



Asamblea General

Distr. limitada
26 de septiembre de 2002
Español
Original: inglés

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales)

Segundo período de sesiones

Viena, 17 a 20 de diciembre de 2002

Primer período de sesiones conjunto de los Grupos de Trabajo V

(Régimen de la Insolvencia) y VI (Garantías Reales)

Viena, 16 y 17 de diciembre de 2002

Garantías Reales

Proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas

Informe del Secretario General

Adición

Índice

<i>Capítulo</i>	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
IX. Insolvencia	1-53	2
A. Observaciones generales	1-45	2
1. Introducción	1-5	2
2. Objetivos clave	6-8	3
3. Régimen aplicable a las garantías reales en un procedimiento de insolvencia	9-45	4
a. Inclusión de los bienes gravados en la masa de la insolvencia	9-15	4
b. Limitaciones de la ejecutoriedad de las garantías reales	16-22	6
c. Participación de los acreedores garantizados en el procedimiento de insolvencia	23-24	9
d. Validez de las garantías reales y acciones de impugnación	25	9
e. Prelación relativa de las garantías reales	26-28	10
f. Financiación otorgada con posterioridad a la apertura del procedimiento de insolvencia	29-35	11
g. Procedimiento de reorganización	36-41	13
h. Agilización del procedimiento de reorganización	42-45	14
B. Resumen y recomendaciones	46-53	15



IX. Insolvencia

A. Observaciones generales

1. Introducción

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 leerse 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.63 y adiciones). El capítulo X trata de las cuestiones de conflicto de leyes que se plantean respecto de las garantías reales en el marco de un procedimiento de insolvencia.

2. Los regímenes que regulan la insolvencia y las operaciones garantizadas tratan de cuestiones y tienen objetivos que se solapan. Ambos regímenes se ocupan de las relaciones entre el deudor y sus acreedores y ambos tratan de imponer al deudor cierta disciplina crediticia. Si bien los regímenes de la insolvencia suelen tener otros objetivos, como el rescate de empresas económicamente viables pero que tropiezan temporalmente con dificultades financieras, ambos regímenes comparten el objetivo de proteger el valor económico de las garantías reales. 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 y los deudores, en la medida en que exija a los acreedores 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. Además, un régimen de las operaciones garantizadas que tenga prevista la inscripción pública de las garantías reales permitirá que un administrador de la insolvencia determine con mayor facilidad y rapidez la condición jurídica de los acreedores que aleguen que las obligaciones que se les adeudan están garantizadas.

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 al pago de las deudas u otras obligaciones. El régimen de las operaciones garantizadas tiene por objeto asegurar que el valor del bien gravado proteja al acreedor garantizado cuando no se cancelen las obligaciones que se le adeudan; el régimen de la insolvencia regula, en cambio, los supuestos en que no pueden satisfacerse las obligaciones que se adeudan a todos los acreedores. Además, 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 o la realización de su valor económico. 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 para lograr la ejecución de sus

respectivos derechos frente al deudor común. El legislador deberá tener esta diversidad de objetivos en cuenta, ya que toda evolución o reforma de uno de estos regímenes puede imponer gastos imprevistos en las operaciones de aquellas partes cuyos intereses 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 se suele paralizar, a su apertura, toda acción entablada o por entablar de cada acreedor individual contra el deudor y se suele permitir que el representante de la insolvencia lleve adelante el negocio del deudor durante cierto tiempo para poder vender la empresa como negocio en marcha, en vez de vender sus diversos bienes por separado. En un procedimiento de reorganización, por el contrario, el objetivo es mantener la empresa del deudor como negocio en marcha si es económicamente viable. En la mayor parte de los regímenes de la insolvencia que prevén un procedimiento de reorganización se parte de la premisa de que el valor del negocio del deudor insolvente una vez reorganizado permitirá un reembolso más completo de los créditos a los acreedores que el que sería posible si los bienes de la empresa se fueran vendiendo por separado. Así pues, una reorganización satisfactoria reportará a los acreedores el valor ganado por la empresa como negocio en marcha frente a su mero valor de liquidación (ver A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.12).

5. Como complemento del procedimiento de reorganización ordinario se están introduciendo vías aceleradas que agilizan la confirmación judicial, en el marco del procedimiento de reorganización ordinario, de todo acuerdo concertado por los principales acreedores del deudor o por ciertas categorías de acreedores antes de la apertura de un procedimiento de insolvencia (lo que ya sucede en supuestos de reorganización referentes únicamente a ciertas categorías de deuda, por ejemplo a la deuda financiera). Estas vías se han ideado para sostener la estabilidad económica de la empresa deudora mediante la rápida resolución de las demandas de las instituciones financieras y para disminuir los gastos y demoras propios de los procedimientos de reorganización (ver párrs. 42 a 45).

2. Objetivos clave

6. El legislador que desee revisar el régimen legal interno de las garantías reales o que se proponga introducir un nuevo régimen de las operaciones garantizadas habrá de conciliar ese régimen nuevo o renovado con el régimen de la insolvencia ya existente o proyectado. El régimen interno de la insolvencia tal vez condicione los derechos de los acreedores garantizados al servicio de una política económica o

social ambiciosa (por ejemplo, de protección de los trabajadores o de salvaguarda de entidades proveedoras del mercado). Ello ocurre en particular en regímenes de la insolvencia que disponen de una vía de reorganización. Por ejemplo, un régimen de la insolvencia, que prevea un marco procesal para la reorganización de una empresa deudora insolvente, permitirá con frecuencia que el representante de la insolvencia siga utilizando los bienes gravados que formen parte de la empresa que ha de reorganizarse. Claro está que los acreedores garantizados tomarán en consideración esa eventual limitación de su derecho a ejecutar su garantía a la hora de decidir si otorgan o no crédito. Por consiguiente, toda modificación de los derechos de un acreedor garantizado irá en detrimento del beneficio económico que cabe esperar de un régimen eficaz de las operaciones garantizadas. Conviene pues que toda modificación de ese tipo se base en una política bien pensada y se enuncie en términos claros y previsibles en el régimen legal de la insolvencia.

7. Por principio, debe reconocerse, en todo procedimiento de insolvencia, la validez y el orden de prelación de las garantías reales. Si una garantía real es válida al margen de ese procedimiento y por ende surte efecto frente a terceros, su validez ha de respetarse en el procedimiento de insolvencia. De forma análoga, si una garantía real goza de prelación sobre el derecho de otro acreedor, al margen del procedimiento de insolvencia, dicha prelación no deberá verse afectada por la apertura de un procedimiento de insolvencia.

8. De condicionarse, sin su consentimiento, el derecho de un acreedor garantizado a ejecutar su garantía real, se ha de preservar en lo posible el valor económico que esa garantía tenía al margen del procedimiento de insolvencia. Por ende, el régimen de la insolvencia debe prever algún mecanismo para amparar el valor económico de toda 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

9. Lo primero que se ha de saber es si la garantía real de un acreedor garantizado quedará o no sujeta al procedimiento de insolvencia o, en otras palabras, 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.VI/WP.63/Add.5). Esa masa estará formada por todos aquellos bienes del deudor insolvente que sean puestos bajo administración y vayan a ser utilizados durante el procedimiento de insolvencia.

10. Los efectos de que los bienes gravados sean incluidos en la masa de la insolvencia pueden ser muy diversos. En muchos ordenamientos, esa inclusión limitará 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 o si se demuestra que

ciertos bienes están plenamente gravados y son además innecesarios para la buena marcha de la reorganización.

11. 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 se prohíba al acreedor garantizado tomar posesión de dicho bien o que, si ya está en posesión de él, se vea obligado a entregarlo 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.

12. 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 aquellos ordenamientos en que se transfiera al acreedor la titularidad sobre el bien gravado y la transferencia se entienda como acto constitutivo de una garantía real (ver capítulo III.A.3), se considerará que el bien forma parte de la masa de la insolvencia. No obstante, debe hacerse una distinción entre la transferencia de la titularidad al acreedor y el supuesto de una retención de dicha titularidad por el proveedor o por la entidad que financie el precio de compra de los bienes corporales vendidos. En aquellos ordenamientos en donde la retención de la titularidad para dicho fin es una práctica reconocida, esos bienes corporales no siempre entrarán a formar parte de la masa de la insolvencia, independientemente de si se equipara o no dicha retención al acto constitutivo de una garantía real. El derecho interno tal vez desee amparar al proveedor y a toda entidad, que financie el precio de compra de un bien, frente a los créditos concurrentes de otros acreedores, al liquidarse los bienes y el negocio de su común deudor en el marco de un procedimiento de insolvencia. Ahora bien, incluso en esos países tal vez no quepa excluir dichos bienes de la masa en un procedimiento de reorganización porque prevalecerá el interés de este tipo de procedimiento por mantener a la empresa como negocio en marcha. En todo caso, la presente Guía recomienda (ver A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.5, párrs. 11 a 14 y A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.7, párrs. 23 y 24) que el régimen de las operaciones garantizadas de estos países exija de este tipo de proveedores que den a conocer toda garantía real constituida sobre los bienes vendidos, a fin de que los demás acreedores del deudor tengan conocimiento de esas garantías.

[Nota para ambos Grupos de Trabajo: los Grupos de Trabajo tal vez deseen examinar si deben formar parte de la masa de la insolvencia: i] los bienes que el deudor haya transferido como garantía a un acreedor garantizado o los bienes sobre los cuales el vendedor u otro financiero del precio de compra retenga la titularidad hasta que el deudor haya abonado íntegramente su precio de compra (ver cap. III, sección A.3); y ii] los bienes transferidos en garantía al deudor

insolvente o los bienes vendidos por el deudor insolvente sobre los cuales éste retenga la titularidad hasta que se le haya abonado íntegramente su precio.]

13. Algunos acreedores garantizados han de participar de todos modos en el procedimiento de insolvencia, por poseer no sólo créditos garantizados sino también créditos ordinarios. Esta situación se dará 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 de un crédito ordinario por la diferencia entre el valor del bien gravado y el importe total de su crédito (ver también secc. A.3.b).

14. Un régimen de la insolvencia debe prever el momento y el método que se ha de seguir para determinar el valor económico de una garantía real. En principio, ese valor deberá determinarse a raíz de la apertura oficial del procedimiento de insolvencia. El método a seguir para determinar dicho valor dependerá normalmente de la vía seguida para reconocer la validez de los créditos frente a la masa deudora (ver en A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.13 diversas vías posibles para la admisión de créditos frente a la masa, incluidos los créditos garantizados).

15. Al margen del supuesto de insolvencia, el acuerdo de garantía tal vez estipule que la garantía real se extienda al producto de los bienes gravados y a ciertos bienes ulteriormente adquiridos. El régimen de la insolvencia deberá determinar si el acreedor garantizado seguirá teniendo o no derecho a ese producto y a los bienes que se adquieran tras la apertura del procedimiento de insolvencia. El producto resultante de la enajenación de los bienes gravados constituye en efecto un bien sucesor o sustitutivo de esos bienes y en principio debería salvaguardar el valor económico de la garantía real. En cambio, el producto obtenido en forma de frutos o utilidades de los bienes gravados no será literalmente su sucesor o sustituto, sino que representa un incremento natural al que todas las partes normalmente esperan que se aplique la garantía real. No obstante, en la medida en que el representante de la insolvencia haya de contraer gastos en relación con ese producto, esos gastos habrán de recaer en definitiva sobre el acreedor garantizado, en vez de ser sufragados por la masa de la insolvencia. En cambio, los bienes adquiridos por la masa con posterioridad a la apertura del procedimiento y sobre los que tal vez el acreedor garantizado estime tener una garantía real, al margen de ese procedimiento, ni son sustitutos de los bienes gravados ni son utilidades o frutos naturales reportados por esos bienes. Salvo que el acreedor garantizado haya otorgado a la empresa nueva financiación, su argumento en pro de que se reconozca la extensión de su garantía sobre dichos nuevos bienes será menos convincente.

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 quedar a discreción de un tribunal que actúe de oficio o a instancia de parte. 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 (ver párr. 13). 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.63/Add.6).

17. En algunos regímenes de la insolvencia, el tribunal estará facultado para dictar medidas cautelares que preserven los bienes de la masa durante el período entre la presentación de una solicitud de apertura y la resolución adoptada por el tribunal al respecto. Estos regímenes facultan normalmente a los tribunales para dictar toda medida cautelar oportuna, ya sea de oficio o a instancia de parte. De ser otorgables, dichas medidas paralizarán normalmente toda actuación del acreedor garantizado por tomar posesión de los bienes gravados o por ejecutar de alguna otra forma su garantía real. Habida cuenta de que esas medidas son provisionales y se dictan antes de declararse o no abierto un procedimiento de insolvencia, puede que el tribunal exija, de todo acreedor que las solicite, que presente pruebas de que son necesarias y, en algunos casos, que deposite alguna caución para responder de todo gasto o daño que se pueda ocasionar.

18. Salvo raras excepciones (ver párr. 11), esa necesidad de paralizar, por un período tal vez largo, la ejecución de las garantías reales será menos acuciante si el procedimiento es de liquidación. En la mayoría de los supuestos 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. Cabe también prever que dicha paralización sea automáticamente levantada al término de un breve plazo (por ejemplo de 30 días), salvo que se obtenga un mandato judicial para prorrogarla 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. Otra posibilidad es dejar que el tribunal que supervise el procedimiento de insolvencia decida, a la luz de ciertos criterios legalmente prescritos, si levantará o no la paralización (ver A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.6, párrs. 80 a 83; 91 y 92).

19. 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, maximizando eventualmente el reembolso de las sumas adeudadas a los acreedores y manteniendo puestos de trabajo. Tal vez ello entrañe reorganizar la financiación de la empresa, reestructurando ciertas deudas, reduciendo algunas o convirtiendo algunas otras en capital social, 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 y ponerlo luego en práctica (ver A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.6, párr. 91).

20. Para todo supuesto en el que se paralice una demanda de ejecución presentada por un acreedor garantizado, el régimen de la insolvencia deberá prever medidas que salvaguarden el valor económico de su garantía real sobre el bien gravado. 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. La necesidad de esas salvaguardias es particularmente acuciante cuando se trata de bienes gravados perecederos o fungibles (como el dinero en efectivo o sus equivalentes).

21. 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 ni para la venta o rehabilitación 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 y el supuesto de que el representante de la insolvencia no haya vendido o abandonado los bienes gravados en el momento oportuno. Un régimen de la insolvencia puede prever asimismo que, una vez que se haya levantado la paralización respecto de determinados bienes gravados, el acreedor garantizado podrá utilizar, si así lo desea y a sus expensas, todo mecanismo que se haya previsto en el procedimiento de insolvencia para la venta de dichos bienes.

22. 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 si han de liquidarse los bienes. 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 aplicable 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. Un régimen de la insolvencia puede establecer que en el marco de un procedimiento de liquidación se entreguen al acreedor garantizado los bienes gravados en caso de que exista una posibilidad razonable de que éste los venda con mayor facilidad y a un precio más alto. En todo caso, debe establecerse con claridad que todo excedente que reste, después de pagar todo gasto razonable y de satisfacer el crédito garantizado, deberá volver a la masa de la insolvencia.

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

23. 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.63/Add.11). 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. Los acreedores garantizados han de gozar como mínimo de los mismos derechos que los demás acreedores que participen en el procedimiento judicial.

24. 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 ordinarios 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

25. Como principio de orden general, toda garantía real válida frente a terceros, 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. La constitución o la cesión de una garantía real no deja de ser una cesión de un derecho real que estará, por ello mismo, sujeta al régimen general de toda cesión, por lo que si esa operación 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 o así creada. 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.63/Add.9). En todo caso, en el régimen de la insolvencia deberá enunciarse en términos claros y previsibles todo motivo que pueda dar lugar a la impugnación de una garantía real. Todo producto reportado por el bien gravado, tras la apertura del procedimiento de insolvencia, será abonable al acreedor garantizado

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.

(ver párr. 15), salvo que tal pago sea fraudulento o pueda impugnarse a tenor de alguna otra norma por lo demás aplicable.

e. Prelación relativa de las garantías reales

26. En todo régimen de las operaciones garantizadas se define el orden de prelación de los créditos respecto de los bienes gravados. En circunstancias excepcionales, el régimen de la insolvencia puede introducir ciertas alteraciones en ese orden (ver A/CN.9/WG.VI/WP.63/Add.14). Por ejemplo, el régimen de la insolvencia suele dar prelación a las siguientes categorías de créditos: salarios por cobrar y prestaciones salariales no percibidas, créditos abonables por concepto de daños ecológicos y créditos fiscales (“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.

[Nota para ambos Grupos de Trabajo: Los Grupos de Trabajo tal vez deseen examinar la posibilidad de añadir un párrafo que dijera: “El régimen de la insolvencia altera a veces el orden de prelación de los créditos, tanto garantizados como ordinarios, previo a la apertura del procedimiento de insolvencia, al reservar una parte de la masa patrimonial, incluidos aquellos de sus bienes que estén gravados, para ciertas categorías de acreedores ordinarios, como los empleados del deudor o personas que hayan interpuesto una demanda contra él por lesiones corporales. Para desalentar toda conducta abusiva por parte de los acreedores garantizados, previa a la apertura de un procedimiento de insolvencia, algunos regímenes prevén que en supuestos excepcionales se podrá restar prelación a la garantía real de un acreedor garantizado. Cabe citar, a título de ejemplo, el supuesto de que, con anterioridad a la apertura del procedimiento, un acreedor garantizado imponga a la empresa alguna decisión importante o se comporte con notoria falta de equidad frente a la empresa o frente a los demás acreedores.”]

27. Cuanto más inciertos sean el número y la cuantía de los créditos que obtendrán precedencia sobre los créditos de los acreedores garantizados, tanto menor será la cuantía y mayor el precio del crédito otorgado por estos últimos. Por consiguiente, es esencial limitar el número y la importancia financiera de las excepciones que puedan menoscabar la prelación de los créditos de los acreedores garantizados y que esas excepciones sean transparentes y previsibles en cuanto a su existencia y cuantía. Por ejemplo, esas excepciones deberán estar enunciadas no sólo en el derecho laboral o fiscal aplicable, sino también en los regímenes de la insolvencia y de las operaciones garantizadas.

28. 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 hagan gastos injustificados por ese concepto. Por regla general, el régimen de la insolvencia no debe imponer sobre los bienes

gravados ninguna sobretasa por concepto de administración general del procedimiento de insolvencia. Cabría hacer una excepción cuando el valor de los bienes gravados sea inferior al importe total del crédito del acreedor garantizado, no se disponga de otros bienes para este fin y el acreedor garantizado no haya objetado la apertura del procedimiento de insolvencia.

f. Financiación otorgada con posterioridad a la apertura del procedimiento de insolvencia

29. A fin de que el procedimiento de insolvencia reporte el máximo beneficio posible a todos los acreedores, sea por medio de la liquidación de la empresa o de su reorganización, el representante de la insolvencia deberá disponer de fondos suficientes para sufragar los gastos que entrañe el recurso a una u otra vía. En un supuesto de liquidación, dichos gastos serán, entre otros, los que entrañe el cometido de preservar y proteger los bienes del deudor hasta que se vendan o enajenen de algún otro modo. En el caso de una reorganización, esos gastos incluirán además los salarios y otros gastos de explotación que permitan que la empresa deudora prosiga sus actividades como negocio en marcha durante el procedimiento de insolvencia.

30. En algunos casos, el representante de la insolvencia dispondrá de liquidez suficiente para financiar tales gastos previsibles, en efectivo o en bienes convertibles en efectivo (como el producto anticipado de los créditos por cobrar). Sin embargo, esos bienes tal vez ya estén gravados por alguna garantía válidamente constituida a favor de los acreedores del deudor antes de la apertura del procedimiento de insolvencia (por ejemplo, un prestamista que goce de una garantía real sobre todo crédito por cobrar del deudor que nazca de la venta de sus existencias). Puede suceder que al hacer uso el representante de la insolvencia de dichos bienes durante el procedimiento de insolvencia se merme, o incluso se destruya, el valor económico de la garantía real sobre ellos constituida. Por ende, deberá autorizarse al representante de la insolvencia a que utilice esos bienes en el procedimiento de insolvencia sólo cuando quede amparado el derecho de todo acreedor garantizado a recibir el valor económico de sus garantías reales, previas a la apertura del procedimiento. De lo contrario, todo acreedor garantizado eventual se mostrará reacio a otorgar crédito a un deudor sabiendo que, de serle abierto un procedimiento de insolvencia, correría el riesgo de perder el valor económico de sus garantías reales, al ser utilizados los bienes gravados en el curso del procedimiento.

31. En otros casos, los activos disponibles y el flujo de caja o de tesorería correspondiente a la masa de la insolvencia no alcanzarán para sufragar los gastos del procedimiento de insolvencia y el representante de la insolvencia deberá obtener financiación de terceros. Esa financiación podrá consistir en el crédito otorgado, por los vendedores de bienes y servicios, al deudor o en préstamos u otras formas de crédito otorgadas por prestamistas. Sucede a menudo que esos vendedores y prestamistas son los mismos que operaban con el deudor antes de la apertura del procedimiento de insolvencia. Estos agentes financieros no suelen estar dispuestos a otorgar crédito a una masa de la insolvencia si no se les asegura de forma apropiada (concediéndoles sea un derecho de prelación, sea garantías reales sobre los bienes del deudor insolvente) que se les reembolsarán las sumas adeudadas. En este caso también puede suceder que esos bienes ya estén gravados con garantías reales

válidamente constituidas a favor de los acreedores del deudor antes de la apertura del procedimiento de insolvencia y, por el motivo explicado en el párrafo anterior, no deberá otorgarse ningún derecho de prelación o garantía real alguna, sobre los bienes existentes o futuros del deudor insolvente, a ningún nuevo acreedor del que se solicite crédito para la masa de la insolvencia, salvo en la medida que se ampare el derecho, a recibir el valor económico de su garantía real, de toto titular de una garantía real previa a la apertura del procedimiento de insolvencia.

32. Así pues, en todo arreglo financiero de esta categoría (designada colectivamente “financiación otorgada tras la apertura del procedimiento de insolvencia”) es indispensable que se proteja el valor económico de las garantías reales de los acreedores garantizados que se hayan constituido antes de esa apertura para que esos acreedores no se vean perjudicados injustificadamente. Si el valor de los bienes gravados de los acreedores garantizados existentes fuera considerablemente superior al de la cuantía de las obligaciones garantizadas que se les adeudan, tal vez no será necesario en un principio prestar particular protección a esos acreedores (a reserva del derecho de los acreedores a demandar medidas de amparo más adelante, caso de alterarse la situación). No obstante, en muchos casos, el valor de los bienes gravados apenas excede del valor garantizado, por lo que deberá otorgarse a los acreedores garantizados previos a la apertura ciertas medidas de protección suplementaria que preserven el valor económico de sus garantías reales, tal vez en forma de pagos periódicos o en forma de una extensión de su garantía real a otros bienes en sustitución de los bienes gravados que el representante de la insolvencia haya utilizado o haya vuelto a gravar en garantía de un nuevo préstamo.

33. Al brindar protección suplementaria a un acreedor, cuya garantía real sea anterior a la apertura del procedimiento, es igualmente importante que el importe de la garantía suplementaria que se le conceda no supere el importe que le correspondería por su garantía, si no se hubiera negociado financiación posterior a la apertura del procedimiento de insolvencia. Ninguna forma de garantía real suplementaria que se conceda debe suponer para el acreedor una mejora de su situación previa a la apertura del procedimiento de insolvencia, por ejemplo, garantizándole obligaciones que no estuvieran ya garantizadas. Toda forma de garantía real suplementaria que obtenga deberá servir únicamente para salvaguardar su derecho a que se compense con cargo a la masa de la insolvencia toda merma del valor de los bienes gravados, con anterioridad a la apertura, por su garantía real, que sea imputable a la administración de la masa.

34. En algunos ordenamientos, el régimen de la insolvencia regula explícitamente la financiación otorgada con posterioridad a la apertura del procedimiento de insolvencia; en otros, en cambio, no contiene disposición alguna al respecto y la financiación se otorga en virtud de un acuerdo negociado entre el nuevo acreedor y el representante de la insolvencia. En ambos ordenamientos se prevé a menudo que la financiación será otorgada únicamente después de que el foro competente haya dictado una orden, previa audiencia de todas las partes afectadas que deberán ser convocadas.

35. En la presente Guía se recomienda incorporar al régimen de la insolvencia las disposiciones que regulen la financiación otorgada con posterioridad a la apertura del procedimiento de insolvencia, de manera que un acreedor que considere la posibilidad de otorgar crédito a un deudor solvente pueda determinar con facilidad y

tener en cuenta las circunstancias en que podrá otorgarse ese tipo de financiación, la normativa que le sea aplicable y los efectos que tendrá en los derechos de todas las demás partes, a fin de que pueda obrar con conocimiento de causa al decidir si otorga o no crédito (el tema se examina también en el documento A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.14).

g) Procedimiento de reorganización

36. El objetivo principal de todo procedimiento de reorganización es maximizar el valor de la empresa deudora en beneficio de todos los acreedores formulando un plan para reorganizarla, así como para proteger las inversiones y preservar los puestos de trabajo. Para alcanzar dichos objetivos, puede que sea necesario que el acreedor garantizado participe en la reorganización, en particular cuando los bienes gravados deban ser utilizados en la empresa del deudor insolvente para posibilitar su reorganización y para que éste pueda llevar adelante sus negocios una vez que haya superado la insolvencia.

37. No obstante, un corolario importante de la participación del acreedor garantizado en el procedimiento de reorganización es que dicho acreedor no sufra mayor perjuicio que el que habría sufrido si hubiera ejercido al margen del procedimiento de insolvencia su derecho de ejecución para enajenar los bienes gravados y destinar el producto del acto de enajenación a las obligaciones garantizadas. Lo cierto es que, por regla general, deberá preservarse y mantenerse el valor económico de las garantías reales del acreedor garantizado durante el procedimiento de reorganización. De lo contrario, la incertidumbre generada por el hecho de que el acreedor garantizado no pueda confiar en recibir el valor económico de su garantía real si se opta por reorganizar la empresa deudora en un procedimiento de insolvencia podría inducir de entrada a ese acreedor a no otorgar crédito al deudor o a otorgárselo a un costo más alto. Además, la preservación de ese valor será también un factor indispensable para obtener la financiación que necesitará el deudor insolvente para sufragar la aplicación del plan de reorganización y llevar adelante la empresa rehabilitada.

38. Claro que es posible que, si el acreedor garantizado participa en el procedimiento de reorganización, el plan de reorganización prevea medidas que menoscabarían sus garantías reales. Aun en ese caso, el acreedor garantizado tal vez esté dispuesto a aceptar ese perjuicio y por consiguiente el plan de reorganización. No obstante, si el acreedor garantizado se opone al plan de reorganización, se plantea el problema de si cabe obligarle, pese a su objeción, a que lo acate.

39. Cuando el régimen de la insolvencia aplicable disponga que el plan de reorganización podrá ser declarado vinculante para todo acreedor garantizado disconforme, deberá otorgársele al acreedor, como protección básica, la seguridad de que en ese plan no se disminuirá sin su consentimiento el valor económico de su garantía real. Deberá definirse con claridad y transparencia la protección que se dará a la garantía real del acreedor garantizado, de modo que éste pueda decidir si concederá o no crédito al otorgante de la garantía y, caso de concederlo, en qué condiciones lo hará con la certeza de saber que su garantía real quedará adecuadamente protegida si el otorgante fuera declarado deudor insolvente y si se aprobara un plan de reorganización de la empresa deudora contra el parecer

expresado colectivamente por la categoría de acreedores garantizados o, individualmente, por el propio acreedor garantizado.

40. Cabe citar diversos modos de preservar el valor económico de las garantías reales del acreedor garantizado en el plan de reorganización, aun cuando éste afecte a dichas garantías. Cuando el plan prevea que el acreedor garantizado recibirá un pago en efectivo a cambio de las obligaciones garantizadas, dicho pago no deberá ser inferior a la suma que el acreedor garantizado habría recibido si hubiera ejercido al margen del procedimiento de insolvencia sus derechos de ejecución para enajenar los bienes gravados y destinar el producto del acto de enajenación a las obligaciones garantizadas. Cuando el plan prevea que el acreedor garantizado ha de levantar su garantía constituida sobre determinados bienes, deberá prever asimismo sustituir dichos bienes por otros de valor como mínimo equivalente, que quedarán sujetos a la garantía real del acreedor garantizado, a menos que el valor del resto de los bienes gravados restantes baste para pagar íntegramente lo adeudado al acreedor garantizado tras su enajenación o liquidación. Cuando el plan subordine las garantías reales del acreedor garantizado a las de otro acreedor garantizado, el valor de los bienes gravados deberá ser suficiente para pagar íntegramente, tras su enajenación o liquidación, la suma que se adeude tanto al acreedor garantizado que goce de prelación como al acreedor garantizado cuyas garantías reales hayan quedado subordinadas. Cuando el plan disponga que se pague gradualmente la cuantía de las obligaciones garantizadas que constituyan una deuda monetaria, el acreedor garantizado conservará sus garantías reales y el valor que corresponda en ese momento a los pagos futuros de las obligaciones garantizadas, después de operarse la reestructuración de las obligaciones garantizadas. Además, el tipo de interés que se pague por las obligaciones garantizadas reestructuradas previsto en el plan no será inferior a la cuantía que el acreedor garantizado habría recibido si hubiera ejercido sus derechos de ejecución al margen del proceso de insolvencia para enajenar los bienes gravados y destinar el producto del acto de enajenación a las obligaciones garantizadas.

41. Sucederá a menudo que el poder o no preservar el valor económico de las garantías reales del acreedor garantizado, en el curso de un procedimiento de reorganización, será una cuestión más fáctica que jurídica. De ponerse en duda que se esté preservando el valor económico de las garantías reales en el curso de la reorganización, habrá que dirimir la cuestión a menudo determinando el valor en función de los mercados y de las condiciones imperantes en ellos. De hecho, esa valoración tal vez requiera un dictamen pericial, en particular si las garantías reales del acreedor garantizado, cuyo ejercicio se ha de suspender, recaen sobre valores bursátiles o bienes gravados cuyo valor actual dependa de la futura actuación comercial del otorgante, lo que supone que, al determinar el valor, tal vez haya que tener en cuenta los factores de riesgo que entrañe esa actuación. En ausencia de un acuerdo entre las partes litigantes, el tribunal competente tendrá que decidir a la luz de las pruebas que se presenten si se está preservando o no el valor económico de las garantías reales.

h. Agilización del procedimiento de reorganización

42. En los últimos años se ha prestado atención especial a la creación de procedimientos de reorganización acelerados (“procedimientos acelerados”) como

medio de simplificar los trámites de reorganización de una empresa deudora y de sortear los gastos o las demoras propias de los procedimientos ordinarios, en supuestos en que todos los acreedores principales (por lo general, acreedores financieros), o un número considerable de ellos, logran ponerse de acuerdo sobre las condiciones de reorganización.

43. El procedimiento acelerado puede estructurarse como sigue: i) los acreedores comienzan por negociar las condiciones que se establecerán en un plan de reorganización antes de la apertura de un procedimiento de insolvencia ordinario; ii) se inicia luego un procedimiento de insolvencia ordinario y iii) se presenta el plan de reorganización al foro competente para su aprobación por alguna vía acelerada (aunque sujeta a los mismos requisitos en materia de datos que han de darse a conocer a los acreedores del deudor y de votación por éstos, así como a otros requisitos procesales propios del procedimiento ordinario). Una vez aprobado, el plan de reorganización vinculará por igual a los acreedores disidentes que un procedimiento ordinario de reorganización (ver A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.12). No obstante, algunas modalidades de procedimiento acelerado prevén una menor intervención del tribunal competente para conocer de la insolvencia, al depender más, en cambio, de los acuerdos que concierten entre sí los acreedores principales del deudor, dejándose en ellos únicamente abierto el recurso a la vía judicial para resolver determinadas cuestiones. Los procedimientos acelerados tal vez prevean también ciertos arreglos para obtener financiación tras la apertura del procedimiento de insolvencia y alguna vía acelerada de recurso judicial de las decisiones del tribunal que entienda en la causa de insolvencia.

44. A fin de promover la disponibilidad de crédito garantizado a un precio asequible, es indispensable que los procedimientos acelerados no frustren las expectativas razonables de los acreedores garantizados ni den lugar a situaciones que causen mayor pérdida al acreedor garantizado que la apertura de un procedimiento de insolvencia ordinario. Por ejemplo, un procedimiento acelerado no debe servir para privar, sin su consentimiento, al acreedor garantizado de su capacidad, conforme a su garantía real, de realizar el valor económico íntegro de los bienes gravados que le corresponda y habrá de compensarse razonablemente al acreedor garantizado por toda merma de ese valor que derive de la utilización de esos bienes por el deudor durante el procedimiento. Además, el procedimiento acelerado no debe servir para frustrar las expectativas legítimas del acreedor garantizado, fundadas en sus documentos de crédito y en el derecho interno aplicable, en cuanto a la selección del foro o de la ley aplicable a su garantía.

45. Cabe afirmar en general que la disponibilidad en el derecho interno de procedimientos acelerados correctamente estructurados y que respondan a los principios analizados anteriormente, servirá de estímulo a los acreedores para otorgar crédito garantizado.

B. Resumen y recomendaciones

46. En todo régimen de las operaciones garantizadas debe reconocerse el derecho de los acreedores garantizados al valor económico de sus garantías reales y a retener la prelación de que gozaban esas garantías antes de la apertura del procedimiento de

insolvencia. Toda excepción a esta regla deberá ser limitada y establecerse de forma clara y previsible.

47. En principio, los bienes gravados deben ser incorporados a la masa de la insolvencia.

[Nota para ambos Grupos de Trabajo: los Grupos de Trabajo tal vez deseen considerar la posibilidad de añadir una recomendación acerca de si los bienes que hayan sido objeto de algún acuerdo de retención o de transferencia de la titularidad han de entrar o no a formar parte de la masa de la insolvencia (ver párr. 12 y la nota)].

48. Cuando el régimen de la insolvencia exija que los acreedores garantizados participen en el procedimiento de insolvencia, deberá velar asimismo por que esa participación les dote de medios eficaces para amparar sus propios derechos en el curso del procedimiento.

49. La diferencia entre un procedimiento de insolvencia destinado a liquidar los bienes de un deudor insolvente y otro destinado a rescatar o reorganizar su empresa puede dar lugar a que se paralice de modo distinto la ejecución de las garantías reales en uno y otro procedimiento. Con escasas excepciones (ver párr. 11), la necesidad de paralizar la ejecución de las garantías reales será menos imperiosa cuando el procedimiento de insolvencia sea de liquidación y no de reorganización. La imposición y duración de la paralización, así como los motivos por los que podrá levantarse dicha medida deberán ser ajustados en consecuencia. En todo caso, se deberá dar a los acreedores garantizados salvaguardias que amparen adecuadamente el valor económico de sus garantías reales siempre que esa paralización postergue por cierto tiempo la ejecutoriedad de su garantía real.

50. A reserva de toda acción de impugnación que sea ejercitable, 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.

51. 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, que sea necesario hacer a dicha regla, ayudará a evitar que tenga un impacto negativo sobre la disponibilidad y el precio del crédito otorgado.

52. Todo régimen de la insolvencia debe regular explícitamente lo relativo a la financiación otorgada con posterioridad a la apertura de un procedimiento de insolvencia, de modo que un acreedor que vaya a conceder un crédito a un deudor antes de dicha apertura pueda evaluar debidamente la posibilidad de que se llegue a negociar ese tipo de financiación antes de dar crédito al deudor (ver A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.14).

53. Un procedimiento acelerado no deberá frustrar las expectativas razonables de los acreedores garantizados ni dar lugar a situaciones que causen mayor pérdida al acreedor garantizado que la apertura de un procedimiento de insolvencia ordinario.