



Asamblea General

Distr. general
5 de octubre de 2001
Español
Original: inglés

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia)
25º período de sesiones
Viena, 3 a 14 de diciembre de 2001

Proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia

Informe del Secretario General

Índice

[La Introducción, la Primera Parte y la sección I de la Segunda Parte del proyecto de Guía pueden verse en el documento A/CN.9/WG.V/WP.57]

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
II. Demanda y declaración de apertura de un procedimiento de insolvencia.	1-39	3
A. Alcance del régimen de la insolvencia	1-9	3
1. Observaciones generales.	1-9	3
2. Ámbito de aplicación: resumen y recomendaciones.	--	6
B. Criterios para la demanda y la apertura de un procedimiento de insolvencia	10-39	6
1. Observaciones generales.	10-39	6
2. Demanda y declaración de apertura de un procedimiento: resumen y recomendaciones	--	16
III. Consecuencias de la apertura de un procedimiento de insolvencia	40-151	17
A. La masa de la insolvencia.	40-52	17
1. Observaciones generales.	50-52	17
2. Masa de la insolvencia: resumen y recomendaciones.	--	21
B. Protección de la masa de la insolvencia	53-83	22
1. Observaciones generales.	53-83	22
2. Protección de la masa de la insolvencia: resumen y recomendaciones	--	30

C.	Régimen aplicable a los contratos	84-123	32
1.	Observaciones generales	84-123	32
2.	Régimen aplicable a los contratos: resumen y recomendaciones	--	42
D.	Acciones de nulidad	124-151	43
1.	Observaciones generales	124-151	43
2.	Anulación: resumen y recomendaciones	--	50
IV.	Administración del procedimiento	152-252	52
A.	Derechos y obligaciones del deudor	152-170	52
1.	Observaciones generales	152-170	52
2.	Derechos y obligaciones del deudor: resumen y recomendaciones	--	57
B.	Derechos y obligaciones del representante de la insolvencia	171-186	59
1.	Observaciones generales	171-186	59
2.	Derechos y obligaciones del representante de la insolvencia: resumen y recomendaciones	--	63
C.	Financiación posterior a la apertura del procedimiento	187-191	64
1.	Observaciones generales	187-191	64
2.	Financiación posterior a la apertura del procedimiento: resumen y recomendaciones	--	66
D.	Juntas de acreedores	192-212	66
1.	Observaciones generales	192-212	66
2.	Juntas de acreedores: resumen y recomendaciones	--	71
E.	Créditos y demandas de los acreedores y su tratamiento	213-252	72
1.	Observaciones generales	213-252	72
2.	Créditos de los acreedores: resumen y recomendaciones	--	82
V.	Liquidación y distribución	253-260	84
A.	Prioridades en la distribución	253-255	84
1.	Observaciones generales	253-255	84
2.	Distribución: resumen y recomendaciones	--	84
B.	Exoneración	256-260	85
1.	Observaciones generales	256-260	85
2.	Exoneración: resumen y recomendaciones	--	86
VI.	Planes de reorganización	261-299	86
1.	Observaciones generales	261-299	86
2.	Planes de reorganización: resumen y recomendaciones	--	96

II. Demanda y declaración de apertura de un procedimiento de insolvencia

A. Alcance del régimen de la insolvencia

1. Observaciones generales

a) Deudores a los que será aplicable el régimen de la insolvencia

1. Una importante cuestión previa a la preparación de un régimen general de la insolvencia es la de determinar cuáles son los deudores a los que será aplicable dicho régimen. En la medida en que se excluya a un deudor de dicho régimen, ese deudor dejará de gozar del amparo que ofrece y no estará sujeto a su disciplina. Los criterios de admisibilidad en dicho régimen indicarán la índole de los deudores cuyo negocio podrá ser objeto de liquidación o de reorganización, así como la índole de los negocios que quedarán excluidos del ámbito de aplicación de este régimen. Ello suscita la cuestión de si la ley ha de distinguir entre los deudores que sean personas físicas y los que sean sociedades mercantiles, lo que suscitará a su vez cuestiones de política general y de política social o de otra índole que diferirán para una y otra categoría. La política hacia el endeudamiento y la insolvencia de una persona física refleja a menudo actitudes culturales que no son aplicables a una sociedad mercantil. Cabe citar como ejemplos la actitud social hacia el endeudamiento de un negocio personal o de una sociedad mercantil; el auxilio otorgable al deudor que no pueda atender al servicio de su deuda; la degradación de la condición personal del deudor por efecto de la quiebra; y la liberación eventual de ciertas deudas o medidas ejecutorias. En contraste, la política aplicable a la insolvencia de una sociedad mercantil se regirá por consideraciones económicas y comerciales dimanantes de la importante función de dichas entidades en la economía y de la necesidad de que esas consideraciones queden reflejadas en el régimen aplicable a la insolvencia.

2. Por todo ello, el régimen de la insolvencia tal vez deba distinguir entre los comerciantes individuales y las sociedades de diversa índole que pueden intervenir en actividades comerciales e indicar cuál será el régimen de insolvencia (personal o comercial) aplicable a uno u otro tipo de comerciante (es decir, a una sociedad comercial o a un comerciante individual). Se han ideado para ello diversos criterios basados en la índole del negocio, en el nivel de endeudamiento y en la relación entre ese endeudamiento y la índole del negocio. Ahora bien, la experiencia de algunos países sugiere que si bien las actividades de los comerciantes individuales forman parte del comercio, es preferible que esas actividades se rijan por el régimen de la insolvencia personal, ya que en última instancia el propietario de un negocio personal [un negocio no constituido en persona jurídica o social] será personalmente responsable, sin límite alguno, por las deudas de su negocio. La insolvencia de los comerciantes individuales plantea asimismo difíciles cuestiones en materia de exoneración (liberación del deudor de su responsabilidad total o parcial por concepto de ciertas deudas una vez concluido el procedimiento) y embargo eventual de los sueldos percibidos con posterioridad a la insolvencia, así como asuntos de índole personal relativos, por ejemplo, al arreglo concertado a raíz de una sentencia de divorcio. Además, la inclusión del supuesto de la insolvencia personal en el régimen de la insolvencia comercial puede perjudicar la aplicación del régimen de la insolvencia al dar a la insolvencia una connotación aún más socialmente objetable.

Convendría que se tuvieran en cuenta estas consideraciones al preparar un régimen para la insolvencia comercial. La presente Guía no se ocupa de esas distinciones sino de la conducta en sí de los negocios, con independencia de cuál sea el vehículo por el que se lleven a cabo las actividades comerciales.

3. Un régimen general de la insolvencia puede ser aplicable a todo tipo de negocios, tanto privados como públicos, particularmente los de empresas públicas que compiten en el mercado como sociedades comerciales sujetas a los mismos avatares comerciales y económicos de una empresa privada. La propiedad pública de una empresa no suministra, de por sí, una base para excluirla del régimen general de la insolvencia. La sumisión de esas empresas a ese régimen ofrece la ventaja de someterlas a la disciplina del mercado al dar claramente a entender que no gozarán de un apoyo financiero ilimitado del sector público. Cabría exceptuar de esta política general a toda empresa cuyos compromisos hayan sido explícitamente garantizados, por alguna razón de orden público, por las autoridades. Cuando el régimen de las empresas públicas forme parte de una política macroeconómica especial, por ejemplo, de un programa de privatización general, no estaría de más que se examinara la conveniencia de promulgar alguna norma especial que resuelva toda cuestión pertinente que pueda surgir, por ejemplo, en materia de insolvencia.

4. Si bien puede ser conveniente que la protección y la disciplina de un régimen de la insolvencia beneficien a la más amplia gama posible de entidades, cabe prever un tratamiento diferenciado para ciertas entidades. Ese trato diferenciado puede justificarse, por ejemplo, por razones de orden público, como podría ser la protección debida al consumidor. Puede también ser conveniente para cierto tipo de entidades de índole especializada, como los bancos y las compañías de seguros, las empresas de servicios públicos y los agentes de valores bursátiles o de productos básicos, por ser costumbre que todas estas entidades estén sujetas a algún régimen reglamentario especial. La presente guía no se ocupa en particular de ninguna de las consideraciones especiales que puedan ser aplicables a entidades de esta índole.

b) Aplicabilidad del régimen de la insolvencia

i) Centro de sus principales intereses

5. Además de reunir los atributos comerciales requeridos, el deudor deberá tener una vinculación suficiente con el Estado del foro para estar sujeto a su régimen de la insolvencia.

6. Si bien en algunos ordenamientos se utiliza como factor de conexión el denominado establecimiento principal de la empresa deudora, la CNUDMI ha adoptado en la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza (“La Ley Modelo de la CNUDMI”) el denominado “centro de principales intereses” del deudor como factor determinante del lugar donde deberá celebrarse el “procedimiento principal” contra ese deudor. Ese término se utiliza también en el proyecto de convención de la CNUDMI sobre la cesión de créditos en el comercio internacional y en el Reglamento N° 1346/2000 de 29 de mayo de 2000, del Consejo de Europa (CE) relativo a los procedimientos de insolvencia (denominado en adelante “el Reglamento del CE”). La Ley Modelo de la CNUDMI no define este término, en el Reglamento de la CE se indica que esa expresión debe entenderse como “el lugar en que el deudor administra ordinariamente sus intereses y que, por lo tanto, los

terceros pueden determinar”. Otro factor de conexión adecuado sería el indicado en el párrafo 3 del artículo 16 de la Ley Modelo de la CNUDMI y en el artículo 3 del Reglamento de la CE, a saber: se presumirá que el centro de los principales intereses del deudor es su domicilio social, o su residencia habitual si se trata de una persona física, salvo que se demuestre que el centro de sus principales intereses se encuentra en algún otro lugar. Todo deudor debe quedar sujeto al régimen de la insolvencia del Estado donde tenga el centro de sus principales intereses.

7. Sin que sea óbice la adopción del “centro de los principales intereses” del deudor como factor de conexión, cabe prever que un deudor que posea bienes situados en dos o más Estados satisfaga las condiciones para quedar sujeto al régimen de la insolvencia de más de un Estado, ya sea porque se apliquen, en esos Estados, diversos criterios para determinar la competencia del foro respecto del deudor o porque se apliquen diversas interpretaciones de un mismo criterio, dando así lugar a que se abra un procedimiento aparte contra ese deudor en cada uno de esos países. En esos casos, será conveniente disponer de un régimen basado en la Ley Modelo de la CNUDMI que resuelva los problemas de coordinación y cooperación, que no dejarán de surgir entre esos procedimientos.

ii) Establecimiento

8. En algunos ordenamientos está prevista la apertura de un procedimiento de insolvencia en todo Estado donde el deudor tenga un establecimiento. En el artículo 2 de la Ley Modelo sobre la insolvencia transfronteriza de la CNUDMI se define el término “establecimiento” como “todo lugar de operaciones en que el deudor ejerza de forma no transitoria una actividad económica con medios humanos y bienes o servicios”. El Reglamento de la CE contiene una definición similar que, sin embargo, omite la referencia a “servicios”. Básicamente, por ello, el establecimiento será un centro de operaciones comerciales del deudor, sin que sea necesariamente el centro de sus principales intereses. Esta definición es importante para la estructura global de la Ley Modelo de la CNUDMI, ya que sirve para determinar los procedimientos que sólo podrán reconocerse como procedimientos no principales, dado que el procedimiento principal requerirá para su apertura la presencia del centro de los principales intereses del deudor. El Reglamento de la CE ha previsto la apertura de un procedimiento de insolvencia secundario en todo territorio donde el deudor posea un establecimiento, pero la competencia del foro que entienda de ese procedimiento se extenderá únicamente a los bienes del deudor situados en el territorio de ese Estado.

iii) Presencia de bienes

9. Algunos ordenamientos prevén la apertura de un procedimiento de insolvencia por un deudor, o contra un deudor, que tenga o haya tenido bienes en el territorio del Estado del foro sin exigir que el deudor posea en dicho territorio un establecimiento o el centro de sus principales intereses. Se ha de hacer una distinción al respecto entre los procedimientos que sean de liquidación o de reorganización de la empresa; si bien la presencia de bienes en un territorio puede servir de base para abrir un procedimiento de liquidación respecto de esos bienes, la mera presencia de esos bienes no justificaría la apertura de un procedimiento de reorganización. El recurso al criterio de la mera presencia de bienes en el territorio de un Estado suscitará el

problema de la pluralidad de foros competentes, así como de la apertura de diversos procedimientos, lo que dará lugar a cuestiones de coordinación y cooperación que estén ya resueltas en la Ley Modelo de la CNUDMI.

2. Ámbito de aplicación: resumen y recomendaciones

- 1) Las disposiciones relativas al ámbito de aplicación de un régimen de la insolvencia tienen por objeto determinar:
 - a) los deudores a los que será aplicable ese régimen;
 - b) los deudores que, por serles aplicable un régimen especial de la insolvencia, quedarán excluidos del ámbito de aplicación del régimen general;
 - c) los criterios que han de observarse para la apertura de un procedimiento de insolvencia en el Estado promulgante.
- 2) Un régimen de la insolvencia debe ser aplicable al procedimiento de insolvencia que se abra contra [todos los deudores] [todas las sociedades mercantiles o comerciales] cuya actividad sea comercial [, así como a toda empresa pública que se dedique [al comercio] [a actividades comerciales].
- 3) Los bancos, las compañías de seguros y demás empresas expresamente designadas, que estén sujetas a reglamentaciones especiales o a un régimen especial de la insolvencia, podrán ser excluidas del ámbito de aplicación del régimen general de la insolvencia.
- 4) Podrá abrirse un procedimiento de insolvencia por o contra un deudor que tenga el centro de sus principales intereses en el Estado promulgante.
- 5) A falta de prueba en contrario, se presumirá que toda persona jurídica posee el centro de sus principales intereses en el Estado de su domicilio social.
- 6) A falta de prueba en contrario, se presumirá que toda persona física posee el centro de sus principales intereses en el Estado de su lugar de residencia habitual.
- 7) Podrá abrirse un procedimiento de liquidación por o contra un deudor que tenga un establecimiento en el Estado promulgante, pero la competencia del foro que entienda de dicho procedimiento deberá quedar limitada a los bienes del deudor que estén situados en el territorio de ese Estado.

B. Criterios para la demanda y la apertura de un procedimiento de insolvencia

1. Observaciones generales

10. Los criterios que han de reunirse para demandar la apertura de un procedimiento de insolvencia, o para declarar abierto ese procedimiento, son esenciales a todo régimen de la insolvencia. Al definir los requisitos para toda demanda de apertura de un procedimiento de insolvencia, esos criterios sirven para determinar cuáles son las empresas que estarán sujetas a la disciplina, y podrán

acogerse a la protección, de un procedimiento de insolvencia, y quién podrá demandar su apertura.

11. Como principio general sería conveniente que el acceso al procedimiento de insolvencia sea relativamente sencillo, poco costoso y rápido a fin de alentar a toda empresa insolvente, o en graves dificultades, a acogerse voluntariamente a su régimen. Sería también conveniente que dicho acceso sea flexible en términos de la diversidad de procedimientos disponibles, de la facilidad de acceso al procedimiento que más convenga a la situación de determinado deudor, y de la posibilidad de pasar de un tipo de procedimiento a otro, cuando así proceda. Todo criterio restrictivo al respecto podría desalentar tanto al deudor como a sus acreedores, demorando así el recurso a este procedimiento, lo cual puede dar lugar a una merma del valor de los bienes o comprometer el éxito del procedimiento, especialmente en supuestos de reorganización. Esa facilidad de acceso deberá ser, no obstante, contrarrestada por ciertas salvaguardias que impidan todo abuso de este procedimiento. Cabe que un deudor, que no esté en dificultades financieras, solicite la apertura de un procedimiento para disfrutar de las medidas de amparo previstas por el régimen de la insolvencia, tales como la paralización automática de ciertas actuaciones, pese a no encontrarse en la imposibilidad de pagar plenamente a sus acreedores, que es lo que justifica esas medidas. Por su parte, ciertos acreedores que sean competidores del deudor podrían recurrir a este procedimiento para perturbar el negocio del deudor y obtener así una ventaja competitiva.

12. Los ordenamientos difieren en cuanto a los criterios que deben cumplirse para que pueda abrirse un procedimiento. Algunos ofrecen diversos juegos de criterios y distinguen entre los criterios que serán aplicables a la apertura de un procedimiento, según sea ese procedimiento de liquidación o de reorganización, y entre los que serán aplicables a la demanda de apertura, según sea presentada dicha demanda por un deudor o por un acreedor.

a) Liquidación

13. El derecho interno de la insolvencia suele prever que la demanda de apertura de un procedimiento de liquidación pueda ser presentada por el deudor (designado habitualmente procedimiento voluntario), por uno o más de los acreedores (designado procedimiento involuntario) o por imperio de la ley cuando el incumplimiento por el deudor de algún requisito legal dé lugar a una apertura automática de un procedimiento de insolvencia (descrito igualmente como involuntario).

14. Un criterio muy difundido para decidir la apertura de un procedimiento de liquidación es el de la liquidez de caja o de tesorería que requiere que el deudor haya suspendido pagos o se encuentre en la imposibilidad de pagar sus deudas a su vencimiento. El recurso a este criterio tiene por objeto activar el procedimiento en una fase lo bastante temprana de la crisis financiera de la empresa deudora para minimizar la dispersión eventual de sus bienes y evitar que los acreedores embarguen o se posesionen de bienes que mutilen el patrimonio de la empresa en detrimento colectivo de sus acreedores. Demorar la apertura a una etapa ulterior en la que el deudor pueda ya demostrar la gravedad de su situación financiera mediante, por ejemplo, la presentación de su balance (arrojando un pasivo que

supere su activo), sólo serviría para interrumpir una carrera ya en curso entre los acreedores por cobrar sus créditos.

15. Un inconveniente que se aduce contra el empleo del criterio de la suspensión general de pagos para la apertura de un procedimiento de liquidación respecto de una empresa que sólo padezca dificultades pasajeras de liquidez o de tesorería quedaría eliminado si se dispusiera que ese procedimiento podrá ser ulteriormente desestimado o transformado, por ejemplo, en un procedimiento de reorganización (ver ...). Cabe citar como remedios contra el abuso de este procedimiento los siguientes: la desestimación o conversión ulterior de ese procedimiento, y la imposición de sanciones, o del pago a la otra parte de una indemnización, a toda persona que recurra indebidamente a este procedimiento. Como supuestos que darían lugar a la aplicación de estas medidas cabe citar el recurso por el deudor a la insolvencia como amparo contra un único acreedor o como forma de burlar o privar a sus acreedores del pago oportuno y pleno de sus créditos, así como la demanda por un acreedor de una declaración de insolvencia contra el deudor en lugar de alguna medida ejecutoria (tal vez demasiado lenta) o la tentativa de eliminar a una empresa competidora del mercado o de obtener algún pago preferencial.

16. El recurso al criterio de la suspensión general de pagos varía de un régimen de la insolvencia a otro. En algunos países sirve de base para la apertura de un procedimiento tanto de liquidación como de reorganización, y en el supuesto de que se opte por la liquidación cabrá transformar ulteriormente ese procedimiento en otro de reorganización. En otros ordenamientos, sólo cabe utilizar este criterio para la apertura de un procedimiento de reorganización, que sólo podrá transformarse en un procedimiento de liquidación si se demuestra que la reorganización de la empresa no es viable. Una tercera posibilidad es la de emplear este criterio para abrir un procedimiento unitario o polivalente (ver ...) que tan sólo podrá transformarse en un procedimiento de liquidación o de reorganización tras una fase de evaluación de la empresa.

17. Como alternativa del criterio de la suspensión general de pagos cabe citar el criterio del balance con un excedente del pasivo sobre el activo que sea indicio de apuros financieros graves. Este criterio puede dar una medida inexacta de la insolvencia si las normas de contabilidad o las técnicas de valoración arrojan valores que no son reflejo del justo valor de mercado de los bienes del deudor o cuando el mercado financiero no esté lo bastante desarrollado ni sea lo bastante estable para dar ese valor. Además, como criterio para la declaración de insolvencia puede dar lugar a demoras y dificultades de prueba por exigirse a menudo un peritaje de los libros, cuentas y datos financieros de la empresa que determine el justo valor de mercado de la empresa. Ello es particularmente difícil cuando esos libros no se llevan como es debido o no son fáciles de obtener. Por todo ello este criterio da lugar a menudo a que se abra el procedimiento cuando ya no sea posible reorganizar la empresa. Como criterio de apertura no cabe decir que sea un reflejo fiel de la capacidad del deudor para cumplir colectivamente con sus acreedores cuando su negocio siga en marcha y puede comprometer el objetivo de maximizar el valor de sus bienes. Si bien cabe utilizar este enfoque para ayudar a definir la insolvencia, por las razones anteriormente esbozadas no constituye un criterio lo bastante fiable para servir de único fundamento para esa definición.

i) Demanda de apertura por el deudor

18. En muchos ordenamientos se aplica el criterio de la “suspensión general de pagos” para la demanda por el deudor de la apertura de un procedimiento de liquidación. Si el criterio aplicable es el de un riesgo de insolvencia inminente, la demanda tal vez sólo sea presentable por el deudor. En la práctica, el deudor suele presentar únicamente la demanda como medida de última instancia, cuando ya no puede pagar sus deudas, por lo que no suele verificarse estrictamente el cumplimiento de este criterio. A la luz de ello, el régimen de la insolvencia permite en algunos países que el deudor presente su demanda sobre la base una mera declaración de su situación financiera (declaración que, en el supuesto de una persona jurídica, deberán hacer los consejeros u otros miembros de su órgano rector) sin especificar criterio alguno de deterioro de su situación financiera.

19. Una cuestión que se plantea en toda demanda presentada por el deudor es la de determinar si el deudor estará obligado a presentar una demanda de apertura de un procedimiento al alcanzar cierto estadio de deterioro de su situación financiera. No existen pareceres unánimes al respecto. De imponerse ese deber, en un supuesto de liquidación, se estará protegiendo los derechos de los acreedores al impedir la dispersión de los bienes del deudor y, en un supuesto de reorganización, se mejorarán las probabilidades de éxito al alentarse la pronta apertura del procedimiento. La definición de ese deber puede suscitar, no obstante dificultades prácticas sobre cuándo y cómo será exigible, particularmente cuando toda demora en presentar la demanda de apertura de un procedimiento judicial dé lugar a la responsabilidad de ciertos cargos de la empresa deudora, como sería su personal gerente o su principal órgano rector. En esos supuestos, esa regla desalentaría al deudor de buscar otras soluciones a sus dificultades financieras, tales como un acuerdo de reorganización extrajudicial, que en algunos casos facilitarían una solución más favorable de la crisis. La concesión de incentivos (en forma, tal vez, de protección contra ciertas medidas ejecutorias) será tal vez más eficaz para alentar al deudor a demandar la apertura de un procedimiento con la prontitud deseable.

ii) Demanda presentada por los acreedores

20. De adoptarse el criterio de la suspensión general de pagos para las demandas presentadas por acreedores, los acreedores tendrán tal vez dificultades en probar que se da esa situación. Si bien no es probable que los acreedores tengan dificultad en probar que el deudor ha incumplido uno o más de los pagos que les sean debidos, no será tan fácil presentar pruebas de que el deudor haya incurrido en una suspensión general de pagos. Debiera ser relativamente sencillo presentar prueba adecuada de una presunción de insolvencia del deudor, sin necesidad de imponer una carga probatoria excesiva sobre los acreedores. Al tratar de definir un criterio de prueba suficiente para acreditar una suspensión general de pagos, que esté al alcance de los acreedores, tal vez baste, como índice objetivo de esta suspensión, probar que el deudor no ha pagado, dentro de cierto plazo, alguna deuda vencida respecto de la que se le haya presentado una reclamación escrita de pago. Ahora bien, es evidente que los acreedores cuyos créditos no hayan vencido podrán estar igualmente interesados en la apertura de un procedimiento de insolvencia. Esto puede ser particularmente cierto respecto de los titulares de créditos a largo plazo que tal vez nunca lleguen a adquirir, conforme a este criterio, derecho a demandar la apertura de

un procedimiento, siendo no obstante innegable que sus créditos se verán afectados por las actividades del deudor. Ahora bien, definir una prueba que permita que dichos acreedores presenten una demanda puede plantear graves dificultades de prueba, particularmente en lo relativo a la situación financiera del deudor. Si el régimen de la insolvencia desea ofrecer a los titulares de créditos no vencidos la posibilidad de presentar una demanda de apertura de un procedimiento, la prueba que les sea exigida no deberá ser demasiado difícil, costosa o lenta.

21. El régimen interno actual de la insolvencia aplica diversos criterios para las demandas de apertura presentadas por acreedores. En algunos países se exige que la demanda sea presentada por más de un acreedor (que tal vez hayan de ser titulares de créditos no garantizados pero de validez no cuestionable); en otros países se exige que sean titulares de créditos vencidos cuyo valor acumulativo supere determinada cuota del endeudamiento total (o cierto número de acreedores cuyos créditos supongan cierta cuota del valor global del endeudamiento). Un tercer criterio (aplicable al supuesto de una demanda presentada por un único acreedor) consiste en obligar al deudor a presentar información al tribunal que le permita determinar si el impago de esa deuda resulta de una controversia con ese acreedor o constituye un indicio de falta de liquidez de la empresa deudora.

22. La razón por la que se acostumbra a exigir que la demanda sea presentada por más de un acreedor suele ser la de minimizar el riesgo de que un único acreedor trate de utilizar el procedimiento de insolvencia como sucedáneo del mecanismo normal para la ejecución de su deuda, particularmente cuando esa deuda sea relativamente pequeña. Esta razón no debe menoscabar, sin embargo, la finalidad de facilitar y agilizar la vía de acceso al procedimiento de insolvencia. Por lo demás, cabe responder a esa inquietud requiriendo que el crédito de ese único acreedor ascienda a determinada cuantía (aun cuando la imposición de un umbral cuantitativo tal vez no sea una solución óptima en países en los que la inestabilidad del valor de su moneda pueda obligarlos a enmendar de cuando en cuando el texto de la ley) o adoptando un procedimiento como el anteriormente descrito que obligase al deudor a presentar información pertinente al tribunal. Cabría también imponer a todo acreedor que demande indebidamente un procedimiento de insolvencia ciertas sanciones como sería la de tener que indemnizar por daños al deudor que sea víctima de esa demanda.

23. Si el criterio de apertura exige que los créditos hayan vencido para que los acreedores puedan demandar la apertura, tal vez convenga prever cierta flexibilidad que permita, en supuestos excepcionales, que se declare abierto un procedimiento de insolvencia sin necesidad de que haya vencido ningún crédito. Cabe citar como supuestos excepcionales que existan indicios, por ejemplo, de que el deudor está dando un trato preferente a determinados acreedores o de que el deudor está actuando fraudulentamente en asuntos financieros, y, en un supuesto de reorganización, cuando se vaya a abrir un procedimiento para poner en marcha algún arreglo previamente negociado.

iii) Demanda de apertura presentada por alguna autoridad pública

24. El régimen de la insolvencia tal vez otorgue a algún órgano público (habitualmente al ministerio fiscal o su equivalente), o a alguna otra autoridad supervisora, una facultad no exclusiva de entablar un procedimiento de liquidación

contra toda empresa que haya suspendido pagos o, con un criterio más amplio seguido en algunos países, si se estima que el interés público aconseja que se abra dicho procedimiento. En este supuesto, tal vez no sea preciso demostrar la falta de liquidez de la empresa, permitiendo así que las autoridades pongan término a las operaciones de empresas, por lo demás solventes, que se dediquen a operaciones de índole, por ejemplo, fraudulenta o delictiva. Aun cuando sea conveniente que la autoridad goce, en determinados supuestos, de ciertas facultades de policía, sería claramente indeseable que se abusara de ellas (utilizándolas, por ejemplo, con excesiva facilidad), por lo que esas facultades deberán ser ejercidas con arreglo a directrices bien definidas. Sólo cabría, por ejemplo, entablar procedimientos que sean de liquidación, aun cuando en determinados supuestos sea posible transformarlos en procedimientos de reorganización, sujetos a ciertos controles: por ejemplo de que el negocio sea lícito y de que la gestión de la empresa sea asumida por algún órgano público o un representante de la insolvencia.

[A/CN.9/504, párr. 35: el Grupo de Trabajo convino, por consiguiente, en que se dieran ciertos criterios que sirvieran de orientación sobre los supuestos que darían lugar a que la autoridad competente ejerza dicha facultad, a fin de impedir eventuales abusos en su ejercicio.]

b) Reorganización

i) Demanda presentada por el deudor

25. Uno de los objetivos del procedimiento de reorganización es instituir un marco que aliente a los deudores a afrontar sus dificultades financieras antes de que sea demasiado tarde. De acuerdo con dicho objetivo cabría establecer un criterio que no exija que el deudor haya incurrido en suspensión general de pagos (es decir, bastaría con que se encuentre en una crisis de liquidez) para poder presentar su demanda, sino que permita presentarla en supuestos de dificultades financieras que, caso de no ser resueltas, pudieran llevarle a la insolvencia. Los criterios requeridos para la presentación de una demanda de apertura por el deudor varían de un país a otro. En algunos países, la demanda de un procedimiento de reorganización no ha de responder necesariamente a algún criterio determinado: el deudor podrá presentar la demanda cuando así lo estime oportuno. En otros ordenamientos, en particular aquellos que prevén un procedimiento unitario o inicialmente indiferenciado (ver el anterior párr. ...), facultan al deudor para presentar una demanda si prevé que, en algún momento futuro pudiera no estar en condiciones de pagar sus deudas a su vencimiento.

26. Tal vez se sugiera que esa relajación de los criterios de apertura pueden incitar al deudor a abusar de este procedimiento. Por ejemplo, el supuesto de un deudor que, sin estar en dificultades financieras, solicita la apertura de un procedimiento para poner en marcha un plan de reorganización que le permita descartar ciertas obligaciones onerosas, tales como algunos contratos laborales o que pretenda con ello privar a sus acreedores del pago puntual y completo de sus deudas. El riesgo de que un deudor abuse de un procedimiento de reorganización dependerá de los criterios exigidos para su apertura, de cómo se haya de preparar el plan de reorganización y del control que se le deje al deudor de su negocio tras la apertura del procedimiento. Cabe prever como posibles remedios contra dicho abuso por parte del deudor que el régimen de la insolvencia faculte al foro competente para

desestimar la demanda o que el deudor haya de responder ante sus acreedores de los costos dimanantes del procedimiento y de todo daño que les ocasione.

ii) Demanda presentada por los acreedores

27. Si bien el régimen de la insolvencia suele prever que el procedimiento de liquidación pueda ser demandado tanto por un acreedor como por un deudor, no existe ningún consenso sobre si un procedimiento de reorganización podrá también ser demandado por un acreedor. Dado que uno de los objetivos del procedimiento de reorganización es dar una nueva oportunidad a los acreedores para obtener el pago de la totalidad o de una parte del valor de sus créditos gracias a la reorganización de la empresa deudora con miras a asegurar la marcha ininterrumpida del negocio, tal vez sea deseable que la facultad de demandar ese procedimiento no sea exclusiva del deudor. Dotar a los acreedores de esa facultad será también un factor determinante a la hora de decidir si se ha de facultar a los acreedores para ser ellos quienes propongan un plan de reorganización (ver Plan de reorganización). En algunos ordenamientos se sigue el criterio de que, dado que a menudo los acreedores serán los principales beneficiarios de la reorganización con éxito de una empresa, se debe dar a los acreedores la oportunidad de proponer un plan al respecto. De adoptarse dicho criterio, parece razonable que los acreedores estén también facultados para demandar la apertura de un procedimiento de reorganización.

28. Se sugieren diversos criterios para la apertura de un procedimiento de reorganización de la empresa deudora, cuando su apertura sea demandada por los acreedores. Se ha sugerido que sería difícilmente justificable que rigieran unos mismos criterios de apertura para un procedimiento demandado por los acreedores que para un procedimiento demandado por el deudor. Ello se explica no sólo por la mayor dificultad que tendrán los acreedores en probar la falta de liquidez de la empresa deudora requerida para esa apertura, sino también por juzgarse, en principio, improcedente la apertura de un procedimiento de insolvencia contra el deudor contrariamente a su voluntad, sin que los acreedores hayan demostrado que sus derechos corren ya peligro. Por ejemplo, cabe exigir que los acreedores demuestren que se dispondrá de liquidez suficiente para mantener la marcha normal del negocio durante su reorganización, que el valor del patrimonio de la empresa hace viable la reorganización y que el reembolso de los créditos de los acreedores será probablemente mayor a resultas de un procedimiento de reorganización de la empresa que a resultas de su liquidación. Una de las desventajas de este criterio es que no permite que los acreedores presenten su demanda sin haber efectuado una evaluación a fondo del negocio de la empresa deudora. Para facilitar el acceso a los datos requeridos, el régimen de la insolvencia podría disponer que, de presentar los acreedores una demanda, se encomendará la evaluación de la situación financiera del deudor a una autoridad independiente. Con ello se evitará que se abra un procedimiento en supuestos donde no proceda, pero se ha de procurar que esos trámites adicionales no demoren la apertura del procedimiento, lo que restaría probabilidades de éxito a la reorganización, dificultando además la maximización del valor patrimonial de la empresa mediante dicha reorganización.

29. La cuestión de la complejidad o sencillez relativas de los criterios requeridos para la apertura de un procedimiento está estrechamente vinculada a la cuestión de los efectos que ha de detener la apertura de un procedimiento de insolvencia y el curso de ese procedimiento. Cuando el régimen de la insolvencia imponga la

paralización automática de ciertas medidas, a raíz de la apertura de un procedimiento, será posible evaluar las posibilidades de proseguir el negocio y reorganizar la empresa con éxito tras la apertura de dicho procedimiento. En otros ordenamientos, esa evaluación habrá de hacerse antes de presentarse la demanda de apertura, ya que para poder optar por un procedimiento de reorganización deberá ser previsible que dicho procedimiento reporte a los acreedores mayores ventajas que la liquidación de la empresa.

30. Por todo ello, tal vez se juzgue oportuno imponer un mismo criterio para la apertura de uno u otro procedimiento a instancia de los acreedores (es decir, la suspensión general de pagos de la empresa deudora; ver ...). Este criterio respondería tanto al supuesto de la dualidad de procedimientos como al del procedimiento unitario (ver: ...), ya que la imposición de un criterio distinto para la apertura no dependerá tanto del tipo de procedimiento que se vaya a abrir sino de que el demandante sea el deudor o alguno de sus acreedores. La excepción a la regla de que rijan unos mismos criterios de apertura tanto para el procedimiento de liquidación como para el de reorganización se da en aquellos ordenamientos que impiden que tanto el deudor como sus acreedores demanden la apertura del procedimiento de liquidación hasta que no se haya determinado la imposibilidad de reorganizar viablemente la empresa. En este caso, el criterio para la apertura de un procedimiento de liquidación no sería el de una suspensión general de pagos, sino la determinación de que la reorganización de la empresa no sería viable.

31. Al igual que en un procedimiento de liquidación, los criterios exigibles para la demanda de apertura por los acreedores de un procedimiento de reorganización podrán enunciar el requisito de que la demanda sea presentada por cierto número de acreedores o por acreedores que sean titulares de créditos ya vencidos por determinado valor cumulativo, o ambos requisitos a la vez.

c) Cuestiones de procedimiento

i) *Decisión de apertura de un procedimiento de insolvencia*

32. Los procedimientos de insolvencia suscitan diversas cuestiones de índole procesal. La primera será la de dilucidar cómo se declara abierto un procedimiento una vez presentada la correspondiente demanda. En muchos países, el foro competente determina, a la luz de la demanda presentada, si se dan los requisitos para declarar abierto el procedimiento. En algunos países, esa determinación correrá a cargo también de un órgano administrativo competente, que asumirá una función básica de supervisión en el curso del procedimiento. La cuestión esencial no está, sin embargo, en determinar cuál es el órgano competente para adoptar dicha decisión sino cómo deberá proceder ese órgano al adoptar esa decisión. El que las condiciones de acceso a dicho procedimiento sean sencillas, no sólo facilitará la evaluación de la demanda por dicho órgano, al restar complejidad a dicho proceso decisorio con la consiguiente agilización del mismo, sino que reducirá asimismo el costo de los trámites de apertura de un proceso de insolvencia, dotándoles además de una mayor transparencia y predecibilidad (ver objetivos claves ...). El costo de esos trámites puede tener suma importancia para supuestos de insolvencia de empresas pequeñas o medianas.

33. Algunos regímenes de la insolvencia distinguen entre la demanda voluntaria y la demanda involuntaria de dicho procedimiento. La demanda voluntaria puede

hacer las veces de un reconocimiento de insolvencia para activar automáticamente el procedimiento, salvo que se demuestre que el deudor trata de recurrir indebidamente al procedimiento para burlar a sus acreedores. En el supuesto de una demanda involuntaria, se le pide al tribunal que considere si se cumplen los criterios requeridos para declarar abierto el procedimiento. Conforme a otros ordenamientos, tanto si la demanda es voluntaria como si es involuntaria, se le pedirá al tribunal competente que determine no sólo si se dan o no las condiciones de acceso al procedimiento, sino también que evalúe la gravedad de la situación financiera del deudor para determinar la clase de procedimiento que mejor responda a las dificultades del deudor. Una forma de reducir la complejidad de esa evaluación, sería la de disponer, en primer lugar, que se efectuará una vez declarado abierto el procedimiento a fin de que el tribunal sea asistido por el representante de la insolvencia y otros peritos, y, en segundo lugar, que se podrá transformar un procedimiento de liquidación en otro de reorganización, o viceversa. Si la evaluación requerida es compleja, es posible que transcurra cierto tiempo entre la presentación de la demanda y la declaración de la insolvencia, lo que dará ocasión para que el deudor siga comerciando y contraiga nuevas deudas, algunas de ellas para preservar su flujo de tesorería.

ii) Fijación de un plazo para la declaración de apertura del procedimiento

34. Cuando se le pide al tribunal que declare la apertura de un procedimiento, es deseable que el tribunal decida al respecto con cierto grado de predecibilidad y certidumbre y proceda sin demora a dar curso a las actuaciones. Una manera de conseguirlo sería la de imponer un plazo para denegar u otorgar la apertura del procedimiento tras la presentación de la demanda. Aun cuando ese plazo obre en aras de la certidumbre y de la transparencia del procedimiento tanto para el deudor como para sus acreedores, esa conveniencia habrá de ser sopesada contra las posibles desventajas de ese plazo. El plazo fijado tal vez resulte insuficiente para aclarar las dificultades del caso. Ese plazo pudiera ser arbitrario si ignora los medios de que dispone el órgano encargado de supervisar el procedimiento de insolvencia o ciertas prioridades locales, y tal vez resulte difícil obligar al foro que haya de entender de la demanda a respetar el plazo fijado. Por todo ello, es conveniente que el régimen de la insolvencia adopte un criterio flexible que favorezca la rapidez del proceso decisorio, marcando al respecto ciertas pautas razonables, que den margen para las limitaciones o prioridades locales del caso.

[Nota para el Grupo de Trabajo: ¿Debe hacerse alguna distinción entre la demanda voluntaria y la involuntaria en lo relativo a la prontitud de su examen por parte del tribunal?]

iii) Notificación de la apertura

35. La notificación de la apertura del procedimiento de insolvencia es un trámite esencial para diversos objetivos clave del régimen de la insolvencia: la salvaguarda de la transparencia de este procedimiento y la equidad con la que se ha de obrar al informar a los acreedores de la apertura de un procedimiento voluntario por el deudor. No obstante, cabe prever supuestos excepcionales en los que, previa autorización por el tribunal, no se proceda a notificar al deudor de la apertura de un

procedimiento por razón de que no sea posible hacerlo o de que esa notificación restaría eficacia a determinada demanda.

36. En el supuesto de una demanda voluntaria presentada por el deudor, los acreedores o demás personas eventualmente afectadas tendrán un interés evidente en ser notificadas de la apertura del procedimiento y en que se les dé la oportunidad de impugnar los indicios de insolvencia alegados por el deudor o su derecho a acogerse a ese procedimiento (fijándose cierto plazo para dicha impugnación a fin de no alargar indebidamente las actuaciones). Cabe preguntarse, no obstante, si se deberá notificar a los acreedores al presentarse la demanda de apertura o al declararse abierto el procedimiento. Deberá sopesarse el interés de los acreedores por enterarse de la presentación de la demanda contra la posibilidad, en determinados supuestos, de que la situación del deudor se vea indebidamente afectada por la denegación de su demanda o por la posibilidad de que algunos acreedores aprovechen la subsiguiente demora para conseguir la ejecución de algún crédito. Estos inconvenientes se evitarían disponiendo que deberá notificarse a los acreedores sólo al declararse abierto el procedimiento.

37. Ahora bien, de presentarse una demanda de los acreedores para la apertura de un procedimiento involuntario de insolvencia, deberá darse aviso inmediato al deudor de su presentación, junto con la oportunidad de ser oído y de poder impugnar los alegatos de los acreedores respecto de su insolvencia financiera (ver “Derechos y obligaciones del deudor”).

38. Además de determinar el momento en que deba darse aviso, el régimen de la insolvencia deberá tal vez indicar cuál ha de ser la forma y el contenido del aviso que ha de darse, para que sea válido. Al definirse la forma del aviso deberá señalarse la persona o el órgano encargado de darlo (por ejemplo, el tribunal o el autor de la demanda) y la manera en que habrá de comunicarse el aviso. Aun cuando se pueda dar aviso directo del procedimiento a los acreedores conocidos, la dificultad de informar directamente a los acreedores desconocidos ha impulsado al legislador a exigir la inserción del aviso en alguna publicación oficial o en algún diario nacional o comercial de gran difusión (ver artículo 14 de la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza de la CNUDMI). En el aviso deberá darse noticia a los acreedores del momento en que deberán presentar sus créditos y del lugar para hacerlo indicándose cuáles son los acreedores que deberán hacerlo (es decir, si deberán hacerlo también los titulares de créditos garantizados -ver “Créditos de los acreedores”).

iv) Costas procesales

[Nota para el Grupo de Trabajo: ¿deberá abordarse en la Guía lo relativo a las costas?]

39. Cabe que tanto el deudor como sus acreedores hayan de pagar algún derecho o tasa para presentar una demanda de apertura de un procedimiento de insolvencia. El nivel de esa tasa dependerá del criterio elegido. Tal vez se imponga una tasa que ayude a sufragar las costas del procedimiento de insolvencia. Una tasa demasiado alta puede, no obstante, disuadir a las partes de recurrir al procedimiento de insolvencia, burlando así el objetivo de que la vía de acceso a este procedimiento sea a la vez sencilla, rápida y económica. Una tasa demasiado baja tal vez no baste, por el contrario, para la presentación de demandas insuficientemente motivadas, por

lo que deberá arbitrarse una solución intermedia que satisfaga lo mejor posible todos estos objetivos.]

2. Demanda y declaración de apertura de un procedimiento: resumen y recomendaciones

- 1) Las disposiciones relativas a la demanda y declaración de apertura de un procedimiento de insolvencia tienen por objeto:
 - a) facilitar el acceso, del deudor insolvente o de sus acreedores y de las autoridades competentes, al régimen de la insolvencia;
 - b) abrir vías expeditivas, eficientes y económicas para la presentación y tramitación de una demanda de apertura de este procedimiento;
 - c) facilitar el acceso de los interesados al procedimiento de insolvencia que mejor responda a la gravedad de las dificultades financieras del deudor;
 - d) imponer salvaguardias básicas que protejan tanto al deudor como a sus acreedores de la eventualidad de un recurso indebido al régimen de la insolvencia.
- 2) Podrá demandar la apertura de un procedimiento de liquidación:
 - a) todo deudor que demuestre que no puede o no podrá atender al pago de sus deudas a su vencimiento [o que se ha contraído deudas que excedan del valor de su patrimonio];
 - b) uno o más de los acreedores cuyos créditos [hayan vencido y no hayan sido satisfechos por el deudor] [hayan vencido y su pago esté actualmente pendiente] [y si los acreedores pueden probar que el negocio es viable y la empresa podrá ser reorganizada con éxito]; o uno más de los acreedores que, sin ser titulares de créditos ya vencidos, puedan demostrar que el deudor [no está o no estará en condiciones de pagar sus deudas a su vencimiento] [ha contraído deudas que exceden del valor de su patrimonio];
 - [c) una autoridad designada al efecto, forme o no parte de la administración pública, que actúe en función de [...]].
- 3) Podrá demandar la apertura de un procedimiento de reorganización:
 - a) todo deudor que demuestre que no podrá pagar sus deudas a su vencimiento [o cuyas deudas excedan del valor de su patrimonio];
 - b) uno o más de sus acreedores cuyos créditos [hayan vencido y no hayan sido pagados por el deudor] [sean debidos y no hayan sido pagados] [si esos acreedores consiguen demostrar que el negocio es rentable y puede ser viablemente reorganizado] o uno o más de los acreedores que, aun cuando sus créditos no hayan vencido, puedan demostrar que el deudor [no está o no estará en condiciones de pagar sus deudas a su vencimiento] [o que sus deudas exceden del valor de su patrimonio];

[c) una autoridad designada al efecto, sea o no de la administración pública, que actúe en función de [...]].

4) Toda demanda de apertura de un procedimiento debe ser presentada ante un tribunal judicial. Si se trata de una demanda voluntaria, la demanda deberá ser presentada respaldada por alguna prueba presuntiva de la insolvencia y funcionará como dispositivo de apertura automática del procedimiento. En el supuesto de una demanda involuntaria, el tribunal deberá pronunciarse sobre la demanda a la mayor brevedad, y no más tarde de los [...] días siguientes a la fecha de su presentación. El tribunal podrá sobreseer las actuaciones [o transformarlas] si determina que se está haciendo un empleo abusivo del procedimiento.

5) En caso de ser presentada una demanda por uno o más acreedores o por una autoridad pública con arreglo a lo previsto en los anteriores párrafos 1) y 2), se deberá dar aviso de la demanda al deudor y a los demás acreedores en el momento de su presentación. La notificación dada al deudor deberá contener: [...].*[Respecto de la notificación a los acreedores: ver (8)].*

6) En caso de presentar la demanda el deudor, se dará aviso de la apertura del procedimiento a los acreedores.

7) La notificación de la apertura de un procedimiento deberá ser dada a cada acreedor por separado, a no ser que el tribunal considere que, en las circunstancias del caso, proceda dar alguna otra forma de aviso. *[Deberá darse también aviso a los acreedores que no tengan una dirección en el territorio del Estado. No será preciso el envío de una carta o comisión rogatoria ni ninguna otra formalidad similar -[Nota destinada al Grupo de Trabajo: ¿convendría reproducir aquí lo dispuesto en la Ley Modelo?]].*

8) El aviso dado a los acreedores deberá:

a) Señalar el plazo indicado para presentar algún crédito, así como el lugar donde deba presentarse;

b) Señalar si los acreedores con créditos garantizados deberán presentar dichos créditos, según estén o no plenamente cubiertos por el valor de su o sus garantías;

c) Contener toda otra información que sea obligatoria en la notificación que ha de darse a los acreedores con arreglo *[al derecho interno del Estado y a todo mandamiento dictado al respecto por el tribunal]*.

III. Consecuencias de la apertura de un procedimiento de insolvencia

A. La masa de la insolvencia

1. Observaciones generales

40. Un rasgo básico del procedimiento de insolvencia es la necesidad de descubrir, reunir, conservar y eventualmente disponer de los bienes pertenecientes al deudor.

Muchos regímenes de la insolvencia someten a la masa de la insolvencia a un régimen especial. En la presente Guía se utilizará el término “patrimonio” o “masa (patrimonial)” en su sentido funcional como referido a los bienes del deudor que quedan sometidos al control del representante de la insolvencia y sujetos a lo que se decida en el procedimiento de insolvencia. Cabe señalar ciertas diferencias importantes en la noción de masa o patrimonio insolvente en diversos ordenamientos. En algunos países, el régimen de la insolvencia dispone que la titularidad de los bienes pasará a un administrador o síndico designado por el tribunal. En otros países, el deudor conserva la titularidad de sus bienes, pero verá cercenadas sus facultades para administrar y disponer de dichos bienes (por ejemplo, todo acto de disposición, incluida la creación de una garantía real, podrá estar supeditada al consentimiento del representante de la insolvencia).

41. Cualquiera que sea la tradición jurídica del país, el régimen de la insolvencia prescribirá claramente cuáles son los bienes que quedarán sujetos al procedimiento de insolvencia (quedando así englobados en la denominada, a menudo, “masa de la insolvencia”) y en qué medida esos bienes se verán afectados por ese procedimiento, ya que esa determinación influirá sobre el alcance y el curso de las actuaciones y, particularmente si se trata de una reorganización, influirá de modo notable en las probabilidades de éxito del procedimiento. La claridad de esta determinación de los bienes obrará en aras de la transparencia del procedimiento y será fuente de certidumbre para los acreedores y el deudor.

a) Bienes que deberán ser incorporados a la masa

42. Cabe prever que la masa estará formada por los bienes del deudor en la fecha de apertura del procedimiento de insolvencia y por los bienes adquiridos por el representante de la insolvencia o por el deudor con posterioridad a esa fecha, ya sea en el ejercicio de sus poderes para anular ciertos actos (ver “Acciones de nulidad”) o en el curso normal de la explotación del negocio del deudor.

43. Cabe asimismo prever que la masa incluya todos los bienes sobre los que el deudor tenga un derecho, obren o no en su poder en el momento de la apertura, quedando incluidos todos sus bienes ya sea corporales o inmateriales. Los bienes corporales del deudor deberán ser fáciles de encontrar en sus estados financieros y en sus libros de contabilidad, tales como dinero en efectivo, equipo, existencias, obras en curso de realización, cuentas bancarias, cuentas por cobrar y bienes raíces. Los bienes inmateriales tal vez sean diversamente definidos en cada Estado, según el derecho aplicable, pero consistirán normalmente de bienes de propiedad intelectual, derechos contractuales, títulos bursátiles y títulos financieros, así como [...] [en la medida en que sean objeto de un derecho del deudor]. Tratándose de personas físicas, su patrimonio puede incluir también derechos sucesorios y otros bienes sobre los que el deudor posea algún título al abrirse el procedimiento o todo derecho del deudor que nazca durante el procedimiento.

44. Cuestiones a resolver:

[A/CN.9/504, párr. 46: [...] Se sugirió además que se habrían de abordar ciertos contratos especiales, como la cesión para fines de garantía, la constitución de sociedades fiduciarias y otros actos de disposición fiduciaria de bienes y las mercancías o géneros consignados.]

b) Bienes que podrán quedar fuera de la masa

i) Cuando el deudor insolvente sea una persona física

45. Tratándose de personas físicas, se podrán excluir de la masa ciertos bienes correspondientes a ingresos reportados por la prestación de servicios personales con posterioridad a la demanda de apertura, los bienes que el deudor necesite para ganar su sustento y los bienes que sean de uso personal o enseres del hogar. Si el régimen de la insolvencia ha previsto alguna exclusión respecto de los bienes de una persona física, esa exclusión deberá ser claramente definida, limitándose su alcance a los bienes estrictamente necesarios para preservar ciertos derechos personales del deudor y permitirle el ejercicio de su actividad profesional o productiva.

ii) Bienes gravados

46. En el régimen interno de la insolvencia se siguen diversos criterios para regular los bienes que han sido gravados o constituidos en garantía. Muchos regímenes disponen que esos bienes forman parte de la masa de la insolvencia, por lo que la apertura del procedimiento los afectará de algún modo. Algunos regímenes limitan el ejercicio de los derechos de garantía real constituidos en favor de los acreedores o de algún tercero (imponiendo tal vez una paralización o algún otro efecto previsto a raíz de la apertura), mientras que otros regímenes disponen que la insolvencia no afectará a los derechos de garantía, por lo que los acreedores podrán ejecutar sus derechos contractuales y legales (ver “Paralización de las actuaciones”). Algunos regímenes de la insolvencia, que prescriben que todos los bienes del deudor quedarán en principio sujetos al procedimiento, permiten su ulterior separación de la masa cuando se presente prueba de algún daño o perjuicio eventual. Cuando se haya previsto que los bienes constituidos en garantía formen parte de la masa, el régimen de la insolvencia deberá disponer claramente que la inclusión de un bien gravado en la masa de la insolvencia no privará al acreedor de su derecho de garantía constituido sobre dicho bien.

47. Excluir de la masa a los bienes gravados puede tener la ventaja de que ello favorecerá la disponibilidad de crédito, ya que los acreedores se sentirán amparados por la seguridad de que la garantía de su crédito no se verá afectada por la apertura de un procedimiento de insolvencia. Deberá, no obstante sopesarse esta ventaja frente a las ventajas de colocar todos los bienes del deudor a disposición del procedimiento de insolvencia en el momento de su apertura, particularmente si el procedimiento va a ser de reorganización o si se desea vender la empresa, en un procedimiento de liquidación, como negocio en marcha. Con esta política se estaría obrando no sólo en aras de asegurar un trato equitativo a todos los acreedores sino de salvaguardar también un interés esencial del procedimiento en el supuesto de que el bien gravado sea indispensable para una reorganización funcional del negocio, por ejemplo, por ser esencial al buen funcionamiento del mismo. Cuando se haya de determinar cuáles de los bienes son esenciales para la buena marcha del negocio, se deberá encomendar esa determinación al representante de la insolvencia o tal vez a la junta de acreedores.

iii) Bienes que sean propiedad de terceros

48. La determinación de si algún bien pertenece al deudor o a algún tercero puede resultar difícil, así como la determinación de si los bienes de un tercero que, al

producirse la apertura del procedimiento, obran en poder del deudor en virtud de algún arreglo de arriendo, utilización o licencia de los mismos, deben o no formar parte de la masa de la insolvencia. En algunos supuestos de insolvencia estos bienes pueden ser indispensables para la explotación ininterrumpida del negocio, particularmente en un supuesto de reorganización, pero también en algunos supuestos de liquidación, y sería ventajoso que el régimen de la insolvencia prevea algún mecanismo para retener estos bienes al servicio de la masa de la insolvencia. En algunos regímenes, si la posesión por el deudor de un bien depende de alguna regla contractual, el destino de ese bien dependerá del régimen contractual aplicable. Tal vez se haya previsto, por ejemplo, la imposición de ciertas restricciones a la rescisión del contrato por cuya virtud dichos bienes obren en poder del deudor, impidiendo que el propietario reclame sus bienes en el curso del procedimiento de insolvencia (ver “Régimen de los contratos”).

49. Tal vez convenga prestar particular atención al problema de los bienes que estén siendo utilizados por el deudor, con arreglo a un acuerdo de arriendo por el que su propietario retiene la titularidad de los bienes. En países donde se recurra a técnicas financieras por las que el propietario retiene la titularidad de los bienes financiados (es decir, la propiedad y no meramente una hipoteca o derecho de garantía real), tal vez sea necesario respetar la propiedad del acreedor sobre dichos bienes, permitiéndole que los separe de la masa (ahora bien, en el marco del derecho contractual cabrá limitar ese derecho de la separación, si el representante de la insolvencia ratifica el contrato de arriendo o alquiler). A título comparativo cabe citar la posibilidad de estatuir una moratoria judicial que imponga cierto plazo, tras la apertura del procedimiento, para la reclamación de sus bienes por terceros. Tal vez sea aconsejable buscar un punto de equilibrio entre ambos criterios con miras a optimizar el valor del negocio evitando que su venta como negocio en marcha o su reorganización se vean impedidas por la separación eventual de algún bien esencial. Pueden darse también circunstancias donde proceda examinar a fondo los arreglos de financiación para determinar si cierto arriendo constituye, de hecho, un acuerdo de préstamo garantizado. En ese caso, el prestamista deberá estar sujeto a toda restricción que sea aplicable a un prestamista garantizado.

c) Recuperación de los bienes

50. La determinación de los bienes que quedarán sujetos al procedimiento puede a veces requerir que el representante de la insolvencia entable una acción judicial para recuperar bienes indebidamente sustraídos a la masa o que fueron transferidos estando ya el deudor en situación de insolvencia, lo que constituye una violación del principio *pari passu* (según el cual los acreedores de una misma categoría recibirán igualdad de trato y serán pagados con cargo a la masa en proporción al valor de su crédito). En la mayoría de los ordenamientos se ha previsto alguna vía para anular toda operación anterior, recuperando su valor, que haya resultado en la concesión de un trato preferente a algunos de los acreedores, que sea por su propia índole fraudulenta o que sea deducible de su fecha que la operación se ha realizado en fraude de acreedores (ver “acciones de nulidad”). El poder de recuperar estos bienes o su valor puede que también se extienda a las transferencias efectuadas por el deudor tras la apertura del procedimiento si la transferencia impugnada no estaba autorizada por el representante de la insolvencia.

d) Disposición de ciertos bienes

51. Tratándose de bienes cuyo valor sea insignificante o nulo para la masa, o que no sean esenciales para su reorganización, tal vez proceda, con miras a maximizar el valor de la masa, que se le faculte al representante de la insolvencia para abandonarlos, con tal de que dicho abandono no se haga en violación de algún interés público apremiante. El abandono de bienes de esta índole puede reportar alguna aminoración de los gastos del procedimiento para la masa insolvente.

52. Cuestiones que se habrán de resolver: *métodos para la venta de bienes y poder para vender bienes liberados de toda garantía real o de otras cargas y gravámenes.*

2. Masa de la insolvencia: resumen y recomendaciones

1) La finalidad de las disposiciones relativas a la masa de la insolvencia será la de determinar cuáles son los bienes que han de ser puestos bajo el control del representante de la insolvencia y que quedarán sujetos al procedimiento de insolvencia.

2) A la apertura de un procedimiento de insolvencia, la masa de la insolvencia estará formada por:

a) los bienes sobre los que el deudor posea un derecho real en la fecha de apertura del procedimiento. Constará, por ello, de los bienes tanto corporales como inmateriales del deudor, ya sea que estén en su posesión o que sean objeto de un derecho de garantía real constituido a favor de un acreedor;

b) los bienes que se adquieran tras la apertura del procedimiento de insolvencia, ya sea en el ejercicio de poderes de anulación de ciertos actos o en el curso normal del negocio del deudor.

3) Cuando el deudor sea una persona física, el régimen de la insolvencia podrá excluir explícitamente de la masa de la insolvencia aquellos bienes que sean requeridos para preservar ciertos derechos personales del deudor.

4) El régimen de la insolvencia debe prever algún mecanismo para retener en la masa de la insolvencia ciertos bienes que sean propiedad de terceros pero que obren en posesión del deudor en la fecha de apertura del procedimiento y ciertos bienes constituidos por el deudor en garantía cuando esos bienes sean esenciales para la buena marcha del procedimiento de insolvencia. El régimen de la insolvencia deberá prever medidas de salvaguarda de los intereses del propietario en situaciones en las que existan indicios de que pudieran sufrir daños o perjuicios. [Los bienes que sean propiedad de un tercero y estén en poder del deudor en virtud de algún contrato podrán ser incorporados a la masa con arreglo a lo que disponga el régimen de la insolvencia en lo relativo a la continuación o rescisión de los contratos o a la aplicación de medidas de paralización].

B. Protección de la masa de la insolvencia

1. Observaciones generales

53. Un objetivo esencial de un régimen eficaz de la insolvencia es el establecimiento de un mecanismo protector que ampare el valor de los bienes de la masa frente a todo acto o actuación judicial de las diversas partes interesadas. Las partes frente a las que deberá ampararse la masa son básicamente el deudor y sus acreedores. El amparo de la masa de la insolvencia frente a los actos del deudor será examinado bajo el epígrafe “Derechos y obligaciones del deudor”.

a) Protección de la masa frente a los acreedores y frente a terceros

54. Frente a los acreedores, uno de los principios fundamentales que se ha de observar en el régimen de la insolvencia es la índole colectiva de este procedimiento que exige el amparo de los intereses de todos los acreedores frente a toda actuación por separado de alguno de ellos. Muchos regímenes internos de la insolvencia han previsto un mecanismo para impedir que los acreedores puedan obtener la ejecución de sus derechos a través de alguna acción judicial entablada durante la totalidad o alguna fase del procedimiento de reorganización o de liquidación, imponiéndose así el respecto de la índole colectiva del procedimiento que está al servicio del interés colectivo de los acreedores. Este mecanismo suele ser designado por términos como el de moratoria, suspensión o paralización, según cuál sea su alcance. Para los fines de la presente Guía, se utilizará el término “paralización” en sentido lato como referido tanto a la paralización de una acción como a la moratoria impuesta a la apertura de otras actuaciones.

55. Por regla general, la paralización de toda actuación judicial individual en el curso de la liquidación puede garantizar una administración ordenada y equitativa del procedimiento de insolvencia, dándole al representante de la insolvencia tiempo suficiente para eludir una venta forzosa que reste valor a los bienes de la masa que vayan a ser liquidados y dándole asimismo margen para ver si cabe vender el negocio como empresa aún en funcionamiento. En el curso de un procedimiento de reorganización, la paralización de las actuaciones dará al deudor margen para organizar sus negocios y preparar un plan de reorganización, así como para adoptar otras medidas necesarias para el éxito de la reorganización, tales como el abandono de actividades no provechosas y de contratos onerosos. Por ello, la paralización puede ser aún más importante si la meta del procedimiento es la reorganización de la empresa y no su liquidación, y puede constituir un incentivo importante para alentar a los deudores a optar por un procedimiento de reorganización. Al mismo tiempo, la apertura de un procedimiento y el mandato de paralización alertarán a toda persona que tenga tratos con el deudor de que el futuro de la empresa ha pasado a ser incierto. Ello puede desencadenar una crisis de confianza e incertidumbre, entre los proveedores, los clientes y los empleados de la empresa insolvente, acerca del efecto eventual de la insolvencia sobre sus intereses.

56. Una cuestión clave para el diseño de un régimen eficaz de la insolvencia será la de saber equilibrar la ventaja inmediata reportada a la empresa deudora por la rápida imposición de una paralización amplia de toda actuación de los acreedores y las ventajas a más largo plazo que reportaría a la empresa limitar los efectos de la paralización sobre las relaciones contractuales del deudor con los acreedores.

57. Los derechos afectados por la paralización varían notablemente de un país a otro. Apenas se disputa la necesidad de suspender las acciones entabladas frente al deudor o sus bienes por acreedores cuyo crédito no esté garantizado. El extender la paralización a los acreedores con créditos garantizados será, en cambio, más problemático al haberse de tener en cuenta intereses contrapuestos. Cabe citar, por ejemplo, la necesidad de: mantener ciertos contratos y negocios particularmente rentables; respetar la prelación del titular de un crédito garantizado sobre el bien constituido en garantía; salvaguardar el valor de las garantías reales; procurar que los acreedores sean pagados con cargo a la masa de la insolvencia en función del valor de su crédito; maximizar el valor de los bienes en provecho de todos los acreedores; y, en supuestos de reorganización mantener abierta la posibilidad de que la empresa reorganizada resulte viable.

b) Medidas cautelares

58. Entre la presentación de una demanda de apertura de un procedimiento de insolvencia por el deudor o un acreedor y la apertura efectiva del procedimiento puede transcurrir cierto tiempo en el que cabría dispersar la totalidad o parte del patrimonio del deudor. Cabe que el deudor se sienta tentado, a raíz de la demanda, a transferir ciertos bienes del negocio y puede que los acreedores presenten alguna demanda judicial para adelantarse a toda paralización impuesta tras la apertura del procedimiento.

59. Algunos regímenes de la insolvencia han previsto que el tribunal pueda ordenar ciertas medidas cautelares para proteger la masa de la insolvencia durante el período que haya de transcurrir entre la presentación de la demanda y la apertura de un procedimiento, ya sea a instancia de los acreedores o del propio tribunal. Cabe citar como posibles medidas: el nombramiento de un representante preliminar de la insolvencia; la interdicción impuesta al deudor de enajenar sus bienes; el embargo de la totalidad o parte del patrimonio del deudor; la paralización de toda medida ejecutoria de garantías reales contra bienes del deudor; la paralización de toda acción entablada para separar de su patrimonio ciertos bienes del deudor, ya sea por estar constituidos en garantía de un crédito o por haberse retenido su titularidad, al ser reclamados respectivamente por el acreedor garantizado o por su propietario; o evitar la presentación de demandas individuales por los acreedores para la ejecución de sus créditos. Puesto que estas medidas son de índole provisional y serán otorgadas antes de que el tribunal se pronuncie sobre si se cumplen las condiciones requeridas para la apertura del procedimiento, todo acreedor que demande estas medidas deberá presentar al tribunal pruebas de que la medida demandada es necesaria y deberá constituir, en algunos casos, alguna fianza que cubra las costas o los daños eventualmente causados.

c) Paralización de las actuaciones: cuestiones de índole procesal

i) Alcance de la paralización

60. Algunos países siguen el criterio de que para que la paralización sea eficaz ha de ser amplia y, por ello, aplicable a toda acción presentada o procedimiento que se esté siguiendo contra el deudor y sus bienes, ya sean de índole administrativa, judicial o extrajudicial, así como a toda medida ejecutoria de un crédito garantizado o no garantizado, y de los créditos privilegiados de ciertas entidades públicas

[Deberá indicarse en qué medida las entidades públicas estarán exentas de ciertas medidas judiciales o hacerse una distinción entre la actuación del Estado en el ejercicio de sus poderes reglamentarios o de policía o al servicio de sus propios intereses pecuniarios]. Cabe citar como ejemplos de medidas que normalmente serán paralizables las siguientes: la apertura o el seguimiento de actuaciones o procedimientos abiertos contra el deudor o relativos a sus bienes; la apertura o el seguimiento de algún procedimiento de ejecución relativo a los bienes del deudor, incluida la ejecución de una sentencia o el mandato ejecutorio de alguna garantía; la recuperación por su propietario de bienes que estén siendo utilizados u ocupados por el deudor o que estén en su posesión o le hayan sido arrendados; el pago de alguna deuda contraída por el deudor con anterioridad a la fecha de apertura o la creación de alguna garantía real en respaldo de dicha deuda; la cesión, la constitución de gravámenes o todo otro acto de disposición de bienes del deudor; y la suspensión, interrupción o corte de algún servicio o suministro esencial para el deudor (por ejemplo, agua, gas, electricidad y teléfono). El artículo 20 de la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza dispone, por ejemplo, que se paralizará la iniciación o la continuación de todas las acciones o procedimientos individuales que se tramiten respecto de los bienes, derechos, obligaciones o responsabilidades del deudor, así como toda medida de ejecución contra los bienes del deudor.

61. En supuestos de liquidación, en los que es frecuente que la paralización sea aplicable a todo procedimiento judicial que se esté siguiendo contra el deudor, algunos regímenes de la insolvencia prevén que algunas de esas actuaciones prosigan si se estima que son necesarias. El artículo 20 3) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza dispone, por ejemplo, que la paralización de la apertura o continuación de todas las acciones o procedimientos individuales que se tramiten contra el deudor no afectará al derecho de iniciar acciones o procedimientos individuales en la medida en que ello sea necesario para preservar un crédito contra el deudor. En cambio, algunos regímenes de la insolvencia excluyen a los procedimientos judiciales del ámbito de la paralización decretada en un procedimiento de reorganización. En algunos países, las acciones presentadas por sus empleados contra el deudor no serán objeto de la paralización, pero sí lo será toda medida ejecutoria otorgada a raíz de esas actuaciones.

62. El régimen de la insolvencia deberá indicar claramente cuáles son las acciones que serán objeto o que quedarán excluidas de la paralización, tanto si esas acciones son presentadas por los acreedores (incluidos los acreedores privilegiados, los empleados de la empresa, los beneficiarios de algún gravamen legal o las autoridades públicas) como si son presentadas por terceros (como pudiera ser el propietario de algún bien que obre en poder del deudor, o que esté siendo utilizado u ocupado por el deudor, o que le haya sido arrendado).

63. Tal vez, convenga establecer algunas otras excepciones, como, por ejemplo, para los derechos de compensación o para los arreglos de compensación global (*netting*) de contratos financieros (ver “Régimen aplicable a los contratos”), o para proteger intereses públicos o prevenir abusos, como pudiera ser la utilización de un procedimiento de insolvencia para encubrir alguna actividad ilícita.

ii) *Aplicación discrecional o automática de la paralización*

64. Cabe preguntarse si la paralización ha de ser automática o debe quedar al arbitrio del tribunal. La conveniencia de que la paralización sea automática, o sea

una medida discrecional que el tribunal otorgue si lo estima oportuno, dependerá de consideraciones de política judicial interna del país, de la fiabilidad de la información financiera disponible y de la facilidad de acceso del deudor y los acreedores a una judicatura independiente y con experiencia en asuntos de insolvencia. Darle carácter discrecional permitiría adaptarla a las circunstancias del caso (del deudor y sus bienes o de sus acreedores), evitando su imposición cuando no proceda, así como toda interferencia innecesaria con los derechos de garantía real de que dispongan algunos acreedores. Ahora bien, si se desea evitar demoras y la necesidad de tener que presentar una demanda ante los tribunales, al tiempo que se vela por maximizar el valor de los bienes y la índole ordenada y equitativa del procedimiento, así como en aras de una mayor transparencia y predecibilidad de las actuaciones, cabe argüir que la paralización debe ser automática; su imposición automática constituye un rasgo común de muchos regímenes modernos de la insolvencia.

iii) Plazo de la paralización

65. Una inquietud relativa a las modalidades de la paralización es la de determinar el plazo de su aplicación tanto en un procedimiento de liquidación como en un procedimiento de reorganización, y si se debe hacer alguna distinción al respecto en función de que la demanda de apertura haya sido presentada por el deudor o por un acreedor.

66. Cabe seguir diversos criterios para resolver estas cuestiones. Uno de ellos sería que la paralización surta efecto a raíz de la presentación de toda demanda de un procedimiento de liquidación o de reorganización, con independencia de si la demanda ha sido presentada por el deudor o el acreedor, haciendo así innecesario la demanda de medidas cautelares para cubrir el período entre la demanda y la apertura del procedimiento. Una vez iniciado el procedimiento, la paralización seguiría siendo aplicable en todo supuesto de reorganización de la empresa. En un supuesto de liquidación, tal vez no haga falta mantener la paralización si se ha previsto una venta fragmentaria o por partes de los bienes. Ahora bien, si ha previsto vender el negocio en marcha, sería ventajoso para la administración del procedimiento que la paralización se mantenga más allá de la apertura del procedimiento.

67. Otro criterio sería el de distinguir entre la demanda presentada por el deudor y la presentada por un acreedor. Con arreglo a este criterio se mantendría la paralización para las demandas presentadas por un acreedor, tanto si se trata de una liquidación como de una reorganización, tras la apertura del procedimiento, previéndose la imposición de medidas cautelares por el tribunal para cubrir el período que transcurra entre la presentación de demanda y la apertura del procedimiento. Si es el deudor el que demanda la apertura del procedimiento (ya sea de liquidación o de reorganización), la paralización deberá surtir efecto automático a raíz de la presentación de la demanda para evitar que algún acreedor entable una acción, particularmente de índole ejecutoria, contra el deudor en el período previo a la apertura.

d) Paralización aplicable a los titulares de créditos no garantizados

68. Muchos regímenes de la insolvencia disponen que la paralización será aplicable, durante todo el curso del procedimiento, a los titulares de créditos no

garantizados con independencia de que el procedimiento sea de liquidación o de reorganización.

e) Paralización aplicable a los titulares de créditos garantizados

69. Los acreedores suelen pedir garantías para amparar sus derechos contra el eventual impago del deudor. Cabe argüir que, si la garantía otorgada ha de lograr su objetivo, no se debe impedir que, a la apertura de un procedimiento de insolvencia, el titular de un crédito garantizado haga valer sin demora su garantía. Por ello, la introducción de cualquier medida que reste certidumbre a su cobro o merme la seguridad de las garantías, como sería la de paralizar toda acción judicial de los acreedores garantizados, deberá ser cuidadosamente sopesada. Esa medida pudiera socavar no sólo la autonomía contractual de los comerciantes y el respeto de los compromisos contractuales, sino también la disponibilidad de créditos financieros a un costo razonable. A medida que disminuya el amparo buscado en la garantía, se elevará el precio del crédito otorgado para contrarrestar el mayor riesgo financiero de la operación.

70. No obstante, algunos regímenes de la insolvencia reconocen que en algunos casos permitir que los titulares de créditos garantizados separen los bienes constituidos en garantía del resto de la masa objeto del procedimiento puede frustrar algún objetivo básico de ese procedimiento. En un procedimiento de reorganización, en el que ciertos bienes esenciales para el funcionamiento del negocio hayan sido constituidos en garantía, la ejecución de su garantía por los beneficiarios de la misma al comienzo del procedimiento pudiera imposibilitar el funcionamiento del negocio mientras que se formula el plan de reorganización. Lo mismo cabe decir, aun cuando en menor medida, si se trata de un procedimiento de liquidación. Por regla general, cuando el cometido del representante de la insolvencia sea reunir y liquidar los bienes de la masa, y distribuir su producto entre los acreedores en forma de dividendos, cabrá autorizar al acreedor garantizado a ejecutar su garantía, pese a la liquidación. Ahora bien, se darán casos en los que el representante de la insolvencia podrá maximizar más fácilmente el valor de los bienes al servicio del provecho colectivo de todos los acreedores si se impone una paralización que obstaculice la separación del bien dado en garantía. Ese suele ser el caso cuando existe la posibilidad de que la empresa pueda ser vendida como negocio en marcha. Puede que también sea cierto en supuestos en los que aun cuando los bienes vayan a ser vendidos por lotes o fragmentariamente, se necesita algo de tiempo para organizar una venta que reporte el mayor beneficio posible a todos los acreedores cuyo crédito no esté garantizado.

71. Si la paralización es aplicable a las garantías reales, cabe que el régimen de la insolvencia prevea la adopción de medidas que impidan que la paralización prive de eficacia la garantía. Cabe citar al respecto la posibilidad de límites temporales de la paralización, así como salvaguardas del valor de la garantía, el pago de intereses y la posibilidad de que se levante la paralización si el valor de la garantía no ha sido debidamente amparado o si el bien constituido en garantía no es necesario para la venta del negocio en su totalidad o de alguna unidad productiva del mismo.

i) Liquidación

72. El régimen de la insolvencia sigue diversos criterios en la determinación de si la paralización será aplicable a las garantías de los créditos en un procedimiento de liquidación. Algunos regímenes de la insolvencia excluyen a los titulares de créditos garantizados del ámbito de aplicación de esta medida basándose en que si los bienes van a ser liquidados todo aboga en favor de que se respete el derecho de los acreedores a ejecutar sus derechos de garantía real. De seguirse este criterio, será preciso, no obstante, aplicarlo con cierta flexibilidad siempre que subsista la posibilidad de vender la empresa como negocio en marcha. Algunos regímenes de la insolvencia que excluyen las garantías reales de los acreedores del ámbito de la paralización insisten en la apertura de negociaciones previas entre el deudor y sus acreedores para ponerse de acuerdo sobre cómo se ha de proceder. Si esa negociación previa da resultados, tal vez no sea necesario que la paralización sea aplicable a las garantías de los acreedores. Conforme a otros regímenes, la paralización será automáticamente aplicable a los titulares de créditos garantizados a la apertura de todo procedimiento de liquidación, pero sólo por un breve plazo, de 30 a 60 días, salvo en supuestos en los que el bien constituido en garantía sea esencial para la venta de la empresa como negocio en marcha (en cuyo caso podrá prorrogarse la paralización). El plazo inicial bastaría para que en todo caso el representante de la insolvencia pueda entrar en funciones y hacerse cargo de los bienes y de las responsabilidades de la masa de la insolvencia. Conforme a otro criterio, la paralización será aplicable a los titulares de créditos garantizados durante todo el procedimiento, salvo que el tribunal ordene que sea levantada si se le presenta alguna prueba de que el valor del bien constituido en garantía se está deteriorando.

73. Cuando se haya impuesto un plazo a la paralización, cabe que la ley prevea su prórroga. Dicha prórroga deberá ser demandada por el representante de la insolvencia cuando pueda demostrar que es necesaria para maximizar el valor de la masa (por haber alguna posibilidad de que la empresa o ciertas unidades funcionales de la misma, pueden ser vendidas como negocio en marcha) con tal de que se ampare a los acreedores garantizados contra todo riesgo no justificable de daño eventual. A fin de amparar mejor a estos acreedores y de evitar que la paralización sea prorrogada por tiempo indefinido o períodos excesivamente largos, cabe que el régimen de la insolvencia limite la duración de esas prórrogas.

ii) Reorganización

74. En procedimientos en los que exista una posibilidad real de llevar a cabo con éxito la reorganización, sería conveniente imponer una paralización lo más extensa y eficaz posible. En algunos supuestos tal vez sea aconsejable que la paralización sea aplicable a los acreedores con créditos garantizados a lo largo de todo el procedimiento a fin de que la reorganización se lleve a cabo con el debido orden y sin riesgo de que ciertos bienes sean separados antes de que la reorganización pueda ser ultimada. Ahora bien, a fin de evitar demoras y de alentar una resolución rápida del procedimiento, sería tal vez ventajoso limitar esa duración al tiempo que se juzgue necesario para que el plan de reorganización sea aprobado; no es aconsejable que la paralización sea aplicable por períodos inciertos o innecesariamente largos. Esa limitación daría además a los titulares de créditos garantizados cierta previsibilidad y certidumbre en cuanto a la duración de la moratoria impuesta sobre

el ejercicio de sus derechos. Cabe que el régimen de la insolvencia prevea el levantamiento de la paralización respecto de bienes que no sean esenciales para la reorganización o si el acreedor puede demostrar alguna otra razón válida que lo justifique (ver más adelante).

f) Protección de los acreedores amparados por una garantía

i) Salvaguarda del valor económico de los créditos garantizados

75. Si bien cabe prever una cierta erosión de la seguridad económica de los acreedores amparados por una garantía durante el curso del procedimiento de reorganización, no es deseable que ese riesgo recaiga única o primordialmente sobre un acreedor o grupo de acreedores que gocen del respaldo de una garantía real.

76. Una de las formas previstas para contrarrestar el impacto negativo que la paralización pudiera tener sobre el valor de las garantías en un procedimiento de liquidación consiste en salvaguardar su valor económico durante el período de la paralización (hablándose a veces de su “protección adecuada”). Una solución sería la de proteger el valor del propio bien constituido en garantía en el entendimiento de que, a su liquidación, el producto de la venta de ese bien será directamente entregado al acreedor, aun cuando sólo por el importe exacto de la fracción garantizada de su crédito. Esta solución puede requerir la adopción de algunas medidas.

77. Es posible que el bien constituido en garantía pierda valor durante la paralización, lo que pudiera afectar a la prioridad que se debe dar al acreedor garantizado, al procederse a la distribución, ya que esa prioridad se verá limitada por la merma de valor del bien dado en garantía. Algunos regímenes de la insolvencia disponen que el representante de la insolvencia deberá compensar a los acreedores, amparados por una garantía, por la cuantía de esa depreciación ofreciéndoles algún otro bien en garantía o abonando periódicamente en metálico la suma que corresponda a esa depreciación. Algunos países que salvaguardan el valor de la garantía, por el método indicado, autorizan además el pago de intereses durante el período de la paralización, pero únicamente en la medida en que el valor del bien constituido en garantía supere el importe de la garantía. Este criterio puede ayudar a los prestamistas a tratar de obtener garantías constituidas sobre bienes cuyo valor exceda del de sus créditos. En algunos casos el representante de la insolvencia juzgará necesario vender o gravar ciertos bienes con anterioridad a la liquidación de la masa a fin de maximizar su valor. Por ejemplo, si el representante de la insolvencia estima que el valor de la masa de la insolvencia se elevará si el negocio prosigue durante cierto período de tiempo, puede que le sea necesario proceder a la venta de existencias que estén parcialmente gravadas. Será por ello conveniente que el régimen de la insolvencia permita, en supuestos en los que se ha previsto amparar a los acreedores salvaguardando el valor de los bienes constituidos en garantía, que el representante de la insolvencia pueda optar por ofrecer en su lugar al acreedor una garantía equivalente o abonarle el importe total de su crédito garantizado.

78. Otra forma de proteger la garantía de un crédito que esté garantizado consiste en proteger el valor de la fracción garantizada de ese crédito. Nada más declararse la apertura, se valorará el bien gravado y, en función de esa valoración, se determinará el valor de la fracción garantizada del crédito. Este valor se mantendrá fijo durante todo el procedimiento y, al procederse a la liquidación y subsiguiente distribución

del producto de la misma, el acreedor que sea beneficiario de la garantía gozará de prioridad por el importe de dicho valor. Durante el procedimiento, el acreedor amparado por una garantía podrá percibir además la tasa de interés contractual prevista por la fracción garantizada de su crédito, a fin de compensarle de la demora impuesta por el procedimiento. Algunos regímenes de la insolvencia limitan ese pago de intereses a supuestos en los que el valor del bien constituido en garantía supere el importe de la garantía. De lo contrario, la indemnización de esa demora pudiera mermar el valor de los bienes disponibles para el pago de los acreedores sin garantía.

79. La conveniencia de una u otra forma de protección del valor de la garantía deberá ser sopesada a la luz de la complejidad y del costo eventual de esas medidas, así como de la carga impuesta al tribunal que haya de valorar cuestiones comerciales difíciles para determinar cuál es la protección adecuada. De adoptarse este enfoque, sería deseable que el régimen de la insolvencia enuncie ciertas directrices sobre cómo se habrá de determinar el momento en el que los acreedores amparados por una garantía constituida sobre los bienes del deudor tendrán derecho a alguna de las medidas de protección descritas, así como el alcance o las modalidades de esa protección.

ii) Entrega del bien constituido en garantía

80. En un supuesto de liquidación [o de reorganización], tal vez deba preverse la entrega de los bienes constituidos en garantía de un crédito al titular de ese crédito cuando esa garantía sea válida y los bienes constituidos en garantía carezcan de valor para el patrimonio insolvente, o no puedan ser vendidos en un plazo razonable por el representante de la insolvencia.

iii) Levantamiento de la paralización

81. En procedimientos de liquidación y de reorganización pueden darse supuestos en los que sea conveniente remediar ciertos efectos de la paralización permitiendo que ésta sea levantada o deje de ser aplicable. Cabe citar al respecto situaciones en las que no se esté amparando el valor de la garantía o en las que ese amparo no sea posible o resulte excesivamente oneroso para la masa de la insolvencia, así como supuestos en los que el bien constituido en garantía no sea necesario para la reorganización. El régimen de la insolvencia pudiera prever para dichos supuestos que el acreedor amparado por la garantía pueda solicitar que sea levantada la paralización o facultar al representante de la insolvencia para hacer entrega del bien constituido en garantía sin necesidad de recabar la autorización del tribunal.

82. Aun cuando el levantamiento de la paralización se haga principalmente al servicio de los intereses de los acreedores amparados por una garantía, algunos regímenes de la insolvencia prevén que la paralización pueda ser levantada en provecho de un acreedor sin garantía alguna con miras, por ejemplo, a que se pueda dictaminar sobre un crédito presentado en algún otro foro ante el que se haya seguido un procedimiento más avanzado que convenga ultimar, o para reclamar algún cobro debido por alguna compañía aseguradora del deudor.

g) Restricciones de la libertad de disposición de sus bienes por el deudor

83. Además de las medidas destinadas a proteger la masa de la insolvencia frente a las acciones presentadas por los acreedores o por terceros, el régimen de la insolvencia suele prever medidas para limitar el alcance de los actos de disposición del deudor, o del representante de la insolvencia, respecto de los bienes incluidos en esa masa. Estas cuestiones serán abordadas en secciones subsiguientes sobre el régimen aplicable a los contratos, a los derechos y obligaciones del deudor, y a los derechos y obligaciones del representante.

2. Protección de la masa de la insolvencia: resumen y recomendaciones

- 1) Las disposiciones relativas a la masa de la insolvencia tienen por objeto:
 - a) proporcionar un dispositivo, como pudiera ser una medida de paralización, que salvaguarde el valor de la masa frente a las acciones entabladas por las diversas partes interesadas;
 - b) determinar la gama de actuaciones que se verán afectadas por esa paralización;
 - c) identificar las partes que quedarán sujetas a la paralización y definir las condiciones de su aplicación, particularmente su alcance, el momento en que surtirá efecto y la duración de la misma;
 - d) [...].

Variante 1: Paralización discrecional

- 2) Tanto si el procedimiento es de liquidación como si es de reorganización, el tribunal podrá, a instancia de la parte interesada, salvaguardar los derechos de los acreedores o de otras personas interesadas emitiendo un mandato expreso por el que se paralice una u otra acción entablada contra el deudor. Esa paralización podría ser discrecionalmente impuesta por el tribunal a respecto de toda acción entablada por los acreedores, gocen éstos o no del respaldo de una garantía, o ser automática para los acreedores sin el respaldo de una garantía, pero dejándose al arbitrio del tribunal su imposición eventual a todo acreedor que goce de ese respaldo.
- 3) Si la paralización se deja a la discreción del tribunal, tal vez convenga que el régimen de la insolvencia prevea medidas que alienten a entablar negociaciones, previas a la apertura del procedimiento, en aras del interés colectivo de los acreedores.

Variante 2: Paralización automática*Liquidación*

- 2) La paralización surtirá [automáticamente] efecto frente a todo acreedor, goce o no del respaldo de una garantía:
 - a) Si la demanda ha sido presentada por el deudor, [al presentarse la demanda de apertura] [al inicio] del procedimiento;

- b) Si la demanda ha sido presentada por uno o más de los acreedores, [al presentarse la demanda de apertura] [al inicio] del procedimiento.
- 3) Si la paralización surte efecto al inicio del procedimiento, el tribunal podrá, a instancia de una parte interesada, salvaguardar ciertos derechos de los acreedores y de otras personas imponiendo toda medida cautelar que sea del caso. Se podrán imponer las siguientes medidas cautelares: [...].
- 4) Toda paralización impuesta a los acreedores que no gocen del respaldo de una garantía surtirá efecto durante todo el procedimiento de liquidación.
- 5) Si la paralización surte efecto a raíz de la presentación de una demanda de apertura de un procedimiento, el tribunal podrá ordenar, al detectar abierto el procedimiento, que la paralización siga aplicándose a los acreedores que gocen del respaldo de una garantía por un plazo de [30 a 60 días]. Transcurrido dicho plazo, el representante de la insolvencia podrá demandar que esa paralización sea prorrogada por un plazo de [... días], con tal de que demuestre que esa prórroga es necesaria para maximizar el valor de los bienes en provecho de todos los acreedores y que los acreedores respaldados por una garantía no sufrirán ningún daño que sea desproporcionado.
- 6) Todo acreedor que goce del respaldo de una garantía podrá demandar al tribunal ser eximido de la paralización si demuestra estar corriendo algún peligro grave (p. ej., la ausencia de toda protección adecuada del valor económico de su garantía). El representante de la insolvencia podrá hacer entrega del bien constituido en garantía si se determina: que no es viable, o que resultará excesivamente oneroso, amparar el valor de dicho bien; que el bien constituido en garantía carece de utilidad para la masa de la insolvencia o no es liquidable en un plazo razonable; o que dicho bien no es esencial para la venta global del negocio.

Reorganización

- 7) Las consideraciones relativas al momento en que la paralización surte efecto son iguales para la reorganización que para la liquidación.
- 8) Cuando la paralización surta efecto nada más presentarse la demanda, seguirá automáticamente en vigor tras la apertura del procedimiento, sin que el tribunal haya de intervenir, salvo para levantar la paralización respecto de algún acreedor individual.
- 9) La paralización debe ser aplicable por igual a todo acreedor con o sin el respaldo de una garantía, salvo que sea levantada [por la totalidad del procedimiento] [por el plazo que se juzgue necesario para aprobar un plan de reorganización].
- 10) Todo acreedor que goce del respaldo de una garantía podrá demandar que la paralización sea levantada si consigue demostrar algún perjuicio grave (p. ej., que no se está protegiendo adecuadamente el valor económico de su garantía). Se podrá levantar la paralización en supuestos en los que el representante de la insolvencia determine que: la protección del valor de la garantía no es viable o resultará excesivamente onerosa; los bienes constituidos en garantía carecen de valor para la masa o no podrán ser liquidados en un

plazo razonable; o que el bien constituido en garantía no es requerido para el procedimiento de reorganización.

11) De ser aplicable la paralización a los acreedores amparados por una garantía, el régimen de la insolvencia deberá prever medidas protectoras adecuadas de la garantía.

C. Régimen aplicable a los contratos

1. Observaciones generales

84. Es casi inevitable que, a la apertura de un procedimiento de insolvencia, el deudor sea parte en uno o más contratos que alguna o ambas partes no hayan acabado de cumplir.

85. No se necesita ningún régimen especial para el supuesto de que una parte haya cumplido plenamente sus obligaciones. Si es el deudor quien no ha cumplido parcial o totalmente sus obligaciones, la otra parte podrá demandar su cumplimiento o una indemnización, pero deberá hacerlo en el marco del procedimiento de insolvencia. Si la otra parte es la que no ha cumplido total o parcialmente sus obligaciones, el representante de la insolvencia podrá demandar el cumplimiento de la otra parte o una indemnización. Cuando ambas partes no hayan cumplido plena o parcialmente sus obligaciones, es rasgo común de muchos regímenes de la insolvencia que el representante de la insolvencia pueda interferir en dichos contratos, optando entre rescindirlos o mantenerlos en vigor (con la posibilidad de cederlos ulteriormente). En espera de la decisión de si se debe rescindir o mantener un contrato procederá exigir [del representante] [de la masa] de la insolvencia que remunere conforme corresponda todo beneficio reportado por el contrato.

86. A medida que una economía se desarrolla, su riqueza pasa a depender en mayor grado de los contratos que de la tierra. A ello se debe la enorme importancia del régimen aplicable a los contratos en supuestos de insolvencia. Cabe citar dos grandes dificultades para la elaboración de los principios que deben regir en la materia. La primera dimana de que los contratos, a diferencia de los demás bienes de la masa, suelen conllevar compromisos o créditos del deudor que la masa deberá respetar, efectuando pagos o prestaciones, a fin de poder disfrutar de derechos contractuales que pueden reportar contraprestaciones valiosas. Ello significa que se habrán de adoptar decisiones difíciles acerca del trato que se ha de dar a un contrato para que reporte el mayor provecho posible a la masa de la insolvencia. Normalmente, será el representante de la insolvencia el que se encargue de tomar estas decisiones. En algunos ordenamientos, ciertas decisiones habrán de ser aprobadas por el tribunal.

87. El objetivo de maximizar el valor de la masa y de reducir su pasivo, procurando habilitar, en una reorganización, a la empresa para que sobreviva y prosiga su negocio, a ser posible sin interrupciones, puede suponer que se ha de mantener todo contrato que sea provechoso a la empresa, procurando deshacerse de aquellos que resulten onerosos, es decir, de todo contrato cuyo costo operacional supere al beneficio que reporte. Cabe citar, como ejemplo, el de un contrato por el que un deudor se haya comprometido a comprar determinada mercancía a un precio que sea inferior al precio del mercado en el momento de la insolvencia, supuesto

donde es evidente que el interés de la masa está en seguir comprando al precio inferior para revender al precio del mercado. En un caso así, el vendedor deseará naturalmente liberarse de ese acuerdo poco rentable, pero en algunos ordenamientos no le será permitido, aun cuando la masa de la insolvencia tal vez haya de garantizarle que se le pagará el precio estipulado en su totalidad.

88. Se dan, no obstante, supuestos de intereses encontrados en los que el logro de estos objetivos deberá ser sopesado en función de esos intereses. Cabe citar el notable interés social de ciertos tipos de contratos como los contratos laborales (ver ...), y el efecto que pudiera tener facultar al representante de la insolvencia para interferir con las condiciones de contratos que aún no hayan sido cumplidos sobre la previsibilidad del comercio y de las relaciones financieras, así como sobre la disponibilidad y costo subsiguientes del crédito financiero ofrecido a las empresas (cuanto mayor sea el poder del representante de la insolvencia para interferir en los contratos de la empresa deudora tanto mayor será el costo y menor la disponibilidad de crédito financiero para todas las empresas). La facultad otorgada al representante para rescindir, por ejemplo, los contratos de empleo, se verá tal vez limitada por la inquietud de que la liquidación sea utilizada como ardid para eliminar la protección de que gozan los empleados en virtud de sus contratos. Cabe también citar como categorías de contratos que requieren un régimen especial, ciertas operaciones del mercado financiero (ver ...) y algunos contratos de servicios personales, en los que la identidad de la persona que ha de cumplir el acuerdo, ya sea el deudor o un empleado del deudor, reviste particular importancia. Como cuestión conexa cabe mencionar la necesidad de que se definan los supuestos en los que se autorice al representante de la insolvencia a alterar los términos de un contrato de alguna categoría que requiera un régimen especial.

89. La segunda dificultad dimana de la gran diversidad de los contratos: contratos de compraventa pura y simple; arrendamientos a corto o a largo plazo de tierras o de bienes o servicios personales; y contratos sumamente complejos de concesión, construcción o explotación de grandes obras o servicios de utilidad pública, etc. Además, el deudor podrá ser parte en esos contratos como comprador o vendedor, arrendante o arrendatario, licenciante o licenciataria, proveedor o destinatario, planteando así problemas a la masa que habrán de considerarse desde ángulos muy diversos. Una solución habitual, que se examinará más adelante, consiste en prever un régimen general para todo tipo de contratos con excepciones para algunos contratos especiales.

90. En caso de quiebra, los contratos se distribuirán en dos categorías: los contratos celebrados por el deudor antes de la insolvencia y los contratos celebrados tras el inicio de la insolvencia. Conforme a muchos ordenamientos el incumplimiento de un contrato de la primera categoría (previos a la insolvencia) daría lugar a un crédito no garantizado que suele pagarse por prorratio. El incumplimiento de un contrato de la segunda categoría (posterior a la insolvencia) gozará normalmente de prelación sobre los fondos aún disponibles, por lo que deberá pagarse en su totalidad a título de gasto de administración de la insolvencia (ver "Orden de prelación a efectos de la distribución"). La distinción entre los contratos de una y otra categoría desaparece cuando el representante de la insolvencia trata de dar cumplimiento a algún contrato previo tras determinar que el cumplimiento de ese contrato reportará mayor beneficio a la masa que su incumplimiento. Si opta por proseguir el contrato, el contrato queda así confirmado,

por lo que en muchos regímenes de la insolvencia todo incumplimiento ulterior dará nacimiento a un crédito prioritario pagadero a título de gasto de administración.

91. Cualquiera que sea el régimen elegido en lo relativo al mantenimiento o la rescisión de los contratos, se aconseja que todo derecho a rescindir o proseguir un contrato recaiga sobre el contrato en su conjunto, sin dar lugar a que el representante de la insolvencia pueda optar por proseguir ciertas partes del contrato y rescindir otras.

a) Mantenimiento del contrato

92. Los diversos regímenes de la insolvencia siguen distintos criterios respecto del mantenimiento de contratos. Algunos regímenes exigen del representante de la insolvencia que decida cuándo se ha de proseguir el contrato, señalándole un plazo para decidirlo; de no decidir nada dentro de dicho plazo el contrato se dará por rescindido. Conforme a otros regímenes, los contratos no se verán afectados por la apertura del procedimiento, por lo que toda obligación contractual seguirá siendo vinculante y se regirá por el derecho general de los contratos, salvo que el régimen de la insolvencia disponga expresamente que se han de aplicar otras reglas, como sucedería respecto de la rescisión y de la anulación de las cláusulas de rescisión automática (ver más adelante).

93. Todo contrato que se mantenga será tratado como una obligación en curso de la empresa insolvente que deberá cumplirse, por lo que toda obligación contractual de la masa, que sea así reconocida, pasará a ser conceptuada como obligación posterior a la apertura del procedimiento. De haber incumplido ya el deudor un contrato al demandarse la apertura del procedimiento, cabe cuestionar la equidad de obligar a la otra parte en ese contrato a seguir comerciando con un deudor insolvente que haya además incumplido sus obligaciones antes de la insolvencia. Algunos regímenes de la insolvencia exigen, como requisito para proseguir dicho contrato, que el representante de la insolvencia subsane todo incumplimiento del contrato y garantice su futuro cumplimiento depositando, por ejemplo, alguna caución o garantía.

94. Los créditos nacidos del cumplimiento de un contrato con posterioridad a la apertura de un procedimiento de insolvencia son tratados por ciertos regímenes de la insolvencia como gastos de administración de la masa (ver ...) por lo que gozan de prioridad en la distribución. Dado que la concesión de esa prioridad puede suponer un riesgo para los demás acreedores (que serán pagados después) es conveniente que sólo se prosigan los contratos que sean rentables o que sean esenciales para el funcionamiento ininterrumpido del negocio. Cuando el representante de la insolvencia incumple un acuerdo mantenido, la parte damnificada podrá defender judicialmente sus derechos, demandando ser indemnizada con arreglo al derecho por lo demás aplicable al margen del régimen de la insolvencia y su derecho a ser indemnizado gozará del trato preferente otorgado a los gastos administrativos de la masa de la insolvencia (frente a los créditos no garantizados).

i) Reorganización

95. Al ser el objetivo de la reorganización que la empresa sobreviva y prosiga sus negocios en la medida de lo posible, será normalmente crucial mantener en vigor todo contrato que sea rentable para la empresa.

96. Muchos contratos contienen una cláusula por la que se estipula que la apertura de un procedimiento de insolvencia constituye un supuesto de incumplimiento que da a la otra parte un derecho incondicional a rescindir el contrato o a reclamar su ejecución anticipada, o algún otro derecho. En algunos foros se reconoce la validez de estas cláusulas por lo que si el representante de la insolvencia desea proseguir el contrato, sólo podrá hacerlo si la otra parte no opta por rescindirlo o reclamar su cumplimiento anticipado, o si no consigue disuadirla de hacerlo. El régimen de la insolvencia puede haber previsto algún mecanismo por el que se pueda tratar de persuadir a aquellas partes cuyo contrato sea rescindible, a optar por mantenerlo, tal como sería darles prioridad de pago por todo servicio contractual prestado tras la apertura del procedimiento (en algunos regímenes de la insolvencia, esos gastos son tratados como gastos posteriores a la apertura con derecho a ser pagados en primer lugar con cargo a todos los bienes no gravados).

97. Cabe aducir a favor de que se respeten las cláusulas de rescisión los siguientes factores: la conveniencia de respetar todo trato comercial que se haya concertado; evitar que el deudor pueda optar por cumplir selectivamente los contratos que le sean rentables, anulando, sin más, los demás (ventaja de la que estará privada su contraparte inocente); el efecto que pudiera tener esa invalidación sobre los acuerdos de compensación global por saldos netos; la lógica de que puesto que la empresa insolvente habrá normalmente suspendido pagos, toda demora en rescindir los contratos sólo servirá para elevar el monto de su endeudamiento; la necesidad para todo creador de ideas patentables de poder controlar su explotación comercial; las repercusiones que puede tener la rescisión de un contrato relativo a bienes de propiedad intelectual sobre el negocio de la otra parte; y los inconvenientes de imponer la cesión de un contrato a un cesionario que la otra parte no conozca o con el que la otra parte no desee tener tratos.

98. Según otro criterio, el representante de la insolvencia podrá proseguir el contrato aun cuando la otra parte se oponga, lo que significa que todo supuesto de incumplimiento, basado en la apertura de un procedimiento de insolvencia, que dé a la otra parte derecho a rescindir o a reclamar el cumplimiento anticipado del contrato, se verá privado de su efecto por imperio de la ley. Esa posibilidad de anular las cláusulas de rescisión o de cumplimiento anticipado del contrato en un procedimiento de reorganización puede ser crucial para el éxito del procedimiento si se trata, por ejemplo, de un contrato de arriendo de algún factor esencial o si se refiere al empleo de bienes de propiedad intelectual incorporados a algún producto de la empresa. Esa posibilidad puede reforzar también la rentabilidad potencial del negocio; restarle medios de presión comercial a algún proveedor esencial; y asegurar el valor de los contratos del deudor en provecho de sus acreedores. Cuando el régimen de la insolvencia prevea la invalidación de las cláusulas de rescisión, es posible que los acreedores adopten medidas preventivas para evitarlo, rescindiendo el contrato antes de presentarse la demanda de apertura del procedimiento (invocando algún incumplimiento del deudor que no dependa de esa apertura). Cabría atenuar ese riesgo disponiendo que el representante de la insolvencia estará facultado para restablecer el contrato así rescindido, siempre que dé cumplimiento a las obligaciones del deudor previas y posteriores a la apertura de procedimiento.

99. Aun cuando en algunos ordenamientos se permite ya la invalidación legal de las cláusulas de rescisión, esa autorización no es aún general en los regímenes de la insolvencia. Subsiste cierta tensión entre el deseo de favorecer la supervivencia del

deudor, lo que requiere mantener ciertos contratos y el peligro de restar predecibilidad a los tratos comerciales y elevar su costo, introduciendo diversas excepciones a las reglas generales. Si bien esta cuestión habrá de ser cuidadosamente sopesada en cuanto a sus ventajas e inconvenientes, no dejan de darse casos en los que esa facultad del representante de la insolvencia para mantener ciertos contratos será crucial para el éxito de la reorganización, así como, aun cuando quizá en menor medida, para vender la empresa como negocio en marcha en un supuesto de liquidación. Todo impacto negativo de la facultad de invalidar cláusulas de rescisión puede ser compensado indemnizando aquellos acreedores que puedan demostrar que han sufrido algún daño o pérdida a resultas del mantenimiento del contrato.

ii) Liquidación

100. Es probable que en una liquidación sea menos importante dar seguimiento a los contratos que en una reorganización salvo que el contrato contribuya al valor del negocio o de algunas de sus unidades y facilite así la venta de la empresa como negocio en marcha. Por ejemplo, un alquiler negociado a un precio inferior al del mercado y por un plazo cuyo término esté aún distante puede constituir un activo importante para la venta del negocio o que reporte algún otro provecho a los acreedores.

101. Cabe aducir a favor de que se puedan invalidar las cláusulas de rescisión en supuestos de liquidación, la necesidad de mantener intacto el negocio para no debilitar su rentabilidad eventual y optimizar las posibilidades de venta; el interés de que se retenga el valor de todo contrato rentable para los acreedores, evitando que la otra parte quede libre de su compromiso; y la conveniencia de interesar a todas las partes en la suerte final del negocio. [*¿Posibles motivos adicionales?*]

iii) Excepciones

102. Las excepciones al poder otorgado al representante de la insolvencia para mantener vigentes los contratos suelen corresponder a dos categorías. Por la primera se exceptuaría del poder del representante de la insolvencia para anular ciertas cláusulas contractuales de rescisión, determinadas categorías de contrato como los contratos financieros a corto plazo (por ejemplo, los contratos a término y las permutas financieras). Dentro de la segunda categoría figurarían aquellos contratos en los que, cualquiera que sea el régimen de la insolvencia respecto de las cláusulas de rescisión, el contrato no podrá proseguirse por razón de la índole personal irremplazable de los servicios que ha de prestar el deudor (por ejemplo, un cantante de ópera).

b) Rescisión

i) Liquidación

103. Por regla general, conviene que el representante de la insolvencia esté facultado para rescindir todo contrato en que ninguna de las partes haya completado el cumplimiento de sus obligaciones.

104. Cabe prever diversos mecanismos para rescindir el contrato. Uno de ellos sería imponer al representante de la insolvencia la obligación de adoptar una decisión expresa al respecto, como sería la de notificar a la otra parte que el contrato

ha de darse por rescindido. Este enfoque tal vez no salvaguarde los objetivos de la certidumbre, predecibilidad y marcha eficiente del procedimiento, si se permite que el representante de la insolvencia se demore en la adopción de las medidas oportunas, dejando que el negocio quede irresuelto durante cierto tiempo. Esa demora daría también lugar a una acumulación innecesaria de gastos (por ejemplo, el pago del alquiler de bienes y servicios al deudor puede dar lugar a una acumulación elevada de gastos administrativos si esos arriendos no se rescinden rápidamente).

105. Conforme a otro criterio cabe considerar que el contrato queda automáticamente rescindido si el representante de la insolvencia no ha optado por mantenerlo al término del plazo estatuido al respecto, que podrá ser más largo para la reorganización que en un supuesto de liquidación. Con este criterio se trata de que ambas partes sepan a qué atenerse, ya que el representante de la insolvencia deberá adoptar una decisión oportuna respecto de todo contrato pendiente a la apertura del procedimiento, despejando toda duda que pueda abrigar la otra parte respecto de la subsistencia del contrato dentro de un plazo razonable tras la apertura del procedimiento. [*¿Posibles motivos adicionales?*]

106. Si se rescinde el contrato, la otra parte queda dispensada del cumplimiento del resto del contrato, por lo que la única cuestión a resolver es la de calcular el importe de los daños no asegurados que ocasione esa rescisión. La otra parte pasará a ser un acreedor sin garantía por el monto de los daños sufridos. Si el contrato se ha seguido cumpliendo durante cierto tiempo tras la apertura del procedimiento, antes de ser rescindido, la otra parte podrá reclamar la suma debida por ese cumplimiento (probablemente a título de gastos administrativos de la insolvencia) y una suma por concepto de los daños causados por la rescisión.

ii) Reorganización

107. En un supuesto de reorganización, se mejorarán las perspectivas de éxito de la misma si se autoriza al representante de la insolvencia a denunciar todo contrato que resulte en exceso oneroso. Cabe citar al respecto todo contrato que suponga para la masa una carga mayor al beneficio reportado o, en el supuesto de un arriendo que no haya expirado, cuando su precio sea superior al que entonces rija en el mercado.

108. Si bien, en un supuesto de liquidación, cabe suponer que toda decisión no adoptada oportunamente por el representante de la insolvencia respecto del contrato, equivale a su rescisión, esa suposición no será siempre válida en el supuesto de una reorganización. De procederse a la reorganización, tal vez convenga dar como margen al representante de la insolvencia para decidir si se ha rescindir el contrato el tiempo que sea necesario para aprobar el plan de reorganización, con tal de que todo provecho reportado a la masa por el contrato sea remunerado a la otra parte, que deberá poder exigir una decisión más temprana si lo desea o lo juzga necesario. Conviene que se determine claramente en el plan el trato que se ha de dar a determinados contratos, disponiéndose tal vez que todo contrato no expresamente mencionado en el plan quedará automáticamente denunciado al ser aprobado dicho plan.

iii) Excepciones

109. Cualquiera que sea el alcance de los poderes de rescisión otorgados al representante de la insolvencia, deberán preverse excepciones para ciertos contratos. Una excepción importante sería la de los contratos laborales (ver más adelante d)). Tal vez convenga exceptuar igualmente los acuerdos en los que el deudor sea el arrendante o el licenciataria de propiedad intelectual y la rescisión de ese contrato pueda poner término o dañar gravemente al negocio de la otra parte. Especialmente si la ventaja de la rescisión es relativamente pequeña para el deudor. Si el deudor es un arrendatario, tal vez convenga fijar un tope máximo a la indemnización pagadera (que tal vez sea una suma monetaria o un plazo durante el que sea abonable esa indemnización) a fin de que el monto de la indemnización abonable por concepto de un arriendo a largo plazo no sea desproporcionado a la luz de la suma que vaya a quedar para pagar los créditos de los demás acreedores. Los arrendantes suelen poder mitigar sus pérdidas realquilando sus locales o instalaciones.

c) Cesión

110. Permitir que el representante de la insolvencia opte entre proseguir el contrato o cederlo a un tercero, pese a toda cláusula contractual de intransferibilidad o de rescisión automática del contrato, puede ser provechoso a la masa de la insolvencia y, por ello, a los acreedores que hayan de repartirse el producto de su liquidación. Puede haber supuestos, en los que, al ser el precio del bien arrendado inferior al del mercado, la otra parte se beneficiaría de la rescisión del contrato. Si ese contrato puede mantenerse o ser cedido a un tercero, esa diferencia entre el precio del mercado y el del contrato redundaría en provecho de la masa de la insolvencia y no de la otra parte en el contrato.

111. Ahora bien, esa opción dada al representante puede ser contraria a los derechos contractuales de la otra parte que pudiera verse dañada, especialmente cuando la otra parte no pueda intervenir en la selección del cesionario. Se siguen diversos criterios a este respecto, ya que la ley de algunos países invalida expresamente toda cláusula de intransferibilidad del contrato a la apertura del procedimiento de insolvencia, mientras que en otros, la otra parte o todas las partes en el contrato originario deberán dar su consentimiento a la cesión, previéndose para el supuesto de que el consentimiento sea denegado sin motivo razonable, que el representante pueda demandar la autorización requerida del foro competente. Otro criterio prevé que el contrato pueda ser cedido si el representante de la insolvencia demuestra a la otra parte que el cesionario reúne las condiciones para cumplir adecuadamente el contrato, lo que permitirá que el contrato sea cedido en provecho de la masa de la insolvencia. Este enfoque corresponde al criterio seguido en el artículo 9 del [proyecto] de convención sobre la cesión de créditos en el comercio internacional de la CNUDMI. Si bien esta opción se considera crucial, en algunos países, para el procedimiento de liquidación, en otros es completamente desconocida o puede estar incluso prohibida.

112. Aun cuando el representante de la insolvencia esté facultado para ceder los contratos, algunos contratos no podrán cederse por estipular la prestación de ciertos servicios personales irremplazables o porque lo prohíba expresamente la ley. En algunos países, por ejemplo, no se podrá ceder ninguna contrata otorgada por la administración pública.

d) Excepciones generales al poder de proseguir, rescindir o ceder los contratos*i) Contratos laborales*

113. Una excepción importante es la prevista para los contratos laborales o de empleo. Pese a ser particularmente importantes para la reorganización de una empresa, esos contratos son también importantes en un supuesto de liquidación en el que el representante de la insolvencia esté intentando vender la empresa como negocio viable en marcha. El precio de la venta será superior si el representante de la insolvencia puede rescindir ciertos contratos de empleo onerosos o si puede reducir notablemente la plantilla del deudor. Ahora bien, la relación de los empleados con su empleador da lugar a algunas de las cuestiones más difíciles del régimen de la insolvencia. El contrato en sí es básicamente igual a todo otro contrato pendiente, pero el problema dimana de las normas del derecho imperativo por lo demás aplicable que amparan la situación de todo empleado. Puede haber, por ejemplo, disposiciones contra todo despido injusto, condiciones de pago mínimas, vacaciones pagadas, horario máximo, licencia de maternidad, igualdad de trato y no discriminación. Lo difícil es determinar hasta qué punto esas disposiciones repercutirán sobre la insolvencia, suscitando cuestiones ajenas al problema de la rescisión del contrato o al orden de prelación de los créditos monetarios. Por ello, algunos países han promulgado regímenes de protección especial para los créditos de los empleados en todo supuesto de insolvencia (ver Créditos de los acreedores y su régimen) y limitan expresamente los poderes de rescisión del representante de la insolvencia respecto de los contratos laborales, a fin de evitar que el procedimiento de insolvencia sirva para soslayar el amparo debido a los empleados. Tal vez se limiten por ello esos poderes a determinados supuestos en los que la remuneración del empleado sea excesiva en función del promedio salarial previsto para tareas de la misma índole. En algunos países, la ley ha previsto que el empleado deberá seguir a la empresa, siempre que ésta se venda como negocio en marcha, ya sea en el curso de una liquidación o en el de una reorganización, aunque en otros esta regla será aplicable únicamente en los supuestos de reorganización.

114. En aras de la transparencia de este régimen, es conveniente señalar claramente cuáles son los límites del poder otorgado al representante de la insolvencia respecto de cada una de estas categorías de contrato.

e) Poder para desprenderse de bienes que resulten gravosos

115. Además de su poder para rescindir contratos, el representante de la insolvencia goza en algunos regímenes de un poder para desprenderse de otros bienes incluidos en la masa que estén de tal modo gravados que su retención resulte excesivamente costosa, o que sean difíciles o imposibles de vender o den lugar a obligaciones excesivamente onerosas. Al igual que en un supuesto de rescisión, es probable que el poder para desprenderse de un bien prevea la indemnización de toda víctima eventual de esa decisión, y prevea también la posibilidad de transferir la propiedad de dicho bien a alguna persona que no sea el deudor.

f) Derechos de compensación, acuerdos de compensación global por saldos netos y contratos financieros¹

i) Derechos de compensación

116. La cuestión importante para todo régimen de la insolvencia será la del trato a dar a todo acreedor que, en el momento de presentarse la demanda de un procedimiento de liquidación, es a su vez deudor de la masa de la insolvencia. Si se aplica el principio básico de la igualdad de trato de todos los acreedores de una misma categoría, el resultado será relativamente sencillo: el representante de la insolvencia podrá exigir el cobro de la suma completa debida por el acreedor y el crédito de dicho acreedor será satisfecho conforme corresponda al liquidarse la masa. Ahora bien, cabría seguir el criterio de que, en las circunstancias del caso, el acreedor podrá ejercer un derecho de compensación frente a la masa de la insolvencia, una vez presentada la demanda de liquidación, con el resultado de que, si lo permite la cuantía del crédito de la masa frente al acreedor, es posible que el crédito de dicho acreedor quede plenamente compensado.

117. Cabe aducir diversas razones para que el régimen de la insolvencia aborde la problemática suscitada por los derechos de compensación. La primera sería el principio de la equidad: pese a la importancia de respetar el principio de la igualdad de trato entre los acreedores, tal vez sea injusto que se le permita a un deudor que ha denegado un pago a su acreedor que insista al mismo tiempo en cobrar su propio crédito frente a dicho acreedor. Además, al ser la parte contraria a menudo un banco, la salvaguardia de su derecho de compensación resulta particularmente importante para el funcionamiento del sistema bancario que, por constituir la principal fuente de creación de crédito, suele ser considerado como de provecho general para la economía. Por razón de sus funciones básicas (de instituciones de depósito de fondos y de creación de crédito) es frecuente que los bancos que hayan prestado fondos a un deudor insolvente descubran que tiene, a su vez, obligaciones financieras frente a ese deudor en forma de depósitos. El derecho de compensación a raíz de la apertura de un procedimiento permitiría que el banco compensara sus créditos pendientes frente al deudor con los fondos depositados por el deudor, aun cuando los créditos recíprocos del banco no hayan aún vencido y no sean pagaderos. Esos derechos de compensación permitirán que el acreedor se evada de las dificultades dimanantes de la insolvencia del deudor evitando así ciertos efectos en cadena de la quiebra, lo que, al reducir el margen de exposición del banco a los riesgos de insolvencia, reducirá también el costo de las operaciones financieras y del crédito otorgado por el banco a las empresas.

118. Pese a las ventajas aducidas en favor de respetar los derechos de compensación, esas razones tal vez deberán ser contrarrestadas por algunos de los argumentos aducidos en contra. La compensación constituye, en el marco de la insolvencia, una violación del principio *pari passu*, ya que todo acreedor que disponga de un derecho de compensación adecuado cobrará plenamente su crédito. La compensación puede agotar el activo financiero del deudor y dificultar la

¹ El material que figura en la presente sección procede en gran parte de “Unos procedimientos de insolvencia ordenados eficaces: cuestiones clave”, Departamento de Asuntos Jurídicos, Fondo Monetario Internacional, 1999, y de “Principios y directrices de reglamentación de la insolvencia y los derechos de los acreedores”, Banco Mundial, abril de 2001, párrs. 121 a 125.

reorganización, particularmente cuando el deudor pierde acceso a los fondos depositados en su cuenta bancaria y [¿otros argumentos?].

119. La postura internacional frente a la compensación es bastante compleja. Un pequeño número de países prohíben la compensación, salvo en ciertas categorías de operaciones o en el marco de una cuenta corriente. Unos cuantos países han ampliado la gama de operaciones compensables y han introducido regímenes de compensación global (*netting*) aplicables únicamente a determinados contratos. Entre los Estados que tradicionalmente la autorizan, unos cuantos la paralizan en el curso de un procedimiento de reorganización, salvo respecto de ciertos contratos financieros. En otros regímenes de la insolvencia, el problema de la compensación no ha sido ni siquiera abordado.

120. El régimen de la compensación puede incidir sobre el régimen de la insolvencia, y viceversa, en ciertos aspectos importantes. Por ejemplo, el derecho del acreedor a hacer valer una compensación podrá ser anulado si recibió la provisión de fondos o el depósito del deudor durante el plazo presuntamente sospechoso previo a la declaración de insolvencia o si la insolvencia del deudor resulta del ejercicio de ese derecho de compensación. Tal vez también sea anulable si se sucede tras la presentación de la demanda de apertura del procedimiento. En supuestos en los que el régimen de la insolvencia permita la invalidación de las cláusulas de rescisión a fin de permitir que el representante de la insolvencia mantenga en vigor contratos pendientes de cumplimiento, los acreedores sólo podrán ejercer sus derechos de compensación respecto de créditos monetarios recíprocos cuando el derecho de invalidar la cláusula de rescisión expresamente permita que el acreedor rescinda el contrato y compense esos créditos recíprocos. Esta salvedad es particularmente importante en el marco de ciertas operaciones financieras a corto plazo (ver ...).

ii) Los contratos financieros concertados en el marco de un acuerdo de compensación global por saldos netos

121. Según como resuelva el problema del régimen aplicable a los contratos y a los derechos de compensación, el derecho de la insolvencia deberá o no regular expresamente ciertos tipos de contratos financieros a corto plazo, incluidos los acuerdos de derivados (p. ej., permutas de tasas de interés o de monedas). Las condiciones, cada vez más normalizadas, de los acuerdos marco por los que se rigen todas estas operaciones suelen contener disposiciones que permiten que una de las partes, al declararse abierta la insolvencia de otra parte, compense (ver definiciones) la totalidad de sus ganancias y pérdidas y todas las sumas impagadas por concepto de operaciones por lo demás independientes. Esas disposiciones de la “compensación de clausura” (ver definiciones), que globalizan la liquidación de todas las obligaciones de pago independientes, surten normalmente efecto únicamente al declararse la insolvencia de una de las partes, si el régimen de la insolvencia permite dos de las operaciones típicas de estos acuerdos marco. En primer lugar deberá permitir la extinción (o “clausura”) de todas las operaciones pendientes en el marco del acuerdo de compensación global de la parte declarada insolvente, y, en segundo lugar, deberá permitir que la parte no insolvente compense recíprocamente sus créditos y obligaciones con la parte insolvente.

122. El régimen de la insolvencia de cierto número de países no ha previsto estas dos operaciones clave del acuerdo marco. Respecto a la extinción o rescisión de los

contratos, algunos países permiten que el representante de la insolvencia opte por proseguir un contrato en violación de toda cláusula de rescisión inserta en el contrato. Respecto de la compensación, cierto número de países no permite que se compensen créditos financieros independientes que no hayan vencido al declararse abierta la insolvencia.

123. Muchos países que no poseen un régimen general que prevea a la vez esa extinción y esa compensación de las operaciones en curso, han previsto ciertas excepciones al régimen general de la insolvencia a fin de permitir esa “compensación de clausura” de los contratos financieros. Esas excepciones se justifican por la creciente importancia de estas operaciones en los mercados financieros mundiales y por las restricciones de acceso a esas operaciones que resultarían de toda incertidumbre respecto a la posibilidad de esa compensación de clausura por la que se elimina del acuerdo global de compensación a toda parte que sea declarada insolvente. Pese a todas estas importantes ventajas, debe reconocerse que esas “excepciones especiales” complican el régimen legal general y otorgan un trato preferencial a ciertos tipos de acreedores.

2. Régimen aplicable a los contratos: resumen y recomendaciones

- 1) Las disposiciones relativas al régimen aplicable a los contratos tienen por objeto:
 - a) otorgar al representante de la insolvencia cierto poder de intervención respecto de contratos que el deudor y la otra parte no hayan cumplido en su totalidad o parcialmente con miras a maximizar el valor de la masa de la insolvencia y de reducir sus obligaciones;
 - b) definir el alcance del poder otorgado al representante de la insolvencia respecto de esos contratos y los supuestos en los que podrá ejercer ese poder;
 - c) definir aquellos contratos que deban ser excluidos de ese poder;
 - d) [...].
- 2) El representante de la insolvencia podrá rescindir todo contrato que no haya sido cumplido, parcial o totalmente, ni por el deudor ni por la otra parte.
- 3) Cabe seguir uno de dos criterios para determinar el momento en que la rescisión surtirá efecto:
 - a) al ser notificada la rescisión por el representante de la insolvencia [se insertan aquí las ventajas y desventajas descritas en el párr. ...]; o
 - b) automáticamente, de no decidir el representante de la insolvencia (o el tribunal) proseguir el contrato dentro de cierto plazo, que podrá ser prorrogado o abreviado por el tribunal [insertar aquí las ventajas y desventajas descritas en el párr. ...].
- 4) La rescisión dará lugar a un crédito no garantizado por el monto de los daños imputables a la rescisión.
- 5) Debe limitarse este poder de rescisión respecto de ciertas categorías de contratos, y particularmente respecto de los contratos laborales, ciertos contratos financieros y [...]. Todo poder del representante de la insolvencia

respecto de dichas categorías de contratos deberá ser claramente definido por el régimen de la insolvencia.

6) El representante de la insolvencia podrá optar por proseguir aquellos contratos que sean ventajosos para el negocio y puedan elevar el valor de la masa de la insolvencia, salvo ciertos contratos financieros, los contratos que no puedan proseguirse por requerir servicios personales insustituibles del deudor y [...]. Las disposiciones por las que se faculte al representante para proseguir o para ceder contratos deberán prever la indemnización de la otra parte por todo daño imputable al incumplimiento, de haber alguno.

7) Cuando el contrato contenga alguna cláusula de rescisión del mismo a la apertura de un procedimiento de insolvencia:

a) el representante de la insolvencia podrá obrar en el entendimiento de que dicha cláusula es nula y sin valor; o

b) el régimen de la insolvencia podrá disponer la nulidad o invalidez de dicha cláusula; o

c) no cabrá invocar dicha cláusula de rescisión automática a título de excepción del cedente frente al derecho del representante de la insolvencia a exigir el cumplimiento del contrato.

8) Los contratos que el representante de la insolvencia decida proseguir deberán ser tratados como obligaciones contraídas por la masa de la insolvencia tras la apertura del procedimiento.

9) Con la salvedad de todo contrato que sea intransferible por requerir el cumplimiento de algún servicio personal irremplazable o por prohibir expresamente la ley que ese contrato sea cedido, el representante de la insolvencia podrá tratar toda cláusula de intransferibilidad como nula y ceder todo contrato que se haya mantenido, si todas las partes en el contrato originario consienten en ello.

10) Cuando las partes en un contrato no den su consentimiento a la cesión de dicho contrato, el tribunal podrá no obstante aprobar la cesión del mismo, si esa cesión es ventajosa para el negocio, contribuirá a elevar el valor de la masa de la insolvencia y si el tribunal estima que el cesionario podrá cumplir con sus obligaciones contractuales.

11) Con la salvedad de aquellas categorías de contratos respecto de las cuales se haya limitado el poder del representante de la insolvencia, dicho representante podrá ejercer su poder para rescindir, proseguir o ceder contratos sin necesidad de aprobación alguna, por parte del tribunal o de los acreedores, pero el ejercicio de ese poder estará sujeto a lo que resuelva el foro competente a instancia de toda parte interesada.

D. Acciones de nulidad

1. Observaciones generales

124. Puede transcurrir mucho tiempo entre el momento en que el deudor se percata de que no podrá evitar un procedimiento de insolvencia (ya sea de liquidación o de

reorganización) y la apertura de dicho procedimiento. Mientras tanto, el deudor puede tener abundantes oportunidades para tratar de ocultar bienes a los acreedores, suscribir compromisos ficticios, hacer donaciones a parientes o amigos, o pagar a ciertos acreedores en detrimento de otros. Desde la perspectiva del procedimiento de insolvencia, todas esas actividades perjudican a los acreedores ordinarios con créditos no garantizados, que no sean parte en dichas actividades y que no gocen del amparo de una garantía, y son contrarias al objetivo clave del trato equitativo que se ha de dar a todos los acreedores.

125. Muchos regímenes de la insolvencia contienen disposiciones de alcance retroactivo destinadas a anular o invalidar toda operación pasada en la que haya intervenido el deudor insolvente y que haya reducido el patrimonio neto del deudor (por ejemplo, donando bienes o transfiriendo o vendiéndolos por debajo de su valor comercial) o que hayan violado el principio de la igualdad de trato que se ha de dar a todos los acreedores de una misma categoría (por ejemplo, pagando una deuda a un acreedor no garantizado o constituyendo una garantía a favor de un acreedor que no la tuviera, mientras que otros acreedores ordinarios quedarán sin ser pagados). La finalidad básica de los poderes de anulación es asegurar el pago equitativo de los acreedores de un deudor insolvente con arreglo al orden de prelación establecido. Pese a esta meta, es importante tener en cuenta que muchas de las operaciones que puedan ser objeto de ese poder de anulación serían perfectamente normales y aceptables, de no haberse efectuado a la sombra de una insolvencia, pero pasarán a ser sospechosas por el solo hecho de haberse efectuado estando ya cercana la apertura del procedimiento de insolvencia.

126. El régimen aplicable a la anulación de esas operaciones es objeto de enconado debate, principalmente en lo que respecta a su eficacia práctica y a la índole algo arbitraria de las reglas necesarias para definir, por ejemplo, los plazos de anulabilidad y la índole de las operaciones anulables. No obstante, esos poderes de anulación pueden ser importantes para el régimen de la insolvencia no sólo por estar basados en razones de justicia, sino también porque pueden servir para recuperar ciertos bienes en provecho general de los acreedores, y porque contribuyen a hacer respetar ciertas normas de conducta comercial equitativa que están inspiradas en los principios de diligencia y equidad por los que debe regirse la gestión de toda entidad comercial.

127. Al igual que sucede con otras disposiciones básicas del régimen de la insolvencia, al diseñarse el régimen aplicable a los poderes de anulación deberán sopesarse diversos intereses sociales encontrados. Cabe citar al respecto el interés de que esos poderes sean eficaces para maximizar el valor de la masa de la insolvencia en provecho de todos los acreedores y el temor de que esos poderes priven de predecibilidad y certidumbre contractual a las operaciones de ciertas empresas en dificultades. Si se concluye que determinada operación es nociva para la masa, esa operación pudiera ser legalmente “anulable”, a fin de que el bien enajenado por el deudor, o su valor, sea recuperado por el representante de la insolvencia en provecho general de los acreedores.

128. Se siguen diversos enfoques para definir cuáles son las operaciones que serán anulables. Uno de ellos insiste en que se utilicen criterios objetivos y de carácter general para determinar cuáles son las operaciones anulables. Lo importante sería, por ejemplo, poder determinar si una operación se celebró dentro de cierto plazo previo a la apertura del procedimiento (denominado a menudo “período de

sospecha”) o si la operación respeta ciertos criterios generales enunciados por la ley (por ejemplo, el requisito de que se dé un contravalor adecuado). Si bien conviene que todo criterio general sea sencillo de aplicar, cabe que ese criterio resulte arbitrario si se aplica por sí solo. Por ejemplo, una operación legítima y ventajosa para el deudor sería anulable si se ha celebrado dentro del plazo de sospecha previo que se haya fijado, mientras que otra operación que sea preferencial o fraudulenta quedaría a salvo, si no se ha celebrado dentro del plazo fijado.

129. Otro enfoque sería el de seguir criterios más casuísticos y subjetivos por los que se trate de determinar si existen indicios de una voluntad de ocultar bienes a los acreedores, o si el deudor era ya insolvente al efectuar la operación y si la otra parte actuó a sabiendas de esa situación. Este enfoque individualizado obligará a examinar en detalle la intención de las partes en cada operación y qué operaciones forman parte del curso normal del negocio que exista entre ellas. En algunos países, este enfoque ha dado lugar a prolongados litigios y cuantiosos gastos para la masa de la insolvencia, por lo que, a fin de evitar esos gastos (ver ... más adelante), algunos ordenamientos han optado por imponer un plazo de sospecha breve, de unos tres a cuatro meses, complementado por la regla de que toda operación celebrada durante dicho plazo será sospechosa, salvo que se demuestre que hubo un intercambio de prestaciones, más o menos contemporáneo y de valor equivalente, entre las partes en dicha operación.

130. Independientemente de si el régimen de la insolvencia adopta alguno de estos dos enfoques o sigue otro intermedio que trate de compaginarlos, suele aceptarse como principio general que se debe imponer un régimen más estricto a toda operación concertada con personas allegadas (es decir socios comerciales o familiares del deudor o de sus acreedores, designados en algunos países por el término de “iniciados”). Cabe establecer un régimen más estricto para toda persona que sea probable que pueda ser favorecida o que pueda enterarse antes de la insolvencia *de facto* del deudor.

a) Categorías de operaciones que deben ser anulables

131. El término “operación” se refiere en su sentido lato a la amplia gama de actos o contratos por los que cabe enajenar bienes, ya sea por vía de transferencia, pago, constitución en garantía, compromiso contractual, préstamo, entrega, desgravación o liberación de una obligación.

132. Cabe señalar tres categorías de operaciones que son anulables en la mayoría de los ordenamientos jurídicos. Se trata de: toda operación en fraude de acreedores, toda operación concertada sin contravalor adecuado, y toda operación con determinados acreedores que quepa considerar como de índole preferencial. Algunas operaciones pueden corresponder a más de una de estas categorías, dependiendo de cuáles sean las circunstancias de cada contrato. Por ejemplo, una operación que parezca de índole preferencial será probablemente fraudulenta si se concierta estando el deudor en situación próxima a la insolvencia o si deja al deudor con recursos insuficientes para proseguir su negocio. De igual modo, una operación sin contravalor adecuado, es más probable que sea preferencial si se concierta con un acreedor que si se concierta con un tercero. Al determinar las categorías de operaciones que deben ser anulables, el régimen de la insolvencia deberá tener en cuenta las consecuencias de la operación para el negocio del deudor y la relación que pueda haber entre las partes en la operación. La idoneidad de estos criterios

puede verse, por ejemplo, en un supuesto en el que los directivos de la empresa deudora traten de saldar, antes de la apertura del procedimiento, todas las obligaciones de las que ellos respondan personalmente. Si bien esos pagos pueden parecer aceptables, el efecto de esos pagos pudiera ser cuestionable.

133. Estas tres categorías de operaciones suelen ser anulables por diversas razones, a saber: para evitar fraudes (por ejemplo, operaciones destinadas a ocultar bienes en ulterior provecho del deudor o en provecho de los directivos, propietarios o miembros de la Junta o Consejo de Administración de la empresa deudora); para evitar favoritismos, cuando el deudor desee favorecer a ciertos acreedores en detrimento de los demás; para evitar alguna pérdida súbita del valor comercial de la empresa, justo antes de que se imponga la supervisión del procedimiento de insolvencia; y para crear un marco para un eventual arreglo extrajudicial. Los acreedores sabrán además que toda operación o embargo de última hora será anulable, por lo que será más probable que deseen colaborar con el deudor para llegar a un arreglo viable sin necesidad de una intervención judicial.

i) Operaciones fraudulentas

134. Son operaciones fraudulentas las efectuadas por la dirección de la empresa deudora con miras a burlar, obstaculizar o demorar toda tentativa de los acreedores por cobrar sus créditos, colocando los bienes fuera del alcance de los acreedores, mediante su transferencia a un tercero que haya actuado a sabiendas de la intención del deudor. A diferencia de otras operaciones examinadas en esta sección, las operaciones fraudulentas no son automáticamente anulables en función de un criterio objetivo, como sería el de un plazo de sospecha, ya que se habrá de probar en todo caso la intención fraudulenta del deudor. A título práctico, cabe indicar que si el deudor no puede explicar la finalidad comercial de una determinada operación que restó valor al patrimonio de la empresa, será relativamente sencillo demostrar que hubo intención fraudulenta. Al preparar el régimen de la insolvencia, se debe tener presente, como se indicó anteriormente, que una operación, que sea fraudulenta en un supuesto de insolvencia, suele ser una operación perfectamente válida al margen del régimen de la insolvencia.

ii) Operaciones sin contravalor adecuado

135. Una operación puede ser anulable si el contravalor percibido por el deudor a resultas de su enajenación de algún bien a un tercero es de índole nominal, o muy inferior al verdadero valor del bien enajenado, si esa operación se efectuó dentro de un cierto plazo previo a la apertura del procedimiento de insolvencia. Algunos regímenes de la insolvencia exigen además que el deudor fuera ya, de hecho, insolvente al efectuarse la operación, o que pasó a ser insolvente a resultas de esa operación. Estas operaciones serán anulables con independencia de si se celebran con los acreedores o con terceros.

iii) Operaciones preferenciales

136. Toda operación preferencial será anulable si se efectúa dentro de un cierto plazo, normalmente breve, previo a la apertura del procedimiento de insolvencia, con un acreedor en relación a cierta deuda, con el resultado de que dicho acreedor recibe más de lo que legalmente le correspondería al prorratarse los bienes del

deudor. Muchos países exigirán también que haya indicios de insolvencia efectiva o próxima al efectuarse la operación. La razón de ser para incluir estas categorías de operaciones entre las anulables por el régimen de la insolvencia es que, si ocurren poco antes de abrirse el procedimiento, es probable que exista ya una situación de insolvencia, por lo que constituiría una violación del objetivo clave del procedimiento que es asegurar un trato equitativo de los acreedores.

137. Cabe conceptuar como preferencial toda operación efectuada tras la demanda de un procedimiento de insolvencia, pero antes de su apertura, salvo que la operación haya sido autorizada conforme al régimen de la insolvencia. Tal vez convenga que el régimen de la insolvencia disponga que, de no haberse autorizado estas operaciones, serán nulas, en vez de anulables, a fin de evitar controversias. Pese a que ciertos regalos pueden ser perfectamente inocentes y conforme a derecho, su efecto pudiera también ser injusto para los acreedores por lo que serían anulables como operaciones fraudulentas, sin contravalor adecuado o preferenciales. Una compensación, que no sea en sí anulable, pudiera ser tenida por perjudicial si ocurre poco antes de presentarse la demanda de apertura del procedimiento y altera de tal modo el equilibrio de la deuda entre las partes que equivale a un trato preferente, o si esa compensación es resultado de una cesión de créditos entre acreedores destinada a crear un derecho de compensación frente al deudor. También será anulable si la compensación se efectúa en circunstancias irregulares, como sería haberla efectuado en ausencia de todo contrato previo entre las partes en dicha compensación.

138. En respuesta a todo alegato de que una operación es preferencial cabrá probar que, pese a sus apariencias de irregularidad, esa operación constituye una práctica comercial normal y, concretamente, fue efectuada en el curso normal del negocio existente entre las partes en la operación. Por ejemplo, el pago efectuado a la recepción de ciertas mercancías, que suelen ser pagadas a su entrega, no será normalmente anulable, aun cuando se haya efectuado poco antes de la apertura del procedimiento de la insolvencia, mientras que el pago de una deuda vencida hace mucho tiempo será probablemente anulable. Este criterio permite alentar a los proveedores de bienes y servicios a la empresa a seguir tratando con un deudor que esté atravesando un bache financiero, pero cuyo negocio sea aún viable.

139. Ciertas garantías reales, válidas con arreglo al régimen general de las garantías, pudieran ser anulables en un procedimiento de insolvencia si se crearon en el curso de una operación que sea catalogable como fraudulenta, preferencial o sin contravalor adecuado. Por ejemplo, la constitución de un bien en garantía poco antes de la insolvencia, aun cuando sea por lo demás válida, podría ser conceptuada como operación que favorece indebidamente a uno de los acreedores frente a los demás. Aun en supuestos en los que sea posible otorgar una garantía real en razón de alguna prestación anterior o de una deuda ya existente (lo que algunos ordenamientos permiten, pero otros no), esa garantía sería no obstante inválida si se considera que favorece indebidamente a uno de los acreedores.

d) Determinación del plazo de sospecha

140. Algunos regímenes de la insolvencia definen expresamente el plazo de sospecha (por ejemplo, tantos días o tantos meses previos a la declaración de insolvencia) durante el cual todas estas categorías de operaciones serían anulables. En otros regímenes, el plazo de sospecha será definido retroactivamente por el foro

competente una vez abierto el procedimiento. En esos regímenes, la decisión del tribunal suele estar basada en la determinación del momento en que el deudor haya dejado de pagar sus deudas en el curso normal de sus operaciones (“suspensión de pagos”). Una cuestión conexas es la de determinar si el plazo de sospecha previsto por el régimen de la insolvencia podrá ser ampliado por el tribunal si el caso lo aconseja, extendiéndolo a operaciones que se hayan efectuado fuera del plazo de sospecha pero en condiciones cuestionables, y que hayan disminuido la masa de la insolvencia. Si adoptar un enfoque discrecional dará cierto grado de flexibilidad respecto de las operaciones susceptibles de ser anuladas, esa mayor flexibilidad puede ocasionar demoras en el procedimiento y no da a los acreedores una indicación clara y transparente de los tipos de operaciones que pudieran ser anulables. Si cabe deshacer o anular discrecionalmente operaciones efectuadas con anterioridad a todo plazo previo a la apertura del procedimiento de insolvencia, se estará probablemente restando seguridad a la firmeza de las operaciones financieras y comerciales.

141. En algunos regímenes de la insolvencia se establece un solo plazo de sospecha para todas las categorías de operaciones anulables, mientras que otros regímenes han previsto plazos diferentes en función de ciertos factores como el de si el daño ocasionado a los acreedores ha sido intencional (es decir, fraudulento) o el de si el cesionario gozaba de alguna relación especial o “de iniciado” con las partes interesadas (es decir, si tenía alguna relación social, empresarial o familiar con el deudor o sus acreedores). Dado que las operaciones fraudulentas suponen una conducta intencionalmente contraria a derecho o equidad, muchos regímenes de la insolvencia no imponen plazo temporal alguno que limite su anulabilidad. Pero en algunos otros regímenes de la insolvencia se fija un plazo sumamente largo (de uno a seis años) previo a la fecha de apertura del procedimiento.

142. Cuando una operación tenida por preferencial o sin contravalor adecuado se haya celebrado con algún acreedor no catalogable como persona “iniciada” de la empresa deudora, el plazo de sospecha será relativamente breve, tal vez de unos cuantos meses. Ahora bien, en muchos países se ha establecido un régimen mucho más estricto para toda operación que se sospeche que haya sido “de iniciados”. Ese régimen puede prever un plazo de sospecha más largo, la inversión de la carga de la prueba o la dispensa de ciertos requisitos, como el de que el deudor sea insolvente al celebrarse la operación, o que esa operación haya sido causante de la insolvencia.

e) Responsabilidad de la contraparte en una operación anulable

143. Respecto de cada uno de estos tipos de operación, cabe preguntarse si la otra parte pudiera estar exenta de responsabilidad y si es o no conveniente que la operación sea anulada. En esa decisión pueden influir diversas consideraciones respecto de cada tipo de operación y en cada caso se habrán de sopesar los criterios de equidad que tal vez amparen a la parte inocente frente a las dificultades de tener que probar su motivación y si tenía o no conocimiento de los hechos o del daño ocasionado a los acreedores, independientemente de cuál haya sido su estado mental al actuar.

144. En el supuesto de operaciones fraudulentas, por ejemplo, será importante determinar si la otra parte aportó a la operación un contravalor adecuado y si tuvo conocimiento de que el deudor actuaba en fraude de acreedores. En el supuesto de operaciones sin contravalor adecuado, será importante determinar si la contraparte

gozaba de alguna relación “de iniciado” y si actuaba a sabiendas de la insolvencia *de facto* o inminente de la empresa deudora, o a sabiendas de que esa operación pudiera ser causa de insolvencia para la empresa deudora. Algunos regímenes de la insolvencia otorgan a la otra parte excepciones basadas en que su operación aportaba cierto valor a la empresa deudora y en que actuó sin conocimiento de ciertos hechos cruciales, mientras que otros regímenes exigen el retorno de todo bien enajenado, previendo no obstante alguna medida de amparo para todo valor efectivamente entregado o prestado por esa otra parte.

145. En el supuesto de operaciones de índole preferencial, cabe recurrir a diversos criterios. Conforme a uno de ellos, si el acreedor actuó de buena fe y sin conocimiento de que el deudor fuera insolvente al concertarse la operación o de que pudiera quedar insolvente a resultas de ella, ese acreedor no habrá contraído responsabilidad alguna, por lo que la operación no será anulada. Conforme a otro criterio se llegaría al mismo resultado si la operación fue básicamente contemporánea al nacimiento del crédito del acreedor y fue ocasión de que éste aportara o prestara un valor adecuado, o si la operación formaba parte del giro normal del negocio.

146. Si esas operaciones son catalogables como “de iniciados”, se adoptará un régimen más estricto y se limitará el derecho de esas personas a presentar créditos en el procedimiento o sus créditos quedarán supeditados a los de los demás acreedores.

f) Operaciones nulas y anulables

147. Cuando una operación corresponda a alguna de las categorías mencionadas, el régimen de la insolvencia la anulará automáticamente o la declarará anulable, según el criterio adoptado respecto de cada categoría de operaciones. Por ejemplo, si la norma aplicable se refiere únicamente a las operaciones celebradas durante cierto plazo, sin introducir ningún criterio subjetivo de valoración, cabrá declarar nula toda operación concertada dentro de dicho plazo. Aun cuando cierta operación sea nula, cabe que el representante de la insolvencia se vea obligado a demandar judicialmente la devolución de cierta cosa o valor que obre en poder de la otra parte.

148. En aquellos regímenes conforme a los cuales la operación sea anulable, el representante de la insolvencia deberá decidir si la masa de la insolvencia sacará algún provecho de que dicha operación sea anulada, para lo que deberá sopesar ciertos elementos de cada categoría de operación anulable, así como la demora que conlleve la recuperación de ese bien o valor, y las eventuales costas procesales. Esa facultad discrecional del representante de la insolvencia estará normalmente limitada por su obligación de maximizar el valor de la masa, y el representante deberá normalmente responder de todo incumplimiento de su obligación.

149. Para el supuesto de que el representante de la insolvencia no adopte ninguna medida para anular ciertas operaciones, el régimen de la insolvencia acostumbra a señalar diversos criterios para presentar demandas de anulación y sobre la manera que deberán financiarse las actuaciones, de no disponer la masa de la insolvencia de fondos suficientes para su seguimiento. Respecto a la tramitación de esas demandas, algunos regímenes permiten que el acreedor o la junta de acreedores adopten medidas para obligar al representante de la insolvencia a presentar una demanda de nulidad cuando pueda ser ventajosa para la masa de la insolvencia o tal vez permita

que el propio acreedor o la junta de acreedores presenten esas demandas de nulidad, si los demás acreedores están de acuerdo. De ser autorizada esta intervención de uno sólo o de algunos de los acreedores, suele suceder que el régimen de la insolvencia disponga que los bienes o el valor recuperados por dicho acreedor o acreedores deberán ser tratados como formando parte de la masa; en otros supuestos todo bien o valor que sea recuperado será destinado, en primer lugar, a satisfacer los créditos del acreedor o acreedores que hayan presentado la demanda.

150. Respecto de la manera de financiar estas actuaciones, algunos países ofrecen fondos públicos al representante de la insolvencia para que pueda presentar demandas de anulación. En otros países, esas actuaciones deberán financiarse con fondos de la masa de la insolvencia. Este requisito puede impedir que la masa recupere bienes que fueron enajenados con miras a dejar a la masa con insuficientes recursos para financiar la recuperación de sus bienes a través de demandas de anulación. Algunos regímenes de la insolvencia permiten que el representante de la insolvencia ceda el derecho de acción, por algún contravalor, a un tercero o que se recabe fondos de algún prestamista para presentar la demanda de nulidad. En apoyo de que se recurra a estos mecanismos, cabe señalar que la disponibilidad de recursos públicos para financiar estas actuaciones varía mucho de un país a otro y en supuestos en los que la masa de la insolvencia no disponga de fondos para interponer estas acciones, esas otras posibilidades ofrecerían, en determinados supuestos, medios adecuados para devolver ciertos bienes a la masa de la insolvencia.

g) Cuestiones probatorias

151. Los regímenes de la insolvencia siguen diversos criterios para sentar las bases para la presentación de una demanda de nulidad. En algunos regímenes se exige que sea el deudor el que demuestre que la operación no corresponde a ninguna de las categorías de operaciones anulables. En otros regímenes, el representante de la insolvencia o toda otra persona que pueda impugnar la operación, tal como un acreedor, deberá ser el que pruebe que se cumplen todos los requisitos para la presentación de esa demanda de nulidad. Algunos regímenes permiten que se invierta la carga de la deuda si, por ejemplo, le es difícil al representante de la insolvencia demostrar que el deudor actuó con la intención de defraudar a los acreedores, sin recurrir a indicios externos, hechos objetivos u otras pruebas indirectas de esa intención fraudulenta. La carga de probar la inocencia del deudor suele trasladarse en esos regímenes a la otra parte en la operación impugnada.

2. Anulación: resumen y recomendaciones

- 1) Las disposiciones relativas a la anulación tienen por objeto:
 - a) definir los supuestos en los que determinadas operaciones previas a la apertura de un procedimiento de insolvencia en las que haya intervenido el deudor puedan ser consideradas como efectuadas en perjuicio de los acreedores por su índole fraudulenta o por violar el principio de la igualdad de trato que se ha de dar a los acreedores;
 - b) facultar al representante de la insolvencia para presentar una demanda de anulación de esas operaciones;

- c) abrir alguna vía para la recuperación de sumas en metálico o de bienes que hayan pasado a manos de otras personas a raíz de una operación que haya sido anulada; y
- d) abrir alguna vía para que las obligaciones del deudor nacidas de operaciones que hayan sido anuladas sean privadas de toda ejecutoriedad.

Variante 1

- 2) El representante de la insolvencia podrá presentar una demanda judicial de nulidad respecto de:
 - a) toda operación por la que se trate de frustrar, demorar u obstaculizar el cobro de sus créditos por los acreedores [independientemente del momento en que se efectuó la operación] [si la operación se efectuó dentro del plazo de los [...] años previos a la apertura del procedimiento o con posterioridad a dicha apertura];
 - b) toda operación sin contravalor suficiente que se haya efectuado dentro de los [...] [meses] [años] previos a la apertura del procedimiento [, en un momento en el que el deudor fuera insolvente o de haber incurrido el deudor en insolvencia a resultas de esa operación];
 - c) toda operación tenida por preferencial celebrada con algún acreedor dentro de los [...] meses previos a la apertura del procedimiento [en un momento en que el deudor fuera ya insolvente o de haber incurrido el deudor en insolvencia a resultas de esa operación];
 - d) toda operación sin contravalor adecuado con alguna persona allegada o toda operación de índole preferencial con acreedores, que sea conceptuable como operación “de iniciados”, que se haya celebrado dentro de los [...] [meses] [años] previos a la apertura del procedimiento [, en un momento en que el deudor fuera ya insolvente o de haber incurrido el deudor en insolvencia a resultas de esa operación].

Variante 2

- 2) Otro enfoque posible sería disponer que toda operación de índole preferencial o sin contravalor adecuado sea automáticamente anulada en función únicamente de un plazo definido “como de sospecha”.
- 3) Ese plazo, estatuido con arreglo al párrafo 2), podrá ser prorrogado por el foro competente.
- 4) Todo régimen de la insolvencia deberá definir los elementos que se han de probar para fundamentar una demanda de nulidad, definiendo asimismo toda excepción que sea eventualmente oponible a dicha demanda.
- 5) Respecto de una operación fraudulenta, cabrá adoptar uno de dos enfoques:
 - a) el representante de la insolvencia podrá recurrir a indicios externos, hechos objetivos u otras pruebas indirectas para demostrar la intención fraudulenta del deudor;

b) la otra parte en la operación impugnada deberá probar la motivación inocente del deudor.

6) El régimen de la insolvencia podrá estatuir diversos criterios para subsanar la inactividad del representante de la insolvencia que no presente una demanda de nulidad. Cabría permitir que cada uno de los acreedores o la junta de acreedores presente esa demanda o [otras posibilidades].

7) Toda operación efectuada tras la apertura del procedimiento será nula, salvo que haya sido autorizada por el representante de la insolvencia o por el tribunal, y todo bien o valor transferido a resultas de esa operación será recuperable.

IV. Administración del procedimiento

A. Derechos y obligaciones del deudor

1. Observaciones generales

a) Control de la gestión de la empresa deudora

i) Liquidación

152. Una vez iniciado el procedimiento de liquidación, la conservación de la masa o patrimonio del deudor requerirá la introducción de un juego muy completo de medidas para proteger a la masa no sólo contra las acciones de los acreedores (ver el anterior ...), sino también del propio deudor, o del personal gerente y de los propietarios de la empresa². Por esta razón, muchos regímenes de la insolvencia privan al deudor de todo derecho a administrar o explotar el negocio y designan a un representante de la insolvencia para que asuma todas las responsabilidades y funciones de las que se haya privado el deudor. Cabe citar al respecto el derecho a presentar y defender acciones judiciales en nombre de la masa y el derecho a cobrar todo pago destinado al deudor. Tras la apertura de un procedimiento de liquidación, todo acto del deudor que sea en detrimento de la masa será normalmente nulo.

153. En supuestos en los que se determine que el medio más eficaz para liquidar la masa es vender la empresa como negocio en marcha, algunos regímenes disponen que el representante de la insolvencia deberá ejercer cierta medida de control y supervisión sobre el negocio en su conjunto, pero dejando margen para que el deudor pueda optimizar el valor del patrimonio y vender algunos de sus bienes, para lo que conviene que el deudor siga ejerciendo sus funciones de gestión y asesoramiento. Aboga en favor de este enfoque la conveniencia de aprovechar el conocimiento que el deudor tenga de su empresa, así como del mercado y del negocio a que se dedique, así como también de su propia relación con sus acreedores. Con arreglo a este enfoque, toda transferencia de bienes efectuada por el

² Dado que el régimen de la insolvencia se referirá a negocios explotados por diversos tipos de entidades, ya sea por comerciantes individuales, por sociedades colectivas o por alguna modalidad de sociedad mercantil de responsabilidad limitada, el mantenimiento en funciones del deudor suele suscitar cuestiones como la de la función que pueda o deba asignarse al personal gerente o a los propietarios de la empresa deudora, en las circunstancias del caso. La Guía se refiere, para mayor sencillez, únicamente al “deudor” en supuestos en los que hubiera sido más procedente hablar del personal directivo o de los propietarios de la empresa deudora.

deudor tras la apertura del procedimiento, que no haya ido autorizada por el representante de la insolvencia o por el tribunal, será nula y los bienes que se hayan transferido podrán ser recuperados (ver ...). El representante de la insolvencia tal vez sea responsable de todo acto indebido del deudor durante el período en el que el representante haya de controlar el negocio del deudor.

ii) *Reorganización*

154. En supuestos de reorganización, no existe ningún criterio universalmente aplicable sobre si se debe privar al deudor del control de la empresa o sobre la función que convendría asignarle. En muchos casos, el deudor tendrá un conocimiento directo y profundo de su empresa y del negocio al que se dedique su empresa. Este conocimiento puede ser particularmente importante en negocios individuales o en sociedades colectivas formadas por dos o tres socios, ya que ese conocimiento servirá de base para dar continuidad al negocio y poder adoptar decisiones de gestión a breve plazo. Puede también ayudar al representante de la insolvencia a asumir sus funciones con un conocimiento más cabal y directo del negocio del deudor. Por razones similares, el deudor suele estar en excelentes condiciones para proponer un plan de reorganización a los acreedores o al tribunal. De ser éste el caso, tal vez no proceda desplazar al deudor, aun cuando haya tenido cierta parte en las dificultades financieras del negocio, pues ese desplazamiento restaría incentivos a la actividad empresarial del deudor y le haría más reacio a adoptar riesgos tal vez convenientes, disuadiéndole además de abrir prontamente un procedimiento de reorganización, cuando ese procedimiento sea ya oportuno, lo que restaría probabilidades de éxito a la reorganización.

155. Esa conveniencia de que el deudor siga desempeñando ciertas funciones ha de ser sopesada a la luz de algunas posibles desventajas. Los acreedores tal vez hayan perdido confianza en el deudor a raíz de sus dificultades financieras (y de la función que haya desempeñado el personal de gestión en esas dificultades), por lo que se habrá de restaurar esa confianza para que la reorganización pueda dar resultado. Permitir que el deudor siga dirigiendo el negocio sin someterle a medidas de control adecuadas no sólo agravará esa ruptura de la confianza sino que tal vez antagonice aún más a los acreedores. Si el régimen impuesto es percibido como excesivamente favorable al deudor, los acreedores perderán confianza e interés en el procedimiento, lo que puede llevar a que se desentiendan de su función supervisora de la gestión de la empresa deudora, en supuestos en los que la ley les haya encomendado esa función. La permanencia del deudor en sus funciones puede, por ello, suscitar actitudes conflictivas en el procedimiento, que ocasionarían mayores demoras y costas procesales. El plan de gestión del deudor pudiera ser contrario a los objetivos del régimen de la insolvencia, desconociendo en particular el objetivo de regularizar en lo posible el pago de los acreedores. El éxito de la reorganización tal vez reclame algún cambio de gestión que la dirección actual de la empresa no esté dispuesta a efectuar y requiera una mayor pericia profesional que permita aprovechar el régimen de la insolvencia para sacar a la empresa de sus dificultades financieras. Como factor conexo que habrá de considerarse cabe citar el hecho de que la apertura del procedimiento haya sido voluntaria o involuntaria (pues éste último supuesto sería indicio de cierta hostilidad entre el deudor y sus acreedores).

156. Esas consideraciones conflictivas suelen ser compaginadas de diverso modo por el régimen de la insolvencia. Una solución consiste en atenerse al régimen

propio de la liquidación, por el que se priva al deudor de todo control sobre el negocio y se le sustituye por un representante de la insolvencia. Ahora bien, esa eliminación total de deudor pudiera perturbar la gestión del negocio y la marcha de la empresa en un momento crítico para su supervivencia.

157. Otra solución consistiría en establecer un régimen de gestión compartida entre el deudor y el representante de la insolvencia, por el que este último se encargará de supervisar las actividades del deudor, que deberá, a su vez, recabar la aprobación del representante para toda operación importante, mientras que el deudor dirigirá por sí solo la marcha diaria del negocio. Este arreglo de gestión compartida se vería reforzado si se establece un régimen relativamente estricto que delimite claramente las responsabilidades del representante de la insolvencia y del deudor y dé certeza al curso del proceso de reorganización. Cabría reforzarlo también con medidas que permitan una supervisión adecuada por los acreedores de la buena marcha del dispositivo de gestión compartida. Si así se hace, tal vez convenga prever ciertas medidas que impidan que los acreedores o la junta de acreedores abusen de sus poderes de supervisión para perturbar o ejercer una presión indebida sobre el curso de la reorganización. Tal vez se consiga este propósito exigiendo, por ejemplo, un cierto quórum o mayoría cualificada de los acreedores para toda medida por la que éstos traten de intervenir en la marcha del arreglo de gestión compartida.

158. Para el supuesto de que en el curso de un arreglo de gestión compartida surjan indicios de mala gestión o de apropiación indebida de bienes por parte del deudor o indicios de que la reorganización ha dejado de ser una meta realista, convendría prever la posibilidad de que el foro competente deponga al deudor, obrando a instancia propia o a instancia del representante de la insolvencia, o tal vez incluso de los acreedores o de la junta de acreedores.

159. Una tercera modalidad es la de permitir que el deudor retenga el control pleno de la explotación de la empresa sin que, por lo tanto, el tribunal designe un representante independiente al iniciarse el procedimiento (método denominado del “deudor en posesión”). Este método tiene la ventaja de mejorar las probabilidades de éxito de la reorganización en todo supuesto en el que se pueda uno fiar de que el deudor llevará el negocio con honestidad, y obtenga así la confianza y la colaboración de los acreedores. Sería, no obstante, desventajoso recurrir a este método cuando sea sumamente improbable que la reorganización sea viable, sirviendo únicamente para demorar lo inevitable con el resultado de que se seguirá dispersando y malgastando los bienes, y con el riesgo adicional de que el personal de gestión actúe irresponsable o incluso fraudulentamente durante el período en el que conserve el control de la empresa, comprometiendo así aún más el éxito de reorganización y defraudando la confianza depositada en el deudor por los acreedores. Cabría mitigar esas dificultades adoptando ciertas precauciones como la de nombrar un representante de la insolvencia que supervise la gestión del deudor o previendo alguna vía por la que el tribunal (ya sea a instancia propia o a instancia de los acreedores) pueda sustituir al deudor por un representante de la insolvencia o pueda transformar la reorganización en un procedimiento de liquidación; cabría también dotar a los acreedores de facultades de supervisión adecuadas sobre la empresa deudora. No obstante, la complejidad de todo este procedimiento aconseja someterlo a cuidadoso estudio antes de adoptarlo, no sólo por depender su éxito de una cierta capacidad institucional del deudor para observar con todo rigor un

régimen de buena gestión, sino por depender también su éxito de otros aspectos estructurales del régimen de insolvencia aplicable.

160. A fin de que el deudor pueda observar las obligaciones que le sean impuestas en el marco del procedimiento, ciertos ordenamientos permiten que el deudor contrate a profesionales como contables, abogados, tasadores y toda otra tarea de peritaje que sea necesaria, a reserva de que se le autorice a hacerlo. En algunos ordenamientos, esa autorización le será dada por el representante de la insolvencia, mientras que en otros deberá obtenerla del tribunal o de los acreedores.

161. Cuestiones a resolver:

[A/CN.9/504, párr. 94: Tras deliberar al respecto el Grupo de Trabajo convino en que sería aconsejable hacer una distinción entre el período que transcurra entre la apertura de la insolvencia y la aprobación del plan de reorganización, por una parte, y el período posterior a la aprobación de ese plan, por otra. Se opinó que si bien durante el primer período sería adecuado que la ley definiera el régimen que se había de observar y previera la intervención de un representante independiente, cabría adoptar un marco más flexible, que diera mayor autonomía a las partes, respecto del período ulterior a la aprobación del plan y a lo largo de toda la aplicación de dicho plan, con miras a dar la mayor oportunidad posible al éxito de la reorganización.]

b) Suministro de información

162. Será preciso obtener información respecto del deudor, de sus bienes y obligaciones o deudas, de su situación financiera y de sus negocios en general, con miras a poder efectuar una evaluación independiente y exhaustiva de sus actividades comerciales, particularmente en lo relativo a sus necesidades inmediatas de fondos y de la conveniencia de que se le otorgue financiación tras la apertura del procedimiento, así como sobre las perspectivas de supervivencia a largo plazo del negocio y sobre la competencia del personal de gestión para seguir al frente de la empresa. Para que esa evaluación sea posible, en uno u otro tipo de procedimiento, pero particularmente en un procedimiento de reorganización, será conveniente que el deudor esté obligado a dar a conocer, con continuidad o sin lagunas, los pormenores del negocio y de la situación financiera de la empresa a lo largo de un prolongado período, que se extienda más allá de las primeras etapas del procedimiento. Cabe prever que se faciliten también proyecciones de ganancias y pérdidas; estados de tesorería; datos de comercialización; tendencias del sector; así como toda información relacionada con las causas de las dificultades financieras del deudor, revelándose además la existencia de toda operación financiera que sea susceptible de ser anulada con arreglo al régimen de la insolvencia. Aun cuando tal vez no sea necesario que una ley de la insolvencia enumere exhaustivamente la información que ha de darse, el facilitar una lista podría servir de orientación sobre el tipo de información que se deberá dar. A ese respecto, en algunos regímenes se han preparado formularios normalizados en los que se indican los datos que habrán de darse. Esos formularios han de ser llenados por el deudor (previéndose ciertas sanciones para toda información falsa o que pudiera inducir a error) o por un administrador o persona independiente.

163. A fin de que la información facilitada pueda servir para todas estas finalidades, hará falta que esté actualizada y que sea completa, exacta y fiable, y sería conveniente exigir que la información sea facilitada lo antes posible tras la apertura del procedimiento. Si el deudor cumple como es debido con esta obligación estará restaurando la confianza de los acreedores en su capacidad para seguir dirigiendo el negocio.

164. Si el deudor no es una persona física, la información podrá ser facilitada al representante de la insolvencia por los directivos o miembros del personal gerente de la empresa deudora. Otra posibilidad sería la de exigir que el propio deudor (si se trata de una persona física) o uno o más miembros del Consejo o Junta Directiva de la empresa deudora asistan o se hagan representar en una junta general de acreedores para responder a las preguntas salvo que ello no sea físicamente posible por celebrarse la junta de acreedores en algún lugar distinto de donde estén ubicados los órganos rectores de la empresa deudora.

165. A menudo la información requerida será comercialmente dedicada (tal vez secretos comerciales) por lo que es deseable que el régimen de la insolvencia haya previsto alguna medida de amparo de su índole confidencial a fin de evitar todo abuso de la misma por los acreedores o algún tercero.

166. Para el supuesto de que se mantenga oculta parte de la información requerida será necesario disponer de algún mecanismo por el que se pueda obligar al deudor a facilitar la información pertinente por medio de alguna “investigación oficial” de la empresa deudora ordenada por el tribunal, tal vez a instancia del representante de la insolvencia. El régimen de algunos países prevé la imposición de sanciones penales para los supuestos más graves de ocultación de datos que la empresa deudora esté obligada a facilitar.

167. Además de imponer una obligación explícita de revelar ciertos datos, el régimen de la insolvencia podrá imponer al deudor una obligación más genérica de cooperar con el representante de la insolvencia en el cumplimiento de algunos de sus cometidos.

c) Derecho a ser oído

168. Como medida de amparo de lo que en algunos países se denominan los derechos fundamentales del deudor y a fin de asegurar que el deudor sea tratado con equidad e imparcialidad y de alentarle a colaborar confiadamente en el procedimiento de insolvencia, sería conveniente que se ampare su derecho a ser oído en el curso del procedimiento de insolvencia y a participar de algún modo en las decisiones que formen parte de dicho procedimiento. Ese deber está amparado en convenios internacionales y regionales como puede verse en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976) y en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

169. De preverse que el ejercicio de ese derecho dé lugar a formalidades y gastos que obstaculicen el curso del procedimiento sin reportar beneficio alguno directo al deudor, cabrá limitar ese derecho a aquellos supuestos en los que el deudor desee actuar en defensa de su situación financiera o de algún derecho personal. Puede suceder, por ejemplo, que un deudor, que no se encuentre en el territorio del foro ante el que se esté siguiendo el procedimiento, no responda a ninguna citación que se le haga para comparecer ante el tribunal o ponerse en contacto con el

representante de la insolvencia, lo que haría que su derecho a ser oído, caso de ser absoluto, pueda llegar a ser un grave obstáculo para el curso normal del procedimiento. Por ello, si bien es deseable que se haga todo lo que sea razonable por dar al deudor la oportunidad de ser oído, el régimen de la insolvencia deberá impedir que el ejercicio de ese derecho se transforme en un abuso que obstaculice gravemente el curso del procedimiento.

d) Responsabilidad del deudor

170. Mientras que una empresa sea solvente, su personal de gestión deberá responder ante los propietarios de la empresa y sus relaciones con los acreedores se regirán únicamente por los términos de sus respectivos contratos. Al pasar una empresa a ser insolvente, el eje de la responsabilidad se desplaza hacia los acreedores, que pasarán a ser los verdaderos titulares financieros de la empresa, ya que son ellos los que habrán de soportar el riesgo de toda pérdida adicional en la que incurra la empresa deudora de seguir comerciando. La conducta y la diligencia de los propietarios y del personal de gestión de una empresa es un asunto que depende primordialmente de normas de derecho y de conducta profesional al margen del régimen de la insolvencia. No es aconsejable que el régimen de la insolvencia sea utilizado para remediar las deficiencias de las normas de conducta profesional o de reglamentación legal de la gestión empresarial. Aun cuando el régimen de la insolvencia imponga en ocasiones la obligación de demandar la apertura de un procedimiento de insolvencia en una etapa temprana de la crisis financiera de la empresa (ver “Demanda y declaración de apertura de un procedimiento”). Si los actos o la conducta anterior de las personas vinculadas profesionalmente a la empresa insolvente son causa de pérdida o daño para los acreedores de la empresa (por ejemplo, por razón de fraude o de su comportamiento negligente), tal vez proceda que el régimen de la insolvencia otorgue a los acreedores el derecho a reclamar daños de dichas personas. Para ello se habría tal vez de ampliar el alcance de los poderes de investigación y de examen.

2. Derechos y obligaciones del deudor: resumen y recomendaciones

- 1) Las disposiciones relativas a los derechos y obligaciones del deudor tienen por objeto [...].
- 2) De procederse ya sea a la liquidación ya sea a la reorganización, el deudor tendrá derecho a [ser oído respecto de toda cuestión concerniente al procedimiento] [participar en el proceso decisorio] con tal de que el ejercicio de ese derecho no constituya un abuso del procedimiento que afecte adversamente a la buena marcha del mismo.
- 3) Las obligaciones del deudor, en un procedimiento de liquidación o en un procedimiento de reorganización, deberán ser claramente definidas por la ley. Cabe citar al respecto:
 - a) una obligación general de cooperar con el representante de la insolvencia y de prestarle asistencia en el cumplimiento de sus cometidos;
 - b) una obligación de proporcionar al tribunal, al representante de la insolvencia y, cuando proceda a la junta de acreedores, una información

actualizada, exacta y fiable de su situación financiera y del estado general de sus negocios.

4) Entre la información que deberá facilitar el deudor cabe citar: *[una declaración del activo y del pasivo de la empresa; así como todo dato pertinente relativo a las causas o razones de la situación financiera del deudor, debiéndose revelar toda operación pasada que sea anulable con arreglo al régimen de la insolvencia y [...]].* Entre la información adicional de particular importancia para la reorganización cabe citar: *[una proyección de futuras ganancias y pérdidas; un estado de tesorería; información comercial; tendencias generales del ramo o de la industria considerada].* Esa información deberá ser facilitada lo antes posible tras la apertura del procedimiento.

5) Para el supuesto de que el deudor no facilite la información pertinente, el régimen de la insolvencia deberá haber previsto medidas alternativas para obtener la información requerida. Cabe citar al respecto la posibilidad de que se le imponga al deudor el deber de responder a un interrogatorio sobre el estado de sus bienes y de sus negocios, que correría a cargo del representante de la insolvencia o del tribunal.

6) De ser comercialmente delicada la información que ha de facilitar el deudor, el régimen de la insolvencia deberá amparar el carácter confidencial de esa información.

7) En un procedimiento de liquidación el representante de la insolvencia deberá hacerse cargo de la gestión de la [masa de la insolvencia] [empresa deudora]. Si se determina que la forma más eficiente de liquidar la masa de la insolvencia es vender la empresa como negocio en marcha, el representante de la insolvencia, deberá supervisar el negocio y ejercer un control global sobre la empresa, pero podrá contratar al personal de gestión de la empresa deudora para que le ayude en la gestión del negocio, si ello favorece las probabilidades de éxito del procedimiento.

8) En un supuesto de reorganización, cabrá estructurar la gestión de la [masa de la insolvencia] [empresa] conforme a algún arreglo de gestión compartida concertado entre el deudor y el representante de la insolvencia, por el que se prevea que el representante de la insolvencia asuma la supervisión y el control global de [la masa] [la empresa] y haya de dar su aprobación para toda operación importante, mientras que el deudor se ocupará de la gestión diaria del curso normal del negocio, pero no podrá disponer de los bienes de la masa de la insolvencia ni podrá concertar obligaciones que sean vinculantes para esa masa. El régimen de la insolvencia deberá regular en detalle cómo deberán distribuirse las responsabilidades entre las partes en un arreglo de gestión compartida.

9) Si en el curso de un arreglo de gestión compartida entre el representante de la insolvencia y el deudor, aparecen indicios graves de mala gestión o de apropiación indebida de bienes por parte del deudor o si se observa que la reorganización ha dejado de ser una meta viable, el tribunal podrá privar al deudor de todo poder de gestión, ya sea actuando a instancia propia o a instancia del representante de la insolvencia o de los acreedores o de la junta

de acreedores, o podrá transformar el procedimiento en un procedimiento de liquidación.

B. Derechos y obligaciones del representante de la insolvencia

1. Observaciones generales

171. En los regímenes de la insolvencia se dan diversos nombres a la persona encargada de administrar el procedimiento, a saber, administrador, síndico, liquidador, supervisor, curador, administrador oficial o judicial o comisario. En la presente Guía, por “representante de la insolvencia” se entiende un administrador en sentido amplio, sin distinguir entre las diversas funciones que se pueden desempeñar. El representante de la insolvencia puede ser una persona física o, en algunos ordenamientos jurídicos, una sociedad u otra entidad jurídica propia. Independientemente de que sea nombrado por los acreedores, el tribunal, un departamento u organismo público, una autoridad pública o establecida por ley o por el deudor, el representante de la insolvencia desempeña una función preponderante en lo que respecta a la aplicación efectiva del régimen de la insolvencia, habida cuenta de las potestades que ejerce sobre los deudores y sus bienes y de su obligación de proteger a estos últimos, y su valor y de garantizar que las leyes se apliquen con eficacia e imparcialidad.

172. Dado que es la persona que dispone de más información sobre la situación del deudor, está en condiciones óptimas para adoptar decisiones con conocimiento de causa acerca del procedimiento de insolvencia. Eso no significa que el representante de la insolvencia haga las veces de tribunal, ya que en general correspondería al tribunal dirimir las disputas que surgieran en el curso del procedimiento, y con frecuencia se requiere la aprobación del tribunal en varias etapas del procedimiento. Incluso en los países en que se restringe el papel del tribunal en los procedimientos de insolvencia, la autoridad que normalmente se confiere al representante de la insolvencia tiene un límite.

a) Funciones del representante de la insolvencia

173. En la legislación pertinente con frecuencia se establecen las facultades y obligaciones del representante de la insolvencia en relación con los deudores y sus bienes. Si bien algunas de esas obligaciones pueden estar más relacionadas con la liquidación que con la reorganización, en general pueden consistir en:

- i) actuar como representante de la masa o el patrimonio de la insolvencia³;
- ii) representar en exclusividad el patrimonio de la insolvencia como demandante y como demandado;
- iii) adoptar todas las medidas necesarias para conservar y mantener en buenas condiciones todos los bienes que formen parte del patrimonio de la insolvencia;

³ Véase en el glosario, en la definición de “patrimonio de la insolvencia”, el sentido que se da en la guía al término “patrimonio”.

- iv) registrar los derechos del patrimonio (cuando la inscripción en un registro sea necesaria para que esos derechos prevalezcan sobre los de los compradores que hayan actuado de buena fe);
- v) contratar los contables, abogados, tasadores y demás profesionales que sean necesarios para ayudarlo a cumplir sus obligaciones;
- vi) someter a indagaciones al deudor y a toda persona que haya realizado operaciones con él a fin de investigar sus negocios y de determinar la existencia, el paradero, la magnitud y la situación de todo bien que, a su juicio, deba formar parte del patrimonio de la insolvencia;
- vii) solicitar al tribunal un mandamiento por el que se ordene a una persona la entrega de un bien que forme parte del patrimonio de la insolvencia, o por el que se impida a una persona disponer de un bien de dicho patrimonio;
- viii) examinar y admitir créditos y preparar una declaración sobre los créditos aceptados y los controvertibles;
- ix) atender a las solicitudes razonables de información sobre el patrimonio de la insolvencia o sobre su administración, salvo en los casos en que existan restricciones impuestas por el tribunal;
- x) presentar al tribunal informes periódicos sobre la tramitación del procedimiento. Los informes deberán contener, por ejemplo, detalles sobre los bienes vendidos durante el período de que se trate, los precios cobrados, los gastos de la venta y toda información que el tribunal pueda solicitar o que la junta de acreedores pueda razonablemente necesitar; recibos y desembolsos, y los bienes restantes que se hayan de administrar.
- xi) asistir a las asambleas de acreedores y a las reuniones de la junta de acreedores y presentar informes sobre la administración del patrimonio de la insolvencia. Se puede especificar todo lo que deben contener los informes;
- xii) vender los bienes del patrimonio de la insolvencia al mejor precio que pueda obtenerse razonablemente en el mercado;
- xiii) liquidar el patrimonio sin demora, de manera eficaz y del modo más beneficioso para las diversas partes interesadas en el caso;
- xiv) presentar al tribunal un informe final y dar cuenta de la administración del patrimonio de la insolvencia.

b) Selección y nombramiento del representante de la insolvencia

174. En algunos ordenamientos jurídicos el tribunal escoge, nombra y supervisa al representante de la insolvencia. En otros lo elige, a instancias del tribunal, una determinada oficina o instituto que se encarga de reglamentar la situación general de todos los representantes de la insolvencia. Ese criterio se está aplicando cada vez más en los regímenes de la insolvencia y permite a la autoridad independiente encargada de la designación recurrir a profesionales que cuenten con los conocimientos especializados necesarios para atender a las circunstancias de un caso en particular, ya se trate de la índole del negocio o demás actividades del deudor, la clase de bienes, el mercado en que el deudor realiza o ha realizado operaciones, el

carácter singular de los asuntos del deudor u otra razón especial. Una tercera posibilidad consiste en permitir que los acreedores intervengan recomendando y eligiendo al representante de la insolvencia, siempre y cuando la persona esté cualificada para ejercer esa función en un caso determinado. Recurrir a una autoridad independiente y a la junta de acreedores puede servir para reforzar la imparcialidad y para hacer menos pesada la tarea de supervisión de los tribunales. La decisión de establecer una autoridad independiente encargada del nombramiento dependerá de la existencia de un órgano apropiado que cuente con la infraestructura y los recursos necesarios para cumplir esas funciones.

i) Patrimonio nulo

175. En los casos en que no quedan bienes con que financiar la administración de la insolvencia, habrá que disponer de algún mecanismo para resolver lo que sucederá con el procedimiento. En algunas legislaciones se dispone la terminación inmediata del procedimiento una vez que el tribunal comprueba que no hay bienes; en otros se dispone que no se adopte medida alguna, y en otros se establecen mecanismos para designar a un representante de la insolvencia.

176. En los países en que existe un mecanismo para nombrar a un representante de la insolvencia, éste puede ser un funcionario público o un experto en la materia, elegido de una nómina con objeto de garantizar la distribución justa y ordenada de todos los casos de insolvencia, haya o no haya bienes. En los casos en que no queden bienes, la administración corre a cargo del Estado. Una posible desventaja del sistema de nóminas, por lo menos en los casos en que se cuenta con suficientes bienes para sufragar la administración, es que quizá no garantice el nombramiento de la persona más cualificada para diligenciar un caso determinado. Eso puede depender, naturalmente, de la manera en que se elabore la nómina y de las condiciones que hayan de reunir los profesionales para ser incluidos en ésta. Esa desventaja tal vez no se considere importante cuando no quedan bienes.

c) Condiciones que ha de reunir el representante de la insolvencia

177. El representante de la insolvencia puede proceder de distintos ambientes profesionales; puede ser, por ejemplo, un empresario, un funcionario de una entidad gubernamental especializada o miembro de una agrupación privada de personas cualificadas. Se plantea la cuestión conexa de si el representante de la insolvencia debe ser una persona física, o si también puede designarse una persona jurídica para ejercer esa función. Independientemente de la manera en que se nombre, dada la complejidad de muchos de los procedimientos de insolvencia, es conveniente que el representante tenga conocimiento de la ley, sea imparcial y disponga de suficiente experiencia en cuestiones comerciales y financieras. Si se requieren otros conocimientos o conocimientos más especializados, siempre se puede recurrir a la contratación de expertos. Además de poseer los conocimientos necesarios, tal vez sea conveniente que el representante de la insolvencia posea ciertas cualidades personales que lo hagan una persona idónea, capaz de desempeñar las diferentes obligaciones fiduciarias que le incumban.

178. Con respecto a las condiciones que ha de reunir el representante de la insolvencia, se adoptan diferentes criterios. Entre los requisitos exigidos en los diversos países figuran el de poseer un título universitario y rendir exámenes,

obtener licencia en los casos en que el régimen de concesión de licencias es administrado por una autoridad pública o un colegio profesional, cursos de formación especializada y exámenes de certificación, cierta experiencia (en general se menciona concretamente un número de años) en esferas pertinentes, por ejemplo, las finanzas y el comercio, [*¿otros?*]

179. Al elaborar los procedimientos y establecer los requisitos para el nombramiento conviene tener presente que si se imponen condiciones excesivamente rigurosas que den lugar al nombramiento de una persona altamente calificada, se corre el riesgo de restringir considerablemente el grupo de profesionales considerados idóneos y de aumentar las costas del procedimiento, pero si los requisitos no son muy estrictos no se podrá garantizar la calidad del servicio necesario.

180. En algunos países, los conflictos de intereses derivados de una relación anterior con el deudor, uno de los acreedores, un miembro del tribunal o incluso un competidor del deudor pueden ser motivo suficiente para que una persona quede descartada como representante de la insolvencia. A efectos de fortalecer la transparencia, previsibilidad e integridad del régimen de la insolvencia, el candidato deberá revelar toda circunstancia que pueda dar lugar a un conflicto de esa índole o a la falta de independencia.

d) Obligación de diligencia

181. La norma de diligencia a que debe atenerse el representante de la insolvencia y su responsabilidad personal son factores importantes para dirigir el procedimiento de insolvencia. El representante de la insolvencia actúa como fiduciario en el cumplimiento de sus obligaciones, ya sea como oficial del tribunal en los casos en que es nombrado por éste o de otra forma. Como tal, el representante de la insolvencia puede incurrir en responsabilidad por incumplimiento de esas obligaciones. Para establecer el grado necesario de dedicación, diligencia y aptitud, es preciso adoptar criterios en que se tengan en cuenta las difíciles circunstancias que el representante de la insolvencia debe afrontar al cumplir su mandato.

182. Al respecto se pueden adoptar diversos criterios, si bien todo dependerá de la manera en que se nombre al representante de la insolvencia y de la índole del nombramiento (por ejemplo, si es un funcionario público, cuestión que se abordará más adelante). Se puede exigir al representante de la insolvencia que se rija por un norma que no sea más estricta que aquella por la que se regiría el deudor en el curso de sus actividades comerciales normales en condiciones de solvencia, es decir, la norma aplicable a una persona prudente en esas condiciones. No obstante, algunos países pueden exigir una norma de prudencia más elevada en ese caso, porque el representante de la insolvencia administra los bienes de otra persona, no los propios. Otro criterio consiste en la expectativa de que el representante de la insolvencia actúe de buena fe y con fines legítimos. [*Nota para el Grupo de Trabajo: ¿Hay alguna una diferencia realmente, o es una cuestión semántica?*] También se podría utilizar la norma de diligencia aplicable en lo que respecta a la negligencia. Es necesario aplicar una norma que garantice la competencia del representante de la insolvencia en el desempeño de sus funciones sin que sea demasiado estricta como para promover demandas contra aquél y aumentar el costo de sus servicios.

183. Una manera de abordar la cuestión del costo puede ser exigir al representante de la insolvencia que otorgue una caución o se asegure contra el incumplimiento de sus obligaciones. No obstante, esa solución puede no ser viable en todos los países. Para solucionar esa cuestión puede ser conveniente hallar un término medio entre, por una parte el control de los costos del servicio y, por la otra, la distribución de los riesgos del proceso de insolvencia entre los participantes, en lugar de imputarlos totalmente al representante de la insolvencia por el hecho de que éste disponga de un seguro personal de indemnización.

184. Cuando el patrimonio sufre pérdidas de resultados de los actos de los agentes y empleados del representante de la insolvencia, tal vez sea necesario regular la responsabilidad del representante de la insolvencia por esos actos. En algunos ordenamientos éste no es considerado personalmente responsable, salvo si no ejerce la debida supervisión en el cumplimiento de sus obligaciones.

185. En algunos regímenes de la insolvencia se requiere autorización judicial para que el representante pueda disponer de los contables, abogados, peritos y demás profesionales que necesite para cumplir sus obligaciones. En otras legislaciones no se exige autorización judicial. Es conveniente que el régimen de la insolvencia establezca criterios relativos a la contratación de esos profesionales en función de su experiencia, conocimientos y reputación, así como la necesidad de que sus servicios redunden en beneficio de la masa. En lo que respecta a la remuneración de esos profesionales, algunas legislaciones exigen una solicitud ante el tribunal y la aprobación de éste; otra posibilidad consiste en exigir la aprobación del conjunto de los acreedores. Los profesionales pueden cobrar sus honorarios periódicamente durante el procedimiento o pueden tener que esperar hasta que éste concluya.

e) Sustitución o destitución

186. En caso de fallecimiento, renuncia o destitución del representante de la insolvencia, conviene prever la designación de un sucesor a fin de evitar trastornos en el procedimiento y las demoras que puede ocasionar esa situación. En algunos regímenes de la insolvencia se permite destituir al representante en determinadas circunstancias, por ejemplo, si ha infringido o no ha cumplido las obligaciones jurídicas que le impone el régimen de la insolvencia o si ha demostrado grave incompetencia o negligencia. La destitución puede producirse, según los criterios, por decisión del tribunal adoptada por iniciativa propia o a petición de una parte interesada, o por decisión de una determinada mayoría de acreedores no garantizados. En los casos en que el régimen de la insolvencia prevea la destitución del representante de la insolvencia, tal vez deba abordar también cuestiones relativas a la sustitución y la sucesión de la titularidad o el control, según proceda, de los bienes del patrimonio (véase “La masa de la insolvencia”).

2. Derechos y obligaciones del representante de la insolvencia: resumen y recomendaciones

- 1) Las presentes disposiciones tienen por objeto:
 - a) definir las funciones de la persona que desempeñará un papel preponderante en la aplicación del régimen de la insolvencia;

- b) establecer un mecanismo para el nombramiento de representantes de la insolvencia, lo que comprende indicar las condiciones que éstos han de reunir;
 - c) regular la responsabilidad, la destitución y la sustitución de los profesionales que actúen en el procedimiento de insolvencia;
 - d) [...].
- 2) El representante de la insolvencia puede ser nombrado por:
- a) el tribunal, como medida provisional, para el período comprendido entre la solicitud de procedimiento y la apertura de éste;
 - b) [por el tribunal] [por una autoridad independiente] [sobre la base de una recomendación de la junta de acreedores] al abrirse el procedimiento.
- 3) El representante de la insolvencia deberá reunir determinadas condiciones de aptitud y poseer ciertas cualidades personales. Se podría exigir que fuese una persona idónea, capaz de cumplir las obligaciones fiduciarias que le incumban, independiente e imparcial, con suficiente conocimiento de la legislación mercantil pertinente y experiencia en asuntos comerciales y empresariales.
- 4) Se deberá exigir al candidato que revele toda circunstancia que pueda entrañar un conflicto de intereses o mermar su independencia.
- 5) La ley deberá regular claramente las obligaciones [funciones] [los derechos y obligaciones] del representante de la insolvencia con respecto a los procedimientos de liquidación y reorganización.
- 6) El régimen de la insolvencia deberá regular la cuestión de la responsabilidad del representante de la insolvencia por incumplimiento de sus [obligaciones] [funciones].
- 7) Se deberá regular la sustitución y la destitución del representante de la insolvencia. Éste podrá ser destituido por el tribunal, a solicitud de los acreedores o de la junta de acreedores, o por iniciativa propia, por razones de incompetencia o negligencia, o porque no haya ejercido la diligencia debida en el cumplimiento de sus obligaciones.
- 8) En caso de muerte, renuncia o destitución del representante de la insolvencia, se deberá prever la designación de un sucesor. Si se confiere al representante de la insolvencia la titularidad de la masa, la ley debe regular la sucesión [de la titularidad] [del control] de los bienes de ésta.

C. Financiación posterior a la apertura del procedimiento

1. Observaciones generales

187. El hecho de que la entidad insolvente siga funcionando es fundamental para la reorganización y también es importante si el negocio se ha de vender como empresa en marcha en el procedimiento de liquidación. Para que el negocio pueda seguir funcionando, el deudor debe tener acceso a una corriente de efectivo que le permita sufragar el suministro de bienes y servicios esenciales. Cuando el deudor no dispone de fondos para atender a sus necesidades inmediatas de efectivo, el régimen

de la insolvencia puede reconocer la necesidad de solicitar crédito después de la apertura del procedimiento, disponer la autorización correspondiente y determinar la prelación del derecho de quien conceda ese crédito a obtener reembolso. La cuestión fundamental es el alcance de esa facultad, en particular, los incentivos que el representante de la insolvencia puede ofrecer a un posible acreedor a fin de obtener crédito. En la medida en que la solución adoptada afecte a los derechos de los acreedores garantizados anteriores o a aquéllos que tengan un derecho anterior sobre ciertos bienes, es conveniente que al regularse la financiación posterior a la apertura del procedimiento se establezca un término medio entre la necesidad general de mantener los contratos comerciales rentables, la de proteger los derechos de los acreedores y su grado de prelación y la de reducir al mínimo las consecuencias negativas que socaven la posibilidad de obtener créditos, en particular créditos garantizados.

188. Lo más probable es que tras la apertura del procedimiento se disponga de muy pocas fuentes de financiación. Una de ellas pueden ser los prestamistas anteriores a la insolvencia, que sostienen una relación continua con el deudor y su negocio y pueden anticipar nuevos fondos a fin de tener más probabilidades de recuperar los créditos que ya tenían y tal vez ganar más con las mayores tasas de interés que cobrarán por el nuevo préstamo. Una segunda clase de prestamista será aquél que, sin tener vinculación alguna con el negocio del deudor antes de la insolvencia, actúe motivado únicamente por la posibilidad de obtener más ganancias. El incentivo que tendrán las dos clases de prestamistas es la certeza de que se dará un trato especial al préstamo concedido tras la apertura del procedimiento. Para los prestamistas anteriores a la insolvencia existen otros dos incentivos: la relación continua con el deudor y su negocio y la garantía de que las condiciones del préstamo concedido antes de la apertura del procedimiento no se modificarán.

189. Para obtener crédito después de la apertura del procedimiento y garantizar el reembolso se pueden adoptar diferentes criterios. Se puede otorgar una garantía real sobre bienes no gravados o una garantía real de prelación inferior sobre bienes ya gravados. Si esos incentivos son insuficientes o no se pueden aplicar, en algunos regímenes se dispone la prelación absoluta del reembolso del préstamo frente a los demás acreedores. Eso incluye la prelación de los créditos derivados de la administración de la insolvencia (véase la sección Prioridades en la distribución), que da derecho a cobrar antes que los acreedores no garantizados en general, pero no antes que un acreedor garantizado con respecto a su garantía, o una prelación administrativa privilegiada, es decir, una prelación frente a otros acreedores de la administración de la insolvencia. Otro criterio es conceder a los acreedores posteriores a la apertura del procedimiento prelación sobre todos los acreedores, incluidos los que tengan créditos garantizados (gravamen prioritario). En los países en que se reconoce esa forma de prelación, muy rara vez se otorga sin el consentimiento de los acreedores garantizados que serán desplazados. Por consiguiente, la decisión de solicitar crédito en esos casos no puede estar a cargo únicamente del tribunal, del representante de la insolvencia o de los acreedores no garantizados. En algunos ordenamientos jurídicos existen todas esas opciones.

190. Solicitar crédito comercial no garantizado es esencial en algunos casos para que la empresa pueda seguir funcionando. En muchos regímenes de la insolvencia se autoriza al representante a gestionar ese crédito al descubierto sin la aprobación del

tribunal ni de los acreedores, en tanto que en otros se requiere la aprobación del tribunal o de los acreedores en determinadas circunstancias. Con respecto a las diversas formas de prelación, como la prelación de los créditos de administración, en algunos ordenamientos se confiere la facultad de aprobación al representante de la insolvencia, en tanto que en otros se necesita la aprobación del tribunal o de los acreedores para conceder ciertas formas de prelación.

191. Cuestiones que se han de abordar:

[A/CN.9/504, párr. 126: [...] Se indicó que era necesario hacer una distinción, en cuanto a la obtención de financiación, entre las diversas etapas del proceso de reorganización, como el período posterior a la solicitud de procedimiento y los períodos anterior y posterior al plan de reorganización, de los cuales únicamente el último se abordaría en el plan. Se preguntó si la cuestión de la financiación posterior a la apertura del procedimiento no sería tal vez pertinente también en el caso de la venta de la empresa en el contexto de la liquidación.]

2. Financiación posterior a la apertura del procedimiento: resumen y recomendaciones

- 1) Las presentes disposiciones tienen por objeto: [...].
- 2) El régimen de la insolvencia debe reconocer la necesidad de contraer préstamos con posterioridad a la apertura del procedimiento y lo debe autorizar tanto en el procedimiento de liquidación, en que la empresa se ha de vender en marcha, como en el de reorganización.
- 3) Si el representante de la insolvencia determina que es necesario obtener más crédito para que el deudor o su empresa siga realizando operaciones, el [representante de la insolvencia] [deudor] puede obtener el crédito necesario y dar sus bienes en garantía.
- 4) Para facilitar la obtención de crédito, el régimen de la insolvencia puede permitir que el representante otorgue prelación a un acreedor posterior a la apertura del procedimiento frente a los acreedores no garantizados (prelación administrativa) o a los gastos administrativos (prelación administrativa privilegiada).
- 5) Una garantía real sobre los bienes del deudor para la financiación posterior a la apertura del procedimiento no entraña prelación frente a cualquier otra garantía real existente sobre los mismos bienes, salvo que el representante de la insolvencia obtenga el acuerdo por escrito al respecto del titular de la garantía real otorgada anteriormente.

D. Juntas de acreedores

1. Observaciones generales

192. Una vez iniciado el procedimiento de insolvencia, los acreedores tienen considerables derechos sobre la empresa. Por lo general, esos derechos se salvaguardan mediante el nombramiento del representante de la insolvencia. No

obstante, muchas veces se dispone que los acreedores participen directamente en el procedimiento de diversas formas y por diversas razones. Habida cuenta de que son los más interesados desde el punto de vista económico en los resultados del procedimiento, los acreedores pueden perder la confianza en un proceso en que las principales decisiones sean adoptadas, sin consultarlos, por personas que, al parecer, carecen de experiencia, conocimientos técnicos o independencia suficientes. Además, con frecuencia los acreedores están en condiciones de prestar asesoramiento y asistencia con respecto al negocio del deudor y de vigilar la actuación del representante de la insolvencia y, de esa forma, evitar el fraude, los abusos y gastos excesivos de administración.

193. Cuando los acreedores son numerosos, puede establecerse una junta de acreedores para facilitar su participación en la administración del caso, tanto si se trata de una liquidación como de una reorganización.

a) Participación de los acreedores en el proceso decisorio

194. El grado de participación de los acreedores en el proceso decisorio del procedimiento puede variar. En algunos regímenes el representante de la insolvencia adopta todas las decisiones cruciales sobre cuestiones generales de administración y liquidación que no están en disputa, en tanto que los acreedores desempeñan un papel insignificante y gozan de escasa influencia. Ese criterio puede resultar eficiente si el representante de la insolvencia es una persona experimentada, ya que permite evitar los posibles retrasos y gastos que ocasiona la organización de la participación de los acreedores. Esa modalidad puede ser respaldada por un régimen en que el proceso y sus participantes estén sumamente reglamentados.

195. En otras legislaciones se dispone una mayor participación de los acreedores en el procedimiento. Por ejemplo, en un procedimiento de liquidación los acreedores pueden estar facultados para elegir y sustituir al representante de la insolvencia, aprobar la continuación temporal de la actividad de la empresa a cargo del representante de la insolvencia y aprobar las ventas privadas de bienes y la transformación del procedimiento de liquidación en reorganización. En el procedimiento de reorganización los acreedores pueden realizar tareas como la de controlar las actividades de la empresa (por ejemplo, cuando el régimen permite al deudor ejercer cierto grado de control después de iniciarse el procedimiento) y del representante de la insolvencia y proponer y aprobar el plan de reorganización. También pueden intervenir solicitando o recomendando medidas judiciales, concretamente recomendando al tribunal que la reorganización se transforme en liquidación o que los acreedores entablen una acción de anulación. Los acreedores también pueden controlar la remuneración del representante de la insolvencia.

196. En la liquidación, si bien en general tal vez no sea importante que los acreedores intervengan en el proceso ni en la adopción de decisiones, es conveniente que se les dé la oportunidad de participar, ya que pueden constituir una fuente valiosa de conocimientos especializados y de información sobre la empresa del deudor, particularmente cuando ésta se ha de vender como empresa en marcha. También puede ser conveniente que los acreedores reciban informes sobre la evolución del procedimiento a efectos de promover su confianza en el proceso y su transparencia. En la reorganización el aporte de los acreedores es útil y necesario, ya que en general determinará el éxito del procedimiento.

197. A efectos de tener en cuenta la índole y la magnitud del caso, tal vez sea conveniente aplicar un criterio flexible a la hora de determinar las funciones que ha de desempeñar la junta, en lugar de establecer funciones concretas en cada caso. En general la junta puede desempeñar una función de asesoramiento en el procedimiento de insolvencia. Además, puede tener funciones definidas con respecto al desarrollo del plan de reorganización y, en la liquidación, con respecto a la venta de bienes importantes, y puede participar a solicitud del representante de la insolvencia o del tribunal.

198. Una cuestión importante que tal vez haya que considerar si se permite intervenir a los acreedores activamente en el proceso es cómo superar la apatía de éstos para que se decidan a participar. Esta cuestión se puede abordar teniendo en cuenta los intereses de todas las partes (véanse, por ejemplo, las consideraciones expresadas en la sección Derechos y obligaciones del deudor: control de la gestión de la empresa deudora) y con medidas concretas en relación, por ejemplo, con la elección de los miembros de la junta de acreedores (véase *infra*).

b) Composición de las juntas de acreedores

199. La composición de las juntas de acreedores se regula de diversos modos. Si bien la junta por lo general representa sólo a los acreedores con créditos no garantizados, en algunos regímenes se reconoce que puede haber casos en que se justifique crear, además, una junta de acreedores garantizados. Ese criterio se basa en el hecho de que los intereses de los distintos tipos de acreedores no siempre coinciden y es posible que, con su participación en la junta y su posible influencia en las decisiones de ésta, los acreedores garantizados no siempre favorezcan o satisfagan los intereses de otros acreedores.

200. En otros casos se dispone que las dos clases de acreedores estén representadas en la misma junta. En esos regímenes se considera que, como la junta de acreedores participa en el proceso decisorio y adopta decisiones importantes, no se puede excluir a los acreedores garantizados de la adopción de decisiones importantes que pueden afectar a sus intereses. Otro criterio puede ser no especificar qué acreedores deben estar representados en determinado caso, sino permitir a los acreedores que elijan a sus propios representantes entre los acreedores que estén dispuestos a actuar (para abordar el problema de la apatía de los acreedores, que es bastante frecuente) y prever la ampliación o la reducción de la junta en caso necesario. Cuando hubiera distintas clases de acreedores y la representación fuera demasiado diversa como para conjugar los intereses de todos en una sola junta, como puede ser el caso de los grupos que representan intereses especiales, como los acreedores extracontractuales y los accionistas, se puede disponer que se constituyan diversas juntas que representen diversos intereses. No obstante, es conveniente que ese mecanismo se utilice únicamente en casos especiales a efectos de evitar gastos y la posibilidad de que el mecanismo de representación de los acreedores se vuelva incontrolable.

201. La participación de los accionistas o dueños de la empresa y de los acreedores relacionados con el deudor es una cuestión controvertida, especialmente cuando la junta tenga poder de decisión sobre los derechos de los acreedores garantizados o cuando los accionistas o propietarios tengan vínculos con la dirección de la empresa del deudor. No obstante, habrá casos en que los accionistas no conozcan a la dirección de la empresa ni tengan vínculos directos con ésta, como cuando los

accionistas son inversionistas sin relación ni acceso directos a la dirección de la empresa. En esos casos puede haber razones imperiosas para permitir que los accionistas participen por conducto de su propia junta.

202. Puede surgir un problema análogo en relación con las partes que adquieren los créditos de los acreedores. Esos compradores pueden estar relacionados con el deudor o pueden ser terceros que no tienen derechos especiales sobre la empresa del deudor. Esas compras hechas por terceros pueden dar lugar a problemas relativos al acceso a información confidencial delicada que puede tener valor en el mercado secundario de deudas, en tanto que las compras basadas en información confidencial plantean la interrogante de si el comprador tiene derecho a reclamar el valor nominal original del crédito o sólo la cuantía que pagó efectivamente por él.

203. Para abordar cualquier problema que se pueda presentar se podría establecer cuáles son las partes que no tienen derecho a participar en una junta de acreedores ni aprobar un plan de reorganización.

c) Formación de la junta de acreedores

204. Cuando la ley prevé la formación de juntas de acreedores, a menudo regula también los detalles sobre la forma en que éstas deben constituirse, el alcance y la magnitud de sus obligaciones, sus reglamentaciones y su funcionamiento, concretamente los criterios para poder votar y los poderes correspondientes, el quórum y la dirección de los debates y el relevo y la sustitución de sus miembros. Puede ser conveniente incluir esas disposiciones en el régimen de la insolvencia no sólo para evitar controversias y garantizar la confidencialidad, sino también para establecer procedimientos transparentes y previsibles.

205. Con objeto de facilitar la administración y supervisión de la junta, algunas legislaciones sobre la insolvencia regulan el número de miembros que debe tener, que generalmente es un número impar a fin de evitar empates y de garantizar una mayoría en las votaciones. Cuando la junta representa únicamente a acreedores con créditos no garantizados, algunas veces sólo pueden ser miembros los mayores acreedores no garantizados. Éstos pueden determinarse de diversos modos, por ejemplo, solicitando a los directores de la empresa del deudor que preparen una lista de los mayores acreedores. A fin de garantizar la igualdad de trato de los acreedores, tal vez sea conveniente que puedan formar parte de la junta los acreedores cuyos créditos aún no hayan sido aprobados y los acreedores extranjeros.

206. Los miembros de la junta pueden elegirse de diversos modos. Uno de ellos consiste en que los nombre el representante de la insolvencia, el tribunal o algún otro órgano autorizado. Se puede considerar que ese criterio carece de imparcialidad, de equidad y de transparencia. Los acreedores tal vez no tengan confianza en un régimen que no promueve su participación ni les permite elegir a sus propios representantes y que no sirve para superar el problema generalizado de la apatía de los acreedores. Un criterio que puede servir para promover la confianza y la participación de los acreedores en el proceso es permitirles elegir los miembros de la junta.

207. Puede ser necesario supervisar la labor de la junta para cerciorarse de que cumple su función de representar equitativamente a los acreedores; esa tarea de supervisión puede encomendarse al representante de la insolvencia.

d) Obligaciones de la junta de acreedores

208. La junta puede desempeñar una serie de funciones, como la de vigilar la evolución del caso, consultar con otros participantes en el procedimiento -especialmente el representante de la insolvencia y los directores de la empresa del deudor- y asesorar al representante de la insolvencia acerca de las aspiraciones del conjunto de acreedores respecto de cuestiones como la venta de bienes importantes y la formulación del plan de reorganización. Para desempeñar sus funciones, la junta puede necesitar asistencia administrativa y pericial. Esa cuestión se puede abordar disponiendo que la junta pida autorización al representante de la insolvencia para contratar un secretario y, si las circunstancias lo justifican, consultores y profesionales, con cargo al patrimonio de la insolvencia.

209. La junta actuaría en beneficio del conjunto de acreedores en general, pero no tendría ninguna responsabilidad ni obligación fiduciaria con los dueños de la empresa insolvente. Tal vez sea conveniente exigir que la junta actúe de buena fe y disponer que sus miembros estén exentos de responsabilidad con respecto a los actos que realicen y a las decisiones que adopten como tales, a menos que se demuestre que han actuado indebidamente o que no han cumplido una de sus obligaciones fiduciarias con los acreedores que representan. Al considerar la cuestión de la responsabilidad de la junta, tal vez haya que establecer un término medio entre, por una parte, un grado excesivo de responsabilidad que promueva la apatía de los acreedores y los disuada de participar y, por la otra, un grado insuficiente que pueda dar lugar a abusos y a impedir que la junta funcione con eficiencia como órgano representativo.

e) Votación de los acreedores

210. Cuando las medidas que se hayan de adoptar durante el procedimiento puedan tener una gran trascendencia para el conjunto de los acreedores, es conveniente que todos ellos (no sólo la junta) tengan derecho a recibir notificación de esas medidas y a votar al respecto. Las medidas pueden comprender la elección del representante de la insolvencia en los casos en que la ley dispone que los acreedores tengan esa función, la aprobación del plan de reorganización y otros actos importantes como la venta de bienes valiosos. El procedimiento de votación puede regularse de diversos modos, según la índole de la cuestión sometida a votación. En algunas legislaciones se dispone que se vote en persona en una asamblea de acreedores, en tanto que en otras se dispone que cuando haya un gran número de acreedores o cuando éstos no sean residentes locales, se pueda votar por correo o por poder. También puede ser conveniente reconocer la posibilidad de votar por medios electrónicos.

211. En las legislaciones se regulan de diversos modos los tipos de votaciones necesarias para vincular a los acreedores a las diferentes decisiones. En cuanto a los sistemas de votación, en algunos regímenes se requiere el voto de una supermayoría del valor de los créditos de los acreedores votantes para que la votación sea vinculante para todos los acreedores [*¿con respecto a qué tipos de decisiones?*] y la proporción necesaria para lograr una supermayoría puede ser de tres cuartos o de dos tercios. Otro criterio es exigir la mayoría del número de acreedores votantes, conjuntamente con una supermayoría del valor.

212. En otros casos se distingue entre diversos tipos de decisiones. Algunas veces se exige contar con una mayoría basada en el valor de los créditos para casi todas las

decisiones y una mayoría basada en el valor y el número para decisiones como la elección o destitución del representante de la insolvencia o la contratación de determinados profesionales por parte de éste. En otros países se dispone que es suficiente una mayoría simple para cuestiones como la elección o destitución del representante de la insolvencia. En algunos regímenes también se distingue entre cuestiones que requieren el apoyo de los acreedores garantizados y no garantizados: los acreedores garantizados sólo pueden votar cuando se trata de cuestiones concretas como la elección del representante de la insolvencia y cuestiones que afecten a su garantía.

2. Juntas de acreedores: resumen y recomendaciones

- 1) Las presentes disposiciones tienen por objeto: [...].
- 2) Cuando el deudor tiene un gran número de acreedores puede establecerse una junta de acreedores para facilitar el procedimiento de insolvencia. La junta representará generalmente a los acreedores con créditos [no garantizados] [y garantizados]. Cuando los intereses de los acreedores no puedan estar debidamente representados en una sola junta, se podrá nombrar más de una.
- 3) Tanto si se trata de una liquidación como de una reorganización, la junta de acreedores desempeñará una función general consultiva prestando asistencia al representante de la insolvencia y asesorándolo en cuestiones especializadas. Además de su función consultiva general, la junta debe desempeñar un papel central en determinados aspectos, como la elaboración del plan de reorganización, la venta de bienes importantes y demás cuestiones que le encomiende el representante de la insolvencia o el tribunal.
- 4) Para desempeñar las funciones indicadas en 2), la junta de acreedores podrá asesorarse, previa aprobación del representante de la insolvencia, con especialistas cuyos honorarios se pagarán con cargo a los bienes del patrimonio de la insolvencia.
- 5) Habida cuenta del carácter representativo de la junta, sus miembros deben ser elegidos por los propios acreedores sobre la base de su voluntad de participar. El régimen de la insolvencia puede establecer el número máximo, preferiblemente impar, de acreedores con créditos no garantizados [y garantizados] [con la flexibilidad necesaria para aumentar o disminuir el número de miembros, según las características del procedimiento de que se trate]. [Un mecanismo para elegir a los miembros de la junta sería que los representantes fuesen elegidos por la mayoría de los acreedores presentes en una asamblea de acreedores, en una votación basada en criterios como el valor de los créditos y el número de acreedores.]
- 6) Los miembros de la junta tendrán la obligación de actuar de buena fe. No serán responsables de las medidas que adopten como tales, a menos que se demuestre, por ejemplo, que han actuado en forma fraudulenta o que no han cumplido su obligación fiduciaria con los acreedores. La junta de acreedores no tendrá obligaciones fiduciarias con los accionistas ni con los propietarios de la empresa del deudor.
- 7) Al adoptar decisiones sobre cualquier cuestión, cada uno de los miembros de la junta tendrá un voto y las decisiones se adoptarán por mayoría.

8) Se requerirá el voto del conjunto de los acreedores en general con respecto a [...].

E. Créditos y demandas de los acreedores y su tratamiento

1. Observaciones generales

213. En un procedimiento de insolvencia existen muchos intereses diversos en pugna. En la mayor parte de los casos, los acreedores lo son en virtud de haber entablado una relación jurídica y contractual con el deudor con anterioridad a la insolvencia. No obstante, existen acreedores que no han entablado esa relación con el deudor, como las autoridades fiscales (que intervendrán a menudo en los procedimientos de insolvencia) y los demandantes por responsabilidad extracontractual (cuya participación será, por lo general, menos habitual).

214. Los derechos de esos acreedores se regirán por una serie de leyes distintas. Si bien muchos acreedores tal vez estén en una situación parecida respecto de los tipos de demandas que mantienen sobre la base de derechos jurídicos o contractuales similares, puede que otros tengan demandas superiores o mantengan derechos superiores. Incluso en la misma clase de acreedores, existirán derechos en pugna como los de los acreedores con garantía que tengan mejor garantía que otros. Por esos motivos, las leyes de insolvencia suelen clasificar a los acreedores por remisión a sus demandas, enfoque este que no resulta incompatible con el objetivo de un tratamiento equitativo. Al formular estas categorías, conviene que se logre un equilibrio entre los derechos jurídicos y comerciales de los acreedores basado en la equidad y el carácter comercial razonable de sus posiciones relativas, observando al mismo tiempo el objetivo de la igualdad de tratamiento, salvaguardando las expectativas comerciales legítimas y fomentando la previsibilidad en las relaciones comerciales. Ahora bien, existe un límite de la medida en que pueden alcanzarse esas metas, habida cuenta del equilibrio que resulta deseable en una ley de insolvencia entre esos objetivos en pugna y otras consideraciones de orden público. En la medida en que esos intereses de orden público más amplios pugnan con intereses privados, pueden derivar hacia una distorsión de los incentivos comerciales normales. Cuando se da prioridad a esos intereses públicos, y no se observa la igualdad de tratamiento basada en la clasificación de las demandas, convendría que las razones normativas para establecer esa prioridad se abordaran claramente en la ley de insolvencia. A falta de la igualdad de tratamiento, este enfoque brindará por lo menos un elemento de transparencia y previsibilidad en la esfera de las demandas y la distribución.

215. En los procedimientos de insolvencia, las demandas presentadas por los acreedores cumplen dos funciones ya que, en base a ellas, se determina qué acreedores podrán votar y cómo podrán hacerlo (según la clase de acreedores a la que pertenezcan) y se procede a la distribución. Las legislaciones permiten presentar demandas para el cobro de distintos tipos de créditos. En algunas legislaciones no se admiten, por motivos de orden público, ciertas demandas como las relativas a créditos fiscales extranjeros, créditos derivados de sentencias obtenidas mediante fraude, multas y sanciones, y deudas de juego (véase créditos que se excluyen). A los efectos de determinar la prelación en la distribución del producto del patrimonio en caso de liquidación, se hace por lo general referencia a las categorías en que se

han dividido los acreedores. Además de basarse en esas categorías derivadas de las relaciones comerciales y jurídicas entre el deudor y sus acreedores, los criterios de distribución reflejan también con frecuencia opciones que reconocen importantes intereses públicos.

a) **Acreedores**

216. Los acreedores de un deudor insolvente se agrupan generalmente en las categorías de acreedores garantizados, acreedores con prelación o con créditos preferentes, y acreedores no garantizados u ordinario. En algunos regímenes, se toman en cuenta los empleados como grupo separado de interesados.

i) *Acreedores garantizados*

217. La mayoría de los regímenes de la insolvencia establecen una distinción entre créditos garantizados y no garantizados, dependiendo de la manera en que se hagan valer los derechos de garantía en el procedimiento, particularmente por lo que se refiere a la aplicación de la suspensión. Cuando en la ley de insolvencia se establezca que un acreedor garantizado debe separarse de su garantía, ese acreedor ya no podrá presentar una demanda a menos que haya entregado su garantía o que ésta no cubra totalmente el importe del crédito (es decir, cuando el valor del crédito sea superior al de la garantía material) y el acreedor desee reclamar la parte no garantizada. Cuando la garantía se mantenga para la venta del negocio como empresa que continúa funcionando o en el caso de una reorganización, el acreedor garantizado podrá presentar su demanda. Las demandas de los acreedores garantizados podrán admitirse con carácter provisional cuando existan dificultades para efectuar una evaluación precisa del valor de la garantía en el momento de la apertura del procedimiento (véase Demandas provisionales).

218. Muchos regímenes reconocen los derechos de los acreedores garantizados a gozar de máxima prelación para el pago de las sumas que se les adeudan con cargo a su garantía o al producto de ésta. El método de distribución entre los acreedores garantizados depende del método utilizado para proteger a este tipo de acreedores durante el procedimiento. Si el derecho de garantía se protege preservando el valor de la garantía, el acreedor garantizado dispondrá generalmente de un derecho de prelación sobre el producto de su garantía por un valor equivalente al del crédito garantizado. En cambio, si los derechos de garantía del acreedor garantizado se protegen fijando el valor de la parte garantizada del crédito en el momento de la apertura del procedimiento, el acreedor tendrá por lo general un derecho de prelación sobre el producto general respecto a ese valor.

219. En otros regímenes de la insolvencia se prevé que sobre los derechos de los acreedores garantizados prevalezcan otros derechos como los relativos a reclamaciones por salarios pendientes de pago, créditos fiscales, demandas ambientales y demandas por lesiones personales [*¿otros casos?*]. No obstante, es conveniente que se limiten estos tipos de excepciones a la regla de la máxima prelación a fin de proporcionar seguridad con respecto a la recuperación del crédito garantizado, fomentando así la concesión de créditos garantizados y reduciendo los gastos conexos. Una excepción de otro tipo a la prelación de los acreedores garantizados puede derivarse de los costos relacionados con el procedimiento de insolvencia. Dado que el crédito garantizado se reembolsará directamente con el producto neto de la liquidación del bien pertinente, el acreedor garantizado, a

diferencia de los acreedores no garantizados, no contribuirá a los gastos generales del procedimiento de insolvencia. No obstante, podrá contribuir a otros gastos directamente relacionados con ese procedimiento, como los gastos administrativos relativos al mantenimiento de la garantía. Si el representante de la insolvencia ha destinado recursos al mantenimiento del valor de la garantía, tal vez sea razonable deducir esos gastos por concepto de gastos administrativos. Estas excepciones pueden relacionarse también con las prelacións previstas con respecto a la financiación después de la apertura, donde el efecto, en los derechos de los acreedores garantizados, de cualquier prelación otorgada debería quedar aclarado en el momento en que se obtiene la financiación, particularmente dado que bien puede haber sido aprobada por los acreedores garantizados [*¿otras razones?*].

ii) Créditos derivados de la administración de la insolvencia

220. En los procedimientos de insolvencia se requiere a menudo la asistencia de profesionales y debe contratarse, por ejemplo, al representante de la insolvencia y a asesores del deudor o del representante de la insolvencia. Las actividades de las juntas de acreedores también pueden entrañar gastos, así como la continuación de la actividad empresarial y el propio procedimiento de insolvencia, incluidas muchas o todas las deudas posteriores a la apertura del procedimiento, como las reclamaciones de empleados, los gastos de arrendamiento y créditos similares. Estos gastos de los procedimientos de insolvencia tienen a menudo, al igual que los créditos derivados de todo el proceso administrativo, prioridad sobre los créditos no garantizados, y suelen recibir un trato diferenciado a fin de asegurar que se pague adecuadamente a las partes que intervienen en el procedimiento de insolvencia.

221. No obstante la importancia de proporcionar una remuneración apropiada a los que participan en la dirección del procedimiento de insolvencia, los gastos administrativos pueden tener consecuencias significativas para el valor del patrimonio de la insolvencia. Si bien en cierta medida esas consecuencias dependerán de la estructura del régimen de la insolvencia y su infraestructura de apoyo, puede resultar conveniente examinar la manera de minimizar esos efectos. Un régimen de la insolvencia podría proporcionar, por ejemplo, criterios precisos, aunque flexibles, relativos a esos gastos. En particular, esos gastos podrían tenerse en cuenta en función de su utilidad para aumentar el valor del patrimonio en general en beneficio de todos los interesados, o también podrían permitirse cuando se consideraran no sólo razonables y necesarios, sino también compatibles con los objetivos clave del procedimiento. El carácter razonable del gasto puede determinarse en función de los recursos disponibles para la realización del procedimiento y de sus posibles efectos en ese procedimiento. [Nota al Grupo de Trabajo: *¿Hay ejemplos de leyes que incluyan estos criterios?*]

222. Para realizar esa evaluación pueden adoptarse diferentes enfoques. Una posibilidad consistiría en solicitar la autorización del tribunal antes de efectuar el gasto, o la autorización del tribunal con respecto a todos los gastos que no queden comprendidos en el curso ordinario de los negocios. Una segunda posibilidad podría consistir en confiar la realización de la evaluación a los acreedores para facilitar la transparencia del procedimiento, a reserva de presentar un recurso ante el tribunal en caso de que se impugnara la evaluación de los acreedores.

iii) Acreedores con prelación o con créditos preferentes

223. Las legislaciones sobre la insolvencia atribuyen a menudo derechos prioritarios a ciertos créditos (principalmente no garantizados) cuyo pago debe tener prelación, en consecuencia, sobre el de otros créditos no garantizados y no preferentes (o menos preferentes). Estos derechos de prelación van en contra del principio de la distribución *pari passu* y perjudican en general a las deudas ordinarias no garantizadas al reducir los bienes disponibles para distribución. También pueden promover un debate improductivo sobre la evaluación de los privilegios atribuidos a los diversos tipos de créditos con prelación.

224. Existen varios criterios distintos en cuanto a qué tipos de créditos tendrán prelación y en qué habrá de consistir esa prelación. Los tipos de créditos con prelación que prevén los países varían, pero predominan especialmente dos categorías: por un lado, los sueldos y las prestaciones de los empleados (los pagos de la seguridad social y las pensiones), criterio que generalmente es compatible con la protección especial concedida a los empleados en otras esferas del régimen de la insolvencia (véase más adelante); y por el otro, los créditos fiscales del Estado. El hecho de otorgar prelación a los créditos fiscales puede comprometer la aplicación uniforme de las leyes fiscales y constituir una forma de subsidio estatal que socave la disciplina a la que tiene por objeto dar apoyo un régimen de la insolvencia eficaz. [¿Otros ejemplos?]

225. En algunas legislaciones recientes sobre la insolvencia se ha reducido notablemente el número de estos tipos de derechos con prelación debido a que ha disminuido la aceptación pública de ese trato preferente. En otros países, no obstante, se tiende a incrementar las categorías de deudas con prelación. El mantenimiento de distintas categorías de prelación para muchos tipos de créditos puede complicar los objetivos fundamentales del proceso de insolvencia y dificultar su eficacia y eficiencia. También puede crear injusticias y, en una reorganización, complicar la preparación del plan. Además, cabe recordar que el ajuste en la distribución de prelaciones para crear esas prelaciones no aumentará la suma total de los fondos a disposición de los acreedores. Sólo redundará en beneficio de un grupo de acreedores a expensas de otro grupo. Cuanto mayor sea el número de categorías preferenciales de acreedores con prelación, mayores serán las posibilidades de otros grupos de aducir que ellos también merecen un trato preferencial. Cuanto mayor sea el número de acreedores que reciban un trato preferencial, menores serán los beneficios que reporte.

226. Algunas prelaciones plantean cuestiones que pueden abordarse de manera más adecuada en leyes que no tengan relación con la insolvencia, en lugar de elaborar una legislación sobre la insolvencia para alcanzar objetivos sociales que sólo están indirectamente relacionados con problemas de deudas e insolvencia. Cuando hayan de incluirse prelaciones en una ley sobre insolvencia o cuando existan en otras leyes prelaciones que tengan efectos en el régimen de la insolvencia, es conveniente que esas prelaciones se establezcan claramente o que se haga referencia a ellas en el régimen de la insolvencia. Esto garantizará que este régimen sea por lo menos seguro, transparente y previsible en lo que respecta a sus consecuencias para los acreedores, y permitirá que los prestamistas evalúen con mayor exactitud los riesgos relacionados con los préstamos.

iv) Acreedores ordinarios no garantizados

227. Una vez satisfechos los créditos de todos los acreedores garantizados y con prelación, se prorratea por lo general el saldo entre los acreedores ordinarios no garantizados. Dentro de esta categoría puede haber subdivisiones que prevean la subordinación de algunos créditos. Algunos países dan menor prelación a créditos como las gratificaciones, las multas y sanciones, los préstamos de accionistas y los derechos a créditos no garantizados generales posteriores a la solicitud de procedimiento, mientras que otros países excluyen algunos de esos créditos.

v) *Empleados*

228. En su calidad de componentes esenciales de la empresa, los derechos de los empleados compiten a menudo con los de otros acreedores. Como clase, los empleados tienden a situarse entre los extremos de propietarios y administradores y prestamistas o acreedores, basándose su relación con el deudor en un compromiso implícito de que recibirán una remuneración por su labor y, si trabajan eficazmente, su empleo se mantendrá. Este compromiso está necesariamente condicionado en casos de insolvencia, pero muchos regímenes reconocen su importancia y conceden prelación a los salarios pendientes de pago sobre los derechos de algunas otras clases de acreedores (véase también Tratamiento de los contratos).

229. En un plano más general, la relación de empleo plantea otros problemas que son por lo general difíciles de solucionar y enfrentan los derechos de los empleados con los de otros acreedores, con posibles repercusiones en la disponibilidad y el costo del crédito, especialmente en el caso de empresas de alta intensidad de mano de obra. Algunas de estas cuestiones pueden plantearse en situaciones en que los trabajadores gozan de escasa movilidad laboral, el desempleo es endémico, las prestaciones de jubilación y de seguridad social dependen de la continuación de la actividad comercial de la empresa o están incorporados en el capital del deudor, la red de seguridad social que respalda a los trabajadores es débil y [...].

230. Cuando los sueldos de los empleados están protegidos por fondos especiales (de los empleados), es poco probable que se vea alterado el curso del procedimiento de insolvencia a menos que el fondo que garantiza esos créditos se vea excluido de presentar una demanda en el procedimiento de insolvencia o bien si esa clase de demanda no tiene la misma prelación que la de los empleados. La práctica habitual es que el fondo goce de los mismos derechos que los empleados, al menos con respecto a determinada suma concreta que puede fijarse en términos de cuantía de salarios o semanas de paga.

231. Cuestiones que deberán abordarse:

[Informe del Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia acerca de la labor de su 24º período de sesiones, documento A/CN.9/504, párr. 153: Con respecto al privilegio otorgado a los sueldos y beneficios de los empleados, se observó que prever un régimen de garantía social redundaría en beneficio del patrimonio de la insolvencia, ya que permitiría que esos créditos quedaran excluidos de la distribución de los bienes. No obstante, se aclaró que eso exigiría que la institución de bienestar social que garantizara esos créditos no tuviera la misma prelación que los empleados frente al patrimonio de la insolvencia. Se opinó también que en el proyecto de guía debían señalarse las soluciones a que se recurría en distintos ordenamientos jurídicos.]

vi) *Propietarios*

232. Muchos regímenes de la insolvencia adoptan la regla general de que los propietarios de la empresa no tienen derecho a la distribución del producto de los bienes hasta que se haya pagado íntegramente a los acreedores, que gozan de mayor prelación. Esto puede requerir o no el pago de intereses. La distribución se hace de conformidad con la clasificación de las acciones que prevean el derecho de sociedades y la carta fundacional de la empresa.

vii) *Acreedores emparentados*

233. Otra categoría de acreedores que puede requerir atención especial es la de las personas relacionadas con el deudor, tanto desde el punto de vista familiar como empresarial. Es posible que se justifique un tratamiento especial teniendo en cuenta que es más probable que esas partes se hayan visto favorecidas y tiendan a tener un conocimiento anticipado de las dificultades financieras del deudor y [*¿otras circunstancias?*]. Si bien no encajan exactamente en las categorías de créditos que se excluyen, puede resultar adecuado examinar si conviene tratarlos de la misma manera que a los de otros acreedores o someterlos a tratamiento especial, tal como una subordinación de esos créditos a los de otros acreedores y la inhabilitación del acreedor emparentado para votar con otros acreedores en lo que respecta a la aprobación del plan y otras cuestiones clave.

b) Créditos de los acreedores

i) *Presentación de demandas*

234. Como principio general, sólo pueden presentarse demandas con respecto a deudas en las que se haya incurrido antes de la apertura del procedimiento. El trato que se dé a las deudas en las que se haya incurrido después de la apertura del procedimiento dependerá de la naturaleza de este último y de las disposiciones del régimen sobre la insolvencia: muchas leyes prevén que deben pagarse en su totalidad como gastos del procedimiento.

235. Para presentar demandas pueden utilizarse distintos mecanismos. Muchas leyes imponen a los acreedores la obligación de presentar al representante de la insolvencia (que conforme a las disposiciones sobre reorganización de algunas leyes puede ser el deudor) pruebas de sus créditos para que las examine. Algunas legislaciones prevén un primer paso consistente en que el tribunal o el deudor prepare una lista de acreedores y de las sumas reclamadas. La preparación de esa lista por parte del deudor tiene la ventaja de que los conocimientos que éste tiene de sus acreedores y de sus respectivos créditos permiten al representante de la insolvencia conocer, en esta etapa inicial, el estado de la empresa. Un enfoque alternativo consistiría en que el representante de la insolvencia preparara esa lista, alternativa que podría contribuir a reducir las formalidades relacionadas con el proceso de verificación de las demandas, pero que también podría aumentar los gastos y las demoras. Una vez elaborada la lista, se podría invitar a los acreedores a presentar sus demandas al representante de la insolvencia para fines de verificación. Un mecanismo en virtud del cual los acreedores deban presentar sus demandas al representante de la insolvencia para que éste las verifique puede contribuir a asegurar una distribución adecuada.

236. A fin de garantizar que las demandas se presenten oportunamente y que los procedimientos de insolvencia no se alarguen innecesariamente, puede resultar útil fijar en un régimen de la insolvencia plazos para la presentación de las demandas ante el representante de la insolvencia. No obstante, esto puede perjudicar a los acreedores extranjeros, que en muchos casos tal vez no podrían cumplir los mismos plazos que los acreedores nacionales. Para garantizar la igualdad de trato de los acreedores nacionales y extranjeros, y teniendo en cuenta la tendencia internacional a eliminar la discriminación basada en la nacionalidad del acreedor, tal vez sería posible adoptar un enfoque que permitiera que se presentaran las demandas en cualquier momento anterior a la distribución o que fijara un plazo que pudiera prorrogarse o del que pudiera eximirse al acreedor cuando éste tenga una buena razón para no cumplir con el plazo o cuando ese plazo constituya un impedimento grave para el acreedor. Cuando la demanda se presente tardíamente y se deriven gastos a causa de ello, esos gastos deberán correr por cuenta del acreedor.

237. Para que las demandas puedan presentarse oportunamente, es conveniente que en la legislación sobre la insolvencia se incluyan disposiciones relativas a la debida notificación a los acreedores, tanto nacionales como extranjeros, del comienzo del procedimiento. Con respecto a los acreedores extranjeros, se observa en la Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza, con respecto al artículo 14, que una serie de formalidades requeridas para la notificación de esos acreedores son engorrosas y lentas, por lo que su empleo impediría probablemente la notificación oportuna del procedimiento de insolvencia a los acreedores extranjeros. En la Guía se recomienda que no se sigan esos procedimientos, salvo cuando puedan estar relacionados con una obligación derivada de un tratado internacional (párrafos 106 a 111 de la Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza).

238. Otra cuestión de particular importancia para los acreedores extranjeros es si la demanda debe presentarse en el idioma de la jurisdicción en la que ha comenzado el procedimiento de insolvencia, y si la demanda debe cumplir determinados requisitos legales como los de traducción y protocolización de los documentos. Para facilitar el acceso de los acreedores extranjeros, tal vez convenga determinar si esos requisitos son esenciales o si pueden establecerse requisitos menos rigurosos como en el caso de otros procedimientos formales examinados con respecto al artículo 14 de la Ley Modelo.

239. La mayoría de las legislaciones disponen que todos los acreedores conocidos e identificables tienen derecho a que se les notifiquen las demandas presentadas. La notificación puede efectuarse mediante una comunicación personal o mediante la difusión de avisos en publicaciones comerciales pertinentes. Además, se puede pedir al representante de la insolvencia que prepare una lista de demandas, tanto de las admitidas como de las impugnadas, y que la presente al tribunal o a otro órgano administrativo para facilitar la notificación de los acreedores desconocidos; también puede exigírsele que proporcione información actualizada sobre la admisión o desestimación de demandas impugnadas.

ii) Demandas provisionales

240. Las demandas de los acreedores pueden ser de dos tipos: las demandas en que se exige el pago de determinada suma y aquellas en que no se ha determinado o no

se puede determinar la cantidad adeudada por el deudor. Estas demandas pueden ser contractuales o extracontractuales y pueden derivarse de créditos garantizados o no garantizados. Cuando no se pueda determinar o no se haya determinado el importe reclamado en el momento en que deba presentarse la demanda al representante de la insolvencia, muchas legislaciones prevén que pueda presentarse una demanda provisional o que pueda fijarse provisionalmente su importe. La admisión de demandas provisionales plantea una serie de cuestiones, como la evaluación del crédito y la parte que debe efectuarla (el representante de la insolvencia, el tribunal u otra persona que se designe); la participación de los acreedores provisionales en votaciones sobre cuestiones importantes como la decisión de si se va a proceder a una liquidación o a una reorganización o a aprobar el plan de reorganización (véase Juntas de acreedores); y la cuestión de si, como acreedores minoritarios, pueden quedar vinculados por un plan con el que no estén de acuerdo (véase “Plan de reorganización”).

iv) *Verificación de demandas*

241. El proceso de verificación no consiste únicamente en evaluar la legitimidad de una demanda y su importe, sino también en determinar a qué categoría de crédito corresponde a efectos de la votación y la distribución (por ejemplo, se distingue entre créditos garantizados y no garantizados o entre los créditos previos al procedimiento y los nacidos posteriormente).

242. Muchos regímenes sobre la insolvencia prevén que el representante de la insolvencia verifique las demandas de los acreedores y que los tribunales solucionen las controversias. Puede aducirse, no obstante, que un enfoque que se basa en gran medida en la discreción del representante de la insolvencia puede entrañar demoras o incluso colusión con el deudor, socavando de esa manera la previsibilidad del sistema. Sin embargo, si se adopta este criterio, es conveniente que se requiera que el representante de la insolvencia presente las razones para rechazar una demanda, preferiblemente por escrito. Es probable que este procedimiento aumente la transparencia y posiblemente la previsibilidad del procedimiento de insolvencia. Un segundo enfoque consistiría en disponer que sea el tribunal el que verifique todas las demandas y solucione las controversias. Esto también podría determinar demoras considerables en momentos en que podría resultar fundamental que se garantizara una tramitación rápida y eficiente del procedimiento, y requerirá la utilización de importantes recursos por parte del tribunal.

243. Un enfoque alternativo podría consistir en establecer que las demandas pendientes en el momento de la apertura del procedimiento no requirieran verificación y se admitieran automáticamente a menos que fueran impugnadas. Si se adopta este enfoque, podría ser conveniente combinarlo con un mecanismo destinado a garantizar que todas las partes interesadas dispusieran de información adecuada sobre las demandas admitidas sobre esa base. La admisión automática de las demandas puede evitar muchas de las dificultades que tiene el representante de la insolvencia al principio del procedimiento cuando debe decidir qué acreedores pueden participar y votar en las asambleas celebradas en la fase inicial del procedimiento. La admisión automática de las demandas puede facilitarse estableciendo que las demandas deben presentarse en forma de declaración, como una declaración jurada (*affidavit*), previendo sanciones en caso de fraude. También

podría verse facilitada si se admiten demandas respaldadas por libros de contabilidad correctamente llevados.

244. La admisión de la demanda de un acreedor establecerá el derecho de ese acreedor a asistir a las reuniones de acreedores y el importe por el cual el acreedor tendrá derecho a votar en esas reuniones o a votar en la elección de un representante de la insolvencia o para la aprobación de un plan de reorganización, y la cuantía que el representante de la insolvencia deberá tener en cuenta al efectuar el pago al acreedor en una distribución a los acreedores.

245. Cuando el régimen de la insolvencia permita que se impugne una demanda, también debería indicar cuáles son las partes que tienen derecho a iniciar la impugnación. Algunas legislaciones permiten únicamente al representante de la insolvencia impugnar las demandas, mientras que otras dan también esta posibilidad a otras partes interesadas, incluidos los acreedores. Para evitar una situación en la que los acreedores impugnen un número considerable de demandas, puede resultar conveniente prever un examen final de la lista de demandas de los acreedores en una reunión de acreedores, tras la preparación de la lista. En caso de disputas sobre las demandas, ya sea entre un acreedor y el representante de la insolvencia o entre el deudor y dicho representante, e incluidas las controversias relativas a la garantía en sí o a los derechos de garantía, es esencial disponer de un mecanismo de solución rápida para que el procedimiento pueda avanzar de forma eficiente y ordenada. Si no se pueden resolver las controversias con rapidez y eficiencia, existe el riesgo de que se utilice la posibilidad de impugnar una demanda para entorpecer el procedimiento y provocar demoras innecesarias.

v) *Créditos que se excluyen*

246. Debido a una serie de consideraciones de orden público, un régimen de la insolvencia puede tratar de excluir determinados tipos créditos como los créditos fiscales extranjeros, las multas y sanciones y las deudas de juego.

247. Los créditos fiscales extranjeros se excluyen actualmente en muchos países, y se reconoce por lo general que esta exclusión no viola el objetivo de igualdad de trato de los acreedores nacionales y extranjeros. No obstante esta opinión general, no existen razones imperiosas por las cuales esas demandas no puedan admitirse si un país así lo desea. Cuando se admitan los créditos fiscales extranjeros, podrán tratarse de la misma manera que los créditos fiscales nacionales o los créditos ordinarios no garantizados. En el artículo 13 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza se reconocen estos distintos criterios y se prevé que el requisito de igualdad de trato de los acreedores nacionales y extranjeros no se verá afectado por la exclusión de créditos de seguridad social y fiscales extranjeros o por el hecho de que tengan una prelación igual a los créditos ordinarios no preferentes o una prelación inferior, si los créditos equivalentes en el país tienen una prelación más baja que los créditos ordinarios no preferentes.

248. Cuando las deudas de juego se tratan como créditos que se excluyen, ello se hace por lo general sobre la base de que se derivan de una actividad que es en sí misma ilegal. En lugar de concentrarse en los tipos concretos de créditos que pueden excluirse como ilegales, un régimen de la insolvencia puede excluir, como categoría general, los créditos que se deriven de una actividad ilegal y sean por lo tanto inejecutables.

249. Con respecto a las multas y sanciones, un régimen de la insolvencia puede distinguir entre las que son de índole estrictamente administrativa o punitiva (como las multas impuestas a raíz de la violación de una norma administrativa o penal) y las que son de índole compensatoria. Puede aducirse que la primera categoría debería excluirse sobre la base de que las multas y sanciones se derivan de un delito o infracción del deudor y que los acreedores no garantizados no tienen por qué soportar la carga de ese delito o infracción teniendo que aceptar una reducción de los bienes disponibles para distribución. En cambio, no parece haber ninguna razón imperiosa para excluir la segunda categoría, particularmente en cuanto se relaciona con la compensación de daños sufridos por otra parte, excepto en la medida en que la exclusión también pudiera justificarse como medio de aumentar los bienes disponibles para los acreedores no garantizados. Un criterio alternativo consistiría en admitir créditos basados en multas y sanciones dado que de otro modo no cobrarían nunca [*¿otras razones?*].

vi) *Conversión de créditos en moneda extranjera*

250. La valoración de los créditos es de particular importancia para los acreedores extranjeros que por lo general presentan sus demandas en monedas diferentes de la del país en el que se tramita el procedimiento de insolvencia. Para fines de verificación y distribución, estos créditos se convierten normalmente en moneda nacional. Si la fecha de la conversión se fija en la fecha de apertura del procedimiento de insolvencia y la moneda se devalúa o revalúa en el período anterior a la distribución (que podría ocurrir en una fecha bastante posterior), la cuantía del crédito también fluctuará. Un criterio alternativo consiste en realizar una conversión provisional en la fecha de apertura del procedimiento a los efectos de la votación, y si el tipo de cambio fluctúa más allá de determinado porcentaje en el período anterior a la distribución, puede realizarse la conversión en el momento de la distribución.

vii) *Cesión de créditos*

251. [...]

252. Cuestiones que deberán abordarse:

[Informe del Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia acerca de la labor de su 24º período de sesiones, documento A/CN.9/504, párr. 117: En cuanto a la regulación de los préstamos concedidos por los accionistas, se expresó la opinión de que esos préstamos debían estar sujetos a un régimen que tuviera en cuenta las razones concretas por las que solían concederse esos préstamos, que no serían necesariamente las mismas que en el caso de los préstamos otorgados por otras entidades. Como observación general, se señaló que el proyecto de guía debía informar a los legisladores de las posibles repercusiones que podían tener las disposiciones legislativas a nivel de gestión empresarial.

118. Recibió apoyo considerable la sugerencia de que el proyecto de guía abordara la regulación de las obligaciones mancomunadas en el régimen de la insolvencia. En particular, se sugirió que especificara la forma en que la apertura del procedimiento de insolvencia afectaría al derecho de un acreedor a ejecutar su crédito frente a uno o varios deudores mancomunados que no

fueran los que estaban sujetos al procedimiento. A ese respecto, se opinó también que en el proyecto de guía convendría regular la figura del garante, así como la eventualidad de que éste también fuera insolvente.

119. Se opinó asimismo que el proyecto de guía debería recomendar la reglamentación específica de los créditos no garantizados adquiridos después del inicio del procedimiento de insolvencia, esbozando los distintos enfoques adoptados en diversos ordenamientos jurídicos.]

2. Créditos de los acreedores: resumen y recomendaciones

1) Las disposiciones relativas a los créditos de los acreedores tienen por objeto:

a) establecer que las personas que reclamen el pago de una deuda o de una obligación a un deudor insolvente presenten sus demandas al representante de la insolvencia para que éste las examine;

b) requerir que el representante de la insolvencia examine las demandas y las admita o las rechace, total o parcialmente, y prever mecanismos de apelación con respecto a ese proceso;

c) prever la tramitación de demandas especiales, incluidas las de los acreedores garantizados, los acreedores extranjeros, los acreedores que presenten demandas en moneda extranjera, demandas de intereses y demandas con respecto a obligaciones no vencidas;

d) prever un orden de prelación en el pago de los créditos de los acreedores;

e) prever la aplicación de las mismas normas con respecto a los objetivos arriba mencionados tanto en el caso de una liquidación como en el de una reorganización.

2) Deberá notificarse a todos los acreedores, tanto nacionales como extranjeros, de la apertura del procedimiento y del plazo establecido para la presentación de las demandas. La notificación se practicará de una manera compatible con los requisitos del artículo 14 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza.

3) Las demandas podrán presentarse dentro de determinado plazo con posterioridad a la apertura del procedimiento [notificación de la apertura del procedimiento] o en cualquier momento posterior a la distribución.

4) Para facilitar la tramitación de las demandas, el representante de la insolvencia deberá preparar una lista de acreedores y una exposición de los fundamentos de las demandas.

5) Cada acreedor [no garantizado] [y garantizado] tendrá derecho a presentar una demanda contra el patrimonio de la insolvencia [dentro de los [... días] posteriores a la apertura del procedimiento de insolvencia] [en cualquier momento anterior a la distribución]. Cuando en un régimen de la insolvencia se establezca un plazo para la presentación de demandas, el

tribunal deberá estar facultado para conceder prórrogas o exoneraciones de ese plazo. Los créditos de los acreedores extranjeros deberán tratarse de la misma manera que cualesquiera otros créditos. Los créditos de los acreedores garantizados sólo deberán presentarse cuando el acreedor haya entregado su garantía o cuando ésta no cubra totalmente el importe del crédito (es decir, cuando el valor del crédito sea superior a la garantía material) y el acreedor desee reclamar la parte no garantizada.

6) Podrán excluirse determinados créditos, entre los que podrán figurar los derivados de actividades que son ilegales (como deudas de juego) y [los créditos en divisas], [las multas y sanciones], [¿otros?].

7) Un acreedor podrá entablar una demanda presentando prueba de su crédito al representante de la insolvencia en forma de una [declaración] [declaración jurada (*affidavit*)].

8) El representante de la insolvencia admitirá o rechazará cualquier crédito total o parcialmente o bien los créditos podrán admitirse automáticamente [sobre la base de documentos contables] a menos que sean impugnados por [un acreedor] [el representante de la insolvencia]. Cuando el representante de la insolvencia rechace un crédito, deberá exponer las razones de ese rechazo. Los acreedores cuyos créditos hayan sido rechazados o impugnados tendrán derecho a apelar ante el tribunal.

9) Los créditos por valor indeterminado, los créditos garantizados y los créditos impugnados deberán admitirse provisionalmente a la espera de la evaluación del crédito o la garantía y la solución de la controversia por el tribunal. La evaluación de un crédito puede ser realizada por el representante de la insolvencia o por el tribunal. Los acreedores tendrán derecho a apelar la evaluación ante el tribunal.

10) La admisión del crédito de un acreedor establece:

a) el derecho del acreedor a asistir a las reuniones de acreedores y el importe por el cual el acreedor tiene derecho a intervenir en las votaciones de una reunión de acreedores de un deudor insolvente o a votar en la elección de un representante de la insolvencia o para la aprobación de un plan de reorganización; y

b) el importe que el representante de la insolvencia debe tener en cuenta al realizar el pago al acreedor en una distribución a los acreedores.

11) Derecho de compensación.

12) Créditos de iniciados y accionistas.

V. Liquidación y distribución

A. Prioridades en la distribución

1. Observaciones generales

253. La distribución del producto del patrimonio se realizará generalmente de acuerdo con la clasificación de los acreedores en categorías y las diferentes prioridades adjudicadas a esas categorías.

254. Cuando existan varias categorías con diferentes prioridades, se pagará íntegramente a los acreedores con mayor prelación antes de pagar al siguiente grupo por orden de prelación, y así sucesivamente. Cuando se llegue a un nivel de prelación para el que no queden fondos suficientes para pagar íntegramente a todos los acreedores de esa categoría, se prorrateará entre ellos la suma restante. En algunos regímenes que no prevén distintos grados de prelación, cuando no hay fondos suficientes para el pago íntegro, el prorrateo se hace entre todos los acreedores.

255. En los procedimientos de reorganización, puede ser conveniente supeditar la confirmación del plan a que los acreedores con prelación cobren íntegramente sus créditos, a menos que dichos acreedores convengan otra cosa. En el plan de reorganización podrán proponerse prioridades de distribución distintas de las previstas por la legislación, siempre y cuando los acreedores que voten sobre el plan aprueben esa modificación.

2. Distribución: resumen y recomendaciones

- 1) Estas disposiciones tienen por objeto: [...].
- 2) Con la suma disponible para los acreedores se pagarían, por el siguiente orden:
 - a) [los créditos garantizados];
 - b) los gastos y remuneraciones que se deriven del nombramiento, de las obligaciones y de las funciones del representante de la insolvencia;
 - c) los gastos administrativos;
 - d) [otros créditos aprobados].
- 3) Los créditos pertenecientes a cada una de estas categorías gozan, entre ellos, de idéntico grado de prelación. Una vez pagados íntegramente todos los créditos de la primera categoría, se pasa a la siguiente, y así sucesivamente. De no disponerse de fondos suficientes para pagarlos en su totalidad, se pagan proporcionalmente.

B. Exoneración

1. Observaciones generales

256. Una vez realizada la distribución, es probable que algunos acreedores no hayan cobrado íntegramente sus créditos. Un régimen de la insolvencia deberá examinar si estos acreedores siguen teniendo un crédito pendiente contra el deudor o, por el contrario, si el deudor queda liberado o “exonerado” de estos créditos residuales.

257. Cuando la entidad insolvente sea una sociedad de responsabilidad limitada, la cuestión de la exoneración después de efectuada la liquidación no se plantea; la

legislación preverá la desaparición de la entidad jurídica o, de lo contrario, la entidad simplemente continuará existiendo como una mera estructura sin bienes. Los accionistas no se responsabilizarán de los créditos residuales y la cuestión de su exoneración no se planteará. No obstante, esa cuestión sí se plantea y deberá abordarse en el contexto de una reorganización. Si la entidad comercial adopta una forma diferente, como una persona (propiedad única), un grupo de personas (una sociedad), o una entidad cuyos propietarios tengan responsabilidad ilimitada, se planteará la cuestión de si esas personas siguen siendo responsables de los créditos no reembolsados tras la liquidación.

258. Los regímenes de la insolvencia adoptan distintos enfoques con respecto a la cuestión de la exoneración. En algunos de ellos, el deudor sigue siendo responsable del pago de los créditos no reembolsados, a reserva de cualesquiera disposiciones legales en cuanto a limitaciones. Este tipo de norma hace hincapié en el valor de la relación entre el deudor y el acreedor: la continua responsabilidad del deudor después de la liquidación sirve tanto para moderar el comportamiento financiero del deudor como para alentar al acreedor a proporcionar financiación. Otros regímenes prevén la exoneración completa de un deudor honesto no fraudulento inmediatamente después de la liquidación. Este criterio hace hincapié en el beneficio del “nuevo comienzo” que entraña una exoneración y a menudo está destinado a fomentar el desarrollo de una clase empresarial. También constituye un reconocimiento de que el sobreendeudamiento es una realidad económica actual. Un tercer enfoque procura lograr una solución de avenencia: se otorga la exoneración después de transcurrido cierto período con posterioridad a la distribución, durante el cual se espera que el deudor realice un esfuerzo de buena fe para cumplir con sus obligaciones.

259. En algunas circunstancias, puede resultar conveniente limitar la posibilidad de la exoneración. Esta limitación podría establecerse, por ejemplo, cuando el deudor haya actuado en forma fraudulenta, haya estado implicado en actividades delictivas, haya violado leyes laborales o ambientales y [*¿otras circunstancias?*]. En algunos de los países en los que se concede la exoneración, pueden excluirse determinadas deudas, como las derivadas de acuerdos de mantenimiento, fraude, multas impuestas por los tribunales e impuestos. También pueden imponerse condiciones al deudor, tanto durante el procedimiento o como condición para la exoneración, ya sea a modo de recomendación del representante de la insolvencia o del tribunal. Entre esas condiciones pueden figurar restricciones a la posibilidad de obtener nuevos créditos, abandonar el país o realizar actividades comerciales durante cierto período de tiempo. Otras limitaciones se relacionan con el número de veces que puede exonerarse a un deudor. En algunas jurisdicciones, la exoneración es un acontecimiento único; en otras hay un plazo de espera de, por ejemplo, diez años antes de que el deudor pueda tener derecho a una nueva exoneración o incluso iniciar un procedimiento de insolvencia que pueda conducirlo a una nueva exoneración.

260. Una cuestión que debe tenerse en cuenta al examinar la exoneración de personas dedicadas a una actividad comercial es la intersección del endeudamiento comercial con el endeudamiento del consumidor. Reconociendo que se adoptan enfoques diferentes con respecto a la insolvencia de las personas físicas (en algunos países una persona física no puede declararse en quiebra, en otros existe el requisito de que la persona haya actuado en calidad de “comerciante”) y que muchos países

no poseen un sistema avanzado en lo relativo a la insolvencia del consumidor, una serie de países cuentan con regímenes de la insolvencia que procuran distinguir entre aquellos que son simplemente deudores consumidores y aquéllos cuyas obligaciones se derivan de pequeñas empresas. En muchos casos, por ejemplo, los créditos personales se utilizan para financiar pequeñas empresas ya sea como capital inicial o como fondo de operaciones, y puede resultar difícil separar las deudas en categorías claras. Por esa razón, cuando un ordenamiento jurídico reconoce las deudas comerciales y las deudas de los consumidores individuales, no son viables normas relativas a las deudas comerciales de las personas que difieran de las normas aplicables a las deudas de los consumidores.

2. Exoneración: resumen y recomendaciones

1) Cuando un régimen de la insolvencia permite la insolvencia de las personas que se dedican a la actividad comercial, debe prever la exoneración del deudor tras la liquidación. Esa exoneración debería [ser completa e inmediata cuando el deudor sea honesto y no haya realizado operaciones fraudulentas] [estar sujeta a determinadas limitaciones temporales] [*¿otras disposiciones?*].

VI. Planes de reorganización

1. Observaciones generales

261. Los regímenes de la insolvencia pueden regular diversos detalles de la formulación del plan de reorganización, como su índole o forma, el momento en que debe prepararse, quién está capacitado para prepararlo, qué debe figurar en él, cómo debe aprobarse y qué efectos tiene.

262. Las funciones de los planes de reorganización varían según los distintos tipos de procedimiento. Por ejemplo, el plan puede ser la etapa final del procedimiento de reorganización, en que se dispone el pago de un dividendo íntegro y la liquidación definitiva de todas las deudas (lo que se denomina también transacción o plan de avenencia), o puede proponerse en la apertura del procedimiento a fin de determinar la forma en que ha de tratarse al deudor y a la empresa durante el período de reorganización, como si fuera un plan de explotación comercial, así como los dividendos previstos y las fechas de pago. También se prepara una especie de plan de reorganización durante un procedimiento de liquidación en que ha de venderse la empresa como negocio en marcha. Ese plan se parecería mucho a un plan de explotación comercial y en él no se abordaría ningún asunto vinculado a la distribución, puesto que eso se regiría por el régimen de la insolvencia.

a) Índole o forma del plan

263. El objetivo de la reorganización es que los acreedores obtengan el máximo rendimiento y se logren mejores resultados que en el caso de la liquidación de la empresa. Al intervenir diversas partes en ese procedimiento, cada una puede tener opiniones distintas acerca de cómo alcanzar ese objetivo, por ejemplo, conservando las relaciones comerciales con un cliente o proveedor importante, sin exigir un reembolso rápido, y tolerando diversos grados de riesgo. Algunos acreedores pueden

preferir una participación en el capital social de la empresa y otros no. Lo característico es que en un caso dado pueda escogerse entre una amplia variedad de opciones; en consecuencia, si se adopta un criterio prescriptivo respecto de esa variedad de opciones o de las posibilidades de escoger en un caso particular, probablemente se socave el objetivo de maximizar el valor de los bienes. Conviene, por ejemplo, que el régimen no permita sólo un plan encaminado a rehabilitar completamente al deudor, ni estipule que no podrán anularse las deudas, ni disponga que se pueda pagar una cuantía mínima a los acreedores. Es aconsejable que las fuerzas del mercado determinen cuál es la solución comercial más apropiada.

264. Convendría establecer algunos límites, por ejemplo, que la prelación que se conceda a los acreedores en el procedimiento de liquidación se mantenga en el de reorganización y que el plan no perpetúe la insolvencia de la empresa y no haga que vuelva al mercado en esas condiciones. Un régimen menos restrictivo tendría la flexibilidad suficiente para permitir que se escogiera la opción más adecuada (para una entidad determinada) de un abanico de posibilidades. En algunas leyes de insolvencia se enumeran algunas de esas posibilidades, aunque sin excluir las demás. Las posibilidades abarcan un mero concordato (acuerdo para pagar a los acreedores un porcentaje de sus créditos), la continuación de la actividad comercial de la empresa y la posibilidad de venderla como negocio en marcha (y la liquidación ulterior, la transferencia de una parte o de la totalidad del patrimonio a una o más entidades existentes o futuras, una fusión o concentración de la empresa con una o más entidades, una forma compleja de reestructuración de la deuda y del capital social o alguna otra solución.

b) Elaboración del plan

265. Dos aspectos importantes para tener en cuenta al elaborar un plan de reorganización son en qué etapa del procedimiento se debe preparar y qué parte asumirá la tarea de hacerlo. Cada uno de esos aspectos puede enfocarse de distintas maneras.

266. Respecto del primer aspecto, el criterio que se adopte depende de la finalidad o el objetivo de una reorganización en particular. En algunas legislaciones se adopta el criterio de que el plan de reorganización forma parte de la solicitud del procedimiento de reorganización (en cuyo caso la solicitud puede denominarse “propuesta” de reorganización), en tanto que en otras se prevé que el plan se prepare tras la apertura del procedimiento de reorganización. Una posible dificultad de prepararlo antes de la apertura del procedimiento es que, si no se consulta a los acreedores y demás partes interesadas el plan quizás no se podría ejecutar, lo que entorpecería y retrasaría el procedimiento.

267. Respecto del segundo aspecto, puede ser que la responsabilidad principal de preparar el plan recaiga en las distintas partes que intervienen en el procedimiento de reorganización, lo que dependerá de la manera en que se formule el régimen de la insolvencia y, en particular, de las funciones que se encomienden al representante de la insolvencia, al deudor y a los acreedores. En algunos regímenes estas partes tienen la obligación de cooperar efectivamente en la elaboración del plan. Al determinar a qué parte incumbirá la responsabilidad primordial de hacerlo, es conveniente que se establezca un término medio entre la libertad de cada una para elaborar el plan y las restricciones que entraña forzosamente el proceso en lo que respecta a exigencias en materia de aprobación (votación), plazos de preparación,

modificaciones del plan y demás consideraciones de procedimiento. Es más probable que se logre ese término medio si se adopta un criterio flexible, en lugar de hacer hincapié en la reglamentación, si bien sería conveniente abordar esas cuestiones de alguna manera en aras de la eficacia, la certidumbre y la previsibilidad.

268. En algunos casos corresponde al deudor la tarea de preparar el plan de reorganización. Esa modalidad puede tener la ventaja de alentar a los deudores a recurrir pronto al procedimiento de reorganización y de aprovechar al máximo el conocimiento de la empresa por parte del deudor, que puede saber qué medidas son necesarias para que su empresa vuelva a ser viable (aunque tal vez haya que conciliar la libertad otorgada al deudor con la necesidad de que éste y su propuesta se granjeen la confianza de los acreedores). La oportunidad que se ofrece al deudor puede ser exclusiva o valer para un determinado plazo, y se puede dar al tribunal la posibilidad de prorrogar ese plazo si eso resulta beneficioso para el procedimiento de reorganización. Cuando haya que elaborar el plan antes de la apertura del procedimiento, sólo el deudor podrá hacerlo, habida cuenta de que los acreedores carecerían de información y de posibilidades de organización para emprender esa tarea y de que todavía no se habría nombrado al representante de la insolvencia.

269. Dado que el plan sólo prosperará si es aprobado por la mayoría requerida de acreedores, existe siempre el riesgo de que la reorganización fracase si el plan presentado por el deudor no es aceptable. Por ejemplo, es posible que los acreedores sólo estén dispuestos a aprobar un plan que prive a los accionistas del deudor de la participación dominante en el capital social de la empresa y quizás impida también a sus directivos seguir ocupándose de la gestión. Si el deudor es el único que puede preparar el plan y se niega a aceptar condiciones de esta índole, se corre el riesgo de que fracase la reorganización y que con ello se perjudique a los acreedores, a los empleados y a la empresa insolvente. Para evitarlo, algunas legislaciones disponen que si el deudor no presenta un plan aceptable, antes de que concluya un período de exclusividad, los acreedores podrán proponer otro (lo que podría estar a cargo de una junta de acreedores (véase “Juntas de acreedores”). Esta opción puede crear condiciones propicias para que las partes acepten una solución de transacción.

270. Una tercera modalidad consiste en dar al representante de la insolvencia la posibilidad de preparar el plan, en vez de encomendárselo al deudor o a los acreedores o para complementar el plan que preparen éstos. Dado que el representante de la insolvencia habrá tenido la ocasión de llegar a conocer bien la empresa del deudor, estará en condiciones de determinar qué medidas se necesitan para que aquélla sea viable. La importancia de dar participación al representante de la insolvencia o a los acreedores depende de la formulación de la ley. En circunstancias en que la aprobación por la mayoría requerida de acreedores sea un requisito necesario para que el plan tenga efecto, tendrán mayores probabilidades de ser aprobados los planes que comprendan propuestas aceptables para los acreedores que los que no cumplan esa condición. Esta consideración no será pertinente si la ley dispone que la aprobación de los acreedores no es necesaria o que el tribunal puede dictar una medida que la deje sin efecto. Si bien es posible dar a diversas partes la oportunidad de preparar un plan, por lo general no es aconsejable que se elaboren varios planes simultáneamente. Aunque eso puede complicar el procedimiento y hacerlo menos eficaz, en algunos casos puede propiciar también la elaboración de un plan que goce de la aceptación de todos.

271. Algunas legislaciones disponen que el tribunal debe tomar en consideración las opiniones de un tercero sobre el plan, por ejemplo, de organismos gubernamentales y sindicatos. Si bien en casos determinados eso puede contribuir a la elaboración de un plan aceptable, el trámite también puede prolongar el proceso y tal vez sólo resulte conveniente si puede redundar en beneficio del caso de que se trate, si está sujeto a una cuidadosa supervisión y si se establece un plazo determinado.

c) Contenido del plan

272. Las leyes de la mayoría de los países exigen que en el plan de reorganización se informe suficientemente y con claridad a todas las partes sobre la situación financiera de la empresa y sobre la renegociación de los derechos jurídicos que se proponga en plan. La información sobre la situación financiera del deudor puede abarcar exposiciones sobre el activo y el pasivo y la corriente de efectivo; información detallada sobre las propuestas exactas incluidas en el plan; datos concretos sobre lo que percibirían los acreedores (y por qué percibirían más que en una liquidación), y cómo podría mantener la empresa sus operaciones comerciales y reorganizarse satisfactoriamente. La información relativa a las propuestas que se incluyen en el plan puede abarcar: pormenores de la distribución de fondos; el mantenimiento en vigor o la rescisión de contratos no cumplidos en su totalidad o de arrendamientos no vencidos; la liquidación de los créditos; la venta del bien dado en garantía; el pago de un dividendo mínimo a los acreedores; el procedimiento de divulgación y aceptación; el derecho a que los acreedores con créditos impugnados participen en el proceso de votación y disposiciones para regular los créditos impugnados, y los derechos de voto y poderes de los iniciados (“insiders”), es decir, de las personas que disponen de información de primera mano sobre la empresa. El suministro de esa información coadyuva a la consecución del importante objetivo de transparencia y a ganarse la confianza de los acreedores en el proceso. Sin embargo, tal vez haya que conciliarlo con las cuestiones de confidencialidad que plantea el acceso de los acreedores a información potencialmente confidencial de carácter financiero y comercial relativa al deudor, aun cuando esa información llegue a ser de dominio público, en último término, una vez que el plan sea aprobado por el tribunal.

273. La cuestión del contenido del plan se relaciona estrechamente con todo lo referente a su aprobación y efectos. El resultado del plan depende de su viabilidad, es decir, de si es posible que, a partir de hipótesis razonables y de información y circunstancias conocidas, el plan y el deudor puedan salir adelante. Al pronunciarse sobre un plan, los acreedores deben tener la certeza de que éste es viable y de que no se basa, por ejemplo, en hipótesis erróneas, ni deja al deudor agobiado de deudas. Para facilitar esa evaluación, el plan puede ir acompañado de un informe de un profesional idóneo en que se describan de forma fidedigna y objetiva las medidas propuestas en el plan. Si las opiniones de los acreedores no concuerdan con el dictamen del perito, podrían tenerse en cuenta ambas posiciones, ya sea al votar sobre el plan, mediante un mecanismo que permita modificarlo, o por conducto del tribunal cuando confirme el plan (en los casos en que esta etapa forme parte del procedimiento).

274. El contenido del plan plantea también problemas de conflictos con otras leyes. Por ejemplo, si el derecho de sociedades de un país no permite la

transformación de deuda en capital social, no podrá aprobarse ningún plan que prevea tal medida. Dado que la conversión de la deuda en capital social puede ser una característica importante del proceso de reorganización, sería necesario eliminar la prohibición para poder incluir esa medida en el plan y aprobarla. Del mismo modo, si el plan se limita a condonar la deuda o a prorrogar las fechas de vencimiento, es posible que no reciba de los acreedores el apoyo suficiente para prosperar. En algunos casos de insolvencia se plantean cuestiones igualmente claras y poco polémicas sobre la relación entre el régimen de la insolvencia y otras leyes. En cambio, en otros casos pueden surgir problemas más complicados, como la limitación de las inversiones extranjeras y los controles de los tipos de cambio (especialmente en los casos en que muchos de los acreedores no sean residentes), o los derechos de los empleados en la legislación laboral cuando, por ejemplo, la reorganización pueda requerir la modificación de los convenios colectivos, o cuestiones relacionadas con las leyes tributarias. En determinadas circunstancias, algunos regímenes de la insolvencia disponen que queden sin efecto ciertas limitaciones previstas en otras leyes; es aconsejable, entonces, que por razones de transparencia y previsibilidad, la cuestión de la relación con otras leyes se trate de forma explícita.

d) Aprobación y efectos del plan

275. Al redactarse las disposiciones legales que regulen la aprobación del plan y sus efectos deben ponderarse factores diversos. Por una parte, puede ser conveniente prever la forma de imponer a una minoría de acreedores disconformes un plan acordado por mayoría, a fin de que la reorganización tenga más probabilidades de prosperar. En la medida en que un plan aprobado pueda imponerse a los acreedores que no hayan dado su beneplácito, puede ser necesario prever en él una protección adecuada de los acreedores disconformes y, en particular, velar por que sus derechos no se vean socavados injustamente. Por otra parte, si el procedimiento de aprobación causa un perjuicio notable a los derechos de los acreedores sin el consentimiento de éstos (en particular de los acreedores garantizados), existe el riesgo de que más adelante no estén dispuestos a conceder crédito.

i) Créditos garantizados y con prelación

276. En muchos casos, los créditos garantizados representarán una proporción importante del valor adeudado y la aprobación del plan por los acreedores garantizados y con prelación puede regularse de distintos modos. Según una de las modalidades, cuando la ley garantiza que el plan aprobado no impedirá a los acreedores garantizados ejercer sus derechos, en general no es necesario dar a esos acreedores el derecho de voto, ya que el plan no perjudicará sus intereses. Con este tipo de disposiciones los acreedores con prelación se encuentran en una situación similar, en el sentido de que el plan no puede menoscabar el valor de sus créditos ni su derecho a cobrarlos íntegramente. Esta modalidad tiene el inconveniente de que puede reducir las probabilidades de éxito de la reorganización, particularmente cuando los bienes dados en garantía de los créditos sean de importancia vital para el éxito del plan: si el plan no obliga a un acreedor garantizado, o si prevé que se satisfagan íntegramente sus créditos, la decisión de éste de ejercitar sus derechos puede impedir la ejecución del plan. Del mismo modo, en determinadas circunstancias, la única forma en que el plan puede prosperar es si se prevé que los acreedores con prelación perciban un valor inferior al de sus créditos.

277. A fin de resolver algunas de esas dificultades, ciertos países permiten que los acreedores garantizados y los que tengan prelación voten por separado, como categorías distintas de acreedores, cuando se trate de un plan que pueda menoscabar el valor de sus créditos, o que accedan a quedar vinculados por el plan de alguna otra manera. Al crearse esas categorías de acreedores, se reconoce que sus respectivos derechos e intereses difieren de los de los acreedores sin garantía. Si tanto los acreedores garantizados como los que gozan de prelación votan mayoritariamente a favor, quedarán vinculados por el plan. En esas circunstancias, las legislaciones suelen requerir que los acreedores disconformes tengan derecho a percibir por lo menos lo que habrían percibido en una liquidación. En algunos regímenes de la insolvencia se prevé también que los acreedores con créditos garantizados queden vinculados por el plan si el tribunal tiene la facultad de disponer que así sea, siempre que se den determinadas condiciones, por ejemplo, que la ejecución de la garantía por el acreedor garantizado pueda socavar gravemente las posibilidades de cumplir los propósitos del plan y que la garantía real y los intereses del acreedor garantizado estén suficientemente protegidos en el plan.

ii) Acreedores no garantizados en general

278. Aun cuando no se permita votar a los acreedores garantizados o a los que tengan prelación, es conveniente que los acreedores no garantizados en general dispongan de un medio eficaz para votar. Puede recurrirse a distintos mecanismos, pero cualquiera que sea el elegido, debe delinearse claramente para garantizar previsibilidad y transparencia.

279. *Mayorías.* Algunas legislaciones exigen un nivel mínimo de apoyo de los acreedores no garantizados en general para que éstos queden vinculados por el plan y fijan los procedimientos de votación para determinar el grado de apoyo necesario. Una cuestión importante es el criterio conforme al cual se calculan los votos para fijar ese nivel mínimo, que puede ser un determinado porcentaje que representen los acreedores partidarios del plan respecto del valor total de la deuda, combinado a veces con el número de acreedores que apoyan el plan. Por ejemplo, algunas legislaciones exigen que el plan esté respaldado por los dos tercios del valor de la deuda y por la mitad del número de acreedores. Algunos regímenes prevén otras combinaciones. Si bien este procedimiento dificulta la aprobación, puede justificarse por el hecho de que protege el carácter colectivo de los procedimientos. Por ejemplo, si la mayor parte del valor de los créditos corresponde a un único acreedor, el doble requisito impedirá que el acreedor mayoritario imponga el plan a todos los demás acreedores. De forma análoga, una gran cantidad de pequeños acreedores no puede imponer su decisión a unos pocos acreedores con créditos importantes. Ese procedimiento también puede justificarse por el hecho de que contribuye a generar apoyo suficiente para que el plan prospere.

280. Con respecto a los procedimientos de votación, muchos países calculan el porcentaje de apoyo requerido sobre la base del número de personas que efectivamente votan, considerando que los ausentes no tienen mucho interés por el procedimiento. Esta modalidad requiere disposiciones adecuadas de notificación que deben aplicarse eficazmente, especialmente cuando los acreedores no sean residentes (véase ...).

281. *Categorías de acreedores.* Algunos países que han establecido categorías de acreedores garantizados y acreedores con prelación dividen también a los acreedores no garantizados en distintas categorías. La finalidad de estas divisiones es mejorar las perspectivas de éxito de la reorganización al menos de tres modos: estableciendo un medio útil para determinar los diversos intereses económicos de los acreedores no garantizados; creando un marco para estructurar las condiciones del plan, y previendo un mecanismo por el cual el tribunal pueda fundarse en el cumplimiento de la mayoría requerida de una categoría de acreedores para declarar vinculante el plan a otras categorías de acreedores que no lo hayan apoyado. Habida cuenta de que la creación de distintas categorías puede complicar el proceso de votación, conviene hacer esa clasificación únicamente cuando existen razones imperiosas para otorgar un trato especial a algunos acreedores no garantizados. Entre los criterios que pueden determinar la comunidad de intereses figuran: la índole de las deudas que han dado lugar a los créditos, los recursos que pueden interponer los acreedores cuando no exista un plan de reorganización y lo que podrían recuperar al interponerlos, la manera en que se tratarían los créditos en el plan de reorganización y las posibilidades que tendrían de cobrar en virtud del plan.

282. *Poder de imposición.* Algunos de los países que prevén votaciones de los acreedores garantizados y de los que tienen prelación y la división de los acreedores no garantizados en varias categorías han establecido también un mecanismo mediante el cual un plan aprobado por una categoría de acreedores puede vincular a otras categorías de acreedores sin su consentimiento (incluidos los garantizados y los que gozan de prelación). Es una disposición denominada a veces de “imposición” (*cram-down*). La creación de categorías y la aplicación de esas reglas complican el régimen de la insolvencia y su aplicación por el representante de la insolvencia y el tribunal y pueden requerir, por ejemplo, un considerable poder discrecional en cuestiones económicas, como la posibilidad de que el tribunal divida a los acreedores no garantizados en categorías basadas en sus respectivos intereses económicos. Si este poder discrecional no se ejerce de manera fundada, independiente y previsible, puede minarse la confianza de los acreedores.

283. *Accionistas.* Algunas legislaciones prevén que los accionistas de la empresa del deudor aprueben los planes, al menos cuando puedan afectar a la forma de la empresa, a la estructura de su capital o a la composición del cuerpo de accionistas. Además, cuando la dirección de la empresa del deudor propone un plan, es posible que sus disposiciones ya hayan sido aprobadas por los accionistas (hay empresas cuya carta fundacional lo exige). Así ocurre a menudo cuando el plan afecta directamente a los accionistas al prever la transformación de la deuda en capital social, ya sea transfiriendo las acciones existentes o emitiendo nuevas acciones.

284. En circunstancias en que la ley permita a los acreedores o al representante de la insolvencia proponer un plan, y cuando ese plan prevea la transformación de la deuda en capital social, algunos países permiten la aprobación del plan pese a la oposición de los accionistas, independientemente de lo que se disponga en la carta fundacional de la entidad. Por lo tanto, esos planes pueden dejar sin voz ni voto a los accionistas.

iii) Acreedores con conflicto de intereses

285. [Votación para la aprobación del plan]

iv) Efecto del plan

286. Una vez que se aprueba el plan, hay distintos criterios para determinar para quiénes será vinculante. En algunos regímenes de la insolvencia quedan obligados únicamente los acreedores que han votado, en tanto que en otros se dispone que quedarán vinculados todos los acreedores no asegurados, la dirección de la empresa y los accionistas.

e) Confirmación judicial del plan

287. No todos los países exigen la confirmación judicial del plan aprobado por los acreedores; en algunos, basta con que la mayoría requerida de acreedores lo refrende. No obstante, el tribunal puede revisar el plan cuando los acreedores minoritarios lo impugnen u objeten los medios por los que se aprobó (véase “Impugnación del plan”).

288. Cuando se exige que intervenga el tribunal (o un órgano administrativo en algunos países), normalmente se supone que confirmará un plan aprobado por la mayoría requerida de acreedores. Muchos países permiten a los tribunales desempeñar un papel activo en lo que respecta a vincular a los acreedores haciendo que el plan rija para una categoría de acreedores que no lo ha aprobado. En esos casos el tribunal estaría realizando un trámite de carácter judicial; no se trata de que haya de examinar las razones comerciales que sirvieron de base a la aprobación del plan, sino de que compruebe que el proceso de adopción de la decisión se desarrolló correctamente y que se cumplieron los requisitos necesarios. El tribunal podrá rechazar el plan si estima que no se han protegido debidamente los intereses de los acreedores disconformes (porque, por ejemplo, recibirían menos de lo que habrían percibido en una liquidación), o si hay pruebas de fraude en el proceso de aprobación.

289. Algunas legislaciones autorizan también al tribunal a rechazar un plan cuando considere que no es viable. Esa decisión puede justificarse, por ejemplo, cuando los acreedores garantizados no estén vinculados por el plan, pero éste no garantice la plena satisfacción de los créditos garantizados de dichos acreedores. En ese caso, el tribunal puede rechazar el plan si considera que los acreedores garantizados ejercerán sus derechos contra el bien dado en garantía, con lo cual imposibilitarán la ejecución del plan. Ese riesgo puede preverse en las disposiciones que regulen la preparación y aprobación del plan. Independientemente de las funciones que cumpla el tribunal en relación con el plan de reorganización, es conveniente que no tenga la facultad de revisar los argumentos económicos y comerciales que sirvieron de base a la decisión de los acreedores, a menos que posea conocimientos y experiencia en la materia.

f) Impugnación del plan

290. Como es posible que todos los acreedores se vean perjudicados por el procedimiento de reorganización, los acreedores que impugnaran el plan tendrían que demostrar que su ejecución le causaría más daños y perjuicios que a otros acreedores o a otras categorías de acreedores. Algunas legislaciones prevén también que el plan pueda impugnarse, aunque disponen la posibilidad de volverlo a examinar o anular en función de criterios establecidos para considerar los argumentos de los acreedores disconformes, entre ellos el hecho de que haya habido

fraude en el proceso de aprobación del plan (por ejemplo, suministro de información falsa o equívoca u ocultamiento de información importante relativa al plan) o irregularidades en la votación (por ejemplo, que hayan participado acreedores con conflicto de intereses, o que la decisión de aprobar el plan sea incompatible con los intereses de la generalidad de los acreedores) o en la reunión en la que el plan se sometió a votación

g) Modificación del plan

291. Cuando no se logra el número de votos necesario para aprobar un plan de reorganización, se puede prever un mecanismo que permita a los acreedores volver a examinarlo y modificarlo. Uno de esos mecanismos consiste en permitir que una mayoría de acreedores vote por levantar la reunión en que se ha de tomar la decisión a fin de que se difunda más información, si se considera que la prolongación de las negociaciones puede producir un resultado favorable o a fin de resolver controversias y cuestiones pendientes. Sin embargo, como ocurre con otros aspectos del procedimiento, es conveniente disponer que se recurra al levantamiento de la reunión solamente en determinadas circunstancias, o al menos un número limitado de veces, así como tal vez, imponer plazos para facilitar la rápida conclusión de las nuevas negociaciones y prevenir abusos.

292. El régimen de la insolvencia también puede prever la modificación de un plan después de que se haya aprobado, si su ejecución fracasa o no es viable. En muchos regímenes se establece que el plan podrá modificarse si con eso se atiende a los intereses de los acreedores. Cuando se prevé que un tribunal confirme el plan original, es posible que se exija también que confirme el plan modificado.

h) Ejecución del plan

293. Si bien la mayoría de los planes pueden ejecutarse sin más trámite, a veces puede ser necesario que una parte independiente supervise o controle la ejecución. Varios países asignan también al tribunal una función de supervisión continua del deudor desde la aprobación y confirmación del plan hasta que concluya su ejecución. Esta función puede ser importante cuando se planteen cuestiones de interpretación del cumplimiento de las obligaciones del deudor u otras cuestiones. En algunos países se permite que el tribunal autorice a un supervisor o al representante de la insolvencia a supervisar en distinta medida los negocios del deudor después de la confirmación del plan.

i) Desaprobación o fracaso del plan de reorganización

294. Cuando se desaprueba un plan o fracasa su aplicación y estos problemas no se subsanan modificándolo, el régimen de la insolvencia puede prever distintas formas de salir adelante. En algunos casos se considera que si los acreedores no aprueban el plan es porque están a favor de la liquidación. Si bien este criterio puede inducir a los deudores a proponer un plan aceptable, conviene disponer salvaguardias para prevenir el abuso cuando la liquidación no beneficie a todos los acreedores.

295. Si la aplicación del plan ha fracasado irremediablemente, el régimen de la insolvencia puede prever la transformación de la reorganización en liquidación. Si bien con ese criterio se tiene más certeza de la solución definitiva del procedimiento, esta modalidad puede causar más demoras y disminuir el valor del

patrimonio, lo que daría lugar a que los acreedores percibieran menos de lo que les habría correspondido en una reorganización. Otra modalidad consiste en considerar que el procedimiento de insolvencia ha llegado a su fin y permitir que cada acreedor presente sus propias demandas. Esta modalidad no resuelve las dificultades financieras del deudor y podría desencadenar una pugna por los bienes de la empresa insolvente, que es precisamente lo que se trata de evitar con la apertura de procedimientos colectivos. Una modalidad intermedia puede ser conceder un plazo a los acreedores para que hagan otra propuesta y prever la liquidación únicamente en el caso de que no se elabore ningún otro plan. Cabe reconocer que llega un momento en que ya no es posible lograr los mejores resultados para todos los acreedores y hay que limitarse a hacer lo que es viable. Es conveniente, pues, que el régimen de la insolvencia tenga la suficiente flexibilidad para lograrlo.

j) Transformación de la reorganización en liquidación

296. En el transcurso del procedimiento de reorganización pueden surgir ciertas circunstancias en que convendría que el régimen de la insolvencia previera un mecanismo para transformar el procedimiento en liquidación. Es el caso, por ejemplo, de cuando no hay razón alguna para pensar que la empresa pueda rehabilitarse satisfactoriamente, o cuando es evidente que el deudor está abusando del procedimiento de reorganización, ya sea por no cooperar con el representante de la insolvencia (por ejemplo, ocultando información) o actuando de mala fe de algún otro modo (por ejemplo, efectuando transferencias fraudulentas). El representante de la insolvencia puede desempeñar un papel fundamental en el proceso de transformación por ser la parte que, con excepción del deudor o de la dirección de la empresa insolvente, posee el conocimiento más cabal de la entidad y con frecuencia se entera al comienzo del procedimiento de si ésta es o no viable. También puede ser razonable permitir a los acreedores o a la junta de acreedores (cuando se haya nombrado) que soliciten al tribunal la transformación del procedimiento por razones análogas. Además, se podría otorgar al tribunal la facultad de proceder de oficio.

297. Pueden establecerse distintas salvaguardias para impedir que se abuse del procedimiento de transformación. Una modalidad consiste en exigir que el procedimiento de reorganización se cumpla en determinado plazo (por ejemplo, dentro de los 120 días siguientes a su apertura) y no autorizar al tribunal a prorrogarlo. Si bien esa modalidad puede tener la ventaja de fijar un plazo que servirá de catalizador para la elaboración y aprobación del plan, también se correría el riesgo de imponer limitaciones arbitrarias que resultaran innecesarias o injustificadas en determinadas circunstancias (por ejemplo, cuando se tratara de un patrimonio ingente, en cuyo caso se necesitarían más de 12 meses) para elaborar el plan y de condenar al fracaso a un procedimiento de reorganización que podría prosperar si no fuera por ese plazo inflexible. Una variación de esa modalidad, encaminada a dar más facilidades a los acreedores, sería establecer un plazo inicial (tal vez de 60 a 90 días), que podría prorrogarse únicamente por votación de los acreedores (quizá sobre la base de un informe del representante de la insolvencia o de un experto independiente sobre la viabilidad de la reorganización) pero que no podría exceder en ningún caso de un determinado límite (por ejemplo, 120 días).

k) Liquidación de las deudas y cobro de los créditos

298. A fin de que la entidad reorganizada tenga las mayores posibilidades de salir adelante, el régimen de la insolvencia puede disponer la liquidación o modificación de las deudas y los créditos cuya liquidación o modificación se han previsto en el plan. El objetivo de esta modalidad es crear certidumbre comercial al otorgar carácter vinculante a la condonación, la anulación o la modificación de las deudas conforme al plan aprobado. El principio es particularmente importante para garantizar el cumplimiento del plan por parte de los acreedores que lo rechazaron o no participaron en el proceso de aprobación. También permite a los otros prestamistas y a los inversionistas saber con certeza que no tendrán que hacer frente a una liquidación imprevista ni a créditos ocultos o no declarados. Así pues, la liquidación establece de manera inequívoca que el plan aborda cabalmente los derechos jurídicos de los acreedores.

l) Conclusión del plan

299. Normalmente se consideraría que un plan de reorganización ha concluido cuando se ha ejecutado íntegramente o cuando el tribunal ordena que se le ponga fin por haber fracasado su ejecución. En este último caso, a fin de evitar que se perpetúe la insolvencia del deudor y no se resuelva su situación financiera, el tribunal también puede disponer que el procedimiento de reorganización se transforme en liquidación.

2. Planes de reorganización: resumen y recomendaciones

- 1) Las disposiciones relativas al plan de reorganización tienen por objeto:
 - a) facilitar las negociaciones entre el deudor, sus acreedores y demás partes interesadas a efectos de hacer frente a las dificultades financieras del deudor conforme a un plan de reorganización;
 - b) vincular jurídicamente al plan de reorganización a todos los acreedores y al deudor;
 - c) regular la ejecución del plan de reorganización;
 - d) abordar las consecuencias que entrañaría el hecho de que no se presentara un plan aceptable, de que fuese imposible hacer aprobar el plan por los acreedores, o de que fracasara la ejecución del plan;
 - e) transformar el procedimiento de reorganización en liquidación en determinadas circunstancias;
 - f) liquidar las deudas y los créditos.
- 2) El plan de reorganización puede proponerse inmediatamente después de presentar una solicitud de procedimiento de insolvencia o después de la apertura del procedimiento. Si se necesita un plan de reorganización para presentar la solicitud, deberá prepararlo el deudor.
- 3) Si el plan de reorganización se ha de elaborar después de la apertura del procedimiento, es indispensable aplicar un criterio flexible en lo que respecta a regular su formulación, en la que pueden llegar a intervenir todas las partes importantes en el procedimiento de insolvencia: el deudor, los acreedores y el representante de la insolvencia. Por ejemplo, podría disponerse que se otorgue al deudor un período de exclusividad para proponer un plan, durante el cual

tendrá que consultar a los acreedores y al representante de la insolvencia. Si después de expirar el período de exclusividad el deudor no ha podido proponer un plan aceptable, se podría ofrecer la oportunidad de presentar un plan a uno o más acreedores, a la junta de acreedores en consulta con el representante de la insolvencia, o a este último.

4) El régimen de la insolvencia puede precisar el contenido mínimo del plan de reorganización teniendo presentes las disposiciones de otras leyes pertinentes. Podría comprender [una exposición de la situación financiera del deudor con pormenores sobre el activo y el pasivo y la corriente de efectivo; información detallada sobre las propuestas exactas incluidas en el plan; datos concretos sobre lo que percibirían los acreedores (y por qué percibirían más que en una liquidación) y cómo podría mantener la empresa sus operaciones comerciales y reorganizarse satisfactoriamente].

5) A efectos de un plan de reorganización, los acreedores pueden clasificarse en función de la índole y el contenido de sus respectivos derechos.

6) Un plan de reorganización quedará aprobado si lo apoya:

a) la mayoría de los acreedores con prelación y de los acreedores garantizados (cuando sus derechos se vean afectados por el plan propuesto);

b) la mayoría de los acreedores no garantizados;

c) la mayoría de los accionistas de la empresa del deudor (cuando sus derechos se vean afectados por el plan propuesto).

7) A efectos de la aprobación del plan, se entenderá por mayoría la mitad del número de acreedores que voten efectivamente y dos tercios del valor de las deudas que les correspondan respectivamente.

8) El régimen de la insolvencia puede disponer que una mayoría de acreedores apruebe el plan de reorganización y éste sea vinculante para las categorías de acreedores disconformes (disposición sobre imposición *cram-down*).

9) El régimen de la insolvencia puede disponer que un tribunal u órgano administrativo competente confirme el plan de reorganización a fin de que adquiriera carácter vinculante para los acreedores. El tribunal podrá tener la facultad de confirmar el plan cuando:

a) los intereses de los acreedores disconformes queden protegidos debidamente;

b) el plan sea viable;

c) [*por otro motivo*].

10) Los acreedores disconformes podrán impugnar el plan si consideran que hubo fraude en el proceso de aprobación (por ejemplo, que se proporcionó información falsa o equívoca o que se ocultó información importante sobre el plan) o irregularidades en la votación (por ejemplo, que participaron acreedores con conflicto de intereses o que la decisión de aprobar el plan era incompatible con los intereses de los acreedores en general).

- 11) El tribunal estará facultado para supervisar la aplicación del plan o para autorizar que haga lo propio un supervisor o el representante de la insolvencia cuando sea necesario.
- 12) Se debe disponer la modificación del plan cuando éste no logre el nivel de apoyo necesario para su aprobación o, después de la aprobación, si se considera que la ejecución ha fracasado o se determina que el plan es imposible de ejecutar.
- 13) El régimen de la insolvencia debe abordar la cuestión de la liquidación de deudas y créditos sobre la base de lo previsto para el plan de reorganización.
- 14) El régimen de la insolvencia debe disponer que se ponga fin al plan cuando haya concluido su ejecución o, cuando ésta fracase y el plan no se pueda modificar, con objeto de que el procedimiento de reorganización se transforme en liquidación.