitir sin audiencia previa (aun cuando el deudor podrá incoar un procedimiento independiente para impugnar ese mandato; véase el art. 57 de la Ley Modelo Interamericana). En tal caso, una vez en posesión del bien, el acreedor garantizado podrá venderlo directamente sin intervención judicial, observando ciertos trámites prescritos (véase el art. 59 de la Ley Modelo Interamericana). Se aduce a favor de esta vía la mayor flexibilidad, rapidez y economía de dejar que el acreedor garantizado o un tercero de confianza tome posesión de los bienes gravados y disponga de ellos, en vez de encomendar esta tarea a alguna autoridad pública. La accesibilidad de la vía judicial a instancia de toda parte interesada y las obligaciones legales que habrán de observarse en la realización del valor de la garantía hacen que no sea necesario prescribir el recurso a dicha vía. La posibilidad de obtener una intervención judicial suele motivar lo bastante a los interesados para actuar y cooperar con prudencia y buen sentido.

19. Ahora bien, incluso en esos ordenamientos cabe acudir ante los tribunales para hacer valer toda reclamación legítima o toda excepción oponible por el otorgante o algún otro interesado que goce de algún derecho sobre los bienes gravados. A fin de informar a esas partes y darles alguna oportunidad de responder, se puede exigir del acreedor garantizado que dé aviso previo de la enajenación de los bienes e incluso del incumplimiento que la haya motivado (véanse párrs. 8 a 9). Además, el acreedor garantizado no podrá ejercitar su derecho para hacerse con la posesión de los bienes gravados si ello entraña alguna alteración del orden público. Más aún, al disponer de los bienes gravados, el acreedor garantizado deberá actuar con “prudencia comercial” (véase párr. 10). Con este requisito se trata de conciliar los intereses contrapuestos del otorgante (y de sus otros acreedores) con los del acreedor garantizado, al dar a éste un margen flexible para recurrir a una vía eficiente de disponer de los bienes gravados a fin de realizar con la mayor economía posible su valor de garantía, sin dejar por ello de amparar al otorgante contra toda actuación del acreedor garantizado que no sea comercialmente razonable.

20. Aun cuando esté facultado para actuar sin intervención oficial, todo acreedor garantizado tendrá igualmente derecho a realizar su garantía real por la vía judicial. El acreedor garantizado puede tener más de una razón para interponer una acción judicial, en vez de actuar por sí mismo. Por ejemplo, cabe que el acreedor garantizado desee evitar el riesgo de que su actuación sea ulteriormente impugnada, o que haya llegado a la conclusión de que deberá, en todo caso, interponer una acción judicial para reclamar todo valor residual de su crédito garantizado no satisfecho por el valor de realización de los bienes gravados. El haber optado por una vía de realización de su garantía, no impedirá que el acreedor garantizado opte por otra vía en alguna etapa ulterior.

21. Haya o no de acudir ante los tribunales, el acreedor garantizado dispondrá en muchos ordenamientos de alguna vía judicial agilizada para hacer valer su garantía real. Cabe que se haya reducido el plazo en que haya de actuar el tribunal o que se hayan limitado las acciones o las excepciones que los demás interesados puedan interponer. Si el tribunal concluye que ha habido incumplimiento del otorgante, la finalidad de toda resolución judicial deberá ser satisfacer, a la mayor brevedad, el crédito garantizado del acreedor. El tribunal estará normalmente facultado para ordenar que el otorgante pague la obligación cuando sea él quien ha de enajenar los bienes gravados bajo supervisión judicial, o que haga entrega de sus bienes al acreedor garantizado o al tribunal para que dispongan de ellos.

d) Autonomía de las partes para convenir en la vía de realización de la garantía

22. Otra cuestión esencial es la de determinar hasta qué punto el acreedor garantizado podrá estipular con el otorgante alguna modificación respecto del marco legal que sea por lo demás aplicable para la realización de una garantía real. En algunos ordenamientos, el procedimiento para la realización de una garantía estará regulado por alguna norma legal de rango imperativo que las partes deberán respetar en su acuerdo. En otros ordenamientos, las partes podrán estipular al margen de dicho marco legal con tal de que su acuerdo no suponga una violación del orden público interno, de algún derecho de un tercero o del orden de prelación de los créditos (particularmente, de haberse abierto un procedimiento de insolvencia). Otros ordenamientos insisten en la eficiencia de la vía de realización elegida, sin asignar a la vía judicial ninguna exclusividad o primacía al respecto. Aun cuando se limite el alcance de toda modificación estipulada respecto del marco legal establecido, dar autonomía a las partes, para estipular a raíz del incumplimiento, algunas de las consecuencias de su intercambio, puede obrar en aras de una asignación más eficiente de los recursos entonces disponibles. Ahora bien, esa autonomía pudiera prestarse a abusos en el momento de concluirse el acuerdo constitutivo de la garantía. Por ello, el régimen legal tal vez sólo deba reconocer aquellos acuerdos, estipulados al margen del marco legal establecido, que sean concertados una vez que el otorgante haya incurrido en incumplimiento. En todo caso, no cabrá estipular renuncia o modificación alguna de la obligación de todo acreedor garantizado de obrar de buena fe y con prudencia comercial (véase párr. 10).

e) Aceptación de los bienes gravados en cumplimiento de la obligación garantizada

23. A raíz del incumplimiento, el acreedor garantizado podrá proponer al otorgante que acepte 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 de un incumplimiento no será ejecutable, pero en algunos sí lo sería si el acuerdo es posterior al incumplimiento. La ventaja de admitir la validez de un acuerdo concertado a raíz de un incumplimiento radica en que ese acuerdo tenderá a agilizar la realización de la garantía y a minimizar los gastos. Al reducirse así los gastos y los riesgos de la realización se estará beneficiando tanto al acreedor garantizado como al otorgante. Su inconveniente radica en que esta vía se presta a abusos en aquellos casos raros en los que i) el valor de los bienes gravados sea superior al de la obligación garantizada y ii) el acreedor garantizado disponga, incluso con posterioridad al incumplimiento, de algún poder inusual sobre el otorgante o sobre algún tercero interesado.

24. Pudiera bastar para que el régimen prevenga tales abusos del acreedor garantizado, que se haga depender la validez de dichos acuerdos del consentimiento no sólo del otorgante sino también de todo tercero con algún derecho sobre los bienes gravados y que se dé a toda persona, cuyo consentimiento sea necesario o que pueda oponer algún derecho, una facultad de veto incondicional sobre tales acuerdos. Cabría además exigir el consentimiento previo de un tribunal en casos como el de que se haya pagado ya una porción importante de la obligación garantizada. Cabría asimismo que la ley exigiera una tasación oficial de los bienes gravados. No obstante, al igual que en otros casos, toda imposición de una intervención judicial en un procedimiento convenido entre las partes debe ser sopesada a la luz de los gastos que esa intervención puede ocasionar a las partes.

f) Redención de los bienes gravados

25. La mayoría de los ordenamientos suelen permitir que un otorgante que haya incumplido su obligación redima los bienes gravados antes de que el acreedor garantizado disponga de ellos, abonando la suma pendiente de pago, junto con los intereses y todo gasto de realización incurrido hasta ese momento. La redención de los bienes gravados pone término a la operación de garantía. La esperanza de redimir esos bienes puede además alentar al otorgante a buscar algún comprador o a vigilar de cerca la actuación del acreedor garantizado. La redención de los bienes gravados no es lo mismo que el restablecimiento de la obligación garantizada. De estar permitido por la normativa legal general de las obligaciones, el restablecimiento de una obligación garantizada (abonando por ejemplo una cuota impagada antes de que se enajenen los bienes) remedia el incumplimiento y restablece la obligación que seguirá estando garantizada por los bienes gravados. La redención de los bienes gravados sólo se obtiene al cumplirse plenamente la obligación garantizada.

26. El otorgante suele retener su derecho a redimir el bien gravado mientras el acreedor garantizado no haya: i) enajenado el bien gravado o completado el cobro del valor de la garantía; ii) concertado un compromiso para su enajenación; o iii) aceptado el bien gravado en cumplimiento total o parcial de la obligación garantizada.

g) Autorización dada al otorgante para disponer del bien gravado

27. A raíz del incumplimiento, el acreedor garantizado deseará que se obtenga el mejor precio de venta posible de los bienes gravados, y sucede a menudo que el otorgante conocerá mejor el mercado para dichos bienes, por lo que cabría otorgarle,

a raíz del incumplimiento, un breve plazo durante el cual podrá disponer de los bienes gravados. Ahora bien, tal vez sea preferible encomendar al otorgante que busque un buen comprador para el acreedor garantizado, sin fijar plazo alguno durante el cual el acreedor garantizado no podrá adoptar medidas para la enajenación de los bienes gravados. En todo caso, convendría estructurar el régimen de forma que el otorgante se sienta incentivado para cooperar con el acreedor garantizado.

h) Sustraer los bienes gravados del control del otorgante

28. A raíz del incumplimiento del otorgante, el acreedor garantizado que no esté ya en posesión de los bienes gravados temerá que dichos bienes puedan ser dispersados o malgastados. Se puede atenuar este riesgo poniendo esos bienes en manos de un tribunal, de alguna autoridad pública, de un tercero fiable o del propio acreedor garantizado. Facultar al acreedor garantizado para tomar posesión de los bienes gravados sin intervención alguna del tribunal o de alguna otra autoridad, o con una intervención mínima, reducirá los gastos de realización de la garantía (véanse párrs. 17 y 18). Ahora bien, facultar al acreedor garantizado para tomar posesión de los bienes obliga a prever la posibilidad de algún abuso, particularmente el riesgo de alguna alteración del orden público o de alguna intimidación. La mayoría de los regímenes supeditan, por ello, dicha toma de posesión a la condición de que no se altere el orden público (“respeto de la paz social”). Algunos regímenes exigen que se dé un aviso previo del incumplimiento para poder tomar posesión de los bienes. Otros regímenes se abstienen de exigirlo por razón de que un otorgante al acecho pudiera tratar de ocultar los bienes o transferirlos antes de que el acreedor garantizado pueda tomar posesión de los mismos.

29. En el supuesto de que los bienes gravados puedan depreciarse rápidamente, la mayoría de los ordenamientos permiten que un tribunal o alguna otra autoridad competente ordene alguna medida cautelar para preservar el valor de esos bienes.

i) Venta u otro acto de disposición de los bienes gravados

30. Toda garantía real faculta al acreedor garantizado para decretar la venta u otro acto de disposición de los bienes gravados. El régimen debería prever alguna otra vía para la disposición de dichos bienes, en la que se prevea que la disposición se llevará a cabo bajo el control de la autoridad judicial o del acreedor garantizado. Cabe citar al respecto la de proponer métodos para dar publicidad a la enajenación de los bienes, la de aconsejar cuando proceda subastarlos o cuando proceda autorizar su venta, arriendo, utilización bajo licencia o cobro. El objetivo de todo acto de disposición debe ser el de maximizar el valor realizable con los bienes gravados, sin vulnerar ningún derecho legítimo del otorgante o de alguna otra persona y sin privarles del ejercicio de toda excepción oponible de la que dispongan.

31. Las condiciones prescritas son más o menos formales según los países. Algunos ordenamientos prescriben que se habrá de seguir el mismo procedimiento público que se utilice para la ejecución de una sentencia judicial. Otros facultan al acreedor garantizado para controlar la disposición de los bienes pero prescriben algún procedimiento uniforme para su subasta pública, con reglas en materia de publicidad, plazos y precio mínimo. Algunos otros facultan al acreedor garantizado para hacerse cargo de la disposición (incluso por alguna vía privada) de los bienes

gravados, a reserva de que observe ciertas normas de conducta de carácter general, como las de obrar de buena fe y con prudencia comercial. La flexibilidad de la vía prescrita puede reportar beneficios al otorgante, al acreedor garantizado y a toda otra persona con algún derecho sobre los bienes gravados, así como a los demás acreedores del otorgante, dado que una subasta pública de los bienes no será siempre el mejor método para maximizar el producto neto de su enajenación. Cabe que se haya supeditado la facultad del acreedor para recurrir a alguna de esas vías a que el otorgante dé su consentimiento, ya sea en el acuerdo constitutivo de la garantía o a raíz del incumplimiento. Suele prescribirse alguna norma general de conducta que el acreedor garantizado deberá observar (obrando por ejemplo con “prudencia comercial” o “con diligencia profesional”). Tal vez se hayan prescrito también reglas especiales sobre cómo deberá custodiarse el producto de la enajenación hasta que se proceda a su distribución.

32. La mayoría de los regímenes de operaciones garantizadas exigen que se dé aviso a determinadas partes antes de proceder al acto de disposición y que se anuncie la venta o que se soliciten ofertas de partes que se estime que pudieran estar interesados. Dado el carácter definitivo de todo acto de disposición, debe reglamentarse el aviso que habrá de darse a toda parte afectada para que pueda defender sus intereses. Cabe también que se prescriba un procedimiento especial para la venta de un negocio en marcha.

33. Puede suceder que el cobro de títulos negociables o de créditos por cobrar no sea fácil de estructurar en el marco de un procedimiento para la disposición de los bienes gravados. Por ello, muchos regímenes han prescrito reglas especiales para esa categoría de bienes, como la de facultar al acreedor garantizado para reclamar el cobro directamente al obligado en virtud del título o del crédito, y la de exigir del obligado que abone todo pago pendiente directamente al acreedor garantizado (véase párr. 37).

j) Distribución del producto de la enajenación

34. El régimen de las operaciones garantizadas suele enunciar ciertas reglas para la distribución del producto de la enajenación del bien gravado. Lo más usual suele ser saldar primero todo gasto razonable por concepto de realización y después la obligación garantizada. La ley suele además prescribir cuáles son los supuestos en los que el acreedor garantizado deberá encargarse de distribuir el producto entre una parte o entre la totalidad de los acreedores con garantías reales sobre unos mismos bienes (por ejemplo, incluso entre acreedores con garantías de prelación inferior). La ley aplicable prescribe, a menudo, que se informe al acreedor garantizado de toda otra garantía real existente y que todo sobrante del producto deberá ser devuelto al otorgante.

35. El producto asignado al acreedor garantizado se destina a sufragar los gastos de distribución y a satisfacer la obligación garantizada. De resultar insuficiente la suma así distribuida, la obligación quedará extinguida únicamente en la medida en que se haya saldado con el producto percibido. El acreedor garantizado dispondrá normalmente de un crédito frente al otorgante por la cuantía percibida de menos. Salvo que el otorgante haya creado una garantía real sobre otros bienes en provecho de dicho acreedor, su crédito por la suma pendiente no estará garantizado frente al otorgante (cabe, no obstante, que el acreedor garantizado haya recibido de un tercero alguna garantía real al respecto).

k) Extinción de la garantía real

36. Todo régimen de las operaciones garantizadas suele dar la operación por clausurada a raíz de la enajenación del bien gravado por el acreedor garantizado y de su adquisición por el beneficiario de dicho acto. A raíz de ello quedará extinguida la garantía real de dicho acreedor y los derechos del otorgante sobre los bienes enajenados, así como las garantías sobre dichos bienes de todo acreedor garantizado o de toda otra persona cuyo derecho goce de prelación inferior. Ahora bien, el régimen suele también disponer que, pese a dicha enajenación en el curso de un procedimiento de realización, subsistirá toda garantía de prelación no inferior de alguna otra persona (particularmente de todo otro acreedor garantizado) sobre los bienes gravados así enajenados.

l) Variaciones respecto del marco general

37. Todo régimen legal de las operaciones garantizadas aplicable a categorías muy diversas de bienes gravados prevé, cuando procede, ciertas reglas especiales aplicables a la enajenación de determinadas categorías de bienes. Este suele ser el caso de los créditos por cobrar, de los títulos negociables, de los fondos acreditados en una cuenta bancaria o del cobro del producto de una promesa independiente, tanto si esos bienes son los originariamente gravados como si su finalidad no es otra que la de garantizar el pago u otro acto de cumplimiento de alguna otra obligación (véanse recs. 102 y 103 en A/CN.9/WG.VI/WP.26; y recs. 106 bis a 108 en A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.1). Por ejemplo, todo acreedor garantizado con una garantía sobre un crédito por cobrar tendrá normalmente derecho a informar al deudor de dicho crédito (deudor en cuenta) que deberá pagarle directamente a él, a raíz de todo incumplimiento del otorgante. El acreedor garantizado (cesionario) podrá dar dicho aviso y las instrucciones de pago, aun cuando al hacerlo esté infringiendo el acuerdo que tenga concertado con el otorgante de la garantía (cedente) (véase rec. 16 quater b) en A/CN.9/WG.VI/WP.26), ya que de lo contrario, al suceder el incumplimiento del otorgante/cedente (supuesto en el que dicho otorgante pudiera no estar dispuesto a cooperar con el acreedor garantizado/cesionario), el acreedor garantizado/cesionario tal vez se encuentre en la imposibilidad de realizar su garantía. Todo acreedor garantizado estará asimismo facultado para enajenar o retener el crédito por cobrar (véanse recs. 93 d) y e), 110 y 113 en A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.1).

38. De haberse constituido la garantía real sobre fondos acreditados en una cuenta bancaria, el acreedor garantizado podrá cobrar dichos fondos o realizar de alguna otra forma el valor de su garantía, a raíz del incumplimiento o incluso con anterioridad al incumplimiento, si así lo ha convenido con el otorgante. En todo caso, el banco depositario de la suma acreditada en cuenta i) seguirá teniendo los mismos derechos y obligaciones, y ii) retendrá todo derecho de compensación que ya tuviere, y dicho banco no estará obligado ni iii) a pagar a persona alguna que no goce de un derecho de control sobre la cuenta, ni iv) a responder a ninguna solicitud de información que no provenga de dicha persona (véanse recs. X, Y y 106 bis a 108 en A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.1). A diferencia de un acreedor garantizado que ha de cobrar primero los fondos y asignarlos después a su obligación garantizada, todo banco depositario que actúe como acreedor garantizado podrá destinar directamente los fondos al pago de la obligación garantizada. La ejecutoriedad de todo derecho de

compensación del banco depositario sobre la suma acreditada en cuenta seguirá rigiéndose por la ley que sea por lo demás aplicable.

39. De estar constituida la garantía real sobre un título negociable, el acreedor garantizado podrá cobrar dicho título o realizar por alguna otra vía su garantía real (véase rec. 104 en A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.2). Ahora bien, en lo concerniente a las relaciones entre el acreedor garantizado y i) el obligado en virtud del título negociable o ii) toda otra persona con algún derecho con arreglo a la ley aplicable a los títulos negociables, será dicha ley la que rija toda obligación o derecho existente entre esas personas por ejemplo, i) el obligado en virtud de un título negociable sólo estará obligado a pagar al tenedor del título o a toda otra persona facultada para cobrar dicho título con arreglo a la ley aplicable a los títulos negociables; y ii) el derecho del obligado en virtud del título a invocar alguna excepción frente a la obligación dimanante del título se regirá igualmente por la ley aplicable a los títulos negociables.

40. De haberse constituido la garantía real sobre un título negociable, será aplicable el régimen general para la realización de toda garantía real. Tal vez sea aplicable alguna regla especial para preservar los derechos de determinadas personas que han de ser amparados en el marco del régimen legal aplicable a los títulos negociables (véase rec. 109 en A/CN.9/WG.VI./WP.26/Add.3). En particular, el emisor del título tal vez esté obligado a no hacer entrega de las mercancías más que al tenedor del título negociable al que hayan sido incorporadas.

41. Dicho régimen general será igualmente aplicable a la realización de toda garantía real sobre el producto (salvo que el producto esté en forma de créditos por cobrar o de alguna otra categoría de bienes a la que sea aplicable un régimen especial, como los descritos en párrafos anteriores, en cuyo caso le serán aplicables las recomendaciones concernientes a la realización de dicha categoría de bienes; véase en A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, la nota concerniente a la realización de una garantía real sobre el producto).

42. Lo mismo cabe decir de la realización de toda garantía real sobre un accesorio fijo de un bien mueble (p. ej. un motor de automóvil). Respecto de la realización de una garantía real sobre un accesorio fijo de un inmueble, se han de observar ciertas reglas destinadas a salvaguardar los derechos de los acreedores con garantías sobre dicho inmueble (véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, nota concerniente a la realización de una garantía real sobre accesorios fijos de otros bienes). Dichas reglas son, por ejemplo, aplicables al procedimiento a seguir para la separación de un accesorio fijo (p. ej. un ascensor) de un inmueble que no sea propiedad del otorgante.

43. Las recomendaciones generales concernientes a la realización serán de igual modo aplicables a la realización de una garantía real sobre masas de bienes (p. ej. el grano almacenado en un silo o el aceite en un tonel) o sobre un producto acabado (p. ej. la tarta obtenida con azúcar, harina, huevos y agua). Por ejemplo, si el bien gravado fuera aceite por valor de 5, almacenado en un tonel con aceite por valor de 100, el acreedor garantizado sólo podrá realizar su garantía por una porción de esa masa cuyo valor sea 5. Si cabe separar una porción de esa masa cuyo valor corresponda al del bien gravado, el acreedor garantizado deberá poder disponer de dicha porción, pero deberá en todo caso obrar con la debida prudencia comercial.

De no poderse separar con facilidad el bien gravado, tal vez se haya de proceder a la venta de la totalidad de la masa o del producto acabado.

[Nota para el Grupo de Trabajo: En lo concerniente a la realización de una garantía real sobre bienes muebles por antelación (o por destino ulterior) o sobre cultivos, el Grupo de Trabajo tal vez desee determinar si se debe prever algún régimen especial para estas categorías de bienes (véase en A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, nota sobre bienes muebles por antelación o destino ulterior y cultivos).]

m) Actuación judicial a instancia de algún otro acreedor

44. Tal vez otro acreedor del otorgante recurra a la vía judicial para realizar su garantía real frente al otorgante y cabe que la ley procesal del foro reconozca a dicho acreedor el derecho a enajenar los bienes gravados, a reserva de toda otra garantía real sobre los mismos. El acreedor garantizado no dejará de consultar en dicho caso el derecho procesal de la ley del foro con miras a intervenir en esas actuaciones en defensa de la prelación de su propia garantía real. Suele ser muy raro que la ley del foro haya previsto alguna excepción al régimen general de la prelación. Pero cabe, por ejemplo, que un tribunal pueda ordenar a una persona que adeude dinero a un deudor sentenciado que pague directamente la suma adeudada al acreedor cuya demanda haya prosperado, y cabe que dicha resolución judicial esté, de hecho, otorgando prelación al acreedor judicial sobre un bien gravado que sea objeto de una garantía real del acreedor garantizado oponible a terceros. La posibilidad de que eso ocurra no dejará de repercutir negativamente sobre la disponibilidad de crédito financiero garantizado y sobre el precio del crédito otorgado en esas condiciones.

B. Recomendaciones

[Nota para el Grupo de Trabajo: Cabe señalar que las recomendaciones generales concernientes a la realización figuran en A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.1, mientras que las recomendaciones concernientes a la realización de las garantías constituidas sobre determinadas categorías de bienes figuran en A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.2, así como en A/CN.9/WG.VI/WP.26 y sus adiciones 1 a 4.]